

# REVISTA DEL NOTARIADO

ENERO | FEBRERO | MARZO 2026 / AÑO CXXX

ISSN 0325-1608



**DIRECTOR: CARLOS M. D'ALESSIO**





# REVISTA DEL **NOTARIADO**

ENERO | FEBRERO | MARZO 2026 / AÑO CXXX

ISSN 0325-1608

**DIRECTOR: CARLOS M. D'ALESSIO**



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:** Carlos Marcelo D'Alessio

**Comité de dirección:** Carlos Marcelo D'Alessio, María José Fernández, Raúl Norberto Julián Frigerio y Santiago Pedro Reibestein

**Comité editorial:** Arnaldo Adrián Dárdano, Alfonso Gutiérrez Zaldivar, María Marta Herrera, Mariana Claudia Massone, Alberto María Miguens y Pilar Rodríguez Acquarone

**Selección de jurisprudencia:** Sofía Victoria Becerra Vázquez

**Coordinación editorial:** Valentina Noblia - Departamento de Comunicaciones

**Secretario de redacción:** Agustín Rodríguez

**Corrección:** Maya González Roux y Agustín Rodríguez

**Diseño de tapa:** Adrián Levy

**Diagramación y maquetación:** Carlos Almar

Av. Callao 1542 (C1024AAO) - 1º 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>

ISSN (versión impresa): 0325-1608

ISSN (versión digital): 2362-6186

Todos los derechos reservados.

# Consejo Directivo

Ejercicio 2025-2027

Presidente	<b>María Magdalena Tato</b>
Vicepresidente	<b>Hernán Mario Ferretti</b>
Secretaria	<b>Mariana Claudia Massone</b>
Secretaria	<b>María Valeria Seibane</b>
Prosecretario	<b>Diego Alberto Paz Vela</b>
Prosecretaria	<b>Karen Ginestet</b>
Tesorero	<b>Pablo Hernán De Santis</b>
Protesorera	<b>Elizabeth Viviana Ezernitchi</b>
Vocales titulares	<b>Federico José Leyría María Celeste Gerarduzzi María Eugenia Girard Miguel Ernesto Guinle Ricardo Jorge Blanco Lara Alba Rosa Muñoz de León María Fernanda Leticia Muntaner María Marcela Fátima Cóppola Claudio Gustavo Bertochi Romina Alejandra Rossini</b>
Vocales suplentes	<b>Lucas Patricio Kiss Pablo Martín Kenig Jorge Daniel Di Lello Valeria Goldman Fernando Agustín Maidana Marisol Allende</b>
Presidente honorario	<b>Horacio Luis Pelosi</b> <i>(Resolución Asamblea Extraordinaria del 30/9/2021)</i>
Decano	<b>Jaime Giralt Font</b> <i>(Resolución Asamblea Extraordinaria del 30/9/2021)</i>



### Editorial | 9

### Dossier "10 años del Código Civil y Comercial"

"Principios generales del Código Civil y Comercial"

Ricardo Luis LORENZETTI | 11

"Persona y capacidad"

José María R. ORELLE | 27

"Persona humana. Reconocimiento de su dignidad"

María Julia FORNARI | 41

"El derecho de las familias"

Aída KEMELMAJER | 51

"Régimen actual de las obligaciones de dar dinero y moneda extranjera"

Fulvio G. SANTARELLI | 73

"Formación del contrato. Acuerdos parciales y tratativas preliminares"

Alejandro BORDA | 87

"Sociedad anónima unipersonal (SAU) y sociedad por acciones simplificada (SAS)"

Daniel R. VÍTOLO | 117

"Superficie y conjuntos inmobiliarios"

Nelson G. A. COSSARI | 143

"Planificación sucesoria y herencia digital"

Graciela MEDINA | 181

"Derecho internacional privado. Acuerdos partitivos celebrados en el extranjero (por disolución de sociedad conyugal y sucesión) y art. 2667"

María Elsa UZAL y María Marta HERRERA | 201

### Doctrina

"Régimen de comunidad. La calificación de bienes adquiridos con fondos de distinta naturaleza"

Carlos A. ARIANNA | 233

“La transformación en las personas jurídicas”

María CESARETTI | **255**

“Régimen actual del contrato de donación. Talleres realizados durante 2025”

Instituto de Derecho Notarial e Instituto de Derecho Civil CECBA | **267**

“El escribano que se desempeña como fiduciario”

Claudio KIPER | **275**

“Convenciones matrimoniales”

Luis Alejandro UGARTE | **287**

## **Jurisprudencia**

“Cesión de herencia, cesión sobre bien determinado y partición”

Julio César CAPPARELLI | **313**

“La imputación penal por la actuación del escribano”

Santiago VISMARA | **325**

## **Dictámenes**

“Interpretación del art. 291 CCCN en los casos de actuación de representantes de personas jurídicas”

Instituto de Derecho Comercial CECBA | **339**

Estimados lectores:

En pocos días el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires celebrará su 160º aniversario. En ese marco, la Revista del Notariado, publicación que ha acompañado buena parte de esa trayectoria institucional, inicia una nueva etapa editorial.

Celebramos ambos sucesos y si bien no es nuestro objetivo narrar la larga y compleja historia del Colegio, desarrollada con mayor detenimiento y rigor histórico en números anteriores, sí queremos recordar algunos hitos significativos. Entre ellos, que fue el primer colegio profesional de América y si bien fue creado en 1866 como una asociación privada destinada a “defender los intereses del gremio notarial”, pronto superó ese mandato inicial para convertirse en una institución de derecho público a la que el Estado confía funciones esenciales, como la regulación de la matrícula profesional y el ejercicio del control disciplinario.

Así, lo que comenzó como la defensa de un interés corporativo se transformó con el tiempo en una misión de mayor alcance: garantizar a la ciudadanía la prestación de una función pública ejercida con idoneidad, responsabilidad y eficiencia.

El Colegio se ha convertido así en un importante colaborador con distintos organismos del Estado —como el Registro de la Propiedad Inmueble o la Inspección General de Justicia—, así como mediante su labor en la guarda y custodia de los protocolos notariales y en la administración de registros de gran relevancia para la protección de los derechos de las personas, como los registros de Actos de Última Voluntad y de Actos de Autoprotección.

En esa trayectoria institucional, la Revista del Notariado surgió tempranamente para cumplir con otro objetivo fundamental del Colegio: contribuir a la profesionalización del notariado. Creada hace 129 años como un órgano de producción jurídico-notarial, la publicación se convirtió en un instrumento fundamental para la actualización doctrinaria y la formación jurídica de generaciones de colegas, al tiempo que permitió consolidar la inserción académica del notariado en el ámbito universitario.

La Revista acompañó así una de las misiones más importantes del Colegio: la formación de un notariado altamente capacitado, que accede a la función mediante procedimientos que garantizan la idoneidad y el mérito para su ejercicio. En ese sentido, la capacitación permanente —dirigida tanto a quienes aspiran a ingresar a la función como a quienes ya la ejercen y a quienes colaboran en las escribanías— ha sido siempre una de las banderas de esta institución.



A lo largo de más de un siglo y medio, el Colegio también participó activamente en los debates jurídicos que dieron lugar a importantes reformas legislativas. Algunas directamente vinculadas con nuestra función —como la Ley 12.990 y la actual Ley Orgánica Notarial 404— y otras que impactaron de manera decisiva en el derecho privado argentino, como el Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado en 2015. El nuevo texto, producto de la tarea de un centenar de profesionales que fuimos convocados para efectuar aportes en nuestras respectivas especialidades, nos permite contar hoy con un cuerpo normativo moderno adecuado a las necesidades de una sociedad en permanente cambio. Esta reforma legislativa representó, sin duda, la transformación más significativa del derecho privado argentino en más de un siglo, de la que nuestra Revista se hizo eco, publicando numerosos artículos, antes y después de su puesta en vigencia. Así, este número reúne, en un dossier especial, las versiones revisadas de las exposiciones presentadas por destacados especialistas en distintas ramas del derecho en el ciclo de conferencias organizado por el Colegio con motivo del décimo aniversario de la vigencia del Código. Entre ellos, destacamos la participación de dos de sus tres autores.

Por último, y tal como lo habíamos anticipado en nuestro número anterior, a partir de esta primera edición del año 2026 la Revista del Notariado retoma su tradicional formato impreso, con frecuencia trimestral y un estricto cumplimiento de los plazos de publicación. Recuperar el soporte papel responde al interés manifestado por numerosos colegas, que valoran la posibilidad de una lectura pausada y reflexiva. Al mismo tiempo, la edición impresa permitirá retomar la circulación de la Revista en ámbitos judiciales y académicos donde históricamente ha sido una referencia. Por supuesto, la publicación mantiene su edición digital, que ofrece eficaces herramientas de búsqueda y consulta de contenidos específicos.

Los invitamos a leer este nuevo número y a acompañarnos en esta nueva etapa de la Revista, cuyo principal propósito es fortalecer este espacio de producción doctrinaria e intercambio profesional.

Un cordial saludo.

EL DIRECTOR

## Principios generales del Código Civil y Comercial\*

Ricardo Luis Lorenzetti\*\*

**Dr. Lorenzetti:** Es un gran placer estar aquí en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en el que he estado en múltiples oportunidades. Yo tengo mucha fe y confianza en las organizaciones intermedias de la sociedad civil y, en particular, de las asociaciones profesionales. Y siempre que hablo del Poder Judicial, insisto en que debemos tener una visión amplia del Poder Judicial: no son solo los jueces y juezas, sino también los ministerios públicos, la universidad, la abogacía y la escribanía particular. Creo que todos juntos tenemos la responsabilidad de trabajar por la mejora del Estado de Derecho y, en particular, sobre todo el notariado en general, ha tenido un rol importantísimo en los últimos años en la defensa del Estado de Derecho, específicamente en muchas áreas de la privacidad y de la defensa de la ciudadanía como la entendemos en el siglo XXI. Y en el Código. El notariado ha participado activamente en el proceso de su elaboración.

Nosotros hemos tenido una idea más participativa, después explicaré un poco algunos puntos del proyecto, pero quiero agradecerles esa participación en nombre de la Comisión, porque fue decisiva en varios aspectos, sobre todo en el tema de los derechos reales. Dado que este ha sido un curso extenso sobre temas muy específicos de la dogmática, voy a tratar de darle un panorama sobre algunos aspectos que, a lo mejor, no fueron tan tratados de manera general.

Creo que hay dos temas que son relevantes para entender esta codificación del siglo XXI. El primero es un tema vinculado a la concepción del sistema de derecho y el segundo es un aspecto vinculado al lenguaje normativo. Son temas teóricos abstractos, pero los voy a vincular con

\* Reproducción de la intervención oral realizada por el Dr. Lorenzetti el 18 de noviembre de 2025 en la sede del CECBA, en el marco del ciclo de conferencias "A 10 años del Código Civil y Comercial de la Nación: teoría, práctica y nuevos desafíos".

\*\* Abogado y doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL). Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Exprofesor titular por concurso de Contratos Civiles y Comerciales (UBA). Fue director de múltiples posgrados en derecho privado, contratos y derecho de daños. Presidió la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación creada por Decreto Nacional 191/2011.



lo concreto que nos atañe a todos. El primero, que es una cuestión muy abstracta y teórica, pero muy importante en este tiempo, refiere a que, en los siglos XIX y XX, las codificaciones eran muy elaboradas por el legislador. Debían tener una coherencia legislativa *a priori* y la función de todo el sistema judicial, en sentido amplio, era aplicar el derecho con un escaso espacio de interpretación. Es una coherencia legislativa *a priori* que limita la aplicación del derecho.

En el siglo XXI cambió totalmente el sistema en casi todo Occidente. Y tenemos una multiplicidad de fuentes porque, en particular en Argentina, como en muchos otros países, nosotros hemos incorporado los tratados internacionales con mucho contenido de derecho privado, la Constitución con contenido de derecho privado. Tenemos una multiplicidad de leyes y, también, jurisprudencia. De manera que el Código tuvo que enfrentarse con un sistema muy distinto, donde la coherencia no es *a priori*, porque ya no había coherencia, sino *a posteriori*, es decir, es un acto de ejecución concreta. En este caso, esto que en la teoría del derecho, la teoría general, se trabaja mucho, he escrito bastante sobre esto porque me interesaba. En la práctica es muy común porque hoy todas las sentencias o las demandas o las denuncias, en cualquier tema que uno trata, no se refieren sólo a una ley, sino que normalmente citan tratados internacionales, la Constitución, la jurisprudencia: es decir, hacen lo que denominamos "diálogo de fuentes", un tema que trabajamos con Eric James, Claudia Lima Márquez de Brasil, y acá. Entonces, la coherencia es *a posteriori* y casuística. Esto es lo que tuvo que enfrentar esta codificación del siglo XXI que ya existía en la práctica. Pero lo que hicimos fue un esfuerzo para tratar de aportar coherencia a este sistema.

Por eso, en el título introductorio, la primera idea que hay, y que luego desarrolló casi todo el Código con posterioridad, es la de establecer una serie de principios comunicables entre lo público y lo privado. Lo que dice la Constitución lo dice el Código, y lo que dicen las leyes de aplicación de los distintos microsistemas son coherentes. Es decir, la idea fue simplificar el sistema. Y, por eso, nosotros hoy podemos decir que hay una serie de principios simples para entender un mundo complejo. Cuando uno observa –nos detendremos bastante en eso– la complejidad de los temas que se vienen ahora en el mundo actual, nosotros tenemos ciertos principios claros, básicos que nos permiten ensayar soluciones para los nuevos temas. Este es el primer aspecto que también tiene sus riesgos porque amplía el espacio de la interpretación de quien aplica la norma jurídica. Por eso nosotros intentamos poner algunos límites.

Si bien los artículos 1 y 2 establecen lo que se denomina la pluralidad de fuentes y el diálogo de fuentes en el caso, el Código dice que se ocupa

de casos, es decir, es otra opción legislativa importante. No es un código de especulación dogmática en el sentido de incluir definiciones –hemos eliminado casi todas las definiciones–, sino que es un código para resolver casos. Por eso el artículo 1 se refiere al caso, que es la concepción del derecho como una ciencia problemática para resolver casos, dar soluciones. Pero las soluciones en un sistema así, donde depende del intérprete, requiere acotar la discrecionalidad judicial, y esto es un tema importante. Por eso nosotros establecimos en el artículo 3 la idea de razonabilidad. Cuando regulamos el *non liquet* del derecho romano, es decir, la idea de que hay una obligación de juzgar, ponemos razonablemente esto. Menciono muy rápidamente los temas, pero después, si lo desean, los ampliamos. Pero este aspecto hoy es sustancial dado que la razonabilidad tiene que ser un sistema de control de la decisión judicial.

Porque hoy se discute mucho en el mundo, en todo Occidente, sobre las distintas soluciones que se dan para un mismo caso que dependen no de la ley ni del caso, sino de la concepción que tienen los jueces o juezas. Para nosotros, este es un problema de los poderes judiciales cuando toman decisiones. Nosotros, lo que establecimos en el artículo 3 es el control de razonabilidad de la decisión. Por eso, en varios fallos de la Corte en los últimos años, he escrito en particular votos sobre la necesidad de controlar la decisión judicial, estableciendo un parámetro de la sentencia, de control de la razonabilidad de la sentencia. Es decir, si hay una regla y esa regla describe un hecho, hay que aplicarla. No se puede dejar de lado una regla simplemente porque se la considera inconveniente, lo que, sin embargo, lamentablemente sucede. Hemos descalificado varias sentencias por este motivo.

Acá hay una necesidad de subsumir, es decir, el clásico juicio deductivo, y después controlar la solución deductiva con el sistema, el juicio de coherencia, porque la regla debe ser coherente con el resto del sistema –la Constitución, los tratados–, que es mirar hacia arriba. El segundo control es hacia atrás, esto es, la consistencia con los precedentes. El tercer control, hacia adelante: examinar las consecuencias de la decisión. Este es un método del desarrollo del artículo 3 de la razonabilidad y está en varios votos. Creo que es un gran tema hoy en todos los poderes judiciales del mundo porque esta coherencia *a posteriori* genera un amplio espacio de discrecionalidad que hay que controlar por razones de seguridad jurídica. Es decir, hoy es muy importante que lo tengamos en claro y, además, que lo usemos. Este control significa examinar democráticamente las decisiones judiciales que no se basan sólo en la autoridad, sino en la razonabilidad.

Es otro cambio fundamental respecto de lo que existía con anterioridad. Entonces, la coherencia es *a posteriori*, diálogo de fuentes, decisión razonable, controlable. Por otro lado, hay una serie de principios comunicables entre el derecho público y privado que son bastante claros hoy en el ámbito de las relaciones sociales. Tenemos derechos individuales, pero deben ser consistentes con la buena fe y el abuso del derecho. Por eso hemos establecido el principio de sociabilidad, del ejercicio de los derechos individuales en el título introductorio. Es decir, hubo un ascenso progresivo de la buena fe, que nace en las obligaciones, los contratos en familia. Ahora está en el título introductorio.

Entonces, y es un poco lo que dijo alguna vez Ronald Dworkin en un libro sobre el imperio de la justicia, no hay posibilidad de que una sociedad ejerza solo derechos individuales porque sería una sociedad esquizofrénica. Hay que buscar cierta armonía. Luego tenemos un control o comunicabilidad de principios en el mundo económico. Tenemos todos los derechos económicos, pero también hay en el título introductorio una regla que se vincula con el derecho público que es el abuso de posición dominante. Así, si nosotros tenemos en el derecho público mercados muy competitivos, no se necesitará demasiada intervención judicial. Pero si tenemos mercados concentrados, entonces tendremos más intervención en los contratos, sobre todo en el área del consumo. Es decir, esto es una comunicabilidad. Por otro lado, la comunicabilidad también está presente en el tema ambiental. Hay ejercicios individuales de empresa de consumo, pero sustentable. Esta comunicabilidad de principios también forma parte de la arquitectura central del código. Dicho todo esto muy rápido, pero más o menos esas son las ideas generales.

Hay otro aspecto importante: el lenguaje normativo, ya que nosotros usamos reglas y principios. ¿Por qué hay un ámbito de las reglas que hemos conservado? Porque necesitábamos que no sea traumático el nuevo código. Por eso, muchísimas reglas que ya tenían una interpretación en la doctrina y en la jurisprudencia están adaptadas, pero fueron más o menos mantenidas en el grueso del Código, con lo cual no hubo ninguna crisis en su aplicación. Sin embargo, sí hay principios que son diferentes y que permiten la adaptabilidad diacrónica y sincrónica, es decir, la adaptabilidad a los nuevos tiempos. Y geográficamente es una distinción importante entre reglas y principios que a veces no está muy clara en algunos, pero yo también lo he escrito bastante en fallos de la Corte. Porque nosotros podemos organizar el tránsito de la Ciudad de Buenos Aires en base a reglas, diciendo la velocidad máxima es de 40 kilómetros, pero no lo podemos organizar en base a principios. "Conduzca conforme al principio de no dañar al otro", porque cada

uno va a hacer una valoración distinta y entonces vamos a tener un caos. Por lo tanto, hay un ámbito de las reglas y un ámbito de los principios.

Hechas estas dos introducciones generales, veremos un ámbito de reglas y otro de principios. El ámbito de reglas que aquí me interesa explicarles un poco, porque ya ha sido debatido, es en el campo de los contratos y del derecho económico. El ámbito de los principios lo vamos a ver en el campo de la tecnología y la inteligencia artificial. ¿Qué pasa con las reglas en los contratos? Nosotros hemos tratado de mantener la noción clásica del contrato, aplicando las reglas de UNIDROIT. Yo he estado muchos años en el Governing Council de UNIDROIT y, prácticamente, el Código reproduce estas reglas que son internacionales, los principios de UNIDROIT para los contratos. Y después hicimos una fractura del tipo contractual, dividiendo las relaciones de consumo.

Esto está en el Código. ¿Por qué? Hay una razón. El modelo brasileño tenía el código y el Código de Defensa del Consumidor empezó a ser interpretado extensivamente hacia el derecho común de los contratos. Y entonces hubo una distorsión en la jurisprudencia, al tratar como de consumo contratos que, en realidad, son entre empresas. Así, para dar claridad, hoy sabemos qué es de consumo y qué no lo es. En los contratos clásicos entre partes iguales, hay una fuerte protección de la libertad contractual y de la autonomía.

A mí me parece necesario reiterar algunos aspectos. Tal vez el Dr. Borda ya lo mencionó, pero la definición de contratos clásica es la definición conocida, no ofrece ninguna discusión. Pero nosotros hemos reforzado mucho la autonomía privada cuando es entre partes iguales. Sobre todo, teniendo en cuenta la experiencia argentina en materia de emergencia económica. Recordarán ustedes que cuando hubo emergencias, y lamentablemente hemos tenido emergencias de todo tipo en la historia argentina, se interviene en la letra de los contratos. Dónde dice A, B. Dónde dice pesos, dólares. Dónde dice dólares, pesos. Esta fue, sobre todo, la última gran crisis del corralito, 2001-2002, que fue una crisis muy importante y que nos costó muchísimo a los argentinos, y muchísimo resolverla en la Corte. Por eso introdujimos el artículo 965, que le da una protección especial y considera los derechos contractuales como de propiedad. ¿Qué significa esto? Que, si hay una noción, una actividad de emergencia, no puede intervenir en la letra de los contratos. No se puede. ¿Por qué? Porque tienen protección constitucional, lo cual fue respaldado por jurisprudencia de la Corte. Entonces, esto da una protección muy fuerte a la autonomía contractual, sobre todo en tiempos donde hay muchos cambios y, normalmente, hay crisis. Siempre hay una idea de intervenir o no intervenir, de acuerdo con las ideologías de cada gobierno, pero también con las crisis.

Ese artículo, el 965, está a su vez relacionado con otros artículos. Por ejemplo, en materia bancaria, el depósito bancario también lo hemos fortalecido debido a la experiencia de la crisis económica del 2001. El depósito bancario se hace en una moneda y se debe reintegrar en la misma moneda. Fíjense que toda esta tesis se basa también en un fallo de la Corte, el fallo Massa, cuando resolvimos el tema de la emergencia. Nosotros ahí decidimos terminar con la idea de deferencia respecto de las intervenciones de los poderes Legislativo y Ejecutivo en materia de emergencia económica. Si ustedes leen ese fallo, hay una reconstrucción de toda la jurisprudencia de la Corte anterior, que había sido muy tolerante por múltiples razones y de las intervenciones por razones de emergencia económica. Nosotros sostuvimos que hasta acá se llegó, pero de acá en adelante no se puede intervenir más en los contratos. Ese es el respaldo constitucional de todas estas normas. Cuando en el Congreso y en el Ejecutivo reformaron los artículos referidos al derecho monetario, es decir, la moneda, el artículo 965 en particular, todo el tema de la moneda, empezaron con dólares, con pesos, no modificaron el resto, porque no advirtieron que, en realidad, es todo un programa normativo relativo a la defensa de la protección del contrato basado entre iguales. Esto es fundamental entenderlo.

A su vez, creo que hay otro aspecto relevante, en materia contractual: la protección de la autonomía privada, limitando las facultades judiciales. Fíjese que cuando se habla de las facultades del juez, los jueces no tienen facultades de modificar el contenido del contrato. Esto es muy importante y esa es la regla. Las excepciones son las que ya estaban en el Código de Vélez. Hay alguna razón de orden público evidente que fue reforzado, es decir, hay una fuerte protección de la autonomía contractual entre empresas y entre particulares iguales, y esto es muy relevante, sobre todo por la seguridad jurídica.

En materia económica también hay otro aspecto importante: la protección de la confianza en materia contra la expectativa creada. Hemos incorporado muchos temas que hacen a la regulación económica de mercado: el mercado tiene que funcionar en base a la confianza. Hay un principio de confianza reconocido expresamente, y que no estaba con anterioridad, pero que protege el desarrollo económico. Es decir, toda esta primera parte, el primer título de contrato está pensado para el desarrollo económico, por eso está claramente diferenciado de los vínculos de consumo. Esta es una categoría importante porque en la jurisprudencia también hay que diferenciar muy bien estos aspectos, no traspasar nociones de consumo a los vínculos discrecionales o paritarios.

Otro aspecto interesante es la introducción de los contratos de duración que son un vínculo especial. En la actividad económica de hoy son muy

frecuentes los vínculos de duración porque casi todas las relaciones empresariales actuales son de larga duración. Así, una empresa que provee a otra tiene un vínculo de larga duración y prolongado. En la actualidad, en materia de tecnología, son casi todos vínculos de larga duración. Y esto plantea el siguiente problema: si nosotros adoptamos la noción clásica del contrato y esta oferta coincide con esta aceptación y ahí se perfecciona el consentimiento, esto no es real, porque en los vínculos de larga duración dicha oferta va cambiando permanentemente. Entonces, no es el contenido material de la oferta y de la aceptación el consentimiento, sino que es una desmaterialización del contenido contractual. Lo que importa son las reglas para determinar el contenido. Esto es importante entenderlo, por eso nosotros hicimos esta redacción, porque no existe en el derecho comparado.

Fíjense que el tiempo es esencial, tal como se lee en el artículo 1011: el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Y después sigue. Pero básicamente lo que establece es que la relación de equivalencia inicial, cualquiera sea el contenido, debe mantenerse en el tiempo y siempre apostando a la duración y al mantenimiento, el principio de conservación de los vínculos que, en un país como el nuestro con gran cantidad de empresas pequeñas y medianas que dependen de contratos con otras empresas más grandes, es primordial mantener. Por ejemplo, en los vínculos de distribución siempre se debe hacer una oferta antes de la desvinculación, la colaboración, la cooperación. Hay toda una doctrina muy sofisticada sobre los vínculos de duración, atrás de este simple artículo, pero que es muy aplicable.

Hay otro tema que todavía no ha tenido una gran aplicación: cuando existe una multiplicidad de contratos, es decir, los contratos conexos que también son muy comunes en la actividad económica actual. Y la conexidad tiene mucho que ver con la interpretación. El contrato es un instrumento para hacer negocios y, entonces, hay un negocio con una multiplicidad de contratos. Difícilmente exista hoy un negocio que tenga un solo contrato, por eso se hace un contrato de distribución, más uno de garantía, más uno de arbitraje: es decir, hay una multiplicidad de contratos y lo que establece el Código es la interpretación global. Esto también es otro tema importante que lo menciono porque ha sido muy poco aplicado hasta ahora, no en la práctica, porque en la práctica sí se aplica muchísimo este vínculo de contratos conexos. Hay que tener en cuenta que, cuando hay contratos conexos, la interpretación es global. Y lo mismo sucede con la definición de la noción de situación jurídica –ausente en la codificación anterior–, que incide, por ejemplo, en los contratos que se hacen cuando hay un country privado. Uno compra

una propiedad, pero cuando la compra se da cuenta que no tiene todos los derechos que tradicionalmente tiene un propietario o una propietaria, sino que hay muchísimos otros vínculos que condicionan ese ejercicio con la administración. Después viene el que corta el césped, el deporte, la sociedad que administra, las pautas que establecen para la convivencia.

Este es un complejo muy importante que ha tenido bastante conflictividad en los últimos años aquí y en muchos países y, por eso, incluimos la noción de situación jurídica abusiva, que es primordial. Es un instrumento para evitar, por ejemplo, que en el reglamento se disponga que no entran personas divorciadas o no entran personas que tengan tal o cual tendencia. Hay derecho discriminatorio, antidiscriminatorio, aplicable. Porque justamente es una situación jurídica abusiva. Yo creo que acá, en esta materia donde son reglas, donde hay una gran cantidad de reglas –ya mencioné algunas–, es importante entender que es todo un tema muy relevante hoy en el desarrollo económico, sobre todo porque la Argentina está en una etapa de desarrollo económico. Y estas reglas son las aplicables internacionalmente. Por ejemplo, también existe una gran cantidad de disposiciones sobre contratos de partes múltiples, contratos asociativos. En UNIDROIT, por ejemplo, hay en la actualidad un trabajo muy grande sobre los contratos de partes múltiples. Todo esto es muy rico en la actividad económica que tenemos y que probablemente tengamos cada vez más.

Hubo una discusión también en el plano de las reglas, sobre cuál es el carácter comercial que tiene este código. La discusión que tuvimos con muchos profesores y profesoras de derecho comercial, justamente fue porque nosotros lo que pretendemos es regular casos. Entonces, ¿cuál es el criterio de división? El acto de comercio. Bueno, hoy si nosotros en la facultad le enseñamos a un estudiante el acto de comercio y con eso pretendemos que consiga trabajo... nadie va a contratar a alguien que sea especialista en un acto de comercio, porque es muy limitado. Hoy la actividad económica no es sólo el comercio.

El otro criterio de separación es objetivo. Por ejemplo, la empresa, que es del código italiano, también se discutió ese punto porque la empresa es la empresa verticalmente organizada. Pero hoy no hay sólo empresas verticalmente organizadas, sino que hay una multiplicidad de vínculos. Ustedes ven este celular, tiene una multiplicidad de empresas atrás. Uno hace una parte y otra parte, otro. Si uno sólo dice que la empresa organizada es comercial, dejamos de lado todos estos vínculos asociativos, donde no hay una empresa organizada. El otro criterio es el lucro, pero si nosotros decimos que es el lucro, dejamos de lado toda la economía social, muy importante en nuestro país.

Ustedes hoy pueden ir a una clínica que puede ser una sociedad anónima, o una fundación, como es la Fundación Favalaro, sin notar ninguna diferencia. Es decir, la comercialidad no pasa por el ánimo de lucro. Entonces, ese debate concluyó en lo que nosotros dijimos en el artículo 320 que refiere a la actividad económicamente organizada. Es decir, no hay una división tan tajante hoy entre lo que se consideraba civil y comercial en el siglo XIX. Es otro mundo. Entonces tenemos que pensar que, si nosotros queremos regular la realidad económica, tenemos que entender cómo es esa realidad económica y no hacer un código de disciplinas, porque este es otro tema. En nuestro sistema actual, este no es un código de disciplinas.

¿Alguien que hoy es comercialista puede encontrar en el código sus problemas resueltos? ¿Dónde lee? Lee los tratados internacionales, la Constitución, el Código y las leyes. Quien está en familia, y Aída les va a comentar, habla de la Constitución, los tratados internacionales, vertical. Quien hace laboral, o civil, quien hace cualquier tema, la lectura es vertical. No es más “yo tengo un código civil”, o “tengo un código comercial”. Es distinto cómo funciona. Hoy las disciplinas son de la doctrina, la doctrina escribe las disciplinas, pero los códigos no son disciplinarios, hoy son códigos de resistematización: son códigos que organizan el sistema porque está la Constitución, el Código y todos los microsistemas, pero no es importante hacer un código de cada disciplina. El mundo de hoy es tan dinámico que un código del siglo XXI no puede tener esta rigidez. Por eso, esta discusión que se hizo en el derecho comercial es muy importante, una discusión hoy zanjada, pero fue relevante explicarla.

Otro tema importante fue aclarar una regulación de la economía de servicios, que lógicamente Vélez Sarsfield no la hizo porque en esa época la economía era de cambio y por eso reguló las obligaciones de dar. No había obligaciones de hacer en el Código. Entonces, en el artículo 774, nosotros regulamos las obligaciones de hacer y los contratos de servicio. Y ahí pusimos claridad en un tema que era muy confuso en la doctrina, en la jurisprudencia, sobre qué es una obligación de medios y qué es una obligación de resultados. Así, son tres incisos claros y esto tiene que ver con todas las responsabilidades profesionales. Si uno promete sólo una diligencia, la responsabilidad se basa en una imputación basada en la culpa, es la omisión de esa diligencia.

Y uno se puede eximir de responsabilidad invocando la falta de culpa o la intervención de una causa ajena. Caso fortuito, el hecho de la víctima. Este es el inciso primero. Si uno promete un resultado y la entrega de ese resultado, estamos en una locación de obra –una obligación de resultado, por ejemplo–, se promete la entrega de un programa de computación o de

una casa o un proyecto arquitectónico. Entonces acá la responsabilidad es objetiva, porque si yo no entrego el resultado, no me puedo eximir con la falta de culpa. El intermedio –el inciso segundo– tiene una particularidad interesante que abarca muchas situaciones, y es cuando uno promete una diligencia, el resultado, pero no la eficacia. Son los casos, por ejemplo, de cirugía estética donde el médico o la médica no puede prometer la eficacia, pero sí promete un resultado. Estamos en una sociedad en la cual nosotros creemos que podemos cambiar todo el cuerpo. Yo, cuando hice la tesis de doctorado en el año 1986 sobre responsabilidad médica, escribí que hay un área de la medicina que es curativa y un área modificativa. Es decir, lo que pretende es modificar, pero no curar, porque uno no está enfermo. Hoy eso es enorme porque se prometen modificaciones de toda clase en el cuerpo humano, pero no la eficacia. Entonces ahí la responsabilidad es objetiva, ya que se promete un resultado. Si me muestran una foto en la que mi nariz va a quedar así y, sin embargo, no queda así, hay una responsabilidad objetiva. Entonces, la economía de servicios hoy está bastante –completamente– regulada en el Código. Estos son básicamente algunos de los temas del área económica.

Hay otro aspecto que es muy relevante: el mundo digital, es decir, el ecosistema tecnológico. Por eso, nosotros incluimos varios principios que permiten adaptabilidad a los nuevos temas. Es decir, no es un código rígido, sino flexible porque introduce principios. Como el principio no tiene una definición del supuesto de hecho, sino que es un mandato de optimización, puede ser adaptable a distintas circunstancias. ¿Qué ocurre hoy? Hasta el siglo XX, toda la codificación se basó en el mundo físico que tiene características que vienen del derecho romano. Hay una noción de límites, físico, espacio, jurisdicción, límite político. Ahí es aplicable. El mundo digital no tiene nada de eso. Entonces, surge acá un primer problema que se discute desde hace años. Yo escribí un libro sobre comercio electrónico en el 2001, y en ese momento la discusión era que Internet, que recién nacía, era el mundo de la libertad. Es decir, ahí se comparaba el derecho romano, que era el límite, y la regulación del mar en esa época –que era cosa de nadie–, que no tenía regulación. Entonces decía: Internet es como el mar, no hay regulación. Y hay un nuevo derecho. Ese nuevo derecho: hay una nueva ciudadanía, el *net citizen*, el ciudadano de Internet o la ciudadanía de Internet. La regla es la libertad de expresión y no hay regulaciones de ningún tipo. Hay que dejarlo que crezca. Bueno, creció. A esta posición la denominamos ontológica porque es un nuevo derecho. Todavía hay una posición muy fuerte en este tema.

La otra posición, que es la que nosotros hemos sostenido en UNIDROIT y acá, es la analógica. Es decir, ¿hay un nuevo fenómeno? Sí ¿Hay diversidad de

reglas? Sí, pero identidad de principios. ¿Por qué? Porque es la primera vez en la historia de la humanidad que una generación le enseña a la anterior y este es un fenómeno notable: los chicos les enseñan a los padres el manejo de cualquier tecnología, no solo en la vida cotidiana, pero también en el mundo.

El mundo de hoy está gobernado por gente muy joven y tecnólogos que crean, crean y crean, y nadie sabe a dónde va esto, pero se crea. Ahora, ese es el conocimiento técnico. La sabiduría es otra cosa: es la transmisión de una generación a otra. Porque los problemas que genera el ecosistema tecnológico, como veremos, son más o menos los de siempre. Por empezar, la libertad de expresión sigue existiendo, pero el mercado digital está altamente concentrado. Hay pocas empresas que controlan todo el sistema digital. Ya hay regulaciones del mercado digital que son similares a las del mercado físico. También hay regulaciones de derecho privado. ¿Por qué? Porque los problemas son muchísimos, muchísimos. Yo voy a mencionar algunos de los temas que nosotros consideramos aplicables. Porque, por ejemplo, hay tres posiciones. Una es la de algunos países –por ejemplo, los Estados Unidos–, que promueve la innovación sin regulaciones, hasta ver maduración en el tema y cuáles son los problemas. La Unión Europea, por el contrario, ya tiene una regulación sobre inteligencia artificial que, como hacen en Europa, son negociaciones muy complejas y es una directiva que tiene ciento treinta artículos, excesivamente larga y muy difícil de entender, porque posee casi todos los temas vinculados a la inteligencia artificial.

¿Y nosotros qué hemos pensado? Que es la adaptabilidad de lo que tenemos a las nuevas situaciones. ¿Cuáles son las nuevas situaciones? Hay muchísimos temas hoy en el mundo digital. Un área es la invasión sobre la vida privada, muy común hoy. Y las redes sociales pueden lograr la cancelación de cualquier persona simplemente por un ataque. El ataque a la identidad personal, el ataque a la vida privada, el *bullying* en las escuelas.

Hay muchísimos casos, como la creación de imágenes de chicos o de chicas distorsionadas, todo esto se conoce. Pero nosotros –cuando Borda incluyó el entrometimiento arbitrario en la vida privada– lo hemos ampliado en el código, diciendo que de cualquier modo que se perturbe la vida privada, es decir, con las redes sociales. Y ahí incluimos la tutela preventiva y resarcitoria. Así, hoy es posible judicialmente frenar un ataque o pedir el resarcimiento. Esto en cuanto al campo de las redes sociales. Luego hay una serie de derechos que hoy se están trabajando en el mundo digital, y el primero es el derecho a la transparencia algorítmica que es fundamental. ¿Por qué? Porque los algoritmos tienen una programación que normalmente están diagramados para la inteligencia artificial. Es una inteligencia funcional, es decir, no es igual a la inteligencia humana. Lo que pretende es

una función específica que le dan los algoritmos y estos pueden tener una función específica, pero normalmente no se conoce.

Existe un derecho a la transparencia algorítmica, ¿dónde lo fundamos nosotros? Tenemos una ley de acceso a la información y tenemos protección de los derechos individuales. ¿Por qué es importante esto? Hay muchísimos casos y de todo tipo. Por ejemplo, hay uno muy conocido de carácter discriminatorio en Myanmar: los algoritmos de Facebook estaban programados para aumentar la circulación y, como los discursos de odio eran contra una comunidad, los fue aumentando, y aumentando, cada vez más hasta lograr una crisis social de persecución de una minoría en Myanmar. Desde hace unos años, esto ya se generalizó.

Los discursos de odio –como el antisemitismo– son hoy un fenómeno en las redes, y debemos actuar porque esto forma parte del derecho. Nosotros tenemos derecho a solicitar información sobre cómo funcionan estos algoritmos en los discursos de odio generalizados o bien frenarlos con la tutela preventiva inhibitoria. También hubo problemas en las decisiones judiciales. En los Estados Unidos hubo un caso famoso en el que una persona fue sancionada por una falta menor y el juez pidió informes de peligrosidad a una empresa que trabajaba con inteligencia artificial. Le hizo un estudio, informó la máxima peligrosidad y le puso la pena máxima. No había relación entre la falta y la pena máxima. Entonces apeló el primer problema: “¿por qué me declaran a mí persona peligrosa?”. La empresa alegó no poder decirle porque los algoritmos no explican, es como una caja negra.

Segundo problema, y esto es muy importante para las funciones judiciales, la inteligencia artificial no hace juicio de relevancia. Entonces, ¿qué ocurre? Entra en la red, el Big Data, y mira desde una falta que cometió cuando estaba en la escuela hasta un delito, y los pone a todos juntos y eso es peligroso. No hace el juicio de relevancia que es típico de la función judicial. Entonces, claro, esto generó un enorme debate en los Estados Unidos. Cuidado, esto no, porque la función de juzgamiento no puede ser trasladada. Pueden aplicarse las inteligencias artificiales para multiplicidad de procesos, acelerarlos, pero no para estos juicios, que son típicamente juicios humanos.

Hay otros ámbitos que ya han sido casos problematizados, sobre todo con los adolescentes que empiezan a consultar el chat. Esta es una relación compleja porque los chicos comienzan a tener una relación de mucha confianza con el chat. Y ya hay varios casos, varios. Normalmente, uno piensa que los chicos están encerrados en el dormitorio y que no corren riesgo, cuando en realidad corren más riesgos cuando entran en las redes. La serie *Adolescencia* lo muestra muy claramente. Y este caso que sucede ahora en los Estados Unidos, acerca de un chico que se separa de la

escuela porque empieza a perder sociabilidad, habla más con el chat que con los padres, los maestros o los compañeros. Vive en soledad –situación cada vez más común– y se deprime. Cuando se deprime tiene tendencias suicidas. Le consulta al chat cómo suicidarse, y el chat le aconseja y se suicida. Entonces los padres hacen un juicio contra la empresa que creó el chat y los algoritmos. Cuidado con esto porque la prevención de solicitar cómo funcionan los algoritmos es realmente importante. El derecho a la transparencia algorítmica es un tema que hoy lo podemos plantear porque nosotros tenemos los derechos personalísimos en el artículo 52 y siguientes, y en los demás.

Hay otros temas con la inteligencia artificial como de qué trata el texto. Una de las cosas que hace la inteligencia artificial es producir textos. A diferencia de todas las tecnologías que conocemos, esta tiene una particularidad. Todas las tecnologías –por ejemplo, el cuchillo, el tenedor, el auto, el avión, la computadora, etc.– son instrumentales. Es decir, yo tomo una decisión y ese es el instrumento. La inteligencia artificial es sustitutiva de la decisión humana. Es una diferencia muy importante, porque además es generativa, esto es, genera, y genera. Entonces, acá hay varios temas vinculados con la inteligencia artificial generativa. Porque cuando genera textos, estos pueden cambiar muchas cosas. Hay mucho de idea apocalíptica también, pero simplemente pensemos que la inteligencia artificial puede crear una doctrina religiosa y puede crear fanatismo religioso; puede también crear un texto antidiscriminatorio, poner la cara de un líder y generar una revolución. Hay una película que yo recomiendo, *Mountainhead*, que trata sobre un grupo de tecnólogos que se reúnen un fin de semana. Son los cuatro dueños de las grandes tecnologías de los Estados Unidos. Empiezan a dialogar entre ellos, se divierten, conversan sobre los líos que están cansando en el mundo y sobre una inteligencia artificial generativa creada por uno de ellos. Y en la televisión están transmitiendo todos los conflictos que está creando en muchos países, entre ellos la Argentina –nosotros siempre aparecemos–. Miren la película porque es notable. Entonces se sienta a ver los conflictos sociales en el mundo, se divierte y bueno, decide ahora, por ejemplo, ocuparse de gobernar Argentina.

Y entonces empieza a crear textos. Esto puede suceder perfectamente. Puede haber una corrida financiera porque la inteligencia artificial puede crear una corrida financiera. Quiero decir: es un tema fundamental porque ella actúa sola. En este texto que crea, hay una discusión jurídica. Es un texto protegido por la libertad de expresión; entonces, no hay responsabilidad, es igual a un bibliotecario porque, por ejemplo, el chat lo que hace es buscar datos y lo expresa, con lo cual no hay responsabilidad. O es un servicio de

la economía de la información, donde sí hay responsabilidad. En nuestro derecho es un servicio porque entra dentro de las relaciones de consumo, entonces sí hay responsabilidad y puede imputarse a la cadena. Nosotros esto lo tenemos regulado, la discusión que en Europa hoy es fuerte, y en Estados Unidos también, entendamos que todo este sistema jurídico se puede aplicar analógicamente en la inteligencia artificial. La inteligencia artificial puede hacer muchas cosas, de las cuales nosotros no tenemos la menor idea, pero sí la mencionamos. Primero se supo que podía jugar al ajedrez y al *go*, ahí se hizo famosa cuando ganó en China, y le ganó al ajedrecista nuestro también.

Después, ¿puede producir textos? Sí, puede producir textos, puede hacer lo que hacen los abogados, las abogadas, los escribanos, las escribanas, los jueces, las juezas, puede traducir, reemplazar a todos los traductores, puede hacer todo tipo de textos, puede hacer imágenes, con lo cual puede crear avatar, puede reemplazar a los artistas y las actrices –de hecho, hubo huelgas en Hollywood porque toman cuatro o cinco imágenes de un artista y con eso hacen una película, no los necesitan–. Puede crear música –y por eso ya hay muchos juicios de derechos autorales–, puede crear música de personas fallecidas, hacerlas actuales o nuevas. Pero esto genera todo un problema de propiedad intelectual. Puede crear conflictos psicológicos importantes. Por ejemplo, hay una revista en los Estados Unidos que se llama *The Atlantic*, donde la directora Anna Rosen escribió un artículo en el que habla consigo misma dentro de cincuenta años y no le gustó. ¿Qué quiere decir la inteligencia artificial? ¿Yo le puedo dar toda la información y ponerme a mí dentro de cincuenta años? No creo, pero ella se pone a pensar, “¿quién soy yo?”. Es un problema complejo para la gente, para todos nosotros, porque yo soy el mismo de esta mañana, y calculo que sí, el de esta noche, y pienso que sí, pero dentro de veinte años a lo mejor cambié de vida, cambié de experiencia, me enfermé, cambié de ideas. Entonces ella, esa persona no soy yo, y esto empezó a plantearle un montón de problemas psicológicos. Existe también otra experiencia, la de hablar con personas fallecidas que se recrean. Uno pone varios datos y la inteligencia lo recrea.

Esto es también un tema importante que se está planteando en el derecho, porque ¿hasta dónde se puede llegar con esto? ¿Cuáles son los límites? Nosotros tenemos varias normas, pero no quiero extenderme más allá. La inteligencia artificial puede organizar y manejar una casa sin intervención humana, puede manejar un auto, manejar una ciudad. Por ejemplo, las ciudades que están haciendo ahora en Arabia Saudita, son todas manejadas con inteligencia artificial. El auto autónomo tiene decisiones morales. Entre chocar a un perro y a una persona, a lo mejor ve dos objetos,

o chocar una casa. ¿Qué decisión toma ahí el algoritmo? Entonces ahí aparecen todos estos debates de quién lo programa y cómo lo programa. Si ahí hay que intervenir jurídicamente, entonces quién es el responsable por los daños que causa, si la ciudad funciona mal y a mí me causa un daño en mi casa. Todo esto es un mundo nuevo, pero que ya sucede en muchos países, y que es muy interesante, con muchos beneficios. Pero tengamos en claro que la novedad reside en lo técnico. Y los problemas que genera son muy comunes. Otro problema es el control social, muy grave hoy, porque lo que escribió Orwell en *1984* sobre el control... el libro era el control de Stalin de la represión. Pero esto se parece más al libro de Huxley, *Un mundo feliz*, porque nosotros damos los datos y con esos datos nos controlan felizmente.

Hacemos todos lo mismo. ¿Por qué todo el mundo se hace tatuajes? Hoy se puso de moda y, sin duda, hay una influencia muy grande de la publicidad. Por eso nosotros incluimos normas de la publicidad en el Código porque hay que controlar la publicidad en las redes sociales, si es discriminatoria, si es inductiva. En China, por ejemplo, se ensayó una tarjeta de puntuación social muy grave. Hubo un debate muy importante porque le suma puntos a uno si se porta bien y se lo saca si se porta mal.

Cuidado con esto. Si quieren ver algo más liviano, en la serie *Black Mirror* hay un capítulo interesante sobre esto. Se llama "Caída en picada" donde la persona se acerca a otras imitando su comportamiento para sumar puntos, porque si se los restan, queda fuera de la sociedad. Así, uno paga el tren más caro, no puede trasladarse al trabajo, recibe sanciones. Ni hablar si opinan en contra del gobierno. Es un nivel de control social, como no existió en toda la historia de la humanidad. También hay acá un debate porque el derecho es poner límites. Entonces, este es un panorama nuevo, que no quiero perturbarlo, pero sí, digo, es muy interesante lo que tenemos por delante porque también es una esperanza para el derecho.

Nosotros tenemos ahora un gran desafío, el de organizar esta sociedad. No sólo la inteligencia artificial, sino que existe todo un ecosistema tecnológico porque, por ejemplo, hay tecnologías de la vida que tienen dos problemas básicos. Uno es el nacimiento: hoy se pueden crear chicos con determinados programas, programas de ADN. Entonces, ¿dónde está el principio de igualdad ante la ley, o somos todos iguales? Y las declaraciones de derechos humanos... esto ya es otro debate.

Y también se puede prolongar la vida: todo el mundo feliz porque vamos a vivir cien años. Ahora, ¿de qué va a vivir una persona después de los sesenta y cinco años, que se jubila solo, porque todos vivimos solos? El mundo ahora es de personas solas. ¿Quién lo va a cuidar? ¿De qué va a trabajar? ¿Cómo vamos a hacer con el sistema de seguridad social? Es decir, son

debates de una envergadura extraordinaria. Y yo creo que para el derecho es apasionante, porque es como cuando nació el derecho. Y empezaron a aparecer todos esos problemas.

Bueno, ahora tenemos esto, ocupémonos. No deprimirnos, pero Revolución Industrial. Pero hubo grandes hombres y mujeres del derecho que establecieron los límites adecuados de la convivencia. Ahora sucede lo mismo. Entonces, yo creo que, si hay algo que decir en estos diez años del Código, es que hemos logrado algo muy importante: construir algo en común que, en la sociedad argentina, es una rareza. Porque pensemos que nosotros veníamos de frustraciones. Yo fui heredero de toda una generación de juristas, hombres y mujeres, que trabajaron la codificación una y otra vez. Me acuerdo, durante el período democrático, de Atilio Alterini con el proyecto de 1987. Recuerdo que festejamos la aprobación del Congreso y el día que lo festejamos lo vetó el presidente.

Y después otro proyecto, y otro, y otro. Bueno, hemos logrado un proyecto donde participó toda la comunidad que quiso participar. Se logró un consenso. Ese es un consenso logrado en equipo. Participó el Congreso, hubo audiencias públicas. El único riesgo de la Argentina en esto es la idea pendular. Nosotros tenemos esta genuina idea de que todo ese trabajo que hacemos para llegar a un nivel, como el mito de Sísifo, después la piedra cae y empezamos de nuevo. El mito del trabajo inútil.

Entonces, esto es lo que a mí me parece, cuando recién hablaba de reformas. Yo creo que las reformas hay que hacerlas, pero empezar todo de nuevo no es lo más razonable. Porque siempre nosotros tenemos esa tendencia a lo fundacional. Cada uno, bueno, ahora empieza una refundación del país, y esa refundación es cada diez años. Entonces, esa idea pendular de la Argentina es la que nos impide el desarrollo. Por eso empecé con los temas contractuales, que dan estabilidad, estabilidad de cómo vamos a enfrentar los nuevos problemas que vienen. Tenemos un consenso básico. Entendamos el derecho como una herramienta extraordinaria. Para enfrentar los problemas que tenemos en la sociedad no necesitamos innovar tanto porque, reitero, la innovación tecnológica es buena, pero la sabiduría acumulada durante años es siempre la que nos guía, nos guía a la convivencia, nos guía el consenso. Y, por eso, son tan importantes todos ustedes y las asociaciones. Porque si hay algo sólido que la Argentina tiene, no son estos cambios pendulares, sino la sociedad argentina organizada que siempre pone algún límite. Esa es nuestra función.

Muchísimas gracias.

# Persona y capacidad\*

José María R. Orelle\*\*

*Sumario: 1. Menores y adolescentes. 2. Capacidad disminuida. 3. Trascendentes avances de los autores de las ciencias de la conducta que impactan en los conceptos jurídicos. 4. Necesidad de mejorar la capacitación profesional integrando abordajes multidisciplinarios.*

## 1. Menores y adolescentes

### 1.1. Breve referencia a la metodología del Código Civil y Comercial respecto de los menores de edad

Modificación profunda respecto al Código de Vélez:

- 1) Amplió considerablemente la capacidad de los menores, fomentando una autonomía progresiva.
- 2) Faculta a los menores con grado de edad y madurez suficiente a ser escuchados y a ejercer por sí mismos los actos que el ordenamiento permite; tiene especial trascendencia en tema de divorcio, adopción y conflictos familiares.

El método adoptado fue separar dos bloques de regulación del tema:

- 1) El primer bloque es tratado en el libro primero dentro del Título de Persona Humana, donde se regulan aspectos básicos: la terminología, las etapas (hasta los 13 años, desde 13 a 16 y de 16 a 18), la emancipación matrimonial y el caso del menor de edad con título habilitante.

\* Adaptación presentada por el Esc. José María R. Orelle de su intervención oral realizada el 12/08/2025 en la sede del CECBA, en el marco del ciclo de conferencias "A 10 años del Código Civil y Comercial de la Nación: teoría, práctica y nuevos desafíos".

\*\* Doctor en Derecho (UBA). Exprofesor de Derechos Reales y Derecho Notarial e Inmobiliario (UBA). Docente de grado y de posgrado en la UNA. Miembro de número de la Academia Nacional del Notariado. Integró el equipo de juristas convocado por la comisión creada por Decreto Nacional 191/2011.



- 2) El segundo bloque, muy detallado, es tratado en el Libro Tercero, Título VII, sobre Responsabilidad Parental, Derechos y Deberes de los Hijos, y Representación y Administración de los Bienes de los hijos.

## **1.2. Escenario social que tuvo que afrontar la normativa**

- 1) Grandes y vertiginosos cambios sociales de los estilos de integración de las familias, algunos de los cuales son muy disruptivos.
- 2) Notable disminución de matrimonios tradicionales.
- 3) Exponencial cantidad de parejas que eligen convivir.
- 4) Notoria confusión y ambigüedad en el mundo sobre el modo de relacionarse entre padres e hijos, tema que ha alcanzado gran difusión mediática y que ha sido abordado por numerosos estudios sociológicos, filosóficos y de especialistas en pedagogía.
- 5) Perniciosa y alarmante influencia muy difícil de controlar de las redes sociales sobre los niños y adolescentes (muy bien descrita por la serie Adolescencia).
- 6) Avance permanente y a veces excesivo de libertades autoasumidas de los menores de edad.
- 7) Disminución de la natalidad.

## **1.3. Puntos especialmente relevantes para el ejercicio profesional notarial**

### **1.3.1. Grado de incidencia de la reforma en el ejercicio de la función**

Si bien la incidencia de los factores enunciados en los puntos anteriores es muy notable, como observación personal no se generaron situaciones extremas para el ejercicio profesional notarial.

Se nota mucha mayor incidencia en el ejercicio de la Función Judicial, y sobre todo en el caso de las asesorías de menores, en sus diversos sectores, por absorber situaciones de intensa conflictividad, que han exigido y exigen mucha dedicación profesional. Debido a que la actividad notarial se ejerce prioritariamente en el campo negocial, no se han producido numerosas situaciones extremadamente difíciles.

Claro está que para evaluar un cambio legislativo diez años es un lapso demasiado corto, por lo cual es necesario señalar las consecuencias de la reforma para el ejercicio de la Función. Señalo las siguientes, con extensión no solo para actos notariales, sino para el asesoramiento profesional.

### **1.3.2. Supresión del usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos**

Esta supresión tiene una trascendencia enorme respecto a la situación de los menores de edad, ya que en casos en los cuales se reciben bienes por montos importantes (por ejemplo, por atribuciones testamentarias), el Código anterior establecía que se beneficiarían exclusivamente los titulares de la patria potestad. El cambio es esencial, ya que ahora no solo los beneficiarios son los menores, sino que los padres están obligados a rendir cuentas de su gestión. Este cambio, que por sus características no llega en forma directa al notariado, salvo en el caso del asesoramiento, ha impactado con particular intensidad en el ámbito de las asesorías de menores donde –según información que me he ocupado de obtener especialmente por intermedio del Dr. Atilio Álvarez– hay muchos casos de menores poseedores de un gran patrimonio que con el actual régimen obtienen un beneficio económico muy importante.

### **1.3.3. Cambio de la expresión “patria potestad” por “responsabilidad parental”**

Más allá de lo semántico del vocabulario, lo esencial –como se ha señalado antes– es el pasaje desde de una actitud de rigidez autoritaria hacia un sistema de obligaciones parentales basado en la premisa del interés superior de niños y adolescentes que surge no solo de los nuevos textos del Código Civil y Comercial, sino también de numerosos tratados internacionales sobre el tema. En esta línea de avance, es notable lo minucioso de la regulación de los ítems de la responsabilidad parental, que configura un escenario de múltiples responsabilidades no solo de los padres, sino de cónyuges afines (art. 674) y en algunos casos (delegación de ejercicio de facultades parentales por causas extremas) a cargo de terceros (art. 657).

### **1.3.4. Tratamientos invasivos. Decisiones sobre el propio cuerpo**

Detengámonos un instante en las expresiones “tratamientos invasivos que comprometan la salud o que pongan en riesgo la integridad o la vida” y “[las] decisiones atinentes al propio cuerpo”. Lo impactante de estos enunciados es la inserción en el campo de la interpretación de elementos subjetivos imposibles de ser medidos o porcentualizados, lo cual genera un problema importante para la interpretación de los operadores que

se proyecta en los campos de la prueba de la diligencia y su efecto, la responsabilidad profesional. Afortunadamente, la doctrina es unánime al sostener que esta clase de valoraciones quedan sujetas a la intervención esencial de profesionales de la medicina y a establecimientos médicos. Esto plantea una enseñanza fundamental, que luego ampliaré: la necesidad de ampliar el ejercicio profesional a través de un trabajo conjunto con otras disciplinas.

Una de las consecuencias para el ejercicio de la función notarial en casos en los cuales aparezcan estas expresiones que estoy comentando, es muñirse de la prueba (dictámenes, informes u otros instrumentos emanados de instituciones médicas, o de profesionales con la especialidad del caso) sobre las características del caso. Por ejemplo, en aquellos casos en que se requiera la intervención de un escribano para la autenticación de la firma de un menor en un documento en el cual aparezcan menciones sobre tratamientos u intervenciones medicinales, corresponde agregar el o los pertinentes documentos de médicos o instituciones de los cuales surjan las características de dichos tratamientos o intervenciones.

### **1.3.5. Edad y grado de madurez suficiente**

Similares, pero no idénticas, consideraciones se deben aplicar al tema de la calificación sobre la edad y grado de madurez suficiente de un menor. Cabe agregar que esta expresión, conforme ha sido descrita por los autores, no se limita al caso de los adolescentes, sino que podría ser aplicable incluso a menores que no han cumplido 13 años. Este tema impacta en toda clase de operadores jurídicos, y se observa con especial incidencia en los casos de divorcios, adopciones y en todas aquellas situaciones conflictivas relacionadas con menores, lo cual obliga a los jueces a escuchar personalmente a los menores y a captar sus intereses, preferencias, aspiraciones, temores, etc. (art. 639).

Aunque no es muy frecuente todavía, este tipo de situaciones también puede llegar al notariado. Por ejemplo, en los casos en los que algún menor, ante los malos tratos recibidos por parte de sus progenitores, designe a un letrado para que lo defienda (art. 679). Reiterando lo expuesto anteriormente, en estos casos, como directiva general, el escribano debería muñirse de documentos acreditativos que “objetiven” la calificación de contar con un grado de madurez que resulte armónico con la edad del menor.

## 2. Capacidad disminuida

### 2.1. Breve referencia a la metodología del Código Civil y Comercial

1. Como primer señalamiento, el Código incorporó avances que ya habían sido legislados con anterioridad ya que, debido a la influencia tanto de profundas modificaciones doctrinarias respecto a la situación de las personas con limitaciones, como de numerosos tratados internacionales, se modificó radicalmente la estimativa anterior de considerarlas como dementes (sin tener en cuenta los grados de las limitaciones) y normales.

2. Se incorpora la obligación social de judicializar la situación de las personas con limitaciones, con finalidad protectora.

3. Se incorporan directivas especiales para el ejercicio de la Función Judicial, imponiendo la obligación de intervención interdisciplinaria, entrevistas con las personas con limitaciones, conferirle prioridad a la protección de su dignidad personal, disminuir dentro de lo posible las restricciones para actuar, la posibilidad (salvo casos extremos) de designar "apoyos" o sea personas que colaboran, informan, aconsejan, y que además intervienen asistiendo a la persona disminuida para la realización de los actos que necesita efectuar.

4. Se incorporan requisitos y contenido específico para el dictado de las sentencias, con la finalidad de guiar a quienes contratan a personas disminuidas y a los agentes que intervienen en dichos actos (caso de los escribanos), fijando las pautas de actos en los cuales puede intervenir solo la persona afectada, y de aquellos en los cuales debe intervenir el apoyo conjuntamente.

5. Se establece un régimen especial de publicidad para las sentencias, para evitar dentro de lo posible el desconocimiento de la situación de limitación, y cerciorarse de la aplicación del sistema configurado legalmente.

### 2.2. Escenario social que la normativa debió afrontar

1. Como observación personal, ya que la descripción técnica de los escenarios sociales es un tema propio de la sociología, entiendo que para el ciudadano común no está claro, como tampoco está suficientemente difundido, el modo apropiado de accionar personal respecto a las personas con limitaciones.

2. Además, también depende del grado de conocimiento cultural de cada persona sobre el tema, y muy especialmente en caso de personas que en

su familia el tema está presente, lo cual los lleva a interiorizarse como una necesidad esencial.

3. A ello se suma una comprensible, pero peligrosa, inclinación a ocultar (por pudor familiar) situaciones de este tipo, e inclusive a no judicializar estos casos, una decisión que desde una óptica estrictamente jurídica finalmente perjudica tanto a la familia, como a los terceros y al mismo paciente.

### **2.3. Puntos especialmente relevantes para el ejercicio profesional notarial**

1. Aunque la normativa descripta contiene las pautas referidas, lamentablemente hay "lagunas jurídicas" generadas por diferentes causas. Por una parte, porque no existe todavía un sistema registral nacional que permita conocer sentencias dictadas en las diferentes provincias, tema particularmente peligroso.

2. Asimismo, porque tampoco existe un sistema nacional de registros civiles, por lo cual aunque se haya obtenido una "inscripción" de la limitación en un registro local, se produce el mismo vicio que el apuntado en el párrafo anterior.

3. El método de anotación en la partida de nacimiento de las personas la limitación de capacidad ha caído en desuetudo debido a la inconsistencia entre los plazos de los actos jurídicos y la incidencia operativa en conseguir dichas partidas.

4. Otro punto relevante es la dificultad que tienen los operadores y quienes contratan con personas con limitaciones para poder captar dichas limitaciones debido a la enorme diversidad de afecciones, que en algunos casos no generan signos ostensibles que permitan detectarlas a simple vista. Como es público y notorio, el campo de la subjetividad humana es prácticamente inabarcable, por lo cual este punto es uno más entre muchos. Este problema impacta gravemente en la posibilidad de desarrollar la debida diligencia por parte de los ciudadanos y de los operadores y, lamentablemente, no se han generado todavía protocolos específicos (tema que ampliaré en el próximo capítulo) que mejoren la situación.

5. En síntesis, el panorama descrito es grave, y exige respuestas inmediatas por parte de los legisladores habida cuenta de la incidencia en las situaciones de responsabilidad en muchos casos injusta, debido a la dificultad para probar exactamente cómo sucedió el acto, y qué posibilidades reales tuvo quien contrató con una persona disminuida y, además, tema no menor, el grado de "complicidad inconsciente" de familiares, y de las referidas lagunas.

### **3. Trascendentes avances de los autores de las ciencias de la conducta que impactan en los conceptos jurídicos**

#### **3.1. Desde la sociología**

La necesidad de marcos de referencia es innegable: las personas no pueden afrontar el desarrollo de su vida en los muy diversos mundos (filosófico, social, ideal, artístico, religioso, moral, etc.) sin reglas orientadoras. Únicamente con ciertos patrones de referencia puede constituirse un mundo circundante, común, y comunicativo inteligible. Los rasgos esenciales del mundo de la vida son los siguientes:

- Lo creo con el conjunto de mis experiencias desde el nacimiento hasta las etapas posteriores.
- Es un conocimiento pragmático, no técnico.
- Se ordena en estructuras superpuestas de comprensión: relaciones con los otros, divisiones laborales, diferencias de culturas y de educación, equilibrios de poder.
- Estas estructuras dan un significado a mis experiencias y me guían para interactuar.

#### **3.2. Desde estudios sobre el funcionamiento del cerebro**

Los estudiosos del funcionamiento del cerebro parten del supuesto básico de que una gran cantidad de las conductas humanas son el simple resultado de circuitos cerebrales predeterminados, a su vez consecuencia de la estructura física de nuestro cuerpo. Es más, alguno de ellos, en posición radicalizada, predicen un altísimo porcentaje de determinismo, con lo cual reducen mucho el rol del libre albedrío.

#### **3.3. Aportes desde el psicoanálisis**

##### **3.3.1. Las diferentes percepciones de los sujetos ante el mismo evento**

Existen tantas realidades como finalidades del observador: mundo de la ciencia, de las relaciones ideales, de los ídolos, la mitología la religión, etc. En la medida que se les presta atención, cada uno de estos mundos es real a su manera. En otro plano de consideraciones, un punto interesante de reflexión relacionado con las diferentes percepciones individuales es que

las calificaciones jurídicas (lícito, ilícito, justo, injusto, buen obrar, mal obrar) no corresponden al mundo de lo ontológico, sino que surgen de estimaciones valorativas propias de las leyes, que asignan "etiquetas" de significantes elegidas por alguna autoridad, lo cual nos permite comprender los grados de relatividad.

### **3.3.2. La falacia que sostiene que las personas actúan buscando su bienestar**

El psicoanálisis ha trabajado mucho este punto, señalando que cada persona ha desarrollado su modo particularísimo de obtener placer (los psicoanalistas lo denominan goce). Dicha denotación no coincide con la estimativa social de placeres, de búsqueda de felicidad, por lo cual se llega a la paradoja de que una persona realiza una acción negativa desde lo social, por ejemplo, lastimarse o lastimar. Para dicha persona esa acción "negativa" la genera una satisfacción psíquica, muchas veces desconocida. Si el placer, el desplacer, las pulsiones sexuales, la pulsión de muerte forman parte de la estructura del funcionamiento del sujeto humano, si el inconsciente también forma parte de esta estructura y "burla" la ley de la consciencia o de la supuesta objetividad, el Derecho no puede negarse a esas evidencias, sin pagar el alto precio de ver sus objetivos frustrados y su ineficaz efecto regulador.

### **3.4. Aporte focalizado en los sesgos cognitivos**

En este punto me interesa retomar la falacia de que todas las personas tomamos decisiones racionales y lógicas. Uno de los riesgos que derivan de tal convicción es que el sistema evaluativo es perfecto, universal y que, además, neutraliza naturalmente la incidencia de lo emocional. Este punto ha sido intensamente adoptado por el derecho en las exposiciones tradicionales sobre el discernimiento. No obstante, desde hace ya muchos años dicha convicción generalizada ha sido extensamente cuestionada desde la psicología, que ha detectado y estudiado cuidadosamente los riesgos provenientes del inadecuado manejo del sistema emocional, como de los errores de los juicios humanos.

Un estudio especial, que facilita el acceso a estos avances, surge con especial dedicación del profesor Daniel Kahneman, premio Nobel de Economía, que ha desarrollado en dos obras esenciales para quienes desean profundizar este apasionante tema: *Pensar rápido, pensar despacio* y la obra

escrita con Olivier Sibony –consultor y escritor especializado en tomas de decisiones estratégicas y organización de procesos de decisión– y Cass R. Sunstein –especialista en derecho constitucional, políticas regulatorias y análisis económico de las leyes– titulada *Ruido. Una falla en el juicio humano*. La tesis central de dichos trabajos es separar lo que llaman sistema uno (pensar rápido) y sistema dos (pensar despacio).

Una consecuencia de la investigación de dichos autores, que, como veremos a continuación, ha tenido muchos seguidores, es el descubrimiento de lo que denominan sesgos cognitivos, aquellas fallas o desvíos del pensamiento, enormemente frecuentes y previsibles, que llevan a apartarse de la falacia de presumir que todas las personas compartimos el mismo modelo de pensamiento –que deviene de las características biológicas de nuestra naturaleza– y que adoptamos nuestras decisiones de modo racional, lógico, objetivo. Los más frecuentes son:

- modelos inconscientes de pensamiento
- prejuicios, creencias adquiridas sin revisión ni autocontrol previo
- sesgo de autoridad
- sesgo de abstracción
- dogmatismo versus realidad
- aversión a las pérdidas y “dolor de pagar”
- imaginaria sensación de seguridad sobre lo que es “caro”
- optimismo no realista
- efecto “ancla” o primera impresión
- posibles y generalizadas deshonestidades

### **3.5. Consecuencias del impacto sobre los ordenamientos y conceptos jurídicos**

Las limitaciones anteriormente descritas se proyectan en toda su amplitud sobre los operadores jurídicos, con especial relevancia en la necesidad de obtener una razonable dosis, dentro de lo posible, de neutralidad e imparcialidad, puntos que exigen una actitud muy perceptiva de quienes ejercemos para admitir nuestras limitaciones, y generar métodos técnicos interdisciplinarios que mejoren la situación actual. Además de dicha limitación genérica, se incluyen otras limitaciones que afortunadamente se han comenzado a divulgar:

### **3.5.1. Riesgo derivado de las presiones temporales u otras peculiaridades de cada tarea**

Con elocuencia y precisión, Taruffo destaca, al referirse a los aspectos pragmáticos de la función judicial (perfectamente extrapolable a las demás profesiones jurídicas), que el juez:

[...] no dispone de los instrumentos cognoscitivos ni del tiempo y la libertad de investigación que disponen el científico o el historiador. A diferencia de la actividad de estos últimos, el proceso debe desarrollarse en un tiempo limitado, dado que intereses tanto públicos como privados presionan para que la *finis litium* se alcance rápidamente y este es un gran obstáculo para la búsqueda de la verdad.

Uno de los aspectos que se observa en muchos casos de juzgamiento sobre responsabilidad civil y aun penal es el desconocimiento sobre el modo real y pragmático en el que se trabaja en “un día normal”. Empleo esta expresión para acentuar la peligrosidad por parte de quien juzga de generar supuestos imaginarios de dichos modos “reales”. La realidad del modo de trabajo de cualquier oficio, profesión o función no deviene de la simple lectura de trabajos doctrinarios, ni de extrapolaciones mentales imaginarias, surge de un proceso milenario de armazón social de la realidad. Por ello, la expresión “usos y costumbres” es mucho más trascendente de lo que parece a primera vista.

### **3.5.2. El rol de azar en las conductas humanas**

El tema del azar en la conducta ha recibido particular atención por un doctrinario del campo del derecho penal, Tobías J. Schleider, quien aporta interesantes puntos, algunos de los cuales son de particular relevancia para el presente trabajo. Schleider sostiene que la suerte no solo opera con “condiciones externas”, sino que afecta también a nuestra constitución, la clase de persona que somos: nuestras inclinaciones y temperamento, determinados tanto por factores genéticos como sociales, dependen de circunstancias azarosas: dónde hemos nacido, en cuál familia y grupo social, estado de salud, posibilidades culturales, aptitudes, todo lo cual involucraría una especie de “suerte moral”. Otro rasgo de suerte moral es el grado de posibilidad de algunas personas para apartarse de ciertas tendencias negativas y por qué otras no.

### **3.5.3. Incidencia en algunos casos de mala fe de los participantes de actos**

Una vez sucedido un daño, de toda evidencia los perjudicados cuando accionan –salvo contadísimas excepciones– no relatan con sinceridad la realidad de lo sucedido. Con el afán de obtener la reparación de perjuicios, omiten una descripción veraz, completa, precisa, clara. Este punto tiene particular relevancia en los temas subjetivos, que por su naturaleza son indetectables de modo directo. Por ejemplo, en el caso de consejos o asesoramientos profesionales. Los grados en los cuales los consultantes o asesorados incorporan las directivas varía enormemente, ya que dependen de los factores subjetivos ya relacionados. El problema es que dicha tarea de guía, contención, información y evaluación se realiza oralmente, con lo cual en caso de actitud maliciosa de quien lo ha recibido queda en el ámbito de la prueba, “palabra contra palabra”. Dentro del complejo tema de las finalidades de cada persona, en caso de obrar con mala fe, se eligen configuraciones jurídicas para un ejercicio abusivo y desviado, con la pretensión de obtener su beneficio antijurídico. Este elemento, en nada desechable, ha sido objeto de un trabajo dedicado a este tema por parte de Carlos Nino. Recientemente, un escritor e investigador en el campo de la geopolítica, Martín Gurri, se ha ocupado de uno de los matices de los riesgos derivados de las opiniones improvisadas y que debilitan a las democracias: el traslado del poder de la información, tradicionalmente ejercido “desde arriba hacia abajo” por autoridades públicas (Estados, medios tradicionales de difusión) y que ahora es ejercido por el público a través del poder de las redes sociales.

### **3.5.4. Riesgos del trabajo solitario**

Todos quienes realizamos tareas, cualquiera sea su índole, muchas veces hemos tenido la sensación de cierta inseguridad sobre nuestro modo de analizar un tema, aspecto que aumenta en intensidad cuando advertimos que el tema nos “compromete”. Dicha sensación emocional, como se ha visto en los capítulos anteriores, es natural y forma parte de nuestra estructura psicofísica. También he señalado (citando a Khanemann, Sibony, Sunstein) que se han propuesto abordajes técnicos para disminuir los errores de los juicios, uno de cuyos puntos es, precisamente, la intervención autónoma de varias personas que trabajan inicialmente sin conocer las opiniones de los demás. Más tarde, se realiza un intercambio y debate con la finalidad de obtener un cuadro más adecuado técnicamente, integrado por diferentes miradas que luego se integran en una propuesta equilibrada y con menos

sesgos. Algunos procedimientos judiciales y administrativos (con tribunales colegiados y con etapas recursivas), y aún en medios empresariales (juntas de evaluaciones), han captado la conveniencia de contar con varios enfoques.

#### **4. Necesidad de mejorar la capacitación profesional integrando abordajes multidisciplinarios**

Por mi parte, propongo algunos pasos imprescindibles para obtener un cuadro temático más complejo y sistematizado:

- 1) Creación de grupos de estudio interdisciplinario para la profundización de los factores, tanto emocionales como racionales, que se proyectan en las conductas humanas.
- 2) La generación de procedimientos uniformes y consensuados del modo de abordar y mejorar la prevención de daños, y el modo de trabajo de los intérpretes para disminuir el riesgo de los personalismos, sobre todo inconscientes. Me he referido anteriormente respecto a este punto, a las propuestas de Khanemann, Sibony y Sunstein. Cabe agregar similar línea de avance, proponiendo elaborar modelos de sentencias fijas para cada tipo de casos, o de directrices de sentencias que supongan recomendaciones básicas.
- 3) Crear cursos de aprendizaje y entrenamiento de las diversas ramas de operadores jurídicos, previos al acceso a la función y posteriores que permitan evaluar y hacer ajustes de modo permanente.
- 4) Capitalizar los trascendentes avances doctrinarios sobre argumentación jurídica, que –al menos en mi opinión– no han sido incorporados suficientemente en la práctica cotidiana.
- 5) En la misma línea, capitalizar los estudios de Filosofía Jurídica que permiten –mediante los marcos de referencia que brindan– un mayor rigor técnico del trabajo jurídico.
- 6) Generar a través de las instituciones jurídicas (universidades, colegios públicos, la magistratura) investigaciones permanentes sobre el tema.
- 7) Crear un Observatorio integrado por miembros provenientes no solo del ámbito jurídico, sino también de los campos sociológico y neurocientífico, e incluso por representantes de la ciudadanía, con el objetivo de aportar una visión más amplia, plural e integrada.
- 8) Generar mecanismos de control independientes que tiendan a evitar las decisiones unipersonales.

- 9) Generar métodos (o al menos abrir el debate respecto de su necesidad) de control técnico: test habituales, u otros medios, para detectar riesgos de personas con estructuras psíquicas riesgosas, con la finalidad de colaborar con ellas para evitar daños.
- 10) Crear técnicas desde la más temprana edad, para que tanto las instituciones educativas, como las familias, aprendan métodos de tramitación de situaciones emocionales.
- 11) Desarrollar estudios sobre la posibilidad y el modo de integrar sistemas de Inteligencia Artificial que permitan procedimientos comparativos de soluciones desprovistos de sesgos emocionales.
- 12) Cuando se interpretan trabajos, oficios, profesiones o ejercicio de funciones públicas, con fundamento en la necesidad de comprender el modo habitual de ejercicio de dichas tareas (cuyo dominio requiere años de aprendizaje, lo cual requeriría la presencia del juzgador o, por lo menos, de meses de observación), es imperiosa la necesidad de contar con pericias de expertos. Y, además de analizar muy bien con dichos expertos los puntos para dotar con la debida claridad y precisión dicho informe pericial, respetar el principio constitucional de defensa en juicio.



# Persona humana\*

## Reconocimiento de su dignidad

María Julia Fornari\*\*

*Sumario: 1. Introducción. 2. Actas notariales en entornos digitales. 2.1. Desafíos y valor probatorio. 2.2. Requisitos para la constatación de contenidos digitales. 3. Consentimiento informado como acto personalísimo. 4. Directivas médicas anticipadas y actos de autoprotección. 4.1. Formalización de las DMA. 4.2. Capacidad para otorgar DMA. 4.3. Revocación de las DMA. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.*

### 1. Introducción

El Código Civil y Comercial (CCCN) incorpora a nuestro plexo normativo dos nociones basilares: la inviolabilidad de la persona humana y el resguardo de su dignidad.<sup>1</sup> El reconocimiento de esta dignidad, que corresponde a cada ser humano por su sola condición de tal, se plasma en la incorporación sistémica al CCCN de la regulación de los derechos y actos personalísimos, a la que su parte general dedica en el capítulo tercero, diez artículos.

El cambio de paradigma impone a todos los operadores del derecho, entre ellos a los escribanos, el deber de proteger esa dignidad en cualquiera de sus manifestaciones.

\* Adaptación presentada por la Dra. María Julia Fornari de su intervención oral realizada el 12/08/2025 en la sede del CECBA, en el marco del ciclo de conferencias "A 10 años del Código Civil y Comercial de la Nación: teoría, práctica y nuevos desafíos".

\*\* Abogada (UBA). Profesora regular adjunta de Elementos de Derecho Civil (UBA). Profesora regular de posgrado en la maestría de Derecho Civil Patrimonial (UCA), en las diplomaturas de Persona Humana y Relaciones Familiares y Derecho Civil y Patrimonial (U. Austral) y en el posgrado de Persona y Derechos Personalísimos (UNNoreste).

1. Conceptos que, desde antaño, la doctrina reclamaba (ver conclusiones del IV Congreso Nacional de Derecho Civil de 1969, las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil 1983, el II Congreso Internacional de Derecho de daños de 1991, entre otros). Además, tales conceptos fueron recogidos por nuestra Constitución Nacional a partir de la reforma del año 1994, con la constitucionalización de artículos de los tratados sobre derechos humanos (conforme previsión del artículo 75 inciso 22), en especial el artículo 11 del Pacto de San José de Costa Rica que declara que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y el reconocimiento de su dignidad.



Y las nuevas tecnologías, presentes en todos los ámbitos de la vida de las personas, requieren ajustes indispensables para que la tutela sea efectiva.

Sobre esa base, propongo un recorrido centrado en tres hitos en los que la función notarial aparece, con especial claridad, como una función tuitiva de los derechos y actos personalísimos: las actas notariales en entornos digitales, el consentimiento informado, y las directivas médicas anticipadas, como actos de autoprotección.

## 2. Actas notariales en entornos digitales

### 2.1. Desafíos y valor probatorio

La transformación digital del tráfico jurídico ha situado al notariado argentino en un rol protagónico: el de la preconstitución de la prueba electrónica, siendo las actas notariales la principal herramienta para ello:

[...] se emplea habitualmente para recoger contenidos de correos electrónicos, mensajes de WhatsApp, interacciones en redes sociales, páginas web, etc., que luego podrán incorporarse al proceso, e incluso contenidos extremadamente efímeros como lo son los estados de WhatsApp, mensajes de audio, imagen o videos de una sola visualización o las *stories* de Instagram. (Salierno y Bielli, 2025)

En tales casos, el notario se enfrenta a dos desafíos: la tutela de los derechos personalísimos en juego y la necesidad de fijar en un soporte fehaciente, contenidos que sólo existen en forma virtual, dotándolos de robustez en la autenticidad e integridad propias de un instrumento público (Salierno y Bielli, 2025).

El acta notarial tiene por objeto la comprobación de hechos (art. 310, CCCN) y cumple la finalidad de documentar lo que el notario tiene a la vista, verificar su existencia y estado. A ello se circunscribe su valor probatorio (art. 312, CCCN). Tales documentos pueden afectar el derecho a la intimidad (Cifuentes, 1975, p. 832), la privacidad (lo relativo al manejo y protección de datos personales), la imagen, el honor e, incluso, involucrar cuestiones de género, tanto de quien las requiera, como de terceros. Ello exigirá que el escribano interviniente evalúe el requerimiento que motiva su intervención, y analice si su labor puede resultar lesiva a los derechos inherentes. En el entorno digital, esa premisa se tensiona.

La vida cotidiana (comunicaciones en general referidas a relaciones laborales, familiares y comerciales) se desarrolla cada vez más sobre un

sustrato digital, y una parte significativa de nuestras interacciones deja rastros o registros electrónicos que ponen en jaque tales derechos (a través de mails, revelación de datos personales, fotografías, mensajes de voz, mensajería de texto, redes sociales, entre otros). A esto se suma el uso de la inteligencia artificial que permite generar o manipular contenidos de manera sofisticada –*deepfakes* realistas, *voice cloning*, imágenes sintéticas– lo que, muchas veces, hace imposible detectarlo a simple vista.

No bastará entonces con constatar lo visible: es imperioso consignar parámetros de autenticidad, algoritmos de generación detectados y cualquier rastro de manipulación para asegurar su autenticidad, integridad y conservación. Para ello, el notario debe nutrirse de conocimientos informáticos básicos y recurrir a peritos especializados para no comprometer la fiabilidad del instrumento.

[...] sólo dará fe sobre lo que tiene a su vista y que percibe a través de sus sentidos, pero no se expedirá sobre la autenticidad de los documentos que tiene bajo su mirada cuando ellos se encuentren revestidos de elementos técnicos que excedan su mero conocimiento. Es decir, prima facie, no puede extenderse a constataciones sobre materias reservadas a peritos. (Bielli y Ordoñez, 2022, p. 49)

En este aspecto, se advierte en la jurisprudencia un control cada vez más riguroso: cuando el acta de constatación no está acompañada por un soporte técnico adecuado (asistencia de un especialista técnico, luego refrendado por una pericia informática), su fuerza se reduce y suele ponderarse como un elemento probatorio de eficacia disminuida e insuficiente para demostrar la ocurrencia de un hecho acaecido en el mundo virtual. Un mero elemento indiciario más, especialmente por tratarse de preconstitución de prueba producida sin contralor de la contraparte ni del órgano jurisdiccional (Cám. Laboral de Santa Fe Sala II, 2016; CNTrab. Sala II, 2021; CNTrab. Sala V, 2024; Cám. Civ. Com. de Mar del Plata Sala II, 2024; Cám. Civ. Com. de Formosa Sala I, 2022).

## 2.2. Requisitos para la constatación de contenidos digitales

La constatación de contenidos digitales debería contemplar, con o sin perito, cuatro momentos técnicos que resultan críticos:

- 1) adquisición: alude a cómo se accede al contenido;
- 2) preservación: apunta a cómo se asegura que ese contenido no sea alterado entre la constatación y el litigio;

- 3) obtención: se refiere a la extracción técnica y reproducible del archivo o registro;
- 4) presentación: cómo se incorpora de forma controlable al acta y, en su oportunidad, al expediente judicial.

En ese marco, ¿es condición indispensable contar con un informe técnico de informática? Desde luego, ello puede encarecer la labor notarial, pero es clave comprender que estará en juego la aptitud del documento digital para atravesar el tiempo y llegar “vivo” a la etapa probatoria.

Cuando interviene un perito, el trabajo técnico se desplaza a su ámbito, y el acta debe reflejar con precisión el procedimiento seguido. Un informe técnico sólido suele incluir: la identificación de los dispositivos o medios examinados, la identificación de las plataformas utilizadas para la obtención del contenido, una explicación (sucinta, pero verificable) del procedimiento empleado, y los mecanismos de preservación (por ejemplo, huellas *hash* y soportes no regrabables) que permitan verificar que el contenido no se alteró.

Esto se vincula con un criterio que, en términos probatorios, es cada vez más relevante: los documentos digitales deben superar un triple test de admisibilidad: autenticidad, integridad y licitud (Bielli y Ordoñez, 2022, p. 55).

La autenticidad exige identificar al autor o, al menos, asociar el contenido a una fuente verificable. Esto puede presentar el inconveniente de que el “dueño” del dispositivo no sea necesariamente quien envió el mensaje o generó el documento.

La integridad, por su parte, requiere garantizar que el contenido no fue alterado y también que no desapareció. Si el contenido desaparece y no fue correctamente extraído o preservado en el momento de la constatación, la prueba puede volverse inaccesible en la etapa probatoria.<sup>2</sup>

En este punto es útil distinguir entre firma digital y firma electrónica. La firma digital goza de presunciones específicas (autoría e integridad) que cambian por completo el análisis. En cambio, la mayor parte de los contenidos que suelen llevarse a una constatación notarial (mensajería instantánea, redes sociales, correos no firmados digitalmente, capturas de sitios web) no cuenta con firma digital y, por ello, queda sujeta a un escrutinio más intenso.

2. Por ejemplo, en materia de WhatsApp (y extensible a otras plataformas), la constatación útil suele requerir que no se interrumpa la cadena de envíos y que se identifiquen elementos básicos: datos de la cuenta, número asociado y, en la medida de lo posible, información del dispositivo y del receptor. De lo contrario, la facilidad con la que puede crearse o manipularse un intercambio (por ejemplo, con un chip adquirido y registrado ad hoc) incrementa el riesgo probatorio y reduce el valor de la constatación.

Finalmente, la licitud remite a un aspecto central: la obtención de la prueba no puede vulnerar derechos fundamentales. Aquí volvemos al punto de partida de este trabajo: la dignidad humana, la protección de datos personales, la intimidad (aquí, la correspondencia privada) y derecho a la imagen. En caso de duda, corresponde detenerse, ponderar y evitar que la constatación se convierta en un instrumento de lesión de derechos personalísimos.

### **3. Consentimiento informado como acto personalísimo**

El segundo eje del trabajo se destina a abordar el consentimiento informado, uno de los actos personalísimos regulados por el artículo 59 del CCCN, y su vínculo con la actividad notarial.

Con particular claridad, la doctrina ha señalado que, en rigor, no se trata de un “consentimiento” en sentido contractual, sino de un asentimiento del paciente como resultado de un proceso de información bilateral: profundo, preciso, comprensible y, sobre todo, oportuno. La jurisprudencia nacional y los estándares internacionales han sido rigurosos al exigir que la información sea previa, que permita deliberación y que se traduzca en una decisión compartida entre paciente, y equipo de salud. A ello se agrega la dimensión familiar y, en su caso, la representación para prestarlo (sustitución del consentimiento, orden de prelación, etc.) que introduce una complejidad adicional.

En términos normativos, el consentimiento informado presenta un mosaico regulatorio complejo: conviven el CCCN, la legislación específica en materia de derechos del paciente e historia clínica (Ley 26509 y su modificatoria: Ley 26742 sobre muerte digna), sus decretos reglamentarios y profusas disposiciones administrativas. A este andamiaje normativo debe añadirse la Ley 27610 sobre interrupción legal y voluntaria del embarazo (Fornari, 2024). Esta superposición, no siempre armónica, genera incertidumbre práctica en particular respecto a quién debe prestar el consentimiento y bajo qué condiciones.

Una regulación clara y armónica sobre el tema permitirá a las personas involucradas, a los operadores jurídicos y a los profesionales médicos resguardar la dignidad y dotar de certezas a este acto personalísimo tan frecuente como trascendente.

Un ámbito especialmente relevante para la función notarial es el del consentimiento informado para las técnicas de reproducción humana asistida. Conforme lo dispone el artículo 558 (CCCN) este particular acto

personalísimo manifiesta la voluntad procreacional y es fuente de filiación de los hijos nacidos a través de ellas. Por ello, los artículos 560 y 561 del CCCN exigen que el consentimiento informado sea protocolizado ante escribano público y sea renovado, con igual instrumentación, cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones.

La labor notarial también ha sido analizada por los magistrados en situaciones en las que el consentimiento es prestado en un instrumento público por una persona que luego fallece, y se pretende continuar con el proceso reproductivo. En las decisiones judiciales, las soluciones son diversas por la ausencia de legislación en la materia (CSJN, 2024; CNCiv. Sala B, 2018; Juzg. Nac. Civ. 87, 2016; Herrera, 2017).

#### **4. Directivas médicas anticipadas y actos de autoprotección**

El tercer eje del trabajo se refiere a otro acto personalísimo: las directivas médicas anticipadas (DMA) como medidas o actos de autoprotección. Aquí, tanto los escribanos como los abogados tenemos una deuda con la sociedad civil: difundir y facilitar esta herramienta jurídica que permite planificar el último tramo de la vida con dignidad, autonomía y autodeterminación.

Es importante subrayar que estas herramientas exceden la idea más limitada de “decidir cómo quiero morir”, dado que pueden abarcar decisiones prácticas y personales sobre dónde y con quién residir, los cuidados, la designación de apoyos, el destino de las mascotas y todo lo relativo a la organización de la vida cotidiana. El llamado “testamento vital” implica una anticipación temporal del consentimiento de una persona sana y con plena capacidad de obrar, para que su voluntad sea operativa en supuestos futuros y, normalmente, eventuales, lo que avienta riesgos de descalificación por vicios del consentimiento (Saux, 2018, p. 285).

Las DMA se encontraban previstas en la legislación específica de derechos del paciente (Ley 26529 modificada por la Ley 26742), y el CCCN las incorpora expresamente en su artículo 60 (ver Tobías, 2016 y 2011; Fornari, 2024). Esta incorporación es valiosa y fue bienvenida por la doctrina, pero abre algunos interrogantes que analizamos a continuación.

##### **4.1. Formalización de las DMA**

La normativa especial prevé que estas directivas se otorguen ante escribano o ante juez con la presencia de testigos. El CCCN, en cambio, guarda silencio sobre los requisitos de su instrumentación.

En la práctica, muchas instituciones médicas cuentan en sus portales con modelos de DMA, y omiten cualquier exigencia por entender que es una formalidad innecesaria que implica costos económicos excesivos y/u obstáculos burocráticos que impiden otorgarlas a los pacientes más necesitados, en general las personas postradas e imposibilitadas de trasladarse. Por ejemplo, el Hospital Italiano propone hacerlas ante escribano, o ante dos testigos, o bien ante el médico (Pezzano, 2006, p. 159); el Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas “Norberto Quirno” (CEMIC) propone la realización por escrito en tres copias: para el paciente, otra destinada a la historia clínica y, la última, para el archivo en medicina legal (Ravioli y Santini); y el Programa de Atención Médica Integral (PAMI), sólo ante dos testigos. No nos cabe duda de que, con esto, simplifican la actuación de sus equipos médicos, que no deben enredarse en la interpretación de galimatías del consentimiento por representación. Todos estos aspectos requieren de un ajuste normativo que ponga su foco en la seguridad jurídica para alcanzar un ordenamiento jurídico coherente, eficaz y seguro, donde la labor notarial cumple un papel preponderante.

#### **4.2. Capacidad para otorgar DMA**

El artículo 60 establece que pueden otorgarlas las personas plenamente capaces. La fórmula legislativa se contraponen con la sistemática dispuesta en el CCCN, al impedir postularlas a los menores de edad que puedan hacerlo conforme a su capacidad progresiva (y, sobre todo, a los mayores de 16 años, considerados como adultos para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo); y a las personas con capacidad restringida (dado que, conforme a los arts. 31 y 32 del CCCN, sólo requerirán sistemas de apoyo para los actos expresamente señalados en la sentencia, conservando la capacidad de ejercicio por sí para el resto, porque la capacidad de ejercicio se presume y sus limitaciones son excepcionales y restrictivas).

#### **4.3. Revocación de las DMA**

El artículo 60 refiere que las DMA son revocables en cualquier momento, lo que implica que tal revocación funciona en los hechos, como una nueva directiva. Entonces, ¿qué ocurre si la persona ya transitó un deterioro en su capacidad al momento de querer revocarlas? No está prevista una solución. El sistema necesita respuestas operativas porque allí se juega, otra vez, la autonomía de la voluntad.

A lo anterior, se añade un interrogante bioético: la directiva médica anticipada es un consentimiento informado "antedatado". Se decide hoy para un escenario futuro que puede ser incierto, tanto por el avance de la medicina como por el cambio legítimo de preferencias personales. Esa tensión no descalifica el instituto, pero exige trabajar con información clara, con asesoramiento y con la mayor precisión posible en la delimitación del alcance.

En la práctica, los equipos de salud suelen valorar especialmente estas directivas cuando están incorporadas a la historia clínica: reducen incertidumbre y evitan conflictos sobre representación o acompañamiento en momentos críticos. Precisamente, por eso es tan importante discutir con seriedad y sin dogmatismos el encuadre formal y sus ajustes necesarios.

## 5. Conclusiones

El CCCN ha incorporado un sistema de protección de la dignidad humana a través del reconocimiento y regulación de los derechos y actos personalísimos. Las nuevas tecnologías que atraviesan muchos aspectos de la vida de las personas imponen la adecuación de su tutela para que el reconocimiento de la dignidad no se torne una mera declamación vacía de contenido.

La función notarial se vuelve un espacio privilegiado de prevención y garantía de tales derechos, tanto en la confección de actas de constatación de contenidos digitales que pueden involucrarlos, en el asesoramiento para el otorgamiento de consentimientos informados y DMA, como en tanto otros.

## 6. Bibliografía

- BIELLI, Gastón y ORDOÑEZ, Carlos. (2022). "Actualidad sobre certificaciones notariales en materia de prueba electrónica". *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 47(104). 43-58.
- CIFUENTES, Santos. (1975). "El derecho a la intimidad". *El Derecho*, t. 57. 831-842.
- FORNARI, María J. (2024). "El consentimiento informado: necesidad de un régimen legal completo y armónico". En M. F. De Lorenzo, F. G. Santarelli y E. I. Saux (dirs.), *Estudios sobre capacidad y derechos personalísimos. Libro homenaje al Dr. José W. Tobías*. Thomson Reuters-La Ley.
- HERRERA, Marisa. (2017). "Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas. Los problemas de los consentimientos informados prestados desde y para el más allá". *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2017(1). 1-21. [<https://indret.com/filiacion-post-mortem-y-vozes-jurisprudenciales-comparadas-pseudo-progresistas/>]
- PEZZANO, Laura. (2006). "Directivas anticipadas. Una expresión de planificación anticipada del cuidado médico". *Revista del Hospital Italiano de Buenos Aires*, 26 (4). 158-162. [<https://doi.org/10.51987/Rev.Hosp.Ital.B.Aires.v26i4.1135>]
- RAVIOLI, Julio y Santini, Fabián. (s. f.). "Directivas anticipadas". *Noticias y Comentarios Médicos Cemic*. <https://www.cemic.edu.ar/publicaciones-medicas-detalle.php?id=13>

- PAMI. (s. f.). [modelo de declaración de directivas anticipadas]. [https://institucional.pami.org.ar/files/simap\\_files/modelo\\_directiva\\_anticipada\\_pami.pdf](https://institucional.pami.org.ar/files/simap_files/modelo_directiva_anticipada_pami.pdf)
- SALIERNO, Karina y BIELLI, Gastón. (2025). "Pruebas que se desvanecen: actas notariales sobre prueba electrónica ultra efímera". *La Ley*. [AR/DOC/1922/2025].
- SAUX, Edgardo I. (2018). "Derechos y actos personalísimos". En E. I. Saux (dir.), *Tratado de derecho civil. Parte general* (t. 2, pp. 117-290). Rubinzal-Culzoni.
- TOBIÁS, José W. (2011). "El asentimiento del paciente y la ley 26529". *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (mayo). [AR/DOC/7506/2010].
- . (2016). "Las directivas anticipadas". *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (julio). [AR/DOC/1316/2016].

### Jurisprudencia:

- Cám. Civ. y Com. de Formosa Sala I. (31/05/2022). "Barboza, María Esther y otros c/ Facebook Argentina SRL y/u otros s/ medida autosatisfactiva".
- Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata Sala II. (22/02/2024). "Novopixe SA c/ Ruggeri, Gustavo s/ daños y perjuicios".
- Cám. Laboral de Santa Fe Sala II. (16/09/2016). "Perticarari, Marcela B. y otro c. La Red Informativa SRL y otro s/ cobro de pesos".
- CNCiv. Sala B. (03/04/2018). "D., M. H. y otros s/ autorización".
- CNTrab. Sala II. (10/11/2021). "Farfán, Gabriel O. c/ León Vidrios SRL s/ ordinario", expte. 41883/2016. (*Rubinzal Online* [RC J 522/22]).
- CNTrab. Sala V. (07/05/2024). "Olivera Pintos, Jonathan Davis c/ Industrias Plásticas Wilton SA s/ despido".
- CSJN. (21/08/2024). "L., J. L. s/ autorización".
- Juzg. Nac. Civ. Nº 87. (05/05/2016). "N. O., C. P. s/ autorización". (*Rubinzal Online* [RC J 3114/16]).
- Juzg. Nac. Civ. Nº 98. (01/02/2022). "E. R. A. s/ autorización". (*Rubinzal Online* [RC J 2715/23]).



## El derecho de las familias\*

Aída Kemelmajer\*\*

**Dra. Kemelmajer:** Buenas tardes. Efectivamente, el encuentro al que se refiere el señor vicepresidente [en su presentación] se realizó en septiembre de 2011. Fue uno de los primeros, en un momento en el que no había textos definitivos en el anteproyecto, pero los proyectados los mostrábamos en pantalla a los participantes, para conocer su reacción. Reitero, como lo hago en diversas reuniones como esta, que el notariado acompañó a este Código Civil y Comercial desde antes de su nacimiento. En un primer momento, la comisión recibió las propuestas de trabajo. Los colegios que se encargaron de reunirlos estuvieron siempre muy activos, a punto tal que los abogados se quejaban y decían que el proyecto era muy *notarialista*. Hoy, después de catorce años, me reencuentro con queridos colegas –como Eleonora Casabé y Carlos D’Alessio– y con esas fotos, tan conmovedoras, por cierto.

Han pasado diez años de la vigencia de este Código Civil y Comercial. Esta tarde trataré de sintetizar algunos puntos de una de las partes que tuvo mayores cambios. En todo proceso de codificación o de recodificación hay partes que se conservan y otras que se modifican fuertemente. Nadie discute que la materia relativa a la persona y a las relaciones familiares pertenece al segundo grupo (en otras áreas, en cambio, hubo más continuidad). Quizás por esta razón, en sus inicios, antes de su puesta en vigencia, el código fue resistido por algunos sectores muy conservadores de la sociedad. Sin embargo, llamativamente, a medida que el Código se fue aplicando, fue la más aceptada.

Quienes me conocen saben que suelo comenzar mis exposiciones con alguna frase disparadora. La que elegí para hoy dice: “La familia es como una obra de teatro en la que cada uno juega su rol, y cuando uno desaparece, el resto tiene que readecuarse para jugar el rol que tenía el que se fue”. La

\* Reproducción de la intervención oral realizada por la Dra. Aída Kemelmajer el 26/11/2025 en la sede del CECBA, en el marco del ciclo de conferencias “A 10 años del Código Civil y Comercial de la Nación: teoría, práctica y nuevos desafíos”.

\*\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora titular de Derecho Civil (UNC). Exministra de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Integrante de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación creada por Decreto Nacional 191/2011.



afirmación se verifica en la realidad cuando los conflictos familiares acaecen o cuando alguno de los miembros de la familia muere.

El Código Civil y Comercial ha intentado mirar esas realidades; ver lo que pasa. Por supuesto, estamos en un mundo excesivamente cambiante. Los diez años que transcurrieron desde su puesta en vigencia hasta hoy no han sido ni tranquilos ni pasivos. El COVID, la aceleración del desarrollo tecnológico, entre otros fenómenos, han producido transformaciones sociales, económicas y culturales altamente relevantes. Lo que ocurre en este año 2025 no es lo que sucedía en 2011.

La constitucionalización y convencionalización del derecho privado expresamente admitidas (entre otros, artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial) ayudaron a que este ordenamiento se aplique sin traumas significativos a pesar de los cambios, porque los principios fundamentales son guías poderosas para resolver los conflictos.

En el derecho de las relaciones familiares –en esa constitucionalización y convencionalización– entran a jugar tratados internacionales, entre otros, una convención que hoy parece vieja: la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989. ¿Qué hay o qué queda de aquel adolescente de finales del milenio pasado si se lo compara con el adolescente de hoy? La Convención de 1989 sigue sirviendo porque se la interpreta “dinámicamente”. De nada sirve preguntarse qué se quiso decir cuando un artículo se redactó. Eso no es lo relevante. Lo verdaderamente importante es entender el significado de ese texto hoy, frente a las necesidades actuales. Ese mismo método es el que debe ser aplicado para interpretar y aplicar el Código Civil y Comercial.

Señalo que este código no fue un salto al vacío, no ignoró todo lo anterior. Sin embargo, algunos pilares sí cambiaron. Doy algunos ejemplos.

Empiezo por el método. A diferencia del código decimonónico de Vélez, el de 2015 es un código *abierto*, no uno cerrado. ¿Qué decía Vélez en aquel famoso artículo 22? “Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este código no puede tener fuerza de ley en derecho civil.” Es decir, lo que no está en este código no es derecho civil. ¿Qué decían los profesores franceses de la época, los exégetas? “No enseñé derecho civil, enseñé el código de Napoleón.”

En las antípodas, este Código Civil y Comercial acepta expresamente la descodificación y la existencia de leyes especiales. Por ejemplo, el código regula la *filiación* por técnicas de producción humana asistida, pero esa técnica supone un proceso humano mucho más complejo que se va modificando a medida que avanza el conocimiento científico (por ejemplo, número máximo de embriones que pueden ser crioconservados, destino de los supernumerarios, etc.) aspectos que dejaron librados las leyes especiales.

Sigo brevemente con el método. Este código dedicó un libro completo a las relaciones familiares en el que se regulan tanto las relaciones personales como las patrimoniales.

¿Qué había hecho Vélez? El libro primero regulaba a la persona en sí misma y en sus relaciones familiares. Sin embargo, en las relaciones familiares sólo contenía las relaciones personales. Las relaciones patrimoniales, en cambio, eran tratadas en el libro segundo, en el área de los contratos, donde se normativizaba la denominada sociedad conyugal, que no era una verdadera sociedad. Desde nuestra visión actual, esta perspectiva resulta algo paranoica. Porque si nos hallamos ante un régimen único, legal, forzoso, inmodificable, etc., parece contradictorio ubicarlo entre los contratos regidos por la regla de la autonomía de la voluntad. Por lo demás, esa separación no responde a la realidad. La pregunta es: ¿alguien concurre a la escribanía para ser asesorado sobre una cuestión que, aunque sea personal, no acarrea ningún tema patrimonial? En la mayoría de los casos la respuesta es negativa. Creer que, en las familias, las cuestiones patrimoniales no son relaciones familiares relevantes, es ignorar lo que sucede realmente. En la actualidad, mayoritariamente, lo patrimonial y lo personal son cuestiones casi inescindibles.

¿Quiere decir que somos más malos que en el siglo XIX, más interesados en lo patrimonial? No, no somos más malos: somos más igualitarios. Nos hemos dado cuenta de que las relaciones patrimoniales, que tanto inciden en la vida de las familias, deben ser tratadas bajo el prisma de la igualdad constitucional y no, como en el siglo XIX, bajo la mirada de una única autoridad familiar: el padre o el marido. No critico a Vélez. Él respondía a su época. Con todo, es bueno recordar que, en su época, Alberdi ya le había señalado los graves errores constitucionales en los que incurría aquella manera de legislar.

Otra diferencia metodológica que incide en la interpretación es que casi todos los títulos en los que se dividen los libros que regulan la materia comienzan con principios generales. Por ejemplo, los artículos 22, 24 y 31 enumeran los principios generales que regulan la capacidad de la persona humana; el artículo 104 los de la tutela, el 401 los del matrimonio, el 595 los de la adopción; el 639 los de la responsabilidad parental. Hay principios generales que sirven para interpretar las reglas, para cubrir sus omisiones e incluso para solucionar las posibles contradicciones entre unas y otras.

La descodificación no complica demasiado la interpretación y aplicación de las normas que regulan jurídicamente la persona y las relaciones familiares gracias a la columna vertebral: un código que recoge la constitucionalización y convencionalización del derecho. En

el derecho de las relaciones familiares, insisto, ingresan convenciones internacionales como la de los derechos del niño, la de no discriminación contra la mujer, la de los derechos de las personas adultas y las de los derechos de las personas con discapacidad. Todas estas convenciones estaban antes, pero hoy se visualizan en forma expresa. ¿Qué significa esto? Que el operador jurídico debe incorporar al derecho privado los valores típicos del constitucionalismo moderno, haciendo una necesaria relectura incluso en su terminología.

La *libertad* de la Revolución Francesa hoy se llama *autonomía*, elemento central para ustedes, los notarios. En efecto, en general, cuando alguien los consulta, es porque necesita expresar su voluntad y que esta produzca los efectos jurídicos que desea. Ahora bien, esa libertad que hoy llamamos autonomía tiene que entrar en equilibrio con otro principio constitucional: la *igualdad*. En el derecho de familia esa igualdad conduce a la pluralidad de formas familiares. De esta manera, al escenario de la juridicidad se sube no sólo el matrimonio sino también las uniones convivenciales. A su vez, esos dos pilares deben ser puestos en equilibrio con la *solidaridad*, hoy expresada en la *responsabilidad*.

Véase este ejemplo. Algunas voces critican al Código Civil porque en la unión convivencial no hay derechos hereditarios. La respuesta es la siguiente: no hay derechos hereditarios porque si la posición del conviviente o la conviviente fuera la misma que la del cónyuge habría igualdad, pero desaparecería la autonomía. Dicho de otro modo, el derecho a casarse o no casarse sería ficticio si, cualquiera sea la opción elegida, se produjera el mismo efecto para después de la muerte en aras de una igualdad que parece que los integrantes no quisieron (porque si así fuera, se habrían casado).

A su vez, esa autonomía para casarse o no casarse, sin efectos igualitarios, no puede existir sin responsabilidad, es decir, sin solidaridad. Por eso, al conviviente, aunque no esté casado, se lo protege en el derecho a la vivienda. Así, mientras dure la unión, la casa donde reside no puede ser enajenada sin su asentimiento. También existe obligación alimentaria, entre otras. Vale decir: hay un piso mínimo de solidaridad que no puede ser desconocido. El Código, entonces, busca el equilibrio de modo que los tres valores se respeten. A veces, ese equilibrio es difícil de lograr, pero forma parte de la esencia del derecho constitucional. Así ocurre, por ejemplo, cuando el derecho a la libre expresión entra en conflicto con el derecho a la intimidad o al honor.

No hay que temer al conflicto. Esa es la función del jurista: resolver conflictos.

Antes de tratar la autonomía, **breves palabras sobre la igualdad.**

En otros tiempos, incluso la igualdad formal era rechazada en el ámbito de las relaciones familiares. Por ejemplo, Raymond Théodore Troplong, jurista francés citado por Vélez en algunas de sus eruditas notas, decía: "El matrimonio es una sociedad, pero las dos partes no son iguales". ¿Troplong era un necio? No, respondía a los criterios de su época.

En nuestros días, ni siquiera basta la igualdad formal. Se pretende la igualdad real. Por ejemplo, en lo que atañe al trabajo de la mujer en el ámbito familiar que, como ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos humanos, no se remunera. ¿Quién cuida al abuelo o a la abuela enferma? Con frecuencia, la hija mujer y, si es soltera, tanto mejor. Se trata de un trabajo no remunerado que, sin embargo, tiene un alto valor económico. ¿Qué dice el Código para establecer la igualdad real? Por ejemplo, el artículo 660 reconoce valor económico a las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo. Por eso, el trabajo dentro del hogar, la dedicación a la crianza o la educación de los hijos, se computan para la determinación de los alimentos. ¿Qué efectos colaterales puede tener esta disposición? Si el padre no cumple con la obligación alimentaria, se puede reclamar subsidiariamente a los abuelos paternos. En ocasiones, los demandados reclaman que también concurren los abuelos maternos. La procedencia de este llamado no es tan automática. Si la madre es quien cuida a los niños y realiza toda la labor doméstica que supone este cuidado, entonces ella cumple la prestación alimentaria y no hay por qué convocar a sus padres, porque la obligación de los abuelos es sólo subsidiaria. Está claro, pues, que el Código Civil y Comercial no busca la mera igualdad formal.

Hay autonomía, igualdad y también solidaridad o responsabilidad.

Se sostiene que "la solidaridad económicamente no es gratis, políticamente no es inocente y moralmente no es opcional, es justicia de vida." Quizás el artículo del Código civil y Comercial que la consagra con mayor claridad sea el 2448, que establece a favor del hijo con discapacidad una mejora que se ejerce sobre los bienes que corresponden a los otros herederos. El código trata de poner en equilibrio todos estos valores desde la realidad.

Entro ahora en la autonomía, esa libertad que los viejos códigos no reconocían en el Derecho de Familia. En mis tiempos de estudiante en la facultad, nos enseñaban las ideas del maestro italiano Cicu, según las cuales el derecho de familia es un derecho muy cercano al derecho público porque sus normas son inderogables.

Actualmente, esa posición no es fácilmente comprendida por un estudiante de derecho, que no entiende por qué, en el ámbito familiar, no

regiría la autonomía. La razón del desconcierto es que, desde la perspectiva del derecho constitucional y del derecho convencional de los derechos humanos, hoy resulta indiscutible el *derecho a la vida íntima y familiar*. Y en ese derecho a la vida familiar hay mucho de solidaridad y responsabilidad, pero también de autonomía.

En las relaciones verticales –la de padres e hijos– es más difícil hacer participar la voluntad. En la filiación llamada “por naturaleza” no es la voluntad sino el elemento biológico el que decide quién es padre o madre, y las responsabilidades del progenitor no son objeto de un pacto, sino que están reguladas por la ley de modo inderogable. Así, por ejemplo, Diego Armando Maradona no pudo eximirse de su responsabilidad y de su vínculo jurídico con hijos que tuvo de relaciones extramatrimoniales aun cuando sostuviera que él sólo tenía dos hijas (las que fueron fruto de su matrimonio). Pero este código regula una tercera clase de filiación: por técnicas de producción humana asistida. En esta categoría, la filiación es decidida por la denominada *voluntad procreacional* y no por el dato biológico. Es padre o madre quien voluntariamente desea serlo. Por eso, las reglas de ambos tipos de filiación no pueden mezclarse; o se es hijo biológico o se lo es por técnicas de reproducción humana asistida.

La jurisprudencia muestra otros tipos de acuerdos relativos a la filiación. Véase este caso: una mujer soltera está embarazada, muere el papá biológico y, posteriormente, nace el niño. Los abuelos paternos conocen la realidad biológica. Acuerdan con la madre someterse a la prueba de ADN y, según el resultado, establecer los vínculos jurídicos correspondientes. Con el resultado en la mano, se presentan al juez para que homologue el acuerdo y mande inscribir al niño en el registro como hijo de la persona previamente fallecida. Un juez del siglo XX no hubiera homologado el convenio; hubiese ordenado que se inicie un juicio de filiación. El del siglo XXI, en cambio, con el resultado indiscutible de la prueba genética, lo homologó sin escándalo de nadie. Argumentó: “obligar a proponer una demanda de filiación con los elementos obrantes en la causa, conllevaría necesariamente avanzar en contra de principios básicos que rigen los procesos de familia, en especial, el del mejor interés del niño, el de tutela efectiva y la economía procesal; resultaría un apego a las formas jurídicas incompatible con lo que debe ser un adecuado servicio de justicia.” Se advierte, entonces, cómo la voluntad juega su rol aun en el ámbito de las relaciones verticales.

En la responsabilidad parental también aparecen figuras jurídicas fundadas en la voluntad, por ejemplo, en los casos de delegación del cuidado personal a un tercero. ¿Puede una persona residente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que consiguió un importante contrato temporal por ocho

meses, trasladarse a la ciudad de Lima y dejar en la Argentina a su hijo adolescente junto a una persona a quien le delega la responsabilidad parental? Sí, puede, conforme las previsiones del artículo 643. Pero esa voluntad tiene ciertos límites. Debe serlo en interés del hijo y por razones suficientemente justificadas. Además, el acuerdo debe ser homologado y tiene un plazo máximo de un año. Aunque la norma aprobada (en contra de lo que decía el proyecto originario) exige que se delegue en un pariente, no faltan decisiones judiciales que admiten que esa delegación pueda realizarse a una persona de gran confianza, aunque no sea pariente.

La autonomía también aparece en la elección del apellido de los hijos. Según el artículo 64, el hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges. No siempre es el del padre –como fue hasta el año 2015, en clara discriminación contra la mujer. Hoy los progenitores se ponen de acuerdo sobre cuál va primero y, en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. También con posterioridad, y a pedido de los padres –o del interesado con la edad y la madurez suficientes– se puede agregar el apellido del otro. El límite a esta autonomía la pone el mismo artículo cuando establece que “todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos.”

El artículo también da solución al apellido del hijo matrimonial. La única diferencia radica en que, si el reconocimiento paterno no es simultáneo y no hay acuerdo en el orden de los apellidos, no queda otro remedio que judicializar. La diferencia se justifica porque en el caso del hijo nacido dentro del matrimonio, al momento del nacimiento difícilmente el juez tenga pautas para determinar cuál es la opción que respeta el interés superior del niño. En cambio, en el reconocimiento tardío y posterior, pueden aparecer elementos que sí merecen ser valorados como el uso, su duración o el mayor o menor conocimiento de los terceros, entre otros. En las relaciones horizontales, es decir, las de pareja, el juego de la voluntad es aún más visible, siempre, claro está, en equilibrio junto a la solidaridad y la igualdad. Así, por ejemplo, puede solicitarse el divorcio en cualquier tiempo (sin plazos mínimos) sin invocar causales, sólo mediante la expresión de una voluntad libre pero también responsable. En efecto, como requisito de admisibilidad de la demanda, el artículo 438 exige presentar una propuesta, un plan de parentalidad, con el que se acredita que se asumen las consecuencias del divorcio respecto de los alimentos de los hijos, el uso de la vivienda, la distribución de los bienes, etc.

La autonomía se encuentra en la regulación del apellido de los cónyuges. Así, el artículo 67 dispone que cualquiera de los cónyuges (no sólo la mujer)

puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición “de” o sin ella. Lo más frecuente hoy es que cada cónyuge mantenga su apellido, no lo modifique, pero puede hacerlo si quiere –no obligatoriamente–, como disponía la Ley 18248 para la mujer.

Otro tema dudoso antes de 2015 que el código resuelve en favor de la autonomía. Conforme el artículo 459, en el mandato entre cónyuges el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos, *excepto convención en contrario*. O sea, se deja en claro que la eximición de rendir cuentas alcanza sólo a los frutos y rentas percibidos y que es válido pactar que se rinda cuentas. Lamentablemente, en el proceso legislativo se incorporó la prohibición de contratar entre cónyuges, que el anteproyecto no contenía. En efecto, el artículo 1002 inciso d) dispone que “no pueden contratar en interés propio los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí.” Por fortuna, no advirtieron el artículo 27 de la Ley 19550, que permite a los cónyuges contratar en el ámbito de las sociedades. Es un sector altamente significativo, sobre todo por la nueva regulación de la sección IV del capítulo I de la LGS (sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos). Esa sección consolida un real fortalecimiento del *pacta sunt servanda*. El contrato social hoy tiene plena vigencia entre las partes, es decir, los socios que han consensuado íntegramente entre ellos su contenido y cláusulas. Hay un cambio de actitud frente a la atipicidad, irregularidad e informalidad y propone un sistema de libertad de contratación que se respalda en el nuevo orden privado: libertad de las partes para celebrar un contrato y determinar su contenido, es decir, la autonomía de la voluntad como fuerza obligatoria de las convenciones, oponiéndose al cerrado régimen de tipicidad anterior.

La autonomía también es reconocida en el artículo 498, al disponer para la división de la masa común que, si todos los interesados son plenamente capaces, se aplica el convenio libremente acordado.

La unión convivencial permite el juego de la voluntad. Se trata de un tema sobre el que mucho se ha escrito. Sociólogos, antropólogos, políticos, filósofos; cada uno cree que puede decir algo. Sin embargo, es uno de los temas más difíciles de regular por diversas razones. Una es la necesidad de poner en equilibrio el derecho a no casarse y el derecho a la vida familiar. Entonces, ¿hasta dónde dar efectos jurídicos a esas uniones? En el movimiento pendular, en un extremo están los que quieren la igualdad absoluta con el matrimonio y en el otro los que sostienen la autonomía absoluta, sin ningún tipo de responsabilidad. Las críticas arreciaron desde ambos extremos. ¿Por qué regular las *uniones libres*? Precisamente, por eso no se llaman uniones libres las uniones

convivenciales, vale decir, uniones entre personas que conviven como si fuesen un matrimonio.

Y, al mismo tiempo, ¿por qué dar tan pocos efectos jurídicos a una vida familiar? ¿Por qué no presumir la existencia de una comunidad de bienes? ¿Por qué no dar derechos sucesorios? Porque no se puede dejar sin juego a la autonomía de quienes deciden no casarse. ¿Por qué dejar sin regular otras uniones que no reúnen los requisitos de durabilidad, falta de impedimentos, etc.? Porque para dar efectos jurídicos se necesita el cumplimiento de algunos requisitos mínimos.

Más allá de las críticas (algunas justas, otras no tanto), los jueces se las han arreglado para solucionar con justicia estos conflictos mediante interpretaciones armónicas y no literales de cada inciso. Hago un paréntesis para decir que, aunque algunos jueces no respondan adecuadamente a la confianza que el código ha depositado en ellos, la mayoría de las sentencias muestran que se sabe encontrar el equilibrio necesario del que vengo hablando. Relataré algunos casos que así lo prueban.

El artículo 510 dispone que para que se produzcan los efectos previstos en el título a las uniones convivenciales es necesario, entre otros requisitos: inciso c) no estar unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; inciso d) no tener impedimento de ligamen, ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; inciso e) mantener la convivencia durante un período no inferior a dos años. O sea, no puede existir una unión convivencial concomitantemente con un matrimonio, o dos uniones convivenciales, como no pueden coexistir dos matrimonios. La unión convivencial regulada no es la que aparecía con frecuencia en las películas del siglo pasado, en las que el hombre mantenía "dos casas" concomitantemente y la pareja o los hijos se enteraban de esta realidad el día del velorio. No, la unión convivencial que produce efectos es la que presenta el mismo carácter singular que el matrimonio.

Ahora bien, en reiteradas ocasiones llegan a los tribunales casos que presentan estos hechos o similares. Un ejemplo: la primera unión matrimonial se frustró, la pareja se separó de hecho. Por diversas razones, no tramitó el divorcio. Al tiempo, uno de ellos se une a otra persona con la que convive 10, 15, 20 años y muere sin haber obtenido esa sentencia de divorcio, o esta se dictó antes de los dos años de la muerte. ¿El sobreviviente puede reclamar la aplicación de los efectos de la unión convivencial, en especial las compensaciones económicas?

Un primer caso semejante se planteó en Junín, provincia de Buenos Aires. Una mujer interpuso un pedido de información sumaria para acreditar que tuvo una unión convivencial con un señor durante años (mucho más que

dos). El juez de primera instancia aprobó la información sumaria y tuvo por acreditado que ambos convivieron de hecho desde el año 2009 hasta el fallecimiento ocurrido el 28/03/2016. No obstante, agregó que “no constituye una unión convivencial en los términos del art. 510” porque el señor estuvo legalmente casado con otra señora, hasta el dictado de la sentencia de divorcio de fecha 14/12/2014. Por lo tanto, entre el 14/12/2014 y la fecha de muerte no se han cumplido los dos años de convivencia requeridos por el artículo 510, CCCN. La señora apeló. Correctamente, la cámara revocó y suprimió el “agregado” con estos argumentos:

Corresponde realizar una interpretación integral de las normas en juego que ampare debidamente a esta clase de familias constitucionalmente amparadas (conf. art. 14 bis y 16 de la C.N.). La ausencia de impedimento de ligamen y el mínimo de duración de dos años de la convivencia se encuentran en dos incisos separados, sin que de la lectura literal del artículo pueda extraerse que la ausencia de ligamen debe estar presente durante todo el plazo de la convivencia. Por el contrario, los recaudos establecidos por los inc. d y e del art. 510 deben ser interpretados a la luz de la singularidad de la unión convivencial consagrada por el art. 509, la que excluye la posibilidad de toda otra convivencia que no sea monogámica o exclusiva. Habiéndose extinguido requisito de ausencia de ligamen con la sentencia de divorcio dictada el 15/12/14, ha desaparecido la simultaneidad que el inc. d del art. 510 quiere evitar, por lo que no existe óbice alguno para el reconocimiento de la unión convivencial existente desde octubre del año 2009 hasta el fallecimiento.

Otro caso muy interesante se planteó en Oberá, Misiones, ante el juez civil que tramitaba la sucesión. El cese de la “unión convivencial” se produjo por el fallecimiento del señor el 6 de diciembre de 2015. La conviviente promovió incidente de compensación económica contra los herederos denunciados. Invocó tener una convivencia de 20 años, con un hijo en común; solicitó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 510 inciso d) que requiere no tener impedimento de ligamen. Contó que previo a comenzar a convivir con el causante, trabajaba como modista y solventaba sola todos sus gastos, pero cuando nació el hijo que ambos tenían en común, renunció a la vida que antes tenía y se dedicó a los quehaceres del hogar, a su hijo y su pareja. El tribunal hizo lugar a la compensación. Argumentó que las relaciones familiares captadas por el Código Civil y Comercial tenían existencia social y ahora logran la existencia legal. El legislador, así, optó por regular allí donde la ausencia de norma acarrearba la vulneración de derechos fundamentales. Hizo lugar al reclamo de fijación de compensación económica otorgando a la ex conviviente la atribución del usufructo de la vivienda por el término de 17 años (período que se probó que duró la unión convivencial) contados a partir de la fecha del cese de

la convivencia, o sea, el fallecimiento del causante. La solución fue muy creativa porque pudo evadir el breve plazo de dos años para el uso de la vivienda extendiéndolo a 17 y no obligó a los herederos a pagar una suma de dinero, sino a esperar la restitución del inmueble.

En ambos casos está claro que, si los convivientes hubiesen celebrado pactos, habría que haber estado a esas convenciones.

Paso, entonces, al tema de los **convenios en las uniones convivenciales**.

Esos pactos no siempre fueron válidos. Hace muchos años, en la facultad, al igual que los autores franceses decimonónicos, se enseñaba que estos pactos podían tener una causa ilícita y, por lo tanto, no ser válidos, si eran el precio o compensación pagada por relaciones sexuales fuera del matrimonio, como si la conviviente fuese la amante o la prostituta a la que se visita con alguna frecuencia. Qué lejos se estaba de considerar esta relación como una vida familiar configurada sobre la base del derecho a no casarse.

Un caso muy interesante –considerado un verdadero *leading case*– se planteó en Estados Unidos vinculado a un actor muy famoso de la época, conocido como “Marvin c/ Marvin”, resuelto por la Corte de California el 27/12/1976. En definitiva, ante la disolución de la unión que Marvin tenía con una mujer que había dejado su carrera cuando se unió a él, el tribunal estableció que los convivientes pueden estipular pactos relativos a sus intereses, siempre que se cumplan estos requisitos: a) el acuerdo no debe estar basado exclusivamente en prestar servicios sexuales; en ese caso, es ilícito; b) el pacto debe ser expreso, en forma oral o escrita, pero expreso; c) no rigen las reglas del divorcio, sino las del pacto; d) en ausencia de pacto, no hay derecho de asistencia; e) rigen las reglas del enriquecimiento sin causa.

Independientemente del primer requisito, el resto resulta interesante en un análisis comparativo con las reglas argentinas. En el derecho argentino, el pacto debe ser expreso, se exige sólo forma escrita y no es necesaria la escritura pública. Sin embargo, si el pacto contiene bienes que se inscriben en los registros, hay que cumplir con las formas exigidas para tener acceso a ellos. En el derecho argentino tampoco rigen las reglas del divorcio sino las del pacto, ni hay derecho de asistencia post separación. En este punto, algunos autores han señalado una omisión grave del Código Civil y Comercial. En el matrimonio, el divorcio extingue la obligación alimentaria del cónyuge, pero con una excepción: la del cónyuge enfermo. Esta situación de vulnerabilidad no ha sido contemplada para las uniones convivenciales y, en alguna ocasión, esta omisión ha sido declarada inconstitucional.

Al igual que en el derecho norteamericano, si no hay pacto, el artículo 528 dispone que rigen las normas del enriquecimiento sin causa, figura que el Código ha regulado expresamente en los artículos 1794 y 1795.

En definitiva, más allá del antecedente reseñado, el artículo 513 autoriza el juego de la autonomía. Por eso las reglas legales son supletorias; rigen salvo pacto en contrario. Claro está, al igual que en el régimen general contractual, esa autonomía no es absoluta; los pactos no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial. Además, aquí está limitada por la responsabilidad y la solidaridad y, por eso, no puede contrariar lo dispuesto legalmente en materia de asistencia, de contribución a las cargas, de responsabilidad de las deudas frente a terceros y de protección de la vivienda.

Por su parte, el artículo 514 enumera, no taxativamente, qué materias se pueden pactar, por ejemplo, en caso de ruptura de la convivencia, la atribución del hogar común, la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, etc.

Los pactos son modificables por acuerdo de las partes y el cese de la convivencia los extingue de pleno derecho hacia el futuro en todo lo previsto para la vida en común. Tienen eficacia entre las partes desde que son celebrados, pero son oponibles a los terceros sólo desde la inscripción en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos.

Comparto ahora lo decidido por un tribunal de Azul, provincia de Buenos Aires. En mi opinión, la sentencia contiene varios argumentos erróneos, pero hay uno que, quizás, permite que se mantenga como acto jurisdiccional válido: el que refiere a que las partes no tuvieron asesoramiento letrado. ¿Qué había pasado?

En mayo de 2009, o sea, antes de la vigencia del Código Civil y Comercial, dos personas que no estaban casadas y con hijos comunes, firmaron un convenio. El pacto se refiere a alimentos y comunicación con los hijos; una cuarta cláusula dispone la distribución de los bienes (muebles y un inmueble). El convenio fue homologado judicialmente en el fuero de Familia, excepto en la cláusula referida a la división patrimonial de los bienes. La jueza argumentó que, dado que las partes no estaban unidas en matrimonio, ella era incompetente para resolver la cuestión de la división de bienes. En consecuencia, la mujer petitionó al juez civil que se homologue la cláusula según la cual el inmueble pertenece a ambos integrantes de la pareja en un 50%. El juez civil hizo lugar a la petición; sin embargo, posteriormente revocó la decisión por prematura y ordenó citar a reconocer la firma. El hombre desconoció la firma, pero una prueba

pericial probó que era suya. En definitiva, el demandado dijo que reconocía la cláusula en cuanto a los bienes muebles adquiridos durante la unión, pero no respecto del inmueble que se pretendía dividir porque su intención no había sido dividirlo: era un bien propio a tenor de una donación en vida que le hiciera su padre en el año 1990, cuando aún era menor de edad, o sea, con anterioridad al inicio de la unión convivencial. Al momento de firmar el convenio, no tuvo conocimiento pleno del contenido de la cláusula cuarta; y, del mismo modo, al concurrir al Juzgado de Familia en el año 2009, lo hizo sin asistencia letrada, interpretó los enunciados y títulos, tomando en cuenta la redacción de esos títulos, pero no su contenido. La actora se retiró del inmueble en cuestión, devolviéndole la posesión. El juez de primera instancia no acogió las defensas, homologó la cláusula cuarta e impuso multas por haber desconocido la firma. El hombre apeló. La Cámara revocó la decisión. Argumentó como si no hubiese pacto y sostuvo que no había causa para el reconocimiento de ese 50 % de un inmueble que se había recibido por donación. La motivación de la sentencia se desentiende del hecho de que la causa fuente de la atribución está en el pacto (menciona que no se ha probado ni la comunidad de bienes, ni los aportes, ni el enriquecimiento sin causa, etc.), pero lo invoca para algo que estima relevante y es, justamente, que no hubo asesoramiento profesional. Por eso es tan importante la actuación de los abogados en los juicios de divorcio, y en los de separación de las uniones convivenciales. Ese asesoramiento no puede darlo el director del registro. Se necesita información profesional, ya sea del notario, o del abogado. Creo que, en definitiva, en este caso, la verdadera razón que conmovió a la Cámara fue que las hijas, las adolescentes, vivían con el padre en ese inmueble. En efecto, por lo general, las cuestiones familiares tienen un elemento adicional, como lo señaló hace muchos años, en 1996, una sentencia del juez Alberti –integrante de la sala D de la Cámara Nacional de Comercio–, en referencia a un conflicto suscitado entre dos hermanos que integraban una sociedad de familia. Según el juez, la Ley 19550 no está pensada para estos conflictos; es decir, sus normas son aplicables, pero hay que integrarlas con otros criterios interpretativos.

Debo referirme, aunque sea brevemente, a las **prestaciones compensatorias**.

La figura está tomada del derecho español, pero con varias diferencias. El derecho español reconoce dos tipos: una para el caso del divorcio, cuando hay comunidad de bienes; otra para los casos en los que los cónyuges han optado por el régimen de separación de bienes. El segundo no se incorporó al derecho argentino. No me detengo para explicarlo porque no integra los

problemas que se presentan, en cuanto el número de personas que optan por el régimen de separación es muy escaso.

El Código argentino las incorporó no sólo para el caso de divorcio, sino también para los de nulidad de matrimonio y para separación de las uniones convivenciales.

Cualquiera sea el supuesto, se debate cuál es la naturaleza de la figura, si prevalece el aspecto asistencial o el indemnizatorio. La discusión no es baladí y adquiere especial importancia cuando se fija en forma de renta sin plazo determinado. En ese supuesto, se presentan con gran similitud los alimentos. Sin embargo, la mayoría de los supuestos se acercan a la noción de reparación o indemnización. Las consecuencias de ingresar en uno u otro régimen son significativas: si se parecen a los alimentos, entonces, serían irrenunciables, inembargables, etc. En cambio, si se asimilan a una indemnización, son embargables, compensables, transferibles.

La transmisibilidad es una cuestión debatible, según muera el acreedor o el deudor. Parecería que si es asistencial se extingue; en cambio, si es compensatoria, no habría razón para extinguirla, sobre todo si muere el deudor. Más allá de estas cuestiones, es necesario mostrar lo que *no* son las prestaciones compensatorias. Enuncio tres *no*:

- 1) No son una manera de igualar patrimonios. No se pretende que, en una unión convivencial, cada uno se lleve el 50%. Eso sería igualarlo a la ganancialidad del matrimonio y no es así. Sólo se busca equilibrar el desequilibrio producido que no tiene por qué ser equivalente a la mitad del patrimonio.
- 2) No tienen por finalidad mantener el nivel de vida que se tenía durante la convivencia. He visto muchas demandas en las que se relata al juez el alto nivel de vida que se tenía; fotos de viajes a Miami, a Tailandia, etc. Esos datos no tienen relevancia porque nadie tiene derecho a mantener ese nivel; no se trata de hacer revivir los viejos alimentos del cónyuge inocente.
- 3) No son alimentos; no cabe exigir la prueba de la necesidad, sino sólo del desequilibrio.

¿Qué son? Las palabras claves para que la nueva figura ingrese son:

- 1) Una convivencia que ha concluido. Antes de la separación, antes del divorcio, no son demandables.
- 2) Al momento de la terminación de ese proyecto común de vida, aparece un *desequilibrio* que conlleva un empeoramiento de la persona que pide ser compensada. Para determinar ese desequilibrio, como regla,

hay que sacar dos fotos: una, al inicio de la unión convivencial o el matrimonio; la otra, cuando terminó. Es decir: cuál era la situación al inicio y qué tenía cada uno (en bienes, en formación profesional, en planes previsionales, etc.); cuál es la situación al finalizar. Esas dos fotos pueden mostrar que una de las personas se ha visto perjudicada por esa vida en común. Pero no bastan esas dos fotos que, de algún modo, miran hacia el pasado. También debo analizar el futuro, saber qué posibilidades tiene la persona perjudicada por el desequilibrio de ingresar al mercado laboral, de seguir asumiendo las tareas de cuidado que debió cumplir durante la unión, etc.

Véase el siguiente caso: al contraer matrimonio, la mujer tenía 18 años y había terminado el secundario; el demandado tenía 40, dos hijos y una trayectoria de "vida hecha". Parecería que el desequilibrio es manifiesto. Sin embargo, estos datos no bastan. En efecto, en la situación planteada al juez, al momento de la disolución, la mujer tenía dos títulos, estaba insertada en el mercado laboral, etc.

La perspectiva de género es frecuentemente utilizada por los jueces. Las sentencias hacen referencia a que "durante la convivencia, la parte actora asumió un rol puramente doméstico, basado en la crianza de sus hijos, la atención del hogar familiar, que determinó que, tras la ruptura del vínculo, luego de 23 años de vida común, no contase con ocupación laboral remunerada." ¿Qué muestran estos datos? Una organización patriarcal que poco interesa si tuvo el consentimiento de la mujer. De cualquier modo, quiero aclarar que la sentencia no debe empezar con la fórmula "debe tenerse en cuenta la perspectiva de género". No hay que darle excusas a quienes están en contra de este valioso elemento interpretativo. En ocasiones, el desequilibrio final no se vincula a esa visión, sino a otras razones.

Para concluir, la pregunta es ¿qué falta? Propongo dos ejemplos.

Los casos en los que se demanda reconocimiento de pluriparentalidad, o sea, más de dos vínculos, no son pocos. El Código siempre tuvo el límite del doble vínculo. Desde Vélez, si se iniciaba una acción de reconocimiento de la paternidad por parte de una persona que ya tenía jurídicamente un padre (el hombre que estaba casado con su madre en la época del nacimiento), debía iniciar primero, o concomitantemente, la acción de impugnación pues no podía tener al mismo tiempo dos padres. El Código Civil y Comercial incorporó la regla expresamente. El artículo 558, en su último párrafo dice: "Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación".

Cuento “la cocina”. Se pensó en las uniones de mujeres homosexuales, que tienen un hijo con la ayuda de un tercero que dona el semen y después pretende interferir en la vida familiar siendo el padre. Mi querida y recordada amiga, la gran transformadora del derecho de familia en la Argentina, Cecilia Grossman, sostenía que había que permitirle a este donante convertirse en padre. Prevalció la opinión contraria y, para que no existieran dudas, se incorporó expresamente la regla. Seguramente, nos equivocamos. De cualquier modo, no crean que la mayoría de los casos de pluriparentalidad son supuestos de técnicas de reproducción humana asistida: muchos casos son de filiación biológica en las que se han producido reconocimientos complacientes, después aparece el progenitor biológico y el niño tiene vínculos afectivos con ambos.

Una jueza de Tucumán afirmó que el niño tiene el derecho a “no optar”, o sea tiene derecho a acumular. La pregunta es: ¿hay que regular la pluriparentalidad o es mejor que cada juez resuelva el caso según las circunstancias especiales? Regular la pluriparentalidad es difícil. Cuba optó por regularla en su nuevo Código de familia, pero, al parecer, la norma no siempre es bien aplicada por los jueces.

Otra cuestión debatible es si el mundo informático debe ingresar en forma expresa al Código Civil y Comercial.

Termino con algo de humor. Dice la mujer al marido: “Todo el día pensando en números, cifras, cuentas, cálculos matemáticos, porcentaje. ¿No te das cuenta de cuánto daña nuestra relación?” Y él responde: “Sí, en un 63%”.

Si a los organizadores les parece correcto, intento responder a las preguntas que quieran formular.

**Público 1:** ¿Qué piensa usted sobre la posibilidad de que dos personas que se quieren divorciar lo hagan por medio de la rescisión del contrato que celebraron de matrimonio extrajudicialmente?

**Dra. Kemelmajer:** Creo haber contestado la pregunta, aunque implícitamente. Yo no estoy de acuerdo con el divorcio extrajudicial porque significa dar eficacia sólo a la autonomía de la voluntad y no hay control sobre situaciones reales de vulnerabilidad. El tema se planteó en la comisión. En algún momento, alguien propuso seguir el régimen de los brasileños, que implica que divorcia el mismo que celebra el matrimonio, o sea el registro. Como les dije, el asesoramiento profesional es muy importante. Por eso, el código acepta la autonomía de la voluntad para que la persona pueda divorciarse cuando quiera y sin causa alguna, pero debe demostrar al juez que es responsable y esto lo hace mediante la propuesta de acuerdo que

exige asesoramiento letrado. Por eso, no estoy de acuerdo con un divorcio extrajudicial.

Resumo con la palabra de una muy querida e ilustre amiga, la Dra. Encarna Roca Trías, que fue vicepresidente del Tribunal Constitucional español: ojalá no necesitemos las pensiones compensatorias porque eso quiere decir que las partes son realmente iguales. Pero, mientras las desigualdades subsistan, tiene que haber alguien que controle. Ni que hablar si hay hijos menores, hijos con discapacidad, adultos mayores. El trámite para obtener una sentencia de divorcio es rápido. El juicio puede seguir para resolver los efectos del divorcio, pero con jueces diligentes, la sentencia puede ser dictada en quince días.

**Público 2:** Hay un tema que creo que es imprescindible y me gustaría saber qué idea tiene usted. La falta de difusión al público con un lenguaje inteligente para que estos temas se conozcan. Usted decía, y lo digo también por experiencias profesionales nuestras, que la gente no hace pactos de convivencia que son maravillosos, que se podrían hacer de una manera extraordinaria; es decir, hay un montón de temas que, lamentablemente, no se aplican por desconocimiento. Y lo curioso del caso es que, por ejemplo, de golpe en un programa periodístico lo ves y la gente se sorprende y dice: “el tema de la posibilidad de opción de matrimonio con separación de bienes...”, un tema tan elemental...

Y creo que, en este punto, hace falta una actitud de las instituciones profesionales y, por qué no, de la magistratura para difundir de una manera técnica, bien hecha, y no como a veces se hace a partir de los escándalos. Quiero decir: de una manera que se pueda conocer para que haya conciencia. Este diálogo está faltando.

**Dra. Kemelmajer:** Estoy totalmente de acuerdo. Me parece que el problema podría atenuarse si el rol de los colegios, de las asociaciones de profesionales jurídicos, específicamente notarios y abogados, fuese más activo. En estos diez años hay poca difusión externa. La página web de este colegio es muy buena, pero probablemente la leen sólo los escribanos, no las personas ajenas a la profesión. Creo también que individualmente, abogados, escribanos pueden informar a sus clientes sobre las nuevas figuras jurídicas, incluso con motivo de consultas sobre otras cuestiones. Lo mismo pasa, por ejemplo, con el arbitraje. Hay abogados de empresas que, cuando la esta firma un contrato, no se les ocurre proponer que, ante un eventual conflicto, se resuelva por árbitros. El Código Civil chileno tiene una norma que dice que, durante el trámite del divorcio, en la audiencia, el juez debe informar

a las partes que existen las prestaciones compensatorias. Creímos que incorporar una norma similar tendría la oposición de los abogados.

**Público 3:** Usted ha mencionado que es posible hacer pactos (del 498), esto es, de división de bienes gananciales durante la vigencia de la comunidad de gananciales. ¿Esto no chocaría con la prohibición de contratar entre cónyuges casados bajo ese régimen? ¿Cómo lo entiende usted? Sabemos que el artículo ese fue agregado de forma casi subrepticia, y sabemos de quién fue la mano negra, ¿no es cierto? Pero bueno, existe.

**Dra. Kemelmajer:** Le agradezco la pregunta, para poder aclarar lo que dije. Me referí a los pactos que los cónyuges acuerdan en los estudios de sus abogados mientras preparan el pedido del divorcio que, como señalé, debe contener propuestas sobre temas mínimos. No hay aún sentencia de divorcio, sin embargo, las partes han acordado, por ejemplo, cómo dividirán sus bienes.

**Público 3:** Estamos con la jurisprudencia igual a la anterior, en el sentido de que el pacto tiene que ser con motivo de la presentación de la solicitud del divorcio.

**Dra. Kemelmajer:** Exacto. Y ahora es todavía más patente, porque la propuesta es un requisito de admisibilidad de la demanda de divorcio.

**Público 3:** Gracias por la aclaración.

**Dra. Kemelmajer:** Gracias a usted por la pregunta, muy importante.

**Público 4:** Estoy muy agradecida y, como siempre, aprendo de lo que usted da con tanta generosidad. Hoy nos encontramos con una justicia que está tan... con tantas cosas, con tantos casos y demás. Escuchaba, por ejemplo, el tema del ADN de estos abuelos que se presentaron ante un juez y acá tenemos la prueba. ¿Cómo podemos colaborar nosotros? ¿Qué podemos hacer para descomprimir la justicia? Porque somos personas a cargo de una función pública. Entonces, ¿cómo podemos colaborar los notarios cuando no hay conflicto de intereses? Quiero decir, si hay alguna manera de colaborar en estos conflictos que no llegan a ser conflictos.

**Dra. Kemelmajer:** Es muy importante, insisto, la labor de los profesionales. El artículo 706, entre los principios que rigen los procesos de familia, cita

expresamente el de la resolución pacífica de los conflictos. ¿Eso qué significa? Que para que no pase lo que sucedió en Azul, las partes tienen que estar suficientemente informadas y asesoradas. Y los notarios tienen muchas oportunidades para brindar ese asesoramiento. Por ejemplo, los progenitores están dando una autorización para viajar, pero quizás se trate de un supuesto que ameritaría una delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, figura que las partes no conocen, pero que el profesional puede informar

**Público 4:** Nos llega mucho este tema de las compensaciones luego de las rupturas de las uniones convivenciales. Muchas veces hay bienes importantes donde uno como notario puede colaborar a resolver algo que ni siquiera es controversia, porque vienen con la situación resuelta y, a veces, no quieren recurrir a la justicia porque hay gastos de abogados.

**Dra. Kemelmajer:** En materia de prestaciones compensatorias el Código también dice *a falta de pacto* los jueces deben considerar. Lo primero es el pacto y, en ese pacto, más de una vez, intervienen los notarios. Muchas personas tienen más confianza en un notario que en un abogado, porque creen que el abogado siempre defiende a una sola de las partes. Ustedes conocen un caso de responsabilidad de un escribano que fue condenado a reparar los daños porque una mujer firmó un pacto de separación de bienes, y el notario interviniente omitió toda información sobre lo que esto significaba.

**Público 5:** Algo que hace tiempo me está dando vueltas... el tema de las prestaciones compensatorias de los que se divorcian y que tienen esos seis meses para poder reclamarlos, también se aplica para las uniones convivenciales. Y, muchas veces, el conviviente como sabe que no tiene ningún derecho patrimonial, y todo lo demás, no sabe de esto, no se lo dicen, él no va al abogado porque no tiene un tema de conflicto como puede ser un divorcio. A mí me parece raro que se use el mismo plazo porque las circunstancias son distintas.

**Dra. Kemelmajer:** Hay alguna jurisprudencia que incluso ha declarado inconstitucional el plazo de los seis meses en las uniones convivenciales. No estoy de acuerdo con esa posición. En otros países, como Francia o Chile, las prestaciones sólo se pueden pedir en el juicio donde se está discutiendo la separación, no hay un plazo para hacerlo después. En el derecho argentino existe esa posibilidad, pero no puede ser un plazo extenso porque si se ha

eliminado el divorcio contencioso, no puede ser que los daños generados por ese tipo de controversias ahora pasen a los juicios por compensaciones económicas. Creo, en cambio, que, en los casos de violencia familiar, como se ha declarado ya en muchas sentencias con las que estoy de acuerdo –y hay un proyecto en la legislatura en ese sentido–, el plazo de seis meses debe comenzar a computarse desde que cesa la violencia.

**Público 5:** En el caso del fallecimiento de una de las partes, cuando están en convivencia, generalmente, como usted dice, no es porque seamos feministas ni nada, pero bueno, posiblemente fallezca el señor que es el que tiene mayor patrimonio y esta señora, que no lo tiene, termina la convivencia por fallecimiento: se abre el sucesorio, viene la primera mujer, vienen los hijos, todo lo demás, y ella no tiene derecho, a no ser que lo pida en esos seis meses, ¿verdad? Entonces, si ella no se asesora, caducan esos seis meses y ya perdió todo derecho.

**Dra. Kemelmajer:** Estoy de acuerdo con que el plazo puede ser muy breve, especialmente porque es un plazo de caducidad que no se interrumpe ni se suspende. Pero, como he señalado, en casos de violencia encuentra solución. Pero, como dije, hay que evitar la perpetuación del conflicto. En cambio, en materia de vivienda, le concedo que dos años a partir de la muerte del conviviente es muy poco. El plazo es razonable cuando la unión convivencial concluye por otras razones, pero no por la muerte, que puede acaecer de modo totalmente inesperado. Reitero que, en nuestro país, es muy difícil regular las uniones convivenciales. En otros, por ejemplo, en Bolivia, este tipo de uniones responde a una sola causa, de tipo cultural, típica de los pueblos originarios. Allí, regurlamente, al igual que con el matrimonio, hasta puede ser correcto. Pero en Argentina las uniones convivenciales responden a distintas causas. Hay personas que están en situación de vulnerabilidad, especialmente las mujeres, y son un número muy importante. Pero hay otros casos que no son así. Hay mujeres que no se quieren casar (por ejemplo, empresarias o profesionales). Entonces, cuando se produce la disolución, no creo razonable exigir una solución similar a la del matrimonio porque entonces, ¿de qué autonomía estamos hablando? Por otro lado, no son pocos los casos de uniones convivenciales que existen después de un primer matrimonio que terminó en divorcio. En ese caso, los hijos del primer matrimonio se oponen a que el padre o la madre se vuelva a casar; en cambio, toleran más fácilmente una unión que saben que no implicará privarlos de una parte de la herencia. Yo todavía creo en la autonomía. Creo, sinceramente, que hay gente que no se casa porque,

con absoluta libertad, no se quiere casar. En definitiva, la sociedad es muy diversa. Afortunadamente, no todas las mujeres vivimos en situación de vulnerabilidad, aunque muchas sí. Quizás habría que regular más la situación de vulnerabilidad y no como un factor que sólo se tenga en cuenta para analizar el acceso a la justicia.



## Régimen actual de las obligaciones de dar dinero y moneda extranjera\*

Fulvio G. Santarelli\*\*

**Dr. Santarelli:** Hoy conversaré sobre las obligaciones dinerarias, y podría adelantar que todos los problemas, o muchos, de las obligaciones dinerarias ya están resueltos, más que por el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), por el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70 del año 2023 y por una incipiente estabilidad económica que el día a día va demostrando. Ustedes dirán “listo, terminó la clase”. Sin embargo, hay otros problemas que persisten. En todo caso, digamos que cambiamos de problemas, no son los mismos que veníamos teniendo, sino otros. A modo de introducción, diremos que aquella problemática de los últimos veinte años estaba dominada por las obligaciones de dar moneda extranjera. Especialmente, la cuestión acerca de qué tan confiable era el pacto en dólares. En definitiva, cuando digo confiable me refiero a si aquel monto en dólares iba a ser pesificado, o podía ser pesificado. Y cuando hablamos de traducciones de dólares a pesos, en aquel momento y en aquel marco normativo, aparecía el problema de la valoración del dólar. ¿A qué tipo de cambio valuamos ese dólar?

Ese problema hoy está resuelto, veremos cómo. Lo que queda son problemas jurídicos relacionados a la evolución propia de las obligaciones de dar dinero. Porque las obligaciones de dar dinero presentan la singularidad de ver cómo se ajustan con las realidades fluctuantes de las variables económicas. En el marco de una economía inflacionaria tales variables se estresan al máximo. Sin embargo, en estos días, podríamos convenir en que estamos ante una economía convaleciente de la enfermedad de la inflación. Para las obligaciones de dinero, en realidad, para cualquier sistema de obligaciones dinerarias –inclusive en el derecho comparado–, la inflación es la corrosión del sistema, es decir, el sistema se corrompe, corrompe sus

\* Reproducción de la intervención oral realizada por el Dr. Fulvio G. Santarelli el 26/08/2025 en la sede del CECBA, en el marco del ciclo de conferencias “A 10 años del Código Civil y Comercial de la Nación: teoría, práctica y nuevos desafíos”.

\*\* Abogado (UBA) y doctor en Derecho (U. Austral). Profesor titular de Civil Parte General (UBA), profesor adjunto regular de Obligaciones Cíviles y Comerciales (UBA). Decano de la Facultad de Derecho de la UP. Director de la revista jurídica *La Ley*.



raíces y se rompe toda previsibilidad. Y lo propio de las normas legales es que nos ofrecen previsibilidad.

Entonces, se rompe esa previsibilidad. Y, al romperse esa previsibilidad, tienen que emerger –uso la palabra emerger adrede– nuevas normas que en la Argentina consuetudinaria emergieron en sistemas de emergencia. Esta reiteración terminológica pretende demostrar que los sistemas de “emergencia” tampoco son sustentables, y ello lo demuestra también el derecho comparado: todos los sistemas jurídicos están diseñados para una normalidad que es una fluctuación razonable de la moneda. Por otro lado, toda moneda fluctúa. Las fluctuaciones de valor justifican la postura de los distintos ordenamientos frente a tales fluctuaciones previsibles (para las imprevisibles, contamos con la teoría de la imprevisión).

Cuando nosotros hablamos en términos de nominalismo o valorismo, significa exactamente tomar partido respecto a esta pregunta: cuando hay una fluctuación del valor de la moneda –fluctuación dentro de parámetros normales–, ese riesgo de fluctuación, ¿lo soporta el acreedor o lo soporta el deudor? Si nosotros tomamos partido por un nominalismo, lo cargamos al acreedor. En cambio, si optamos por el valorismo, lo soporta el deudor. Cuando decimos “lo soporta” en realidad estamos diciendo que es él quien debe tomar las medidas para preverlo (por ejemplo, cargarle intereses su crédito, o vías de mitigación por el estilo).

Estos dilemas son comunes en el derecho. Pensemos, por ejemplo, en los vicios ocultos. En los redhibitorios va de suyo que no podemos usar la regla de la culpabilidad, no se lo podemos reprochar a nadie porque son ocultos, tanto para el vendedor como para el comprador, aún con las debidas diligencias. No nos sirve la regla de la culpa para la atribución del riesgo. Entonces, ¿qué hacemos? ¿Partimos al medio y hacemos una arquitectura legal y le ponemos plazos para denunciarlos, lo limitamos en el tiempo, le ponemos un plazo de caducidad y, además, un plazo de prescripción corto? ¿pero a quién se lo hacemos cargar? Al vendedor. Optamos por uno, pero lo acotamos en su régimen. Con las fluctuaciones de monedas normales, no patológicas, ocurre algo análogo. Nuestro régimen legal toma partido, pero, para explicar la solución, debemos distinguir entre las obligaciones dinerarias propiamente dichas, y las obligaciones de valor. De esta manera el código se prepara para varias alternativas.

Con esto, entonces, podemos empezar a recorrer la normativa. ¿Qué hizo el decreto? El DNU 70/2023 proporcionó la siguiente redacción al artículo 765 del CCCN: “la obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda”. Así de sencillo es el concepto de obligación dineraria. ¿Por qué es importante subrayar el concepto de obligación dineraria? Porque después lo

vamos a distinguir de las obligaciones de valor. Entonces, una obligación de dar dinero se define simplemente por el objeto dinerario de la misma. Punto. Si tiene como objeto una cantidad determinada o determinable de dinero, es suficiente: estamos en el ámbito de una obligación dineraria. Entonces, “si el deudor debe cierta cantidad de moneda determinada o determinable al momento, la constitución de la obligación, sea o no de curso legal en el país, el deudor sólo se libera si entrega las cantidades comprometidas de la moneda pactada”. Está clara, entonces, la consagración del principio nominalista. El deudor se desobliga pagando la misma cantidad expresada en el título de la obligación.

Pero, además, dice otra cosa: las obligaciones de dar moneda extranjera son moneda. ¿Por qué es relevante? Porque si lo comparamos con la redacción anterior, el CCCN había optado por otro régimen, en el cual las obligaciones de moneda extranjera eran consideradas como obligaciones de dar cosas, obligaciones de género –vamos a decir así–. Dentro de las obligaciones de género como clase de obligaciones, en el régimen del CCCN se distinguían las obligaciones dinerarias y las del resto no dinerarias. Entonces, en el régimen anterior del CCCN, la obligación dineraria era solamente la de moneda nacional, es decir que, además, como tal, era la única que contaba con las características de curso legal y forzoso. Las obligaciones entonces de moneda extranjera eran obligaciones de dar y, como meras obligaciones de dar cosas designadas por su género, no existe más –euros, dólares, yenes–, sólo designadas por su género pueden ser traducidas a dinero porque son obligaciones de dar cosas. Y ahí aparecía la madre de todos los problemas que le reconocíamos a la cuestión de la traducción, es decir, a dar el equivalente.

Vale recordar que el anterior artículo original (art. 765, CCCN) le daba al deudor a saldar la obligación en moneda extranjera en su equivalente en pesos. Aquí, pues, aparecía otra cuestión: ¿en qué consiste tal equivalente? Equivalente no es algo parecido, es algo que equivale en valor. Con lo cual no habría mayores impedimentos para interpretar que la equivalencia de valor es el valor del mercado. Estamos hablando de cosas que están en el mercado, tienen una valoración clara. Pero los sistemas de control de cambios tienen la particularidad de generar valuaciones del dólar, distintas valuaciones del dólar (no se trata de un juicio de valor, sino que es descriptivo de una realidad). Cabe recordar el “dólar blue”, “dólar MEP”, el “contado con liqui”, etc. Son todas alternativas de valores de la divisa.

Aún hoy existen, pero las diferencias son menores. Y esto es así porque, cuando media un “control de cambios”, se pretende intervenir en el valor del dólar. Estos sistemas de control pueden ser más férreos o más atenuados

(van desde el control absoluto del precio de cambio de la divisa, al sistema indicativo de bandas). En fin, por distintos medios se intenta acomodar el dólar a ciertas variables económicas porque se sabe que el dólar es referencia de otras variables económicas (es evidente que las políticas de control de cambio van en contra de la realidad, generan distorsiones que crecen en la misma medida en que se alejan de esa realidad). Entonces, vamos a decir que la política cambiaria pasa a ser una herramienta de política económica. ¿Lo es en todos los países? Sí, lo es en todos los países. Falta que veamos los diarios de lo que pasa con Trump y la Reserva Federal, para que veamos cómo Trump se enoja con el titular de la Reserva Federal porque allá no será el manejo de dólar, sino de la tasa de interés. En realidad, la tasa de interés expresa el valor relativo de la moneda contra los bienes en general, ya que el dinero es el común denominador de todos ellos. Entonces, juega contra esa realidad.

Regresemos a lo nuestro. El actual artículo 765 resolvió el problema diciendo que tanto en las obligaciones de moneda extranjera como de moneda nacional son obligaciones de dar dinero, y en ambas rige el principio nominalista. Ya no hay ninguna traducción a ningún equivalente, se debe exactamente lo mismo, calidad y cantidad expresada en el título de la obligación. El deudor sólo se libera si entrega las cantidades comprometidas en la moneda expresada. Los jueces no pueden modificar la forma de pago ni la moneda pactada por las partes. Por lo tanto, el artículo 765 resuelve categóricamente ese problema y esa cuestión.

Con lo cual ya no tiene sentido entrar en todas las discusiones que nos presentaba el artículo 765 anterior, acerca de si esta posibilidad de traducción o el equivalente era renunciante. Estos principios se confirman en el artículo 766 actual: "el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene". Reafirma el carácter de moneda de la moneda extranjera. Hagamos un poco de historia: la tesitura que sigue el decreto DNU 70 es la misma de la ley de convertibilidad. Si ustedes recuerdan, hay algunos que, como diría María, en cualquier momento nos hacen los homenajes. Vivimos la Ley de Convertibilidad, pero la gran innovación de la Ley de Convertibilidad –respecto del Régimen de Obligaciones de moneda extranjera del Código de Vélez de aquel momento– era que también en Vélez la moneda extranjera era una obligación de dar cosas, y la Ley de Convertibilidad lo trocó y lo consideró moneda. Así, esto regresa a la misma lógica: esto de considerar o no moneda a la moneda extranjera, o considerarla a la par de la moneda nacional, es una cuestión de política legislativa. Cabe acotar que, al respecto, los redactores del CCCN

dan cuenta de que el régimen de obligaciones dinerarias del artículo 765 fue revisado en el Parlamento, y el texto sancionado fue distinto del proyecto original.

Si despejamos el problema de las obligaciones de moneda extranjera, aparece otra cuestión: ¿qué sucede con la fluctuación de valor? ¿Y, en todo caso, qué sucede con la inflación? ¿Y con la inflación que viene de arrastre? ¿Y con la reexpresión de los créditos actuales? Acá me refiero a los créditos en su concepción más amplia. Conviene recordar el artículo 7 de la Ley 23928 que, al igual que las normas que imponen tributos, resistió a cualquier tipo de plan económico desde 1991 hasta ahora. Y la virtud que tiene este artículo es que prohíbe la repotenciación de deudas. ¿Qué es la repotenciación de deudas? Repotenciación, indexación, reexpresión, todas formas distintas de decir que estamos abandonando un criterio nominalista para ir hacia un criterio valorista. Es decir, estamos queriendo reexpresar cantidad dineraria de una deuda cuando queremos reconocer la pérdida de valor que ha tenido la moneda de cambio. Es esto, básicamente. Si hablamos de indexación, la palabra alude a un índice, pero cualquier parámetro que tomemos para actualizar una deuda será indexación. Si tomamos el CER,<sup>1</sup> si tomamos la RIPTE,<sup>2</sup> si tomamos el valor de la taza de café, cualquier indicador constituye un índice o parámetro para repotenciar deudas, y en tanto tal, ingresan en la prohibición del artículo 7. En ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuera su causa, haya o no mora del deudor.

Cabe hacer un apartado acerca de la cuestión de la incidencia de la mora: cuando sucedió la devaluación del año 2001, y en particular la pesificación, se sostenía que el deudor moroso no podía pretender –dada su mora– aquella conversión de la deuda expresada en dólares a pesos porque la mora implicaba la traslación de los riesgos de la cosa. La pesificación era operada por el Decreto 214/2002. Y alegar la mora del deudor constituía –sostenían algunos autores– un impedimento a que el deudor moroso se beneficiara con la pesificación.

En la actualidad, ese debate de la incidencia de la mora revive. Pero todavía pervive el artículo 7 de la Ley 23928 ya aludido, por lo que, si se quiere eludir su aplicación, debe recurrirse a declararlo inconstitucional. Y esto presenta otro problema: no sólo si repotenciamos o no una deuda –en este caso, si la repotenciamos–, sino sobre qué bases. Y, además, ¿qué tasa de interés le cargamos a esa deuda?

1. Coeficiente de estabilización de referencia.

2. Remuneración imponible promedio de los trabajadores estatales.

En este contexto, es conocido que, en ciertas deudas, estos dilemas alcanzaron notoriedad pública en las deudas de índole laboral y, en particular, en pronunciamientos varios de la Cámara Nacional del Trabajo y la Corte Suprema de Justicia. No vamos a entrar en esta dinámica, pero intentaré mostrarles las cuerdas por las que esa guitarra desafina. Allí existe una confusión acerca de cuál es la medida de la tasa de interés que usamos para determinados créditos. Básicamente, bajo un principio nominalista, el deudor se obliga a entregar un monto; a este valor se le deben adicionar los intereses, ya sean estos compensatorios o retributivos y, en su caso, los moratorios o punitivos. Este es el esquema inicial. Y acá es necesario remitirse al artículo 768 de CCCN, el cual estipula que los intereses moratorios pueden estar acordados entre las partes para el supuesto de mora. Incluso, pueden pactarse intereses punitivos bajo la cláusula penal con formato de interés; o bien pueden estar determinados por leyes especiales, o por las tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central. En este punto, se debe subrayar un tema porque hace dos años –mediante la publicación del “Comunicado P 14290–, el Banco Central empezó a publicar una tasa que la denomina “tasa judicial”. Esta circular pretende justificarse en el artículo 768, inciso c), del CCCN, el cual establece que, cuando no hay acuerdo sobre intereses, o no hay ninguna norma que los imponga a los moratorios, las tasas deben estar fijadas por reglamentaciones del Banco Central de la República Argentina (BCRA).

Esta tasa aplicable a los intereses moratorios contenida en esta comunicación, o en otras publicaciones oficiales del BCRA, es de uso obligatorio para los jueces o bien son tasas de referencia para los fundamentos de sus decisiones. Para algunos autores –la minoría–, la tasa del BCRA es vinculante en orden a lo establecido por el artículo 768 ya citado; en cambio, para la mayoría de los autores, es sólo una tasa de referencia. El inciso c) del artículo 768 debe leerse como una facultad del juez para elegir sobre cualquier tasa que publica el Banco Central, sea esta la pasiva, la activa, la de plazo fijo, la de descuento, etc., mientras sea una tasa oficial concebida por el Banco Central. Pero el juez es libre de entender cuál es la tasa que mejor remunera ese capital. Hay que darle la derecha a esta interpretación, que considero la correcta. Principalmente, porque habría una invasión de la administración en la decisión jurisdiccional.

Otro punto con marcada incidencia en la forma de recomposición de los accesorios de las deudas dinerarias es el anatocismo que conecta con lo relativo al cómputo de la tasa sobre el capital. Es decir, es el interés compuesto, el interés que se capitaliza, aunque sea en parte. Es sabido: el anatocismo siempre tuvo “mala prensa”, y con razón porque puede encubrir

un cómputo de interés excesivo, con una tasa que puede ser la más común en plaza, y ello debido al efecto multiplicador de su manera de computar y generar nuevos intereses.

La actitud del CCCN frente al anatocismo se expresa en el artículo 770 que reza:

No se deben intereses de los intereses, excepto que: a) una cláusula expresa autorice la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a seis meses; b) la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda; c) la obligación se liquide judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo; d) otras disposiciones legales prevean la acumulación.

El texto distingue, por un lado, que el anatocismo no se presume, con lo cual, para su procedencia, requiere un pacto expreso: esta es la regla del inciso a). El inciso d) refiere al anatocismo permitido legalmente, en otras fuentes (por ejemplo, en ciertos contratos bancarios). Los problemáticos son los incisos b) y c) ya que se refieren a la posibilidad de capitalizar el interés moratorio de tasa judicial, que es aquel sobre el que venimos conversando.

A simple vista parece ser que el inciso b) refiere a una posibilidad de acumular cuando se notifica la demanda, mientras que en el inciso c), cuando se manda a pagar la deuda líquida después de la sentencia. Y alguien podría interpretar que se refiere, con defectos, a la posibilidad de capitalizar el interés en dos ocasiones –inclusive parecería interesante para desincentivar la litigiosidad–. Pero no es la tesitura seguida por la mayoría de los autores quienes expresan que autorizar una doble capitalización llevaría las deudas a montos excesivos, fruto de tal acumulación de intereses al capital. Aquí están las cuerdas que desafinaron en la justicia laboral debido a su intención de aplicar el anatocismo, en forma semestral (ya no en las dos ocasiones que, a mi criterio, es una interpretación posible); siguieron con una interpretación más gravosa todavía.

Sirva esto de ejemplo para mostrar que las incertidumbres en materia de intereses moratorios de tasa judicial rodean la cuestión de la tasa, en tanto medida del interés, cuanto al modo de su cálculo y la posibilidad de capitalización del interés devengado.

Debemos dar tratamiento ahora a las denominadas obligaciones de valor. Al final de las obligaciones dinerarias aparece el artículo 772 del CCCN que dice:

Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta sección.

La cuestión metodológica no es menor porque da fundamento para reconocerlas como una clase distinta de las obligaciones dinerarias, lo que también parece sugerir el texto final del artículo citado.

Si vamos al concepto, nótese que la fórmula legal tiene cierta petición de principios, porque valor es una palabra bastante ambigua –las obligaciones dinerarias también son un valor–, pero acá está usando la palabra valor como oponente, en sentido contrario, al de dinero. Diría que opuesto a la idea de un monto dinerario determinado. En efecto, si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda (determinación de un monto de deuda expresado en dinero). Puede ser expresada en moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero, se aplican las disposiciones de esta sección, es decir, la sección de dar dinero. Entonces, así puede entenderse esta “contraposición” entre “valor” usado como contrario a “deuda dineraria”.

Así, pues, deuda dineraria es toda aquella que está expresada en moneda, sea de curso legal o sea moneda extranjera. Entonces, las deudas de valor son deudas que están en camino de ser obligaciones dinerarias, pero que requieren algún proceso de valorización o determinación de su montante. Las deudas de valor son representativas de un activo no determinado en su monto final, no se trata de una diferencia ontológica, pero sí es trascendente para su régimen legal. Así, son típicas deudas de valor las obligaciones emergentes de los hechos ilícitos, la deuda de medianería, la deuda de alimentos, entre otras.

La deuda de valor tiene una ventaja o cualidad con relación al tema de la depreciación monetaria. La deuda de valor obliga a determinar el valor “actual y real” del activo que consideramos un valor, con lo cual, desde que una deuda de valor es una deuda en tránsito a ser dineraria, cuando su determinación en un monto es más cercana al pago, menos incidencia tendrá el efecto de depreciación de la moneda.

Si ponemos este concepto en el contexto de una contienda judicial que tenga por efecto determinar el valor de una deuda (por caso, determinación de daños emergentes de hechos ilícitos; determinación de una cuota alimentaria, etc.) debemos distinguir sintéticamente algunas cuestiones: en el marco de un pleito por daños y perjuicios se empieza con la estimación del

daño que hacemos al momento de la demanda; luego, en la etapa probatoria, aparecen las coordenadas para fijar los valores que, más tarde, el juez fija en la sentencia. En realidad, en la sentencia, al dictarse la condena, se opera la traducción de valor a dinero. Allí está la obligación dineraria. Pongamos esto blanco sobre negro: en las obligaciones de valor no es necesario indexar, porque se supone que cuando se hace la estimación, sea del juez o la convencional en una transacción, las partes o el juez determinan el valor actual de la cosa, con lo cual ya está involucrado lo que es el componente de pérdida de valor.

Paralelamente, en la provincia de Buenos Aires hubo un fallo (“Barrios”) que hizo escuela también en muchos fallos de la Capital Federal, algunos a nivel de cámara. En esa sentencia se declaró la inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley 23928 que prohíbe la indexación. La doctrina de este precedente establece que es necesario el pedido de parte: es decir, las partes deben pedir que se declare la inconstitucionalidad, y el juez puede recurrir a la actualización de algunos de los índices oficiales, el que crea más apropiado para la índole de la obligación. Y, sobre esos intereses, sobre ese capital actualizado, puede aplicar intereses.

Ahora bien, el mismo precedente “Barrios” limita la repotenciación de la deuda, y la imposición de intereses al “valor actual y real” de la cosa (para así evitar excesos en la actualización de la deuda que sean obra de los efectos meramente financieros), y en la realidad obliga a reparar. En este sentido, también impone límite a la tasa de interés sobre capital actualizado: no puede exceder el 6 % anual.

Y esto nos conduce a otro parámetro central en la actualidad: el de la determinación del interés tolerable en deudas a montos constantes, ya sean accesorios retributivos, moratorios o punitivos.

Mencionemos algunas referencias internacionales como la tasa LIBOR (tasa londinense interbancaria)<sup>3</sup> ya con menor uso, o bien la tasa europea interbancaria. Pero debe advertirse que, probablemente, estemos en los años más inestables –al menos de la historia reciente– por una multitud de razones. Es interesante que repasemos esto: existen razones de política internacional, de imprevisibilidad en el comercio internacional (la cuestión de los aranceles a las importaciones de las grandes potencias), mencionemos también la disrupción tecnológica que vuelve a los activos financieros de valor inestable. A una economía de valores fluctuantes le corresponde una mayor imprevisibilidad, lo que redundará en el riesgo. Ese

3. *London Inter Bank Offered Rate.*

riesgo que se intenta prever mediante la tasa de interés que –por regla– es el precio del uso del dinero ajeno.

¿Cuál es, pues, la tasa de interés de referencia? Todo el armazón de las variables económicas que hace a la reconstitución de las obligaciones dinerarias aparece en crisis. Notemos algunos ejemplos: año 2019, se fija la tasa de interés para una ejecución en moneda constante del 4 % por todo concepto; también se registran otras del 8 %, pero parece que esas tasas, a la luz de lo que serían los parámetros internacionales, quedan altas. Por lo tanto, las incertidumbres básicamente siguen, y es comprensible: la solución no es jurídica, es económica. En la medida que la economía se vaya estabilizando, las variables se van a ir calmando, la dinámica de los créditos más compleja es aquella de viejos créditos que deben metabolizar las montañas de altos índices de inflación entre el período 2019-2023. Los juristas iremos ajustando de acuerdo con las variables disponibles que fueron repasadas a lo largo de esta conversación.

Se aprecian ciertas consideraciones que deben evitarse. Por ejemplo, en un reciente precedente de la Provincia de Buenos Aires, la Cámara Civil y Comercial de Morón se enmarcó una relación de deuda en el ámbito del consumidor, al efecto de obturarle al acreedor la posibilidad de repotenciar su crédito de acuerdo con el caso “Barrios” de la Suprema Corte de Buenos Aires. Es decir, de reclamar la inconstitucional en el artículo 7 de la Ley 23928, ya que el consumidor, que era el deudor, vería agravada su obligación. El derecho consumidor no es para minar o socavar un derecho, sino que es para modular derechos en forma razonable al consumidor. En este caso, estamos suponiendo que la inflación –una situación de hecho– es favorable al consumidor, y esto es una subversión de la realidad. Estas interpretaciones echan sombras sobre la previsibilidad en contratos de créditos que benefician al consumidor para la accesibilidad a los bienes. Claro que debemos ser incisivos en la interpretación en favor del consumidor en lo concerniente al deber de información, acerca de la tasa de interés, su medida en términos de abusividad, en materia del cómputo de intereses, los cargos aplicables al crédito, etc. Es más, el artículo 1121 inciso b) impide considerar abusivas las cláusulas que responden a una cuestión de orden público. La cuestión de orden público es mantener la intangibilidad de la deuda, es decir, la reexpresión de la deuda es también de orden público porque tiene que ver con la intangibilidad del crédito de cualquier acreedor. Esto me parece esencial y debemos tenerlo en cuenta. Con esto termino y quedo a disposición para las preguntas que deseen hacer.

**Público 1:** Este tema que, evidentemente, aún para los expertos es difícil... pienso ahora como escribano y académico. Cuando en un tema así se pone en juego la cuestión del asesoramiento y hablamos de la compraventa común... porque los bancos, ¿cómo se manejan con esto? Sobre todo, en temas a largo plazo, qué difícil es informarles a los contratantes alguna previsibilidad más o menos razonable. Se me ocurre que, ante una situación donde existen tantas variables, quizás habría que establecer algún pacto de renegociación, como los contratos de larga duración, para ver de qué manera equilibrarlos porque es una dificultad real de todos los días, ¿cierto? Está bien que hoy en día el crédito hipotecario privado está muy restringido, pero hay contratos donde evidentemente estas cosas operan, y el comercio tiene que funcionar. Qué complicado para esto... a ver, esbozo posiciones: "mire, no le puedo dar ningún consejo", no es una buena solución; "bueno, consulte a un experto", complicado. Entonces, ante esta situación, quizás alguna directiva que permita alguna renegociación, ya que son tantas las variables y dependen nada menos que de la economía mundial y la nacional. Concretamente, redondeando, como operador, esto le pasa a todo operador jurídico, ¿qué idea le parece que puede tomar uno en cuenta ante una situación de esta complejidad?

**Dr. Santarelli:** Traería a colación aquí el tema de la renegociación, que es un buen instrumento. Lo tenemos en el artículo 1011 del CCCN, y es, creo, una alternativa para ciertos contratos, los "de duración". Lo que trata de evitar la regla es que una de las partes rescinda automáticamente, y en forma perjudicial, a la otra parte, sin darle la chance de acomodarse a ese contrato o a nuevas modalidades contractuales. Ha sido polémico, pero tomado en los términos que lo propone el Público 1, es interesante porque nada impide que lo usemos como mecanismo de adecuación del contrato con un diseño que proporcione las partes al contratar. Con todo, las cláusulas de renegociación requieren de dos cosas que me parecen indispensables: una es el carácter de las partes y que estas tengan intención de cumplir, en términos más prácticos que "el cumplimiento del contrato sea negocio para ambas partes"; y dos, la renegociación se puede hacer sobre parámetros básicos y, en todo caso, sobre bandas, techos y pisos determinados. Entonces, a partir de ahí es una renegociación que está de algún modo estandarizada, o dentro de algunos parámetros, para que no se vuelva la renegociación una razón de inseguridad al contrato.

Si me permiten un ejemplo derivado de las potencialidades tecnológicas: tal vez escucharon hablar –los escribanos están muy activos con el tema– sobre los contratos automatizados, los *smart contracts*, los contratos

inteligentes que, entre otras virtudes, son contratos que, en principio, se ejecutan en forma automática, pero que tienen una virtud más allá de la automatización: trabaja con oráculos. ¿Qué significa oráculos? Los oráculos son terceros a quienes se consulta para determinar los créditos. Entonces, nosotros podríamos referir que la tasa va a variar con un 10 % menos de la variación de la tasa del euro interbancaria. Esas lógicas de consultas a oráculos –digamos a números, tasas, índices externos– que hacen al contrato permiten establecer bandas dentro de las cuales negociar.

Cuando se recurre afuera es porque estamos comprando un precio, una economía ajena, con lo cual el riesgo es mayor todavía.

**Público 2:** ¿El fallo que usted mencionó refiere a una institución bancaria o crediticia, o es un particular, un privado?

**Dr. Santarelli:** ¿El de Morón? Un particular. Permítanme agregar que, además de los contratos de consumo, tenemos la categoría de los contratos de adhesión, en los cuales está prevista también la “cláusula abusiva” como modo de control del contenido contractual. El tema de la determinación en concreto de la calificación de adhesión de un contrato no es en absoluto sencillo. Lo que quiero decir es que hay que trabajar mejor el parámetro de contrato de adhesión como formato interpretativo. Es decir, le ponemos mucha carga, mucha impronta a un concepto que resulta de cierta vaguedad en estos tiempos. El concepto de contrato de adhesión es de 1942. Evolucionamos bastante en contratos como para seguir con el mismo concepto. Es necesario hacer algo, reformular algo. Y estoy hablando de herramientas concretas, no es especulación dogmática, son herramientas concretas de interpretación del contrato y de una segmentación contractual distinta.

En las próximas Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Corrientes, se van a discutir los contratos inmobiliarios. Entiendo que allí tenemos una subcategoría de contratos que, en nuestro medio, es necesario delinear a los efectos de su régimen legal, porque aun cuando los consideremos contratos de consumo, tienen matices propios que requieren de un acomodamiento de las normas tuitivas.

**Público 3:** Además, hay que distinguir entre el contrato inmobiliario de la unidad en construcción del contrato inmobiliario de la unidad usada, porque dentro de la unidad en construcción es muy fácil encontrar el tema de la adhesión.

**Dr. Santarelli:** Exactamente.

**Público 3:** Bueno, también están los contratos de los *shoppings*, son todos contratos de adhesión. El contrato paritario acá.

**Dr. Santarelli:** Ahí merece segmentarse para encontrar problemas jurídicos comunes y también una protección más adecuada del consumidor, pero que se vuelve previsible, porque no nos exponemos a interpretaciones sorpresivas de un derecho protectorio que después termina desbaratando derechos de un acreedor serio.

**Público 3:** ¿Cómo ve el tema de las garantías autoliquidables?

**Dr. Santarelli:** En la autoliquidación el problema es que hay cierto riesgo de autismo. Es decir, es alguien que genera un crédito a su favor, que no tiene la suficiente bilateralización de cómo ese crédito se genera. La autoliquidación requiere de una participación de autonomía de la voluntad de las partes que, en principio, lo desaconsejaría del marco de las relaciones de consumo. Salvo que se recurran a extremos de información de terceros verificables –volvemos a los oráculos–, pero aún sin la automatización contractual. Si recompone una deuda a partir de, por ejemplo, tasas del Banco de la Nación Argentina usuales, determina la deuda a partir de incumplimientos transparentes y trazables, no habrá mayores objeciones.

No tiene sentido agraviarse de otro modo.

Perdón, te decía, vos decías que debe estar suficientemente informado. ¿Cómo creerías vos que debería ser suficientemente informado en materia bancaria? Está resuelto de un muy buen modo, muy bueno, muy pragmático, muy claro con el tema de las simulaciones. El tema de las simulaciones de los créditos que forman parte de la documentación preconstitutiva del crédito. Ahí tiene que estar reflejado el modo y el ejemplo de cómo se aplica el anatocismo.

**Público 4:** ¿La colación es una deuda de valor?

**Dr. Santarelli:** Sí, la colación es una deuda de valor.



# Formación del contrato

## Acuerdos parciales y tratativas preliminares\*

Alejandro Borda\*\*

**Sumario:** 1. Planteo del tema. 2. El fraccionamiento del tipo contractual. 3. El consentimiento contractual. 4. La oferta. 5. La aceptación. 6. Los acuerdos parciales. 7. Los contratos por adhesión. 8. Los contratos de consumo. 9. Las tratativas preliminares. 10. Los convenios de confidencialidad. 11. Las cartas de intención. 12. Los contratos preliminares. Promesa y contrato de opción. 13. Los pactos de preferencia. 14. Cuestiones finales.

### 1. Planteo del tema

Es un gusto estar acá en el Colegio de Escribanos, con el cual me une una gran afinidad porque estuve muchos años interviniendo como árbitro del tribunal del Colegio de Escribanos, hasta que tuve que irme porque me nombraron en el tribunal de la Bolsa de Comercio, y allí hay una incompatibilidad que impide ser árbitro de otras instituciones. Además, siempre he tenido una relación muy cercana con muchos de ustedes. No puedo dejar de recordar a un querido amigo, ex presidente de este Colegio, a Isaac Molina, a quien rindo tributo por su hombría de bien, por su calidad de persona.

Nos toca hablar de la *formación del contrato*, tema que plantea muchas cuestiones para pensar y tratar. Iremos viendo algunas de ellas, pero trataré de centrarme en aquellos aspectos que me parecen más interesantes o que pueden generar un diálogo con ustedes.

\* Adaptación presentada por el Dr. Alejandro Borda de su intervención oral realizada el 09/09/2025 en la sede del CECBA, en el marco del ciclo de conferencias "A 10 años del Código Civil y Comercial de la Nación: teoría, práctica y nuevos desafíos".

\*\* Doctor en Derecho (UBA). Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Profesor titular de Contratos Civiles y Comerciales (UBA y UCA).



## 2. El fraccionamiento del tipo contractual

El primer punto que he de mencionar es lo que se ha dado en llamar el fraccionamiento del tipo contractual. Esta es una cuestión que no estaba prevista en el Código Civil de Vélez, y fue puesta de relieve en el mensaje de elevación del anteproyecto al Poder Ejecutivo. Allí se habla de tres tipos de contrato distintos. En verdad, si analizamos el Código Civil y Comercial (CCCN), hemos de advertir que esto no es tan exacto. Es que, si bien hay tres tipos contractuales, ellos no están claramente delimitados en el CCCN puesto que tenemos, por un lado, los contratos paritarios, regulados con una parte general muy claramente establecida (libro tercero, título II), y, por otra parte, los contratos de consumo, legislados en el mismo libro, en un título propio (el III).

Sin embargo, dentro de los contratos paritarios, aparecen los contratos de adhesión a cláusulas generales predispuestas, los cuales si bien configuran –a mi juicio– un tipo contractual diferente, lo cierto es que en el esquema del CCCN no están así diagramados. Es que los contratos por adhesión son regulados como una sección (la 2ª) dentro del capítulo 3 de la formación del contrato. Y esta es una cuestión que, me parece, se pudo haber hecho de una mejor manera, aunque, de todas formas, no genera una verdadera dificultad. Yo creo que el legislador acierta cuando establece este fraccionamiento del tipo contractual porque, evidentemente, revela situaciones y circunstancias distintas, como iremos viendo a lo largo de esta charla. Son situaciones contractuales diferentes y esto lleva a que también haya soluciones distintas.

## 3. El consentimiento contractual

Uno de los primeros temas –que me parece interesante remarcar del CCCN– es la clarificación del tema del consentimiento, de las formas del consentimiento contractual. Ante todo, ¿a qué llamamos consentimiento contractual? Debemos partir de una noción básica: la existencia de manifestaciones compartidas o intercambiadas. La manifestación como declaración de la voluntad, me parece un tema importante, puesto que, de alguna forma, nos ubica en alguna de las teorías que se han expuesto. Ustedes recordarán que mucho se discutió, mientras rigió el Código Civil, sobre si lo que importa es desentrañar la llamada voluntad íntima o psicológica del sujeto o si lo que importa es la voluntad declarada por él. Las normas del Código Civil de Vélez daban pie para sostener ambas posiciones.

El CCCN, parece claro, se ha inclinado por la tesis de la voluntad declarada. ¿Cómo deben manifestarse estas declaraciones? En forma verbal, escrita o a través de conductas o actos que sean claros y, en ciertos casos, también con el silencio en los casos en que exista un deber de expedirse que puede resultar de la ley, del contrato mismo, de los usos y prácticas o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes (arts. 262 y 263, CCCN). Estas formas en que puede manifestarse la voluntad revelan la idea de un consentimiento contractual cuando confluyen esas declaraciones entre las partes.

Ahora bien, en el marco del consentimiento contractual, y antes de analizar los elementos que lo componen (oferta y aceptación), quiero detenerme brevemente en el momento en que se produce el consentimiento contractual. El CCCN ha introducido un cambio importantísimo respecto del Código de Vélez, el cual, como regla general, consagraba la llamada teoría del envío, esto es, que el contrato existe desde el momento en que el aceptante envía su aceptación; ello sin perjuicio de puntuales concesiones que se hacían a la teoría de la información, que entiende que hay contrato cuando el receptor de la aceptación efectivamente toma conocimiento de ella.

Nuestro código vigente consagra, en el artículo 971, la teoría de la recepción, pues dispone que hay contrato cuando el oferente recibe la aceptación del aceptante. Sin embargo, es preciso señalar que el Código, en su integridad, no resulta del todo claro. En efecto, el artículo 983 establece que la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra cuando este la conoce o debió conocerla. Los dos supuestos mencionados por la norma son distintos. La hipótesis de que “debió conocerla” es el supuesto típico de aplicación de la teoría de la recepción: “yo recibí la aceptación, la tengo en mi casa, pero no la conocí porque no abrí el sobre que la contenía”. Está claro que allí hay contrato. Pero la primera parte de norma –cuando una de las partes “la conoce”– me parece que confunde, pues pareciera que hay una concesión a la llamada teoría de la información. Con todo, no creo posible aceptar esta idea porque generaría demasiados inconvenientes. Parece claro que basta la recepción de la manifestación, pero si el receptor la conoció o no la conoció, será una cuestión de él pues siempre tuvo la posibilidad de conocerla. Tengo para mí que, una mejor redacción habría evitado la confusión apuntada, y esto es relevante porque es necesario que haya claridad respecto del momento en que se considera que el contrato ha sido celebrado.

#### 4. La oferta

Ahora sí, vamos al tema de la oferta, concretamente. Cuando hablamos de la oferta, el Código nuevamente hace algunos cambios respecto de lo que establecía el Código Civil de Vélez. Ustedes recordarán que el Código de Vélez planteaba exclusivamente que había oferta cuando estaba dirigida a una persona determinada (art. 1148). El Código vigente, en cambio, hace referencia a que puede ser una persona determinada o determinable. Y hay supuestos claros de ofertas a personas determinables, como es el caso de la recompensa. En la oferta de recompensa no se sabe quién va a ser la persona que finalmente encontrará la cosa y, por tanto, tampoco podremos saber quién es la persona con quien vamos a contratar, pero estamos obligándonos desde que se hace la oferta con la persona que se presente como recuperador de la cosa perdida.

Una vez sentado que la oferta tiene que ser destinada o dirigida a una persona determinada o determinable, debemos dar un segundo paso que también es importante: esa oferta debe tener las precisiones necesarias para que pueda ser conocida, para que pueda ser aceptada por la otra parte, y tiene que estar emitida de una forma tal que genere una intención de obligarse. Estos elementos son fundamentales: si nos falta uno de ellos, no estamos frente a una oferta. La cuestión del contenido de la oferta me parece central. Hemos de volver más adelante sobre esta cuestión porque es un tema que me preocupa mucho por lo que establece el artículo 982 del Código. Veamos ahora el artículo 978 que, con claridad, indica cuál es el contenido que debe tener la manifestación para poder considerarla una oferta. Debe tener un contenido tal que baste solamente que la otra parte diga sí, acepto; es decir, debe tener todas las precisiones que conformarán el contrato.

Si faltan esas precisiones, no estamos frente a una oferta en los términos que establece nuestro código. Este es un punto sobre el que hay que insistir, pues, en verdad, el Código no resulta del todo claro y ello ha provocado ciertas miradas, sobre todo cuando hablamos de acuerdos parciales a los que no referiremos más adelante, que son más complejos.

Dicho esto, conviene señalar que aún queda el tema de la llamada invitación a ofertar, que es algo distinto. La invitación a ofertar cabía dentro del Código de Vélez, y era una doctrina común reconocida en aquel momento. Por tanto, debe diferenciarse entre hacer una oferta a una persona determinada o determinable y hacer una invitación a recibir ofertas. En este caso, quien invita a hacer ofertas no está ofertando; el que oferta es la otra persona que hará la propuesta, y aquel que invitó a hacer ofertas

tendrá la libertad, por supuesto, de decir sí o no. Como es fácil advertir, la relación es completamente distinta. Quien hace una invitación a ofertar, sigue siendo dueño de la situación y puede esperar para dar su respuesta hasta que analice bien la oferta que le han hecho, y vea si le interesa o no.

Distinto es el supuesto de oferta a persona indeterminada. Esto no estaba permitido en el Código anterior, aunque estaba previsto en la Ley de Defensa del Consumidor con la llamada oferta al público. Es el ejemplo de cualquier local comercial a la calle, que hace ofertas al público. Ellas deben ser respetadas. Por lo tanto, si viene un consumidor que quiere adquirir la cosa ofertada, basta con que entre y pague el precio para que deba cumplirse con el contrato. Ahora, si el comerciante no cumple entregando la cosa, estará incumpliendo con su obligación contractual. En el régimen vigente existe una ampliación de las posibles ofertas pues se incorpora esta oferta a persona indeterminada, con ciertos recaudos. En efecto, el artículo 973 dispone primero que la oferta dirigida a una persona indeterminada es considerada como invitación a hacer ofertas, pero agrega que, cuando de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del oferente, se entiende como una oferta emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos.

Otra cuestión interesante está dada por la posibilidad que encontramos frente a un proyecto de contrato plurilateral. En este caso, lo que establece básicamente el Código, es que esa oferta puede ser enviada por una o varias de las personas que van a ser parte de ese negocio a otras que también van a ser parte de ese negocio (art. 977). Pensemos en una propuesta de un contrato de sociedad. Es evidente que, si yo quiero realizar un contrato con siete u ocho personas, tendré que comunicarle a las siete u ocho personas la misma oferta y esperar su respuesta. Y en principio, hasta tanto no tenga la respuesta afirmativa de todos ellos, no hay contrato. ¿Qué pasa si no todos los destinatarios de la oferta contestan o no todos aceptan, si no acepta una parte de ellos? Si solamente acepta una parte de ellos, en principio no tenemos contrato porque la oferta estaba dirigida a todos y no a una parte. Sin embargo, la ley reconoce la existencia del contrato si la propia ley o una convención anterior de las partes autoriza a la mayoría a celebrar el contrato en nombre de todos, o permita su conclusión sólo entre quienes lo han consentido. Será necesario analizar detenidamente la situación contractual. Pensemos en la cuestión de las mayorías dentro de la administración de un condominio. En este caso, los acuerdos de la mayoría obligan a la minoría (art. 1994, CCCN). Entonces vemos supuestos en los cuales hay contratos o acuerdos que pueden tener valor a pesar de que haya alguna parte que no esté aceptando esa decisión. Este un tema con el que debemos tener mucho

cuidado porque, como se puede advertir, no son exactamente las mismas condiciones que una oferta común y corriente de una persona a otra.

La oferta que se haga, en todos los casos, debe tener un plazo de duración. Este plazo puede estar fijado por las partes, lo que evidentemente es lo más prolijo. Pero ¿qué ocurre si el ofertante no ha fijado ese tiempo de validez? ¿Cuál será ese tiempo durante el cual se mantendrá viva la oferta? Si bien algunos autores han sostenido que se trata de un tiempo razonable para que pueda analizarse la propuesta, lo cierto es que si nos atenemos muy estrictamente a la letra del Código, parecería que no hay mucho tiempo para esto porque se establece que, si la oferta se hace entre presentes, habrá que aceptarla en forma inmediata; y si es entre ausentes, esa aceptación habrá que hacerla en un tiempo que no es el que pueda necesitarse para analizar la oferta, sino el que sea necesario para emitir la respuesta utilizando el canal usual de comunicación (art. 974), que parece ser el mismo que se usó en la oferta. Por lo cual, si recibo una oferta vía mail, el tiempo de vigencia de esa oferta va a ser bastante corto, pues es el tiempo que yo necesite para leerla y responder el mail. No hay mucho más. Desde luego, habrá que analizar cada caso particular y cuál es el contenido de la oferta, pero parecería que la idea legal es justamente no dejar abierto en el tiempo estas ofertas sin plazo fijado, puesto que lo que se busca es dar seguridad jurídica, terminando con el negocio de alguna manera u otra.

En cuanto a la retractación y a la caducidad de la oferta, hay cambios menores respecto de lo que se establecía en el código anterior. La caducidad de la oferta se produce por la muerte o por la incapacidad del oferente en la medida en que esa incapacidad o muerte se produzca antes de recibir la aceptación (art. 976, CCCN). Y, en materia de retractación de la oferta, esa retractación tiene que ser hecha en forma contemporánea o antes de que el destinatario reciba la oferta (art. 977, CCCN). En otras palabras, hay que comunicar la retractación al aceptante antes de que le haya llegado la oferta o contemporáneamente con ella. En este punto, el Código Civil establecía que se podía retractar hasta que la oferta hubiese sido aceptada (art. 1150). Hoy en día parece difícil que se pueda retractar una oferta. Es una cuestión de tiempos y de velocidad de las comunicaciones. Antes, cuando la oferta se hacía por carta, existía un tiempo entre que se enviaba la carta y esta era conocida por el aceptante. Ello permitía formular una retractación por una vía más veloz, como la carta documento. En la actualidad, si yo mando la oferta en un mail, no se ven muchas posibilidades de que me pueda retractar antes de que llegue el mail al destinatario. Por ello, me parece que habrá que analizar el tema con cierta elasticidad, contemplando la contemporaneidad que pueda existir para analizar si realmente se ha podido despertar en la

contraparte una verdadera confianza en que se estaba ante una oferta vigente. Pienso que, si las comunicaciones llegan muy cerca una de otra, parecería que no se pudo haber despertado tal confianza, pero, en fin, esto será un tema de valoración judicial.

## 5. La aceptación

Entremos ahora en el tema de la aceptación. Es necesario, para que ella exista, que simplemente se exprese “sí, acepto”. Es decir, no puede haber condicionantes. Insisto: la voluntad afirmativa de celebrar el contrato no puede estar sujeta a condiciones. Será necesario detenernos en este tema, pues, como veremos, se plantean algunas cuestiones dudosas.

Partamos de la idea primaria: la aceptación debe ser pura y simple, no puede estar sometida a una condición. Esto trae como consecuencia que, si el aceptante impone algún tipo de condición, ya no podemos hablar de aceptación, pues estamos frente a un supuesto de contraoferta, y, entonces, se ha pasado la taba hacia la otra parte que tendrá que decir si acepta o no esa contrapropuesta. Sin embargo, acá empiezan los problemas que advertimos. Fíjense que, más allá de que el artículo 978 establece que la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta, la norma agrega textualmente que

[...] cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación no vale como tal (no vale como aceptación), sino que importa la propuesta de un nuevo contrato, pero las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante.

Reitero: “las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante.”

La primera cuestión que planteo es, ¿qué importancia tiene que el oferente comunique de inmediato al aceptante su admisión? A mi juicio, ninguna. Si yo, como oferente inicial, me demoro en responder, pero acepto la contraoferta dentro del plazo fijado, ¿cuál es el problema? ¿Por qué debo aceptar las modificaciones de inmediato? En verdad, las modificaciones las puedo aceptar en cualquier momento. En definitiva, si se hace una contraoferta destinada al oferente, este va a decidir si acepta o no. ¿En qué tiempo debe hacerlo? En el que quiera, mientras esté dentro del término fijado en la contraoferta. No hay razón alguna para apartarse de este criterio.

Ahora bien, ¿cuál es la razón de esta norma? Yo creo, y solo es un pálpito mío, que se ha copiado mal otra norma (quizás las reglas de UNIDROIT o la

Convención de Compraventa de Mercaderías de Viena de 1980). En esta última se establece algo que parecería que tiene algo que ver, pero, en verdad, consagra una solución totalmente distinta. El artículo 19 de la Convención establece que la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación, pero que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta, constituirá aceptación, a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. Y de no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación. Esto, como se ve, es totalmente distinto a lo que establece nuestro artículo 978.

En efecto, mientras en esta norma, si el oferente inicial guarda silencio respecto de las modificaciones introducidas en la contraoferta, no hay contrato, en la Convención se consagra la idea de que el aceptante puede introducir modificaciones que de todos modos valen como aceptación del contrato, pero se pone en cabeza del oferente la obligación de expedirse rápidamente si acepta o no tales modificaciones, pues si guarda silencio, si se calla, se entiende que ha aceptado esas modificaciones.

La solución de la Convención es claramente diferente, aunque me parece muy peligrosa. Yo prefiero, como oferente, que me hagan una contraoferta, y tener un tiempo para evaluar si la quiero o no, y de rechazarla si no me interesa. En cambio, veo peligroso tener que estar apurándome en la evaluación de la contraoferta, en el estudio de lo que se ha modificado de mi oferta original, en el análisis de la alteración que se provocaría en el negocio, pues –como ya dije– si no respondo inmediatamente quedo obligado en los términos de la contraoferta. En definitiva, más allá de que creo que la norma del Código Civil y Comercial es mala en ese punto, porque parece que no dice nada relevante, la prefiero. Es mejor que no diga nada a que diga lo que expresa la Convención de Viena porque, insisto, como nuestra norma no dice nada, el oferente inicial tiene tiempo para aceptar la contraoferta, y lo manifestará sin mayor urgencia, por más que el texto diga que lo tiene que hacer en forma rápida porque, insisto, lo que ha habido es una contraoferta. Por ello, en esta cuestión, prefiero siempre tener un contrato acabado, terminado, cerrado, sin lugares abiertos; caso contrario, dejamos abierta la ventana para la generación de conflictos.

Para cerrar el tema de la aceptación, cabe recordar que los modos de manifestarla son varios. La manifestación puede ser expresa (oral o escrita), o a través de conductas determinadas, o, incluso, con el silencio, en los casos previstos por el artículo 283 de nuestro código. En cuanto a las formas de enviar la aceptación, ellas son por escrito o a través de los medios de comunicación instantánea, todo ello más allá de las complicaciones que

pueden generarse en función del momento en que se considera celebrado el contrato y el lugar de celebración, y su repercusión en el tema de la jurisdicción. Sin perjuicio de lo dicho, y más allá de que el Código nada dispone, no veo ningún motivo para que no se pueda pensar en celebrar un contrato a través de un nuncio o mensajero, como preveía Vélez. Así como el contrato puede celebrarse a través de un mandatario o un apoderado, no se advierte razón alguna que impida que participe el nuncio o mensajero, que lo que hace es comunicar un mensaje, una oferta al destinatario de ella y volver con la respuesta y comunicarla al oferente. En este caso, si el aceptante pretende retractar su aceptación, tendrá que apurarse, pues esa retractación debe llegar antes o contemporáneamente a la llegada de la comunicación de la aceptación por parte del nuncio.

## 6. Los acuerdos parciales

Abordemos, ahora sí, uno de los temas que me parece más complejo: los acuerdos parciales.

Este es un tema que da mucho para hablar. Ante todo, entiendo que la recepción legal de los acuerdos parciales genera un riesgo grande. El riesgo es grande porque la norma (el art. 982) básicamente dispone que esos acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato. Es decir que, si se reúnen las condiciones fijadas por la norma, habrá contrato, aunque no haya habido un acuerdo pleno entre las partes. Insisto, el riesgo es grande. Tanto es así que se ha recomendado por una tenaz defensora de la norma que, cuando se haga una contraoferta, o se haga referencia en un mail a algo que pueda parecerse a un acuerdo parcial, por ejemplo, se aclare que no es un acuerdo parcial. Esto demuestra los riesgos a los que estamos haciendo referencia, los cuidados que hay que tomar para evitar que una manifestación pueda ser tenida como un acuerdo parcial y, por tanto, como un contrato. Mejor, entonces, suprimirla.

Antes de analizar la norma legal, hagamos alguna referencia al origen de la figura. El artículo 982 parece estar inspirado en la llamada teoría de la *punktation*, una teoría de origen germánico que, curiosamente, el código alemán ha rechazado, pero que está regulada en algunas pocas legislaciones. Por mi parte, solo conozco el Código de las Obligaciones suizo y el Código de Polonia. Sin embargo, la *punktation* no es asimilable a nuestro acuerdo parcial, sino que su noción se acerca más –y veremos que hay una cierta contradicción en la misma norma–, a lo que hemos conocido como la minuta. Esto es, la posibilidad de que las partes vayan acordando cuestiones

y vayan marcándolas, escribiéndolas, detallándolas, de modo tal que esos temas acordados, queden como efectivamente acordados, y podamos seguir avanzando en la negociación. No es esto lo que dispone la norma.

Se ha dicho que en la recepción de los acuerdos parciales importa hacer referencia a la formación progresiva del contrato. Los acuerdos parciales servirían para esto, pero, en verdad, no es el caso. ¿Por qué digo esto? Porque si estamos hablando de la formación progresiva de un contrato, estamos claros en que aún no ha habido contrato. Lo estamos formando, estamos desarrollando el camino para llegar a ese contrato, podemos estar de acuerdo en algunos puntos, le podemos dar valor a esos puntos acordados, pero no estamos ante un contrato. El texto legal, en cambio, establece que esos acuerdos parciales se tornan en un contrato.

Analicemos la norma más profundamente. El artículo 982 comienza por establecer que: “Los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato, si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares”. Este es el punto. Si hay un acuerdo parcial que reúna los recaudos exigidos por el texto legal, hay contrato.

Sin embargo, no existe una oferta y una aceptación claras en los términos del artículo 978. De hecho, la propia norma establece reglas para integrar el contrato. Es evidente, entonces, que el contrato está incompleto, pues de lo contrario no sería necesario recurrir a reglas de integración. Para integrar el contrato, el juez va a recurrir a las reglas del capítulo 1, del Título II.

La primera regla sirve poco, pues hace referencia a la necesidad de reemplazar las normas convenidas que contradigan normas indisponibles, debiendo consagrarse estas últimas (art. 964, inc. a). La segunda regla obliga a integrar el contrato con las normas supletorias del contrato que se trate (art. 964, inc. b). Y, finalmente, la tercera regla alude a la aplicación de los usos y prácticas del lugar de celebración (art. 964, inc. c), que no es más que una aplicación concreta de lo que en general establece el artículo primero del Código Civil y Comercial, cuando dispone que los casos de este Código deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, recurriendo – entre otras cosas – a los usos, prácticas y costumbres en las situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarias a derecho.

La norma explica, entonces, un procedimiento para integrar el contrato. Pero me parece claro que estamos ante un supuesto en el cual resulta difícil pensar que nos encontremos frente a un contrato. Insisto, las partes aún no han sostenido que haya un contrato. Las partes están creyendo algo distinto, están sosteniendo que están frente a acuerdos parciales, pero quedan espacios abiertos.

No hay un tema de progresividad en la formación del contrato, no se hace referencia a ello en la norma. Simplemente, se hace referencia a acuerdos parciales como tales que, por obra y gracia del texto legal, pueden convertirse en un contrato.

Es difícil que haya un caso en el cual podamos aplicar esta idea. Yo he descubierto uno solo en una división de bienes de la sociedad conyugal. En el proceso judicial, las partes reconocieron una distribución de bienes y la fijación de alimentos, quedando otras cuestiones sin definir, y se le dio valor de contrato a ese acuerdo parcial. La Cámara sostuvo, en este fallo del año 2023, que se habían convenido los elementos esenciales del acuerdo transaccional, tendiente a liquidar bienes y fijar los alimentos, y dejaron para un contrato posterior los elementos secundarios accesorios, pues en ningún momento se previó que la falta de concreción de los puntos no acordados sería condición del perfeccionamiento de lo acordado. A mi juicio, lo que en el caso existe no es un acuerdo parcial, sino distintos acuerdos. Hay temas que quedaron perfeccionados: la división de bienes y la fijación de alimentos, que quedaron acordados y ello fue aprobado. Después quedaron otras cuestiones, que no sé cuáles eran, pero que podrían ser el régimen de comunicación u otros temas vinculados con la familia, que las partes seguían discutiendo, pero eran temas claramente separables uno de otro. Entonces no veo que haya en realidad un tema de acuerdos parciales, sino que hubo un acuerdo definitivo sobre un tema determinado, que tiene efectos contractuales, y quedaron otros temas para seguir discutiendo. No veo la necesidad de que todas las cuestiones vinculadas con la disolución del vínculo matrimonial y el divorcio deban resolverse en un solo acuerdo.

Sigamos analizando la norma.

Para el artículo 982, el acuerdo parcial es un contrato. Y, añada, que las lagunas del contrato se integran con las reglas del capítulo I, integración que –se infiere– debe hacer el juez. Pero, adviértase que lo que las partes han acordado es lo parcialmente acordado; lo no acordado sigue siendo discutido por ellas. Ahora, ¿por qué el juez va a estar facultado para integrar lo aun no convenido por las partes?, ¿con qué criterio va a hacer tal integración? Esto me parece peligrosísimo.

**Público 1:** Las llamadas reservas formales que tratan los elementos esenciales, para mí, son vinculantes y quedan algunos claros por llenar, que quizá eso sí deba ser integrado en forma posterior.

**Dr. Borda:** Creo que es necesario hacer ciertas distinciones. Por un lado, existe la posibilidad de que todos los elementos estén claramente

establecidos en la reserva conformada, en cuyo caso no queda nada más que hacer la escritura. Pero otra cosa distinta es cuando quedan aún elementos en el aire, sin acuerdo. Más allá de que se puede profundizar más este tema, me parece importante preguntarnos cuáles son los elementos esenciales particulares del contrato a los que refiere el artículo 982. ¿Cuáles son?

### **Público 1:** Cosa y precio.

**Dr. Borda:** Podríamos decir cosa y precio. Sin embargo, si se hace referencia a los elementos esenciales del contrato en general, ellos son el consentimiento, el objeto y la causa. Vayamos al caso particular de la compraventa. Admitamos que sus elementos esenciales particulares son la cosa y el precio. Esta noción revela un criterio netamente objetivo sobre lo que se entiende como elementos esenciales particulares. Sin embargo, la norma no dice que sean elementos objetivos, sino elementos esenciales particulares. Incluso, en ninguna parte del Código se dice respecto de ningún contrato, cuáles son sus elementos esenciales particulares, lo que resulta lógico. Ahora bien, los elementos esenciales particulares, ¿son realmente los elementos objetivos a los que estamos haciendo referencia, o son los subjetivos de las partes? El tema es fundamental. Veamos. Supongamos que las partes están de acuerdo con el precio, y que acordaron que debe pagarse al tiempo de celebrarse la escritura. ¿Es suficiente esto? ¿No es relevante el lugar en donde se va a pagar? ¿Es lo mismo que se pague en Argentina o en Estados Unidos? ¿Cuál será el criterio del juez para integrar el contrato?

Y hay más cuestiones para pensar. Imaginemos una compraventa inmobiliaria, en la que no se paga el precio al contado, ni se recurre a un crédito de un banco, que sería otro tema, sino que quien financia es el propio vendedor. Las partes están de acuerdo en esto, pero nada se convino sobre el monto que se financia, si es todo el precio o parte de él, ni sobre la tasa de interés. Incluso podríamos preguntarnos, ¿qué garantías existen para el pago?

Como puede advertirse, existen muchas cuestiones que quedan en el aire como para que pueda sostenerse la validez del acuerdo parcial como contrato. Adviértase que se estaría admitiendo la posibilidad de que el juez decida que, para él, una garantía buena es una hipoteca y que, si ella falta, no hay contrato. ¿Con qué criterio puede el juez rechazar una fianza dada por una persona reconocidamente solvente? ¿Por qué no puede ser una garantía suficiente?

Este tema es importante. En la medida en que no haya un acuerdo completo entre la oferta y la aceptación, estamos permitiendo en última

instancia que haya cierto avance sobre la autonomía de la voluntad. Las partes son libres para celebrar el contrato. Las partes gozan de la libertad de contratación y la libertad de contratar. Las partes son libres para configurar el contrato y, a su vez, para contratar o no contratar y para elegir con quién contratar (art. 958, CCCN). Y de golpe nos encontramos con que no somos tan libres, porque, sin haber llegado a un acuerdo definitivo, un tercero, el juez, dispone que hay contrato.

Ciertamente, muchas veces es necesario integrar el contrato porque las partes pueden no haber previsto todas las contingencias. Entonces, es necesario llenar esos vacíos. Pero una cosa son esos vacíos, que podemos calificar como menores, de aquellos otros que constituyen cuestiones importantes y sobre las cuales las partes no han alcanzado un acuerdo. ¿Hasta qué punto puedo hablar de buena fe en estos casos? Parecería que se está pretendiendo hacer valer un acuerdo, al que le faltan contenidos y para mí ello es contrario a la buena fe. Hay buena fe cuando hemos negociado algo y lo hemos acordado integralmente.

Es llamativo que la propia norma disponga que el contrato, en la duda, se tenga por no concluido. ¿De qué duda estamos hablando? Se podría decir que una primera duda es si están reunidos los elementos esenciales particulares del contrato. Si estamos dudando sobre si están dados los elementos esenciales particulares del contrato, parece que de buena fe queda poco. Queda muy poco.

La duda también podría referirse a si lo que las partes han acordado puede ser considerado como un acuerdo parcial con características de contrato. Creo que haría muy bien un juez en dudar siempre. Al menos yo, como juez, dudaría siempre. Si hubiera duda, entonces, no habría contrato. Y esta, me parece, es la regla. Fíjense lo que está pasando: en estos pocos más de diez años de vida del Código no se han visto casos de integración judicial de un acuerdo parcial.

Me parece que existe un consenso entre las partes contratantes y los abogados que intervienen en que se requiere para que exista un contrato, un contenido preciso. No digo caer en el extremo de los contratos americanos, que definen cada palabra, lo que a veces resulta una exageración, como cuando definen "dólar estadounidense" como moneda norteamericana. Pero más allá de evitar caer en esos extremos, es necesario para que haya contrato que las partes hayan alcanzado un acuerdo integral. De lo contrario, la duda va a ser permanente. Y añado algo más: la norma no considera acuerdo parcial la extensión de una minuta o de un borrador respecto de alguno de los elementos –agrego: elementos esenciales particulares– o de todos ellos. Entonces, la minuta no vale como un acuerdo parcial.

Esto resulta llamativo. Si algo pensamos de la minuta, es que hemos llegado a ciertos acuerdos, que estarían firmes, y la idea es que sigamos discutiendo sobre lo no acordado. Pero, para el artículo 982, la minuta no tiene ningún valor. Por eso creo que la norma no ha tenido aplicación. Por lo menos, yo no lo he visto, a excepción de ese fallo que he mencionado en materia de familia y que, como dije, no es un supuesto de acuerdo parcial. Por lo que he venido diciendo, tengo para mí que es una norma más que confusa, más que complicada, es una norma negativa. Por ello, comparto la propuesta del anteproyecto del año 2018 (de reformas del Código Civil y Comercial) elaborado por Rivera, Pizarro y Botana, que suprimía la norma.

Entonces, volviendo al planteo anterior, si las partes han acordado que: 1) se va a celebrar un contrato de compraventa de un inmueble determinado, 2) cuál es el precio, 3) que el precio será pagado al contado en dólares con billetes de cara grande, 4) que el escribano lo designará el comprador; es claro que hay contrato y que el día que fije el escribano se firmará la escritura. Si están reunidos todos esos elementos, entonces, sí hay contrato. Pero si faltan otros elementos que a criterio de las partes son esenciales, no lo hay.

Pasemos a la reserva, que es todo un tema. Es más bien una cuestión vinculada con el corretaje y, sobre todo, con el corretaje inmobiliario. Es importante advertir que en la reserva no es parte el vendedor, pero cuando la conforma el vendedor, claramente cambia la situación. Hasta el momento de la conformidad del vendedor, la reserva, por más condiciones que se fijen no constituye un acuerdo parcial. Es que hasta ese momento no hay acuerdo alguno entre quienes tienen la pretensión de vender y de comprar.

Sigamos con otros temas.

## **7. Los contratos por adhesión**

Empecemos con los contextos por adhesión. Además del concepto que ya hemos dado, hay otras cuestiones que debemos tener presente, más allá del reconocimiento de la situación de cierta superioridad negocial del predisponente.

Ante todo, es necesario resaltar que los términos del contrato deben ser claros, precisos, detallados, sin remisiones a otros documentos que no se entreguen previa o simultáneamente a la conclusión del contrato (art. 985, CCCN). Hice referencia recién a la claridad que debe tener el contrato; sin embargo, no debe ser excesivamente detallista, porque tal exceso no sirve más que para confundir o, directamente, no es leído. Esta es una cuestión

grave. Vemos extensos formularios contractuales, llenos de detalles, que no lee nadie, ni nosotros abogados y escribanos, y están hechos así justamente para que no sean leídos. Esto es algo que hay que modificar porque se está legislando en el aire, para una realidad que no existe, pues la realidad es otra totalmente diferente.

También es importante detenernos en las cláusulas particulares, aquellas que son discutidas por las partes, cuando tienen posibilidad de discutirlos. ¿Cuál es el valor que tienen estas cláusulas particulares? La regla general es que la cláusula particular va a desplazar a la cláusula general, a la cláusula predispuesta (art. 986, CCCN). Sin embargo, esta afirmación no se aplica a todos los casos, porque hay supuestos en los cuales parece necesario hacer prevalecer la cláusula predispuesta. Esto ocurre cuando la cláusula particular es más perjudicial para el adherente que la cláusula predispuesta. Sería una forma muy cómoda del predisponente fuerte imponer ciertas cláusulas más beneficiosas para él, bajo el amparo de "haberlas negociado de forma particular". En el derecho comparado hay alguna legislación que específicamente prevé esto. España concretamente.

Otra cuestión relevante es la regla de interpretación del contrato en contra del predisponente de las cláusulas ambiguas (art. 987, CCCN). El Código dispone algo interesante: cuando el contrato prevé que debe ser interpretado de manera restrictiva, no habrá que estar en la literalidad de los términos utilizados si se trata de un contrato con cláusulas predispuestas (art. 1062, CCCN), porque justamente ello constituye una manera de configurarse el poder de imposición que tiene el predisponente.

También es interesante lo referido a cláusulas abusivas. Como ya sabemos cuáles son, no hace falta que me detenga demasiado en este tema. Solo diré que son aquellas que amplían los derechos del predisponente, o liberan de responsabilidad al predisponente, o restringen los derechos del adherente, o invierten la carga de prueba en perjuicio del adherente, todo lo cual está previsto en el Código y en la Ley de Defensa del Consumidor. Solo agregaré algo que me parece relevante: la aprobación de las cláusulas contractuales por el organismo de control, no impide que sean controladas judicialmente si se las considera abusivas (art. 1122, CCCN). Esto significa, por ejemplo, que, si hay cláusulas que se consideran abusivas en un contrato de seguro, no importa que la Superintendencia de Seguros las haya aprobado, pues el juez puede intervenir y morigerarlas o anularlas. En esto nos diferenciamos claramente de otras legislaciones, como es el caso de Perú, en donde se prohíbe ingresar en el análisis de las cláusulas abusivas si han sido aprobadas por el organismo de control. No dudo que nuestra solución es superior.

Junto con este tema de los contratos por adhesión, incluyo el de los contratos celebrados por máquinas. Antes pensábamos en las máquinas expendedoras de cosas. El usuario introducía la ficha en la máquina y recibía, por ejemplo, la bebida que quería. Pero hoy estamos frente a cosas mucho más complejas.

¿Quién podía hablar, hace diez años, de los *smart contracts*? ¿Quién hablaba de inteligencia artificial? Y menos aún de inteligencia artificial generativa. Todas estas cuestiones merecen, me parece, un abordaje serio de parte de la legislación argentina. Ciertamente es que los avances son tan rápidos que resulta difícil regularlos; sin embargo, ya estamos ante situaciones que se presentan como caóticas. Dejo al margen la contratación a través de plataformas digitales que generan los problemas más comunes entre los usuarios. Detengámonos un momento en los *smart contracts*, y estoy pensando, no en un contrato celebrado a través de plataformas, sino en el contrato auto ejecutable, el cual, al recibir la orden a raíz de un incumplimiento, inmediatamente extrae el dinero de la cuenta del deudor, lo que puede ser algo grave, pues no permite evaluar contingencias que pudieran acaecer en la vida del contrato. Es claro que pueden darse abusos importantes. Más remarcables aún si son contratos de consumo.

## 8. Los contratos de consumo

Otro tema que debe destacarse es la diferenciación entre contrato por adhesión y contrato de consumo. Ciertamente es que todo contrato de consumo es un contrato por adhesión, pero no todo contrato por adhesión es un contrato de consumo. Puede que no lo sea. Veamos el ejemplo del contrato del seguro automotor: si se lo celebra con un usuario particular será de consumo, si se lo celebra con una empresa que incorpora el vehículo en su giro empresarial será solo un contrato por adhesión. Claramente, en ninguno de los dos casos existe un contrato paritario. Acá tenemos una cuestión relevante, pues si se trata de un contrato de consumo, además de las particularidades propias de este tipo contractual, aparecen las figuras de consumidor y de proveedor.

Estamos todos más o menos de acuerdo respecto de la noción de consumidor: es toda persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios para su uso o consumo personal o de su grupo familiar o social. Hasta acá no hay problemas. Agreguemos, ahora, al consumidor equiparado, es decir, aquel que, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, utiliza o adquiere esos bienes, también por el mismo motivo.

Los problemas empiezan con la figura del proveedor. Ante todo, debo decir que la redacción del Código no me gusta. El artículo 1093 dispone que el contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente, o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios para su uso privado, familiar o social. El problema se plantea con lo que debe entenderse por actuación ocasional. La Ley de Defensa del Consumidor es mucho más clara, pues se refiere al proveedor como la persona humana o jurídica, de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, etc. (art. 2) Como se puede advertir, estamos ante conceptos distintos. Para el Código, cualquier persona que provee algo, aunque ello sea ocasional, es un proveedor y, por tanto, estaremos ante un contrato de consumo. Con esta idea, cualquier locación inmobiliaria sería un contrato de consumo. Y esta conclusión me parece absurda, resulta una exageración.

Por ello, me quedo con la definición de la Ley de Defensa del Consumidor que se refiere a una actuación profesional aun cuando ella sea ocasional, lo que importa una noción distinta. Estamos frente a alguien que está actuando profesionalmente. Si estamos hablando de un fideicomiso de construcción, parece claro que estamos frente a un supuesto de contrato de consumo porque ese proveedor está actuando de forma profesional, ya sea para un solo negocio o para muchos. Ahora, si estamos ante una locación inmobiliaria, ¿el locador es por ese solo hecho un proveedor y el contrato es de consumo?

Esto, a mi entender, no tiene sentido. La cuestión encierra un problema de interpretación de la ley, pues las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor y las del Código Civil y Comercial son discordantes. Entonces, ¿cuál prevalece? Podría sostenerse que la ley posterior (la del Código) prevalece sobre la anterior (la de la Ley); sin embargo, lo cierto es que tenemos una norma especial (la Ley) que debe prevalecer sobre la norma general (el Código). Pero a esta conclusión podría oponerse, a su vez, la regla de que, en caso de duda, prevalece la interpretación que sea más favorable al consumidor (art. 1094, CCCN). A mi juicio, la cuestión debe pasar por otro vector: la necesidad de definir con precisión al proveedor. Y ello porque solo si existe un proveedor estaremos ante una relación de consumo. La imprecisión en definir al proveedor acarrea como consecuencia que cualquier contrato podría ser de consumo, si una de las partes encaja en la noción de consumidor, pero esto constituiría una exageración inadmisibles.

**Público 1:** A veces, no tenemos tan claro que todo contrato de unidad en construcción es un contrato de consumo.

**Dr. Borda:** No sé si siempre, pero diría que casi siempre lo es, porque en todo emprendimiento inmobiliario, aunque se trate del primer edificio que se construye, estamos ante una cantidad de unidades a construir que corresponden a diferentes personas, por lo que existirán múltiples relaciones contractuales, y respecto de todas ellas, el emprendedor debe actuar de forma profesional. En este caso, no tengo duda de que es un contrato de consumo, pero hay cantidad de supuestos que no lo son, claramente no lo son.

**Público 1:** ¿Qué ocurre con la oferta inmobiliaria a persona indeterminada?

**Dr. Borda:** Recordemos que la oferta, en el marco del Código Civil y Comercial, debe ser hecha a persona determinada o determinable (art. 972). Si es a persona indeterminada, entramos en la órbita de los contratos de consumo, a menos que la califiquemos como una invitación a recibir ofertas (art. 973). Esto es lo que surge de los textos legales.

No nos detendremos más en los contratos de consumo. Solo he de recordar algunas cuestiones básicas, como la dignidad en el trato, la no discriminación, la igualdad en el trato, cuyo ejemplo más característico es la prohibición de hacer diferencias entre extranjeros y nacionales. Otro tema relevante es el de la información que se da, su veracidad, amplitud y precisión, sin caer en exceso de datos que, en lugar de aclarar, confunden. También debemos recordar la publicidad (por el medio que sea), que compromete decisivamente, desde que ella integra el contenido del contrato.

Dicho esto, vayamos a las tratativas preliminares.

## 9. Las tratativas preliminares

Las tratativas preliminares conforman una cuestión novedosa del Código Civil y Comercial que, a mi juicio, está bien planteado. Coincido en la conveniencia de haberlas introducido en el Código, más allá de alguna discordancia respecto de ciertas soluciones, pero me parece que está bien la idea de regular este período precontractual. Recuerden que Vélez no previó las tratativas preliminares; solo se abría, de alguna manera, entre comillas, una etapa precontractual a partir de la emisión de la oferta.

La idea básica del Código de Vélez, en materia de contratos, es el principio de la libertad de contratación. Este punto se mantiene, se recalca, en el Código Civil y Comercial. No solo cuando dispone que las partes son libres para celebrar el contrato y para determinar su contenido, desde luego dentro de ciertos límites (art. 958), sino cuando establece que son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento (art. 990). Esos “ciertos límites” previstos en la versión original del Código eran la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. El DNU 70 del año 2023 borró la referencia a la moral y a las buenas costumbres. ¿Qué significa esto? ¿Que el contrato puede ser inmoral? Es una mala supresión, claramente. Sin embargo, no es preocupante, pues si bien el texto fue suprimido en el artículo 958, se olvidaron de que la misma referencia a la moral y a las buenas costumbres aparece en el artículo 279, cuando se refiere al objeto de los actos jurídicos. Y como todo contrato es un acto jurídico, va a estar regulado por esa moral y esas buenas costumbres.

Como ya hemos señalado, la libertad de contratación se incardina con el artículo 990, que se refiere a las tratativas preliminares y establece que las partes son libres de iniciar negociaciones y de abandonarlas en cualquier momento. La regla es, entonces, la libertad de abandonar las negociaciones. Y este abandono, como regla, no trae consecuencias. Me parece importante insistir en este tema, porque muchas veces se puede pensar que, si empezamos a negociar algo, ya estamos un poco obligados. No, no estamos obligados a nada. En cualquier momento me puedo separar. Lo que no puedo hacer es abandonar esa negociación en forma injustificada.

Por eso, cuando hay un injustificado abandono de esas negociaciones, sí se deberá reparar el daño que se haya causado. Ya vamos a ver el tema de la extensión del daño resarcible, que –adelanto– me preocupa. Por ahora, quedémonos con esta idea clara: solo si el abandono de las negociaciones es injustificado, se deberá indemnizar el daño causado. La expresión “abandono injustificado” puede ser algo imprecisa; por ello, el ya mencionado anteproyecto del año 2018 modifica esta norma y dispone que el abandono tiene que ser hecho de mala fe. No bastaría que la causa por la que se abandonó la negociación sea injustificada, sería necesario que se haya actuado de mala fe. El texto vigente lleva a pensar que no es necesario un abandono doloso de la negociación, sino que bastaría la culpa. Y esto disminuye el nivel de exigencia a partir del cual se deba reparar.

Otra cuestión interesante de nuestro código es que, a diferencia de lo que se desprendía del Código de Vélez, la responsabilidad por el abandono injustificado de la negociación se puede dar en cualquier etapa de la tratativa preliminar. La doctrina ha diferenciado distintas etapas. La

primera de ellas está configurada con los meros tanteos, las conversaciones informales, los llamados en Francia *pour parler*. Son simples aproximaciones para ver qué pasa, para ver si hay posibilidad de algún tipo de negociación. La siguiente etapa, cuando las cosas están avanzando, cuando esos tanteos van por buen camino, da paso a la ideación y a la redacción de algún proyecto, incluso al intercambio de proyectos. No estamos todavía con ofertas, sino que estamos estableciendo pautas, a ver cómo van cuajando estas pautas que estamos indicando. Recién, después, en la siguiente etapa, llegamos al período que se inicia con la oferta, lo que revela una negociación mucho más avanzada, y que termina con la celebración del contrato.

Vemos, entonces, que estas etapas revelan tiempos durante los cuales se va desarrollando la negociación. Este avance en la negociación influye también en el *quantum* indemnizatorio, pues cuanto más avancen las negociaciones, mayor será el daño que se sufre ante su ruptura injustificada. Por eso se suele distinguir entre tratativas preliminares y tratativas preliminares avanzadas.

Cuando estamos ante meras tratativas preliminares, se espera de las partes ciertas conductas. Así, aparece el deber de información, esto es, la obligación de informar cabalmente las posibilidades del negocio. Este deber de información abarca la necesidad de explicar cuáles son las contingencias que pueden ocurrir, la necesidad de no ocultar cuestiones relevantes. Un segundo deber exigible es el de confidencialidad. La confidencialidad se refiere no solo a los temas que se están tratando dentro de la negociación, sino que puede abarcar incluso a la misma negociación, a la obligación de no comunicar que estamos negociando algo. En otras palabras, la confidencialidad concierne no sólo no divulgar lo que estamos negociando concretamente, sino no comunicar que estamos negociando, lo que es distinto.

Cabe añadir otras obligaciones más, que son más relevantes en materia de consumo. Uno es el deber de seguridad, esto es, garantizar de alguna manera que lo que estamos aportando o las cosas que estamos entregando no van a causar un daño. Otro deber es el de custodia. En efecto, puede ocurrir que, dentro de la negociación de un contrato, sea necesario entregar cosas o elementos para que la otra parte los tenga, y pueda ver y probar si le sirven o no le sirven para el destino que pretender darles. Esas cosas que recibe deben ser cuidadas y custodiadas, evitando que puedan sufrir deterioros. A su vez, existe un deber sobre la otra parte, el que la entregó, de garantizar que esa cosa no va a causar un daño. Veamos un ejemplo. Me entregan un horno a microondas, para que lo pruebe y vea si me sirve o no. Es claro que me lo puedo llevar, lo tengo que cuidar y no lo puedo romper. Si

lo rompo soy responsable. Ahora, si yo lo prendo y se incendia y me quemó, la responsable es la otra parte pues, evidentemente, había una falla. Estos son temas vinculados con las tratativas preliminares, en el período de tanteo.

Ahora, si la negociación continúa, si ya han existido borradores del acuerdo, ya nos encontramos ante una tratativa preliminar avanzada. Y esto importa porque cambia el contenido de esa reparación. Ahora, ¿qué es lo que debe repararse? Debe resaltarse que lo que se repara no es la expectativa que se tenía en el negocio frustrado, sino la vulneración de la confianza que se había depositado en la celebración del contrato. Insisto, no se indemniza lo que se hubiera ganado de haberse celebrado el contrato, sino la defraudación a la confianza que se había depositado en que se iba a alcanzar ese acuerdo. El tema puede parecer algo semántico, pero es de fundamental importancia porque son distintas las consecuencias. Ya veremos, en concreto, qué se debe indemnizar.

Pero antes de ello, quiero resaltar la importancia de la buena fe. Siempre se debe obrar de buena fe, lo cual implica que esa negociación debe llevarse adelante por las partes de manera honesta, sin ocultamientos, de manera transparente, cooperativa. Desde luego, esto no significa –y quiero ser claro– que las partes deban darse recíprocamente toda la información que tengan, como si fuese un puré pisado, porque también hay un deber de la contraparte de informarse de alguna manera. No olvidemos que estamos ante contratos paritarios. Si se tratara de contratos de consumo o de contratación con cláusulas predispuestas, la cuestión cambia y el deber de información es más exigente. Resulta claro, a mi juicio, que no podemos exigirle un deber de información a las partes que están negociando, análogo al deber de información que se exige en un contrato de consumo. Claro que no. Hay cartas en la negociación paritaria que hay que ocultar, para poder obtener un mejor resultado. Y esto no está mal, esto no es trampa, es lo propio de una negociación entre dos pares. Pero, por supuesto, hay que aportar toda la información que sea necesaria, la que sea importante, la que, incluso, puede desalentar una contratación. No ocultar esta información es decisivo. Por ello, es necesario obrar de buena fe, de manera honesta, transparente, aunque no se esté obligado a informar sobre todos los contenidos que pueden existir.

Volvamos al tema de la reparación. ¿Qué es lo que debemos reparar? El texto legal es poco claro. Lamentablemente hay algunas cosas que faltan. El artículo 991 se limita a decir que el incumplimiento de este deber, el deber de buena fe, genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato. El daño. Nada más que esto dice la norma. ¿De qué daño se trata? Esta es

la cuestión. La norma refiere nada más que al daño. Sobre esta cuestión, existen dos posiciones claramente opuestas.

La primera posición afirma que la norma no distingue nada. Por lo tanto, daño es todo daño. Y cuando hablo de todo daño, hablo de todo daño, no me queda ninguno afuera. Incluso el lucro cesante. Por el contrario, entiendo que esa interpretación no puede ser aceptada. Es que, por más que la norma no haga ninguna aclaración, no es posible admitir que se indemnice el lucro cesante, porque si se indemnizara el lucro cesante no habría diferencia entre la ruptura injustificada de una tratativa preliminar y el incumplimiento contractual. Y esto desde un análisis lógico de la cuestión, no es admisible. Este es el primer punto. Además, debe considerarse que la norma hace referencia al daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en celebrar el contrato. Por lo tanto, lo que se indemniza no es el resultado final del contrato, sino la defraudación de la confianza en que se lo iba a celebrar.

La posición que critico también se funda en que el Código se ha apartado del proyecto de 1998 que lo inspiró. Este disponía que lo que se indemnizaba era el daño al interés negativo. Incluso, en otra norma explicaba qué era el interés negativo. Entonces se argumenta que si el Código Civil y Comercial se apartó del proyecto de 1998 es porque está consagrando una solución diferente; en caso contrario, la hubiese reiterado. Este es un argumento fuerte, pero me parece que de todas formas no resiste el análisis. No puede ser que la ruptura de la tratativa preliminar tenga un resultado exactamente igual al que resultaría de un incumplimiento contractual. Este me parece un argumento poderoso.

Por eso creo que lo que se debe indemnizar es el daño a interés negativo, que comprende el daño emergente, es decir, los gastos, los daños concretamente sufridos. Y también comprende la llamada pérdida de chance, es decir, los negocios que puedo probar que efectivamente se han frustrado en función de esta negociación que, valga la redundancia, también se ha frustrado. El caso que siempre menciono como ejemplo es el de aquel contratante que está negociando un transporte de cierta mercadería, y que después no le encargan. Allí puede haber un daño al interés negativo, en la medida en que ese transportista pueda acreditar que tuvo que rechazar otro pedido que le habían hecho en función de que estaba negociando el contrato frustrado. Allí existe una pérdida de chance. Este sería un supuesto. Otro daño que debe indemnizarse es el daño moral, si existe. La reparación se fundará en otras reglas, pero si se acredita la existencia de daño moral, debe indemnizarse.

No está de más hacer algo de historia. Si bien el Código Civil de Vélez no hacía referencia a una responsabilidad precontractual, la doctrina entendía,

afirmándose en la tesis de Ihering, que existía una responsabilidad antes de cerrar el contrato, a partir de la emisión de la oferta. Era lo que se llamaba la culpa *in contrahendo*. Lo que revelaba esta tesis es que, si la negociación había avanzado tanto que se había emitido una oferta, si esa negociación se frustraba de modo injustificado, pues una de las partes se arrepentía en ese momento, había un obrar culposo que traía como consecuencia cierta reparación. Es necesario insistir, entonces, en que la responsabilidad podía nacer a partir de la emisión de la oferta. En el siglo pasado, en Italia, Faggella amplía el período de responsabilidad, pues afirma que, desde el momento mismo en que empiezan las tratativas preliminares, con los tanteos, puede haber responsabilidad. Desde luego, y esto es lógico, a medida que va avanzando la negociación, mayor será la reparación, porque las expectativas de concretar el negocio van creciendo.

La tesis de Faggella es la que el Código Civil y Comercial recoge cuando dispone que, desde que se inician las tratativas preliminares, puede haber responsabilidad si existe un abandono injustificado de la negociación.

## 10. Los convenios de confidencialidad

El Código, a continuación de las tratativas preliminares, en dos Secciones sucesivas regula los llamados convenios de confidencialidad y las cartas de intención.

Comencemos por los convenios de confidencialidad. Ellos están regulados en el logrado artículo 992, con el que coincido plenamente. La confidencialidad es uno de los deberes, y ya hemos hablado sobre ello, que debe existir en toda negociación contractual. La confidencialidad obliga a no divulgar nada de lo que se está negociando, ni su contenido, ni, incluso, que se está en conversaciones. Esto es lo propio del deber de confidencialidad.

Claramente, el Código establece que este deber existe en cualquier negociación, que no importa que las partes lo hayan convenido o no. Aunque no haya pacto alguno, se debe respetar la confidencialidad. La confidencialidad se acerca al deber de buena fe, pues lo que se busca es resguardar la intimidad de la negociación, evitar su divulgación. Es el cuidado que debe haber en cualquier negociación. Imaginemos una compraventa de una importante compañía; es evidente que los datos internos de la compañía que deben ser mostrados para permitir evaluar la conveniencia del negocio, hay que resguardarlos y que no se los puede estar divulgando. Pero, ¿qué sucede si se viola este deber? El Código trae una solución muy valiosa. En primer lugar, se debe reparar el daño causado,

el daño que sufrió la contraparte al divulgarse la información confidencial compartida. En segundo lugar, y esto es más que interesante, se debe entregar toda la ganancia que hubiese obtenido el contratante o negociador, llamémoslo infiel, que divulgó esa información, a la contraparte afectada. Hay una reparación del daño muy clara, no puede haber ningún tipo de ganancia en el negociante infiel.

Esto es importante, pues la norma está rompiendo, de alguna manera, lo que pregona el llamado análisis económico del derecho, en cuanto admite la producción de ciertos daños, en la medida que haya un beneficio superior. Sería el caso en el cual una de las partes divulga información confidencial y con ello obtiene una ganancia de un millón de dólares, pero el daño causado es de 700.000 dólares. En ese caso, el negociante infiel, según el análisis económico del derecho, podría reparar el daño y quedarse con el remanente de 300.000 dólares. Esta idea queda desechada por el Código, pues lo que está consagrando es que quien daña a otro debe reparar ese daño y, además, entregar lo que haya ganado a la otra parte. Por lo tanto, nunca puede haber ganancia. Es una buena solución y conforme a la moral.

También es importante señalar que el convenio de confidencialidad no es un precontrato o un contrato preliminar. Es solo un deber que existe en el marco de las tratativas preliminares. En el contrato preliminar hay una suerte de obligación a celebrar un nuevo contrato, y nada de esto ocurre en los pactos de confidencialidad. Estos últimos solo apuntan a no divulgar la información recibida. Después, si se celebra el contrato o no se lo celebra, es otro problema.

## **11. Las cartas de intención**

Otro tema que conviene plantear es el de las cartas de intención. El Código hace referencia a los instrumentos mediante los cuales una parte, o todas ellas, expresan un consentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato. Son de interpretación restrictiva y sólo tienen fuerza obligatoria de la oferta si cumplen los requisitos de esta última (art. 993, CCCN). Conviene detenerse brevemente en este tema.

El uso de las cartas de intención es frecuente, pero su valor resulta relativo. Recuerdo mi paso por el consejo directivo del Colegio Público de Abogados. En esa época, se firmaron muchas cartas de intención; sin embargo, su valor era prácticamente nulo. En efecto, se celebraban cartas de intención con diferentes facultades, cuyo objeto era establecer pautas básicas que debían contemplarse en el futuro contrato que se celebrara para

organizar, por ejemplo, un curso determinado. Como se ve, parece más bien una expresión de buenos deseos. El Código parece mantener ese criterio tan poco preciso, que se traduce en enunciaciones genéricas y expresiones de buena voluntad. Sin embargo, me parece que debemos tratar de obtener algo positivo de estas cartas de intención. En este punto, creo que la existencia de una carta de intención puede ser interpretada como el inicio de una tratativa preliminar. Y esto puede ser relevante, pues si esa carta de intención revela la existencia de una tratativa preliminar, el abandono injustificado de lo convenido podría generar responsabilidad.

Lo que sí me sorprende de la regulación legal es la idea de que la carta de intención tiene la fuerza obligatoria de la oferta si cumple sus requisitos. Y me pregunto, ¿hay posibilidad de que una carta de intención reúna los requisitos de una oferta? Me parece que no, porque si estamos frente a una oferta, insisto sobre algo que ya dije, se requiere una manifestación de voluntad con las precisiones del caso, dirigida a una persona determinada o determinable y que, además, sea suficiente para permitir a la otra parte concluir el contrato con un mero "sí, acepto". No advierto que una carta de intención pueda reunir estas características propias de la oferta. Por otra parte, si se ha celebrado una carta de intención y se dice que hay una oferta, ¿cuál es el papel que cumplió la otra parte que firmó la carta de intención? ¿Cuál es el papel que cumple la firma de la carta de intención como recepción de una oferta? ¿Es una mera recepción de la oferta o una aceptación implícita? Me parece claro que no puede ser una aceptación implícita. Por ello, no veo posibilidades de que se pueda considerar una carta de intención como una oferta, y menos con la fuerza obligatoria de la oferta.

## 12. Los contratos preliminares. Promesa y contrato de opción

Volvamos sobre los contratos preliminares. ¿A qué llamamos contrato preliminar? Empecemos por el texto legal. Allí se señala que el contrato preliminar debe contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo (art. 994, CCCN). Esto sorprende. Recordemos que cuando nos referimos a los acuerdos parciales también dijimos que debía haber acuerdo sobre los elementos esenciales particulares. Entonces, ¿cómo diferenciar un acuerdo parcial de un contrato preliminar? Este es un problema, pero dejemos esto a un lado.

Volvamos al texto legal que exige que haya acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el futuro contrato definitivo. Lo

primero que debemos señalar, y en esto no creo que existan diferencias doctrinarias, es que ya estamos en la etapa contractual, ya hemos dejado el período precontractual. Estamos frente a un contrato. Las consecuencias serán las propias de ese contrato preliminar; por lo tanto, la idea del abandono injustificado de las negociaciones ha quedado atrás. Ahora, si hay un abandono, hay un incumplimiento contractual.

Ahora bien, podría sostenerse que, si hay un contrato preliminar, se requerirá la existencia de un contrato definitivo posterior, se requerirá un nuevo acuerdo de voluntades. No comparto esta idea. Siguiendo a Stiglitz y Muguillo, si bien el contrato preliminar refiere a un contrato posterior, este último no es un nuevo acuerdo de voluntades, sino que es un contrato de ejecución del contrato anterior. Esta razonable solución permitirá, incluso, poder exigir la obligación contraída.

El tema álgido, máxime en este ambiente notarial, es el del boleto de compraventa inmobiliaria. Para un sector de la doctrina se trata de un contrato preliminar que exige la celebración de un posterior contrato definitivo a través de la vía escrituraria. No es más que la consecuencia de todo contrato preliminar, que exige la celebración de un contrato definitivo posterior. En definitiva, si el contrato exige una formalidad solemne, absoluta, el contrato que no reúna esa formalidad podrá ser considerado como un contrato preliminar. Ahora, si decimos que el contrato definitivo no es más que un contrato de ejecución del contrato preliminar, ello permitirá a las partes reclamar judicialmente la escrituración en las condiciones que la ley plantea: que la parte que está reclamando la escrituración haya cumplido a su vez con sus prestaciones o asegure cumplirlas (art. 1018, CCCN).

Por otro lado, en una posición que he defendido reiteradamente, se afirma que el boleto de compraventa inmobiliaria es un contrato definitivo. La escrituración no se vincula con la celebración del contrato sino con la transmisión del derecho real de dominio, y este es un tema distinto. Si recordamos la definición legal del contrato de compraventa, hemos de ver que se ajusta plenamente al concepto de boleto de compraventa: es el acuerdo de voluntades, por el cual una de las partes se obliga a transferir el dominio de una cosa, y la otra se obliga a pagar un precio en dinero (art. 1123, CCCN). Son obligaciones futuras las que asumen las partes, pero el contrato se perfecciona en ese acuerdo celebrado.

Hay algo más que refuerza mi posición de que el boleto de compraventa no es un contrato preliminar, sino un contrato definitivo. Y es que las dos únicas normas que se refieren al boleto de compraventa (arts. 1170 y 1171) están incluidas en el capítulo dedicado a la compraventa y no a los contratos preliminares. Esta referencia me parece valiosa.

Volvamos al contrato preliminar. Uno de los mayores problemas que plantea el artículo 994, es su segundo párrafo que dispone que el plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección es de un año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento. La norma ha sido tomada del Código Civil peruano, pero no se ha advertido que ese Código después fue reformado y se eliminó esta disposición. Se trata de una disposición desacertada. Y ello, no solo por lo que afecta a los contratos preliminares, sino porque el plazo es aplicable a todos los contratos de la Sección, lo que incluye la promesa de celebrar un contrato (art. 995) y el contrato de opción (art. 996).

Detengámonos en el contrato de opción. Insisto, el plazo de un año se aplica, conforme la disposición legal, a este contrato. Y acá se advierten contradicciones. El propio Código, en materia de *leasing*, hace referencia a un plazo –sin determinarlo– para ejercer la opción. Para ejercer la opción en el *leasing* debe haberse cumplido con determinadas prestaciones que revelan la existencia de un tiempo transcurrido, que puede requerir bastante más que un año (art. 1240, CCCN). Pero, ¿no era que la opción debe ser ejercida dentro del año? Y acá empiezan todos los esfuerzos doctrinarios para hacerle decir a la norma lo que no dice. Así se ha sostenido que el plazo de un año solo es aplicable a las promesas de celebrar un contrato, pero recordemos que el artículo 994 se refiere a los contratos que integran esta sección. Otros diferencian entre contrato de opción, a los que se aplica el plazo de un año, de las cláusulas de opción agregadas a otro contrato, a los que no se aplicaría dicho plazo. Tantas sutilezas parecieran pregonar que los contratos están hechos para nosotros los profesionales, pero, en verdad, están hechos para el hombre común. ¿Cómo puede, el hombre común, entender estas disquisiciones? Por eso, insisto en que la solución legal es desafortunada.

### 13. Los pactos de preferencia

Veamos rápidamente, atento lo tarde que es, los pactos de preferencia. Un par de cosas que debemos recordar. Si el pacto de preferencia está previsto en un contrato bilateral, sólo beneficia a una de las partes. En cambio, si se trata de un contrato plurilateral, todos los celebrantes pueden ser beneficiarios de la preferencia (art. 997, CCCN). También debemos destacar que el Código no fija un plazo para ejercer la preferencia, ni aclara mucho sobre su contenido. Respecto de esta última cuestión, la doctrina parece coincidir en que debe comunicarse al beneficiario del pacto las condiciones

de una oferta recibida, y lo que tiene que hacer el beneficiario del pacto es igualar en todos sus aspectos las condiciones de la oferta si quiere ejercer la preferencia. Si no iguala esas condiciones, el cocontratante queda liberado y puede contratar con el tercero que ha hecho la oferta. Con otras palabras, si la oferta es la de pagar 10.000 pesos en tres cuotas, el beneficiario de la preferencia no puede ofertar el pago de 7.000 pesos en un solo instante. En cuanto al plazo, el silencio legal puede ser válidamente suplido con el plazo fijado en el contrato de compraventa para ejercer el beneficio, o lo que se dispone en el contrato de suministro (arts. 1165 y 1182, CCCN). Me parece válido recurrir a la analogía, porque no es posible pensar en plazo indefinido, sería un absurdo.

Otro tema complejo está dado por la posibilidad o no de transmitir el pacto de preferencia, la cesión de pacto de preferencia a otra persona. Mientras en el contrato de compraventa está prohibida (art. 1165, CCCN), en la parte general de los contratos está permitida (art. 997, CCCN). Si bien la contradicción es salvable, argumentando que lo dispuesto en la parte general es la regla, y lo convenido en compraventa es la excepción, la contradicción es clara y no tiene una justificación razonable.

Con esto concluyo esta exposición. Muchas gracias por su paciencia. Desde luego quedo a disposición de ustedes por si quieren hacer preguntas.

## 14. Cuestiones finales

**Público 2:** Cuando usted habló del deber de confidencialidad en las tratativas y habló del daño, ¿cómo cuantificamos este daño, qué entidad le damos al daño? Yo pensaba si se podía aplicar en ese tipo de contratos algo que tenga que ver con la función preventiva del daño, o sea, aplicar la normativa que tiene que ver con la función preventiva del daño específicamente para estos casos. El artículo 1710 en adelante habla específicamente de ese tema.

**Dr. Borda:** Creo que debemos pensar ese punto un poco más. En principio la idea de la función preventiva de la responsabilidad civil está prevista para evitar el daño, no para resarcirlo. Por ello, me parece muy difícil visualizar la posibilidad de aplicar esa idea. Sin embargo, podría ser una herramienta que use el juez para aminorar el daño, que es una de las funciones de la responsabilidad preventiva. De todos modos, cuando llegemos al momento del resarcimiento del daño, vamos a caer necesariamente en que debe haber daño.

**Público 2:** Sí, yo decía como una especie de extra a cumplir con el deber de confidencialidad.

**Dr. Borda:** La cuestión es que, en materia de prevención del daño, nuestra doctrina –y en esto las Jornadas Nacionales de Derecho Civil han sido bastante claras– habla de dos tipos de antijuridicidad: la material y la formal. En materia contractual solo se considera la antijuridicidad formal y no la material. En otras palabras, no se trata de la violación del deber de no dañar, sino solo del daño causado por un incumplimiento concreto del contrato. A esto se ajusta la responsabilidad preventiva.

**Público 2:** Perfecto. Y, si me permite, algo con relación a los acuerdos parciales, que a mí me cuesta bastante entenderlos, les soy sincera, o sea, no sé en definitiva para qué sirven. Cuando usted habló de la necesidad de integrar aquellos vacíos, aquellas lagunas, en las partes que los sujetos negociables no acordaron, y que tendría que ser integrado por el juez, me pregunto si eso ocurre en un litigio, porque las partes pueden ir acordando determinados aspectos de esa negociación tranquilamente, si no hay litigio.

**Dr. Borda:** Seguro, pero el tema es el litigio, el tema es cuando una parte dice para mí hay contrato y otro no.

**Público 2:** Claro. Ahora, si usted está en las tratativas y de pronto cabe la posibilidad de que haya acuerdos parciales dentro de un esquema de tratativas, bueno, ese es el contrato.

**Dr. Borda:** Criterio que tiene un sector de la doctrina cuando habla de la formación progresiva del control. A mí no me gusta esa idea porque yo puedo separar claramente entre acordar temas y alcanzar un acuerdo definitivo. Si se trata de temas integrados, pero en los que quedan cuestiones pendientes, no es posible afirmar que con lo acordado sea suficiente para tener por acordados, por añadidura, las cuestiones justamente no acordadas. Esta es mi crítica.

**Público 1:** ¿Y los contratos por sistemas digitales?

**Dr. Borda:** Antes de la existencia de la internet, de los mails, de WhatsApp, de todas las nuevas tecnologías, los contratos solamente se celebraban firmándolos. ¿Qué validez tienen las manifestaciones de voluntad o las prestaciones del consentimiento por cualquier otro medio que no sea una

firma, incluso para conformar una reserva, por medio de un WhatsApp? Yo creo que son plenamente válidas, no hay ningún problema en la medida que sean comprobables los medios usados.

Claro está que no es posible caer en extremos. Ustedes recordarán que hubo un caso en los Estados Unidos, si no me equivoco, hace un par de años, en el cual se tuvo por celebrado un contrato con el envío del dedo para arriba del emoji. Me parece un poco exagerada esta solución. Pero un consentimiento expresado por WhatsApp o por mail es perfectamente admisible. Vayamos más atrás en el tiempo, cuando usábamos el fax era común celebrar contratos por esta vía y no había firma alguna.

En definitiva, la manifestación de la voluntad se expresa por palabras, verbal o escrita. Y también por conductas e, incluso, hasta el silencio puede expresar la voluntad en ciertos casos. Siempre me gusta recordar los remates. En un remate de cosas de arte basta levantar la mano para hacer la postura y quizás ello dé pie al contrato. En un remate de hacienda, ni siquiera se levanta la mano; hay un diálogo singular de preguntas, gestos, incluso movimientos de cabeza, entre el rematador y los oferentes (a quienes muchas veces conoce) que permiten formalizar el contrato. Es algo fantástico.

# Sociedad anónima unipersonal (SAU) y sociedad por acciones simplificada (SAS)\*

Daniel R. Vítolo\*\*

*Sumario: 1. A modo de introducción sobre la sanción de un nuevo código unificado. 2. Un código importante, que comenzó a funcionar, que funcionó y que sigue funcionando. 3. El Código Civil y Comercial y la modificación del derecho societario. 4. Las sociedades unipersonales.*

## 1. A modo de introducción sobre la sanción de un nuevo código unificado

Estamos celebrando los primeros diez años del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), un proyecto de código al cual –debo reconocer– me opuse cuando se tomó la decisión de crear una comisión para generar no sólo un impulso legislativo de unificación del derecho de obligaciones, sino de todo el régimen general y especial de los derechos civil y comercial.

Como miembro de la doctrina denominada “comercialista”, debo confesar que en un principio estuve en contra del proyecto, al entender que el derecho comercial –como solía enfatizar mi maestro, Horacio P. Fargosi– constituía un verdadero derecho de categoría; un derecho basado en la realidad, que no genera un modelo de comportamiento para la sociedad, sino que controla y administra los comportamientos que la propia sociedad establece en las relaciones económicas y de consumo, algo que no se advertía en el derecho civil. Por esa razón, consideré que no era oportuno ni conveniente llevar adelante una iniciativa como la que promovía el gobierno nacional.

En realidad, me pronuncié bastante críticamente respecto de tal idea y fui, primariamente, en sentido estricto, un opositor al proyecto. A decir

\* Adaptación presentada por el Dr. Daniel R. Vítolo de su intervención oral realizada el 30/09/2025 en la sede del CECBA, en el marco del ciclo de conferencias “A 10 años del Código Civil y Comercial de la Nación: teoría, práctica y nuevos desafíos”.

\*\* Abogado (UBA). Doctor en Derecho (UNC). Profesor titular emérito de la UBA. Se desempeñó como inspector general de la Inspección General de Justicia (diciembre 2023 – marzo 2026). Fue coautor de la Ley de Concursos y Quiebras. Integró el grupo de juristas que redactaron el Código Civil y Comercial de la Nación.



verdad, y para decirlo con mayor precisión, no fui un opositor al proyecto en sí mismo sino a la iniciativa de llevar adelante una unificación legislativa de las normas civiles y comerciales, así como a la iniciativa de crear un código civil y comercial único para la Nación. Había encontrado en mi pensamiento un argumento que justificaba en cierta medida mi punto de vista.

En esos momentos, el mundo estaba volviendo de la unificación que había enamorado a los doctrinarios del derecho privado durante el siglo XX, con el código suizo de las obligaciones y el código italiano como referentes. De hecho, sólo Italia (1942), China, en Taiwán (última enmienda 2007), Tailandia (última reforma 1990), la República Popular China (1987) y Brasil (2002), habían consagrado hasta el año 2011 códigos únicos en lo civil y comercial, con derogación expresa de sus códigos de comercio. En el resto de los cuerpos unificados, en otros países, dicha unificación se había dado en forma parcial en materia de obligaciones y contratos, o en algunas materias específicas, pero manteniendo en general la separación entre los códigos civil y de comercio –o equiparando este último código con alguna ley especial–. Así había ocurrido con Suiza (1881), Túnez (1906), Marruecos (1912), Turquía (1926), Líbano (1934), Polonia (1934), Madagascar (1966), Senegal (1967), Unión Soviética (1964), Perú (1984), Paraguay (1987), Cuba (1988), Holanda (1992), Mongolia (1994), Vietnam (1995) y en la Federación Rusa (1994), a modo de ejemplo.

En el sistema anglosajón, por su parte, rige desde el siglo XVIII la unificación del derecho civil y comercial con dos características particulares: las reglas comerciales predominan por sobre las civiles y subsisten normas especiales para ciertas figuras mercantiles.

Todo parecía indicar que el camino escogido por la Presidente de la República en ese tiempo, y la misión encomendada a la comisión creada por el decreto 191/2011, había sido original a la hora de pretender unificar los derechos civil y comercial en su regulación total –señalo los aspectos de “regulación” porque va de suyo que ninguna instrucción presidencial o labor de una comisión reformadora podría eliminar la naturaleza propia del derecho mercantil diferenciado del civil–. Y, si bien en la elaboración del proyecto se siguieron los lineamientos de otros antecedentes de iniciativas unificadoras –en especial el del proyecto de 1998–, la propuesta mantenía una originalidad en relación con el resto de las regulaciones del mundo. Claro está que no se trataba de algo estrictamente original desde el punto de vista de los antecedentes nacionales pues varios proyectos anteriores en nuestro país se habían inclinado por proponer un régimen de unificación total.

Adicionalmente, en esa época se sabía que España estaba buscando sancionar un nuevo código de comercio –lejos de una idea unificadora– y

que Brasil, país que había unificado el derecho privado en un código civil y comercial en la región latinoamericana apenas comenzado el siglo XXI, no estaba conforme con ello y, por eso, había propuesto un nuevo proyecto tendiente a desdoblarse las disciplinas y, de esa manera, regresar al estado anterior: el de un código de comercio distinto del civil.

De modo que los únicos códigos unificados en la primera década de este nuevo siglo se encontraban en países socialistas o en algún país asiático.

Lo cierto es que la comisión redactora avanzó en el sentido de su propósito y de su mandato, convocando a cien juristas especializados en diversas disciplinas de ambos derechos, civil y comercial. Debo decir que yo estaba incluido entre los convocados, lo cual, recuerdo, constituyó un enorme honor para mi persona. Finalmente, luego de un gran debate y difusión del contenido del proyecto, el CCCN se sancionó –con algunas reformas– por medio de la Ley 26994. Es importante señalar, en este punto, que el texto de la ley es verdaderamente superador de lo que era el concepto original de una mera unificación legislativa. El trabajo de tantos juristas y de los cuerpos técnicos de unificación y coordinación dio a luz algo realmente interesante, novedoso y moderno.

Una vez que el CCCN se sancionó y fue ley de la Nación, lo analicé a fondo. Recuerdo que, luego de dialogar con la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, quien integraba la comisión, y con el Dr. Ricardo L. Lorenzetti, presidente de la misma, les dije:

–Me gustaría comunicarles que, si bien fui bastante crítico de la idea de unificar en un solo cuerpo normativo las normas de los derechos civil y comercial, ahora que este nuevo código ya es ley de la Nación, y que ha quedado conformado por un conjunto de normas sumamente razonables y armónicas, me sumo a la cruzada de hacerlo funcionar, de interpretarlo correctamente y de darle vigencia efectiva en los hechos. Es hora de construir un ordenamiento jurídico que satisfaga los requerimientos de un nuevo tiempo, que presenta también una nueva realidad...

Y así lo hice.

## **2. Un código importante, que comenzó a funcionar, que funcionó y que sigue funcionando**

El Código funcionó con sus más y sus menos, con los errores, los defectos y también las virtudes de toda obra jurídica de envergadura. Diez años de vigencia del nuevo Código demuestran en los hechos que estamos en mejores condiciones que antes de que dicho código se sancionara.

En efecto, el CCCN es un código mucho más moderno, flexible y humano. El mayor grado de libertad que se refleja en sus artículos hace realidad el principio de constitucionalización del derecho privado. Y cuando hablo del concepto de "constitucionalización del derecho privado", en realidad lo que estoy haciendo es tomar el modelo más moderno del Estado constitucional, que no es la idea del "derrame", es decir, la idea de que las normas constitucionales declarativas, que están incluidas en el texto de una Constitución –que es la base fundamental de construcción y desarrollo de una nación– derraman sobre las leyes –que son consecuencia de ellas– normas particulares que permiten la libertad, el ejercicio de los derechos y la seguridad de los ciudadanos. Porque esto no ocurre así, sino exactamente a la inversa.

En realidad, los derechos y las garantías que las constituciones establecen son como una suerte de "moldes" que se encuentran vacíos, y esperan ser llenados por el resto de las normas. Y ello, porque estos principios y garantías parten de una declaración indicativa generando ese "molde" que –insisto– busca ser llenado. Así, en las constituciones se dispone –a modo de ejemplo– que todos los ciudadanos tienen derecho a la vivienda, expresándolo a modo de slogan con la expresión "vivienda para todos".

Ahora bien, ¿quién construye esas viviendas? ¿Cómo y cuándo las construye? ¿Dónde están ubicadas esas viviendas constitucionales? ¿Quién las financia y paga? ¿Quién las asigna? Y lo mismo podría señalarse a partir de otros ejemplos. Con sólo declamarlo, las viviendas no aparecerán.

La cuestión funciona –entonces– al revés; la realidad y las normas particulares son las que tienen que anclarse y generar el derecho que llena ese "molde" que la Constitución construyó para los ciudadanos. Y en esta labor, el CCCN tiene una importancia enorme que se ha revelado en estos primeros diez años de vigencia.

Es que el CCCN es la verdadera Constitución de la vida en sociedad de los argentinos. Cuando digo esto, los constitucionalistas me miran raro. Ustedes se preguntarán por qué. Pues bien, lo hacen porque yo les digo:

–Miren, no es que yo esté discutiendo la Constitución. Ocurre que la Constitución regula los derechos del individuo frente al Estado. Es decir, la relación entre el Estado y los individuos, los ciudadanos y el Estado, el poder y los administrados. Y ahí están las normas sobre la justicia, la división de poderes, cómo legislamos, cómo nos gobernamos, cómo funcionan los poderes del Estado y cuáles son las garantías y derechos de los ciudadanos y de los habitantes frente a dicho poder y su accionar. Pero nuestra vida diaria en sociedad... esa es regulada por el CCCN.

En efecto, el CCCN es el cuerpo normativo que regula nuestra vida en común como sociedad. Él nos dice y establece, para el derecho, cuándo

nacemos y cuándo morimos; nos señala cuándo estamos capacitados y cuándo no para tomar ciertas decisiones y para actuar en el campo de la vida y del Derecho. También nos indica cuáles son aquellas decisiones que podemos tomar; cuándo tenemos una restricción o cómo formamos una familia y, en ese caso, qué clase o categoría de familia hemos formado y cómo se regularán las relaciones intrafamiliares y extrafamiliares que son consecuencia de ella. También nos señala cómo nos relacionamos en el comercio, cómo vamos a contratar, cómo consumimos, cómo producimos y cómo distribuimos, entre otros tantos aspectos.

Decíamos que el Código determina el modo y la forma de contratar. En efecto, nos provee más de treinta contratos nominados regulados y un régimen general abierto de contratación supletorio. También nos reconoce como consumidores y establece cómo nos vinculamos con los proveedores y con las entidades financieras. Además, regula los medios de pago y los títulos de crédito, el régimen del dominio, la forma de obtener el dominio, cómo lo conservamos y cómo lo perdemos, cómo vivimos en comunidad, cómo nos agrupamos en barrios o en edificios en la propiedad horizontal y cómo nos vinculamos con el exterior. También dispone y regula cuándo y cómo tenemos que ejercer un derecho cuando este es interjurisdiccional, porque tiene hasta normas de derecho internacional privado. Nuestra vida diaria pasa por el CCCN.

Los invito a que recuerden cuál fue la última vez que invocaron que los asistía un derecho en su carácter de "ciudadanos". Probablemente, haya sido en alguna manifestación política ante una elección, un cambio de gobierno, un acto partidario o una fecha patria. Pero no debe haber pasado más de una hora en que hayan sido parte de una relación de consumo, o hayan contratado en relación con algún bien o un servicio, o los hayan utilizado.

Amanecemos cada día bajo relaciones de consumo. Nos despertamos con una alarma provista por un reloj o un celular que hemos adquirido en un acto de consumo, y que contiene un servicio de software y una red comunicacional que recibimos en tanto consumidores. Nos lavamos los dientes con un dentífrico que hemos adquirido en el supermercado y desayunamos con productos que hemos comprado en un bar o kiosco. Viajamos en transporte público o privado. Somos propietarios o inquilinos de la vivienda donde vivimos o trabajamos. Tenemos relaciones de naturaleza conyugal, somos parte de una unión convivencial, formamos parte de una familia ensamblada o somos progenitores afines. Estamos enfermos y necesitamos asistencia médica o deseamos establecer directivas sobre nuestra salud en caso de que ocurra algún evento futuro. Para educarnos, nos relacionamos con establecimientos educacionales. Queremos constituir

derechos reales y tenemos cuestiones vinculadas con nuestras tarjetas de débito o crédito o con billeteras virtuales. Comemos afuera. Vamos a un cine o a un teatro. Viajamos en el país o al exterior. Queremos llevar adelante un emprendimiento personal, constituir una ONG o participar en ella. Deseamos establecer o contribuir con una fundación o pertenecemos a ella. Estamos asociados a un club de fútbol o practicamos un deporte, entre tantos otros supuestos.

Es decir, las relaciones que constituyen nuestra vida están reguladas por el CCCN; de allí la importancia de este cuerpo normativo, que es mucho más importante que los cuerpos procesales y que otras normas.

La gente suele decirme:

—Pero Vítolo, se olvida usted de la importancia del derecho penal...

En esos casos, suelo responder lo mismo: el derecho penal maneja y se ocupa de tipos delictivos, es decir, conforma un conjunto de normas para una patología que existe en el seno de la sociedad llamada "delito". En cambio, el CCCN es algo distinto. Está conformado por un conjunto de normas para toda la vida de relación de los unos con los otros a lo largo de toda vida —y después, también—.

Es decir, el CCCN cumple la función de permitir que nos desarrollemos plenamente en nuestras relaciones con los demás. En este sentido, estos diez años han sido de mucha importancia. Apelando a las herramientas más modernas en la mayoría de los casos, el Código ha impactado en numerosos aspectos de nuestras vidas, regulando conductas, derechos y obligaciones.

### **3. El Código Civil y Comercial de la Nación y la modificación del derecho societario**

Una de las curiosidades que trajo la Ley 26994, que sancionó el CCCN —y que generó un enorme e histórico cambio legislativo—, es que, curiosamente, sólo modificó tres leyes especiales: la Ley 17801 del Registro de la Propiedad Inmueble, la Ley General de Sociedades 19550 y la Ley 24250 de Defensa del Consumidor.

Quiero referirme, en esta oportunidad, sólo a algunos aspectos parciales de las reformas introducidas por la Ley 26994 a la Ley 19550 —la más amplia de las tres reformas de las leyes especiales— y al impacto que la sanción de la Ley 27349 en el año 2017 tuvo en el régimen societario, como adelanto de un nuevo tiempo que vendría en este campo, y que sería renovado por el CCCN.

En la actualidad, cuando hablamos de empresa, de organización y de derecho societario hablamos de algo muy diferente de lo que era la referencia

obligada en la década del setenta y del ochenta. Esto es algo que el nuevo Código ha entendido. Yo me formé en la disciplina del derecho comercial con mi maestro, el profesor Horacio P. Fargosi, quien me llenaba la cabeza diciendo que, al relacionar la empresa con las sociedades, era fundamental respetar los principios del derecho societario. Yo siempre me quedaba reflexionando sobre estos lineamientos. Hasta que un día llegué a la conclusión de que eso podía ser válido hace cincuenta años, cuando comencé mi carrera docente en la Facultad de Derecho de la UBA, pero hoy no.

el derecho societario ha cambiado y actualmente no es un derecho con principios propios sino un derecho instrumental que sirve, es efectivo y eficaz si resulta de utilidad para quienes hacen uso de él y son sus destinatarios, vale decir: los empresarios, los emprendedores, las personas que deciden organizar sus patrimonios para desarrollar alguna actividad que ya no necesariamente tiene que ser de producción de bienes y servicios para el mercado porque puede tratarse de entidades con fines culturales, benéficos, de investigación y hasta recreativos. Es decir, algo cambió. Tampoco la empresa es una cuestión abordable –como se pensaba antes– sólo dentro de un ámbito reducido perteneciente a los empresarios y a los comerciantes, que en el medioevo tenían sus corporaciones, sus propias leyes y sus propios tribunales. Eso se terminó.

Actualmente, los comerciantes, empresarios y emprendedores están incorporados a la vida en los contratos que antes eran meramente comerciales y que hoy son contratos donde intervienen un conjunto de personas que no desarrollan actividad comercial ni son comerciantes. En consecuencia, ya no puede servir más como ejemplo aquella idea que tenía el antiguo Código de Comercio –artículo 7– según la cual cualquier acto que fuera comercial para una de las partes, tenía de comercialidad todo el acto. En el antiguo Código de Comercio, la persona que no era comerciante, que no tenía un estatuto y no podía ir a los tribunales especiales ni a los domicilios especiales, que no podía solicitar la rúbrica de libros o llevar una contabilidad regular, terminaba siendo víctima del aquel que sí la tenía. Como se ve, se trataba de una enorme injusticia y un abuso que generó la reacción del consumidor, quien ahora llevó el péndulo para el otro lado.

La empresa tampoco es en la actualidad nada más que una estructura –como nos enseñaron en la facultad hace 50 años, cuando yo era estudiante–, que persigue casi exclusivamente la especulación y el lucro. Hoy la empresa es un subsistema social dentro de un sistema social más amplio. La empresa, como todo subsistema, se alimenta del entorno y se relaciona con él. Recibe impulsos y los genera, impone modas y creencias, crea formas de comportamiento, promueve hábitos de consumo, proyecta una imagen

–positiva o negativa– e impacta, negativa o positivamente también, en el ambiente y en su entorno.

Esta idea ha sido perfeccionada en el año 1984 por Edward Freeman, quien desarrolló la teoría de los *stakeholders*. Los *stakeholders* son quienes apuestan por la empresa, pero la mayoría de las veces no pertenecen a ella desde el punto de vista formal de la estructura societaria. Sí, en cambio, tienen una relación de pertenencia “real”, en los hechos, como en el caso de los trabajadores, los proveedores, los vecinos, los trabajadores, es decir, todos aquellos a quienes no les es indiferente lo que la empresa haga o deje de hacer, ni el impacto que produzcan sus avatares en su propia vida.

Este sistema social hace que la empresa sea también un actor social. Las empresas son actores sociales en la medida en que generan noticias con su comportamiento, investigan, desarrollan, benefician, perjudican, sanan, enferman e intercambian impulsos, bienes, servicios y otras cuestiones entre sí. Fíjense lo que ha pasado con el tema de los alimentos. Yo desde que era chico comía algo si era rico y no comía si no era rico. Ahora no. En la actualidad, el alimento está estrechamente relacionado a la salud de las personas. Es casi un medicamento. Los remedios y los alimentos van de la mano. Si miramos televisión o algún *streaming* advertiremos que estamos en una situación muy parecida a la de Estados Unidos, donde los televidentes y usuarios de internet son inundados por una gran cantidad de publicidad de remedios vinculados con la alimentación.

De modo que este nuevo tiempo también genera una nueva mirada sobre el Derecho Societario, que es un factor de poder –por la empresa que subyace generalmente en cada sociedad–, pues existe una relación entre poder y responsabilidad. Esta es la realidad. Una nueva mirada, una nueva concepción de la empresa. Y esto requiere también una regulación distinta, y un sistema distinto, un cambio. Las organizaciones, los hábitos de consumo y la producción cambiaron totalmente. Hoy se produce de una manera diferente. Basta con observar cómo se ha difundido el concepto del “capital social”. Antes, a los socios y a los terceros les importaba el modo en el cual se integraba el capital social de una sociedad. Y se preguntaban: “¿qué tiene para responder el socio y la sociedad?” “¿cuáles son los bienes que integran el capital social y cuál es su ejecutabilidad forzada?” “¿cuál es el valor de los aportes?”.

En nuestra posmodernidad son considerados “activos” bienes, derechos o situaciones que antes no existían o no eran tenidos en cuenta. Se trata de activos diversos y volátiles como las criptomonedas, el número de seguidores que un *influencer* pueda tener en Instagram, X o Tik-Tok, o la “imagen” que deportistas, cantantes, actores, u otras *celebrities* construyen

de sí y que tienen un valor intrínseco. Son “bienes” de acuerdo a esta nueva concepción social, aunque no se los considere “bienes” en el ámbito del Derecho.

El gran mérito de la Ley 26994 es haber tomado en cuenta –al menos incipientemente– una realidad que la Ley 19550, aun con las reformas introducidas por la Ley 22903 y otras reformas posteriores, no reflejaba lo que realmente ocurría en el mercado ni en el negocio societario en este nuevo tiempo. Y admitir que era imprescindible introducir cambios conceptuales y estructurales en la legislación

Esta nueva reforma destruyó las bases del sistema societario clásico, manteniendo, sin embargo, un concepto principal. Así, se admitió:

- 1) que las sociedades no pueden –ni deben– nacer solamente del contrato, sino que pueden nacer también de la declaración unilateral de voluntad –admitiéndose las sociedades unipersonales–;
- 2) que la tipicidad deja de ser una causal de nulidad –se admiten las sociedades atípicas–;
- 3) que la irregularidad deja de tener sanciones en materia de responsabilidad y de inoponibilidad –se abandona la responsabilidad solidaria e ilimitada como regla general para pasar a una responsabilidad mancomunada y se admite la oponibilidad de las defensas nacidas del contrato social por conocimiento directo del tercero–;
- 4) que la ausencia de instrumento escrito –artículo 4 de la Ley 19550– no impide los efectos propios del acto jurídico constitutivo;
- 5) que se acaba la esencialidad y puede haber “sociedad” válida aún ante la carencia en el instrumento constitutivo de los elementos y requisitos comunes previstos en el artículo 11; entre otras modificaciones.

Bajo la doctrina de Tullio Ascarelli, la Ley 19550 se había concebido y estructurado originariamente bajo la idea exclusiva del contrato plurilateral de organización, entendiendo la personalidad jurídica de dichas sociedades como una “realidad jurídica”. Según esta idea, el contrato plurilateral hacía nacer un sujeto de derecho en una suerte de amor múltiple reproductivo entre los socios que generaba ese nuevo sujeto. Solamente así podía existir una sociedad.

En la actualidad, bajo la Ley 26994, la situación es distinta, porque la sociedad ya no es más exclusivamente un sujeto nacido de un contrato. En muchas ocasiones, las sociedades –sujetos de derecho– son meros sistemas de organización para la distribución y atribución de patrimonios o de bienes que tienen el fin último de crear una actividad en la cual un determinado conjunto de activos se pone en marcha para afectar dichos activos y el

producido de la actividad que con ellos se desarrolla a la satisfacción de determinados pasivos y a retribuir al socio o a los socios con el rendimiento que producen.

Así, el patrimonio del nuevo sujeto constituye la garantía frente a los acreedores de la actividad de este nuevo sujeto creado, que es totalmente diferente de los socios y miembros, como lo establecen los artículos 141 y siguientes del CCCN y el artículo 2 de la Ley General de Sociedades, admitiéndose también la legalidad de una “sociedad unipersonal” como modo de estructurar un negocio.

Tradicionalmente, la doctrina más clásica en materia societaria se resistía a admitir las sociedades unipersonales porque consideraba que no podía equipararse el contrato –basado en una suma de voluntades– a la declaración unilateral de la voluntad. Sin embargo, el propio CCCN se tomó el trabajo de derribar aquel mito. En efecto, el artículo 966 dispone que las normas de los contratos bilaterales se aplican supletoriamente a los contratos plurilaterales, y el artículo 1800, por su parte, establece que a la declaración unilateral de la voluntad se le aplican supletoriamente las normas relativas a los contratos. Del texto de estos dos artículos se puede deducir, entonces, que la declaración unilateral de la voluntad y los contratos plurilaterales no resultan ser institutos tan incompatibles como se los solía juzgar.

#### **4. Las sociedades unipersonales**

La idea de admitir la posibilidad de las sociedades unipersonales es algo que ha dividido a la doctrina comercialista –en especial la vinculada al Derecho de Sociedades– y fue quizás Cuttat, en un recordado artículo, quien hizo remontar hasta tiempos antiguos el origen de las entidades de responsabilidad limitada en cabeza de una sola persona, señalando que el *pater familias* romano a menudo confiaba la gerencia de su comercio a un esclavo que era incapaz de comprometerse por sí mismo, pero podía representar al amo. El pretor acordaba con los acreedores comerciales mediante las acciones judiciales denominadas *adjenticiae qualitatis*, el derecho de perseguir el activo de la empresa, y podía volverse contra el amo mismo entablando la acción denominada de *peculio aut in rem verso*, en la medida en que este se hubiera enriquecido por su esclavo. El autor considera esto como una suerte de primera empresa individual de responsabilidad limitada.

Sin embargo, J. Kahn es a quien se adjudica la idea de posibilitar la limitación de la responsabilidad del empresario individual. Este jurista expuso su teoría el 29 de abril de 1893 en la Asamblea de delegados de la Asociación

Suiza para el Comercio y la Industria, que tuvo lugar en Ginebra. Su tesis fue desarrollada y defendida en 1910 por Pisko, quedando consagrada en la *Anstald* y plasmada en el Código de Liechtenstein de 1926.

Entre nosotros, doctrinariamente la Comisión de Sociedades y Empresas Comerciales del Instituto Argentino de Derecho Comercial confió hace casi 90 años a Waldemar Arecha la redacción de un anteproyecto para regular la empresa individual de responsabilidad limitada. Arecha agrupó los diez puntos principales del sistema normativo bajo el título de “Empresa individual de responsabilidad limitada” tratándose en un debate público en 1943. Otros proyectos fueron los elaborados por Esteban de Lamadrid y por Miguel A. Lancelotti, asesor de la Cámara de Comercio.

Desde el punto de vista legislativo, deben destacarse también las iniciativas de 1940 originada en M. Oscar Rosito sobre “Empresa unipersonal de Responsabilidad Limitada”. En 26 artículos, esta seguía los lineamientos de la Ley 11645, pero el Congreso nunca la trató. También hubo otro proyecto, presentado por Felipe Gómez del Junco, que obtuvo media sanción del Senado en 1949, pero que nunca fue considerado por la Cámara de Diputados. No debe olvidarse tampoco que, en el año 1989, un proyecto presentado por los diputados Aramouni y Ball Lima propugnó la creación de un régimen especial para la empresa individual de responsabilidad limitada, obteniendo un dictamen favorable de la Comisión de Legislación General del Congreso. Este proyecto, finalmente, tampoco prosperó.

Debe recordarse, también, tanto el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial –sancionado por Ley 24032, pero vetado por el Decreto 2719/91– como los posteriores proyectos de reforma que contemplaban la posibilidad de constitución de sociedades de un solo socio bajo los tipos de sociedades de responsabilidad limitada y sociedades anónimas. Entre ellos, se destacan: el anteproyecto elaborado por la comisión creada por Resolución 465/91 del Ministerio de Justicia; el proyecto de código unificado aprobado por la Cámara de Diputados en 1993 y nunca tratado por el Senado; el proyecto de código civil unificado redactado por la comisión creada por Decreto 468/92; el proyecto de la comisión creada por Decreto 685/95; y el anteproyecto de reforma de la Ley de Sociedades redactado por la comisión creada por Resolución 112/02 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

En la actualidad la cuestión de las sociedades unipersonales volvió a colocarse en el centro de la discusión como consecuencia de la sanción de la Ley 26994, que las prevé expresamente, modificando el texto de la Ley 19550. Lo cierto, entonces, es que la Ley 26994 ha venido a poner fin a esta controversia en cuanto a la especulación de la conveniencia de incorporar en el texto positivo normas relativas a la unipersonalidad societaria, pues:

- 1) ha admitido expresamente la posibilidad de constituir sociedades anónimas unipersonales;
- 2) ha eliminado de las causales disolutorias la reducción a uno del número de socios en las sociedades que eran pluripersonales –derogación del inciso 8), del artículo 94 en el texto original de la Ley 19550–; y
- 3) deja abierta la incógnita respecto de diversos supuestos de *unipersonalidad derivada* bajo otros tipos sociales que no sean la *sociedad anónima unipersonal*, a partir de la norma sancionada como nuevo artículo 94 bis de la Ley 19550, o la posibilidad de constitución de *sociedades unipersonales* originariamente bajo el régimen de la sección IV del capítulo I.

Así, el texto de la Ley 26994 que reformó la Ley General de Sociedades en materia de sociedades unipersonales está conformado de la siguiente manera:

- 1) Establece que la sociedad unipersonal sólo se podrá constituir bajo el tipo de sociedad anónima –nuevo texto de artículo 1º de la Ley 19550 según Ley 26994–.
- 2) Consecuentemente, la sociedad unipersonal sólo puede ser constituida –en principio– por instrumento público y por acto único –artículo 165 actual–.
- 3) En caso de sociedad anónima unipersonal, la denominación social deberá contener la expresión “sociedad anónima unipersonal” o su abreviatura a la sigla “S.A.U.” –artículo 164 modificado por Ley 26994–, pero el legislador suprimió –por motivos que se desconocen– el segundo párrafo del artículo 164 que disponía que si se omitiera colocar esa mención ello haría responsables ilimitada y solidariamente a los representantes de la sociedad juntamente con esta, por los actos que celebraran en esas condiciones. Todo parece indicar, entonces, que la norma es meramente indicativa, pues su incumplimiento no tiene sanción alguna, y ello es un defecto muy grave del nuevo régimen legal establecido.
- 4) La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal –artículo 1º de la Ley 19550 bajo Ley 26994–.
- 5) En el caso de las sociedades unipersonales, el capital deberá ser integrado totalmente en el acto constitutivo –artículo 11, inc. 4) y reformas a los artículos 186, inc. 3), y 187, según Ley 26994–.
- 6) La reducción a uno del número de socios de las sociedades anónimas no conforma una causal de disolución de las sociedades anónimas, sino sólo deben cumplir con la exigencia de:

- adecuar la denominación social a la exigencia del artículo 164, sustituyendo la expresión “sociedad anónima” o la sigla “SA” por la expresión “sociedad anónima unipersonal” o “SAU”, respectivamente; y
  - cumplir con el régimen impuesto por el artículo 299, de fiscalización estatal permanente al cual quedan sometidas, debiendo contar con sindicatura –ver Ley 27290–.
- 7) Las sociedades constituidas bajo el tipo de sociedades anónimas podrán entrar y salir libremente de la unipersonalidad con la sola condición –en cada caso– de adecuar su denominación social a la situación en que se encuentre y cumplir –o no– según sea el caso, con las exigencias del régimen de fiscalización estatal permanente –art. 299–.
- 8) Las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en caso de que durante el plazo de vigencia el número de socios quedara reducido a uno, y no se decidiera disolverla, transformarla, o recomponer la pluralidad de socios en el término de tres (3) meses –art. 94 bis incorporado a la Ley 19550–, quedarán transformadas “de pleno derecho [...]” en sociedades anónimas –cuestión discutible en cuanto a la posibilidad de que algo así pueda ocurrir “de pleno derecho”–.
- 9) Las sociedades anónimas unipersonales pasan a integrar el elenco de las sociedades del artículo 299 y estarán sujetas a fiscalización estatal permanente.

Sin dejar de reconocer los aspectos positivos de la iniciativa de incorporar al texto de la Ley 19550 la regulación de las sociedades de un solo socio, o sociedades unipersonales, debo –sin embargo– señalar algunas inconsistencias en la norma sancionada.

#### **4.1. Error en el tipo escogido para la sociedad unipersonal**

Desde mi punto de vista, el tipo propuesto para la constitución de sociedades unipersonales –sociedad anónima– no es el más adecuado. Hubiera resultado más conveniente, en nuestra opinión, que venimos pregando desde hace muchos años, restringir la constitución de sociedades unipersonales a la utilización del tipo de las sociedades de responsabilidad limitada (SRL).

Ello es así porque, bajo este tipo –el de la SRL– se garantiza una mayor transparencia en la actuación del ente y en la relación con los terceros, dado

que el cambio de único socio, es decir en caso de transmisión por cualquier título de las cuotas sociales representativas del capital social, supone la modificación del contrato social y requiere de publicación e inscripción en el registro público. Es en este donde, en su actuación en el mercado, independientemente de quien resulte estatutariamente representante legal, al tener que remitirse al contrato de sociedad y sus modificaciones, el tercero conocerá –por exhibición del contrato o por su inscripción en el mencionado registro público– quién es el real y actual titular del ciento por ciento del capital social.

No ocurre lo mismo con la sociedad anónima, donde el cambio en el elenco de accionistas no supone una modificación del estatuto social, quedando registrada la modificación de la titularidad accionaria sólo en un libro de Registro de Acciones que lleva la propia sociedad y al que no tiene acceso el tercero.

Dicho de otro modo: quien al momento de contratar con la sociedad unipersonal analice el estatuto encontrará el nombre y la identificación del socio fundador sin tener garantía alguna de que se trate del único socio accionista actual. Adicionalmente, la situación podría agravarse si en algún momento se dispusiera modificar el actual mecanismo de nominatividad obligatoria de las acciones y se admitiera la emisión de acciones al portador.

#### **4.2. Inadecuada incorporación de la sociedad unipersonal al régimen de fiscalización estatal permanente (art. 299)**

Es loable que se haya reparado, en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos –cuando se revisó el anteproyecto de reforma a la Ley 19550–, en la necesidad de que las sociedades unipersonales deban contar con un régimen de fiscalización interna como es el de la sindicatura el cual, desde mi punto de vista, también podría ser reemplazado por una auditoría externa independiente.

Sin embargo, nos parece que no haber incluido desde el origen a la sociedad unipersonal dentro de las excepciones del artículo 299 para liberarlas de tener que contar con una sindicatura colegiada (art. 284) con número mínimo de tres integrantes –como lo hace el inciso 2) en aquellos casos en que la inclusión por el artículo 299 se deba al monto del capital social– era colocar una obligación sumamente gravosa para dicha sociedad, en una exigencia que se advertía, al menos, como desmedida.

Lo mismo ocurría con el caso de la exigencia de un directorio plural integrado con un mínimo de tres miembros, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 255. En efecto, si lo que se perseguía con la reforma era

facilitar la constitución de sociedades unipersonales con el objeto de promover a la pequeña y mediana empresa, y evitar así también el fraude a la ley bajo la figura de las sociedades “de cómodo” –es decir, aquellas en las cuales el socio único recurre a la ficción de hacer figurar un segundo socio con una participación mínima al solo efecto de cumplir con el requisito formal de la pluralidad de socios cuando, en realidad, dicho socio es un mero *prestanombre*–, lamentablemente ese objetivo no se había logrado.

La Ley 27290 vino a poner un grado de razonabilidad en este campo, modificando la exigencia originaria contenida en la Ley 26994. Así, la nueva norma eliminó el requisito de la existencia de un directorio plural compuesto por un mínimo de tres integrantes y de una sindicatura también plural en número impar, conformada bajo el régimen de Comisión Fiscalizadora, y con una integración mínima de tres síndicos, para permitir que estas sociedades anónimas unipersonales puedan constituirse y funcionar con un directorio unipersonal y una sindicatura también ejercida por una sola persona con título habilitante de abogado o contador público.

## 5. Las sociedades por acciones simplificadas (SAS)

En el mes de abril de 2017, entró en vigencia la Ley 27349 de Apoyo al Capital Emprendedor, conformando un régimen de apoyo a las actividades productivas que pudieran generarse a través de lo que se denomina “emprendedores” –los *entrepreneurs*, conocidos en el léxico de la economía, las finanzas y las ciencias de la administración– y que tiene por objeto principal, según lo indica la exposición de motivos, brindar un marco legal que favorezca la creación de nuevas empresas y, particularmente, sirva de apoyo para la actividad emprendedora en el país y su expansión internacional, así como la generación de “capital emprendedor” en la República Argentina.

En su momento, los autores del proyecto hicieron hincapié en la necesidad que tenía la República Argentina de contar con un cuerpo normativo autónomo para las nuevas empresas, en particular, aquellas micro, pequeñas y medianas y, sobre todo, para los emprendedores, entendiendo que era una demanda de antigua data frente a la insuficiencia de las formas o los tipos regulados en la Ley General de Sociedades, en el contexto de la emergencia de nuevas formas empresarias que requieren marcos normativos más dinámicos, menos rígidos y plazos de inscripción registral abreviados.

Y no es extraño que se haya insistido en la búsqueda de generar un modelo de sociedad anónima simplificada (SAS) –iniciativa que ya estuvo

promovida en varios proyectos anteriores en nuestro país, especialmente en el Proyecto de unificación de 1992, donde se contemplaba una sociedad simple por acciones- y que presenta antecedentes en el derecho comparado: la ley de SAS de la República de Colombia de 2008, la reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles de México de 2016, la Ley 20190 de la República de Chile, la Ley 94-1 de Francia de 1994 -reformada posteriormente en forma profunda por la Ley 99-587 y luego por la Ley 2001-420-, así como la Ley 31-11 del 10 de febrero de 2011 de la República Dominicana, sin olvidar la ley alemana que, desde 1981, admite la unipersonalidad en las SRL. No sorprende, decíamos, la búsqueda de la simplificación de las SAS, sobre todo luego de la intervención que le cupo al Poder Ejecutivo Nacional en el trámite legislativo del CCCN, cuando modificó el anteproyecto original y agregó exigencias sumamente gravosas para las sociedades unipersonales, incorporándolas dentro del régimen específico del artículo 299. Esto hizo que la estructura fuera inviable para la conformación jurídica de pequeñas y medianas empresas, quedando estas como un mero instrumento funcional a las subsidiarias, totalmente controladas por grandes grupos empresarios nacionales y extranjeros, algo que más tarde fue parcialmente solucionado con el dictado de la Ley 27290.

Al promover la regulación de la SAS, los objetivos perseguidos por el legislador en este campo fueron, entre otros, abaratar el costo inicial de la constitución de sociedades en la búsqueda de modelos inspirados en una rápida inscripción, y simplificar la operación jurídica y comercial de estos entes, revitalizando, además, la idea de las sociedades unipersonales.

### **5.1. La SAS como un nuevo tipo social autónomo por fuera de la Ley 19550**

No alcanzan a comprenderse las razones que el legislador ha tenido para establecer un tipo legal específico de sociedad por fuera del régimen de la Ley 19550, incurriendo en una reforma asistemática de la Ley General de Sociedades. Porque todo indica que la SAS es, en sentido estricto, una *sociedad*. Es decir, que se trata de un supuesto en el cual una o más personas que, organizadas bajo el tipo SAS previsto por la eventual nueva ley -el tipo "SAS"-, se comprometen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes y servicios en el mercado, participando en los beneficios y soportando las pérdidas.

Se trata además de una persona jurídica privada, con personalidad jurídica propia y separación patrimonial respecto del patrimonio de los socios que la conforman e integran, adquiriendo la SAS dicha personalidad

jurídica desde el momento en que se otorgue el instrumento constitutivo –según los arts. 143, 148 y siguientes del CCCN–.

La SAS es entonces –bajo la Ley 27349– un nuevo tipo societario – independientemente de que se haya agregado a los ya existentes en la Ley 19550–, estructurado tomando en cuenta –básicamente– el régimen de la SRL –el que actúa como normativa residual y supletoria en todo aquello no establecido en la ley o en el instrumento constitutivo de la SAS–, pero presentando la particularidad de que su capital se divide en “acciones”.

Es decir que estamos frente a un nuevo tipo social de carácter *híbrido* que combina elementos de las sociedades por cuotas sociales y de las sociedades por acciones, conformando un tipo más de las denominadas sociedades de capital, caracterizadas por el hecho de que, bajo dichos tipos, el o los socios que forman parte de la sociedad –en este caso como accionistas– responden –en principio– en forma limitada sólo por la integración del capital suscripto.

En ninguno de los modelos del derecho comparado ocurre algo así. Es decir que el derecho comparado, dentro del sistema de derecho continental europeo y latinoamericano más relevante, no presenta modelos híbridos como el que pretende imponer la Ley 27349 en una innovación que no se alcanza a explicar.

Algo diferente ocurre en los Estados Unidos, donde funcionan las *limited liability companies* (LLC), que son una especie de sociedades colectivas con limitación de responsabilidad, muy utilizada en el ámbito profesional.

## 5.2. ¿Cómo se constituye una SAS?

La SAS puede ser constituida por una o varias personas (humanas o jurídicas), quienes limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas o adquiridas, sin perjuicio de la garantía a la que se refiere el artículo 43 de la Ley 27349 (los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes, como ocurre en las SRL).

Según lo señala el artículo 34 de la Ley 27349, la SAS puede ser constituida tanto por una o varias personas humanas como por una o varias personas jurídicas, o por una combinación de ambas. Y, podrán hacerlo, mediante un contrato (cuando comprenda a dos o más socios, conformando un contrato plurilateral de organización), o por una declaración unilateral de voluntad –pues se admite la SAS unipersonal– y el instrumento constitutivo deberá otorgarse por escrito y por medio de un instrumento público o privado. En este último caso, indica la norma, la firma de los socios deberá ser certificada en forma judicial, notarial, bancaria o por la autoridad competente del registro público respectivo. También puede constituirse

en forma digital conforme a las reglamentaciones dictadas al respecto por las diversas autoridades de contralor societario en el país.

La situación que enfrenta las normas contenidas en los artículos 1 de la Ley 19550 y 34 de la Ley 27349 presenta una cuestión particular. En efecto, el artículo 1 de la Ley 19550, en su segundo párrafo, dispone que “la sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal”. Por su parte, el artículo 34 de la Ley 27349 dispone que “la SAS unipersonal no puede constituir ni participar en otra SAS unipersonal”. Ambas normas son suficientemente claras. Ahora bien, las preguntas que surgen en forma espontánea son las siguientes: 1) ¿puede una sociedad anónima unipersonal regida por la Ley 19550 constituir o participar en una SAS unipersonal regida por la Ley 27349?; 2) ¿puede una SAS unipersonal regida por la Ley 27349 constituir o participar en una sociedad anónima unipersonal?

Si nos atenemos sólo a la expresión literal de ambas normas, y la circunstancia de que la SAS es un tipo creado por fuera de la Ley 19550 (art. 33 de la Ley 27349), todo parecería indicar que el impedimento legal funciona únicamente dentro de cada tipo –restricción intratípica– y tal como lo expresan las respectivas normas particulares. Es decir:

- 1) una sociedad anónima unipersonal regida por la Ley 19550 puede constituir o participar en una SAS regida por la Ley 27349; del mismo modo,
- 2) una SAS regida por la Ley 27349 puede constituir o participar en una sociedad anónima unipersonal regida por la Ley 19550; y
- 3) la restricción o impedimento legal sólo funciona dentro de cada ley específica y en relación con cada tipo legal particular: la sociedad anónima unipersonal en el ámbito de la Ley 19550 y la SAS en el ámbito de la Ley 27349.

Contrariamente, también podría interpretarse que, en la medida en que la propia Ley 27349 establece en su artículo 33 que, “supletoriamente, serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades, 19.550, t. o. 1984, en cuanto se concilien con las de esta ley [la Ley 27349]”, ello impediría que las SAS pudieran constituir o participar en sociedades anónimas unipersonales.

Sin embargo, ocurre que el artículo 1 de la Ley 19550 no establece una norma o criterio general en materia de sociedades unipersonales, sino que crea un “subtipo de sociedad anónima” –la SAU– que tiene características propias, y coloca una restricción respecto de este subtipo particular: la SAU, exclusivamente.

De allí que, al parecer, no es un tema de conciliación de normas –leyes 27349 y 19550– sino de regulación particular de tipos societarios particulares que difieren entre sí –de hecho la SAS no es una sociedad anónima, sino un tipo híbrido–, que permitiría –en principio– la constitución o participación de las sociedades anónimas unipersonales en SAS y de estas en sociedades anónimas unipersonales.

### 5.3. ¿Debe inscribirse la SAS en el registro público?

Efectivamente, la Ley 27349, en su artículo 38 –conforme al texto dispuesto por la Ley 27444– dispone que la documentación correspondiente deberá presentarse ante el registro público el cual, previo cumplimiento de los requisitos formales y de las normas reglamentarias de aplicación, procederá a su inscripción. La inscripción será realizada dentro del plazo de veinticuatro horas contado desde el día hábil siguiente al de la presentación de la documentación pertinente, siempre que el solicitante utilice el modelo tipo de instrumento constitutivo aprobado por el registro público. Los registros públicos deberán dictar e implementar las normas reglamentarias a tales efectos, previéndose el uso de medios digitales con firma digital y estableciendo un procedimiento de notificación electrónica y resolución de las observaciones que se realicen a la documentación presentada. Se aplicará igual criterio respecto a las reformas del instrumento constitutivo.

En esto, la Ley 27349 ha tomado distancia de la modificación que la Ley 26994 incorporara al texto del artículo 6 de la Ley 19550 cuando eliminó la disposición contenida en dicha norma por la cual, el entonces juez de registro –hoy autoridad judicial o administrativa a cargo del registro público dependiendo de cada jurisdicción– debía verificar, con carácter previo a ordenar la inscripción, el cumplimiento –por parte de la sociedad– de los requisitos legales y fiscales, ejerciendo el control de legalidad, más allá de la resistencia de las autoridades de contralor de varias jurisdicciones provinciales y de la propia Inspección General de Justicia al cambio legislativo. Una novedad de la Ley 27349 en materia inscriptoria es que los plazos de inscripción de la SAS en el registro público variarán dependiendo de algunas circunstancias:

- 1) si los constituyentes escogen alguno de los modelos de estatuto tipo que, según la Ley 27349, deben establecer las autoridades de control a cargo del registro público, la inscripción debe ser realizada dentro del plazo de veinticuatro (24) horas contado desde el día hábil siguiente al de la presentación de la totalidad de la documentación requerida; y

- 2) si los constituyentes no utilizan los modelos de estatuto tipo de la jurisdicción correspondiente, en el plazo que la autoridad de contralor establezca. Todo parece indicar que los plazos de inscripción son competencias de los registros locales, y no del legislador de la SAS, de donde la norma proyectada deviene –cuanto menos– discutible. La norma también dispone que los registros públicos deberán dictar e implementar las normas reglamentarias, previéndose el uso de medios digitales con firma digital y estableciendo un procedimiento de notificación electrónica y de resolución de las observaciones que se realicen a la documentación presentada. Igual criterio debe aplicarse respecto de las reformas del instrumento constitutivo. Atento a la remisión que el artículo 33 de la Ley 27349 formula en materia de normas supletorias, vinculada con el capítulo I de la Ley 19550, la consecuencia razonable pareciera ser que la SAS quedaría encuadrada dentro del régimen de las denominadas sociedades simples, libres o residuales, bajo la normativa de la sección IV del capítulo I de la Ley General de Sociedades, como SAS irregular.

De acuerdo con la Ley 27349, las reformas del instrumento constitutivo se adoptarán conforme el procedimiento y requisitos previstos en el mismo y se inscribirán en el registro público. Esto marca una diferencia respecto de las sociedades de la sección IV (capítulo I, Ley 19550) que pueden no inscribirse en el registro público manteniendo su carácter de sociedades irregulares. Aunque esto no sería aceptable en la SAS, salvo que finalmente –insistimos en esto– se admita la posibilidad de la existencia de una SAS irregular regida por las normas del contrato o estatuto y, supletoriamente, por los artículos 21 a 26 de la Ley 19550; la cual, ciertamente, no podrá acceder a los beneficios establecidos por la Ley 27349.

#### **5.4. ¿Qué limitaciones existen para constituir o mantener una sociedad bajo el régimen de SAS?**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 27349, texto según la Ley 27444, para constituir y mantener su carácter de SAS, la sociedad:

- 1) no deberá estar comprendida en ninguno de los supuestos previstos en los incisos 3), 4) y 5) del artículo 299 de la Ley General de Sociedades 19550 (t. o. 1984 y sus modificatorias).
- 2) no podrá ser controlada ni participar en más del treinta por ciento (30 %) del capital de sociedades comprendidas en los supuestos mencionados en el precedente inciso a).

En caso de que la SAS resultara encuadrada en alguno de los supuestos previstos en los precedentes incisos 1) o 2), deberá transformarse en alguno de los tipos regulares previstos en la Ley General de Sociedades 19550 e inscribir la transformación en el registro público correspondiente, en un plazo no mayor a los seis meses de configurado el supuesto.

Si la configuración del supuesto no resulta de un hecho o acto propio de la SAS, el plazo se computará a partir de la toma de conocimiento del mismo. La transformación no será obligatoria si antes de ese plazo la SAS deja de estar encuadrada en alguno de dichos supuestos. Vencido el plazo indicado sin que se hubiera producido la inscripción de la transformación en el registro público correspondiente, los socios responderán frente a terceros en forma solidaria, ilimitada y subsidiaria.

## 5.5. El capital social en la SAS

El capital en la SAS se divide en partes denominadas acciones. Al momento de la constitución de la sociedad, el capital no podrá ser inferior al importe equivalente a dos veces el salario mínimo vital y móvil (art. 40 de la Ley 27349). Tratándose la SAS de una sociedad por acciones –aunque simplificada–, en la legislación comparada se establece que el capital social –en estos tipos sociales– se divide o representa por acciones.

Así lo hacen las legislaciones colombiana, mexicana, francesa, dominicana y chilena, a las cuales ha seguido la Ley 27349. La cuestión sobre si la SAS debe o no tener un capital mínimo es algo controvertido: la legislación francesa no lo exige; la ley colombiana tampoco –incluso admite que la sociedad pueda tener capital variable–; la ley mexicana ni siquiera exige como elemento requisito típico de la SAS la fijación del capital social, el cual puede también ser variable, remitiéndose al régimen general donde sí existen capitales mínimos; la ley chilena tampoco exige un monto mínimo dentro de los artículos referidos a las sociedades por acciones, pero lo mantiene en las Sociedades Anónimas; y la ley dominicana –por el contrario– establece un monto mínimo.

El hecho de que la Ley 26994 haya dejado sin efecto las sanciones que la Ley 19550, en su texto original, imponía a las sociedades que omitían en su instrumento constitutivo algún requisito esencial no tipificante –entre los que se encuentra el “capital social”– relativiza la función del capital en la SAS.

Al aumentarse el capital social, la reunión de socios podrá decidir las características de las acciones a emitir, indicando clase y derechos de estas. La emisión de acciones podrá efectuarse a valor nominal o con prima de emisión, pudiendo fijarse primas distintas para las acciones que sean

emitidas en un mismo aumento de capital. A tales fines, deberán emitirse acciones de distinta clase que podrán reconocer idénticos derechos económicos y políticos, con primas de emisión distintas. La suscripción e integración de las acciones deberá hacerse en las condiciones, proporciones y plazos previstos en el instrumento constitutivo. Los aportes en dinero deben integrarse en un veinticinco por ciento (25 %) como mínimo al momento de la suscripción. La integración del saldo no podrá superar el plazo máximo de dos años. Los aportes en especie deben integrarse en un cien por ciento (100 %) al momento de la suscripción.

### **5.6. ¿Cuál es el régimen de los aportes en la SAS?**

Los aportes podrán realizarse en: 1) bienes dinerarios o 2) bienes no dinerarios.

Los aportes en bienes no dinerarios podrán ser efectuados al valor que unánimemente pacten los socios en cada caso, quienes deberán indicar en el instrumento constitutivo los antecedentes justificativos de la valuación o, en su defecto, según los valores de plaza. En caso de insolvencia o quiebra de la sociedad, los acreedores pueden impugnarla en el plazo de cinco años de realizado el aporte. La impugnación no procederá si la valuación se realizó judicialmente. En esto el régimen se asimila al de las SRL. Los estados contables deberán contener una nota donde se exprese el mecanismo de valuación de los aportes en especie que integran el capital social. La Ley 27349 –de un modo original y diferenciado de lo que establece el artículo 50 de la Ley 19550– también prevé que los socios de las SAS pueden pactar prestaciones accesorias consistentes en prestaciones de servicios, que conformarán también “[...] aportes”. En este caso, la prestación de servicios, ya sea de socios, administradores o “proveedores externos” de la SAS, podrá consistir en servicios ya prestados o a prestarse en el futuro, y podrán ser aportados al valor que los socios determinen en el instrumento constitutivo o posteriormente por resolución unánime de ellos, o bien, el valor resultará del que determinen uno o más peritos designados por los socios también en forma unánime.

El instrumento constitutivo, por cierto, deberá indicar los antecedentes justificativos de la valuación, y las prestaciones deberán resultar del instrumento constitutivo y/o de los instrumentos de reformas posteriores, donde se precisará su contenido, duración, modalidad, retribución, sanciones en caso de incumplimiento y mecanismo alternativo de integración para el supuesto de que, por cualquier causa, se tornare imposible su cumplimiento. Sólo podrán modificarse de acuerdo con lo convenido o, en su defecto, con la conformidad de los obligados y de la totalidad de los socios. Adicionalmente,

se señala en la Ley 27349 que, si la prestación del servicio se encontrara total o parcialmente pendiente de ejecución, la transmisión de las acciones de las que fuera titular el socio que comprometió dicha prestación requerirá la conformidad unánime de los socios –imaginamos, el resto de ellos–, debiendo preverse, en su caso, un mecanismo alternativo de integración. Como puede advertirse, curiosamente, bajo el régimen de la Ley 27349 las prestaciones accesorias podrían, eventualmente, integrar el capital social.

Algo similar ocurre con los denominados aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital (que la Ley 27349 denomina “aportes irrevocables a cuenta de futura emisión de acciones”). Estos podrán mantener tal carácter por el plazo de veinticuatro meses contados desde la fecha de su aceptación por el órgano de administración de la SAS, el cual deberá resolver sobre su aceptación o rechazo dentro de los quince días del ingreso a la sociedad de parte o de la totalidad de las sumas correspondientes a dichos aportes.

### **5.7. El órgano de gobierno en la SAS**

La Ley 27349 indica que el órgano de gobierno de la SAS es, como ocurre en la SRL, la reunión de socios, cuyo régimen de funcionamiento debe ser establecido en el estatuto social. Conforme a lo expuesto, el instrumento constitutivo podrá establecer que las reuniones de socios se celebren en la sede social o fuera de ella, utilizando medios que les permitan a los socios y participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta deberá ser suscripta por el administrador o representante que se hallare presente en la sede social, indicándose la modalidad.

Sin perjuicio de lo expuesto, y en concordancia con lo que el artículo 159 de la Ley 19550 dispone respecto de las SRL –tipo básico sobre el cual se estructura las SAS, salvo en lo que hace a la representación de su capital, que es por medio de acciones–, son válidas las resoluciones sociales que se adopten por el voto de los socios, comunicado al órgano de administración a través de cualquier procedimiento que garantice su autenticidad (dentro de los diez días de haberseles cursado consulta simultánea a través de un medio fehaciente); o las que resultan de declaración escrita en la que todos los socios expresan el sentido de su voto. En las SAS con socio único las resoluciones del órgano de gobierno serán adoptadas dicho socio único, quien deberá dejar constancia de las mismas en actas asentadas en los libros de la sociedad. La comunicación o citación a los socios deberá dirigirse al domicilio expresado en el instrumento constitutivo, salvo que se haya notificado su cambio al órgano de administración.

## 5.8. El órgano de fiscalización en la SAS

La lógica indica que la SAS debe tener un órgano de fiscalización porque se trata de una sociedad que incluso puede ser unipersonal, y a la que se le exige un mínimo capital. De hecho, la Ley 27349 en su artículo 53 hace mención en el título al "órgano de fiscalización opcional". Sin embargo, el texto de la norma positiva no indica pauta alguna en este sentido, quedando la cuestión reducida a la disposición contenida en el artículo 49 de la Ley 27349, la cual señala que:

[...] los órganos de administración, de gobierno y de fiscalización, en su caso, funcionarán de conformidad con las normas previstas en esta ley, en el instrumento constitutivo y, supletoriamente, por las de la sociedad de responsabilidad limitada y las disposiciones generales de la Ley General de Sociedades N° 19.550, T.O. 1984 [...].

Pero ocurre que, entonces, debería recurrirse a las normas que resultan aplicables supletoriamente y que son las contenidas en la Ley 19550 en materia de SRL.

Sin embargo, esto no podría ser posible en la medida en que, a diferencia de lo que ocurre con la SRL, la SAS no es compatible con el régimen previsto en el artículo 299 de la Ley 19550, de donde la conformación de un órgano de fiscalización (tanto sindicatura como comisión fiscalizadora o consejo de vigilancia) en la SAS será –en todo los casos– absolutamente voluntario y, bajo ningún supuesto, será obligatorio.

## 5.9. El órgano de administración y la representación de la SAS

A diferencia de lo que ocurre con las SRL y las SA, en las cuales la Ley 19550 establece y denomina a los órganos de administración –gerencia y directorio, respectivamente–, la Ley 27349 no asigna un régimen denominativo y funcional típico al órgano de administración de las SAS –el texto legislativo establece que se trata indiscutiblemente de un "órgano"–, y, por lo tanto, los socios pueden escogerlo, estructurarlo y denominarlo como deseen. En efecto, señala el legislador que la administración y representación de la SAS estará a cargo de una o más personas humanas (socios o no), designadas por plazo determinado o indeterminado en el instrumento constitutivo o posteriormente. Debe designarse al menos un suplente, si se prescinde del órgano de fiscalización, y tanto las designaciones como las cesaciones de los administradores deberán ser inscriptas en el registro público. Como puede advertirse, la Ley 27349 no admite que, en el caso de las SAS, la

administración de la sociedad pueda estar a cargo de una persona jurídica privada –cuestión largamente discutida en doctrina– ya que tal función, en las SAS, está reservada exclusivamente a las personas humanas.

### **5.10. Los conflictos en la SAS y su resolución**

Bajo el régimen de la Ley 27349, en caso de que se suscitaren conflictos, los socios, los administradores y, en su caso, los miembros del órgano de fiscalización procurarán solucionar amigablemente el diferendo, controversia o reclamo que surja entre ellos con motivo del funcionamiento de la SAS y el desarrollo de sus actividades, pudiendo preverse en el instrumento constitutivo un sistema de resolución de conflictos mediante la intervención de árbitros. En caso de fracasar la búsqueda de una solución amigable del conflicto, o de no haber previsto los socios el régimen arbitral en el estatuto, se deberá recurrir a las disposiciones contenidas en el artículo 15 de la Ley 19550, debiendo transitar además –al menos en el ámbito de la Capital Federal– por la mediación obligatoria prevista en la Ley 26589.

## **6. A modo de cierre**

Hace algún tiempo, en una colaboración que efectué para una obra colectiva que trató sobre este nuevo tipo social introducido en nuestra legislación por la Ley 27349, sostuve que la comunidad jurídica –y en nuestro caso, específicamente, la comunidad jurídica del derecho societario– se encuentra inmersa –debo insistir en ello– en una verdadera revolución científica, en los términos concebidos por Kuhn, lo cual conlleva necesariamente un cambio de paradigmas.

El problema –como señalé entonces, y lo ratifico hoy– es que los cambios de paradigmas no se eligen. El momento del giro, que conforma la revolución científica propiamente dicha, representa una crisis muy profunda, ya que lo conocido es reemplazado por la duda, y no por otra certeza. La certeza aparecerá sólo cuando puedan consolidarse los nuevos paradigmas. Y eso no sabemos cuándo ocurrirá. Por el momento, simplemente se advierten algunos indicios respecto de lo que los operadores económicos y jurídicos requieren, y la sociedad –en su conjunto– exige.

Se ha señalado recientemente que la revisión constante de nuestros axiomas y postulados es una condición humana: empujar el límite de lo conocido y develar misterios. La pulsión del explorador nos lleva a navegar diferentes aguas, distintas maneras de hacer las cosas. Es probable que la

sensación actual sea de inquietud y ansiedad respecto de lo que vendrá y de lo que estamos construyendo en el ámbito del derecho societario, y de lo que en el mundo de los negocios también se construye y "ocurre" día a día.

Los conflictos sociales, el cambio en la lógica de las dinámicas globales de poder, los procesos productivos y económicos que modifican el eje de la acción y los recursos que necesitamos para sobrevivir, todo se concentra y potencia las nuevas formas colectivas de definir una identidad multidimensional que, además, produce efectos ubicuos y asincrónicos de forma constante.

En lo que hace al derecho comercial –o derecho empresario–, la realidad económica y social está en permanente movimiento generando procesos de cambio, de ahí que las estructuras societarias no pueden imaginarse ni concebirse como esquemas rígidos. Tampoco pueden encerrarse los conceptos o institutos societarios dentro de categorías preconcebidas o poco maleables. La empresa privada ha sido el factor de crecimiento, de desarrollo económico y de cambio social, más importante desde la primera Revolución Industrial hasta nuestros días. Y lo seguirá siendo, al innovar, producir tecnología cada vez más sofisticada y al generar instrumentos y mecanismos que cada vez cambian más rápido. Y el Derecho Societario debe acompañar esta realidad.

Y este acompañamiento no puede ser sino, desde una concepción flexible y no dogmática de las estructuras societarias, donde se acepte la innovación, las nuevas tecnologías, los nuevos y sorprendentes negocios, se respete ampliamente la autonomía de la voluntad, se acepte la diferenciación de diversos sujetos y estatutos legales conforme a los distintos modelos y envergadura de las empresas, y se avance –quizás– en una suerte de descentralización de la ley societaria hacia su complementación por diversas leyes especiales, regulando realidades diferentes y dando respuestas a necesidades cambiantes.

Del mismo modo, cualquier avance en este campo deberá contemplar lo relativo a la responsabilidad social empresaria, y el compromiso de las empresas con su entorno, persiguiendo –además del desarrollo de su propia actividad– un "propósito"; algo que parece haberse manifestado en este nuevo tiempo con intenciones de permanencia.

# Superficie y conjuntos inmobiliarios\*

Nelson G. A. Cossari\*\*

**Sumario:** 1. Derecho real de superficie. 1.1. Derecho real inmobiliario. 1.2. Dos planos del derecho de superficie. 1.3. Emplazamiento. 1.4. Legitimación. 1.5. Adquisición. 1.6. La adquisición por usucapión. 1.7. Transmisión. 1.8. Constitución forzada y transmisibilidad. 1.9. Subsistencia de la transmisión de las obligaciones. 1.10. Destrucción de la propiedad superficial. 1.11. Las obligaciones del superficiario. 1.12. Extinción. 1.13. Extinción de la propiedad superficiaria. 1.14. Efecto de la extinción. 1.15. Indemnización del superficiario. 2. Conjuntos inmobiliarios propiamente dichos. Propiedad horizontal especial. 2.1. Características. 2.2. Naturaleza jurídica. 2.3. Marco legal.

## 1. Derecho real de superficie

**Dr. Cossari:** Comencemos con el derecho real de superficie, el derecho real sobre el cual se fincaron muchas esperanzas y que todavía sigue un poco subutilizado.

Empecemos por su definición: es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el suelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este título y leyes especiales.

Ustedes saben que luego del Código de Napoleón, en el siglo XIX, el derecho de superficie fue expulsado del derecho positivo. La legislación decimonónica la veía como una forma de ofuscación de la propiedad. Un viejo resabio del antiguo régimen. Pero, sin embargo, en la misma Francia se la terminó aceptando jurisprudencialmente, interpretando el artículo 553

\* Adaptación presentada por el Dr. Nelson Cossari de su intervención oral realizada el 16/09/2025 en la sede del CECBA, en el marco del ciclo de conferencias "A 10 años del Código Civil y Comercial de la Nación: teoría, práctica y nuevos desafíos".

\*\* Doctor en Derecho (UCA). Decano de la Facultad de Derecho y profesor titular ordinario de Derechos Reales (UCA Rosario).



del Código. Y nos recuerdan algunos autores que en el Código Civil de Prusia (1794) y el de Austria (1811) fue regulado; y luego también en Bélgica, cuando se promulgan las leyes de superficie y enfiteusis en 1824.

Vélez, en su magnífica nota al artículo 2503 –que aún hoy, de alguna manera, resuena–, explicaba: “no enumeramos el derecho del superficiario porque en este Código no puede tener lugar”. Ofrece las razones por las cuales considera inapropiado que exista derecho de superficie. Y termina afirmando: “Hemos juzgado más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno”. Estos argumentos también conducirán a Vélez, en el artículo 2619, a prohibir la propiedad horizontal, que tiene su real génesis en la Edad Media, si bien se dice que los romanos lo ejercían en el monte Aventino, etc. La propiedad horizontal aparece en las ciudades amuralladas en la Edad Media, donde se necesita una propiedad dividida y, por eso, se dice que ahí está la génesis de la propiedad horizontal.

En el siglo XX: ¿qué ocurre? Se da un renacer del derecho de superficie. En realidad, es en 1900, los puristas dirían que todavía es en el siglo XIX, cuando el código alemán regula la superficie. Una nota de color: sólo que, previo al código alemán, el código japonés reguló la superficie y, a partir del Código Civil alemán, la superficie revive en los distintos derechos. Admiten la superficie, además de Alemania, Francia, España, Italia, Portugal, Bélgica, Suiza, Japón, Bolivia, Perú, Cuba, los códigos de Quebec de 1991, de Holanda del 1992, el Código Civil brasileño, y el Código Civil catalán, entre otros.

Mientras, en Argentina, el II Congreso Nacional de Derecho Civil (1937) se pronunció en contra del derecho de propiedad de superficie. Van a ser las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1985), con una gran actuación de Luis Andorno, recordado jurista rosarino, que le darán un gran impulso al derecho real de superficie. Así aparece en el proyecto de 1987, en el proyecto de 1993 y en el proyecto de 1998. Así, la doctrina comienza a ser favorable a la recepción del derecho de superficie.

Cuando el proyecto de 1998 establece el derecho de superficie, hubo muchos comentarios sobre qué bueno y útil sería tener derecho de superficie. A fines de 2001 aparece la Ley 25509 de superficie forestal, una ley que tenía como idea dinamizar la riqueza forestal y que, por cierto, en parte lo ha hecho, pero pudo haberlo hecho mucho más. Era una pésima ley en su redacción y, como dice Gabriela Vázquez, dictada en cierta manera de espaldas a la doctrina civilista. Es decir, en realidad no se realizó una consulta seria a gente que manejaba bien el tema del derecho de superficie. Fue una ley bastante criticada, con muchos problemas de redacción e interpretación. Esta ley fue tratada en las XIX Jornadas Nacionales de

Derecho Civil (2003), precisamente en Rosario, y se intentó sacar las mejores conclusiones para su interpretación.

El artículo 2114 establece que el derecho de superficie, derecho real de temporario, otorga el derecho a construir, plantar, forestar o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo. Es decir, está aceptado en forma amplia este derecho. No es únicamente la superficie forestal, como hablaba aquella ley que criticábamos, sino que habla de las construcciones, las forestaciones y todo lo plantado.

Algunos han afirmado: pero lo plantado y la forestación es más o menos lo mismo. ¿Es lo mismo? Algunos dijeron que no es exactamente lo mismo. Hay un artículo muy interesante de Jorge Alterini con Gabriela Vásquez, donde van haciendo toda una serie de remisiones, utilizando –muy común en Jorge Alterini– el diccionario de la Real Academia Española, y llegan a la conclusión que incluso una planta de tomates puede ser objeto del derecho real de superficie, aunque se especifique únicamente forestación. Así y todo, no hay dudas de que en el artículo 2114 tenemos los dos tipos de superficies: las forestaciones y plantaciones –que podríamos englobar bajo la categoría de superficie agraria–, y, por otro lado, la edificada. Hay países, como Italia, que únicamente admiten la edificada, por lo menos en el Código Civil.

¿Cuál es la idea económica detrás? El abaratamiento de los costos de edificación ante los cuantiosos precios del suelo, facilitando así el emprendimiento de grandes obras. Por ejemplo, se sabe que la Alemania devastada encontró en el derecho de superficie una magnífica herramienta para ser reconstruida. Otro ejemplo, Suiza: el Palacio de las Naciones Unidas en Ginebra está constituido sobre un derecho real de superficie, o bien ciudades como Berna, asentada prácticamente en el derecho real de superficie. En Francia, un ejemplo emblemático es la Torre Montparnasse en París, constituida sobre un derecho de superficie. Sin embargo, como advierten Díez-Picazo y Gullón, la incorporación del derecho de superficie en la ley no garantiza una recepción automática. Según estos autores, sólo se conseguirá “el despegue” del derecho de superficie –es decir, pasar del texto de las leyes a la práctica–, cuando cambie la mentalidad social que no concibe la propiedad de lo edificado disociada del suelo, ni acepta que, simplemente, pueda obtenerse una renta de él: la contraprestación del superficiario.

Es decir, si uno busca jurisprudencia española, no encuentra realmente muchos fallos sobre la materia. En algún momento, también busqué jurisprudencia en Portugal –ahora puede haber cambiado porque hace unos años que realicé la búsqueda–, y tampoco encontré gran cantidad de fallos sobre el derecho real de superficie. Tal vez la mentalidad latina implica que

queremos ser dueños de la tierra. Pero es peculiar que en la ciudad de Santa Fe –como hablábamos la semana pasada con el director del Registro de la Propiedad de Rosario– haya toda una serie de edificios importantes, al estilo de Puerto Madero, bajo la figura de concesión administrativa por treinta años. Y, en realidad, se podría haber elegido el derecho real de superficie. La gente lo ha comprado y lo ha pagado como si fuera a vivir ahí toda su vida, es decir, existe mercado también para eso. Yo creo que el mercado de este tipo de emprendimientos en superficie está más enderezado para grandes negocios o negocios importantes, y no para el común de la gente, por lo menos en el tipo de superficie que conocemos.

En 2018, el gobierno porteño proyectaba que el predio donde estaba el *shopping* Buenos Aires Design, cerca del cementerio de la Recoleta y que ahora reabrirá con otro formato, se estableciera bajo la forma de superficie.<sup>1</sup> No sé cuál fue la forma que en definitiva adoptó, pero sería interesante esa forma del derecho real de superficie porque tiene toda una serie de ventajas. Primero, porque es un derecho real que me permite dotar el derecho adquirido de la oponibilidad ante los terceros, propia de los derechos reales, y me confiere una mayor seguridad que una concesión administrativa, por cierto, o un simple derecho personal. Amplitud de destinos, como decíamos antes.

En este sentido, creo que es interesante poner en valor las conclusiones de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en las que, por unanimidad, se sostuvo que:

El derecho real de superficie es apto para abarcar múltiples finalidades económico-sociales, ya se trate de emprendimientos inmobiliarios, industriales, comerciales o productivos (v. gr., parques de generación de energía). Se trata asimismo de un instituto con una estructura jurídica adecuada para facilitar la concreción del derecho humano de acceso a la vivienda, con especial atención a las personas vulnerables. En ese sentido, puede ser de utilidad para el aprovechamiento de los inmuebles ociosos del dominio privado del Estado.

Es verdad, no estamos dando la propiedad plena, estamos dando un derecho de superficie por un plazo limitado. Tal vez cuando se habla de personas vulnerables, facilitar el derecho de superficie para que, si se

1. CASAS, M. X. (6 de julio de 2018). "Nuevos dueños y destino para el shopping Buenos Aires Design de Recoleta: el proyecto del Gobierno porteño". *Infobae*. <https://www.infobae.com/economia/finanzas-y-negocios/2018/07/06/nuevos-duenos-y-destino-para-el-shopping-buenos-aires-design-de-recoleta-el-proyecto-del-gobierno-porteno/>. De todas formas, habrá que ver si, en definitiva, se acude a esta figura o a una concesión configurada como derecho real administrativo, imitando este tipo de derecho real.

cumplen con determinadas obligaciones, renovar o no ese derecho. Es un instrumento interesante.

### 1.1. Derecho real inmobiliario

Se trata de un derecho real que recae sólo sobre cosas inmuebles, ya sea derecho de edificar, plantar o forestar. En las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en las que se trató este tema –la superficie forestal era la única en ese momento–, se sostuvo por amplia mayoría que el objeto del derecho real de superficie, en sus dos manifestaciones, recae sobre cosa inmueble, y que las plantaciones son cosas inmuebles por naturaleza. Se sostuvo expresamente esto porque hubo una ponencia con dos votos muy en minoría que expresaban que los árboles se transformaban en cosas muebles por la derogación del principio de accesión.

En rigor, con esta postura, en lugar de la hipoteca se constituye otro derecho real, por ejemplo, como la prenda. En última instancia, lo que estaba en discusión era la competencia de los escribanos. Ese era un poco el objetivo que estaba detrás de esa postura. Ahí, la mayoría sostuvo –y, más tarde, escribimos– que los árboles son inmuebles por naturaleza, ni siquiera por accesión, dado que se unen orgánicamente a la tierra y que, por lo tanto, si hubiera que gravarlos con derecho real de garantía sería el derecho real de hipoteca, y no un derecho real de prenda.

### 1.2. Dos planos del derecho de superficie

No lo dice tan claro el código como lo decía el proyecto de 1998, pero en rigor se diseñan dos maneras de la superficie, al igual que el código civil italiano.

La primera, el derecho de construir y hacer propio lo construido, o lo plantado o forestado; y, por el otro lado, el derecho de poder adquirir esa forestación, plantación o edificación ya existente en forma directa. Esta última contempla la posibilidad de adquirir una edificación, plantación o forestación ya existente.

Decíamos que la génesis puede ser distinta. Yo puedo, digamos, constituir el derecho real de superficie sobre una edificación, reservándome el derecho sobre el terreno; o puedo vender el terreno, y quedarme con el derecho de superficie; o podría enajenar a una persona el terreno, y a otra el derecho de superficie. Es decir, podría tener las tres maneras de constituirlo.

Cada vertiente, a su vez, lleva ínsita la otra. El derecho de construir, plantar o forestar lleva ínsito el de hacer propio lo construido, forestado o plantado.

Y cuando adquiero directamente lo ya construido, plantado o forestado, está también en germen el derecho a construir, plantar o forestar porque, en caso de destrucción –después lo vamos a ver–, existe la posibilidad de que yo reconstruya y vuelva a construir, vuelva a plantar, vuelva a forestar.

### 1.3. Emplazamiento

El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aún dentro del régimen de propiedad horizontal. Esto último, aún dentro del régimen de propiedad horizontal, es muy importante.

En las construcciones ya existentes, yo podría darle a un tercero sobre un inmueble de mi dominio la posibilidad de hacer nuevos pisos sometidos al derecho de superficie, o el propietario de un edificio de varios pisos podría, a mi criterio, constituir superficie sobre uno de ellos o sobre una unidad. Por amplia mayoría las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil concluyeron que: “El derecho de superficie sobre un inmueble afectado a propiedad horizontal (art. 2116) puede constituirse sobre partes comunes o sobre la unidad funcional”.

La superficie puede servir, asimismo, como cobertura real, es decir, de derecho real, del derecho de sobreelevación. El artículo 2016 dice que puede ser sobre construcciones ya existentes aún dentro del régimen de propiedad horizontal. Jorge Alterini indica que, la alternativa de que el derecho de superficie se pueda constituir sobre construcciones ya existentes aún dentro de la propiedad horizontal, tuvo como propósito dar cobertura al llamado derecho de sobreelevación como derecho real. El cual, una vez los requisitos legales cumplidos, podrá ejercerse en los sectores del espacio aéreo. Esto quiere decir que el derecho de sobreelevación queda subsumido dentro de la superficie en la medida que su objetivo es instalarse en una propiedad horizontal porque fuera de ella –si no es dentro de una propiedad horizontal– se identifica con las facultades que puede tener cualquier superficiario sobre el dominio común. Pero acá lo importante es que, en nuestro derecho (hay legislaciones, como la catalana, que lo tienen como un derecho real aparte de la superficie), podemos otorgarle a este derecho de sobreelevación –que es un derecho personal– las garantías que da el derecho real, y la posibilidad de darle a un tercero ese derecho real de superficie, para que él pueda sobre elevar y construir. Asimismo, esto también puede constituir un desplazamiento de la responsabilidad si hay después daños, etc.

En las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil se dijo que el derecho de superficie es el medio idóneo para garantizar el derecho de sobrelevar o subedificar a los efectos de darle la debida oponibilidad a terceros. El derecho real de superficie puede ser utilizado para brindar protección al adquirente de unidades funcionales futuras. Ello tuvo una amplísima aceptación con un solo voto en contra. En suma, el derecho de superficie da cobertura a la sobreelevación o, en su caso, a la subedificación. Esta última es mucho más porque siempre existe el problema de los cimientos, pero puede ser de esa manera.

Ahora bien, cuando ya hay una propiedad horizontal constituida, debemos tener en cuenta que los techos, azoteas o los patios solares son cosas comunes, como también el espacio aéreo aprovechable sobre el edificio y el terreno. Por lo tanto, ahí se impone el requisito de unanimidad de todos los consorcistas. Puede ser que el constructor o el desarrollador ya tuviera en mente elevar nuevos pisos, e incluyera esa posibilidad y la cobertura como derecho de superficie en el reglamento de propiedad. Y allí la unanimidad la da la firma del reglamento, tanto en el origen del reglamento como en la adhesión al mismo, que realizan los futuros adquirentes al incorporarse al consorcio.

La unanimidad se puede también deducir del artículo 2052:

Si la mejora u obra nueva, realizada por un propietario o por el consorcio sobre cosas y partes comunes, aun cuando no importe elevar nuevos pisos o hacer excavaciones, gravita o modifica la estructura del inmueble de una manera sustancial, debe realizarse con el acuerdo unánime de los propietarios.

Así, este artículo también es invocable para deducir la necesidad de unanimidad.

En tal sentido, las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil afirmaron nuevamente con una única solitaria, y no fundada, disidencia que la constitución del derecho de superficie, en cuanto derecho de construir, sobre la unidad funcional en la propiedad horizontal clásica u ordinaria, requiere el consentimiento unánime de los propietarios. En la propiedad horizontal especial puede constituirse por la sola voluntad del titular de la unidad funcional (ya que el terreno es una parte privativa) con los límites dispuestos por el reglamento.

¿Qué ocurre con la nueva construcción resultante? Bueno, no está previsto. El Código Civil de Portugal establece que, una vez levantada la obra, son aplicables las reglas de la propiedad horizontal, pasando el constructor a ser condómino de las partes comunes del edificio, es decir, se integran en nuestro derecho. Habrá que atenerse, en principio, a lo convenido en general, y ver en el título –de gran importancia– cómo se van a reglar después

los derechos. En general, si las nuevas unidades están dentro de la misma estructura del edificio, debe ser, así parece, el mismo reglamento. A lo mejor, podríamos distinguir subconsorcios.

También podría suceder que el edificio originario esté emplazado en un solar mucho más grande, donde todavía se permite municipalmente –las reglas y las ordenanzas– construir otro edificio. En ese caso, tal vez se podría prever que, en ese momento, se separasen las propiedades horizontales, si las ordenanzas municipales o leyes de ordenamiento territorial lo permitieran.

Deseo resaltar un tema bastante discutido: ¿puedo constituir yo derecho de superficie sobre mi unidad funcional? Yo tengo el 4º D, ¿puedo sobre el 4º D constituir derecho de superficie? Para responder, voy a distinguir la propiedad horizontal común de la propiedad horizontal especial.

En el primer caso –superficie sobre unidad funcional en propiedad horizontal común–, nos referimos al derecho de superficie sobre una unidad ya construida, para usar y gozar de esa unidad conforme al derecho de superficie. Nosotros consideramos que es posible constituir superficie dado que nuestro derecho habilita la superficie directamente sobre un inmueble ya construido; y el titular del derecho real de propiedad horizontal puede constituir superficie conforme el artículo 2118. Puede invocarse también el artículo 2045 de propiedad horizontal: cada propietario puede, sin necesidad de consentimiento de los demás, enajenar la unidad funcional que le pertenece o sobre ella constituir derechos reales o personales. Si puedo constituir usufructo, ¿por qué no puedo constituir superficie? La superficie gravaría la unidad funcional en la extensión del artículo 2039 de propiedad horizontal. Las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil dijeron que el derecho de superficie sobre un inmueble afectado a propiedad horizontal puede constituirse sobre partes comunes o sobre la unidad funcional. Ahí la mayoría fue también muy grande, y sólo hubo algunas pocas disidencias.

¿Por qué la pregunta es esta? ¿Tiene sentido recurrir a la superficie a cambio de, por ejemplo, el usufructo? A primera vista, podría parecer bastante similar si yo, en lugar de hacer propiedad superficiaria sobre la unidad 1º D, hiciera un usufructo sobre el 1º D. Sin embargo, las facultades del superficiario son más amplias: puede hipotecar la propiedad superficiaria, a diferencia del usufructuario. Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2015), celebradas en Bahía Blanca, que abordaron el usufructo, ratificaron que el usufructuario no puede hipotecar la superficie. La superficie también se transmite a los herederos de su titular, a diferencia del derecho real de usufructo. Los plazos máximos de constitución hacen también verosímil que excedan la vida del titular, si es persona natural y tiene cierta edad. Y, al no pender sobre este derecho real, la causal de extinción por muerte,

en caso de personas humanas, brinda una mayor seguridad. Entonces, a nosotros nos parece que, efectivamente, es una solución adecuada. Por cierto, siempre se echan en falta la ausencia de una reforma legal que aclare expresamente estas cuestiones. Porque entonces, siempre corremos el riesgo de caer en manos de un juez a quien, en algún momento, se le ocurra decretar la nulidad y decir “no, no se puede”, y admitir una opinión minoritaria que encuentra en la doctrina.

La superficie como derecho a construir es un punto bastante difícil. Digamos que se puede hacer sobre una unidad funcional que uno tiene en propiedad horizontal porque verosimilmente está construida. Uno podría pensar, sobre todo, en lo que nosotros llamamos en Santa Fe –coloquialmente– departamentos de pasillo. Si uno lee los diarios de la Ciudad de Buenos Aires, suelen referirse a “PH”. Cuando uno lee que hablan de PH en esas publicaciones, se están refiriendo a las casas que tenían varios departamentos en pasillo, pero siempre sigue siendo propiedad horizontal. ¿Qué ocurre si ese departamento se hubiera destruido? La reconstrucción podría ser posible. ¿Y por qué no hacer la reconstrucción bajo derecho de superficie? También podría ser.

De cualquier manera, si lo estamos pensando como lo clásico, para que yo pueda constituir derecho de superficie en cuanto derecho a construir sobre mi unidad funcional, la clásica ordinaria requiere el consentimiento unánime de los propietarios –será el caso común–, salvo en el caso excepcional anterior –aquí estamos pensando en que se va a constituir sobre mi unidad un derecho real de superficie para sobreelevar–. Pero, si yo en mi departamento de una planta, no puedo construir hacia arriba –ni subedificar–, tampoco podría dar un derecho de superficie (es un poco lo que se tiene en la imaginación cuando se planteó esta hipótesis).

En cuanto al otro caso –la propiedad horizontal especial–, como los clubes de campo, no existe inconveniente en conferir el derecho de superficie en sus dos variantes sobre la unidad funcional, es decir, tener el derecho a plasmar la propiedad superficiaria y hacer propio lo hecho, o bien adquirir lo ya existente en superficie. Las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2024) establecieron que la constitución de derecho de superficie, en cuanto a los derechos de construir en la propiedad horizontal especial, puede constituirse por la sola voluntad del titular de la unidad funcional, ya que el terreno es una parte privativa, siempre en los límites dispuestos por el reglamento. Esto en una resolución con una sola disidencia.

Otro punto que señalar es el de la constitución de la superficie que puede ser sobre todo el inmueble o sobre una parte material del mismo. Vimos que el Código dice que se puede constituir sobre todo el inmueble, sobre

una parte materialmente determinada. Recuerden que en 1983 se permitió constituir derecho real sobre una parte determinada y en un mismo inmueble lo que permitía coexistir, en una parte, un derecho real de superficie, y en otra, un derecho real de usufructo. Esta posibilidad llevó a que, en las ya citadas XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se concluyera por unanimidad que es innecesaria la confección de un plano de mensura en el caso de que la superficie recaiga sobre todo el inmueble. Si está recayendo sobre todo el inmueble, ¿para qué vamos a necesitar un plano de mensura? Si cayera sobre una parte materialmente determinada tendría sentido, pero caso contrario, realmente no tiene sentido.

La extensión del inmueble afectado está determinada en el artículo 2116, segunda parte: la extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, pero debe ser útil para su aprovechamiento. Esto es para evitar tener que constituir servidumbres y otros derechos reales, además de la superficie.

Las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil afirmaron por unanimidad que la afirmación de que la superficie

[...] pueda destinarse a lo que sea 'útil para su aprovechamiento' (art. 2116) no desmiente la necesidad de una construcción, plantación o forestación principal -actual o futura- a la cual esa porción material quede afectada a su beneficio.

En realidad, me parece que esto cae de cajón. Si no existe posibilidad de ejercer este derecho real de construir, forestar o edificar -ya sea en un caso actual o futuro-, todo el resto carece de sentido. Por eso considero que la afirmación, a la que oportunamente adherí, resulta casi de Perogrullo.

En cuanto a los plazos, se prevén dos plazos: setenta años cuando se trata de construcciones y cincuenta años para forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie. El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda los plazos máximos. Se descarta la perpetuidad. En Portugal, Italia puede ser perpetuo; Suiza, cien años; Cataluña, noventa y nueve años; Brasil es interesante porque dice que la superficie es temporal, pero no le fija plazo máximo, con lo cual algunos autores brasileños dicen podría ser un plazo enormísimo porque, justamente, no está fijado.

Si se fija un plazo superior al legal, o bien si no hubiese plazo, la doctrina entiende que queda reducido al plazo máximo posible. Ello en consonancia con el artículo 2000 para los convenios de suspensión de partición: "Si la convención no fija plazo, o tiene un plazo incierto o superior a diez años, se considera celebrada por ese tiempo". Esto se suma a las soluciones dadas

para el usufructo (art. 2152) y las servidumbres reales (art. 2165, segunda parte) y servidumbres personales (art. 2182 inc. c), especialmente para personas jurídicas) Es decir, se opta siempre por el plazo más amplio

¿Desde qué momento se cuenta el plazo? Este es un tema que presenta dudas. Los Alterini –porque es la obra de Jorge Alterini, con Ignacio y María Eugenia Alterini–, dicen “desde la fecha del título” porque consideran el artículo 1914: este dice que la posesión se presume que comenzó en la fecha del título, y así lo utilizan extensivamente. Ahora bien, otros autores discrepan porque para adquirir el derecho tiene que haber título y modo. Kiper, Mariana de Vidal y Adriana Abella agregan la inscripción registral, pero concierne a los terceros interesados de buena fe. Nosotros opinamos que entre las partes el plazo debe computarse a partir del momento en que se reúne el título y modo dado que, desde ese momento, se constituye el derecho real.

Con respecto a los terceros, es razonable tomar la fecha del título inscripto, dada la incertidumbre que implicaría para ellos tratar de establecer la fecha cierta en que la tradición se sumó al título. Y tal directiva sólo se daría ante pruebas indudables que el tercero conoció –o debió conocer– sobre la entrega del inmueble a los fines de la superficie que se hizo en un momento dado. Parece que lo lógico es presumir que el plazo corre a partir de la fecha del título, pero si yo pruebo que no hubo tradición en esa fecha, en realidad el derecho de superficie todavía no existe.

El plazo puede ser prorrogado siempre que no se excedan los plazos máximos. En este punto, surge una división de doctrina importante en el tema. Nosotros entendemos –junto con Alterini, Gabriela Vázquez y otros autores– que lo importante es desde el momento que yo pacto, el plazo en adelante nunca debe tener un horizonte mayor al plazo legal. Es decir, puedo ir renovando todos los años ese plazo siempre que, si fuera construida, no tenga más de setenta años por delante, y si fuera agraria, cincuenta. En sentido contrario, entre otros autores se han manifestado Marina Mariana de Vidal y Adriana Abella quienes entienden que el plazo no se puede prorrogar más allá del máximo.

En cambio, yo opino que esa prórroga no podría afectar a terceros que tuvieran inscriptos derechos, embargos, anotaciones de litigios, etc. Y no veo la razón por la cual no se puede hacer. Si a los diez años quisiera tener nuevamente todo el plazo máximo por delante, tendría que extinguir el derecho y volver a constituir uno nuevo cada vez. No me termina de convencer, pero si uno, de modo exegético, se detiene en la letra de la ley pura, pareciera que no podría exceder esos setenta o cincuenta años. Sin embargo, es una solución inadecuada que necesita una interpretación progresista.

En las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil las opiniones estuvieron bastante divididas. Le voy a pedir al escribano D'Alessio, quien fue uno de los firmantes del despacho mayoritario, que me conceda que hubo una especie de "empate técnico", porque el resultado fue 28 a 25.

*Despacho de mayoría:* aun en caso de prórroga, debe interpretarse que el derecho real no puede tener una duración mayor que el plazo legal contado desde la constitución originaria. *Firmantes:* Alicia Puerta de Chacón, Carlos A. De Rosa, Liliana Abreut de Begher, Martín Darío Benítez, Roberto Boqué, Pablo Enrique Bressan, Domingo C. Cura Grassi, Juan Carlos Dallaglio, Miryam Adriana Farina, María Florencia Franchini, Mariana Hefling, Juan Pablo Mele, Ana Cristina Krekczza, Fernando Márquez, Martín L. Gallo Tagle, Victoria S. Masri, Ana María Palomanes, Jorge C. Resqui Pizarro, Daiana Siciliano, María Laura Szymanski, Mario Arturo Zelaya, Gabriela Iturbide, Alejandro Javier Barreiro, Marianela Desages, Carlos D'Alessio, Julio Ramos Vardé, Diego Fiorentino, Vanesa Pacheco (28 votos).

*Despacho de minoría:* en las renovaciones convencionales del plazo, el máximo legal debe computarse desde cada acto de renovación. Esta directiva no se aplica en el supuesto de renovaciones automáticas (art. 2117 in fine, Código Civil y Comercial). *Firmantes:* María Eugenia Alterini, Francisco J. Alterini, Nelson G. A. Cossari, Leandro R. N. Cossari, Juan J. Guardiola, Gabriela A. Vázquez, Pedro M. R. Pérez, Marcela H. Tranchini, Marcelo A. Pepe, Irene Pujol de Zizzias, Jorge Raúl Causse, Marina C. Zuvilivia, Victoria Urtubi, Fabián Navarro de Zavalía, Hilda Elena Fernández, Marcelo Chávez, José María Orelle, Ignacio de Garay Lanús, Belén Masci, Alejandro Iriarte, María T. Acquarone, Martha Linares de Urrutigoity, Luis Osvaldo Daguerre, Carolina Vanesa Rosas, Pablo Adrián Ruscio (25 votos).

Convengamos que, por lo tanto, aquí se produjo un empate técnico.

Ahora bien, desde el punto de vista del abogado, yo no le voy a recomendar a un escribano que se confíe en la posibilidad que sostengo doctrinalmente, porque yo no sé cómo va a fallar un tribunal civil, si alguien impugna esta renovación. Es cierto que un destacado autor cuando habla de estudio de títulos afirma que, si había dos posturas y el escribano tomó una, es similar al juez de primera instancia cuya sentencia es revocada por la cámara. ¿Vamos a decir que el juez de primera instancia es responsable? Si es que tomó una de las soluciones posibles no puede ser responsable. Pero convengamos que uno, como escribano, lo que menos quiere es ser citado a un juicio, y menos como demandado. En todo caso, el escribano deberá explicitar a las partes la existencia de ambas posturas, y si las partes insisten en hacer el negocio sólo autorizarlo en ese momento, dejando debida constancia de lo informado y las razones de lo dictaminado. Sin embargo, convengamos que lo más práctico es una reforma del legislador que aclare

el asunto, máxime si no vemos razones para la solución que surgiría *prima facie* de la letra de la ley, a la que no le vemos razonabilidad.

#### 1.4. Legitimación

¿Quiénes están facultados para constituir el derecho real de superficie? Los titulares de dominio, condominio, propiedad horizontal. Puede tratarse del derecho de dominio de particulares o, siendo del Estado, de su dominio privado. No hay duda en eso. Pero Carlos De Rosa, en un meduloso artículo publicado en *La Ley*, trae a colación el artículo 9, inciso g), de la Ley 27328 de propiedad coparticipada, que permite que el aporte del contratante que pueda efectuar durante la vigencia del contrato –en este caso, el Estado– consista en la constitución de derechos de superficie sobre bienes del dominio público o privado. Las XXIX Jornadas Nacionales sostuvieron por unanimidad que “los inmuebles de dominio público estatal pueden ser objeto del derecho real de superficie siempre que se cumplan con las reglas y principios del derecho administrativo (v. *gr.*, art. 9 inc. g, Ley 27328)”. Es decir, el derecho administrativo aplicable debería permitir hacerlo. Con anterioridad a esta ley, nosotros opinábamos que la solución atendible era la del Código portugués: de acuerdo con este, al dominio público se le aplican analógicamente las normas de la superficie en todo lo que no esté previsto en el derecho administrativo. A la luz de esta ley, y dentro de ella, sería posible.

¿Está legitimado el condómino? Existe consenso en que el condómino no puede constituir un derecho de superficie sobre su parte indivisa porque se entiende que no es compatible con la naturaleza de esta última. Tampoco puede constituirlo por sí sobre toda la cosa porque es un acto de disposición jurídica que necesita el consentimiento unánime de todos los condóminos. Desde el punto de vista del superficiario, nada impide que la superficie se constituya por partes alícuotas o ideales a favor de dos o más personas –una cosuperficie–. Y a esto se le aplican las normas del condominio porque el Código –en la parte de condominio– establece que, en los casos donde no es condominio, estas normas rigen subsidiariamente a todos los demás casos de comunión de derechos.

#### 1.5. Adquisición

En lo que concierne este punto, es necesario señalar varios temas. El derecho real de superficie, de acuerdo con el Código, se constituye por

contrato oneroso o gratuito. Bastaba decir contrato porque estos pueden ser onerosos o gratuitos. ¿Por qué decir contrato oneroso gratuito? Lo copiaron de la ley de superficie forestal que aclaraba innecesariamente que el contrato podía ser oneroso o gratuito.

El contrato que recae sobre un inmueble debe ser escritura pública. Al ser oneroso, se le aplicará en el contrato el subsidio a las normas de compraventa y, de ser gratuito, las normas de la donación.

En las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, por unanimidad se afirmó que

Dada la multiplicidad de finalidades que pueden alcanzarse con el derecho de superficie, la autonomía de la voluntad es fundamental al tiempo de delinear el contenido del derecho real y establecer los derechos y deberes de las partes (arg. art. 2114 in fine, Código Civil y Comercial).

En esas mismas jornadas y por unanimidad se dijo que “para la redacción del título, es de buena práctica integrar los conocimientos teóricos con los pragmáticos del ejercicio profesional, incluso en aspectos interdisciplinarios”. Es decir, tal vez si es una construcción, uno tiene que consultar también con ingenieros o arquitectos sobre qué obligaciones tengo que poner en ese contrato de superficie, si es una superficie agraria con un ingeniero agrónomo. Pero, en realidad, aquí tiene preponderancia el escribano que hace la escritura pública. Depende del escribano poder hacer, dar o aceptar, todo ese asesoramiento y no sólo volcar las cláusulas usuales o lo que los contratantes quieren.

## **1.6. La adquisición por usucapión**

El artículo 2119 dice: “No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título”. Esto es, primero dice que no se puede adquirir por usucapión, pero después, al contrario, que sí la puedo adquirir por la usucapión breve. Es una pésima solución legal. ¿Por qué? Porque el justo título es un supuesto de alcance muy limitado: se define como aquel que reúne todas las formalidades exigidas para la transmisión del derecho real, pero que emana de una persona incapaz o no legitimada al efecto (por ejemplo, quien no es dueño). Asimismo, tiene que ser de buena fe y, para ser de buena fe, tiene que haber un estudio de títulos, etc. Y puede suceder que, por ejemplo, no sea consciente que soy de mala fe, pero lo soy porque no cumplí con todas las obligaciones que tendría que haber cumplido –podría haber advertido que la persona que me transmitió no tenía derecho, y entonces no tengo

buena fe-. Y esto es un problema. Las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en Santa Fe, declararon, en mayoría, que se recomendaba admitir la prescripción adquisitiva larga para la adquisición de la propiedad superficiaria. La minoría afirmó, de *lege ferenda*, admitir la prescripción adquisitiva larga siempre que el prescribiente cuente con un título insuficiente emanado del propietario. Estimo que quienes lo propusieron, sobre todo la estimadísima Dra. Irene Pujol, consideraban que tiene que haber algo que dé sustento, aunque sea un título absolutamente irregular (por ejemplo, un boleto de compraventa de superficie), algo que diga cuáles son los límites de la superficie. Sin embargo, lo que sucede con la prescripción larga llamada extraordinaria, pero que es la más común, es que sirve como un remedio necesario que se advierte útil para todo derecho real, con lo cual excluirla es un defecto de la ley. Nosotros, al analizar la Ley 25509 de superficie forestal, por los principios generales, llegamos a que era admisible, pero hay un problema con esta normativa.

Las XXIX Jornadas Nacionales volvieron entonces a afirmar:

*De lege ferenda*, se reitera la recomendación de la conclusión 4ª de la comisión de derechos reales de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 2019: "Mayoría: Se recomienda admitir la prescripción adquisitiva larga para la adquisición de la propiedad superficiaria".

La resolución mayoritaria, a la que esta vez adhirió Irene Pujol, sólo tuvo un voto en contra y un par de abstenciones.

Ahora bien, la pregunta siempre es si puede prescribir todo el dominio: ¿en qué cabeza cabe que va a prescribir nada más que el derecho de superficie? Pero, a lo mejor, la base de mi derecho está impidiendo que yo adquiera toda la propiedad porque está claro que yo siempre creí que era titular de la superficie, incluso puede ser que tenga un justo título, pero no tengo buena fe porque emanó de un no dueño. Entonces, la prescripción larga siempre ayuda a sanear el título; y es el único derecho real principal donde no tenemos la posibilidad de prescripción lo que, realmente, es una anomalía que no debió haberse cometido.

## 1.7. Transmisión

Acá aparece otro tema controvertido. ¿El derecho de superficie se constituye y puede transmitirse por acto entre vivos o por causa de muerte? En realidad, creo que el legislador tuvo en cuenta la transmisión *mortis causa* y no la constitución por testamento. Sin embargo, nosotros pensamos que es posible el testamento. No existe el óbice que tenía el artículo 8 de la Ley 25509 que

decía que se extinguía por el vencimiento del plazo contractual, es decir, que era únicamente constituido por contrato. Y consideramos que no hay problema en testar a favor de alguien el derecho de superficie, y a favor de otro el derecho dominio. Por lo cual, en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, propugnamos que se acepte el testamento por los principios generales. En esas mismas jornadas, en el despacho de mayoría (30 votos) se afirmó:

Es viable la constitución por testamento del derecho real de superficie, ya que “a la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto” (art. 1892 *in fine*, Código Civil y Comercial). Cuando la ley pretende que la fuente sea únicamente contractual lo prevé expresamente (arg. vocablo “sólo”, art. 2185, Código Civil y Comercial).

En cambio, la minoría (23 votos) dijo:

El testamento no puede ser fuente del derecho real de superficie, por no estar contemplado como tal por el art. 2119 del Código Civil y Comercial. Debe distinguirse la constitución del derecho real de su transmisión –en la que sí se admite– y está en juego la estructura legal (art. 1884, Código Civil y Comercial).

Si regresamos a un planteo anterior con respecto a la prórroga del plazo, me pregunto: ¿yo, escribano, haría ese testamento? Si un escribano me pregunta, ¿qué le diría? Le contestaría: “mire, gran parte de la doctrina dice que sí, que es posible y pertinente. Yo opino que sí, pero también, sin embargo, hay muchas doctrinas que dicen que no”. Además, hay nombres de peso en ambos lados. Con lo cual, repetimos: si no hay un derecho real totalmente bien perfilado, hay determinadas soluciones que serían valiosas, pero que no se llevarán a cabo por las dudas que conllevan. Hay quienes piensan que, en un testamento, no se podrían consignar todas las cláusulas que debería tener un derecho de superficie y, por eso, entienden que no sería pertinente hacerlo por testamento. Pero lo cierto es que no se advierten motivos de peso para restringirlo, ni tampoco que sea imposible. De ahí que, esa mayoría en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (con sólo un voto en contrario) dijo que, de *lege ferenda*, “es recomendable aclarar o incorporar de forma expresa aquella posibilidad”. Y agregó: ya sea para aclararlo para los que pensamos que de *lege data* es posible, ya sea para autorizarlo para quienes opinan que la actual legislación no lo admite.

## 1.8. Constitución forzada y transmisibilidad

Algunos autores sostienen que el derecho de superficie puede constituirse forzosamente. Por ejemplo, se extingue la hipoteca por consolidación,

pero como no fue por vencimiento del plazo, subsiste una hipoteca sobre la superficie separada del suelo, y se ejecuta esa hipoteca sobre esa superficie en forma separada. Entonces ahí se estaría constituyendo forzosamente.

En cuanto a la transmisibilidad, puede ser transmisible por acto entre vivos o por causa de muerte. Si es transmisible, es susceptible de embargo y de ejecución por los acreedores. ¿Puede limitarse la transmisibilidad del derecho de superficie? Marini de Vidal admite la posibilidad de pacto en contrario, al menos para acto entre vivos, que entiende que debe ser expreso por no ser la transmisibilidad la esencia de este derecho. Y, más tarde, Marini de Vidal ha dicho que le parece posible que se sujete la transmisión al consentimiento del propietario del suelo. Ahí se satisface el interés del nudo propietario. No parece estar prohibido de plano, sino sujeto a una autorización que, en caso de ser denegada sin justificación, podrá ser removida por el juez.

Las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, con una sólida mayoría, a la que adherimos, concluyeron: “En la transmisión de la propiedad superficiaria rigen los arts. 1906 –transmisibilidad de los derechos reales– y 1972 –cláusulas de indisponibilidad– del Código Civil y Comercial”. Allí tenemos la valiosa disidencia del escribano D’Alessio.

Cabe acotar que el problema que a veces tienen las jornadas nacionales es que, con frecuencia, el tiempo apremia para redactar las conclusiones, y se suele insistir que deben concluirse para poder presenciar los paneles. Y estos son importantes, pero mucho más importante –la esencia de las jornadas– es el debate en comisión y las conclusiones. Recuerdo una vez, en una jornada nacional de derecho civil, que formábamos parte de la comisión de derechos reales que trataba la vivienda. Se nos apremiaba para que entregáramos las conclusiones y, cada cinco minutos, venían a insistir. Y en un momento Jorge Alterini, presidente de la comisión, ordenó cerrar la puerta y que nadie entrara hasta que no terminásemos de redactar correctamente las conclusiones.

Así que, en definitiva, creo que ese debería ser el punto de la jornada nacional de derecho civil. Lo que ocurre es que muchas veces los paneles son de interés para los estudiantes, los profesionales que no han presentado una ponencia, o el público en general.

### 1.9. Subsistencia de la transmisión de las obligaciones

La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario. Con el régimen actual, cuando se transmite su derecho, el superficiario adeuda algún *solarium* (este término designa el precio de la superficie, la

contraprestación que se paga, el nombre técnico se da en la doctrina, pero acá no se ha utilizado prácticamente *solarium*); el transmitente seguirá obligado a su pago y, a su vez, el adquirente quedará también obligado, en virtud del art. 2123, primera parte (incluso se invoca la aplicación del art. 1937). Las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil por amplia mayoría, con dos abstenciones, sostuvieron que: “la primera parte del art. 2123 del Código Civil y Comercial admite pacto en contrario”. Es decir, se podría transmitir con un pacto en contrario, por supuesto, con la anuencia de quien llamaremos “nudo propietario” –que conserva la propiedad del terreno–, para que esas obligaciones no se transmitan al adquirente.

¿Qué facultades tiene el superficiario? ¿Qué facultades jurídicas posee? Transmitir el derecho de superficie, constituir derechos reales de uso y goce. Puede constituir usufructo, uso, habitación, servidumbre, garantías reales. En cuanto a la hipoteca, también lo dice el artículo 2206: puede constituir hipoteca no sólo sobre la propiedad separada, sino también sobre el derecho a construir, plantar o forestar. Esto es muy importante porque es en ese momento que más se necesita un crédito. Lo que está en discusión es si, al hipotecar mi derecho a construir, forestar o plantar, la hipoteca se desplaza hacia lo resultante cuando se construye, foresta o planta, quedando esto hipotecado. Para Mariani de Vidal, si bien sería conveniente preverlo de forma expresa en la escritura, hay un desplazamiento hacia la construcción, forestación o plantación resultante. Esa es su opinión. En cambio, Papaño, Kiper, Dillon y Causse, al analizar la superficie forestal de la Ley 25509, entienden necesario que se encuentre contemplado –tanto en el acto constitutivo del derecho de forestar, edificar o plantar como en el de la afectación hipotecaria– que el gravamen se traslade a lo resultante y que ello tenga reflejo registral. En suma, es prudente que conste esta posibilidad expresamente en la escritura de la hipoteca para evitar ulteriores discusiones.

En cuanto a la anticresis, el artículo 2120 establece derechos reales de garantía, en plural, y el artículo 2213 permite constituir anticresis al titular del derecho real de superficie. Nosotros opinamos que ya era posible el derecho real de anticresis sobre esa propiedad superficial en el régimen de la Ley 25509. En igual sentido se pronunciaba Mariani de Vidal; y Kiper sostenía que la anticresis cuesta imaginarla sobre el derecho a edificar, forestar o plantar, pero que se torna viable sobre lo ya construido, forestado o plantado. Los Alterini expresan que debe considerarse posible sobre ambos planos del derecho, aunque claramente el inmueble producirá frutos una vez que nazca la propiedad superficiaria. Es decir, una vez más, para promover el crédito es útil sostener que la anticresis pueda recaer sobre el derecho a construir, forestar o plantar.

Al referirse a garantías reales, en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil se sostuvo que, cuando el derecho real de garantía recae sobre el derecho de superficie, queda satisfecha la especialidad en cuanto al objeto si se especifica el título del derecho de superficie (fuente), la persona del superficiario (titular), el inmueble sobre el que recae la superficie (objeto), la extensión de las facultades que confiere (contenido) y la duración de la superficie (extinción) (arg. art. 1884, CCCN).

Respecto al régimen de protección de vivienda, en esas mismas Jornadas Nacionales, se afirmó por unanimidad –y estamos plenamente de acuerdo– que la propiedad superficiaria puede afectar al régimen previsto por los artículos 244 y siguientes, es decir la protección de la vivienda. Por supuesto, si se dan los requisitos de los artículos 244 y siguientes, ello obedece a que la propiedad separada es análoga a un dominio revocable y, además, el Código habla del titular registral como sujeto afectante, y el superficiario es titular registral. El superficiario también puede constituir derechos personales, como locación, comodato, etc. Y, además, como todo titular de derecho real que se ejerce por la posesión, tendrá las acciones posesorias y las acciones reales correspondientes.

El artículo 2120 segunda parte tiene una facultad de gran relevancia: el superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario, excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario. Lo primero que se debe destacar es un tema terminológico. “Propiedad” es un término muy inclusivo, pero cuando hablamos de propiedad horizontal entendemos la propiedad horizontal común, es más, en la doctrina, a aquella que es sobre el conjunto inmobiliario, la hemos llamado “propiedad horizontal especial”. Para distinguir esta “propiedad horizontal”, entonces, creo que sería necesario hablar de propiedad horizontal superficiaria o, si se prefiere, de superficie en propiedad horizontal. Ahora bien, esto es muy interesante porque yo puedo levantar propiedad horizontal excepto si existe un pacto en contrario, es decir que se podría pactar en contrario; pero, si no es el caso, puedo levantar en propiedad horizontal y después enajenar las unidades resultantes en superficie, constituir sobre la misma derechos reales sobre cosa ajena, etc. Y todo esto, sin necesidad del consentimiento del propietario.

No obstante, entendemos que, si la norma admite pactar en contrario, también podría pactarse que no se puede hacer esto sin el consentimiento del propietario porque quien puede lo más, puede lo menos. Es decir, si

yo para afectar la propiedad horizontal puedo pactar en contrario que no se haga, también se puede pactar que, para enajenar, necesite el consentimiento del propietario.

El adquirente de unidades en propiedad horizontal superficiaria, como todo superficiario, podrá grabar la misma con derechos reales de garantía (artículo 2120, primera parte). También derechos reales sobre cosa ajena de goce como usufructo, uso, habitación y servidumbre. Puede, asimismo, transmitir su derecho de propiedad horizontal superficiaria, y los derechos constituidos se extinguirán –de no haberlo hecho antes– por las causales propias al cumplimiento del plazo convencional o legal de la superficie. Así que, si tengo un dominio común, constituyo a favor de un tercero propiedad horizontal superficiaria. Cada una de esas unidades superficiarias resultantes en propiedad horizontal, las enajeno. El que la adquiere puede constituir usufructo, y el usufructuario puede arrendarlo. ¿Qué ha quedado de Vélez Sarsfield que buscaba evitar la multiplicidad de derechos reales sobre la misma cosa? Acá nos encontramos, precisamente, ante una multiplicidad de derechos reales.

Algún autor ha dicho que es como una especie de muñecas rusas, una al interior de otra: una matriuska. Exacto. Sólo el tiempo dirá si esto es prudente, cuando empecemos a encontrar todas estas cuestiones. Ahí vamos a ver si el legislador ha sido prudente, o si Vélez ha sido un agorero. Por ejemplo, Vélez decía que prohibía la propiedad horizontal porque tenía miedo al conflicto que podría suscitarse entre los copropietarios sobre el uso de los espacios comunes, de las escaleras, etc. Todos sabemos que la propiedad horizontal es insoslayable, pero, sin duda, tenía razón.

**Público 1:** Hacer una buena regulación de esta escala es realmente casi imposible. No se trata de si es posible o no, sino de prever todas las consecuencias razonablemente.

**Dr. Cossari:** Es complicado, pero donde usted no se anime, se animará otro que ha estudiado mucho menos. Es decir, ese es el problema, usted no se anima. Pero si uno ve las cosas que después llegan al estudio del abogado, ve que mucha gente se anima a cosas que otros no se animarían. Cuanto más sabe uno, más temores tiene. El famoso tema de que hay una biblioteca de un lado y una del otro, creo, es una gran mentira. Hay una porción de una biblioteca, otra porción de otra biblioteca, otra porción de otra biblioteca, y uno tiene tres o cuatro opiniones, o más, con matices y divergencias. Así que es bastante más complicado.

El superficiario para afectar la propiedad horizontal superficiaria, por supuesto, tiene que hacer realizar el plano de propiedad horizontal. Es necesaria la redacción de la escritura pública del reglamento de propiedad que se tiene que inscribir en el Registro de la Propiedad. Y cuando se extingue, ¿qué ocurre? Para María de Vidal y Abela se tiene que proceder a la desafectación del sistema, registrar la desafectación y todos estos gastos, afirma, estarían a cargo del superficiario. Creemos que podría pactarse que, una vez extinguida la superficie, lo construido revierta al propietario del terreno sin perder la afectación a propiedad horizontal. Asimismo, en defecto del pacto mencionado, cabría preguntarse si el propietario del suelo no recibe automáticamente el inmueble libre de toda afectación (art. 2125). En realidad, si yo soy propietario del terreno y me quedara con el edificio, a lo mejor me conviene mantenerlo afectado a propiedad horizontal, con el mismo plano, el mismo reglamento y no tener que hacer algo nuevo. Esto debería estar pactado quizás, a lo mejor, *ab initio* en el título constitutivo.

### 1.10. Destrucción de la propiedad superficial

La propiedad superficial no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado (art. 2122). Esto, siempre y cuando el superficiario construya nuevamente dentro del plazo de seis años que se reduce a tres años en el caso de la plantación o forestación. No sé por qué dice que se reduce a tres años: podría decir seis para construir, y tres para plantar y forestar. Lo cierto es que aquí renace de alguna manera, o nace por primera vez –porque a lo mejor ya la compró la propiedad separada–, el derecho a construir, forestar o plantar según el caso.

¿Es posible pactar en contrario el derecho a reconstruir, reforestar o plantar? Es decir, que dicho derecho no se posea. La ley lo expresa claramente. El Código no contempla la posibilidad de la reducción del plazo, algo que sí hacía el proyecto de 1998. Pero, si se puede pactar en contrario *in totum*, parece atinado que también pueda reducirse el plazo. Si bien no es un plazo de prescripción propiamente dicho, así como se pueden reducir los plazos de prescripción, también se podría reducir este plazo.

### 1.11. Las obligaciones del superficiario

La ley no menciona las obligaciones del superficiario más que incidentalmente, por lo tanto, las mismas van a surgir del título constitutivo. Lo importante es cómo está confeccionado el título. La primera obligación, si

la superficie es onerosa, es el pago del precio que técnicamente se conoce como *solarium*, y que puede pagarse una vez o en cuotas periódicas.

En el derecho español, Roca Sastre entiende que la onerosidad de la superficie puede también estar configurada por la exoneración –total o parcial– de la obligación de indemnizar el propietario al superficiario cuando se extinga el derecho de superficie.

Se habla de que es prudente solicitar garantías. Algún autor dice que la garantía podría ser una hipoteca sobre el mismo derecho de superficie.

Otras obligaciones pueden referirse a la forma de realizar los trabajos sobre la superficie. Como habíamos señalado, podría establecerse la manera en que deben realizarse esos trabajos: el superficiario no sólo tiene la facultad de edificar o plantar, sino que debe hacerlo de una manera específica. Por otro lado, aunque nada se diga, sobre todo si uno piensa en la propiedad, debe utilizar la superficie agraria sin degradar el suelo, por ejemplo.

Con respecto a los tributos, es una cuestión municipal –o provincial si se quiere–, si estamos hablando de tasas o del impuesto inmobiliario, el fisco debería ver cómo en esos casos se distribuyen los tributos.

¿Qué ocurre si el superficiario incumple sus obligaciones? La doctrina se pregunta si es admisible la cláusula resolutoria (expresa o implícita), o un pacto comisario. Cuando se analizó la Ley 25509 se concluyó que sí, que era posible. Y la misma solución se da con el derecho real actual. Es decir, ante la falta de cumplimiento de obligaciones, tanto la cláusula resolutoria expresa como la implícita.

## 1.12. Extinción

Este es otro tema. El artículo 2124 dice que el derecho de construir, plantar o forestar se extingue, y después enumera las causales. La pregunta es: ¿a qué se refiere la norma? ¿A un sólo plano del derecho de superficie, derecho a construir, edificar o plantar –que es lo que dice el artículo–, o a todo?

Algunos autores, como Pepe y Mendizabal, consideran que las causales del artículo 2124 son aplicables extensivamente a la propiedad superficiaria. No estamos de acuerdo: el artículo 2124 contempla estrictamente las causales de extinción del derecho a construir, plantar o forestar, y no las de la propiedad superficiaria –si bien la mayoría de los supuestos le son también aplicables a esta–. Entendemos, en coincidencia con Mariani de Vidal y Abella, que las causales de renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria y consolidación, son, sin duda, predicables de la propiedad superficiaria. Asimismo, la destrucción del

terreno (como en un terremoto que modifique la corteza terrestre), y la destrucción de la propiedad superficial si no se vuelva a plantar, forestar o edificar en los plazos establecidos.

Respecto al no uso de la propiedad superficial, cuando esta se ejerce sobre cosa propia, resulta acertado afirmar que la misma no debe extinguirse por dicha causal. Nuevamente, acá la ley está mal redactada porque no lo deja claro, cuando debería hacerlo. Algunos autores, como Kiper, sostienen que el no uso se aplica también a la propiedad superficial. Discrepamos con esta postura. Consideremos, por ejemplo, este caso: yo tengo una casa en superficie por un plazo de setenta años, y no la utilizo durante diez años; al no estar contemplada expresamente esta causal de extinción y tratarse en esencia de un dominio revocable, el derecho no puede extinguirse por el no uso.

No hay duda de que se extinguen ambos planos por las causas generales de extinción de los derechos reales, y nosotros le agregamos la destrucción del suelo y la expropiación. Cuando me refiero a la destrucción del suelo, significa que desaparezca el sustrato material. Recuerdo que Moisset de Espanés comentaba que, cuando sucedió aquel terremoto terrible en Valdivia (Chile), desaparecieron porciones enteras de suelo bajo el mar y hubo que dar de baja algunas fincas porque ya no existían absolutamente más. Esa destrucción del suelo –esperemos nunca tener un caso así en la Argentina– produciría también la extinción del derecho real porque no hay sustrato donde se sustente derecho superficie.

En el caso de una expropiación, la pregunta es a quién le corresponde la indemnización. Más allá de lo que establezcan las leyes nacionales y provinciales, si no se dice nada, nos parece interesante la solución del Código portugués: cada uno de los titulares cobrará el valor de la indemnización que corresponde de acuerdo con su respectivo derecho. Habría que ver después qué establece cada ley nacional o provincial especialmente.

¿Qué otra forma de extinción existe? El no ejercicio de la facultad de reconstruir, replantar o reforestar dentro del plazo legal. Como hemos visto, hay un plazo para reconstruir, replantar o forestar; de lo contrario, el derecho se extingue.

En cuanto a la renuncia expresa, son aplicables los mismos principios que para el derecho de dominio. Es decir, la necesidad de escritura pública de renuncia, la inscripción en el Registro de Propiedad para su oponibilidad a terceros de buena fe.

El vencimiento del plazo también va a producir el cese automático del derecho de superficie y es, quizás, una de las causales más importantes, como veremos un poco más adelante.

En la consolidación se reúnen ambos derechos en la misma cabeza. El nudo propietario le compra al superficiario, el superficiario le compra al nudo propietario, o un tercero le compra ambos.

Cumplimiento de condición resolutoria pactada. La existencia de dicha condición puede ser conocida por un tercero interesado mediante el estudio de títulos.

La doctrina sostiene que, para que la extinción sea oponible a un tercero interesado de buena fe, se requiere el otorgamiento de escritura pública –o, en su defecto, la sentencia que declare operada la condición– y la inscripción del instrumento (convencional o judicial) en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, esto es relativo. ¿Por qué? Puede ser una condición conocida por pocos, pero, si sostengo que el derecho real de superficie se extinguirá ante una condición y esta es un hecho público y notorio, la situación es distinta. Supongamos, por ejemplo, que esa condición sea que el club Newell's vuelva a salir campeón –hecho, me parece, cada vez más difícil–; esto es de conocimiento público y notorio. Creo que, en este caso, no es necesaria una sentencia judicial o una escritura. Nadie puede ignorar que se extinguió y nadie puede discutirlo.

El no uso del derecho a construir por el lapso de diez años, y de cinco para plantar o forestar, también extingue este plano del derecho de superficie.

### **1.13. Extinción de la propiedad superficiaria**

¿Qué causales son aplicables? La renuncia expresa, el vencimiento de plazo, el cumplimiento de una condición resolutoria; la destrucción del propio suelo y la expropiación, también; la consolidación –que no lo dijimos–... Ahora, el *quid* del no uso que se ejerce sobre cosa propia con la propiedad superficiaria: es acertado que no se extinga por esa causa porque el dominio no se extingue por el no uso y esto se aplica a las normas de dominio revocable. En el mismo sentido, Marina de Vidal y Abella coinciden en la no aplicación del no uso a la propiedad superficiaria, con la opinión en contrario de Kiper. Sin embargo, se puede establecer el no uso como condición resolutoria si me quiero asegurar que esa condición se dé.

### **1.14. Efecto de la extinción**

Al momento de la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido,

plantado, forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Cuidado con este punto porque es de máxima importancia: si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan grabando, separadamente, las dos parcelas como si no hubiese habido extinción hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie. Subsisten también los derechos personales durante ese tiempo: es decir, únicamente el cumplimiento del plazo va a producir esa extinción total; pero si no subsisten en cabeza del único propietario de forma separada hasta que termine el plazo de la superficie. Entonces, este deberá respetar el derecho del usufructuario y, por supuesto, el derecho del acreedor hipotecario; sólo el cumplimiento del plazo permitirá que recupere la cosa de manera absolutamente libre. Nosotros consideramos que, desde una perspectiva de *lege ferenda*, podría ser interesante que la extinción del plazo –el cumplimiento de la condición resolutoria– tuviera los mismos efectos que el cumplimiento del plazo.

### 1.15. Indemnización del superficiario

Conforme el artículo 2126, una vez producida la extinción del derecho de superficiario, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizarlo, excepto pacto en contrario. El monto de la indemnización es fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie, o en acuerdos posteriores.

Subsidiariamente el mismo artículo, si no se previó nada, estipula que, a los efectos de establecer el monto de indemnización, se deben tener en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización. La forma de calcularlo es demasiado compleja. En cambio, lo importante sería que estuviera en el título la manera de calcular la indemnización. Las XXIX Jornada Nacional de Derecho Civil sostuvieron, por unanimidad, que la indemnización en especie constituye la clave para lograr la revitalización del derecho de superficie de fuente contractual. Precisamente, allí radica el punto clave: el propietario del terreno podría quedarse con lo construido como parte del pago –o su totalidad–; o bien –hacia donde apunta la conclusión–, el constructor conserva todo lo edificado, o una parte de lo edificado y el resto –tal vez algunas unidades– queda como pago para el dueño del terreno.

En tal sentido, el artículo 8 del DNU 1017/2024 dispone:

Al tomar razón de los derechos de superficie que prevean como indemnización la transmisión del dominio pleno, los Registros de la Propiedad Inmueble u organismo con competencia para registrar los documentos de constitución, transmisión, declaración, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles ubicados en cada jurisdicción deberán dejar constancia expresa en el asiento respectivo.

Y la resolución del Ministerio de Justicia conjunta con el Ministerio de Economía 2/25, que en el artículo 5 establece que:

En las escrituras públicas de constitución de hipotecas sobre el derecho real de superficie, a los efectos previstos en el título II del decreto 1017/2024, [...] deberá preverse que, al momento de la extinción del derecho de superficie, la indemnización al superficiario prevista en el artículo 2126 del Código Civil y Comercial de la Nación, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 8º del decreto 1017/2024, consista en la transmisión a este del dominio pleno del inmueble, subsistiendo los derechos reales constituidos sobre el derecho real de superficie, de corresponder.

En el DNU aparece que, de alguna manera, sería optativo, pero, en la resolución conjunta, parece que esto se torna obligatorio. Habría que verificar si no se está contradiciendo la norma del código, por lo que se presentaría un nuevo problema.

Bueno, hasta ahí el derecho real de superficie.

## **2. Conjuntos inmobiliarios propiamente dichos. Propiedad horizontal especial**

Comencemos brevemente con los clubes de campo. Es difícil no hacer reproches: el título sexto se llama "Conjuntos inmobiliarios" y, después, el capítulo 1, "Conjuntos inmobiliarios", y refiere a los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos. Poca imaginación. Por eso en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2017) se sostuvo que es reprochable el título sexto del libro cuarto, que se denomina "Conjuntos inmobiliarios", porque comprende propiedades especiales, cementerios privados y tiempo compartido con objeto y regímenes jurídicos diversos. Por lo tanto, debemos hablar de conjuntos inmobiliarios propiamente dichos, o propiedad horizontal especial, y ponerle otro nombre.

Otro agravante: el título sexto de conjuntos inmobiliarios, cuando menciona el tiempo compartido, estipula que el tiempo compartido también puede recaer sobre cosas muebles, es decir, no estamos hablando de

inmuebles. Algunos autores, sobre todo en contratos, han escrito que es posible, a tenor de la ley, hacer un tiempo compartido sobre un buque, una lancha, un tomógrafo. En rigor, pienso que no lo veremos nunca en la realidad, pero podría ser posible, por lo tanto, tampoco debería estar dentro del conjunto inmobiliario. No sé por qué lo han puesto todo junto.

El tiempo compartido ha mermado en nuestro panorama actual, ya que es un negocio inmobiliario que suele reaparecer de vez en cuando. En Europa, dio lugar a muchas disposiciones que, después, hubo que transponerlas a los derechos locales por el abuso lo que condujo a normas de protección del consumidor. Con frecuencia sucedía que, por ejemplo, un alemán, o un inglés, iba a España, compraba y después, cuando regresaba a su país, decía: "¿Qué compré?" Y se agarraba la cabeza. Así, se establecieron normas que prevenían una resolución, sin dar ninguna explicación ni nada e, incluso, no se podía cobrar ningún tipo de precio por adelantado. Es decir, es una norma de protección al consumidor porque, evidentemente, se relaciona con lo que se llama la "venta a presión". No sé si alguno tuvo esa experiencia, la de concurrir a una charla en la que se exponen las bondades del tiempo compartido. Yo fui, en Punta del Este. Me invitaron y, realmente, es como si no te dejaran salir porque siguen haciendo ofertas: "¿Y se lo dejo a tanto?", "¿se lo rebajo?" Quieren que la decisión se tome en el momento, de hecho, solicitan ir con la tarjeta de crédito. Y uno de los argumentos de venta es la posibilidad del intercambio. Pero, después, eso no resulta ni simple ni fácil. Canjear una semana en Tanti por una semana en París no debe ser muy fácil. Por ello el tiempo compartido, un derecho real, realmente no me termina de convencer.

Regresemos a los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos. El artículo 2073 establece que son conjuntos inmobiliarios

[...] los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales.

Por lo tanto, la caracterización es muy amplia. Existen figuras que se han querido ubicar dentro de los conjuntos inmobiliarios y, sin embargo, la realidad económica demuestra que no. Por ejemplo, se escribió mucho al respecto (sobre todo los profesores de contratos), especialmente en la década de 1990, cuando se intentó encuadrar aquí los hipermercados de consumo. Sin embargo, ningún *shopping mall* recurrió a esta figura, ¿Por qué? Porque los *shoppings mall* necesitan un dueño unificado que sepa hacer

un *blend* entre las distintas marcas y los distintos comercios que se instalan; de lo contrario, es un fracaso. Por ello, no todo lo que puede caber dentro del artículo 2075, por esa sola circunstancia, constituye un conjunto inmobiliario propiamente dicho.

Además, ese artículo tiene otro problema: define al conjunto inmobiliario por el objeto, y el derecho real debe definirse por el poder jurídico que da sobre la cosa, con lo cual es un grave problema.

## 2.1. Características

De acuerdo con el artículo 2074, son elementos característicos el cerramiento, las partes comunes y privativas, el estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, los lugares y bienes comunes, el reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, las limitaciones y restricciones a los derechos particulares, el régimen disciplinario, la obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes, la entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas. Y concluye afirmando que: "las diversas partes, cosas y sectores comunes y privativos, así como las facultades que sobre ellas se tienen, son interdependientes y conforman un todo no escindible". Este artículo 2074 podría contribuir a delimitar el concepto del objeto sobre el que recae la que llamaremos propiedad horizontal especial. Veamos algunos de estos elementos.

- La propiedad horizontal también es cerrada, lo subrayo porque acá hay muchas cosas que se repiten de la propiedad horizontal común. Esta está delimitada por los muros de un edificio, por ello se pide que las unidades tengan comunicación con la vía pública de modo directo, o por un pasaje común. El artículo 2079 dice que la localización de los conjuntos inmobiliarios depende de lo que dispongan las normas provinciales y municipales aplicables. Los límites perimetrales de los conjuntos inmobiliarios y el control de acceso pueden materializarse mediante cerramientos en la forma en que las reglamentaciones locales, provinciales o municipales establecen, en función de aspectos urbanísticos y de seguridad.

Como sabemos, hay competencias sólo del poder de la policía local ¿Hacia falta repetirlo cada vez? No hacía falta. Ahora, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, por unanimidad se afirmó que, dentro de los elementos característicos, el cerramiento no es un requisito indispensable para la existencia de un conjunto inmobiliario. Y se dijo que había conjuntos inmobiliarios con salida a un río, un curso de

agua, y que, por lo tanto, ahí no había cerramiento, con lo cual no es una característica indispensable. Entonces, el cerramiento podemos descartarlo en parte.

- Partes comunes y privativas: características de toda propiedad horizontal (art. 2039, 2040 y concordantes).
- Estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes: también es propio de la propiedad horizontal. Surge, igualmente, de la inseparabilidad de las partes propias y las comunes (arts. 2037 y 2039).
- Reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento: el reglamento también es un elemento esencial de toda propiedad horizontal (arts. 2037, 2038, 2056 y concordantes); asimismo, en el mismo se prevén la asamblea, el administrador y, eventualmente, el consejo de propietarios.
- Limitaciones y restricciones a los derechos particulares: tampoco es distintivo per se de los conjuntos inmobiliarios. Del articulado relativo a la propiedad horizontal surgen límites a los derechos de los consorcistas. Así, por ejemplo, el artículo 2047.
- Régimen disciplinario: nótese que el artículo 2069 también prevé un régimen disciplinario, si bien en estado embrionario.
- Obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes: nuevamente, es una característica de toda propiedad horizontal (art. 2046 inc. c)].
- Entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas: en la propiedad horizontal el consorcio es persona jurídica (según lo establece expresamente el art. 2044).

Es decir, todo lo que estipula el artículo 2074 no caracteriza adecuadamente este conjunto inmobiliario.

¿Cuál sería la característica esencial? El terreno donde está construida mi unidad es propio y no un terreno común. Esta es la característica esencial que distingue al conjunto inmobiliario de la propiedad horizontal clásica. Por eso, para los españoles, existe una propiedad horizontal tumbada. Es decir, es como si hubiésemos acostado el edificio de propiedad horizontal y, entonces, en lugar de tener pasillos y ascensores, tenemos vías de acceso y lugares donde desplazarnos. La jurisprudencia española siempre aplicó las normas de propiedad horizontal por analogía, o bien porque sostenía que, directamente, cabía dentro de la propiedad horizontal. Y esto, aún antes de la reforma que hubo en 1999, en la que se incorporó todo un capítulo sobre el régimen de los complejos inmobiliarios privados. Lo que ocurre es que nuestros derechos reales adoptan el régimen de *numerus clausus*, y el

derecho español, el *numerus apertus*, por lo que necesitamos una norma específica. Pero, realmente, necesitamos una norma mejor que esta.

El artículo 2079 dispone que la localización de los conjuntos inmobiliarios depende de lo que dispongan las normas provinciales y municipales aplicables. Los emprendimientos comprendidos en el artículo 2073, se dijo en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2017), en La Plata, pueden ser urbanos o rurales. Y, a su vez, que los conjuntos inmobiliarios pueden emplazarse sobre varios inmuebles, contiguos o no, siempre que, funcionalmente, conformen un todo no escindible.

Señalemos dos puntos: en primer lugar, los municipios no deberían limitar tanto. Por ejemplo, en Rosario y dentro de la ciudad, en principio, se prohíbe hacer conjuntos inmobiliarios: esto es todo un tema porque habría casos donde, tal vez, sería conveniente un conjunto inmobiliario. Y, por el otro, estos conjuntos pueden no ser contiguos; es decir, podrían estar separados por una ruta, siempre que sean un todo inescindible porque uno depende del otro. Tal vez podrían estar separado por una ruta, y las partes comunes estar como *club house*, canchas, etc., del otro lado de ella. Entonces, siempre se dice que, funcionalmente, conforman un todo no escindible, aunque no sean inmuebles contiguos.

## 2.2. Naturaleza jurídica

También, en esas mismas jornadas, se discutió la naturaleza jurídica. De *lege lata*, una amplísima mayoría –a la cual adscribimos– sostuvo que: “Los denominados conjuntos inmobiliarios en el art. 1887 inc. d) del CCyC, regulados en los arts. 2073 a 2086, no constituyen un derecho real autónomo sino una especie de derecho real de propiedad horizontal”. La opinión minoritaria afirmó que:

Los conjuntos inmobiliarios (art. 1887 inc. d), y la circunstancia que el art. 2075 reenvía a la propiedad horizontal designándola como especial, no obsta a su autonomía; tal como acontece con el derecho real de uso art. 2155 y el derecho de habitación art. 2159, que reenvían a la normativa del derecho real de usufructo.

Y, de *lege ferenda*, con la sola disidencia de Ruiz de Erenchun, se afirmó que: “los denominados conjuntos inmobiliarios deben constituir un capítulo dentro de la propiedad horizontal”.

Como adelantamos, la solución española hubiera sido la mejor (ahí se agregó un capítulo a la ley de propiedad horizontal con las particularidades de los conjuntos inmobiliarios).

En lo que respecta las cosas y partes necesariamente comunes, el artículo 2076 es importante al determinar que:

Son necesariamente comunes o de uso común las partes y lugares del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales, instalaciones y servicios comunes, y todo otro bien afectado al uso comunitario, calificado como tal por el respectivo reglamento de propiedad horizontal que regula el emprendimiento. Las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no esté determinado se consideran comunes.

Observen que se habla de reglamento de propiedad horizontal. Y, como norma de clausura, las cosas que no están determinadas –si son comunes o privativas– se consideran comunes.

Por otro lado, el artículo 2027 dice que la unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida o en proceso de construcción, y debe reunir los requisitos de independencia funcional según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta. Aquí hay una cuestión que bien advirtió Jorge Alterini: la unidad explícita que la norma puede hallarse construida o en proceso de construcción. ¿Y si no está en proceso de construcción? Aquí la norma tiene otro pequeño error que podría convertirse en uno grande: por ejemplo, podrían decirle “mire, usted todavía no lo puede afectar si no hay por lo menos un proceso de construcción”. Asimismo, podría considerarse que el proceso de construcción presupone la existencia de un plano que prevea la futura construcción.

En las XXVI Jornadas Nacionales por unanimidad se sostuvo que, de *lege lata*, para salvar el vacío legal:

El art. 2077 que se refiere a la unidad funcional, se debe interpretar con estricta sujeción al art. 2039, que lo extiende a los “espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino”, es decir que incluye las parcelas no construidas, y las no destinadas a la construcción. En consecuencia, las administraciones locales no pueden desconocer esta caracterización.

### 2.3. Marco legal

El artículo 2075 (primera parte) establece, nuevamente, que todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción. No tiene sentido que el Código en este capítulo esté cada dos minutos hablando de las reglamentaciones municipales.

Sin embargo, el gran tema se presenta en los párrafos restantes de ese mismo artículo:

Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

Hasta aquí, nos referimos a un escenario futuro, en el que necesariamente debe someterse al derecho de propiedad horizontal especial. Tiene su sentido, aunque también podría tener sentido si yo deseara comercialarlo de otra manera. Se podría replicar que la propiedad horizontal sería la mejor manera de defender a un consumidor y darle derecho a propiedad.

Y después, el que causó el mayor problema, el tercer párrafo: “los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubieran establecido como derechos personales o donde coexistan derecho real y derechos personales, se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real”.

Acá se presentan opiniones muy divergentes. Primero, aquellos que sostienen que la tercera parte se refiere únicamente a los conjuntos inmobiliarios que están como derechos personales, o donde coexisten derechos reales y derechos personales. ¿Y si coexistieran únicamente derechos reales, no habría que adecuarlos? Por ejemplo, según la opinión de Jorge Alterini, no es necesario. En cambio, Alicia Puerta Chacón opina que es necesario adecuarlos a todos. Pero, asimismo, otro punto de divergencia es si la adecuación es transformación: ¿adecuar significa que lo tengo que transformar en propiedad horizontal, debo hacer la transformación? Y, en ese caso, ¿qué mayorías?

Este tema se debatió profundamente en las jornadas, incluso se discutió entre los que sostenían: “sí, es necesario sí o sí transformarlo, no hay posibilidad de no transformarlo” (esto fue lo que se quiso hacer con aquella resolución de la Inspección de Personas Jurídicas en la época de Nissen que, por suerte, quedó fuera de juego). En esas mismas Jornadas Nacionales, algunos declaraban que sólo podía ser de manera convencional; otros, de manera convencional o judicial, es decir que, si no se transformaba, se podía recurrir a la justicia.

En lo que a mí concierne, me parece más acertada la opinión de Jorge Alterini quien asevera que “adecuar”, según el diccionario de la Real Academia, significa adaptar, pero no significa transformar. Adecuar significa adaptar a lo que sea adaptable. Entonces, a su entender, hay que aplicarle

directamente todas las normas que sean posibles del tema de propiedad horizontal.

Si entendemos que “adecuar” es transformar, la constitucionalidad de esta manda es, para un sector de la doctrina, muy dudosa: “impresiona como de muy dudosa constitucionalidad, lesiva de la garantía de la propiedad (art. 17, Constitución Nacional)” (Mariani de Vidal – Abella; y, en igual sentido, Saucedo y Jorge Alterini). Por otros, la aplicación retroactiva de la ley se justifica al ser más beneficiosa la nueva regulación (Puerta de Chacón – Negroni). Habrá que analizar caso por caso y preservar el equilibrio del negocio.

Las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil se pronunciaron sobre la constitucionalidad o no de la obligación de adecuación de los conjuntos mediante dos declaraciones paralelas. La primera afirma que: “La conversión no es, en principio, inconstitucional” (Kiper, Puerta, Franchini, Vázquez, Guardiola, Bitar, Stachiotti, Abreut, Bressan, Cossari Leandro, Daguerre, Dallaglio, Fernández Hilda, Garay, Linares, Lloyd, Luna, Massiccioni, Farina, Navarro de Zavalía, Noriega, Palomanes, Politis, Pujol, Ruiz de Erenchun, Zuvilivia, Pérez Pedro, Chves, Abella). Lo cual implica que puede serlo si se conculcan garantías constitucionales, en particular el derecho de propiedad garantizado por el artículo 17 de la Constitución.

La segunda asevera que: “La conversión no es necesariamente inconstitucional” (Alterini J. H., Cossari Nelson, Alterini I., De Rosa C., Corna, De Rosa D., Boqué, Pepe). De alguna manera señala que, si no se afectan derechos de propiedad previos, no podría objetarse la conversión, pero mira *a priori* con mayor disfavor constitucional la obligación de adecuar.

La posición más cercana a la adecuación entendida como transformación fue minoritaria:

Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hayan configurado como derechos personales, como derechos reales distintos, o como combinación de unos y otros, deben someterse estrictamente al régimen de propiedad horizontal especial, lo cual es jurídicamente posible. [Kiper, Lloyd, Daguerre, Dallaglio, Linares]

Más tarde se discurió sobre la transformación, fuera o dentro de sede judicial

- a) Transformación fuera de sede judicial. Si se opta por transformar una figura diversa en propiedad horizontal especial, un sector mayoritario propugnó que: “La conversión o mutación convencional de los conjuntos inmobiliarios preexistentes, no configurados como propiedad horizontal, requiere la unanimidad o las mayorías

necesarias de los titulares de los derechos respectivos" (Mayoría: Corna, Puerta, Franchini, Vázquez, Guardiola, Alterini. I., De Rosa C., Pepe, Bitar, Stachiotti, Alterini, J. H., Abreut, Bressan, Cossari, L., Daguerre, Dallaglio, De Rosa D., Fernández Hilda, Garay, Urbaneja, Linares, Lloyd, Massiccioni, Farina, Noriega, Palomanes, Politis, Pujol, Ruiz de Erenchun, Zuvilivia, Pérez Pedro, Chaves, Abella. Abstenciones: Luna, Boqué, Navarro de Zavalía, Noriega, Cossari N. En contra: Kiper).

- b) Transformación en sede judicial: tampoco existe acuerdo. Así, en las XXVI Jornadas Nacionales, mientras algunos profesores concluyeron que este tipo de conversión "puede ser solamente convencional" (Alterini J. H., Alterini I., Noriega, Chaves, De Rosa D., Pérez Pedro, Guardiola, Corna, De Rosa C., González, Abella), otros sostuvieron que "puede ser convencional o reclamada judicialmente" (Kiper, Puerta, Vázquez, Pepe, Franchini, Bitar, Stachiotti, Bressan, Cossari Leandro, Daguerre, Dallaglio, Fernández Hilda, Linares, Lloyd, Luna, Massiccioni, Farina Navarro de Zavalía, Palomanes, Politis, Pujol, Ruiz de Erenchun, Zuvilivia. Abstención: Cossari Nelson, Boqué).

Algunos de los ponentes afirmaron que los jueces no están preparados para hacer una transformación de este tipo -esto lo sostuvo un juez que sabe mucho de derechos reales-.

La mayoría se inclinó por la llamada "adecuación operativa o funcional", regresando sobre lo dicho por Jorge Alterini: adecuar no implica transformar de la manera que lo emplea el artículo 74 de la Ley general de sociedades, ni tampoco convertir (en el sentido, por ejemplo, del artículo 384 del Código), sino que "según la Real Academia Española implica: 'Proporcionar, acomodar, apropiar algo a otra cosa'". Y, a su vez, "acomodar es 'adaptar', o sea 'ajustar algo a otra cosa'".

La adecuación funcional inmediata fue también la propugnada por la mayoría de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil que declararon por amplia mayoría:

Los conjuntos inmobiliarios preexistentes constituidos a través de derechos personales o derechos reales o por medio de la concurrencia de algunos de esos derechos entre sí, deben ajustarse funcionalmente a la normativa del derecho real de propiedad horizontal especial, en todo lo jurídicamente posible, entre otros lo relativo a la existencia y funcionamiento orgánico del consorcio de propietarios (asambleas y administración), obligaciones y ejecución de expensas, gastos y erogaciones comunes (título ejecutivo) y régimen disciplinario (art. 7, primer párrafo del CCyC). [Cossari N., Corna, Puerta, Vázquez, Guardiola, Alterini I., De Rosa C., Pepe, Alterini J. H., Abreut,

Bressan, Cossari, L. Daguerre, Dallaglio, De Rosa D., Fernández Hilda, Garay, Urbaneja, Lloyd, Farina, Navarro de Zavalía, Noriega, Palomanes, Politis, Pujol, Ruiz de Erenchun, Pérez, Pedro, Chaves, Abella]

Una conclusión muy valiosa para los escribanos y que fue votada por unanimidad en las jornadas es la siguiente: “Los títulos de los conjuntos inmobiliarios preexistentes que no se hayan convertido a propiedad horizontal especial no son observables por esa circunstancia”. Esta fue, si no me equivoco, una moción de la escribana Abella, quien solicitó que se dijera expresamente para evitar todo problema en la transmisión (en cambio, algunos decían que no, que, si esos títulos anteriores no se transformaron y están con otro formato, son observables).

Nosotros propugnamos que los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos deben constituir un capítulo dentro de la propiedad horizontal. Hay que reformar el Código y esto debe ser un capítulo dentro de la propiedad horizontal, no algo aparte, porque además hay cosas que se repiten. Dicho capítulo debe establecer la esencia de lo que distingue la propiedad horizontal común de la especial. Esto es: sólo son comunes la parte del terreno destinada a vías de acceso y comunicación, e instalaciones de uso común. Pueden, además, incluirse normas específicas para este tipo de propiedades, especialmente la que fija el límite edilicio (esto perfila, en forma precisa, los límites de otra índole).

Debe evitarse la superflua remisión a las normas administrativas y a la repetición de normas ya incluidas en la propiedad horizontal común. Además, deben establecerse expresamente qué normas, tanto de la propiedad horizontal común como de la especial, corresponde aplicar a los conjuntos inmobiliarios que, por las razones que sean, ostenten una forma jurídica diversa. Es decir, declarémoslo expresamente en una ley, eludamos las discusiones y así evito hacer un juicio ordinario cuando puedo hacer un juicio ejecutivo.

**Público 2:** A mí me interesa el primer tema que abordamos –el derecho de superficie– porque en mi escribanía he redactado distintos contratos agrarios. Es decir, el más práctico que se utiliza últimamente es el contrato de cosecha accidental (una mezcla del contrato de locación y también del contrato de sociedad). Pero, en ese contrato, el contratista, quien lleva adelante el trabajo, siempre tiene una situación de inferioridad que podría cubrirse con este contrato, pero su uso no es frecuente. No obstante, sería aplicable porque todas las disposiciones que tiene INTA encajan con este contrato. Entonces, me pregunto si en la provincia de Santa Fe, en la parte rural, este contrato ha tenido recepción.

**Dr. Cossari:** No, ninguno.

**Público 2:** Porque la provincia de Buenos Aires no lo tiene.

**Dr. Cossari:** No, no lo tiene. Y, además, evidentemente en este tipo de cosechas accidentales se tratará de evadir, de alguna manera, el recurrir a una escritura pública con el mayor costo que esto conlleva, si bien ofrece mayor seguridad (siempre digo que el costo realmente fuerte es el de los sellados e impuestos, no el de los módicos honorarios del escribano). Y menos en este tipo de cosechas accidentales que, en general, son muy informales. Incluso, a veces, se limitan a renovar lo que vienen haciendo. Por lo general, esto lo veo posible en contratos de más largo aliento, forestaciones que duren mucho más tiempo y que no sean por uno o dos ciclos de cosecha. Pero sí, siempre un derecho real da muchas más garantías.

**Público 2:** Sobre todo porque el contrato de siembra accidental es un contrato transitorio. El problema consiste en esa transitoriedad porque al contratista, cuando firma ese contrato, no le interesa esa cosecha: si el campo es bueno, le interesa su prorrogación y, a veces, no lo logra y, al no lograrlo, no utiliza todo el material que debería utilizar para obtener un rendimiento. Es decir, sale perjudicado tanto el contratista como el dador (el propietario). Este contrato funcionaría perfectamente porque el contratista siempre pide un contrato a dos o tres años que no se lo dan, porque esto le permite que su inversión...

**Dr. Cossari:** En el primer año la puede recuperar.

**Público 1:** En los otros años, pero no lo logra nunca. Por eso sacan un contrato formidable para esto.

**Dr. Cossari:** Es un contrato que tiene muchas posibilidades, pero que, lamentablemente, por algunos defectos propios de la ley –desconocimiento o costumbre–, está sin duda subutilizado. Además, repito, la superficie apunta a establecer un derecho real con una duración mucho mayor que el de simples contratos de cosecha accidentales.

**Público 3:** En los conjuntos inmobiliarios, en los barrios cerrados, las unidades en construcción, para poder ser dispuestas para disponerlas, ¿es necesario modificar el estado constructivo? Porque ahí se determinan

medidas, superficies, etc., de la unidad. Ahora está previsto que las unidades pueden ser construidas –o en construcción–, y el terreno ser propio. ¿Será necesario modificar el estado constructivo de lo que está en construcción? O bien, si vendo esa unidad, ¿el lote es de dominio exclusivo y todo lo que está arriba va por accesión y no necesito delimitar unidades?

**Dr. Cossari:** Entiendo que las dos posiciones tienen cuestiones a favor que se pueden invocar. Una: yo soy dueño de esa parcela, vendo la parcela con todo lo que está, pero como está dentro de una propiedad horizontal especial, y si yo construyo, se relaciona también con la proporción de superficie cubierta, si se cubre o no se cubre. Pero mucha gente no termina escriturando porque, cuando le dicen que tiene que hacer todo esto y que le va a salir mucho más caro, decide no hacer la escritura.

**Público 3:** En Santa Fe, en la provincia de Buenos Aires, se dictó un decreto que permite hacerlo fácil, pero pareciera que hay que adecuar –a los efectos de fijar porcentual y demás–.

**Dr. Cossari:** Y sí, parecería que para eso sí. Además, estaría delimitado perfectamente cuál es el objeto, que también tiene que ver con lo construido. Pero, lo cierto es que el terreno es mío con todo lo que está plantado y edificado –dentro del respeto por las normas edilicias–.

**Público 3:** Vendo una unidad en construcción, hecho que hoy, en principio, no puedo hacer.

**Dr. Cossari:** O vendo la unidad o vendo la parcela tal y tal.

**Presentador:** La vendo como está.

**Dr. Cossari:** Como está, por supuesto. A ver: tengo que cumplir con las normas edilicias que están. No, no, estoy pensando en las que están enmarcadas dentro del reglamento de la comunidad.



# Planificación sucesoria y herencia digital\*

Graciela Medina\*\*

*Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto y clases de planificación sucesoria. 3. Fundamentos para planificar la sucesión: diez razones centrales. 4. Testamento y pactos sobre herencia futura en la planificación sucesoria: diferencias relevantes. 5. Herencia digital: patrimonio digital, identidad digital y desafíos sucesorios contemporáneos. 6. Conclusión.*

## 1. Introducción

**Dra. Medina:** Cuando me convocaron propuse dos temas: la planificación sucesoria y la herencia digital. El primero, porque estamos en el marco de un ciclo referido a la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) producida hace escasos diez años, y, en ese marco, me parecía imprescindible exponer sobre esta cuestión. Y, el segundo, porque es un tema que a mí me convoca mucho más; sin duda, es más actual que hoy hablemos sobre la herencia digital. Ante mi propuesta, los organizadores eligieron que hablara de “planificación sucesoria y herencia digital”, lo cual complica la exposición en cuanto a los tiempos, pero haré lo posible por cumplir con los dos temas.

En esta exposición abordaré la planificación sucesoria, comenzando por destacar su trascendencia práctica. En un país donde históricamente no existe una cultura extendida del testamento, se advierte, sin embargo, un fenómeno cada vez más frecuente: muchas personas que no testan sí buscan anticipar el destino de sus bienes y de sus vínculos afectivos para el momento posterior a su muerte. Esa tarea –por su propia naturaleza– convoca de modo directo al notariado y a la abogacía porque exige traducir

\* Adaptación presentada por la Dra. Graciela Medina de su intervención oral realizada el 14/10/2025 en la sede del CECBA, en el marco del ciclo de conferencias “A 10 años del Código Civil y Comercial de la Nación: teoría, práctica y nuevos desafíos”.

\*\* Abogada y doctora en Jurisprudencia (UNM). Exmagistrada de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal. Expresidenta de la Asociación Argentina de Derecho Comparado y vicepresidenta de la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas. Profesora titular de Familia y Sucesiones (UBA). Miembro correspondiente de las Academias Nacionales de Derecho de Córdoba, Lima y Bolivia.



decisiones personales en instrumentos jurídicos eficaces, previsibles y respetuosos del marco normativo.

## 2. Concepto y clases de planificación sucesoria

Para tratar el tema con rigor, resulta indispensable definir previamente qué entendemos por planificación sucesoria. No todo lo que implique disponer para después de la propia desaparición física puede colocarse sin distinciones bajo una misma categoría. Sólo a partir de una conceptualización clara es posible exponer, con método, los fundamentos que justifican planificar: razones que no se agotan en lo patrimonial, sino que incluyen la prevención de conflictos, la protección de intereses legítimos y la tutela de relaciones relevantes. Dentro de ese universo, me interesa subrayar un aspecto que suele quedar relegado: la protección de las personas que cuidaron al causante, esto es, de quienes sostuvieron su vida cotidiana, su salud o su autonomía, y cuya situación jurídica merece una consideración específica al diseñar la estrategia sucesoria.

Asimismo, analizaré los modos de planificación y, dentro de ellos, procuraré delimitar con precisión las diferencias entre pactos de herencia futura y testamento, así como las implicancias que esa distinción proyecta en la validez, los límites y la eficacia de las decisiones adoptadas.

Como punto de partida, corresponde también revisar el estado actual de la cuestión. Desde hace aproximadamente una década –en un contexto temporal coincidente con la unificación del CCCN– la planificación sucesoria ha adquirido creciente visibilidad en la Argentina. No obstante, al no integrar de manera sistemática los programas de grado, quienes ejercemos la profesión debemos construir un conocimiento sólido sobre los motivos que llevan a planificar, para luego identificar las dificultades técnicas que la materia presenta y las respuestas posibles.

En este sentido, resulta valioso que un ámbito tradicionalmente estable como el derecho sucesorio encuentre un eje temático capaz de interpelarnos: dejamos de ocuparnos únicamente de categorías clásicas –legados, legítima, declaratoria de herederos, proceso sucesorio– para preguntarnos cómo y por qué conviene planificar. El obstáculo principal, sin embargo, radica en la propia definición: la planificación sucesoria comprende realidades diversas que suelen presentarse de manera combinada. Abarca, por ejemplo, a quienes poseen una empresa y procuran asegurar su continuidad y estabilidad más allá de su vida; también a quienes, sin ser empresarios, desean evitar conflictos entre herederos; e incluso a quienes no tienen familia, pero sí bienes y afectos que quieren ordenar para el futuro.

Pienso, por caso, en una consulta reciente sobre una planificación compleja: una persona sin familia pretendía prever la distribución de su patrimonio entre su pareja –del mismo sexo, sin matrimonio ni unión convivencial formalizada– y un sobrino. Situaciones como esta muestran que rara vez las motivaciones aparecen “puras”: el empresario busca preservar la empresa, pero también prevenir tensiones entre hijos que no participarán del negocio; el no empresario quiere armonía familiar, pero además desea reconocer a quien lo asistió; quien no tiene familia quiere asignar bienes conforme a su proyecto vital.

De allí que proponga entender la planificación sucesoria como un proceso estratégico mediante el cual una persona organiza anticipadamente la transición no sólo de sus activos, sino también de sus responsabilidades: responsabilidades hacia quienes dependen de ella o la acompañaron, hacia quien la cuidó, y hacia su entorno social. Entonces, la planificación sucesoria puede definirse como un proceso estratégico mediante el cual una persona prepara, de manera anticipada y ordenada, la transición de sus activos, responsabilidades y roles hacia individuos o entidades designados, para el supuesto de fallecimiento, y –en un sentido más amplio– también para escenarios de incapacidad o retiro. En la práctica, este proceso se proyecta sobre situaciones muy diversas: desde empresarios que buscan asegurar la continuidad de sus negocios, hasta personas que pretenden prevenir conflictos familiares vinculados a la herencia, o incluso quienes desean organizar la distribución de su patrimonio cuando no existen familiares directos.

Ahora bien, es importante advertir que estas tres hipótesis (muerte, incapacidad y retiro) constituyen incumbencias patrimoniales relevantes, pero no son equivalentes. Su tratamiento conjunto exigiría un desarrollo que excede el marco de esta exposición. Por ello, aquí me concentraré exclusivamente en la planificación para el caso de muerte, dejando expresamente señalado que la planificación frente a la incapacidad es una asignatura pendiente de gran impacto práctico, en la cual el notariado tiene un rol particularmente significativo. La pregunta que se impone es sencilla y, a la vez, decisiva: ¿qué sucede si una persona hoy plenamente capaz, en cuestión de días pierde su capacidad para gestionar sus bienes? En ese escenario, el problema no es sólo el de las voluntades anticipadas vinculadas a tratamientos médicos –previstas en el CCCN– sino el de la administración patrimonial: cómo prever hoy quién tomará decisiones, bajo qué pautas, con qué controles y conforme a qué preferencias del titular.

También merece mencionarse, aunque no sea objeto central de este texto, el tercer supuesto: el retiro. Existen modelos de planificación patrimonial

que, sin ser estrictamente sucesorios, se conectan con la organización del ciclo vital y con la previsión del sostenimiento económico hasta la muerte. Un ejemplo ilustrativo lo ofrece la renta vitalicia: he visto recientemente un caso en el cual, a un trabajador soltero, la empresa le reconoce para la etapa de retiro una renta que primero funciona como “sueldo” hasta determinada edad, y luego se transforma en una renta vitalicia hasta el fallecimiento. La referencia puede parecer lateral, pero cumple una función: mostrar que la planificación no comienza ni termina con el acto final, sino que puede estructurar transiciones a lo largo del tiempo. Con todo, reitero: en lo que sigue me limitaré a la planificación para el supuesto de muerte, que es el núcleo de la planificación sucesoria en sentido estricto.

Dentro de este campo, la planificación sucesoria empresarial es, probablemente, la forma más reconocible –y, a la vez, una de las más urgentes– porque se orienta a un objetivo claro: garantizar la continuidad de la empresa y la estabilidad del negocio tras la ausencia del fundador o del líder principal. La experiencia muestra que muchas empresas familiares encuentran allí su punto de fragilidad: no logran atravesar con éxito la segunda generación, se desorganizan cuando falta la figura central o quedan capturadas por disputas internas que terminan por diluir su valor. Y esta no es una cuestión privada: un país necesita empresas que sobrevivan, que mantengan empleos, que sostengan cadenas productivas y que puedan proyectarse en el tiempo.

La continuidad, además, no tiene solo relevancia organizacional: impacta directamente en la confianza del mercado. En el presente, numerosos créditos –y, en general, múltiples relaciones comerciales– se apoyan en el peso específico del fundador, en su reputación, su liderazgo o su capacidad de decisión. Si el mercado percibe que ese liderazgo está próximo a extinguirse –por edad avanzada, enfermedad o retiro– la pregunta aparece de inmediato: ¿qué ocurrirá con la empresa después? Para sostener el acceso al crédito y a oportunidades de inversión, resulta cada vez más necesario mostrar que existe un plan: un esquema de continuidad, una sucesión ordenada, reglas claras de gobierno y transferencia.

De allí que la planificación sucesoria empresarial implique, como mínimo, tres líneas de acción coordinadas:

- 1) identificar a los sucesores;
- 2) prepararlos –sea que se trate de miembros de la familia o de equipos profesionales internos–;
- 3) definir estrategias jurídicas y económicas para la transferencia de activos, participaciones o control.

El propósito es evitar interrupciones significativas en la operatoria del negocio y, al mismo tiempo, minimizar riesgos que pueden ser financieros, laborales y –frecuentemente– familiares.

En términos esquemáticos, el proceso suele comenzar por lo esencial: determinar quiénes estarán llamados a conducir. Luego, debe diseñarse el modo de transferencia (por ejemplo, de acciones, cuotas, derechos económicos o facultades de administración) y, finalmente, articular mecanismos que aseguren gobernabilidad: reglas de toma de decisiones, protocolos familiares, cláusulas estatutarias, acuerdos de socios, limitaciones a transferencias, y estructuras que permitan conciliar continuidad empresarial con equidad familiar. En otras palabras: primero se define el quién, después el cómo y, por último, el “con qué reglas” se sostendrá esa continuidad.

En la práctica, cuando el cliente decide planificar, la conversación se vuelve rápidamente instrumental: ¿qué vamos a hacer? ¿Un testamento? ¿Una donación con reserva de usufructo? ¿Un fideicomiso? Y, casi de inmediato, surge la pregunta inevitable: “¿qué es lo más barato?”. La experiencia muestra que la respuesta correcta rara vez puede reducirse al costo inicial del instrumento, porque lo que el cliente realmente busca –aunque no siempre lo formule con precisión– es minimizar riesgos: riesgos laborales, fiscales, societarios y, sobre todo, familiares. En ese contexto, el profesional debe ordenar el problema y hacerlo visible: la planificación no es elegir “un papel” sino construir un diseño que combine eficacia, control y previsibilidad.

## 2.1. Planificación sucesoria empresarial: continuidad, riesgos y control

Cuando existe una empresa, la planificación se orienta a un objetivo central: garantizar la continuidad del negocio y evitar que la muerte del fundador o del líder produzca una crisis de gobernabilidad. Esto exige responder, al menos, tres preguntas estructurales: quién continuará, cómo se transmitirá el control o la participación, y con qué reglas se sostendrá la gestión.

En este punto, aparece un hito que muchas veces queda subestimado y, sin embargo, es decisivo: el control de la empresa en vida y hasta la muerte. El titular no sólo quiere “transmitir” a futuro; con frecuencia desea seguir conduciendo mientras viva y, a la vez, asegurar que su voluntad se proyecte de algún modo después de su fallecimiento: continuidad por un plazo, preservación de ciertos valores empresariales, limitaciones a la venta inmediata por los herederos, designación de un equipo directivo o un esquema de administración que garantice estabilidad.

Un ejemplo típico ilustra el problema: quien consulta no busca simplemente organizar la transmisión patrimonial, sino asegurar que la empresa

siga funcionando durante algunos años, y que no sea liquidada o vendida de inmediato por los herederos. Esa pretensión, completamente comprensible, exige técnicas específicas: no basta con “dejar acciones” o “hacer un testamento”; hay que diseñar *mecanismos de continuidad*, reglas de administración, criterios de decisión y, en su caso, estructuras de control.

Por eso, cuando el cliente pregunta por costos, conviene reordenar la cuestión: el costo no es sólo arancelario; también es el costo de una mala planificación. El verdadero interrogante es qué instrumento –o combinación de instrumentos– ofrece el mejor equilibrio entre continuidad, control, prevención de conflictos y reducción de riesgos.

## **2.2. Planificación sucesoria familiar: prevenir conflictos y asegurar distribución**

Cuando no hay una empresa de por medio, la planificación sucesoria se concentra en dos ejes: gestionar la herencia y prevenir conflictos familiares. En términos sencillos, hay dos caminos: dejar que el conflicto se despliegue después de la muerte –con el costo humano y patrimonial que ello suele implicar– o intentar anticiparse mediante un plan que ordene expectativas, minimice disputas y otorgue previsibilidad.

En esta planificación familiar, el abanico de instrumentos es amplio: testamentos, donaciones con reserva de usufructo, partición por donación, fideicomisos y, en ciertos casos, discusiones relativas a pactos sobre herencia futura (con los límites y particularidades que el ordenamiento impone). El propósito común es asegurar que los activos se distribuyan conforme a la voluntad del causante y reducir la probabilidad de litigios entre herederos. En familias con menores, además, la planificación puede incluir decisiones relevantes vinculadas a tutela o a la previsión de cuidados y administración.

Aquí reaparecen los mismos componentes estructurales del proceso: identificar sucesores, definir estrategias de transmisión, prever reglas para la administración y diseñar herramientas de prevención de conflictos. Sin embargo, en la práctica aparece un fenómeno cada vez más habitual: la pretensión de saltar una generación. Se escucha con frecuencia: “no quiero que herede mi hijo o mi hija; quiero que vaya todo a mis nietos”. Ese deseo obliga a una tarea profesional particularmente delicada: respetar la voluntad de quien consulta, pero al mismo tiempo respetar la ley, especialmente cuando existen legitimarios y límites imperativos a la libre disposición. La planificación, en estos casos, consiste en explorar qué es jurídicamente posible sin construir expectativas inviables.

### **2.3. Planificación sin familia: voluntad, cumplimiento y control**

Existe, además, un universo creciente de personas que no tienen familia o no cuentan con familiares directos, pero sí tienen bienes, afectos, relaciones significativas y un proyecto sobre el destino de su patrimonio. En estos casos, el objetivo suele expresarse con claridad: asegurar que los bienes se distribuyan según sus preferencias y no queden librados a soluciones supletorias o indeseadas. Esta realidad no es marginal: grandes ciudades –y Buenos Aires es un ejemplo evidente– concentran muchas personas que viven solas, sin red familiar próxima, y que requieren un diseño sucesorio específico.

En esta planificación personal, el punto no es solo “nombrar beneficiarios”, sino garantizar cumplimiento. Porque no alcanza con prever: hay que asegurarse de que lo previsto efectivamente ocurra. De allí la importancia de incorporar, según los casos, cargas, designaciones, sistemas de administración, mecanismos de control y, sobre todo, una arquitectura que haga operativa la voluntad.

A esta problemática se suma –aunque merezca un capítulo propio– la situación de la convivencia y la protección del conviviente, que introduce interrogantes específicos sobre derechos, previsión y equilibrio entre libertad de disponer y tutela de situaciones de vulnerabilidad.

### **2.4. Mirar hacia adelante: planificación como transición ordenada**

En todos los supuestos –empresa, familia o ausencia de familia– la planificación sucesoria exige una mirada prospectiva: se trata de un proceso estratégico destinado a organizar una transición ordenada y sin sobresaltos de activos, roles y responsabilidades. Y esa transición, en un país atravesado por cambios económicos, sociales y familiares, es tanto más necesaria: la incertidumbre externa vuelve todavía más valioso contar con reglas internas claras.

### **2.5. Razones para planificar: el puente hacia la herencia digital**

Llegados a este punto, se debe formular con claridad las razones para planificar, porque son las razones las que permiten convencer: primero al profesional, y luego al cliente. A partir de cierta edad –y, en la experiencia cotidiana, después de los 50 años– la planificación deja de ser una idea abstracta y se vuelve una necesidad concreta: planificar no solo los bienes,

sino también la forma en que se gestionará todo aquello que integra la vida contemporánea.

Y aquí aparece el tema que hoy ya no puede omitirse: la herencia digital. Planificar no es únicamente decidir el destino de una casa o de una participación societaria: es también decidir qué ocurrirá con cuentas, contraseñas, chats, mensajes, archivos en la nube, billeteras digitales, perfiles en redes sociales, suscripciones, y, en general, con el conjunto de activos y huellas que conforman el patrimonio y la identidad digital.

### **3. Fundamentos para planificar la sucesión: diez razones centrales**

La planificación sucesoria no es un lujo ni una excentricidad: es una herramienta jurídica destinada a ordenar la transición de bienes, roles y responsabilidades, reduciendo la incertidumbre y el costo –económico y humano– que suele acompañar a la muerte. En países donde el testamento no es un hábito extendido, la planificación se vuelve, paradójicamente, aún más necesaria: la ausencia de previsión tiende a sustituirse por soluciones judiciales tardías o por acuerdos familiares celebrados bajo presión, cuando el conflicto ya está instalado. En ese marco, pueden identificarse al menos diez fundamentos principales.

#### **3.1. Prevención de conflictos familiares y litigios sucesorios**

El primer objetivo de la planificación patrimonial es evitar conflictos. Quien planifica busca, muchas veces, que a su fallecimiento no sea indispensable iniciar un proceso judicial para transferir los bienes, ya sea por los costos y tiempos que insume, ya sea por los litigios que suelen desencadenarse. La experiencia demuestra que la falta de reglas previas favorece disputas por la administración de bienes, la interpretación de conductas del causante, el uso de inmuebles, la rendición de cuentas y, en general, por cualquier punto donde la incertidumbre permita lecturas opuestas. Planificar, en consecuencia, actúa como un mecanismo preventivo: reduce zonas grises y acota el margen de controversia.

#### **3.2. Transmisión ordenada y conforme a la voluntad del causante**

La planificación permite asegurar que la transmisión patrimonial ocurra de manera organizada y según los deseos de la persona, dentro de los límites

legales. No se trata solo de “a quién” se deja, sino de “cómo” se deja: con qué condiciones, plazos, cargas, previsiones de administración y criterios de distribución. Este fundamento es decisivo en patrimonios diversificados (inmuebles, inversiones, cuentas, participaciones societarias, activos digitales) y en estructuras familiares complejas (segundas uniones, hijos de distintos vínculos, relaciones convivenciales, etc.), donde el derecho supletorio raras veces refleja lo que el causante hubiera querido.

### **3.3. Continuidad y estabilidad: evitar interrupciones abruptas**

Planificar supone crear un proceso de transición. En el ámbito empresarial, esto significa reducir el riesgo de interrupciones; en el ámbito familiar, evitar el “vacío de gestión” y las decisiones improvisadas. La muerte suele producir, además de dolor, una crisis organizativa: quién administra, quién representa, quién paga, quién conserva, quién decide. La planificación permite anticipar esas respuestas y mantener estabilidad en lo esencial: funcionamiento de la empresa, atención de cargas, administración de bienes, continuidad de ingresos y cumplimiento de obligaciones.

### **3.4. Mantener cierto control antes y después del fallecimiento**

Un motor frecuente de la planificación es el deseo de mantener control: en vida, sobre la transición; y, en cierto sentido, después de la muerte, sobre la preservación de un proyecto. Muchos causantes no solo quieren transmitir, sino evitar que los herederos liquiden inmediatamente la empresa, dispongan de determinados bienes de manera desordenada o se aparten de valores que consideran fundantes. Sin caer en ficciones (nadie “gobierna” eternamente desde el testamento), el derecho ofrece mecanismos para ordenar la administración, imponer cargas razonables, articular direcciones y diseñar instrumentos que aseguren cumplimiento, especialmente cuando hay intereses superiores (empresa en marcha, beneficiarios vulnerables, preservación del patrimonio).

### **3.5. Protección y preservación del patrimonio familiar**

La planificación sucesoria puede operar como barrera frente a la disgregación patrimonial. El régimen legal tiende a la división por partes y, en ciertos contextos, esa lógica puede destruir valor: ventas forzadas para pagar a coherederos, particiones que vuelven antieconómico un inmueble,

fractura de carteras, pérdida de economías de escala. Planificar permite diseñar distribuciones más funcionales, preservar bienes estratégicos y evitar soluciones que –si bien son legales– resultan económicamente ineficientes o generan inequidad práctica.

### **3.6. Protección de la empresa familiar y continuidad generacional**

En empresas familiares, la planificación no es un agregado sino, muchas veces, una condición de supervivencia. Las empresas de familia presentan fortalezas competitivas, pero también una debilidad estructural: el paso de una generación a otra. Definir sucesores, reglas de gobierno, mecanismos de transferencia y límites a la fragmentación evita que la división hereditaria “por cabeza” disuelva el control o convierta el negocio en un campo de batalla. En suma: planificar apunta a que la empresa sea dirigida por el más idóneo o por un esquema profesionalizado, y a que el proceso sucesorio no sea el detonante de su deterioro.

### **3.7. Economía de la transmisión: menor costo y mayor eficiencia**

Un fundamento central es la economía. El proceso sucesorio suele ser lento y costoso; basta considerar tasas, gastos, honorarios y tiempos para advertir que, en ciertos supuestos, instrumentos como la donación-partición u otras estrategias pueden ser más eficientes. Además, existe una dimensión colectiva: cuando la transmisión se judicializa por ausencia de planificación, el costo institucional se expande, porque la estructura judicial se sostiene socialmente. En consecuencia, la planificación no solo beneficia al individuo: también tiene impacto en la eficiencia sistémica.

### **3.8. Minimización de cargas fiscales y optimización tributaria lícita**

La planificación puede reducir costos impositivos asociados a la transferencia de bienes, evitando operaciones innecesarias o estructurando la transmisión de forma más eficiente. Naturalmente, esto debe hacerse dentro de estrategias lícitas y razonables, con asesoramiento profesional y valoración del riesgo. Pero es indudable que el “momento” y el “modo” de transferir pueden alterar sustancialmente la carga fiscal y los costos operativos, y que la ausencia de planificación conduce muchas veces a decisiones urgentes, tomadas tarde, y por ello más gravosas.

### **3.9. Protección de beneficiarios vulnerables y solidaridad familiar**

El derecho sucesorio no puede pensarse sólo desde la propiedad: también se lo piensa desde la solidaridad. Planificar permite proteger al heredero con discapacidad, al más débil, al menor de edad o a quien, por razones de dependencia, requiere un esquema de administración cuidadoso. Además, la planificación puede reconocer situaciones de justicia material: por ejemplo, quien sacrificó tiempo, dinero o trayectoria en el cuidado del causante. Esta dimensión –a veces olvidada– conecta la planificación con un fundamento ético-jurídico: ordenar la herencia también es ordenar responsabilidades.

### **3.10. Cumplimiento efectivo de la voluntad y construcción de legado**

Finalmente, planificar permite transformar deseos en decisiones ejecutables. No basta con expresar la voluntad: hay que garantizar su cumplimiento, evitando vacíos, contradicciones, instrumentos inidóneos o falta de mecanismos de ejecución. En esa línea, la planificación es también una forma de construir legado: definir cómo se beneficiará a personas queridas, cómo se sostendrán proyectos, cómo se realizarán aportes a instituciones o causas, o cómo se preservará una obra personal. En tiempos de patrimonio digital, además, el legado incluye decisiones sobre identidad, memoria y activos intangibles.

Estos fundamentos permiten afirmar que la planificación sucesoria es un instrumento de prevención, eficiencia y solidaridad. Y si esto vale para bienes registrables y patrimonios tradicionales, vale aún más en un terreno donde la ausencia de previsión suele ser total: la herencia digital, esto es, el destino de cuentas, archivos, criptoactivos, perfiles, suscripciones y comunicaciones, cuya gestión posterior al fallecimiento plantea dificultades técnicas y jurídicas específicas.

## **4. Testamento y pactos sobre herencia futura en la planificación sucesoria: diferencias relevantes**

A la hora de planificar, una de las primeras decisiones técnicas consiste en escoger –o combinar– instrumentos. En ese marco, la comparación entre testamento y pacto sobre herencia futura resulta ineludible, porque ambos pueden perseguir fines similares (ordenar la transmisión, evitar conflictos, dar continuidad), pero lo hacen mediante lógicas jurídicas profundamente distintas.

#### **4.1. Disponibilidad y ámbito de aplicación: no siempre es posible “pactar”**

El testamento es el instrumento clásico y de uso general: puede emplearse en cualquier escenario de planificación (familia, pareja, empresa, persona sin familia), dentro de los límites impuestos por el orden público sucesorio (legítimas, protección de legitimarios, etc.). En cambio, el pacto sobre herencia futura no está siempre disponible. En el CCCN, la regla general continúa siendo la prohibición de los pactos sobre herencia futura; pero existe una excepción de enorme importancia práctica: los pactos relativos a la empresa familiar (art. 1010, CCCN), que permiten planificar contractualmente la sucesión empresarial. Esto significa, en términos simples, que el pacto del artículo 1010 se justifica típicamente cuando hay una empresa familiar cuya continuidad exige acuerdos inter vivos. Fuera de ese ámbito, podrá haber otros negocios jurídicos útiles para planificar, pero no se trata del “pacto sucesorio empresarial” habilitado por esa norma.

#### **4.2. Naturaleza jurídica: acto unilateral versus contrato**

La segunda diferencia es estructural. El testamento es un acto unilateral: el testador decide y dispone por sí, sin necesidad de aceptación previa de los beneficiarios, y esa unilateralidad explica buena parte de su régimen. El pacto sobre herencia futura, en cambio, es un acuerdo contractual: intervienen dos o más personas (habitualmente familiares, socios o quienes integran el entramado de la empresa familiar) que convienen anticipadamente cómo se organizará la transmisión futura. Por eso, el pacto se rige por la lógica del contrato: cooperación, equilibrio de prestaciones cuando lo haya, buena fe, obligatoriedad y, en su caso, remedios ante el incumplimiento.

#### **4.3. Momento de eficacia: efectos post mortem y efectos inter vivos**

El testamento produce efectos recién a la muerte del causante: antes de ese momento, no hay derechos adquiridos para los beneficiarios, sino una expectativa jurídicamente débil, siempre expuesta a modificación. El pacto, en cambio, es eficaz desde su celebración en cuanto contrato: obliga a las partes desde ese instante, aunque algunos de sus efectos estén naturalmente diferidos al fallecimiento. Esta precisión es crucial para comprender su utilidad: el pacto “opera” desde que se firma, porque genera deberes actuales (no disponer en contradicción, ejecutar actos

necesarios, reconocer posiciones, etc.), aun cuando el traspaso final quede condicionado por el hecho futuro de la muerte.

Un ejemplo típico muestra la diferencia: una partición por donación de acciones con reserva de usufructo, en la que se transmite a los hijos la nuda propiedad y se reserva el usufructo. Allí, el efecto no es meramente “futuro”: la nuda propiedad nace desde el acto y, por eso, puede corresponder la anotación en el libro social conforme a las reglas societarias aplicables. La muerte no es el presupuesto para la existencia del derecho transmitido; es, en su caso, el presupuesto para la consolidación plena o para ciertos efectos económicos, pero no para la obligatoriedad del negocio.

#### **4.4. Revocabilidad: libertad máxima del testador versus estabilidad del pacto**

Quizás la diferencia más decisiva, para la planificación, es esta:

- El testamento es esencialmente revocable. Mientras el testador conserve capacidad, puede modificarlo o revocarlo en cualquier momento. Esa flexibilidad es una ventaja (permite adaptarse a cambios familiares y patrimoniales), pero al mismo tiempo es su principal debilidad: no brinda seguridad definitiva a quienes esperan la atribución.
- El pacto no puede revocarse unilateralmente. Como contrato, obliga a las partes y no queda a merced del “último cambio de voluntad” de uno de los firmantes. Solo puede dejarse sin efecto por las vías que el ordenamiento admite para los contratos (mutuo acuerdo, causales generales de ineficacia, rescisión cuando corresponda, nulidad, etc.), pero no por una simple decisión unilateral.

Esta característica explica por qué, en ciertos supuestos, los interesados prefieren el pacto: da seguridad. En especial, cuando lo que está en juego es la continuidad de una empresa, la organización del control o el equilibrio entre ramas familiares, la revocabilidad del testamento puede resultar incompatible con la previsibilidad que el sistema requiere.

#### **4.5. Exigibilidad y cumplimiento: la regla de la obligatoriedad contractual**

Justamente, por su naturaleza contractual, el pacto se apoya en un principio básico: todo contrato válidamente celebrado es obligatorio entre las partes (art. 959, CCCN). Ello significa que, si una de las partes incumple, la otra cuenta con acciones para exigir el cumplimiento o reclamar las

consecuencias jurídicas pertinentes. Ahora bien, la exigibilidad debe entenderse con realismo: no se puede “exigir la muerte” del causante, ni anticipar efectos que por su propia naturaleza quedan diferidos. Pero sí puede exigirse aquello que el pacto impone desde el presente: conductas de no contradecir lo acordado, actos de organización, inscripciones, reconocimientos, abstenciones o mecanismos de gobierno societario que permitan que el plan tenga eficacia.

#### **4.6. La cuestión del “alea”: la incertidumbre patrimonial no habilita a vaciar el pacto**

Es cierto que, en materia sucesoria, existe un componente inevitable de incertidumbre: lo que se recibirá dependerá de si el bien existe al fallecimiento (si la empresa sigue en marcha, si el activo fue consumido, si la sociedad quebró, etc.). Pero esa incertidumbre no debe confundirse con otra cosa totalmente distinta: la posibilidad de frustrar deliberadamente el acuerdo mediante actos posteriores incompatibles con lo pactado.

En otras palabras: una cosa es el riesgo objetivo de la realidad (que el bien deje de existir por causas económicas); otra, muy distinta, es que una de las partes pretenda cambiar el destino acordado por un acto unilateral posterior. Si, por ejemplo, una madre acuerda con sus hijos un pacto sobre el destino de acciones y su distribución, no podría luego celebrar –para después de su muerte– un negocio que vacíe lo pactado (por ejemplo, un fideicomiso que reasigne esas acciones con otro destino), porque ello importaría desconocer la fuerza obligatoria del contrato y tornaría ilusorio el instrumento.

#### **4.7. Síntesis práctica: cuándo conviene uno u otro**

En términos de planificación, puede decirse que:

- el testamento es idóneo cuando se prioriza la flexibilidad, cuando la situación familiar/patrimonial puede variar y cuando el consultante desea conservar libertad máxima hasta el final;
- el pacto sobre herencia futura (en el marco permitido, especialmente el del art. 1010, CCCN) resulta preferible cuando se necesita estabilidad, previsibilidad y coordinación entre varios sujetos: típicamente, en empresa familiar, en acuerdos de continuidad y gobierno, o cuando los beneficiarios requieren una seguridad que el testamento –por su revocabilidad– no puede brindar.

Con esto se advierte por qué, frente a ciertas planificaciones complejas (parejas no formalizadas, empresas familiares con tensiones, herederos con intereses contrapuestos), el testamento puede ser “lo más sencillo”, pero no necesariamente “lo más eficaz”. El desafío profesional consiste en elegir la herramienta que mejor combine legalidad, eficiencia y seguridad, evitando prometer certezas que el instrumento no puede ofrecer.

## **5. Herencia digital: patrimonio digital, identidad digital y desafíos sucesorios contemporáneos**

La vida contemporánea transcurre en un entorno inevitablemente digital. Si un observador externo mirara el comportamiento cotidiano de las personas, probablemente concluiría –con cierta razón– que el teléfono celular funciona como una extensión del cuerpo: trabajamos, compramos, nos informamos, amamos, discutimos, almacenamos recuerdos y gestionamos dinero desde una pantalla. Esa “realidad digital” plantea una pregunta que la práctica sucesoria clásica no estaba preparada para responder: ¿qué se transmite cuando se transmite una vida virtual? ¿Qué pasa con nuestras cuentas, nuestras fotos, nuestras conversaciones, nuestros archivos, nuestras bibliotecas digitales y nuestra presencia pública en redes?

Para abordar el problema, es indispensable partir de una distinción conceptual que ordena el análisis: no es lo mismo el hardware, el software, los bienes digitales y la personalidad (o identidad) digital.

### **5.1. Cuatro planos del fenómeno digital: hardware, software, bienes e identidad digitales**

- 1) Hardware: es el plano físico (dispositivos, teléfonos, *tablets*, computadoras, discos externos). La transmisión del hardware se asemeja a la de cualquier bien mueble: es tangible, ubicable y, en principio, jurídicamente tratable con categorías tradicionales. Sin perjuicio de los problemas de acceso (contraseñas, encriptación), el objeto en sí no presenta el mayor desafío conceptual.
- 2) Software: aquí el problema cambia; muchas veces el usuario no “posee” el software como cosa transferible, sino que cuenta con licencias de uso y condiciones contractuales que limitan la cesión. Esto es decisivo, porque introduce el derecho contractual como fuente primaria de regulación en un terreno donde el derecho sucesorio tiende a suponer la transmisibilidad de los bienes.

- 3) Patrimonio digital: bajo esta noción cabe reunir los activos y contenidos alojados en entornos digitales (archivos en la nube, carpetas profesionales, documentos, libros digitales, música, películas, suscripciones, cuentas, inversiones y, eventualmente, criptoactivos, tema que merece capítulo propio). Es el “conjunto de lo que tenemos” en plataformas: Dropbox, Google Drive, iCloud, redes, almacenamiento de fotos, bibliotecas digitales, cuentas bancarias online, etc.
- 4) Identidad digital: junto al patrimonio digital existe algo más difícil de tratar, la identidad o personalidad digital compuesta por los elementos con los que una persona construye su memoria y su proyección social en entornos digitales. Incluye fotos, videos, historias, publicaciones, comentarios, comunicaciones, preferencias, vínculos, rastros de navegación y, sobre todo, los intercambios en canales íntimos (chats, mensajes, mails). La identidad digital no es sólo un conjunto de cosas: también involucra derechos personalísimos, memoria, intimidad y reputación, y se entrelaza inevitablemente con la intimidad de terceros.

Desde esta perspectiva, la herencia digital no puede reducirse a una pregunta patrimonial: obliga a distinguir patrimonio digital (activos y contenidos con posible valor económico o funcional) e identidad digital (memoria, comunicaciones, presencia pública), porque los conflictos y soluciones varían según el objeto.

## **5.2. El problema central: acceso a cuentas y comunicaciones tras la muerte**

En términos prácticos, la cuestión más conflictiva suele ser el acceso: ¿pueden los herederos entrar al correo electrónico del causante? ¿Pueden leer los chats? ¿Pueden recuperar archivos? ¿Pueden cerrar o “memorializar” una cuenta de red social?

Aquí aparece un dato que muchas veces se ignora: al abrir una cuenta en Gmail, Facebook, WhatsApp u otras plataformas, el usuario celebra contratos de adhesión que contienen reglas sobre acceso, cierre, preservación o eliminación de la cuenta tras la muerte. Son cláusulas que casi nadie lee, pero que, en la práctica, funcionan como una suerte de “sucesión contractual” del perfil o del servicio. Por eso, un primer paso de la planificación digital consiste en asumir que el derecho sucesorio dialoga –y a veces choca– con reglas contractuales privadas.

Ahora bien, el acceso *post mortem* no sólo interesa al causante: afecta directamente a terceros. En un chat íntimo no sólo “habla” el fallecido;

también se expone la privacidad de quien se comunicó con él creyendo que ese intercambio quedaba en una esfera reservada. Este es el corazón del debate: ¿debe regir el principio de libre acceso por los herederos, o debe prevalecer el derecho a la intimidad, incluso después de la muerte? La respuesta no puede ser simplista, porque la herencia digital pone en tensión dos bienes jurídicos de enorme peso: la necesidad de identificar y administrar el patrimonio relicto, y la tutela de la intimidad (propia y ajena).

### **5.3. Experiencias comparadas: de los “memoriales” a la regulación del acceso**

La problemática adquirió visibilidad con las redes sociales y, de modo emblemático, con Facebook, que nació como una red pensada para estudiantes, sin imaginar usos familiares, ni previsiones para la muerte. Las primeras crisis mostraron dos fenómenos: por un lado, la demanda social de mantener perfiles como espacios conmemorativos; por el otro, la presión de familiares que pretendían acceso a contenidos o mensajes como forma de reconstruir una historia o entender una pérdida.

En el derecho comparado, los casos judiciales pusieron de relieve, una y otra vez, el mismo dilema: el contenido de una cuenta digital no es equiparable sin más a una “cosa heredable”, porque involucra comunicaciones protegidas y expectativas de confidencialidad de terceros. La jurisprudencia alemana, en un precedente muy citado (2018), sostuvo –en términos generales– que no existiría diferencia sustancial entre lo analógico y lo digital al considerar que el acceso a la cuenta podía integrarse al contenido hereditario; mientras que otros enfoques han enfatizado la protección de la intimidad y han sido más restrictivos con el acceso a mensajes o comunicaciones, sobre todo cuando no existía autorización expresa del usuario.

En Estados Unidos, la dispersión de soluciones y el conflicto entre privacidad y administración patrimonial llevaron a un proceso normativo: el modelo evolucionó hacia un sistema que, en términos generales, exige autorización expresa del usuario para que herederos o fiduciarios puedan acceder a determinados contenidos digitales (especialmente comunicaciones), admitiendo en ciertos casos intervención judicial cuando el acceso resulta necesario para inventariar o administrar bienes, pero procurando no convertir la muerte en una “licencia general” para leer la vida privada del causante.

La enseñanza práctica es clara: la ausencia de planificación digital deja a los familiares –y a los operadores jurídicos– atrapados entre contratos de plataforma, reclamos de intimidad y necesidades patrimoniales.

#### **5.4. Herencia digital como objeto de planificación: ¿qué puede transmitirse?**

La transmisión de activos digitales depende, en muchos casos, de una distinción decisiva: propiedad vs. licencia.

- Libros, música, películas digitales: con frecuencia el usuario no adquiere un “bien” transmisible, sino una licencia personal de uso. Por eso, a diferencia de la biblioteca en papel (que se hereda como conjunto material), la biblioteca digital puede estar jurídicamente limitada por el contrato de la plataforma.
- Nombres de dominio: suelen tener valor económico y estratégico; pueden ser transferibles conforme a reglas de registradores y contratos; y, en ciertos casos, constituyen un activo significativo por su singularidad.
- Activos en plataformas y cuentas: pueden incluir valor económico (publicidad, monetización, contenido profesional), y también valor afectivo o identitario (fotos, recuerdos).
- Criptoactivos: merecen análisis específico por su infraestructura técnica (claves privadas) y su impacto sucesorio; aquí basta anticipar que, sin plan de acceso, puede haber pérdida definitiva.

En síntesis: no todo lo digital es “cosa heredable” en el sentido clásico; parte de lo digital es patrimonio transmisible, parte son licencias, y parte son expresiones de identidad que requieren tratamiento cuidadoso.

#### **5.5. ¿Qué es, y qué no es, un “testamento digital”?**

Bajo la etiqueta “testamento digital” suelen mezclarse cuestiones distintas. Conviene separar:

- 1) Disposiciones testamentarias sobre bienes y cuentas digitales (contenido). Esto sí es planificación sucesoria: cláusulas que designan quién administrará activos digitales, quién podrá solicitar cierre o memorialización, qué se hará con contenidos, y quién podrá acceder (si se desea autorizar acceso).
- 2) Instrumentos contractuales dentro de plataformas (contacto delegado / *legacy contact*). Muchas plataformas permiten, por vía contractual, designar un “contacto legado” o establecer preferencias ante la muerte. No es una figura del derecho sucesorio argentino, pero es un mecanismo contractual que puede ser eficaz en la práctica y que, en tanto no viole normas imperativas, puede coexistir con disposiciones testamentarias.

- 3) Testamento “en formato digital” (forma). Este es otro debate: si pueden utilizarse medios digitales para cumplir requisitos formales del testamento (por ejemplo, si un testamento hológrafo puede escribirse en soporte digital con escritura manuscrita y firma). La cuestión remite a exigencias de puño y letra, fecha y firma, y obliga a revisar qué entiende el ordenamiento por soporte, escritura y firma, así como el rol de la firma digital. Es un tema relevante, pero distinto del problema de fondo de la herencia digital, que es la gestión y acceso a activos e identidad tras la muerte.

### **5.6. La clave: planificar el acceso sin convertir la muerte en una “autorización indiscriminada”**

La herencia digital obliga a una respuesta equilibrada: es cierto que los herederos necesitan identificar bienes y gestionar el patrimonio; pero también es cierto que muchas personas no desean –y no imaginaron– que su muerte habilite el acceso irrestricto a sus conversaciones íntimas.

De allí que la planificación adecuada deba formular, al menos, tres decisiones:

- 1) quién administrará los activos digitales (un continuador digital, heredero, albacea o persona de confianza);
- 2) qué grado de acceso se autoriza (sólo inventario patrimonial; acceso a archivos; exclusión de comunicaciones íntimas; o autorización limitada y explícita);
- 3) cómo se ejecutará (instrucciones en testamento o instrumento análogo, resguardo de claves por vías seguras, designación contractual en plataformas cuando sea posible, y previsiones para evitar pérdidas).

En definitiva, planificar herencia digital es planificar una transición: no sólo de bienes, sino también de memoria, intimidad y presencia. Y esa transición, precisamente por su sensibilidad, no debería quedar librada ni al azar de las “letras chicas” contractuales, ni a la improvisación familiar en el peor momento emocional.

## **6. Conclusión**

La planificación sucesoria es, ante todo, un ejercicio de responsabilidad jurídica y humana. No se limita a distribuir bienes: procura ordenar una

transición –patrimonial y relacional– reduciendo incertidumbre, costos y conflictos. En un sistema donde la muerte suele activar procesos judiciales lentos, disputas familiares y decisiones improvisadas, planificar implica anticiparse: elegir instrumentos adecuados (testamento, donaciones con reserva, fideicomisos, acuerdos en el ámbito de la empresa familiar), fijar reglas claras de administración, preservar la continuidad empresarial cuando corresponda y, especialmente, proteger a quienes se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad. Su finalidad no es “evitar la ley”, sino hacerla operativa con sentido, alineando la voluntad del causante con los límites del orden público sucesorio y con las exigencias de eficacia práctica.

Esa necesidad de anticipación se vuelve aún más evidente cuando se incorpora la herencia digital. La vida contemporánea ha generado un patrimonio nuevo –archivos, cuentas, contenidos, dominios, suscripciones, activos en plataformas– y, junto a él, una dimensión todavía más delicada: la identidad digital, compuesta por comunicaciones, imágenes, recuerdos y huellas personales que se almacenan en entornos regidos por contratos de adhesión y atravesados por derechos personalísimos. La muerte, en este terreno, no sólo plantea un problema de transmisión, sino también un problema de acceso: qué pueden conocer los herederos, qué debe permanecer en reserva, qué ocurre con la intimidad de terceros, y cómo se administra un conjunto de bienes cuya existencia y recuperabilidad dependen, muchas veces, de claves, configuraciones y reglas contractuales desconocidas por la familia.

Por ello, la planificación sucesoria del presente –y con mayor razón la del futuro– exige integrar lo digital como un componente estructural: no basta con prever bienes registrables o participaciones societarias; es imprescindible decidir qué ocurrirá con cuentas, archivos y comunicaciones, quién podrá gestionarlos, con qué alcance y bajo qué límites. El desafío consiste en alcanzar un equilibrio: permitir la identificación y administración del patrimonio digital sin transformar la muerte en una habilitación indiscriminada para invadir la vida privada del causante y de quienes se comunicaron con él.

En suma, planificar la sucesión –incluida la dimensión digital– es una forma de asegurar continuidad, prevenir conflictos, proteger intereses legítimos y preservar dignidad. Es, también, una manera de convertir la voluntad en hechos: que aquello que una persona quiso dejar –bienes, proyectos, memoria y responsabilidades– no quede a merced del azar, del desconocimiento tecnológico o de la litigiosidad posterior, sino que se cumpla con orden, eficacia y respeto.

## Derecho internacional privado

### Acuerdos partitivos celebrados en el extranjero (por disolución de sociedad conyugal y sucesión) y art. 2667\*

María Elsa Uzal\*\*

María Marta Herrera\*\*\*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Una visión sobre el derecho comparado. 3. Aproximación a los acuerdos partitivos. 4. Panorama de la sucesión internacional en nuestro derecho internacional privado de fuente internacional. 5. El derecho internacional privado de fuente interna y las normas del Código Civil y Comercial. 6. Las sucesiones testamentarias. 7. La herencia vacante y otras cuestiones. 8. Algún caso interesante. 9. Aplicación práctica del artículo 2667.

#### 1. Introducción

**Dra. Uzal:** Cuando hablamos de sucesión *mortis causa*, hay que reconocer la uniformidad jurídica del concepto biológico de la muerte en el derecho civil comparado. Siempre que hablamos de sucesión como *mortis causa* estamos hablando de la muerte de una persona física y de su muerte natural, biológica o presunta, y, en un caso más excepcional incluyendo otras áreas, por supuesto, de las sucesiones entre vivos. Este tema, desde el punto de vista del derecho internacional privado, fue contemplado en el Código Civil

\* Reproducción de la intervención oral realizada por la Dra. María Elsa Uzal y la Esc. María Marta Herrera 28/10/2025 en la sede del CECBA, en el marco del ciclo de conferencias "A 10 años del Código Civil y Comercial de la Nación: teoría, práctica y nuevos desafíos".

\*\* Doctora en Derecho (UBA). Profesora titular de Derecho Internacional Privado (UBA y U. de San Isidro). Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho. Exmagistrada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Integró el grupo de juristas que redactaron el Código Civil y Comercial de la Nación.

\*\* Abogada *cum laudes* (UCA). Escribana de registro en CABA. Magister de Derecho Internacional Privado (UBA). Presidente del Instituto de DIPr y miembro de la Com. de Consultas Jurídicas del CECBA. Asesora del Ministerio de RR. EE. y Culto. Consejera en la UINL. Premio José María Moreno 2023-2024.



y Comercial de la Nación (CCCN) en el título IV del libro VI “Disposiciones de derecho internacional privado”, en la sección novena sobre sucesiones (arts. 2643 a 2648).

Esta sección participa de una calificación autónoma de sucesión –la he anticipado brevemente–, que alude a una relación jurídica relativamente indeterminada. ¿Por qué? Porque está sólo en parte determinada por su causa, por la muerte (la muerte de la persona física), pero está indeterminada en lo que se relaciona al objeto de la transmisión sucesoria y esto connota una gran cantidad de problemas que no están especificados. Cuando el artículo 2644 del CCCN en un concepto abstracto general habla de sucesión, precisa la voluntad indeterminada del legislador a través de la elección de una norma de conflicto.

La sucesión se rige por la ley del último domicilio del causante. Este es el punto de conexión que conduce, a través de la pluralidad de sistemas jurídicos del derecho comparado, a la *lex causae*, a un derecho elegido a través del punto de conexión. Allí se establece la voluntad imprecisa del legislador, conduciendo al intérprete hacia un derecho nacional determinado que especifica el sistema de sucesión aplicable al caso concreto. Así se determina la norma indirecta, es decir que, si hablamos del artículo 2644 CCCN, y nuestro derecho fuera el elegido, por ser el último domicilio del causante, este nos remitiría, a través del artículo 2277, a un concepto de *sucesión en la persona de carácter universal*.

En general la sucesión trata de conciliar tres perspectivas que son interdependientes. Por un lado, la perspectiva del individuo quien, a través de la sucesión, intenta disponer de sus bienes con mayor o menor libertad. Por el otro, la familia. Sobre ella se proyectan las consecuencias del derecho sucesorio y sus consecuencias patrimoniales. Y, además, la sociedad que está interesada en una transmisión de esos bienes, en una transmisión ordenada, en la determinación de quiénes son los nuevos titulares y, también, en la percepción de tasas e impuestos. Es decir, el último domicilio, en nuestro caso como *lex causae*, va a determinar el derecho aplicable y, a su vez, si la sucesión *mortis causae* es singular o universal, y si se trata de una sucesión por cabezas, por tronco, por estirpes, por líneas, según el derecho nacional elegido.

## 2. Una visión sobre el derecho comparado

¿Cuáles son las distintas posturas que el derecho comparado nos muestra? Las soluciones del derecho interno de los Estados organizan socialmente

el deceso de las personas físicas, procurando conciliar dos exigencias. Por un lado, la transmisión del activo, proceso en el que se busca agilizar la transmisión y garantizar la certeza en la atribución de los derechos. Por el otro, la transmisión del pasivo, es decir, soluciones que armonicen la tensión entre los derechos de los herederos y aquellos de los acreedores del patrimonio relicto, un equilibrio lógico entre esos dos derechos. Se tiende a buscar, de alguna manera, conciliar intereses que satisfagan los imperativos que están en juego. Hay sistemas que ponen el acento en la transmisión del pasivo, hay otros que se focalizan en la transmisión del activo sucesorio, y otros en la atención de las deudas. Los que ponen el acento en la transmisión del activo, observan fundamentalmente quiénes son los llamados para suceder, y el momento en que se produce la transferencia. En cambio, quienes reparan en las deudas y su transmisión, observarán si la responsabilidad por estas es limitada o ilimitada, es decir, cuáles son los poderes reconocidos a los herederos sobre el activo y la extensión de las responsabilidades de los herederos respecto de ese activo. Si tratamos de perfilar un poco los sistemas que ponen el acento en la transmisión del activo sucesorio, vemos que hay sistemas que se pueden denominar de transmisión directa o inmediata e instantánea –en los cuales los bienes del difunto pasan a los herederos por el solo efecto de la ley, es decir *ipso iure*– y que privilegian el mantenimiento de la integridad del patrimonio, la designación inmediata del nuevo titular y la certeza en la atribución de los bienes. Hay un *sistema de base legal y de naturaleza inmediata*, con una prioridad en la atención del derecho de propiedad sobre los bienes, y que opera una transferencia separada de las prerrogativas propias del ejercicio a través de la posesión hereditaria –entendida también *ipso iure*–. Así, se presentan tres posibilidades: la aceptación de la herencia, la aceptación con beneficio de inventario y la renuncia a adquirir esa posesión hereditaria.

Después están los sistemas de *transmisión directa pero diferida*: en estos casos se renuncia al automatismo en la adquisición de la herencia, y se invita a los herederos a manifestar la voluntad de adquirir la sucesión. En consecuencia, una solución de continuidad nos lleva a decir que el patrimonio del difunto se precipita en *una situación de vacancia* –la herencia queda yacente hasta que el heredero acepta la sucesión–, pero la transmisión hereditaria continúa siendo el objetivo de los herederos. Sin embargo, la transmisión de herencia no es menos directa porque no se da un rodeo por la intervención de una tercera persona, sino que se pasa directamente al heredero. Sólo está diferida en el tiempo hasta que el heredero acepta la sucesión. Algunos sistemas sólo requieren la aceptación, tradicionalmente España, Italia, y otros exigen además una investidura

judicial para dar mayor certeza a esta transmisión. Clásicamente esto lo exigía el derecho austríaco, por ejemplo.

También hay sistemas *de transmisión indirecta y diferida*. En estos casos la persona a quien se le transmite la sucesión, en una primera transferencia, es un administrador, un *personal representative* o un ejecutor, quien debe liquidar los bienes, pagar las deudas y reliquidar el saldo para entregarlo a los acreedores. De manera tal que, a veces, la designación es efectuada por el propio causante por testamento; otras veces hay una designación judicial. La designación del administrador, de un *trustee* o un *personal representative*, puede ser voluntaria o judicial; entre sus funciones está la liquidación, la distribución del saldo e incluso la partición. Hay una segunda transferencia que beneficia a los herederos en el momento en que el saldo se pone a disposición, o bien cuando la liquidación del activo hereditario se pone a disposición de los herederos y así se satisfacen las expectativas de estos. Los sistemas que ponen el acento en la transmisión del pasivo nos llevan un poco a considerar esa dualidad de sistemas, *entre sucesión en la persona y sucesión en los bienes*.

La sucesión en la persona, de raíz típicamente romana, ofrece la idea de que el heredero es continuador de la persona del causante, es acreedor o deudor de todo aquello de lo que el causante era acreedor o deudor. Continúa la persona del causante y responde por todos los compromisos del difunto y, si no toma la precaución de limitar su responsabilidad, responde incluso según el sistema romano clásico con todos sus bienes *ultra vires hereditatis*. En este sistema hay diversas tendencias: la tendencia *ultra vires* que toma como principio la responsabilidad *ultra vires* y sólo excepcionalmente la limita, es decir hay que tomar la precaución de la limitación expresa de la responsabilidad; otros sistemas exhiben una tendencia hacia el *intra vires*, vale decir que, si bien parten de un principio de responsabilidad *ultra vires*, después, sin embargo, asignan la posibilidad de limitar la responsabilidad a través de una aceptación con beneficio de inventario, o con limitaciones que, en definitiva, harán que la responsabilidad alcance sólo a los bienes recibidos *-intra vires-*.

Por oposición a este sistema de sucesión en la persona, está el sistema de *sucesión en los bienes* de carácter germánico, en el cual la transmisión sucesoria es concebida como una atribución de un patrimonio yacente, abandonado por la muerte de causante, compuesto de activo y pasivo. El heredero recoge los bienes y las deudas que pesan sobre ellos y dispondrá de ellos *intra vires hereditatis*, es decir como lo habría hecho el difunto si viviese con esos bienes, confiándose la administración a un tercero, *que en este caso sería el heredero*. Estrictamente, no hay una transmisión del patrimonio porque el patrimonio es objeto de una liquidación, y el heredero no recibe

sino la parte de las deudas que corresponde a su parte en los bienes, esto es, es una sucesión en los bienes.

Una variante dentro del primer sistema también es la *opción hereditaria* que a veces difiere. En ella, la decisión sobre si hay responsabilidad o no, y el tipo de responsabilidad que se asume, difiere según la agresividad de los acreedores. A veces se defiere la posibilidad de limitar la responsabilidad hasta, incluso, el momento de la partición.

Un tercer sistema es el *anglosajón de la responsabilidad indirecta y diferida* que parte de un concepto de responsabilidad *intra vires*: no se transmiten las deudas a los sucesores, a los sucesores se los dispensa de la responsabilidad por el pasivo, y se consagra el principio de la liquidación previa a través de la liquidación, el pago de las deudas y luego la partición del saldo entre los herederos. No se transmite el pasivo a los herederos sino hasta después de que se ha liquidado la sucesión, y se dispone la distribución por el *trustee* o por el *personal representative*.

Dentro del derecho internacional privado se polarizan dos enfoques –son los que existen en el derecho privado–, dos grandes vertientes. Por un lado, *la universalidad, la unidad, la extraterritorialidad*, basada en la idea del *estatuto personal*: la persona es una, su patrimonio es uno, hay un único derecho que rige la totalidad del patrimonio del causante sin reparar en dónde se localizan los elementos de la sucesión y, por ende, hay un único derecho aplicable. Y ese derecho que responde a la personalidad del causante puede ser la nacionalidad, el domicilio, o más modernamente como en el Reglamento Europeo 650/2012, la residencia habitual. La idea de la unidad en la persona tiende a una perspectiva de horizontalidad, de universalidad, de internacionalidad. En cambio, si pensamos sólo en los bienes y la regulación de los bienes –la perspectiva germánica– se parte de la idea de la sucesión en los bienes. Esta perspectiva conduce hacia la idea del fraccionamiento, de la pluralidad, por lo tanto, a la idea de la territorialidad: existen tantas masas hereditarias como países donde haya bienes del causante, y tantas leyes aplicables y sucesiones como bienes de países donde se radiquen estas masas regidas por *la lex rei sitae*. Esto es, la ley del lugar de situación de los bienes.

También hay soluciones intermedias que combinan los dos sistemas. Tradicionalmente el derecho francés era una clásica muestra pues dentro de un mismo país pueden darse pluralidad de masas: una masa de sucesión mobiliaria regida por la ley personal, y una masa de sucesión inmobiliaria regida por la ley del lugar de situación. Esa ley personal puede ser la ley de la nacionalidad del causante, según los países, o puede ser la ley del lugar del domicilio. En realidad, este fraccionamiento nace en el siglo XIII con las

escuelas estatutarias italianas y francesas. Observamos que, si bien la unidad es la idea que teóricamente mejor responde a la unidad de la persona –de ahí el apoyo de la academia y la doctrina a esta postura–, la realidad de ocho siglos demuestra la prevalencia del fraccionamiento y de la ley del lugar de situación, en especial respecto de los bienes inmuebles. Difícilmente, tanto la unidad como el fraccionamiento aparecen en un estado absolutamente puro. Hay países que siguen el estatuto personal y, en esa línea, la ley nacional del causante: Italia, Francia, España, Portugal, Grecia, Suecia, Checoslovaquia –aquí hablo de la mayoría de los países europeos–. Otros países siguen el sistema del domicilio: Finlandia, Noruega, países escandinavos, menos Suecia, Brasil, Dinamarca. Argentina, en la literalidad de su versión original del Código de Vélez, también era así porque, inicialmente, se pretendía alcanzar con una única ley la totalidad de los bienes. Sin embargo, no podían dejar de reconocer y prever concesiones para tratar de compensar el hecho de que esta unidad se topaba con países donde están situados los bienes, países que, por lo tanto, tienen una legislación diferente. Es así que, en el derecho comparado, aparecen figuras como el *droit de prélèvement*, presente en nuestro artículo 3470 del Código Civil de Vélez, otorgaba a los herederos el beneficio de compensar con bienes locales las discriminaciones de las que pudieran ser objeto por la aplicación de leyes extranjeras. Otros países, en cambio, establecen preferencias derivadas del domicilio, por ejemplo, Brasil cuando establece que, a los cónyuges brasileños o a los hijos domiciliados en Brasil, le aplica la ley brasileña salvo que la ley personal del causante, del domicilio del causante, fuera más favorable. En general, hay algunos sistemas que dan preferencia a la nacionalidad, por ejemplo, el derecho de los nacionales de pedir que se aplique su ley nacional sobre los bienes situados en su país de origen –cuando existen bienes en él–, aunque la ley personal de su sucesión pudiera ser otra. Existen otros ejemplos que siguen la pluralidad pura: los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y de 1940 y, recientemente, la ley uruguaya de DIP 19920 (de 2021), que, en su artículo 30, siguiendo los Tratados de Montevideo, consagra el principio de la pluralidad y dispone aplicar el derecho del lugar de situación de los bienes a la muerte del autor de la sucesión.

Estas figuras que contemplan la pluralidad entienden la pluralidad de masas como pluralidad de países en los que hay bienes relictos, pero también puede ser pluralidad de masas dentro de un mismo país. En las figuras intermedias, y en general en estos sistemas de pluralidad, también hay ciertos principios, como el principio de la subrogación real que prevé que, cuando se liquida un bien inmueble, el producido ingresa a la sucesión inmobiliaria –no a la sucesión mobiliaria–, pese al hecho de transformarse en un activo dinerario. Otro principio general es la importancia del momento decisivo de la muerte del

causante para determinar si la sucesión es mobiliaria o inmobiliaria, y luego no cambia el estatuto general de esa sucesión. También existe el principio de independencia entre las distintas masas de bienes: si hay frutos o productos que son producidos devengados por un determinado bien inmueble, ingresan a la sucesión en la cual se devengan esos accesorios. Finalmente, el principio de responsabilidad por el pasivo, que, en general, no aparece fraccionado proporcionalmente según el haber de cada masa sucesoria, sino que se suele admitir la concurrencia de los acreedores sobre el activo del deudor, cuando hay causante deudor, aunque haya fraccionamiento, lo que por ejemplo vemos en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 (arts. 46 a 48).

También aparece en el horizonte la *professio iuris*, es decir, la posibilidad de derogar la norma de conflicto, prevista por el legislador, por la elección de la voluntad de las partes. En general, esto significa la penetración de la autonomía de la voluntad en el plano de las sucesiones, limitada en el plano de las sucesiones y también en el plano de la familia. La autonomía de la voluntad en el plano de las sucesiones suele estar limitada a decidir, por ejemplo, entre la ley personal de la nacionalidad o del domicilio, o de la residencia habitual y la nacionalidad –como sucede en el Reglamento Europeo (RE) 650/2012–, y tiende a privilegiar el centro de vida del difunto. Lo que sucede con frecuencia es que, con un criterio de efectividad, las partes pretenden establecer el derecho aplicable a su sucesión en aquellos países donde tienen su centro de vida para así evitar la posibilidad de fraude. Pero, por otra parte, y paradójicamente, también esta es una vía para posibilitar el fraude –véase la cláusula escapatoria del art. 21 RE–.

La *sucesión contractual*, es decir, los *pactos sucesorios*, han sido tradicionalmente vistos en el derecho continental con bastante cuidado y son de aceptación restringida –algunos países directamente los prohíben–. Actualmente, el RE los contempla con alguna amplitud mayor (art. 25). Las liberalidades a través de estipulaciones, como las donaciones, están contempladas paralelamente con el estatuto sucesorio y se armonizan con él en el momento del fallecimiento del causante. Las sucesiones *ab intestato*, las estipulaciones unilaterales y los pactos sobre herencia futura también son analizados bajo diferentes criterios y, por lo general, con un criterio acotado. Generalmente, estos sistemas de liberalidades exigen contemplar, cuando se dispone sobre bienes inmuebles, la incidencia del derecho sucesorio en los modos de transmisión del tipo de bienes objeto de estas transmisiones y con el régimen de bienes del matrimonio. Son varios sistemas que funcionan juntos y, para que la solución sea un resultado armonioso, debe efectuarse un análisis prospectivo del ensamble de dichos sistemas (ver art. 34 RE. 650/2012).

### 3. Aproximación a los acuerdos partitivos

Aquí haré una breve reflexión sobre los acuerdos partitivos porque, ante este panorama tan complejo de múltiples derechos aplicables a las sucesiones, la pregunta crucial es cómo lograr una manera de conciliar estas visiones horizontales y visiones verticales a través de acuerdos que permitan una regulación global de una sucesión internacional.

Es una tarea que se debe examinar con mucho cuidado. En general, se dice que existen cuatro condiciones fundamentales para que esto sea posible. Primero: es necesario que las partes alcancen un acuerdo sobre sus intereses y que las legislaciones interesadas no posean disposiciones sustanciales de aplicación inmediata (normas de policía) que impidan su aplicación. Segundo: no deben existir disposiciones del propio testador, del propio causante, ya sea a través de disposiciones testamentarias o de figuras como el fideicomiso que limiten la posibilidad de los sucesores, o que se impongan sin que ellos puedan modificarlas. Tercero: es necesario que las partes estén en condiciones de disponer de sus derechos, esto es, que tengan capacidad para disponer de ellos y que, en este caso, la ley competente prevea los mecanismos para organizar la protección de aquellos que no tengan capacidad suficiente y decida, en consecuencia, si estas partes pueden –o no– llegar a suscribir un acuerdo, o si es posible suscribir un acuerdo en representación de estas personas y, en este punto, bajo qué condiciones.

La última condición: para blindar, de alguna manera, el acuerdo y evitar que sea claudicante, es necesario aplicar acumulativamente todas las leyes que gobiernan cada una de las masas de bienes que están involucradas en la sucesión. Esas legislaciones deben apreciar de modo conforme este acuerdo para que este satisfaga las finalidades perseguidas por cada una de estas legislaciones: es decir, es necesario que las legislaciones contemplen ese acuerdo bajo sus competencias, que controlen la regularidad del acuerdo y que este satisfaga en su conjunto las exigencias de todos estos tipos de intereses involucrados. Para ello habría que prever las dificultades que plantea el acto de la partición, sortearlas a través de una renuncia de las partes a ciertas disposiciones eventualmente conflictivas, en la medida en que estas estén disponibles para la autonomía de la voluntad de las partes (salvo que se trate de normas imperativas de orden público, o normas de policía protectoras que no pueden ser soslayadas en el momento de la partición). Entonces, sin duda, es un tema que presenta arduas dificultades.

#### 4. Panorama de la sucesión internacional en nuestro derecho internacional privado de fuente internacional

El CCCN, en la sección 9, contempla una norma sobre jurisdicción y una norma sobre derecho aplicable. Pero también existe un nivel primero en el orden de las fuentes: el nivel convencional. Los Tratados de Montevideo de 1889-1940 son la única fuente convencional en materia sucesoria de la que la Argentina es parte hasta el momento. Estos forman parte de una serie de ocho tratados que integran los de 1889 y de 1940. En ambos tratados de derecho civil internacional se contemplan las sucesiones con normas muy similares, en los artículos 44 a 50. El Tratado de 1889 vincula a la Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, con la adhesión posterior de Colombia. Fue reemplazado por el Tratado de 1940 entre estos últimos tres países.

Estos tratados son un ejemplo claro de la pluralidad sucesoria. El principio que rige es la ley del lugar de situación de los bienes hereditarios al momento del fallecimiento del causante. Esta ley rige las formas del testamento, la capacidad del heredero o del legatario para suceder, la validez y efectos del testamento, los títulos y derechos hereditarios, la existencia y disposición de las legítimas, las porciones disponibles, todo lo relativo a la sucesión testamentaria o *ab intestato*.

Sin embargo, hay cuatro excepciones al principio de fraccionamiento. Goldschmidt decía que eran cuatro destellos de luz que permitían entender la sucesión como un fenómeno único. Y esas excepciones corresponden a la forma del testamento.

Cuando el testamento es otorgado por instrumento público en alguno de los países signatarios, es reconocido en todos los demás Estados por imperio del tratado.

Una segunda excepción está dada por las deudas. En principio, las deudas tienen que ser satisfechas en el Estado en el que se cumple la obligación y, por ende, pesa sobre la sucesión de ese Estado o goza sobre los bienes existentes en ese Estado a la muerte del causante. Ahora bien, si los bienes existentes en el lugar de cumplimiento de la obligación no alcanzan para satisfacer esas deudas, entonces los acreedores pueden cobrar con preferencia y por el saldo, sobre el resto de las masas donde existan bienes del causante, sin perjuicio del preferente derecho de los acreedores locales sobre esos mismos bienes. Los acreedores locales gozan de preferencia en el cobro, y el saldo restante se destina proporcionalmente a las deudas insatisfechas de otras sucesiones, siempre que estas deudas tuvieran que ser pagadas por el causante. Se exceptúa de esta regla el caso de las deudas con garantía real (art. 48 Tratado de Derecho Civil de 1940). Cuando

las deudas tuvieran que ser pagadas en un lugar donde no hubiere bienes, entonces los acreedores podrán exigir el saldo proporcionalmente de todas las masas donde existan bienes del causante. Y esto, con la misma salvedad de la preferencia para los acreedores locales.

La tercera excepción corresponde a los legados determinados por el género, que, en principio, pesan sobre el lugar donde se debe cumplir el legado. Ahora bien, si en el país donde debe cumplirse el legado no existen bienes, el legado se rige por la ley del lugar del domicilio del testador al momento de su fallecimiento y se harán efectivos sobre los bienes allí existentes. Si estos bienes no alcanzan (o si se trata de legados determinados por su género), el pago pesará sobre todas las sucesiones y bienes del causante donde pueda satisfacerse ese legado.

La obligación de colacionar es la cuarta excepción. En principio, pesa sobre la masa en la que se debe la colación, es decir, esta colación pesa sobre la sucesión mueble o inmueble en la que existen los bienes. Sin embargo, si lo que hay que colacionar consiste en una suma de dinero que, por lo tanto, no tiene un asiento determinado, la obligación de colacionar recaerá sobre todas las masas en las que concurra el heredero que debe colacionar y en proporción a la parte de su haber en cada una de esas masas sucesorias.

## **5. El derecho internacional privado de fuente interna y las normas del Código Civil y Comercial**

El CCCN sienta una norma de jurisdicción en el artículo 2643 y, normas de derecho aplicable en los artículos 2644 a 2648. El artículo 2643 establece la competencia de los jueces del último domicilio del causante o los del lugar donde se sitúe el inmueble si estuviera dentro del país. Aquí es necesario señalar, en primer lugar, que se toman dos contactos jurisdiccionales: el general de la unidad de proceso, el último domicilio del causante y, concurrentemente, la jurisdicción del lugar de situación de los bienes respecto de los inmuebles ubicados en el país.

La disposición establece legislativamente un fraccionamiento respecto a la jurisdicción que la jurisprudencia había extraído de la referencia al artículo 10 del Código Civil que efectuó Vélez Sarsfield, en su nota al artículo 3283. De allí se había inferido que, respecto de los bienes inmuebles, había una jurisdicción exclusiva de los jueces argentinos si los inmuebles estaban ubicados en la Argentina. Ahora, esa disposición que otorga jurisdicción a los jueces argentinos sobre los inmuebles ubicados en la Argentina no reviste el

carácter de una jurisdicción exclusiva, como interpretaba la jurisprudencia antes de la reforma del Código, sino el de una jurisdicción concurrente expresamente contemplada.

Se abandona, sin embargo, otro punto de conexión jurisdiccional que tenía el Código de Vélez, el artículo 3285: conforme a este artículo, se habilitaba la jurisdicción de los jueces argentinos para acciones promovidas por acreedores, en causas por acciones personales contra el difunto, siempre que el domicilio del heredero único se encontrara en la República. Este contacto como contacto jurisdiccional no aparece ahora a nivel de jurisdicción internacional, pero se mantiene a nivel de la jurisdicción en el derecho interno en el artículo 2336 CCCN. En cambio, se adopta la doctrina del *foro del patrimonio*, dada por la situación de los inmuebles en el país. Respecto de estos, ya había tenido recepción jurisprudencial aquella doctrina, con base en los artículos 10 del Código Civil y 16 de la Ley 14394, para los casos de ausencia con presunción de fallecimiento, donde también se admitía la doctrina del foro del patrimonio, pero con carácter concurrente.

Por lo tanto, al no consagrarse un foro de jurisdicción exclusiva, cabría preguntarse si un tribunal extranjero puede pronunciarse útilmente sobre la materia sucesoria respecto de los inmuebles ubicados en la Argentina. En principio la respuesta sería afirmativa. En efecto, puede pronunciarse útilmente, pero esa declaratoria de herederos debería luego someterse a los requisitos de control de la jurisdicción indirecta, el emplazamiento personal, la inexistencia de concurrencia de la litispendencia y los recaudos del inciso 4º) del artículo 517 ya citado, que imponen el control de orden público, el control material de la solución material, de fondo, que brinde al caso el derecho elegido.

Ahora bien, ¿qué alcance tiene ese control material de la solución? En general, la cláusula impone interpretar la solución del caso, confrontándola con los primeros principios que inspiran nuestra legislación, los grandes primeros principios, en los términos del artículo 2600 CCCN.

Asimismo, el artículo 2644 segunda parte del CCCN contiene -acompañando a la norma de jurisdicción internacional, según la teoría del paralelismo- la norma sobre derecho aplicable, que dice que el derecho aplicable a la sucesión es también la *ley del último domicilio del causante*. Sin embargo, la misma norma nos dice que, respecto de la sucesión de los bienes ubicados en el país, se aplica el derecho argentino. Es una norma de policía, es decir, internacionalmente imperativa. La elección del derecho argentino está hecha con una finalidad de orden público. En este caso, la norma de policía es una expresión positiva del orden público, es decir que, si en general el control del orden público se entiende como un control de carácter negativo, ante una norma positiva que consagra un principio de

orden público, esa norma se impone. Por lo tanto, habrá que controlar que la transmisión sucesoria fallada por un juez extranjero se haga cargo de las disposiciones del derecho argentino, de las limitaciones del derecho sucesorio argentino respecto de los inmuebles y los principios que inspiran las soluciones del derecho argentino al respecto, porque hay una remisión expresa a la ley argentina. No va a ser fácil, quizás, que un juez extranjero falle aplicando el derecho argentino en este punto. En la actualidad, el artículo 30 del RE 650/2012, por ejemplo, establece respecto de las normas especiales que imponen restricciones relativas, o que afectan a la sucesión respecto de determinados activos que:

[...] cuando la ley del Estado en que se encuentren determinados bienes inmuebles, determinadas empresas u otras categorías especiales de activos contenga normas especiales que, por consideraciones económicas, familiares o sociales, impongan restricciones relativas a la sucesión o que afecten a la misma respecto de dichos activos, dichas normas especiales se aplicarán a la sucesión en la medida en que, según la ley de ese Estado, sean aplicables independientemente de la ley aplicable a la sucesión.

Esto permite anticipar un posible resultado negativo a una pretensión de este tipo. Pero, ante un derecho que permitiese esa apertura, sería factible quizás solicitar que se atendiese y aplicase nuestra norma de policía de orden público, inspirada en principios de orden público. A veces, no todas las normas de policía se inspiran en principios de orden público, pero a nuestra forma se la entiende como fundada en el carácter de orden público del régimen sucesorio, vinculada con principios de soberanía –principios claros que comparten otras legislaciones–. Desde este ángulo, podría ser atendible una petición en ese sentido y, así, la sentencia del juez extranjero sería perfectamente reconocible y ejecutable en los términos de los artículos 517 y siguientes CPCCN.

Desde otra perspectiva, cabría también controlar si, aunque no se hubiese fallado en el extranjero, mencionando expresamente el derecho argentino, la solución alcanzada fuera, material y funcionalmente, compatible con los principios de orden público del derecho argentino: funcionalmente equivalente, pues podría llegarse con ella al mismo resultado y, en tal caso, esa sentencia extranjera podría ser reconocida. Estimo que esta es la interpretación que cabe hacer del juego de los artículos 2643 y 2644 primer párrafo, con la norma de policía que prevé el artículo 2644 in fine, expresión positiva del orden público, y el artículo 517 inciso 4) CPCCN, que impone el control del orden público. La solución legal actual se ha apartado también del histórico fallo plenario “Walter Hahn” de la cámara civil, que hacía extensiva la excepción a la sucesión mobiliaria con situación permanente.

Creo que esa solución debe ser dejada de lado, aunque todavía algún fallo pueda hacerse eco de ese criterio.

Sin embargo, hay un detalle que conviene comentar. Hay fallos argentinos que, aún, ante la existencia de jurisdicción argentina en materia sucesoria con inmuebles en el extranjero, y pese a que la norma del artículo 2644 CCCN in fine sólo se refiere a los inmuebles ubicados en la Argentina, realizan una suerte de bilateralización de la norma de policía. Así entran, con sustento en dictámenes de la fiscalía de la cámara civil a una custodia del orden público extranjero; no se pronuncian sobre los inmuebles ubicados en el exterior y remiten la sucesión a esa jurisdicción. Esto, con la finalidad de no invadir el orden público extranjero ya que no hay tratados expresos en la materia.

En realidad, una norma de policía no es bilateralizable: se custodia el orden público propio y no el orden público extranjero. Si no hay evidencia de que estamos violentando estrictamente el orden público extranjero, esa interpretación es un exceso de celo de parte de los tribunales argentinos. En cambio, si se demostrase este óbice, sería muy acorde al artículo 2651 (inc. f) del CCCN que impide realizar actos que violenten un derecho extranjero de necesaria aplicación al caso; y también al artículo 2599 del CCCN que manda atender las normas de policía del derecho extranjero. Pero, dicho así en abstracto, podría resultar excesivo. Sin embargo, hay bastantes fallos en este sentido.

La Esc. María Marta Herrera me hizo llegar un fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Lomas de Zamora (provincia de Buenos Aires), sobre una sucesión notarial española ("F. B. M. A.").<sup>1</sup> El fallo rechaza in limine el pedido de *exequatur* de una sucesión notarial española emitida por una declaración notarial porque no cabía validar la inscripción de una sucesión por acto notarial. El apelante sostuvo que esta era una interpretación que desconocía las incumbencias profesionales de los notarios españoles ya que la declaratoria de herederos había sido dictada por quienes eran competentes para dictar declaratorias en el país del último domicilio del causante. La cámara entendió, con fundamento sustentado en los artículos 2643 y 2644 CCCN, que cabía inferir la existencia de una norma de jurisdicción exclusiva de los tribunales argentinos para resolver este tipo de casos. En definitiva, regresó a la teoría del fraccionamiento y rechazó el *exequatur* que se solicitaba.

Si seguimos nuestra línea de ideas, lo que debería haberse hecho es analizar si el notario español, conforme al derecho del último domicilio del

1. Cám. Civ. y Com. de Lomas de Zamora Sala I. (09/12/2024). "F. B. M. A. s/ exequatur" (La Ley Online [AR/JUR/207495/2024]).

causante, tenía *jurisdicción indirecta* –de hecho, tenía jurisdicción notarial– para dictar este tipo de declaratoria de herederos. Luego, la cámara debería haber controlado si se había aplicado el derecho argentino o, en su defecto, si la solución alcanzada era compatible con el derecho argentino. Y, en todo caso, si no existía compatibilidad debería haberlo rechazado por este fundamento, y no por una hipótesis de jurisdicción exclusiva.

## 6. Las sucesiones testamentarias

En cuanto a los testamentos, con algunas previsiones especiales, el artículo 2647 CCCN contempla la capacidad para otorgar testamentos y contiene una regla general especial en materia de capacidad, tanto para otorgar testamento como para revocarlo. En ambos casos, establece aplicable el derecho del domicilio del testador al tiempo de la realización del acto. Acá, el CCCN se aparta de la regla del artículo 2616, según el cual, la capacidad se rige por la ley del lugar del domicilio y no toma la excepción del artículo 2017, que purga la falta de capacidad conforme a la ley del domicilio cuando se es capaz conforme a la ley del lugar de otorgamiento. Ese artículo 2017 está inspirado en una idea de *favor negotii* siempre que los contratantes no hubieran debido saber la condición de la incapacidad. Esa regla del artículo 2017 está excluida, expresamente, para casos de familia, de sucesiones y de derechos reales, es decir, que la capacidad siempre se rige por la ley del lugar del domicilio del testador y no se efectúan tampoco distinciones en cuanto a la revocación legal o negocial del testamento, como lo hacía el artículo 3825 del Código de Vélez. El Código de Vélez hablaba de la revocación del testamento dentro y fuera del país. En el artículo 2647 CCCN se habla de la revocación del testamento directamente y establece aplicable la ley del domicilio del testador al momento de realizar el acto. El Código de Vélez hablaba de la revocación fuera del país que podía hacerse por la ley del lugar de otorgamiento, o por la ley del lugar del domicilio del testador del causante al momento de la revocación y, para la ley de la revocación en el país remitía a las formas de revocación de la ley local. En este punto, hoy la solución sería la misma.

Y, en cuanto a la forma, el artículo 2645 CCCN abre un panorama amplio de formas que se corresponde con las soluciones del artículo 3635 al 3638 del Código de Vélez, permitiendo –con puntos de conexión alternativos, no acumulativos, materialmente orientados– soluciones que conducen a una conclusión en favor de la validez del testamento. Allí se habla de las formas exigidas por la ley del lugar de otorgamiento, de la ley del lugar del domicilio,

de la residencia habitual y de la nacionalidad del testador, en todos los casos al momento de testar, con una precisión del momento crítico y, finalmente, de la posibilidad de aplicar las formas legales argentinas. Es decir, una amplia gama de posibilidades en cuanto a la validez del testamento. Cuando el derecho argentino es aplicable al caso, se dice que es la ley vigente al momento de la muerte del testador, fijando el conflicto móvil en el mismo sentido que lo hace el artículo 2644.

Y, después, se concluye el tema de la forma con el testamento consular. En el artículo 2646 se conserva la posibilidad de testar en esa forma. El argentino puede testar en el extranjero por testamento consular, y el extranjero domiciliado en la Argentina puede testar en el extranjero ante un cónsul o encargado de negocios de la Argentina. El testamento es válido cuando es hecho entonces ante alguno de estos ministros plenipotenciarios de la Argentina en el exterior, cónsul representante de negocios y, en su defecto, ante el cónsul o ministro de una nación amiga que se encargue de las relaciones exteriores. Y el instrumento debe tener la autenticación de esta legación o consulado, en el testamento abierto, al pie de él. En el cerrado, mantiene la forma del testamento cerrado, con el visto bueno sobre la carátula. Asimismo, el testamento tiene que ser emitido ante el jefe de la delegación, quien lo tiene que firmar –si es abierto al principio o al final de cada página– y remitirlo al Ministerio de Relaciones Exteriores que va a certificar la firma del cónsul o del encargado de negocios. Para su protocolización se envía el testamento a un juez con jurisdicción en el lugar del último domicilio del causante en el país y este va a ordenar la protocolización ante el protocolo de un escribano de registro de su jurisdicción y, si no hubiera domicilio conocido, ante un juez nacional de la Capital que va a ordenar la protocolización ante un escribano de esa jurisdicción.

Existe algún caso de testamento consular otorgado en la Argentina, en un consulado en Argentina, por un cónsul español en ejercicio de sus facultades notariales (“Cortés Carpintero”). En el caso se decidió que el testamento otorgado de esta forma no era válido en cuanto a su forma y la cámara analizó el fondo del asunto. Era aplicable al caso el Código Civil, con normas paralelas a las actuales. El tribunal invocó el entonces vigente artículo 3634 del Código Civil; entendió que las únicas formas válidas de testar en la Argentina eran las formas contempladas en el Código, sean los testadores nacionales o extranjeros. En aquella época: testamento abierto, testamento ológrafo, cerrado o por instrumento público.<sup>2</sup>

2. CNCiv. Sala A. (09/06/2025). “Cortés Carpintero, José s/ sucesión testamentaria” (*La Ley Online* [AR/JUR/77550/2025]).

En realidad, actualmente es lo mismo bajo el CCCN (arts. 2473, 2477 y 2479): sólo son admisibles las formas previstas en el código. Las formalidades no son susceptibles de interpretarse extensivamente y deben resultar del mismo instrumento. Las dos previstas: ológrafo o por acto público. La cámara entendió que estas formas eran las únicas admisibles conforme a la regla *locus regit actum*, aunque el juez de primera instancia, curiosamente, había denegado la validez de la forma testamentaria consular por entender que no se habían respetado las formas del artículo 3636 del Código de Vélez, porque el acto no refería la presencia de dos testigos exigida por esa norma. La Cámara señaló que ahí no era aplicable el artículo 3636 (CC) porque ese no era el caso de un testamento consular otorgado por un extranjero o por un argentino en el extranjero, ni por un extranjero domiciliado en la Argentina en el extranjero. Ahí, el causante tenía último domicilio en el país y estaba ocurriendo ante un consulado extranjero en el país, cuando la forma consular no está prevista en el Código Civil para testamentos otorgados en la Argentina.

De hecho, algo parecido pasa con el matrimonio consular: no estaba previsto en el Código de Vélez y tampoco está previsto ahora. La reforma 23515 quiso introducir el matrimonio consular y, finalmente, se suprimió. En definitiva, la Cámara rechazó la posibilidad de aplicar válidamente las formas de un testamento consular, a un testamento otorgado en Argentina ante un cónsul extranjero. Sólo se puede testar, en la Argentina, con validez en la Argentina, conforme a la ley argentina; y no se puede testar válidamente para la Argentina en un consulado extranjero en el país. Esto, sin perjuicio de la validez que pueda tener en España ese testamento.

Pero la sentencia fue más allá y en un muy buen análisis, se preguntó: ¿qué hubiera pasado si el cónsul español, en ejercicio de sus facultades notariales, hubiera otorgado el testamento conforme a la ley argentina, en el Consulado de España en el país? Cabría responder que, en este caso, no tenía competencia porque no era un funcionario argentino.

También se analizó el caso desde otro ángulo, preguntándose: ¿y si se considerase que había otorgado el testamento en un territorio extranjero, por tratarse de un consulado extranjero en el país? ¿Hubiera sido válido en el país ese testamento otorgado por un notario español, considerando que estaba otorgado en el extranjero? Se dijo que tampoco sería válido porque, de acuerdo con la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963, el artículo 5º establece que "para ejercer funciones notariales, un cónsul tiene que sujetarse a los reglamentos del país en el cual ejerce sus funciones notariales y a las leyes de ese país". La Cámara sostuvo que el cónsul extranjero tampoco podía ejercer funciones notariales en el país

de acuerdo con la ley que reglamenta en el país el ejercicio de la función notarial. Y, en todo caso, el cónsul como notario español, no se había sujetado a la ley argentina porque no había tomado los tres testigos que preveía la ley argentina.

La sentencia está muy bien trabajada; es una sentencia muy completa –votos de los doctores De Picasso, Li Rossi y Calvo Costa–.

## 7. La herencia vacante y otras cuestiones

En el CCCN, se cierra el cuadro contemplando la herencia vacante con una solución de la ley italiana que no estaba prevista en nuestro código anterior. Es la hipótesis en que el derecho aplicable a la sucesión, ante la ausencia de herederos, no atribuya la sucesión al estado del lugar de situación de los bienes, encontrándose dichos bienes relictos ubicados en la Argentina. En este caso, el Código dispone que los bienes pasan a ser propiedad del Estado argentino (del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires o de la provincia donde estén situados).

Finalmente, en una sucesión pueden sobrevenir otras cuestiones, tales como: la validez formal o sustancial de contratos que se quieran hacer valer en la sucesión; la determinación de bienes sujetos, o no, a colación; la validez formal de la aceptación o la renuncia de la herencia; la validez o disolución de un matrimonio previo; la validez de una adopción para fundar vocaciones sucesorias. En definitiva, son todas cuestiones incidentales –a veces con carácter previo– que deberán ser resueltas oportunamente, según sean cuestiones en relación de condicionante-condicionada, o en el curso de la sucesión, como incidentales o como cuestiones previas. Y todas ellas obligarán a imbricar derechos que no han sido pensados para funcionar junto con el derecho sucesorio. Y he aquí la función de adaptación y armonización que prevé el artículo 2595 en el inciso a), que permite al juez efectuar las adaptaciones necesarias para cumplir las finalidades perseguidas por cada uno de los derechos involucrados en el caso.

## 8. Algún caso interesante

El caso “Kopf” es interesante –también me lo remitió la Esc. María Marta Herrera para comentarlo en esta ocasión.<sup>3</sup>

3. Juzg. Nac. Civ. 60. (19/02/2018). “Kopf, Peter Paul s/ sucesión ab intestato” expte. 14928/2010.

Los peticionantes habían solicitado un pedido de autorización para vender por tracto abreviado un inmueble ubicado en la Argentina, esa era la pretensión principal y, subsidiariamente, fue presentado un convenio partitivo. Se pedía la homologación judicial de un acuerdo de partición de la herencia. La pretensión fue rechazada porque no había sido suscripta por los herederos del causante. El señor Kopf tenía dos hijas: Érika, que estaba en el país y fue declarada heredera en su sucesión en Argentina, y otra que vivía en Suiza, había fallecido y a quien habían heredado dos hijos en Suiza. Ahí había una declaratoria de herederos a favor de los dos hijos quienes suscribieron un acuerdo de partición por representantes, por apoderados, con la otra heredera. Se consideró que no era posible homologar este acuerdo traído subsidiariamente porque había otorgantes que se decían herederos que no habían sido declarados como tales, en la sucesión de Kopf, en el país.

Los peticionantes invocaron el artículo 2364 CCCN, sosteniendo que podían pedir la partición los copropietarios de la masa indivisa, los cesionarios de los derechos de estos y también, por vía de subrogación, los acreedores, los legatarios, etc. Cualquiera de los herederos o sus cesionarios podía pedir, entonces, la partición. El juez consideró que, respecto de los bienes inmuebles ubicados en el país, se aplicaba el derecho argentino y que, si bien el CCCN se enrolaba en el principio de unidad de la sucesión, a los bienes inmuebles regidos en el país se les aplicaba el Código Civil –se regían *por la ley del lugar de la situación*–. Y, si bien el Código tomaba un criterio mixto, a la luz de lo dispuesto en el artículo 2644 CCCN, en el caso no era aplicable la posibilidad de un reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera porque correspondía aplicar la ley argentina y, conforme a ella, era competencia de los tribunales argentinos declarar la capacidad hereditaria de estos herederos extranjeros en la sucesión de Kopf en el país.

En realidad, considero que el caso estuvo mal planteado: lo que debería haberse solicitado –de acuerdo con mi interpretación– es la aplicación del artículo 517 CPCCN respecto del reconocimiento de la declaratoria de herederos de la causante suiza a favor de sus hijos, para luego invocar esa declaratoria de herederos en la sucesión argentina de Kopf y, en representación de los derechos de su madre premuerta, obtener allí –con ese título– una declaratoria de herederos a su favor que los legitimara a pedir después el reconocimiento del acuerdo partitivo. Creo que fue mal peticionado el reconocimiento del acuerdo. Esto demuestra cómo el reconocimiento, declaración y ejecución de una declaratoria de herederos extranjera con relación a un inmueble ubicado en el país exige cumplir todos los pasos del reconocimiento y ejecución; el acuerdo partitivo debe acomodarse y ser suscripto por los herederos en condiciones de capacidad,

sin violentar las disposiciones sustantivas imperativas del país del lugar de otorgamiento y del lugar de situación de los bienes, tratando de adecuar las peticiones a los requisitos de estas legislaciones. Aquí me parece que faltaba el paso previo.

Antes de terminar, es importante hacer una referencia a la cuestión del divorcio y las funciones calificadoras del artículo 2667 CCCN. Un asunto que se planteó fue el acuerdo partitivo en un caso de divorcio vincular –con sentencia que disuelve la sociedad conyugal–, fallado en 2012 (“G., H. A.”),<sup>4</sup> en el que se denegó el reconocimiento de una sentencia de divorcio en la que los esposos se adjudicaban los bienes situados en territorio argentino ante la inexistencia de un tratado internacional que vinculase España con nuestro país. Era un caso de Barcelona (España) con Argentina: la cámara entendió que lo que se procuraba era lograr una eficacia ejecutoria de la sentencia extranjera en la Argentina y, para la primera instancia, esa eficacia ejecutoria imponía la competencia de los jueces argentinos. Entendió que sólo los jueces argentinos podían decidir sobre la inscripción de un inmueble ubicado en la Argentina, invocando el artículo 10 del Código Civil (CC) anterior. La cámara no aplicó el artículo 10, así, de modo tajante como lo hizo el juez de primera instancia; se hizo cargo de que, lo que se solicitaba, era el reconocimiento de una sentencia. Pero después, una vez que llegó al examen de los requisitos de la sentencia y analizó bajo los principios del orden público esa sentencia, entendió que esta estaba alcanzada por las reglas del artículo 10 CC e hizo una aplicación integral del artículo. Así, concluyó que el juez extranjero no valoró todos los supuestos que el artículo 10 CC exigía en cuanto a la calificación, el derecho, la capacidad, el modo de transferir el inmueble, dado que era una apreciación que sólo correspondía a un juez con jurisdicción nacional, y que esos recaudos no se apreciaban en el caso. Por ende, los requisitos del artículo 10 CC no estaban satisfechos y no podía reconocerse la sentencia.

En realidad, cuando se presenta este tipo de casos, tenemos en juego el artículo 2067 del CCCN, que nos dice que los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar en su situación. Y, por otra parte, también tenemos en juego un juicio de divorcio, con una disolución de sociedad conyugal. En el juicio de divorcio, el derecho aplicable es la ley del último domicilio conyugal (art. 2626, CCCN) y el juez competente es el del último domicilio conyugal (art. 2621, CCCN); la sentencia, al decidir sobre la liquidación del régimen patrimonial de bienes en la disolución de la sociedad conyugal, se rige por las convenciones post matrimoniales, según la ley del

4. Cám. Civ. y Com. de Pergamino. (07/12/2012). “G., H. A.” (*La Ley Online* [AP/JUR/4569/2012]).

domicilio conyugal al momento de su celebración o, en su defecto, por la ley del primer domicilio conyugal (art. 2625, CCCN).

Como la disposición de bienes se opera como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal, el juez competente es el del último domicilio conyugal (art. 2621, CCCN). En este caso, un juez del último domicilio conyugal era un juez español, el primer domicilio conyugal no sabemos cuál era, pero, en principio, el caso lo habrá resuelto el juez español conforme a su derecho y, con base en esas disposiciones, se acordó este acuerdo de disposición de bienes. ¿Qué nos dice el artículo 2667? Que ese acuerdo de disposición de bienes celebrado en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles ubicados en la Argentina (que, en este caso, no provienen de una sucesión, sino de un acto entre vivos, como es el divorcio y la disolución de la sociedad conyugal), reconoce, en principio, una causa legítima porque está otorgado por un instrumento público –es decir, un acto público protocolizado que viene en una actuación judicial. Esto es, habría que haberlo reconocido porque se estaba ante una sentencia judicial, habría que haber sometido ese acto al reconocimiento de los jueces argentinos y verificar si se daban los requisitos de validez de la transmisión inmobiliaria en cuanto al modo –es decir, la transmisión legítima por un instrumento público susceptible de ser reconocido– ya que era una sentencia judicial que contenía un acuerdo homologado en la misma sentencia. Y, si se satisfacían los requisitos de publicidad y de inscripción, el fallo debería haber atendido estos requisitos de reconocimiento y de ejecución. Entonces, si el caso proviene de una declaratoria de herederos en sucesión –con origen en una actuación judicial que involucra bienes inmuebles– y se solicita la inscripción, lo que el escribano debe hacer es controlar si se cumplen los requisitos del *exequatur* previo a una inscripción; por lo tanto, se debe exigir el *exequatur*. Si el caso proviniese de un instrumento otorgado por acto público en el extranjero, entre vivos, donde el escribano extranjero, dando fe, hubiera controlado los requisitos de fondo y hecho una adecuada relación de la sentencia de divorcio y la sentencia de adjudicación de bienes, de la denuncia de los bienes y de la homologación judicial del acuerdo, ese instrumento público podría ser susceptible de ser considerado y calificado por el escribano argentino –con la adecuada relación de los antecedentes– y, en ese caso, podría ser inscripto directamente por el Registro.

Acá las funciones del artículo 2667 CCCN permiten que los actos hechos en el extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles ubicados en la República, *en la medida en que sean hechos por instrumento público*, tengan la misma fuerza que los otorgados en el país, *siempre que consten en instrumentos públicos y aparezcan legalizados*. Esto dispensa –o priva–

de aquel paraguas de protección que tenían los escribanos que, en el CC, era la protocolización ordenada por un juez competente. El CCCN pone directamente en cabeza de los escribanos una función calificadora respecto a la relación entre partes y, ante el registro de la propiedad inmueble, una función calificadora en el control del tracto sucesivo, control de las obligaciones de los otorgantes, y las limitaciones en las facultades de los otorgantes.

Bueno, creo que con esto hemos dado un breve panorama del tema.

**Público 1:** Soy estudiante de derecho y vine a la charla porque cursé Derecho Internacional Privado, leí a la doctora Uzal y ahora, justamente, estoy cursando la orientación de derecho notarial. Me sorprendió el fallo que comentó respecto de Lomas de Zamora. En el *exequatúr*, teniendo en cuenta que la Unión Internacional del Notariado reconoce en los escribanos la jurisdicción no contenciosa –procesos sucesorios incluidos–, como existe en España, Brasil y Francia, si mal no recuerdo... me pregunto si, en ese caso, el de una sucesión declarada por un escribano en el extranjero que se quiere hacer valer en Argentina, y dado que nosotros no tenemos reconocida la función no contenciosa en el país, podría ser objeto de rechazo del *exequatúr* por contrariar el orden público internacional, teniendo en cuenta que es esta serie de principios que debe interpretar de forma concurrente, actual. Muchas gracias.

**Dra. Uzal:** Yo creo que no porque son funciones equivalentes, funcionalmente equivalentes. El derecho español reconoce, entre las funciones notariales, funciones para dictar las declaratorias de herederos, es decir, funcionalmente, están asimiladas a las labores de los jueces; aunque no sea una tarea judicial en sentido estricto, es una jurisdicción entre comillas, administrativa, pero que está legalmente reconocida en el país del lugar de su competencia, que es el del último domicilio del causante. Es decir, desde este ángulo, no le veo ningún obstáculo. Además, el fallo de alzada, justamente, no se hace eco de ese óbice, aunque en el fallo de primera instancia, sí, se rechaza por el carácter notarial de la función. Pero la cámara no lo considera por ese lado, sino que enfoca la jurisdicción como exclusiva, pero no la desvirtúa por la función notarial. Y, de hecho, fíjese que la Sala A de hecho la reconoce; sin embargo, reconoce la competencia notarial del cónsul español que tampoco sería técnicamente un juez.

**Esc. Herrera:** El control de competencia no implica identidad de funcionario; eso implicaría meterse en la soberanía del Estado, que organiza como quiere

sus poderes y atribuye las competencias y las jurisdicciones como desea. Sería pretender una identidad que no corresponde, y tampoco es la función del derecho internacional privado.

## 9. Aplicación práctica del artículo 2667

**Esc. Herrera:** Voy a dar un pantallazo de lo que sería la aplicación práctica del artículo 2667 CCCN. En realidad, la visión o la perspectiva que voy a dar será una perspectiva netamente notarial y operativa de lo que sería este artículo. A esos fines, me parece interesante tener en cuenta las recomendaciones del último congreso de la Unión Internacional del Notariado (Berlín, 2025). Así, se tendrá en cuenta desde qué perspectiva se llevará a cabo el análisis de esta normativa que atraviesa a la función notarial y genera ciertos inconvenientes en nuestra operatividad diaria cuando los documentos provienen del extranjero, no sólo por el origen del documento, sino también por cómo lo recepta el derecho argentino, que, en virtud del texto del artículo 2667, parecería que debería implicar un reconocimiento registral sin ningún tipo de “filtro” y sin ningún tipo de tamiz, como existía en la redacción anterior del Código de Vélez, en el artículo 1211.

Desde esa perspectiva, entonces, tenemos en cuenta la recomendación que efectuó el congreso a los notarios de valorar el diálogo con los responsables políticos y el papel fundamental que desempeña actualmente la función notarial en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y la finalidad de transparencia y corrección de los registros públicos que nos acercan a la función de la magistratura. Se les recomendó a los notariados, también, el estudio del derecho internacional privado (los casos con elementos extranjeros son cada vez más frecuentes), a los efectos de que el notario tenga herramientas para ejercer el control de legalidad y el asesoramiento de calidad, y también la necesidad de motivar o justificar la escritura pública, la interpretación fáctica y jurídica –y, en su caso, su decisión– con el fin de justificar el razonamiento jurídico perseguido al autorizar el instrumento. Y así, permitir la perfecta comprensión del acto jurídico instrumentado por las partes por parte del receptor de ese documento que lo va a tener que calificar, teniendo siempre en cuenta que la finalidad del derecho internacional privado notarial, si lo reconocemos como una categoría autónoma dentro del derecho internacional privado, como lo reconocen algunos autores nacionales (Perugini) o internacionales (Drolz, Lagarde y Calle).

La finalidad, en el caso de instrumentos públicos, escrituras públicas que van a ser presentadas en el extranjero, es garantizar la eficacia

extraterritorial y mantener la seguridad jurídica preventiva en todos los casos de escrituras públicas autorizadas por notarios que forman parte del sistema latino. Tampoco debe perderse de vista la recomendación de la XXVIII Jornada Nacional de Derecho Civil (2022) que advirtió que la solución prevista en el segundo párrafo del artículo 2667 CCCN, que establece que los instrumentos públicos otorgados en el extranjero tienen la misma fuerza que los otorgados en el territorio nacional –si se presentan legalizados para la constitución, modificación, extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles en Argentina–, puede facilitar la consumación de algún tipo de fraude o la elusión de las normas de control fronterizo, de las normas de control de régimen de tierras rurales, es decir, todas normas que son de orden público. Entonces, se recomendó que, ante la potencialidad de que a través de estas normas se generen causas de fraude a la ley, se exija la protocolización por vía reglamentaria de esos instrumentos públicos que provienen del exterior antes de ser remitidos al registro.

Esto implicaría, para algunos autores, un retroceso en el sistema. Sin embargo, lo que en realidad se pretende es que, a través de la protocolización notarial, se pueda ejercer una calificación del instrumento público extranjero para asistir al calificador registral, al menos hasta que él tenga los elementos o la profesionalidad necesaria para poder calificarlo en forma correcta, sobre todo por los problemas operativos que se pueden dar en la práctica. Y esto porque, al momento de recibir un instrumento público de este tipo, por el cual se modifican, constituyen o extinguen derechos reales sobre inmuebles, se pueden dar el caso de “turismo documental”. Es lo que advierte la doctrina extranjera, fundamentalmente la doctrina española, y que es asimilable al *forum shopping* en materia de jurisdicción judicial: es decir, recurrir a un notario extranjero, sin contacto con el caso, para instrumentar el acto jurídico; y su elección se debe a que ese notario opera con estándares y requisitos inferiores a aquellos que corresponderían al funcionario notarial que debería autorizar el instrumento público porque es el funcionario de la jurisdicción, o del lugar donde se encuentra el inmueble, o bien porque se encuentra mejor vinculado con el caso en sí. Este turismo documental lo que hace es que las partes elijan a un notario que les exija menos para otorgar un acto jurídico; el instrumento así otorgado va a tener eficacia por las normas previstas en el estado de destino del documento. Sin duda, esto genera graves peligros, sobre todo cuando se trata de cumplimentar las normas de prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo, y otras normas de orden público del estado de destino del documento que, de esta forma, se verán burladas. Por eso, los organismos especializados y los especialistas señalan también, además del

turismo documental, el fenómeno de la *junk litigation* o los litigios basura, en virtud de los cuales también se fuerza la jurisdicción judicial que puede homologar algún acuerdo de dación en pago o de transacción sin causa real, y sin antecedentes fácticos verdaderos. Y esto con la finalidad de elaborar o autorizar un instrumento público de transferencia de inmuebles o cualquier tipo de activos en forma espuria involucrando a un funcionario competente, que se ve envuelto en la maniobra sin advertir que está siendo manejado con fines impuros o injustos para utilizar esa transferencia para lavar activos. Por eso, es fundamental tener en cuenta que todos los actos jurídicos que se instrumenten en esos documentos públicos extranjeros del artículo 2667 CCCN y que pretendan tener eficacia en el país deben tener una causa lícita.

La referencia a la causa lícita prevista en el artículo 1211 CC no está prevista en la norma actual, pero sí es importante tenerla en cuenta, porque los contratos –la normativa regulatoria de los contratos con elementos extranjeros– sí hacen referencia a ella y, por lo tanto, es fundamental a los efectos de calificar esta eficacia extraterritorial, analizar la causa como si fuese un elemento de control o un tamiz, de la misma forma en que se analiza la competencia (que será una competencia concurrente de todo funcionario que puede autorizar un instrumento público).

La motivación a la que hacían referencia las conclusiones de Berlín, en virtud de la cual se celebra ese contrato que se instrumenta en el documento público, la causa fin, y la causa eficiente de la instrumentación de ese contrato, tienen que ser lícitas, no pueden ser espurias. Y, obviamente, está la cuestión de la violación a las normas de orden público (por ejemplo, aquellas que regulan el régimen de zona de fronteras o el régimen de tierras rurales e incluso las normas tributarias) que se pretenden sancionar al ejercer el control de legalidad del instrumento público extranjero. Desde esta perspectiva, la “calificación legal” del instrumento público extranjero al que refiere el artículo 2667 CCCN la interpretamos en modo análogo al ejercicio de la jurisdicción judicial indirecta que ejercen los jueces cuando reconocen una sentencia extranjera. En este caso, ese control de legalidad indirecto lo hará el notario o el calificador que recibe ese instrumento público autorizado en el extranjero, por el cual se constituyen, modifican, extinguen o se transfieren derechos reales sobre Argentina.

Estos profesionales ejercerán funciones como lo haría un juez que, indirectamente, está calificando al solo efecto de la oponibilidad en Argentina de ese instrumento extranjero, y al solo efecto de constituir, modificar o extinguir derechos reales sobre inmuebles ubicados en el país. Ese notario o ese calificador registral que analiza el instrumento público extranjero debe tener un dominio de las normas del derecho internacional privado

para poder efectuar una correcta calificación de ese instrumento público que recibe. Y, en ese actuar, lo que está desplegando es una actividad de cooperación jurídica internacional que, a diferencia de la actividad de cooperación judicial internacional que tiene una gran regulación, tanto en la fuente interna como la fuente convencional –a través de tratados–, no tiene regulación propia, sino que se rige por usos y costumbres, y por aplicación analógica de las normas contenidas en la fuente convencional dirigidas a los jueces (convenciones de cooperación judicial internacional). En esos casos, el notario y el registrador harán una calificación de esos instrumentos públicos por aplicación analógica del artículo 517 CPCCN, en lo que sea aplicable –porque no todo el artículo 517 es aplicable para la calificación de este tipo de instrumentos–.

A su vez, el artículo 2667 CCCN constituye una norma autónoma para llevar adelante esta calificación; es decir, sería la única fuente que existe para efectuar la calificación y abrir la jurisdicción indirecta del notario, o del funcionario calificador, para reconocer la eficacia extraterritorial de estos instrumentos públicos extranjeros. Es importante advertir esta circunstancia de laguna normativa: no hay normas del tipo dirigidas a los notarios. Entonces, podemos plantearnos que, en realidad, se trata de un tema que no le interesa reglamentar al legislador. Eso es una cuestión de la filosofía del derecho, pero sí es importante que nosotros, como notarios, sepamos que la doctrina extranjera ya advertía que el reconocimiento de la eficacia de este tipo de instrumentos públicos extranjeros hiere la soberanía, de la misma forma en que lo hiere una sentencia judicial.

El profesor francés Drolz, en un curso de verano que dictó en la Academia de La Haya, sostuvo que, en realidad, las escrituras públicas son los parientes pobres del derecho internacional privado, porque nunca nadie las ha tenido como objeto de estudio profundo, y de repente ahora, como consecuencia de la globalización, con la circulación de la gente, las personas, los bienes y las cosas, han comenzado a ser analizadas desde la perspectiva del derecho internacional privado, tomando un relieve que no habíamos advertido. Por eso tenemos que adentrarnos plenamente en la cuestión para entender un mundo que a los notarios nos era absolutamente desconocido y nos resulta muy difícil. En este sentido, la exposición anterior de la doctora demostró que, para manejar el derecho internacional privado, hay que conocer mucho sobre el derecho general y el derecho comparado en particular.

El análisis que nosotros pretendemos formular del 2667 tendrá en cuenta los antecedentes normativos. Tendremos que hacer una breve referencia al artículo 1211 CC y analizar también cómo la jurisprudencia actual recepta

el artículo 2667 y, si existen normas, cuáles son aquellas registrables y aplicables.

Adelantamos ya que, a nivel de normas de registros de la propiedad, sólo la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene normativa porque el resto de los registros de la propiedad de las demás provincias del país no tienen ningún tipo de reglamentación para regular la recepción de instrumentos públicos en los términos del artículo 2667. Es interesante, sobre todo a los efectos de prevenir daños a la soberanía cuando están en juego normas de policía tributaria, o normas de policía de control de zonas de frontera o de registro de tierras rurales. Aunque estas no están comprendidas, pero, eventualmente, puede ordenarse el aviso o la advertencia a los organismos de la administración pública que pudieran verse involucrados en esa transferencia.

Originalmente, el Código de Vélez en el artículo 1211 establecía que los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes ubicados en la República tenían la misma fuerza que los hechos en territorio del Estado, siempre que constaran de instrumentos públicos y se presentaran legalizados. Y, si por ellos se transfería el dominio de bienes raíces, la tradición de estos no podría hacerse con efectos jurídicos antes que hubiesen sido protocolizados en un protocolo de la jurisdicción del bien. Esta norma hace referencia a categorías jurídicas que deben ser calificadas de acuerdo con la *lex causae*, que es la ley argentina. La norma se refería a los contratos hechos en el país extranjero y establece que tienen la misma fuerza que los hechos en territorio nacional.

La "fuerza" o la eficacia de los instrumentos públicos autorizados en el extranjero, debían ser calificados conforme el derecho interno argentino, por lo cual, se incluyen las escrituras públicas que son una especie en el género de los instrumentos públicos, y también los demás instrumentos que pudiera autorizar un funcionario administrativo o un juez, es decir, todo aquel que ejerciera la fe pública en el lugar de emisión del documento y que le diera la autenticidad de contenido al documento –en tanto y en cuanto esté así organizado el sistema en el lugar de emisión del mismo–. A su vez, la doctrina era conteste en que, si el documento provenía de un país que no formaba parte del sistema latino del notariado –y provenía de un país del *common law* donde la función notarial no es ejercida con la misma regulación de ejercicio y con la misma regulación de existencia, extensión y eficacia del documento–, por un principio de equivalencia de la forma podía admitirse la eficacia extraterritorial de ese documento. Es decir, la forma más solemne del lugar de celebración o instrumentación equivalía a la forma solemne impuesta en el lugar de ejecución o utilización del instrumento público. Esto

es controversial en la doctrina: no todo el mundo lo entiende así y, de hecho, hasta hace algunos años, este razonamiento era más flexible.

Hoy en día la doctrina está cada vez más exigente y sostiene que debe existir no solo equivalencia de la forma sino también equivalencia funcional para reconocer la eficacia extraterritorial de los instrumentos públicos otorgados en el extranjero en cada una de las jurisdicciones locales de destino. Esto puede llegar a generar ciertas complicaciones y afectar el principio de jurisdicción concurrente de los notariados para autorizar documentos que vayan a tener eficacia en el extranjero. El tema se complica aún más cuando se trata de instrumentos públicos digitales, por los distintos niveles de seguridad y los distintos niveles de tecnología que se utilizan en los diferentes países. Nuevamente, es una opción de cada país elegir el sistema o determinar las características que debe tener un documento digital público para ser reconocido como tal. Y al respecto hay muchas divergencias. Entonces, si se siguen manteniendo esas diferencias, se va a generar un punto de inflexión contrario al momento histórico que vivimos hoy, por el que, en definitiva, no se reconocerá la eficacia extraterritorial de los instrumentos públicos extranjeros porque no habrá equivalencia funcional, no habrá equivalencia de forma y no habrá equivalencia tecnológica. Por otro lado, la doctrina era conteste en que esta norma –que tenía su espejo en el artículo 3129 CC–, en las hipotecas, se aplicaba no sólo para los casos en los que se iban a transferir derechos reales, sino también para constituir, modificar o extinguir derechos reales sobre inmuebles ubicados en Argentina.

Esta exigencia del instrumento público era una excepción al artículo 12 y al artículo 950 CC, por los que se establecía la libertad de formas, y se les confería la misma fuerza probatoria y fuerza ejecutiva. Estaba todo de acuerdo con la fuente convencional, que también era reconocida para las escrituras públicas en los Tratados de Derecho Procesal de Montevideo (1889 y 1940) y en el protocolo de Las Leñas. Con relación a las formas o los requisitos formales en virtud de los cuales ese instrumento público era tenido como tal en la jurisdicción de emisión del documento, la doctrina especializada establecía que la eficacia de los actos otorgados en el extranjero no puede ser rechazada por diferencias con las formas o solemnidades exigidas por nuestras leyes locales, pues son sólo las normas del país de emisión regulatorias de la forma de los instrumentos públicos las que las rigen. Esto responde un poco la consulta de la persona que hizo la pregunta hace un momento: la norma que rige la forma, las formalidades en cuanto a formalidades se rigen por la ley local, se mantiene el principio de la *lex loci celebrationis* y los Estados no pueden exigir la utilización en

el país de origen del documento de las mismas formalidades que son exigidas en el país de destino del documento. Esto avasallaría la soberanía de cada uno de los Estados. Si en el país de origen el instrumento público debe tener un determinado sello, una determinada mención, determinados requisitos, debe tener firma y sello del funcionario autorizante, todo esto será regido por la legislación del país de origen, sin importar lo que diga la ley vigente regulatoria de las formas de los instrumentos públicos en el país de recepción. Y, con relación a la orden judicial de protocolización, había existido una evolución en la doctrina, en virtud de la cual se había llegado a una instancia en la que, por el juego del artículo 1211 CC, reformado por la Ley 17811, en el 2505 no era necesario requerir la orden judicial de protocolización, y el adquirente –o cualquier apoderado de las partes– podía requerir la protocolización notarial directamente ante cualquier escribano de la jurisdicción del inmueble.

El problema más conflictivo del artículo 1211 CC, que también se mantiene ahora, es que hace referencia a los contratos hechos en país extranjero que se celebren por instrumento público. La referencia a “contratos”, entonces, excluiría eventualmente la posibilidad de reconocer, sin intervención judicial, eficacia extraterritorial a los acuerdos homologados judicialmente, o a los acuerdos partitivos homologados judicialmente, o acuerdos partitivos en sucesiones homologados judicialmente, porque no se trataría propiamente de contratos celebrados entre vivos. Sin embargo, si tenemos en cuenta que el contrato es una declaración de voluntad destinada a regir los derechos de las partes, conforme la definición del CC velezano, que se mantiene en el CCyC, y que la forma de los contratos debe ser juzgada por las leyes y por los usos de la costumbre en que se han concluido, y que lo dispuesto en cuanto a las formas de los actos jurídicos deben observarse para los contratos y toda vez que el artículo 1184 del Código Civil, en su momento, decía que tenían que ser hechos por escritura pública los contratos para transmitir derechos reales sobre bienes ubicados localmente o las particiones extrajudiciales, salvo las hechas por instrumento privado presentado en el juez de la sucesión. Esta norma equiparaba los acuerdos partitivos sucesorios (o los acuerdos partitivos en los divorcios) al contrato que debía instrumentarse por escritura pública para ser inscripto en los términos del artículo 1211 del Código velezano, efectuada la tradición después de su protocolización. En realidad, la palabra homologación no le quita la relevancia a la manifestación de voluntad de las partes porque el juez, al momento de homologar, no dicta una sentencia, sino que verifica que se están cumplimentando los recaudos de forma y las normas que rigen la instrumentación del acto jurídico. Distinto es si se tratase de una sentencia que parte los bienes porque no

hay acuerdo entre los excónyuges. Es decir que, en la homologación judicial, el juez verifica que las partes manifiesten su consentimiento en la forma legal exigida por la jurisdicción del otorgamiento, no así en una sentencia de partición, en la que quien decide es el juez, por ausencia de voluntad de las partes de acordarlo privadamente. Y la regulación actual del artículo 2667 (CCCN) mantiene la misma redacción que la primera parte del artículo 1211 velezano. Por lo tanto, son aplicables las mismas consideraciones.

En el artículo 2887 CCCN, por suerte o por desgracia, se omite la última parte del artículo 1211 velezano, que exigía la protocolización notarial del instrumento público extranjero antes de la entrega de posesión del inmueble. Esta omisión, como se dijo, genera ciertas complejidades (además de los riesgos de turismo documental y de la posibilidad de incumplir normas de tipo registral o de otras normas que pueden ser de policía –como las de zonas de frontera o las de registro de tierras rurales–) y puede llevar a la evasión fiscal porque se elige un notario que no tiene ningún tipo de vinculación con la jurisdicción de situación de los bienes y que su sistema no tiene ningún tipo de vinculación con el sistema impositivo de la jurisdicción de ubicación del inmueble (no sólo en cuanto a los impuestos nacionales sino a los impuestos que gravan la instrumentación, como el impuesto de sellos).

Entonces, en esos casos de turismo documental no se paga ningún tipo de impuestos, se espera que pasen los plazos de prescripción de las obligaciones fiscales y se presenta el instrumento para registrar, o se presenta igual antes de que hubiesen pasado los plazos prescriptorios de los impuestos. Sobre estos casos sí ha habido consultas: una vez, un escribano muy conocido de esta demarcación me hizo una consulta en la que dos amigos españoles querían autorizar ante él una escritura de compraventa de un departamento en Madrid, obviamente el notario argentino no tenía ningún tipo de vinculación con el inmueble, porque el inmueble está en Madrid y él ejerce en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Los otorgantes tampoco tenían ningún tipo de vinculación con la jurisdicción de la Ciudad Autónoma porque ambos tenían domicilio en Europa. Por lo tanto, si él hubiese aceptado el requerimiento y otorgado esa escritura de compraventa del inmueble de Madrid, hubiese estado infringiendo en cierta forma la norma de competencia internacional y el vínculo estrecho con el acto jurídico a instrumentar, pues estaba claro que no existía suficiente contacto entre la jurisdicción pretendida y requerida y el efecto del instrumento. Con lo cual, hubiese sido un típico caso de fraude o turismo documental, que hubiese comprometido la seguridad jurídica preventiva y hubiese comprometido definitivamente la función notarial y todos los principios que inspiran la función notarial en el sistema latino.

El otro problema que genera la falta de protocolización del instrumento público extranjero de estas características es que afecta la posibilidad de efectuar un estudio de títulos para cumplir con la buena fe diligencia del adquirente. Porque, si bien es cierto que el estudio de títulos tendría que hacerse en la jurisdicción de emisión o el lugar donde se autorizó el documento, la protocolización de ese instrumento extranjero en la jurisdicción de destino crearía cierta presunción de que ese documento efectivamente existió, que un escribano efectuó una calificación respecto a que no afectaba el orden público internacional argentino, y que la causa de transferencia instrumentada era lícita, que la causa fin y causa eficiente de la celebración de ese contrato era lícita y, por lo tanto, daría ciertos visos para cumplimentar un estudio de títulos. Es importante también tener en cuenta que, en virtud de la primera parte del artículo 2667 CCCN, se establece el principio de la *lex rei sitae* que somete todas las características y las relaciones que se establecen con los bienes o cosas a la ley del lugar de situación, excluyendo la posibilidad de aplicar la ley extranjera para regular el derecho real. Sin embargo, la capacidad que debe tener el sujeto para adquirirlo se regulará siempre por la ley de su domicilio. Esta norma es mucho más clara y tiene una mejor técnica legislativa que el antiguo artículo 10 CC, que tantos problemas generó en todo lo que tiene que ver con la eficacia extraterritorial de documentos, el reconocimiento de declaratorias de herederos y la atribución de competencia para entender en sucesiones respecto de inmuebles ubicados en la República Argentina.

Recién hice referencia a que la única normativa registral que regula el artículo 2667 CCCN es la Instrucción de Trabajo 9/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de CABA. La norma es pertinente porque establece que los instrumentos se califican conforme al artículo 8 de la Ley 17801 y el artículo 24 del decreto 2080; es decir, el registro va a examinar la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicita, ateniéndose a lo que resulte de ellos y a los asientos respectivos. Por eso establece que deben presentarse legalizados o apostillados según corresponda. Pero avanza un poco más y dice que, asimismo, será materia de calificación la manifestación del autorizante respecto del carácter de instrumento público que reviste el instrumento según la ley del lugar de otorgamiento. Esta manifestación, que sería pertinente en los documentos que provienen del extranjero, rara vez se presenta con esta forma; sin embargo, es una clara disposición de cooperación jurídica internacional.

También debe hacerse referencia a los informes de dominio e inhibición que se hubiesen pedido para cumplimentarlo. Esta manifestación siempre la va a hacer en la minuta la persona que firme la rogatoria de inscripción

(un notario o el adquirente, es decir, no será necesariamente un notario). Además, se establece un régimen de información porque sin perjuicio de la registración del documento, imperativa por disposición del artículo 2667 CCCN, hasta tanto no se hubiese regulado por los otros organismos intervinientes y a los fines que pudieran corresponder, se informará a la Administración Gubernamental de Ingresos Públicos de la Ciudad de Buenos Aires (AGIP) y a la Agencia de Recaudación y Control Aduanero (ARCA) acerca del ingreso de ese documento, a los efectos legales que pudieran corresponder.

Obviamente, el documento tiene que venir legalizado, salvo que el país de emisión sea parte de la Convención de la Apostilla (en cuyo caso se utilizará el sistema de la convención, que es un sistema de supresión de legalizaciones, no de eliminación de legalizaciones). Y obviamente que, si está extendido en idioma extranjero, para que sea eficaz en Argentina, tiene que ser traducido en la jurisdicción local. No puede venir traducido del extranjero, salvo en los casos en los que viene con doble columna y el notario opta por no exigir la transducción de la columna no extendida en español, porque entiende el otro idioma. El fundamento de esto es el CPCCN, en el artículo 123, pero también la Ley 20305 de Traductores Públicos: esta establece, justamente, que para todo documento que se presente en idioma extranjero, para que sea eficaz ante los organismos públicos (y los notarios somos una especie de funcionario público), tiene que ser traducido al idioma nacional, suscripto por traductor público matriculado en la jurisdicción en donde se presente.

Con esto doy por terminada mi intervención –a pesar de que sería importante abordar otras cuestiones–.



# Régimen de comunidad

## La calificación de bienes adquiridos con fondos de distinta naturaleza

Carlos A. Arianna\*

### RESUMEN

La temática en estudio ha sido objeto de debates bajo la vigencia del Código Civil, en el que carecía de regulación expresa. El Código Civil y Comercial de la Nación adopta en forma expresa la tesis de la calificación única de los bienes adquiridos por los cónyuges sujetos al régimen de comunidad; y resuelve la cuestión del enriquecimiento o empobrecimiento de una masa a expensas de la otra originada en la calificación unitaria del bien, mediante el reconocimiento de una recompensa a favor de la comunidad o del cónyuge. Subsisten, sin embargo, discrepancias interpretativas sobre ciertos aspectos vinculados a la calificación, especialmente en relación a los nuevos valores o acrecimiento de valores mobiliarios propios de los cónyuges. Se desarrollan y analizan las distintas corrientes doctrinarias sobre la materia.

### PALABRAS CLAVE

Régimen patrimonial del matrimonio; régimen de comunidad; calificación de bienes; bienes adquiridos con fondos de distinta naturaleza; bienes mixtos.

**Recibido:** 22/12/2025

**Aceptado:** 26/12/2025

**Sumario:** 1. Breve referencia al régimen de comunidad. 2. Calificación de bienes. Su importancia. 3. Bienes adquiridos mediante el empleo de fondos de distinta naturaleza. 4. Valores nuevos y acrecimiento de valores mobiliarios propios. 5. A modo síntesis. 6. Bibliografía.

\* Profesor titular consulto de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Profesor de la maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Profesor de la maestría en Derecho Privado (UBA).



## 1. Breve referencia al régimen de comunidad

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) mantiene el régimen de comunidad restringida a las ganancias que adoptó el Código Civil (CC) bajo la denominación de “sociedad conyugal”, regulada en el título de los contratos. El Código actual, con mejor metodología, disciplina todo lo atinente al régimen patrimonial del matrimonio en el libro segundo que denomina “Relaciones de familia”.

El régimen se caracteriza por la formación de una masa común de bienes, denominados *gananciales*, que, a su extinción, se dividirán por partes iguales entre los cónyuges o sus sucesores. Es indiferente, a los fines de la partición, el monto de los bienes propios, y la contribución de cada uno a la adquisición de los bienes gananciales (art. 498). Debe señalarse que, en rigor, lo que se divide a la disolución es el activo común, que se integra con la suma de los activos gananciales líquidos de cada cónyuge, es decir el sobrante del activo común sobre el pasivo común de cada masa (art. 497). Esto es lo que constituye técnicamente la *ganancia* a partir.

Se mantiene también la administración separada. Cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de los bienes propios y de los gananciales que adquiera, con ciertas restricciones para enajenar o gravar determinados bienes (arts. 469 y 470).

Como consecuencia de la gestión separada, cada cónyuge es propietario de los bienes gananciales que adquiera, aunque esa propiedad es menos plena en virtud de la facultad del cónyuge no titular de oponerse a los actos disposición sobre determinados bienes gananciales (art. 470). Durante la vigencia de la comunidad no hay copropiedad o condominio sobre los bienes gananciales adquiridos por uno de los cónyuges. Cada uno de los esposos sólo tiene un derecho en expectativa sobre la mitad de los bienes del otro, que recién se concreta al tiempo de la disolución de la comunidad.

En sintonía con el régimen de administración separada se conserva, con algunas modificaciones, el principio de irresponsabilidad de uno de los cónyuges por las obligaciones contraídas por el otro (arts. 461 y 467).

Si la administración y responsabilidad son separadas, cabe concluir que la comunidad se descompone en dos planos:

- 1) Las relaciones jurídicas patrimoniales de cada cónyuge *respecto de terceros*, que se tipificarán o calificarán, singularmente, según su propia naturaleza.
- 2) Las relaciones jurídicas patrimoniales *entre los cónyuges*, que están presididas por una *comunidad de intereses* que no altera la titularidad *erga omnes* de bienes y derechos de cada cónyuge. Esa comunidad de

intereses se traduce, en suma, en relaciones *de comunidad internas* que no trascienden en la cotitularidad de los derechos que recaen sobre cada uno de los objetos singulares de las relaciones jurídicas *externas* (Zannoni, 2006, p. 487-488).

### 1.1. Carácter supletorio

En la elección del régimen de comunidad de ganancias como supletorio ha pesado, seguramente, la fuerte tradición histórica en la sociedad argentina. Repárese que este régimen, con diversas modificaciones, rigió como forzoso desde la sanción del CC hasta la entrada en vigencia del CCCN.

Amén de esa razón cultural, también se arguye que es un régimen más justo y solidario en tanto compensa económicamente a uno de los cónyuges, de ordinario la mujer, que dedica su tiempo y esfuerzos al cuidado del hogar y de los hijos. Pero, cuadra advertir, que esta compensación respondía históricamente a la gestión económica única del marido que las leyes conferían, dada la incapacidad civil de la mujer.

Un sector de la doctrina enjuicia el carácter supletorio del régimen de comunidad con diversos argumentos. Se sostiene que, con la instauración del divorcio, especialmente en la modalidad sin expresión de causa, el matrimonio ha dejado de ser una institución para toda la vida; y que, con la consagración legal de igualdad de los esposos, sólo tiene justificación cuando uno de los cónyuges decide encargarse de las labores domésticas. Y por ende debería ser postergado a un segundo plano (Ragel Sánchez, 2011, p. 662).

Ferrer se interroga sobre si hay un retroceso del régimen de comunidad. Computa también la inestabilidad del matrimonio y señala que el modelo matrimonial, según el cual el marido producía los recursos económicos y la mujer se ocupaba de las tareas domésticas, ha perdido terreno (Ferrer, 2017, p. 23).

Por nuestra parte, ratificamos nuestra adhesión a la solución del CCCN, que opta por mantener el régimen de comunidad como supletorio. En primer lugar, no vemos una relación directa entre este régimen y la duración del matrimonio. En segundo lugar, existe una distancia entre la igualdad jurídica de los cónyuges que consagra la ley y la realidad en orden al trabajo doméstico. Las estadísticas que recoge la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2025, §142, pp. 52-53) en la Opinión Consultiva 31/25 son contundentes:

De acuerdo con la OIT “[1]as mujeres realizan el 76,2 por ciento de todo el trabajo de cuidados no remunerado, dedicándoles 3,2 veces más tiempo

que los hombres". [...] Esta situación se agrava cuando se entrecruzan otros factores de discriminación como la edad, la raza, la etnia, la posición socioeconómica, el estatus migratorio y fenómenos como el embarazo adolescente y los matrimonios y uniones infantiles tempranas. *La distribución inequitativa de cargas de cuidado en todo el mundo es tal, que ningún país registra una prestación de cuidados no remunerada igualitaria entre hombres y mujeres*<sup>1</sup>.

Otro tanto ocurre en América Latina y el Caribe, según datos de la CEPAL (CIDH, 2025, §143, p. 53).<sup>2</sup> Los datos estadísticos demuestran que el modelo tradicional en la asignación de roles continúa mayormente vigente en la sociedad argentina. En definitiva, el régimen de comunidad reconoce y valoriza el trabajo de cuidado al interior del matrimonio.

Con ello, no criticamos la admisión del régimen de separación de bienes que se corresponde mejor con el modelo familiar en el que ambos cónyuges producen en el mercado del trabajo y colaboran en las tareas domésticas. Además, el legislador, siguiendo otros modelos del derecho comparado, establece una serie de normas comunes a ambos regímenes que preservan al cónyuge económicamente más débil. Y a la disolución del vínculo, que es cuando podría suscitarse el desamparo de uno de los cónyuges tras largos años de convivencia, aparecen las normas que regulan los efectos del divorcio, que tienden a corregir los desequilibrios patrimoniales, tales como la atribución de la vivienda, el régimen de los alimentos y la compensación económica.

## 1.2. Carácter imperativo

El carácter imperativo del régimen patrimonial resulta del artículo 447 que veda toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio, excepto las convenciones matrimoniales previstas en el artículo 446. Se ha suprimido del texto anterior (art. 1218, CC), la prohibición de renuncia de un cónyuge a favor del otro o del derecho a los gananciales, en tanto se autoriza la opción por el régimen de separación de bienes.

El sistema sólo permite la opción por uno de los regímenes legales establecidos. Por tanto, los contrayentes o cónyuges no podrán convenir ninguna modificación a los mismos. Si hubiesen optado por el régimen de comunidad, tampoco podrán convenir la renuncia a los gananciales, la calificación de bienes, ni alterar el régimen de administración o del pasivo.

1. El destacado es nuestro.

2. El texto completo puede ser consultado en el siguiente enlace de la página web de la Corte: <https://www.corteidh.or.cr/docs> Párrafos 142 y 143.

Del mismo modo, si hubiesen optado por el de separación de bienes, les estará vedado modificar la administración de los bienes personales, la contribución a las cargas familiares, la responsabilidad frente a las deudas, entre otros aspectos.

La prohibición se extiende a cualquier otro objeto relativo al matrimonio. Es decir, no solamente a los que son propios del régimen patrimonial. En esa inteligencia, no sería admisible pactar la renuncia o restricción a petitionar el divorcio, modificar el régimen de alimentos o de compensación económica.

## 2. Calificación de bienes. Su importancia

En el régimen de comunidad de ganancias resulta esencial discriminar los bienes propios y gananciales, sujetos estos últimos a la participación en común en el momento de la disolución (art. 498). La calificación esta impuesta imperativamente por la ley, de modo que los cónyuges no pueden alterar vía convención la naturaleza de los bienes (Cám. Civ. y Com. Gualeguaychú, 2018). A las razones expuestas precedentemente, hay que agregar la prohibición genérica de contratar entre los cónyuges sometidos al régimen de comunidad (art. 1002, inc. d).

Como la comunidad es de gestión separada, el régimen permite diferenciar:

- 1) los *bienes propios* de cada uno de los cónyuges;
- 2) los bienes *gananciales* o *comunes*, de titularidad de cualquiera de los esposos, quienquiera que fuese el que los hubiese adquirido, y que, en sentido estricto, forman el llamado *haber de la comunidad* a su extinción.

La calificación de los bienes interesa, fundamentalmente, en tres órdenes de relaciones:

- 1) *En lo relativo al régimen de gestión*. En virtud del régimen de administración separada, con elementos de gestión conjunta, cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de los bienes propios y gananciales (arts. 469 y 470 primer párrafo), pero respecto de estos últimos, para disponer de determinados bienes y derechos, se exige el asentimiento del cónyuge no titular (art. 470 segundo párrafo). También lo requiere el acto de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de esta, así como su transporte fuera de ella (art. 456, CCCN).
- 2) *En lo relativo al régimen de responsabilidad por las deudas*. A partir de la separación de responsabilidades por las deudas que contraiga uno

u otro cónyuge (arts. 461 último párrafo y 467 primer párrafo), resulta en principio indiferente para el acreedor el carácter propio o ganancial del bien, salvo que la deuda contraída por uno de ellos obedeciera a gastos de conservación y reparación de bienes gananciales, supuesto en el que responde también el otro cónyuge, pero sólo con sus bienes gananciales (art. 467 segundo párrafo).

- 3) *En lo relativo al régimen de liquidación.* En este caso, la calificación legal de los bienes asume trascendental importancia. Los gananciales o comunes se partirán por partes iguales según las directivas del artículo 498 del CCCN, sea cual fuere el cónyuge que los adquirió durante el matrimonio. En cambio, los bienes propios de uno u otro cónyuge escapan a la masa común partible, sin perjuicio de responder por los créditos o recompensas debidos entre los cónyuges. Nada se opone a que una de las partes reciba una porción menor en virtud del acuerdo de voluntades, porque la división por mitades que establece el artículo 498 del CCCN no es de orden público cuando ya se ha producido la extinción de la comunidad. Así lo atestigua el propio artículo 498 en cuanto afirma que “[...] si todos los interesados son plenamente capaces se aplica el convenio libremente pactado”, y el artículo 2369 del CCCN aplicable por remisión del artículo 500.
- 4) *En lo relativo al régimen sucesorio.* El régimen sucesorio impone distinto tratamiento a los bienes propios y gananciales cuando concurre el cónyuge supérstite con descendientes y ascendientes del cónyuge fallecido (arts. 2433, 2434 coordinado con el art. 498, CCCN).

En el ámbito notarial la cuestión reviste importancia pues la adecuada calificación del bien incide en la necesidad o no del asentimiento para enajenar, o gravar, los bienes que enumera el artículo 470 del CCCN; y, a su vez, en la aptitud dispositiva del titular y la protección de los terceros que contraten con el cónyuge.

### **3. Bienes adquiridos mediante el empleo de fondos de distinta naturaleza**

#### **3.1. Los denominados bienes mixtos. Una aclaración previa**

La calificación de bienes mixtos se reserva para el supuesto de que uno de los cónyuges adquiere un bien con fondos o derechos propios y gananciales, en forma simultánea o sucesiva.

No son bienes mixtos, los adquiridos por ambos cónyuges que se regirán por las reglas del condominio con las limitaciones establecidas en el artículo 471. En ese supuesto, la parte indivisa de cada consorte podrá ser propia o ganancial del adquirente, según los fondos que hubiera empleado en su adquisición. De modo que el bien en condominio podrá tener una naturaleza dual si uno de los cónyuges empleó dinero o derechos de carácter propio para la adquisición y el otro de carácter ganancial. Estrictamente, la categoría de *mixtos* recaerá sobre las partes indivisas de cada esposo. La dualidad no se plantea porque haya dos titulares, sino porque un mismo titular adquirió un bien con fondos de distinto origen (Di Lella, 2003, p. 117).

### 3.2. La cuestión en el régimen anterior

Durante la vigencia del CC se suscitaron dos tesis antagónicas en relación a su calificación.

Una postura adscribió a la tesis basada en que el bien debe calificarse de modo unitario, ya sea propio o ganancial, tomando en cuenta la naturaleza del mayor aporte. Es decir, si la mayor parte del dinero invertido para la adquisición es propio, el bien se reputará propio con recompensa a favor de la entonces denominada sociedad conyugal por el monto invertido de carácter ganancial. Por el contrario, si el mayor aporte es ganancial, el bien se reputará ganancial; ahora, con recompensa a favor del cónyuge por el importe de fondos propios empleados. Idéntico criterio resulta aplicable teniendo en cuenta el origen del bien. Si originariamente el bien era propio, con base en el principio de accesión, mantendrá ese carácter, aunque más tarde reciba aportes gananciales, o bien la situación inversa.

Belluscio afirmaba que esta solución no tenía un claro apoyo en el texto legal, pero se justificaba a fin de evitar los inconvenientes de la calificación mixta en materia de administración (Belluscio, 2011, p. 432), ya que, reputado propio el inmueble en su totalidad, no se exigiría el asentimiento previsto en el artículo 1277 del CC, requiriéndose, en cambio, su otorgamiento si fuera ganancial. Guastavino hallaba el fundamento de la calificación única en los principios de subrogación real y en el de accesión a favor de la especie principal, ambos previstos en el artículo 1266 del CC (Guastavino, 1967, p. 1183). Por su parte, Ortiz de Rozas y Roveda (2004), adicionaban el argumento del artículo 2334 CC, que disponía que, cuando no se podía distinguir la cosa principal de la accesoría se tendría por principal la de mayor valor (p. 68 y ss.). Esta tesis resultó ampliamente mayoritaria en la doctrina (Zannoni, 2006, p. 546 y ss.; Borda, 1983, p. 838 y ss.) y en la

jurisprudencia (CNCiv. Sala A, 1979; Sala B, 1981; Sala H, 2004; SC de Buenos Aires, 1994; entre otros).

Otro sector de la doctrina admitía la calificación dual o mixta del bien, de modo que un mismo bien –recalcamos, siempre que fuera adquirido por uno de los consortes– podía revestir la calidad de propio y ganancial, y así aplicarse el régimen de una y otra clase de bienes. Consideraban que no existía disposición alguna que impusiera la calificación única del bien, y que la sociedad conyugal constituía un régimen de orden público que no podía ser modificado por interpretaciones que se alejaran del marco normativo del CC. Sambrizzi señala que, si se aceptaba –y se acepta en el CCCN– el condominio entre cónyuges, uno con una parte propia y el otro ganancial, no se advierte la imposibilidad de la existencia de una calificación dual, cuando la adquisición la realiza uno solo de los esposos con fondos de distinta naturaleza. Rechaza, asimismo, las dificultades que, en materia de gestión, suscita la calificación mixta, pues iguales o parecidas dificultades se presentaban en el supuesto de que los titulares del bien fueran ambos esposos, uno empleado con fondos propios y el otro gananciales (Sambrizzi, 2015, p. 179-180). A esta postura adscribieron Guaglianone (1965, §270), Di Lella (2003, p. 117) y Allende (1969, p. 898).

### **3.3. La solución en el Código Civil y Comercial**

A la vista de la disputa suscitada bajo el régimen anterior, el CCCN adopta la tesis de la calificación única. A continuación, pasaremos revista a los distintos supuestos.

### **3.4. Empleo simultáneo de fondos propios y gananciales**

El artículo 464 inciso c) del CCCN reputa propios

[...] adquiridos por permuta con otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producto de la venta de bienes propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por esta. Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge propietario.

La disposición recepta el principio de subrogación real, mediante el cual conservan el carácter de propios los bienes que se adquieren durante el matrimonio, sea por compra mediante el empleo de dinero propio de uno de

los cónyuges, sea por permuta de un bien propio, o reinversión de dinero de carácter propio.

Sin embargo, esta disposición debe relacionarse con el artículo 466 del CCCN que sienta el principio de presunción de ganancialidad, en virtud del cual son gananciales todos los bienes existentes a la extinción de la comunidad, salvo prueba en contrario, y agrega: "Para que sea oponible a terceros el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge". Sin esa manifestación en el acto de adquisición, en principio, el bien se presumirá ganancial y, por tanto, si se trata de alguno de los bienes comprendidos en el artículo 470 del CCCN se exigirá el asentimiento.

A su turno, el inciso f) del artículo 465, en forma simétrica con el artículo 464 inciso c), establece la calificación de gananciales para

[...] bienes adquiridos *después de la extinción de la comunidad* por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial, o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge si hay un saldo soportado por su patrimonio propio. Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien es propio, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad<sup>3</sup>.

Si bien la norma alude a los bienes *adquiridos después de la extinción de la comunidad*, resulta obvio que también se aplica si la adquisición se produce durante la vigencia de la comunidad, pues resultaría absurdo que, si el consorte enajena un bien ganancial y con su producido adquiere otro, no rija la subrogación. De acuerdo con ambas normas, en todos los casos, el bien que ingresa a la comunidad tiene el mismo carácter que el bien o fondos que se emplearon para su adquisición.

Ahora bien, cuando para la adquisición del bien se emplean bienes o fondos de distinta naturaleza, por ejemplo, cuando el cónyuge utilice en parte dinero o bienes recibidos a título gratuito (herencia, legado o donación) y en parte dinero o bienes producto de su trabajo, la calificación del nuevo bien será propio o ganancial según el mayor aporte sea propio o ganancial. Pero como la calificación del bien por el mayor aporte no puede implicar un enriquecimiento de una masa a expensas de la otra, la cuestión se resuelve mediante una adecuada compensación a la comunidad o al cónyuge en la liquidación del régimen.

3. Es destacado es nuestro.

Ha generado controversia el supuesto de igualdad de aportes: algunos, con fundamento en la presunción de ganancialidad (art. 466), sostienen que, en tal caso, el bien se debe calificar como ganancial (Ferrer, 2017, p. 133); y otros se pronuncian por la calificación dual (Sambrizzi, 2015, p. 152). Por nuestra parte, entendemos que el artículo 464 soluciona expresamente el supuesto. En efecto, al disponer el inciso c), segundo párrafo, que sólo se reputa ganancial cuando el saldo de esa naturaleza que se emplea es *mayor*, cuando es *menor* o *igual*, el bien se considera propio por aplicación del primer párrafo.

Es cierto que el inciso f) del artículo 465 invierte la solución cuando el bien es adquirido luego de la extinción de la comunidad mediante permuta de un bien ganancial, inversión o reinversión de bienes o fondos gananciales. En efecto, el último párrafo prescribe: “Sin embargo si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien es propio, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad”. Luego, si el aporte es idéntico, el bien es ganancial. Si bien la solución del CCCN puede resultar incongruente, habrá que estar a sus disposiciones, toda vez que se refieren a dos momentos distintos: el primero, a las adquisiciones ocurridas durante la vigencia de la comunidad, mientras que el segundo, a las realizadas una vez extinguida.

En virtud de lo expuesto queda claro que el CCCN descarta la aplicación de la tesis de la calificación mixta o dual de los bienes, esto es, que una porción alícuota es propia y otra ganancial.

### **3.5. Empleo sucesivo**

#### **3.5.1. Bienes que se califican en virtud de la causa o título originario**

El inciso g) del artículo 464 califica como bienes propios “los adquiridos durante la comunidad, aunque sea a título oneroso, si el derecho de incorporarlos al patrimonio ya existía al tiempo de su iniciación.”

El CCCN ha optado por la solución que predominó en la doctrina y la jurisprudencia en el régimen anterior. Para que el bien sea propio, basta con que el cónyuge tenga un derecho a adquirirlo antes de la comunidad, aun cuando la incorporación se produzca después.

En términos generales, por *derecho a incorporarlo*, debe entenderse *derecho a la adquisición* fundado en obligación válida de transferir. De modo que, después del comienzo de la comunidad, la cosa adquirida no será más que la transformación de ese derecho propio y su realización efectiva mediante el cumplimiento específico (Guaglianone, 1974, p. 29).

A título de ejemplo, comprende supuestos tales como:

- 1) Compraventa anterior a la comunidad, sujeta a plazo o condición que se cumple después.
- 2) Boleto de compraventa o promesa de venta de inmueble celebrado antes de la comunidad, cuyo título traslativo del dominio se perfecciona luego (arts. 1017 y 1018 CCCN), mediando o no empleo de fondos propios.
- 3) Adjudicaciones de viviendas que realizan los organismos crediticios nacionales o provinciales de acuerdo con los planes de construcción de barrios, viviendas económicas, etc. Esas adjudicaciones constituirán causa de la adquisición de la vivienda –inmueble–, sin perjuicio de que el título suficiente (traslativo de la propiedad) sea otorgado durante el régimen de comunidad al adjudicatario.
- 4) La adquisición de automotores durante la comunidad, aun cuando el registro sea constitutivo, si existe una causa anterior que obligue a transmitirlo (Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, 2004, p. 231).
- 5) Los frutos percibidos durante la comunidad, pero devengados con anterioridad a su inicio.

El bien será reputado propio, aunque luego se hubieren efectuado aportes de bienes o fondos gananciales para integrar su precio, aún en el caso que estos sean superiores a los propios. Aquí no rige el principio del mayor aporte. A su vez, el inciso j) del artículo 465, reputa gananciales “los adquiridos después de la extinción de la comunidad, si el derecho de incorporarlos al patrimonio había sido adquirido a título oneroso durante ella.” La disposición responde al mismo principio que informa el inciso g) del artículo 464 y refleja la solución inversa. Quedan comprendidos aquí los supuestos en que el bien se adquiere con posterioridad a la extinción de la comunidad –es decir, una vez extinguidas las condiciones de ganancialidad–, pero en virtud de un derecho que el cónyuge adquirente ya titularizaba durante la vigencia la comunidad. Al igual que en el supuesto anterior, pero a la inversa, si se emplearon fondos propios, cualquiera fuera su proporción, el bien se califica como ganancial. En ambos supuestos, para equilibrar las masas, se generará un derecho de recompensa a favor de la comunidad o del cónyuge.

Para Belluscio, se trata de una variante de la subrogación real porque, en lugar de sustituirse una cosa por otra, se sustituye un derecho por una cosa que asume el mismo carácter que aquel (Belluscio, 2011, p. 436).

### **3.5.2. Adquisición de nuevas partes indivisas**

Dispone el inciso k) del artículo 464, que son propias

[...] las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que la adquirió durante ésta en calidad de propia, así como los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para la adquisición.

Cuando el cónyuge resulta condómino con terceros de un inmueble por una cuota parte indivisa a título propio, y adquiera posteriormente, con fondos gananciales, otras partes indivisas del mismo bien, o llegue a ser el único titular del dominio, la calificación se resuelve siguiendo la solución del Código Francés que las reputa propias con derecho a recompensa a favor de la comunidad. Incorpora, además, “los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios”, siguiendo un criterio similar al de las nuevas porciones indivisas de cosas, tema del que nos ocuparemos luego.

El CCCN adopta la solución predominante en el régimen anterior, que se consolidó en el ámbito de la Capital Federal con el fallo plenario “Sanz” (CNCiv., 1992), cuya doctrina fue la siguiente: “Reviste carácter propio la totalidad del bien, cuando el cónyuge que tenía porciones indivisas de ese carácter adquiere a título oneroso las restantes porciones durante la existencia de la sociedad conyugal”.

La calificación única del conjunto de cuotas partes indivisas –o del bien en su totalidad– viene a resolver el conflicto entre el *criterio económico* de la subrogación real –que haría ganancial el acrecentamiento operado mediante la inversión de fondos gananciales– y el criterio de *accesio cedit principali*, que lleva a encuadrar ese acrecentamiento como propio del cónyuge titular originario de una cuota parte indivisa propia sobre el bien de que se trata (CNCiv. Sala A, 1977; Sala B, 1981; Sala E, 1978 y 1979; Sala F, 1984; Sala G, 1981).

La solución descarta, en esta hipótesis, al igual que en caso del empleo simultáneo de fondos propios y gananciales que analizamos al comentar el inciso c), la calificación mixta del bien.

En el supuesto de que un cónyuge, durante la comunidad, adquiera una cuota parte indivisa de un bien que pertenece ya indiviso al otro cónyuge con terceros, siguiendo a Guastavino (1967, p. 1195), sostuvimos que no cabría otro arbitrio que la calificación mixta de la relación de comunidad respecto de cada cónyuge (Arianna, 2017, p. 143). Una nueva reflexión nos persuade que, este caso, no es el supuesto típico de bienes mixtos, pues quien adquiere las nuevas partes indivisas no es el mismo cónyuge. De modo que, en tal supuesto, habrá un condominio entre ambos esposos, y la parte indivisa de cada uno será propia o ganancial según las reglas generales en materia de calificación.

El inciso n) del artículo 465 replica parcialmente la solución para el supuesto inverso:

[...] las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de carácter ganancial de un bien al extinguirse la comunidad, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge en caso de haberse invertido bienes propios de éste para la adquisición.

La reforma resuelve la calificación considerando a las nuevas partes indivisas como gananciales, con derecho a recompensa a favor del cónyuge si se emplearon fondos propios para su adquisición. La solución vuelve a evitar la calificación mixta del bien.

No obstante, sostiene Sambrizzi, la disposición solo contempla que la posterior parte indivisa haya sido adquirida luego de la *extinción de la comunidad*, pero no resuelve el caso si la posterior adquisición fue efectuada con dinero propio durante la vigencia de la comunidad, supuesto en que reputa al bien como de naturaleza mixta (Sambrizzi, 2015, p. 236). En la hipótesis, Ferrer se pronuncia por calificación única con fundamento en el derecho de accesión (Ferrer, 2017, p. 129-130). Para nosotros, la calificación única dependerá siempre del título originario, ya sea que se adquieran las nuevas partes indivisas antes o después de la extinción.

#### **4. Valores nuevos y acrecimiento de valores mobiliarios propios**

El artículo 464 inciso k) extiende la solución de la adquisición de partes indivisas de un bien a los *nuevos valores y otros acrecimientos de valores mobiliarios propios*. Este supuesto constituye una de las escasas previsiones que, en materia de acciones de sociedades, trae el CCCN.

La calificación de las acciones y sus dividendos bajo el régimen de comunidad suscita diversos problemas al superponerse con un ente distinto de las personas que lo integran, tal la sociedad comercial.

Hay cuestiones que no ofrecen mayores dificultades. La calificación del paquete accionario como propio o ganancial depende de los principios generales del régimen de calificación, la fecha de adquisición, el título oneroso o gratuito, el principio de subrogación real, etc.

La cuestión se complica en aquellos supuestos en los que el cónyuge es titular de acciones propias y adquiere, durante la comunidad, nuevas acciones u otros acrecimientos de esos valores de origen propio.

#### 4.1. Acciones emitidas en pago de dividendos

En tal hipótesis, como gráficamente se ha explicado,

[...] por un lado la asamblea declara la existencia de utilidad distribuible [...]; pero, por otro lado, la pasa directamente al capital ya que la transforma en acciones integradas y, por lo tanto, impide definitivamente que tal ganancia llegue en dinero al accionista que, en cambio, recibirá nuevas acciones. (Roca, 2000, p. 84)

Si bien existe consenso respecto del carácter ganancial de los dividendos de las acciones propias devengados durante la comunidad cuando estos son abonados en efectivo o en especie, se suscitan discrepancias cuando estos se pagan con acciones, situación prevista en la Ley General de Sociedades (arts. 66 inc. 4] y 189).

Pasaremos revista a las distintas posturas con la advertencia de que, algunas de ellas, fueron emitidas con anterioridad a la sanción del CCCN.

Una postura las reputa propias, sin derecho a recompensa, pues entiende que nunca pudieron utilizarse fondos gananciales para la suscripción e integración de las nuevas acciones. Las utilidades capitalizadas nunca fueron propiedad del accionista, siempre se mantuvieron en el patrimonio de la sociedad. Por tanto, no habrá derecho a recompensa. En esencia: esta tesis considera que no hay una transferencia real de activos de la sociedad a sus accionistas (Roca, 2008; Duprat, 2010). Otras posturas sostienen que, si estas acciones son emitidas durante la vigencia de la sociedad conyugal (hoy comunidad de ganancias), son gananciales como lo son los dividendos en tanto son frutos civiles.

Zannoni (2006) señalaba que, bajo el régimen anterior, en primer lugar, de ningún texto legal resulta que los dividendos deban ser distribuidos en dinero; y, en segundo lugar, no es admisible que mediante el arbitrio de llevar a capitalización las ganancias de una sociedad se altere la calificación de gananciales que corresponde a los dividendos (p. 559-560). Por su parte, Borda (1983) entiende que

[...] desde el momento en que los dividendos se han devengado, quedan calificados *ministerio legis* como gananciales y, por lo tanto, no es posible que la resolución de la asamblea de accionistas de capitalizarlos altere una calificación legal que es de orden público. (p. 842)<sup>4</sup>

Finalmente, otra corriente las considera propias con derecho a recompensa, fundamentando su postura en el principio de accesión. Las acciones emitidas

4. A igual conclusión arriba Nissen (1990, p. 46-47), aunque con otros fundamentos.

en concepto de dividendos tendrán la misma naturaleza que las acciones originarias, pero se generará un derecho a recompensa en favor de la comunidad al momento de disolverse esta, por haberse pagado con ganancias (Fassi y Bossert, 1977, p. 255).

A nuestro juicio, esta última es la solución que adopta el CCCN, pues confiere carácter propio a todos los acrecimientos de los valores mobiliarios propios que se producen durante la comunidad. Se sigue la misma solución que para las partes indivisas de bienes materiales.

Al comentar el artículo 515 inciso 11) del anteproyecto de 1993, cuya redacción es sustancialmente idéntica a la del CCCN, Belluscio (1992) sostuvo que esta solución evitaba la diferente calificación, en parte propia y en parte ganancial, de un paquete accionario que suele tener un valor mayor que el de la suma de los valores individuales de cada acción, especialmente cuando se trata de un paquete mayoritario que permite el control de la sociedad (p. 536). En conclusión: las acciones entregadas en pago de dividendos son propias del cónyuge accionista, pero este último debe recompensa a la comunidad por el valor de las acciones al tiempo de su distribución, que representa el beneficio del cual la segunda se ve privada (Belluscio, 1992). Sostener que las acciones son gananciales violentaría el principio de la calificación única que adopta el CCCN de manera indubitable.

Además, guarda coherencia con lo dispuesto en el artículo 491, tercer párrafo, que establece:

[...] si la participación en una sociedad comercial de carácter propio de uno de los cónyuges ha adquirido un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad. Esta solución es aplicable a los fondos de comercio.

Adviértase que, en este supuesto en que las utilidades o parte de ellas se capitalizan y, por ende, se emiten nuevas acciones, también se las reputan propias, con recompensa en provecho de la comunidad y, por ende, al cónyuge del socio.

#### **4.2. Acciones emitidas por capitalización de reservas**

Es el caso en que la sociedad pasa al capital las reservas facultativas que se hubieren acumulado entregando acciones, respetando la proporción de cada accionista (art. 189, Ley 19550). Se trata de utilidades no distribuidas que quedan de algún modo "bloqueadas" por decisión de la asamblea e integran el patrimonio de la sociedad.

Bajo el régimen anterior se sostuvo que, si las reservas se hicieron sobre utilidades correspondientes a ejercicios aprobados durante la vigencia de la sociedad conyugal, las acciones que se emitan serán gananciales (Belluscio, 2011, p. 448; en contra: Fassi y Bossert, 1977, p. 255; Roca, 2000, p. 81). Nosotros apoyamos la tesis que sostiene que, si las acciones originarias son propias, las nuevas acciones recibidas por la capitalización de reservas tienen idéntico carácter con derecho a recompensa a favor de la comunidad, por las mismas razones expuestas respecto del dividendo pagado en acciones. Porque, si bien las reservas liberadas no son técnicamente dividendos, no puede negarse que su origen se halla en utilidades que, al cabo, se distribuyen capitalizándose a través de la emisión de acciones, del mismo modo que sucede cuando se emiten como pago de dividendos.

Zucarelli señala que la característica en común que comparten tanto las utilidades como las reservas facultativas y los resultados no asignados es que todas ellas pertenecen al patrimonio de la persona jurídica y, por ende, no generarían recompensa a la comunidad, excepto en el supuesto de capitalización de utilidades (art. 491) (Zucarelli, 2025).

### **4.3. Acciones suscriptas en ejercicio del derecho de preferencia**

El derecho de preferencia asegura a los accionistas la posibilidad de mantenerse dentro de la sociedad en la misma proporción que tienen, pese a que haya aumentos posteriores de capital (Zunino, 2016, p. 175). En tal supuesto, si durante la vigencia de la comunidad el socio suscribe nuevas acciones con fondos de origen ganancial, en ejercicio del derecho de preferencia que consagra el artículo 194 de la Ley 19550, se plantea la cuestión de establecer si estas nuevas acciones se deben calificar según el carácter propio o ganancial que corresponda a las que han determinado el derecho de preferencia, o si debe atenderse a la naturaleza de los fondos empleados en su integración. Para un sector de la doctrina, las acciones suscriptas e integradas en ejercicio del derecho de preferencia que emerge de acciones propias, son propias; generando, entonces, un derecho de recompensa por el empleo de fondos gananciales, en su caso (Fassi y Bossert, 1977, p. 254; Roca, 1954). Esta posición implica extender el criterio del acrecentamiento funcional del poder jurídico que se ejerce sobre la cosa (tal es su fundamento) a la adquisición de acciones emitidas y suscriptas en virtud del derecho de preferencia.

Para otros, son gananciales, puesto que las nuevas acciones emitidas no implican, para el socio, un "acrecimiento" funcional respecto de las acciones anteriores. Sostienen que nada impide calificar a las nuevas acciones como

propias o gananciales según la naturaleza de los fondos empleados en su adquisición, dando prevalencia, en el supuesto, al principio de la subrogación real (Zannoni, 2006, p. 440; Borda, 2008).

En función de lo dispuesto por el inciso k) del artículo 464, entendemos que las acciones adquiridas a título oneroso en virtud del derecho de preferencia del cónyuge accionista resultante de acciones propias, son propias también con derecho a recompensa por los fondos gananciales invertidos en la compra. Si se emplearon fondos propios, lógicamente, no hay derecho a recompensa. Correlativamente, si el derecho de preferencia resulta de acciones gananciales, las nuevas acciones serán gananciales, con derecho de recompensa a favor del cónyuge si se emplearon fondos de origen propio.

#### **4.4. Mayor valor de acciones propias por causas extrínsecas**

Si el mayor valor se debe a la gestión empresarial, prestigio de la sociedad, fluctuaciones bursátiles, factores económicos y financieros externos a la sociedad, debe considerarse propio, sin derecho a recompensa, pues no se han empleado fondos de naturaleza ganancial en forma directa ni indirecta (Duprat, 2010, p. 169).

El mayor valor que asuman las participaciones societarias, así como el menor valor que podría resultar de las pérdidas, constituye un alea al que están sujetas, por lo que continuarán siendo bienes propios pese a las variaciones que puedan ir sufriendo (Zucarelli, 2025).

#### **4.5. Acciones emitidas por revalúo del activo**

Dichas acciones son propias sin derecho a recompensa, pues no son más que una expresión ajustada del valor original derivado del proceso inflacionario. El mayor valor no refleja, en este caso, un incremento patrimonial real. Pretender que este mayor valor genere derecho de recompensa a favor del cónyuge no accionista, atentaría contra el patrimonio personal del cónyuge accionista, ya que luego de abonar dicha recompensa, su patrimonio en términos reales se vería disminuido (Zucarelli, 2025).

#### **4.6. Nuevas acciones adquiridas a título oneroso**

Hasta aquí hemos reseñado la calificación de acciones emitidas por pago de dividendos en acciones, por capitalización de reservas y utilidades, las

suscriptas en ejercicio del derecho de preferencia, y por revalúo del activo. Resta analizar un supuesto que ha merecido menor atención de la doctrina: cuando un cónyuge es titular de acciones propias y con posterioridad adquiere otras acciones de la misma sociedad con fondos gananciales. O el supuesto inverso, es decir, cuando las acciones originarias son gananciales y adquiere, posteriormente, otras con fondos propios. En tales situaciones las respuestas posibles son dos:

- 1) Si el paquete accionario originario es propio, las nuevas acciones compradas son gananciales por provenir de la inversión o reinversión de fondos comunes (art. 465, inc. f). Como señalamos *supra*, si bien la norma alude a *los bienes adquiridos después de la extinción de la comunidad*, también resulta de aplicación cuando la adquisición se produce durante la vigencia de la comunidad. Siguiendo el mismo criterio, si el conjunto accionario originario es ganancial y, en la adquisición de otras acciones se invierten fondos propios, se reputarán como propias (art. 464, inc. c).
- 2) Aplicar en ambos supuestos la solución que establece artículo 464, inciso k), *in fine*. Así, en el primer supuesto, las nuevas acciones se calificarán como propias, con derecho a recompensa a la comunidad por el valor de los fondos gananciales empleados; y, en el segundo, serán reputadas gananciales con recompensa a favor del cónyuge, por aplicación analógica del citado artículo. En tanto, como apunta Perillo (2020), el inciso n) del artículo 465 no contempla de modo expreso los nuevos valores mobiliarios gananciales y su acrecentamiento.

Por la primera solución se inclina Mazzinghi. Sostiene que, en este supuesto, las acciones de la sociedad no son valores nuevos, sino otros bienes o títulos que tienen autonomía y pueden ser negociados por separado. Por tanto, no necesariamente tiene que participar de la misma condición de bienes propios que ostentaban las acciones anteriores (Mazzinghi, 2020, p. 83). Esta tesis prescinde de la calificación de las acciones originarias, privilegiando el principio de subrogación real.

Nosotros nos pronunciamos por la aplicación de la regla del artículo 464 inciso k), que funciona cuando uno de los cónyuges recibe nuevas acciones, sea a raíz de un aumento de capital, sea proveniente de adquisiciones onerosas, porque la disposición no hace ninguna discriminación. Además, esta tesis se ve reforzada por cuanto el inciso confiere idéntico tratamiento a los nuevos valores, o su acrecimiento, y a las partes indivisas, cuya finalidad es evitar la calificación mixta de los bienes (Perillo, 2020).

Por último, volvemos a la opinión de Belluscio (1992) cuando comentaba los anteproyectos de reforma del Código Civil que arribaban a idéntica solución que la adoptada por el CCCN:

Es, así, coherente también con la primera parte del inc. 11 de los arts. 515 del anteproyecto de mayoría y 511 del anteproyecto de minoría que, con las mismas fuentes, consideran propias las nuevas partes indivisas de un bien cuya parte indivisa originaria era la propia del cónyuge. Se consideró que, si esa es la solución adecuada para las cosas inmuebles y muebles y para las partes indivisas de bienes materiales, también lo es para un paquete accionario, aun cuando en este caso se pueda considerar que cada acción es un bien distinto de las otras.

## 5. A modo síntesis

- 1) La calificación de bienes, como todo lo atinente al régimen patrimonial del matrimonio, está regida por normas imperativas.
- 2) El CCCN no admite los denominados bienes mixtos, cuya categoría fue discutida bajo la vigencia del régimen anterior derogada.
- 3) Los bienes adquiridos mediante el empleo simultáneo o sucesivo de fondos propios y gananciales se calificarán en forma unitaria por el principio del mayor aporte (art. 464 inc. c) y art. 465 inc. f), debido a la causa o título originario (inc. g) del art. 464 e inc. j) del art. 465). Y, en el caso de adquisición de nuevas partes indivisas, en función de la calificación de la porción originaria (arts. 464 inc. k) y 465 inc. n).
- 4) El enriquecimiento o empobrecimiento de una masa a expensas de la otra, que conlleva la calificación unitaria del bien, se resuelve mediante el reconocimiento de una recompensa a favor de la comunidad o del cónyuge.
- 5) Las acciones emitidas en concepto de pago de dividendos de acciones propias tendrán la misma naturaleza que las acciones originarias, pero generarán un derecho a recompensa a favor de la comunidad (argumento inc. k) del art. 464).
- 6) Si el conjunto de las acciones originarias es de carácter propio, las acciones emitidas por capitalización de utilidades o reservas facultativas, correspondientes a ejercicios aprobados durante la vigencia de la comunidad, tienen idéntico carácter, con derecho a recompensa a favor de la comunidad.
- 7) Las acciones adquiridas a título oneroso en virtud del derecho de preferencia que corresponde al cónyuge accionista, resultante de

acciones propias, serán también propias, con derecho a recompensa por los fondos gananciales invertidos en la adquisición. Si el derecho de preferencia resulta de acciones gananciales, las nuevas acciones serán también gananciales, con derecho de recompensa a favor del cónyuge si se empleó fondos propios.

- 8) Las acciones emitidas por revalúo del activo son propias del cónyuge, sin derecho a recompensa.
- 9) Las nuevas acciones adquiridas a título oneroso se calificarán en función de la naturaleza de las acciones originarias, con recompensa a la comunidad o al cónyuge según el origen de los fondos empleados.

## 6. Bibliografía

- ALLENDE, Alberto G. (1969). "El bien de naturaleza mixta en la sociedad conyugal. Importancia para el derecho notarial de su calificación". *Revista del Notariado*, 73(708). . 1475-1505.
- ARIANNA, Carlos A. (2017). *Régimen patrimonial del matrimonio*. Astrea.
- BELLUSCIO, Augusto C. (2011). *Manual de derecho de familia* (10ª ed.). Abeledo Perrot.
- (1992). "Las instituciones de derecho comercial en los anteproyectos de reforma del régimen patrimonial del matrimonio". *Revista de Derecho Comercial*, 25(149). 521-550.
- BORDA, Guillermo A. (1983). "Clasificación de los bienes que componen la sociedad conyugal". *La Ley*, t. 1983-A. 838-843.
- (2008). *Tratado de derecho civil. Familia* (10ª ed.). La Ley.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2025). *El contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos* [opinión consultiva oc-31/25 de 12/06/2025, solicitada por la República Argentina]. <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/1088056961>
- DI LELLA, Pedro. (2003). "Calificación de bienes y valuación de las recompensas en la sociedad conyugal". *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2003(1). 116-121.
- DUPRAT, Diego A. J. (2010). "Dividendos y sociedad conyugal. Carácter propio o ganancial del dividendo". *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2(5)[junio]. 12-25. [AR/DOC/2164/2010].
- FASSI, Santiago y BOSSERT, Gustavo. (1977). *Sociedad conyugal* (t.1). Astrea.
- FERRER, Francisco A. M. (2017). *El régimen patrimonial del matrimonio*. Rubinzal Culzoni.
- FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo. (2004). *Régimen de bienes del matrimonio*. La Ley.
- (2004). *Manual de derecho de familia*. Lexis Nexis.
- GUAGLIANONE, Aquiles. (1965). *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*. Ediar.
- (1974). "El bien que se califica como propio por ser la causa de su adquisición anterior a la celebración del matrimonio". *Jurisprudencia Argentina*, t. Doctrina-1974 [serie contemporánea]. 29-34.
- GUASTAVINO, Elías P. (1967). "La calificación dual de bienes en el matrimonio". *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 123. 1181-1196.
- MAZZINGHI, Jorge A. M. (2020). *Bienes propios, bienes gananciales y recompensas*. El Derecho.
- NISSEN, Ricardo A. (1990). *La capitalización de las utilidades en las sociedades anónimas. El pago de dividendos en acciones*. Ad-Hoc.

- PERILLO, Magdalena E. (2020). "Calificación de acciones. Algunos supuestos especiales en particular". *Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, (94)[mayo]. 133-43. [AR/DOC/855/2020].
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis F. (2011). "La sociedad de gananciales (1)". En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de derecho de la familia* (v. 3, pp. 625-712). Aranzadi Thomson Reuters.
- ROCA, Eduardo A. (2000). "Transmisión sucesoria del dividendo en acciones y sociedad conyugal". *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (2000-2). 73-90.
- (1954). "Carácter propio o ganancial de las acciones y sus dividendos". *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 74. 884-887. [AR/DOC/2191/2008].
- SAMBRIZZI, Eduardo. (2015). *El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. La Ley.
- ZANNONI, Eduardo A. (2006). *Derecho civil. Derecho de familia* (t. 1). Astrea.
- ZUCARELLI, Fiorella. (2025). "Las participaciones societarias propias de uno de los cónyuges en el marco de la sociedad conyugal". *Revista Código Civil y Comercial*, (2025-2). [AR/DOC/42/2025].
- ZUNINO, Jorge O. (2016). *Régimen de sociedades. Ley general 19550* (26ª ed.). Astrea.

## Jurisprudencia

- CNCiv. Sala A. (09/11/1977). (*La Ley* [t. 1978-D, p. 7]).
- CNCiv. Sala A. (6/6/1979). "P., M. L. c/ R. de P., H. R.". (*El Derecho* [t. 84, p.478]).
- CNCiv. Sala B. (28/04/1981). "Talotti, Angel G.". (*La Ley* [ t. 1981-D, p. 412]).
- CNCiv. Sala E. (17/03/1978). (*La Ley* [t. 1978-B, p. 410]).
- CNCiv. Sala E. (02/02/1979). "Guterman, Walter c. Steinberg de Ivitz, Rebeca y otros". (*La Ley* [t. 1979-C, p. 140]).
- CNCiv. Sala F. (28/12/1984). "Y., R., E. c/ S., S. V.". (*La Ley* [t. 1985-B, p. 224]).
- CNCiv. Sala G. 02/12/1981. "R., C. A. c/ M. de R., I.". (*La Ley* [t. 1982-B, p. 231]).
- CNCiv. Sala H. (18/11/2004). "V., D. F. c/ G., M. E.". (*Doctrina Judicial* [t. 2005-1, p. 588]).
- CNCiv. en pleno (15/07/1992). "Sanz, Gregorio Oscar s/ recurso contencioso administrativo". (*Jurisprudencia Argentina* [t. 1992-III, p. 595] y *La Ley* [t. 1992-D, p. 260]).
- SC de Buenos Aires. (7/3/1994). "R. de E., M. A. c/ E., O. A.". (*La Ley Buenos Aires* [t. 1995, p. 489]).
- Cám. Civ. y Com. de Gualeguaychú, Sala Primera. (25/06/2018). "M., A. F. c/ A., E. A. s/ incidente de liquidación régimen de comunidad". ([elDial.com](http://elDial.com) [AAAB61]).



# La transformación en las personas jurídicas

María Cesaretti\*

## RESUMEN

El presente trabajo examina el instituto de la transformación de las personas jurídicas en el derecho argentino, desde su origen en la legislación societaria hasta su actual configuración bajo el Código Civil y Comercial de la Nación. Se analizan sus fundamentos doctrinarios, su evolución histórica y su proyección hacia entidades no societarias, a la luz del mencionado código y las reformas introducidas por el Decreto 70/2023 y las resoluciones de la Inspección General de Justicia.

## PALABRAS CLAVE

Personas jurídicas; transformación de personas jurídicas; sociedades; cooperativas; asociaciones civiles; fundaciones; iglesias, confesiones y órdenes religiosas; Ley General de Sociedades; sección IV LGS; Código Civil y Comercial; DNU 70/2023; Inspección General de Justicia.

**Recibido:** 09/11/2025

**Aceptado:** 09/12/2025

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Concepto y fundamento de la transformación. 3. Antecedentes históricos en el derecho argentino. 4. La recepción en el Código Civil y Comercial. 5. La transformación en otras personas jurídicas societarias y no societarias. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

## 1. Introducción

La transformación representa un instituto central en el derecho societario, en tanto posibilita que una persona jurídica modifique su tipo legal sin perder su identidad ni disolverse. Originalmente limitada al ámbito de las sociedades comerciales, hoy se extiende a diversas personas jurídicas

\* Miembro de número de la Academia Nacional del Notariado. Profesora de Derecho Societario Notarial y Elementos de Derecho Comercial (UBA); adjunta interina de Derecho de la Empresa y Sociedades (UCES).



reguladas por el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN). La doctrina coincide en que la transformación responde a una necesidad de flexibilidad y adaptación de las estructuras jurídicas al dinamismo del tráfico económico (Cabanellas de las Cuevas, 2006). En este contexto, la figura adquiere relevancia práctica y teórica, pues conjuga la continuidad de la personalidad con la autonomía de la voluntad.

## 2. Concepto y fundamento de la transformación

El instituto de la sociedad se encuentra regulado en la sección X del capítulo I de la Ley General de Sociedades (LGS). En su artículo 74 es definida como el acto por el cual una sociedad adopta otro de los tipos previstos por la ley, sin disolverse ni alterar sus derechos y obligaciones. Se trata de una mutación formal y funcional que mantiene incólume la personalidad jurídica del ente. Según Halperín (1982), la transformación “permite la conservación del sujeto de derecho, asegurando la continuidad de sus relaciones jurídicas”. El fundamento del instituto radica en el principio de continuidad de la persona jurídica, que garantiza la estabilidad patrimonial y la previsibilidad en el tráfico jurídico. Desde una óptica moderna, la transformación puede considerarse un mecanismo de reorganización institucional compatible con el principio de conservación de la empresa (Roitman, 2015). Al ser establecido en el capítulo titulado “Disposiciones generales”, el instituto de la transformación resulta aplicable a todos los tipos societarios.

Resulta relevante destacar que no se configura la transformación cuando una sociedad modifica su clase o modalidad dentro del mismo tipo societario. En tales supuestos, no se produce un cambio de tipo, sino una adaptación interna del estatuto a las exigencias legales aplicables. Así, por ejemplo, no existe transformación cuando una sociedad anónima (SA) reduce a uno el número de socios configurándose una sociedad anónima unipersonal (SAU), aun cuando deba adecuar su estatuto a las disposiciones vigentes –modificar su denominación incorporando el vocablo *unipersonal* al aditamento del tipo societario y prever el nombramiento de sindicatura– y quede sujeta al régimen de fiscalización estatal permanente previsto por la LGS.

## 3. Antecedentes históricos en el derecho argentino

Con anterioridad a la sanción de la Ley 19550, el derecho argentino carecía de un régimen general en materia de transformación societaria. El Código

de Comercio no contenía disposiciones de alcance general sobre el tema, aunque contemplaba ciertos supuestos específicos. Así, el artículo 312 autorizaba la transformación de una sociedad colectiva en sociedad en comandita simple, incorporando a un socio comanditario sin necesidad de disolver la preexistente ni constituir una nueva, y prohibía expresamente en su artículo 317 a la sociedad anónima transformarse en sociedades de otro tipo.

Por su parte, la Ley 11645 sobre sociedades de responsabilidad limitada reconoció expresamente en su artículo 23 la posibilidad de que otras sociedades, civiles (en ese momento previstas en el Código Civil) o comerciales, se transformaran en sociedades de responsabilidad limitada, constituyendo uno de los antecedentes más directos del instituto.

La carencia de una previsión general sobre el instituto generaba discusiones doctrinarias. Parte de la doctrina se oponía a la idea de admitir una transformación sin disolución, al considerar que ello implicaba una ficción jurídica incompatible con la noción clásica de persona jurídica. Sin embargo, la práctica mercantil y la jurisprudencia comenzaron a reconocer la necesidad de un criterio más flexible. Un hito relevante fue el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de 1965, integrado por los jueces Halperín, Zavala Rodríguez y Vázquez, en el cual se admitió la transformación de la sociedad Ramgel de sociedad de responsabilidad limitada (SRL) en SA (ver Cabanellas de las Cuevas, 2006). En ese pronunciamiento se sostuvo que la transformación no implicaba la disolución de la sociedad preexistente ni la transferencia de su fondo de comercio, sino la mera adecuación de su forma jurídica. La decisión se fundó en antecedentes legislativos puntuales, en el anteproyecto de la futura Ley de Sociedades Comerciales, y en la necesidad de preservar la continuidad institucional.

La posterior sanción de la Ley 19550 de Sociedades Comerciales consolidó este criterio, admitiendo en forma general la transformación como operación aplicable a todos los tipos societarios. La ley adoptó el principio de permanencia de la personalidad jurídica e identidad de la sociedad transformada, descartando la constitución de una nueva sociedad, la disolución de la existente o la transferencia de su patrimonio.

El artículo 74 estructuró el funcionamiento del instituto, mientras que el artículo 75 resolvió una cuestión central: la de la responsabilidad de los socios frente a los acreedores. Estableció que la transformación no modificaba la responsabilidad solidaria e ilimitada previa de los socios, salvo consentimiento expreso de los acreedores. Dicho consentimiento se presumía si el acreedor no se oponía dentro de los treinta días de haber

sido notificado, o si contrataba con la sociedad después de la adopción de la nueva forma.

Si bien la regulación contenida en la Ley 19550 supuso la solución de un antiguo problema práctico y conceptual del derecho societario argentino, con el tiempo, diversas críticas técnicas y de política legislativa motivaron ajustes en el régimen. La Ley 22903 (sancionada en septiembre de 1983) reformó, entre otros, los artículos 75 y 77, reafirmando el principio de inalterabilidad de la responsabilidad de los socios bajo el tipo anterior, e introduciendo precisiones sobre el balance de transformación, la mayoría requerida para su aprobación y la posibilidad de rescindir el acuerdo de transformación. También se eliminó la mención al consentimiento de los acreedores afectados y se estableció el plazo de caducidad actualmente previsto en el artículo 81 de la LGS.

Estas reformas aseguraron mayor certeza en los procedimientos de transformación, reforzando la continuidad de la persona jurídica y la seguridad de las relaciones económicas involucradas.

Conforme lo establecido actualmente en la LGS, "hay transformación cuando una sociedad adopta otro de los tipos previstos por esta ley, sin disolverse ni alterar sus derechos y obligaciones." La doctrina coincide en que la transformación no afecta la personalidad jurídica ni produce sucesión de sujetos, sino continuidad. Como señala Cabanellas de las Cuevas (2006), el acto no implica "la creación de un nuevo ente, sino la adaptación de su forma jurídica a un nuevo régimen legal." La resolución de transformación debe adoptarse con las mayorías establecidas para cada uno de los tipos y según lo establecido en el contrato social o estatuto, y debe ser inscripta ante el Registro Público para surtir efectos frente a terceros.

En palabras de Benseñor (1982), aplican al procedimiento de transformación conforme su regulación por la LGS, las siguientes características y consecuencias:

- 1) se conserva la personalidad jurídica, primitiva, originaria;
- 2) no se produce la disolución de la sociedad y su simultánea reconstitución;
- 3) tampoco se ocasiona la novación del acto constitutivo;
- 4) no existe transmisión de patrimonio, ni relación de sucesión;
- 5) es el mismo sujeto que adopta una forma (tipo) distinto;
- 6) no se alteran los derechos y obligaciones adquiridos.

Las responsabilidades y débitos frente a terceros pasan *de iure* al nuevo tipo legal.

#### **4. La recepción en el Código Civil y Comercial**

El artículo 162 del CCCN recepta expresamente la posibilidad de que todas las personas jurídicas, no solo las sociedades, puedan transformarse, fusionarse o escindirse, siempre que exista conformidad unánime de los miembros, salvo disposición especial o estatutaria en contrario.

Resulta pertinente destacar que el artículo 162 del CCCN dispone que las personas jurídicas pueden transformarse, fusionarse o escindirse en los casos previstos por el propio código o por ley especial. No obstante, el cuerpo normativo no menciona nuevamente estos institutos a lo largo de su articulado, lo que entendemos permite concluir que su aplicación será posible en todos los casos en los que no exista una prohibición expresa en la normativa específica o una imposibilidad estructural de la especie de persona jurídica.

En consecuencia, esta norma extiende el instituto a las asociaciones civiles, otros tipos societarios no previstos en la LGS y otras personas jurídicas privadas que analizaremos en el presente trabajo.

#### **5. La transformación en otras personas jurídicas societarias y no societarias**

Debe partirse de la observación fundamental de que la norma central en materia de transformación de personas jurídicas se encuentra en la LGS.

Desde un punto de vista conceptual, la transformación constituye una figura susceptible de aplicación a personas jurídicas, en tanto presupone la existencia de un sujeto de derecho dotado de personalidad, resultando imposible transformar un ente que carezca de ella. La transformación supone, en su esencia, la modificación del encuadramiento jurídico de una persona jurídica mediante el cambio de ciertas características estructurales –tipo, forma o régimen legal–, preservando su identidad y continuidad. La transformación societaria constituye así una especie dentro del género más amplio de las transformaciones jurídicas posibles.

##### **5.1. Sociedades civiles**

Con anterioridad a la sanción del CCCN, el Código Civil velezano (aprobado por Ley 340) contemplaba un tipo societario distinto de los previstos en la LGS: la sociedad civil. Sobre estas sociedades, autores como Benseñor (1982) sostenían que la falta de una autorización legal expresa para la transformación

de las sociedades civiles no debía considerarse un obstáculo. La finalidad práctica del instituto, evitar la disolución y constitución de una nueva entidad, era igualmente aplicable a estas sociedades.

Con la entrada en vigencia del CCCN, el tipo sociedad civil fue suprimido del ordenamiento jurídico. En consecuencia, los entes constituidos bajo dicha figura no se encontrarían ante un supuesto de transformación en sentido estricto, sino ante un proceso de subsanación, ya que, desde agosto de 2015, estas entidades han pasado a ser consideradas sociedades atípicas. Sin perjuicio de lo antes mencionado, la Resolución General 15/2024 de la Inspección General de Justicia (IGJ), manteniendo el criterio de la Resolución General IGJ 7/2015, establece en su artículo 157 que es admisible la subsanación o transformación de una sociedad civil constituida bajo la vigencia del anterior Código Civil mediante la adopción de uno de los tipos regulados por el Capítulo II de la Ley 19550.

## **5.2. Sociedades por acciones simplificadas (SAS)**

La sociedad por acciones simplificada (SAS) es un tipo societario previsto por fuera de la LGS, regulado en la Ley 27349 (Ley de Apoyo al Capital Emprendedor - LACE). Dicha ley autoriza, en su artículo 61, la transformación de los tipos societarios previstos en la LGS en SAS, y dispone, en su artículo 38, la obligación inversa cuando concurren ciertos supuestos, consagrando así un régimen de transformación recíproca entre ambos sistemas societarios.

## **5.3. Sociedades del Estado**

La Ley 20705 instituyó las sociedades del Estado como aquellas que, con exclusión de toda participación de capitales privados, constituyesen el Estado nacional, los Estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto o las sociedades que se constituyesen para desarrollar actividades de carácter industrial y comercial o explotar servicios públicos.

Las sociedades del Estado podían revestir el carácter de unipersonales, debiendo someterse, en su constitución y funcionamiento, a las normas que regulan las sociedades anónimas, en cuanto fueren compatibles con las disposiciones de aquella ley, excepto el artículo 31 de la LGS cuya aplicación estaba expresamente excluida por el artículo 2 de la Ley 20705.

Entre otras características de las sociedades del Estado, el articulado de la Ley 20705 disponía:

- 1) que en ningún caso las sociedades del Estado podían transformarse en sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria ni admitir, bajo cualquier modalidad, la incorporación a su capital de capitales privados;
- 2) la representación del capital en certificados nominativos y sólo negociables entre las entidades a que se refería el artículo 1;
- 3) la prohibición de que fuesen declaradas en quiebra, requiriéndose autorización legislativa para que el Poder Ejecutivo resolviese la liquidación;
- 4) la exclusión de la aplicabilidad de las leyes de contabilidad, de obras públicas y de procedimientos administrativos y
- 5) el sometimiento de los directores de las Sociedades del Estado al régimen de incompatibilidades previsto por el artículo 310, primera parte, de la LGS.

El Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/2023, titulado "Bases para la reconstrucción de la economía argentina", en su artículo 48, impuso un proceso general de transformación de las sociedades y empresas con participación estatal, disponiendo que todas ellas debían adoptar la forma de sociedad anónima. La disposición alcanza a las empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y sociedades de economía mixta.

El citado decreto, además, deroga íntegramente la Ley 20705, que regulaba a las sociedades del Estado. En consecuencia, todas las sociedades estatales que adoptaron dicho tipo, ya sea que cuenten con participación del Estado nacional, provincial o municipal, han quedado privadas del régimen legal específico que las regulaba.

Aquellas sociedades que no cumplan con la transformación ordenada por el DNU 70/2023, deberán reputarse como atípicas, en la medida en que el tipo legal bajo el cual fueron constituidas fue derogado. En consecuencia, corresponde su encuadramiento dentro del régimen previsto por la sección IV del capítulo I de la LGS, conforme al artículo 17, que rige a las sociedades no tipificadas.

#### **5.4. Cooperativas**

Las cooperativas, conforme al artículo 6 de la Ley 20337, no pueden transformarse en sociedades comerciales ni en asociaciones civiles, bajo pena de nulidad. Sin embargo, el artículo 62 de la Ley de Entidades Financieras establece una excepción: en caso de revocación de la autorización para

funcionar por afectación de solvencia o liquidez, las cajas de crédito y bancos cooperativos o asociaciones civiles podrán transformarse en sociedades anónimas, o constituir una nueva sociedad anónima para transferirle su fondo de comercio, con aprobación del Banco Central de la República Argentina.

En sentido inverso, la transformación de una sociedad en cooperativa no se encuentra expresamente prevista ni prohibida. La doctrina y la jurisprudencia han admitido su posibilidad por analogía, entendiendo que no existe impedimento sustancial cuando se respetan los principios cooperativos básicos.

### **5.5. Asociaciones civiles**

Previo al CCCN y a la reforma introducida por el DNU 70/2023, parte de la doctrina y la jurisprudencia ya aceptaban la transformación de asociaciones civiles en sociedades anónimas, especialmente a la luz del artículo 3 de la LGS, que extiende su aplicación a toda entidad que adopte forma societaria.

El DNU 70/2023, además de establecer la obligatoriedad de la transformación de las sociedades del Estado, ha introducido en su artículo 341 una reforma al artículo 77 LGS, incorporando expresamente que “cuando se tratare de asociación civil que se transformare en sociedad comercial o resolviera ser socia de sociedades anónimas, voto de los dos tercios de los asociados.”

Posteriormente, en agosto del año 2024, se sancionó la reglamentación en cuanto a las mayorías requeridas para la transformación establecida en el decreto mencionado con la sanción del Decreto 730/2024, en el que se estableció que debe entenderse por asociados de las asociaciones civiles mencionadas en el inciso 1), última parte, del artículo 77 LGS, a los asociados que participen en la asamblea extraordinaria de la asociación que considere la decisión de transformar a la entidad en sociedad anónima o resuelva ser socia de sociedades anónimas.

Finalmente, en cuanto al marco normativo de la transformación de asociaciones civiles, la IGJ, con base en los dos decretos antes mencionados, dictó la Resolución General 18/2024.

En conclusión, la nueva legislación clarifica definitivamente el tema, al admitir expresamente la viabilidad de la transformación de una asociación civil en sociedad. Pueden distinguirse dos modalidades de transformación de asociación civil en sociedad: el primero de asociación civil a sociedad sin fines de lucro, cuando se conserva el objeto no lucrativo bajo estructura societaria (art. 3 LGS), o de asociación civil a sociedad con actividad empresarial, y fin de lucro (art. 1 LGS) cuando se modifica la finalidad institucional y se incorpora un capital social divisible. En estos supuestos,

corresponde preservar, en la medida de lo posible, las diferencias de derechos entre los asociados preexistentes, especialmente en materia de voto o participación patrimonial. Además, deberá atenderse al capital mínimo legal exigido para la sociedad anónima resultante.

Algunos interrogantes que resolver en estos casos serán: qué procedimiento y qué mayorías resultan de aplicación; quienes serán los socios de la sociedad continuadora; cuál será el capital.

Sobre el procedimiento y mayorías, encontramos la respuesta en la normativa antes reseñada. La posibilidad de transformación de las asociaciones civiles se encuentra receptada en el artículo 77 de la LGS lo que hace aplicable el procedimiento allí previsto y la mayoría especial para el caso que dicha norma prevé, reglamentada conforme lo antes mencionado.

Los socios de la sociedad continuadora serán los asociados que no opten por renunciar a dicha calidad. Corresponde aquí aclarar que no se trata de un supuesto de ejercicio de derecho de receso, ya que dicho instituto no es de aplicación a los asociados de una asociación civil. Resulta asimismo pertinente destacar la posibilidad de establecer distintas clases de socios en la sociedad continuadora, en correspondencia con las categorías de asociados previstas en el estatuto de la asociación civil, a fin de preservar, en la medida de lo posible, los derechos y obligaciones diferenciados que aquellos poseían con anterioridad a la transformación.

Con relación al capital de la sociedad continuadora, estará integrado por el patrimonio de la asociación civil, debiendo tomarse especialmente en cuenta el capital mínimo requerido para las sociedades anónimas que será exigido en caso de transformación.

## 5.6. Fundaciones

En cuanto a las fundaciones, si bien no existe una prohibición normativa expresa que impida su transformación en sociedades, su propia estructura jurídica hace que ello no sea jurídicamente posible. Las fundaciones carecen de órgano soberano que pueda decidir su transformación, dado que el fundador fija la voluntad estatutaria en el acto constitutivo (Cabanellas de las Cuevas, 2006). En consecuencia, el acto fundacional cristaliza la voluntad del fundador en el estatuto, no contando con socios ni asociados, sino administradores. Se trata, en consecuencia, de patrimonios de afectación destinados a un fin determinado, carentes de socios o asamblea, y por ello incapaces de adoptar decisiones de transformación.

### **5.7. Iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas no católicas**

La entrada en vigencia del CCCN incorporó a las iglesias, confesiones, comunidades y entidades religiosas dentro de las personas jurídicas privadas, aunque a diferencia de las demás incluidas en el artículo 148, no se ha dictado una reglamentación específica posterior que regule su funcionamiento.

Esta reforma ha traído consigo un interrogante: ¿deben estas comunidades, para obtener su personería jurídica seguir recurriendo a formas asociativas que resultan inadecuadas respecto de su propia naturaleza e inscribirse en el registro de personas jurídicas? La respuesta a dicho interrogante debe ser negativa. En primer lugar, porque el propio CCCN distingue las asociaciones civiles sin fines de lucro, las fundaciones o las simples asociaciones como personas distintas a las comunidades o entidades religiosas. En segundo lugar, porque resulta inadecuado para su estructura y funcionamiento que tales entidades se encuentren obligadas a recurrir a la normativa que regula la estructura y funcionamiento de asociaciones y fundaciones.

De esta manera, al no hacerse alusión alguna a tipos legales necesarios para su funcionamiento, ni tampoco a formas necesarias para que se produzca su constitución, la normativa ha reconocido que la sola constitución otorga la personería jurídica y que estas comunidades deben ser reguladas por sus propios estatutos, redactados en total afinidad con sus fines, dinámica de funcionamiento, estructura y organización interna propios de cada una de ellas.

Esta conclusión conlleva la posibilidad de que las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas que hubiesen sido originalmente constituidas bajo la forma jurídica de asociación civil puedan optar por transformarse en la estructura propia de iglesia, confesión o comunidad religiosa, conforme a las previsiones del CCCN. En este sentido, la IGJ ha reconocido la posibilidad de transformación de las personas jurídicas de carácter religioso, en el artículo 288 de la Resolución General 15/2024:

Las asociaciones civiles, que conforman iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas no católicas, podrán solicitar la cesación del control y cancelación de la autorización para funcionar como asociación civil, mediante asamblea que resuelva su transformación, debiendo a tal fin dar cumplimiento con todos los requisitos previstos para la transformación en estas Normas en lo aplicable.

## 5.8. Sociedades de la sección IV de la LGS

La Ley 19550, en su redacción previa a la modificación por la Ley 26994, establecía en su sección IV la regulación de las sociedades no constituidas regularmente, abarcando dichas previsiones las sociedades de hecho con un objeto comercial y las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyeran regularmente. En este sentido, se entendía por sociedades irregulares aquellas sociedades que, constituidas conforme a uno de los tipos legales, no habían cumplido con la inscripción en el entonces registro público de comercio; inscripción cuyo efecto, además del publicitario, es el de dotar de regularidad a la sociedad. Por su parte, se entendía por sociedades de hecho con objeto comercial aquellas sociedades que no surgían de un instrumento escrito sino, como su nombre lo indica, de relaciones de hecho.

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

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

Las sociedades de la sección IV de la LGS tienen una previsión especial en dicha ley para la adopción de un tipo societario, siendo este el procedimiento de la subsanación.

Sin embargo, nada prevé la normativa sobre la posibilidad de una sociedad típica y regularmente constituida de adoptar previsiones contractuales que hagan aplicables las normas de la sección IV.

En la redacción anterior de la sección IV de la Ley de Sociedades Comerciales, los únicos supuestos contemplados eran los de sociedad irregular y sociedad de hecho. Por ello, la doctrina mayoritaria sostenía que, una vez adquirida la regularidad, la sociedad no podía devenir nuevamente irregular. Este criterio se ha visto modificado con la sanción de la Ley 26994, que incorporó nuevos supuestos al ámbito de aplicación de dicha sección, ampliando su alcance normativo.

La Resolución General 5/2025 de la IGJ ha traído una reglamentación novedosa al respecto, tratando la posibilidad de que una sociedad regular se transforme en una sociedad de la Sección IV de la LGS. En dicha resolución la IGJ reconoció que la ley no lo prohíbe expresamente, pero destacó la necesidad de preservar los derechos de socios y terceros al amparo del artículo 162 del CCCN.

## 6. Conclusiones

La transformación se erige como una herramienta fundamental de reorganización y continuidad jurídica. Su evolución refleja una ampliación progresiva desde las sociedades hacia todas las personas jurídicas privadas. El desafío consiste en equilibrar la flexibilidad del instituto con la protección de los intereses de socios y terceros.

## 7. Bibliografía

- BENSEÑOR, Norberto R. (1982). "Transformación de sociedades". *Revista del Notariado*, (784).
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. (2006). *Tratado de derecho societario* (t. 10). Heliasta.
- HALPERÍN, Isaac. (1982). *Curso de derecho comercial*. Depalma.
- NISSEN, Ricardo. (2023). *Curso de derecho societario*. La Ley-Thomson Reuters.
- ROITMAN, Horacio. (2022). *Ley General de Sociedades. Comentada y anotada*. La Ley-Thomson Reuters.
- VERÓN, Alberto. (2015). *Ley General de Sociedades 19.550* (t. II). La Ley-Thomson Reuters.
- VÍTULO, Daniel. (2023). *Manual de sociedades*. Estudio.

# Régimen actual del contrato de donación

## Talleres realizados durante 2025

Instituto de Derecho Notarial e Instituto de Derecho Civil  
CECBA

### RESUMEN

El presente documento es el resultado de los talleres organizados por los Institutos de Derecho Civil y de Derecho Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (CECBA) en el año 2025. Con un enfoque eminentemente práctico y estructurado en formato de preguntas y respuestas, el trabajo sistematiza las consultas más frecuentes y las problemáticas actuales vinculadas al régimen legal del contrato de donación en el Código Civil y Comercial de la Nación.

### PALABRAS CLAVE

Donaciones; oferta y aceptación; donación con cargo; donaciones inoficiosas; pacto de reversión; acción de reducción; porción legítima.

**Sumario:** 1. Parte general. 2. Oferta y aceptación. 3. Objeto. 4. Forma. 5. Donaciones en particular. 5.1. Remuneratorias. 5.2. Con cargo. 6. Pacto de reversión. 7. Revocación. 8. Donaciones inoficiosas.

## 1. Parte general

La definición del contrato de donación contemplada en el artículo 1542 deja en claro el carácter consensual que el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) pretende impregnar: “Hay donación cuando una parte se *obliga a transferir* gratuitamente una cosa a otra, y ésta lo acepta”. Es una definición más clara y pulida a la establecida en el artículo 1789 del Código Civil (CC): “Habrá donación, cuando una persona por un acto entre vivos *transfiera* de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa”.



## 2. Oferta y aceptación

1. *¿Cuál es el principio general?* En el CC, las reglas de oferta y aceptación para la conformación del contrato<sup>1</sup> no se aplicaban a la donación, ya que *permitía la aceptación por parte del donatario aún fallecido el donante*.<sup>2</sup>

El CCCN no trae una norma expresa como excepción al principio general de la formación del consentimiento. Por lo tanto, se aplican las reglas del artículo 971 y siguientes: el donante tiene que estar vivo *al momento de recibir la comunicación de la aceptación*.<sup>3</sup>

2. *A la fecha de hoy, ¿qué sucede si se quiere aceptar una oferta anterior al 1 de agosto del 2015 y el donante falleció?* Se deben aplicar las normas al momento de la aceptación, momento en que se perfecciona el contrato. Por ello, no será posible aceptar una donación con donante fallecido sin importar la fecha de la oferta.

3. *Progenitores aceptando por un menor.* Si un menor de edad es donatario, la oferta puede ser aceptada por los progenitores.<sup>4</sup> La aceptación de la donación no es un acto dispositivo, sino de conservación. Por lo tanto, una oferta realizada a un menor de edad puede ser aceptada por uno solo de sus progenitores (art. 685). La donación realizada al menor de edad con cargo requiere autorización judicial para su aceptación (art. 1549).

4. *Apoderados.* El donante o donatario puede ser representado por un apoderado. El poder debe tener facultades expresas *para realizar donaciones* (inc. I, art. 375, CCCN). No son necesarias facultades expresas de disposición *para aceptar* una donación; bastaría que el apoderado tenga facultades de un poder general.

1. Art. 1149 CC: "La oferta quedará sin efecto alguno si una de las partes falleciere, o perdiere su capacidad para contratar: el proponente, antes de haber sabido la aceptación, y la otra, antes de haber aceptado".

2. Art. 1795 CC: "Si el donante muere antes que el donatario haya aceptado la donación, puede éste, sin embargo, aceptarla, y los herederos del donante están obligados a entregar la cosa dada".

3. Art. 976 CCCN: "Muerte o incapacidad de las partes. La oferta caduca cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación".

4. Arts. 1549, 100 y 101 inc. b) CCCN.

### 3. Objeto

*¿Qué cosas no se puede donar?* El artículo 1551 establece que la donación no puede tener por objeto:

- “La totalidad del patrimonio del donante, ni una alícuota de él.” Lo que no puede contener un contrato de donación es fórmulas tales como “dono todo mi patrimonio” o “dono una parte de mi patrimonio”. Esto tiene relación con la definición que plantea el artículo 1542, ya que el donante se obliga a transferir “una cosa” o cosas en singular y no una universalidad. Asimismo, se debe conectar con el artículo 1005.<sup>5</sup>
- “ni cosas determinadas de las que no tenga el dominio al tiempo de contratar”. El artículo no deja dudas: no se puede donar lo que no se tiene.

### 4. Forma

*¿La donación siempre debe ser por escritura pública?* Dentro de los pocos supuestos en que la forma se establece bajo pena de nulidad encontramos las donaciones, pero únicamente aquella cuyo objeto sea:

- inmuebles,
- muebles registrables,
- las de prestaciones periódicas o vitalicias

Por exclusión, toda donación que no tenga ese objeto puede ser realizada por cualquier forma. Por ejemplo: la donación de dinero puede ser realizada por instrumento privado.

## 5. Donaciones en particular

### 5.1. Remuneratorias

*¿Cuándo se configura una donación remuneratoria y qué debo tener en cuenta?* La donación remuneratoria se configura cuando una persona presta

5. Art. 1005 CCCN: “Determinación. Cuando el objeto se refiere a bienes, estos deben estar determinados en su especie o género según sea el caso, aunque no lo estén en su cantidad, si ésta puede ser determinada. Es determinable cuando se establecen los criterios suficientes para su individualización”.

un servicio apreciable en dinero al donante, pero decide no cobrar por él. En virtud de ello, el donante dona en calidad de recompensa. Lo trascendente en este caso es que la donación no es en pago, ni extingue la obligación de pagar; de lo contrario, sería una dación en pago. Por ejemplo: un médico cardiólogo opera al donante, pero decide no cobrarle honorarios porque tienen un vínculo de amistad. El donante, en virtud de dicha actitud, decide donarle un inmueble en calidad de recompensa por los servicios prestados.

En la faz documental, la escritura debe:<sup>6</sup>

- detallar el servicio prestado por el donatario y su valor en dinero;
- dejar asentado que la donación es en calidad de recompensa por el servicio detallado en el punto anterior.

En la faz tributaria, por el valor “recompensado” se debe tributar impuesto de sellos, ya que tiene carácter de oneroso.

## 5.2. Donación con cargo

*El título del vendedor es una donación con cargo, ¿se debe verificar siempre el cumplimiento?* La inejecución del cargo puede dar lugar a la revocación de la donación (art. 1569). Por lo tanto, el donatario tiene un dominio revocable hasta tanto el cargo no sea cumplido. En las normas del dominio revocable (art. 1965 y ss.), la imperfección del dominio tiene un límite de diez años desde la fecha de la donación. Por consiguiente, transcurridos los diez años desde la donación, el dominio se consolida en cabeza del donatario.

Es de buena práctica, a pesar del paso del tiempo, que el escribano consulte sobre el cumplimiento del cargo y, en caso de que lo considere pertinente, dejarlo asentado en la escritura.

## 6. Pacto de reversión

El pacto de reversión permite que la cosa donada no se transmita a los sucesores del donatario si este prefallece al donatario.

El donante puede establecer *la condición* de que si a) el donatario, b) el donatario, su cónyuge y sus descendientes, o c) el donatario sin hijos fallecen antes que el donante, la donación se revierte. Al igual que el supuesto del

6. Todo ello conforme al art. 1561 CCCN.

cargo, la reversión genera un dominio revocable y, por lo tanto, tiene un plazo de diez años desde la fecha de la donación.

Especial atención merece la condición del "donatario sin hijos". La reversión puede pactarse expresamente para el caso del donatario sin hijos. La condición pactada "sin hijos" es distinta a la reversión de simplemente el donatario. Es un supuesto especialmente pactado y que, ante la existencia de descendientes al momento del fallecimiento del donatario, el derecho a reversión se extingue (art. 1566).

## 7. Revocación

La revocación de la donación por incumplimiento del cargo o por ingratitud son procesos contenciosos y, por lo tanto, deben tramitar ante la justicia.

En la producción de la prueba que puede ayudar a que un juez dirima sobre el litigio, el escribano puede ser requerido a los efectos de dejar constancia, por ejemplo, del incumplimiento del cargo, o bien, para dejar asentada la manifestación del donante sobre la ingratitud.

## 8. Donaciones inoficiosas

Se denomina donación inoficiosa a aquella que afecta la porción legítima que le corresponde a los descendientes, ascendientes o cónyuge en la herencia.

**1. ¿Desde cuándo una donación es inoficiosa?** La donación será inoficiosa cuando el donante fallezca porque, a partir de ese momento, se verá si la legítima se afectó. *Nunca puede ser calificada como tal antes del fallecimiento del donante.*

**2. ¿Qué significa que la donación sea un título observable?** Si llegado el caso de que el donante afectó la porción legítima de sus herederos, estos tienen acciones contra quien esté en posesión de lo donado.

**3. ¿Qué tipo de acciones?** Depende quién sea el donatario:

- *Hijos:* un padre tiene dos hijos y un inmueble. Si le dona el inmueble a solamente uno de sus hijos y, al momento de fallecer, no tenía más bienes, el hijo que no recibió nada se vio afectado en su legítima. El heredero debe colacionar lo donado (art. 2385) y compensar la diferencia en dinero (art. 2386).

- *Tercero*: si el donatario es un tercero, los legitimarios tienen la acción de reducción. Es decir, reducir las donaciones efectuadas por el donante hasta completar su legítima. En estos casos, el legitimario tiene acción reipersecutoria, pero se puede desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima (art. 2458).
- *Prescripción de la acción*: la acción de reducción prescribe a los *cinco años del fallecimiento del causante* (art. 2560). Por ejemplo: donación del año 2018, causante fallecido en el año 2019. El legitimario tendría tiempo de iniciar la acción hasta el 2024.
- *Prescripción adquisitiva*: el legitimario también pierde toda acción por prescripción adquisitiva de la cosa donada, si el donatario la ha poseído durante diez años. Aún en caso de que la haya transmitido, el subadquirente se adhiere al plazo desde que el donatario se encontraba en posesión, si es de buena fe. Por ejemplo: el donatario tuvo la posesión desde el año 2010 hasta el 2017 cuando transmitió a un tercero, quien la ostenta hasta la actualidad. El causante falleció en el 2021, el legitimario pierde la acción por prescripción adquisitiva.

Aun en el caso de que la acción de reducción sea declarada judicialmente, *no afecta la validez* de los derechos reales sobre bienes registrables constituidos o *transmitidos (venta)* por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso (art. 2457). Que el título del vendedor sea una donación, *no obsta la buena fe del adquirente* (art. 2459 *in fine*).

**4. Debido a los diversos cambios en la legislación, ¿todas las donaciones son títulos perfectos?** La disposición del donatario al día de la fecha, con los cambios legislativos, debe analizarse y centrarse en la fecha de fallecimiento del donante.

- *Donante fallecido antes del 1 de agosto del 2015 (antes de la entrada en vigencia del CCCN)*: en estos casos, la donación a terceros queda saneada por la prescripción adquisitiva ya que el donatario, o sus subadquirentes, están en posesión por más de diez años (art. 2459 CCCN).
- *Fallecimiento del donatario entre el 1 agosto de 2015 y el 25 de diciembre del 2020*: aquí lo trascendente es si los legitimarios iniciaron la acción de reducción. En caso negativo, la acción prescribió el 25 de diciembre de 2025 en la situación más extrema.
- *Donante fallecido con posterioridad al 25 de diciembre del 2020*: si el donatario transmite a título oneroso el tercer adquirente, está totalmente protegido por el artículo 2457 del CCCN.

- *Donante no fallecido en la actualidad –al día de la fecha–*: la donación no es inoficiosa y no merece ningún tipo de observación.

El estudio de títulos en los dos primeros supuestos es de trascendencia para calificar la buena fe del tercer adquirente.



# El escribano que se desempeña como fiduciario

Claudio Kiper\*

## RESUMEN

En este trabajo se examina la posibilidad de que el escribano, bajo ciertas condiciones, pueda desempeñarse como fiduciario, ya sea designado en un contrato o en un testamento. La cuestión fue planteada por la inspección de personas jurídicas y resuelta por la justicia nacional en lo comercial

## PALABRAS CLAVE

Derecho civil; contratos; fideicomiso; escribano; fiduciario; ejercicio del comercio; incompatibilidades del notario.

Recibido: 7/10/2025

Aceptado: 19/11/2025

*Sumario: 1. El fiduciario. ¿Quién puede ser fiduciario? 2. La imparcialidad. 3. Incompatibilidades notariales. 4. El supuesto de los escribanos públicos integrantes de una sociedad. 5. Los cofiduciarios. 6. El fiduciario que a la vez es beneficiario. 7. Conclusión. 8. Bibliografía.*

## 1. El fiduciario. ¿Quién puede ser fiduciario?

Respecto del fiduciario, el artículo 1673 del Código Civil y Comercial (CCCN) establece que puede ser cualquier persona humana o jurídica.<sup>1</sup> Como

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (desde 1993). Profesor titular de Derechos Reales (UBA, UNS, UTDT y UCES). Ex miembro del Consejo de la Magistratura (1998-2006). Ex Secretario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1982-1993).

1. Si bien cualquier persona, sin conocimientos especiales, puede actuar como fiduciario, su responsabilidad será examinada con un estándar más estricto. "Debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él" (art. 1674, CCCN).

En México, sólo los bancos o una sociedad que tenga la autorización legal para actuar como tal pueden actuar como fiduciarios. Esto incluye instituciones de seguros, instituciones de fianzas, casas de bolsa, entre otras.



excepción, sólo pueden actuar como fiduciarios en contratos de fideicomiso financiero las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales, sujetas a las disposiciones de la ley respectiva (la Ley de Entidades Financieras) y las personas jurídicas que autoriza el organismo de contralor de los mercados de valores (la Comisión Nacional de Valores), que debe establecer los requisitos que deben cumplir, por vía de reglamentación, ya sea que hagan o no oferta pública de valores negociables u otra especie de negocio.

La Comisión Nacional de Valores, por medio de sus normas, reglamentó dos especies de fiduciarios profesionales: los fiduciarios financieros, que se corresponden subjetiva y funcionalmente con la especie del fideicomiso financiero prevista en los artículos 1690, 1691 y 1692, y los “fiduciarios no financieros” (anteriormente se los denominaba “ordinarios públicos”), que son las personas que encabezan los contratos de fideicomiso comunes (o no “financieros”) ofrecidos al público en general, cuya reglamentación por el organismo, según una opinión, no se halla prevista en la legislación de fondo (Kiper y Lisoprawski, 2023, t. 1, pp. 112-113).

Los fiduciarios comunes, personas humanas o jurídicas que no ofrezcan al público títulos valores fiduciarios o valores negociables de esa especie ni constituyan fideicomisos financieros, u ofrezcan al público los difusos fideicomisos “no financieros”, solo requieren la capacidad general para contratar y cumplir con el destino previsto en el contrato respecto de los bienes fideicomitados. Estos fiduciarios tendrán un amplio margen de libertad contractual y consiguiente actuación, en tanto y en cuanto no choquen con disposiciones reglamentarias del Banco Central de la República (por ejemplo, si operan como intermediarios financieros) y la Comisión Nacional de Valores. En el campo de la regulación de la moneda y el crédito en el primer caso y, en el segundo, en el de la oferta pública de títulos valores fiduciarios o –según ese organismo– productos o servicios fiduciarios.

En suma, en principio, cualquier persona capaz puede ser fiduciario, en tanto no se trate de un fideicomiso financiero. Cabe afirmar que la incapacidad para ser designado fiduciario debe ser de interpretación estricta, es decir, limitada a los supuestos en que la ley imponga alguna prohibición (v. gr.: contrato entre cónyuges). El CCCN no prohíbe expresamente que el escribano pueda ser fiduciario. En consecuencia, si la incapacidad debe ser de interpretación restrictiva, y lo que no está prohibido está permitido, se puede concluir que el escribano es plenamente capaz para ser fiduciario, ya que no le alcanza prohibición alguna.

## 2. La imparcialidad

Se destaca, entre los caracteres de la función notarial, la exigencia de *imparcialidad*. El documento público emitido por un escribano o notario es un documento imparcial e independiente que refleja la voluntad de ambas partes. El notario, a diferencia de los abogados, no representa a ninguna de las partes, sino que se limita a ejercer su función pública asesorando con imparcialidad a ambas con el objetivo de encuadrar jurídicamente la voluntad de una y de otra, lo que se ve reflejado, por ejemplo, en el artículo 35 inciso 5) de la Ley 9020 de la Provincia de Buenos Aires, solo por citar algunas leyes notariales de nuestro país. Así lo impone, en la Ciudad de Buenos Aires, el artículo 17 inciso a) de la Ley 404.

En términos generales, se entiende por imparcialidad la falta o ausencia de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, de lo que resulta poder juzgar o proceder con rectitud. O también la cualidad propia del que procede sin prejuicios o reparos a favor o en contra de algo o alguien, de sus acciones, palabras o intereses. Entonces, es imparcial el que se conduce de manera neutral, conservando la distancia (o, más bien, la equidistancia) entre los posibles intereses en pugna.

El artículo 291 CCCN establece:

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

La función básica de un escribano público es otorgar fe pública, mediante la autenticación de hechos o de actos jurídicos, otorgando un documento público, llamado escritura pública, que no es más que una especie dentro del género instrumentos públicos. Son funciones principales del escribano otorgar instrumentos públicos a través de escrituras públicas; asesorar a las partes para confeccionar el documento (ventas, hipotecas, donaciones, sociedades, etc.); controlar la legalidad y legitimidad del acto; guardar y conservar el protocolo y expedir copias; inscribir en los distintos registros los actos que él autorice; certificar firmas; autenticar o compulsar copias; levantar actas de comprobación; colaborar con las distintas administraciones.

Aquí se puede visualizar cierta semejanza con el rol del fiduciario, ya que se ha destacado que es un deber de este último actuar con imparcialidad (Kiper y Lisoprawski, 2023, t. 1, pp. 496-497). En efecto, el fiduciario debe tratar a las partes –y en especial a los beneficiarios– de manera imparcial, a menos que en el contrato se hubiese dispuesto otorgar la preferencia a uno

de ellos sobre otros. El fiduciario debe actuar velando por los intereses de todos los sujetos intervinientes, aún en cumplimiento de los fines impuestos por algunos de ellos. Ello incluye a los fiduciantes, a los posteriores adherentes si se trata de un fideicomiso abierto, y a los beneficiarios y fideicomisarios. Por último, el fiduciario debe mantener la confidencialidad, como se desprende expresamente de la legislación norteamericana. El Código no contiene una obligación de esta índole para el fiduciario, pero sí para el mandatario (art. 1324, inc. d)], lo que puede ser aplicable por analogía.<sup>2</sup>

### 3. Incompatibilidades notariales

El notario se encuentra alcanzado por un estricto sistema de inhabilidades e incompatibilidades. Entre ellas, no puede ejercer el comercio por cuenta propia o ajena (art. 17 inc. c] Ley 404, en la Ciudad de Buenos Aires). Tampoco puede desempeñar un cargo público o privado “que pudiere afectar la imparcialidad del escribano o la adecuada atención de sus tareas” (ibidem). El ejercicio de la función pública notarial cuenta con un taxativo y severo régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones de orden público. Tiene todas las calidades específicas que lo diferencian no solamente del resto de los profesionales liberales, sino también de los comerciantes, en tanto el ejercicio del comercio es una incompatibilidad notarial establecida legalmente. No puede ejercer el comercio por prohibición legal.

Se ha afirmado que a) el notario no es comerciante; b) el ejercicio del comercio es incompatible con el ejercicio de la función pública notarial; c) el notario no produce bienes ni comercializa productos, sólo autoriza documentos notariales; d) el notario no tiene clientes, sino requirentes a quienes –sin excepción, discriminación ni posibilidad de elección entre a quién atender y a quién no– tiene la obligación de asistir cuando concurren a su escribanía; e) el notario ejerce su función notarial dentro de su competencia territorial.

El comerciante no tiene limitación territorial en cuanto a la ubicación del establecimiento comercial ni tampoco respecto de la apertura de sucursales del establecimiento principal. El comerciante, en tanto titular del fondo de comercio, es libre de elegir la ubicación de la explotación comercial.

2. Se afirma que, “en muchos casos los contratos de fideicomiso, sobre todos aquellos que tienen por finalidad la organización de un patrimonio familiar cuyos efectos habrán de desplegarse tanto durante la vida del fiduciante como después de su muerte, contienen elementos que merecen ser resguardados de toda publicidad” (D’Alessio, 2025, p. 12).

El notario, en cambio, no puede hacerlo; debe respetar los límites de la demarcación territorial donde ejerce su función pública, o sea, dentro de su competencia territorial, so pena de ser sancionado disciplinariamente y hasta perder el registro. Además, los documentos notariales autorizados fuera de su competencia territorial son inválidos absolutos (arts. 290 inc. a] y 386 y concordantes del CCCN), como señala Armella (2021, p. 11).

Teniendo en cuenta esta incompatibilidad, si se designa como fiduciario a un escribano, es necesario discernir cuál es la finalidad del fideicomiso, para determinar si implica, o no, el ejercicio del comercio. Por ejemplo, no parece aceptable que un escribano sea el fiduciario en un fideicomiso inmobiliario, cuyo objetivo sea la venta de departamentos, pues se trata de una actividad comercial en la que el vendedor como tal asume diversas responsabilidades frente al consumidor (*v. gr*: garantía de saneamiento, etc.). En las distintas clases de fideicomiso inmobiliario, el fiduciario, en su carácter de propietario, es el único titular del nuevo patrimonio y lo administrará de acuerdo al objetivo contenido en el encargo que le hayan realizado, que podría incluir las actividades de construir, desarrollar y comercializar el proyecto. En cambio, no observo inconvenientes, por ejemplo, en el caso de un fideicomiso de administración o en uno de planificación familiar. El notario puede ser perfectamente la persona de confianza del testador, a quien este le encarga la ejecución de sus disposiciones de última voluntad consignadas en el testamento. Son sólo ejemplos de otras finalidades que puede contener un fideicomiso, ya sea contractual o testamentario.

En la XXXV Jornada Notarial Bonaerense (Tandil, 2007), se declaró que “en determinados supuestos, y siempre que no existan incompatibilidades funcionales propias de la legislación local, el escribano puede cumplir la función de fiduciario”. Cabe recordar que, por regla, el fiduciario no tiene un compromiso de performance sobre el negocio, ya que es un propietario imperfecto acotado a un encargo específico que le realizaron sobre un negocio ajeno, y que debe ser un tercero independiente y lo más extraño posible a los participantes. Además, está imposibilitado de tomar el carácter de fiduciante o de fideicomisario.

#### **4. El supuesto de los escribanos públicos integrantes de una sociedad**

La Inspección General de Justicia (IGJ) de la Capital Federal promovió la nulidad de la compañía Seguridad Fiduciaria SA, fundamentando su pretensión en que gran parte de sus accionistas eran escribanos públicos;

según la IGJ, la función notarial resulta incompatible con esa calidad societaria, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica Notarial 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que prohíbe a los escribanos el ejercicio del comercio. La compañía apeló la acción planteada y los profesionales afectados, matriculados en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, rechazaron los argumentos de la IGJ. La controversia fue resuelta en 2022 por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que no admitió la postura del organismo. La sentencia, en lo medular, concluyó:

Por lo pronto, Seguridad Fiduciaria SA es una sociedad cerrada que no ha sido sometida por la IGJ a su control permanente (art. 301 LGS), por lo que el Organismo no tiene a su respecto las facultades que se atribuyó, dadas las razones –a las que cabe remitir– que la Sala expresó al dictar sentencia in re “Inspección General de Justicia c/ Arte Inmobiliario SAS s/ Organismos Externos” del 18.02.2021 y en “Inspección General de Justicia c/ Boswil S.A. s/ Organismos Externos” del 15.07.2021, entre otros. En ese marco, tampoco puede pedir su disolución, como también fue decidido por el tribunal en ocasión de pronunciarse in re “Inspección General de Justicia c/ Villrey Corp SA s/ Organismos Externos” del 02.012.2021 y en “Inspección General de Justicia c/ Boswil SA s/ Organismos Externos” del 15.07.2021, a cuyos fundamentos también corresponde remitir. Esto es así, salvo que, como es claro, estuviéramos ante alguno de los supuestos previstos en los arts. 18 y 19 LGS, que no son los del caso. [...] De todos modos, hay argumentos de fondo que conducen a la misma conclusión. El art. 17 de la Ley 404 no mantuvo en su texto expreso la excepción prevista en el art. 8 de la Ley 12990, pero tampoco la descartó, por lo que su vigencia viene impuesta por aplicación de los principios generales que rigen la cuestión, que conducen a aceptar que, al participar en una sociedad accionaria, los escribanos no vulneran la mencionada incompatibilidad. Esa es la conclusión que se impone a la luz de la posición, unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, según la cual una cosa es ejercer el comercio en forma directa y otra cosa es ser accionista de una sociedad, pues en este último caso es esa sociedad la que ejerce esa actividad (CNCom, Sala B, “Silberman, Elizer s/ pedido de quiebra por Mauricio Adef” del 1.07.60; id. Sala A, “Blanco Alberto s/ pedido de quiebra por Federación Argentina de Corp. Agrarias” del 19.06.90; id. Sala B, “Caldarelli Osvaldo s/ pedido de quiebra por Federación Argentina de Coop. Agr” del 30.07.90; id. Sala F, “Pont Lezica Santiago s/ concurso preventivo” del 17.02.2011; id. Sala A, “Barrionuevo Raúl Orlando le pide la quiebra Fernández Tijera Hugo Waldemar” del 10.08.17, entre otros). Esa interpretación se impone, además, a la luz de otra obviedad: aunque la noción de “incompatibilidad” no se identifica con la de “incapacidad”, ambas generan restricciones jurídicas para actuar, por lo que también la primera debe considerarse alcanzada por el principio general del derecho según el cual la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, debiendo esta última ser apreciada con criterio restrictivo.

En este caso concreto, el objeto del fideicomiso no tenía relación alguna con el ejercicio del comercio, por lo que no sería de aplicación la incompatibilidad al escribano en forma personal ni a la sociedad cuya nulidad perseguía la IGJ. LA cámara sostuvo que, si se hubiera violado la prohibición de ejercicio del comercio impuesta a los escribanos, nunca habría sido fundamento para decretar la nulidad de la sociedad (habida cuenta de que estaba constituida regularmente). Cabe agregar, por último, que el artículo 291 CCCN suprime las excepciones del artículo 985 del Código de Vélez relativas a si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas o ser gerentes o directores de ellas.<sup>3</sup>

## 5. Los cofiduciarios

Respecto de la pluralidad de fiduciarios (o copropietarios fiduciarios) la cuestión dejó de ser una incógnita en el actual CCCN. La Ley 24441 no lo prohibía, pero tampoco lo admitía claramente. Lo cierto es que, aun admitiendo la posibilidad de una copropiedad fiduciaria en la citada ley, se vislumbraban complicaciones en el funcionamiento al no estar prevista la indivisión forzosa temporaria.

Al admitir expresamente el CCCN (art. 1688) la posibilidad de un condominio fiduciario y enervar el derecho a accionar por partición que caracteriza –salvo excepciones– al condominio corriente, como asimismo al establecer la responsabilidad solidaria de los cofiduciarios por el cumplimiento de las obligaciones resultantes del fideicomiso, el legislador soluciona en buena medida la problemática de la copropiedad fiduciaria que presentaba el anterior régimen.

Si bien se aplican las reglas de la comunidad, el CCCN contiene normas específicas para el fideicomiso que constituyen excepciones a aquellas. Así, por ejemplo, prevé (art. 1688) que

[...] si se nombran varios fiduciarios, se configura un condominio en función de lo previsto en el artículo 1674, los actos de disposición deben ser otorgados por todos conjuntamente, excepto pacto en contrario, y ninguno de ellos puede ejercer la acción de partición mientras dure el fideicomiso. (art. 1688)

**3.** Cabe recordar un dictamen aprobado por el consejo directivo del Colegio de Escribanos de la Capital Federal (1998, p. 1): “No es incompatible con la función notarial el ejercicio del cargo de consejero del consejo de administración de una cooperativa. Por aplicación del artículo 118 de la Ley 20337, el beneficio contenido en el art. 8 de la Ley 12990 debe considerarse extensible igualmente al cargo de consejero del consejo de administración de una cooperativa. La excepción del artículo 985 del Código Civil también comprende los actos otorgados por cooperativas en las cuales el notario tenga interés por ser accionista, gerente o director”.

Al ser factible la copropiedad fiduciaria, cada uno tendría una parte alícuota sobre los bienes fideicomitidos. Asimismo, el Código actual dispone que ninguno de los cofiduciarios puede solicitar la partición, de modo que hay una indivisión forzosa que evita los inconvenientes que presentaba el régimen de la Ley 24441, que no contenía la referida previsión.

Aplicando las reglas generales del condominio (art. 1990, CCCN), los actos de disposición sobre toda la cosa deben ser otorgados por todos ellos conjuntamente. Si no se respeta esta disposición, el acto será inoponible a los restantes cotitulares, salvo que se hubiere pactado lo contrario, en cuyo caso podrían ser decididos sin unanimidad.

En cuanto a la responsabilidad, como es sabido, la solidaridad debe ser expresa (art. 828, CCCN). El Código se ocupa de establecerla entre los cofiduciarios para que no queden dudas sobre este particular. En lo que aquí interesa, debo señalar que, si se admite que un escribano pueda ser fiduciario, es obvio que también podría ser cofiduciario, en tanto no se configure alguna incompatibilidad.

## 6. El fiduciario que a la vez es beneficiario

El artículo 1671, segundo párrafo, admite que el fiduciario pueda ser beneficiario, tema que se proyecta en especial en el fideicomiso con finalidad de garantía. Era un tema que dividía a la doctrina. El Código actual terminó con la polémica. Dicha norma, al referirse al beneficiario como uno de los protagonistas del contrato de fideicomiso, dispone que “pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario”. Luego, el tercer párrafo del artículo 1673 dice: “El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato”.

Por amplia mayoría, la doctrina se inclinaba por la negativa en relación a la superposición de roles fundada en los argumentos que sintetizamos a continuación (Kiper y Lisoprawski, 2023, pp. 473 y ss; Molina Sandoval, 2009, pp. 407-409; Reggiardo, 2012, pp. 239 y ss.):

- a) va contra la lógica jurídica;
- b) es contrario al sentido económico y funcional de la figura;
- c) es contrario al deber de lealtad del fiduciario;
- d) es una fuente potencial de conflictos de intereses y abusos por parte del fiduciario;
- e) salvo por su remuneración, el fiduciario es propietario imperfecto en “interés ajeno” y no en “interés propio”. Se estaría contradiciendo la

definición del artículo 1666 del CCCN, en la que se expresa respecto del fiduciario: “quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario”;

- f) es absurdo que el fiduciario se rinda cuentas a sí mismo;
- g) al fiduciario le está prohibido adquirir para sí los bienes del fideicomiso;
- h) por su función y naturaleza el fiduciario no figura en la cadena de reemplazos por ausencia, vacancia o negativa de aceptación de las demás partes del contrato;
- i) las desventajas superan en exceso las pocas ventajas, sin que estas –social y económicamente– sean significativas.

En síntesis, la coincidencia acreedor-fiduciario-beneficiario es, para los que sostenían su inhabilidad, una situación potencialmente generadora de conflictos de intereses. Habría una contradicción conceptual inadmisiblesi el fiduciario se pudiera beneficiar con los actos de administración o de disposición (por principio, en interés ajeno) de los que ha sido encargado en cumplimiento de la finalidad prevista por el fiduciante porque, entonces, el fideicomiso no tendría razón de ser. Niegan también la licitud de la concurrencia del fiduciario y beneficiario en los frutos o en el destino final del patrimonio fideicomitado. Ambas funciones –insisten– deben estar netamente separadas y el fideicomiso no puede constituirse –ni aun parcialmente– en favor del fiduciario. Por último, afirmaban que era preferible prevenir que corregir por vía paliativa o resarcitoria los abusos a que quedarían expuestos los demás beneficiarios y los fideicomisarios, si el fiduciario desatendiera los intereses de aquellos en pos de los propios.

Los argumentos en que se apoyaban quienes sostenían la validez del fideicomiso, en los que coincidían beneficiario y fiduciario, se fundaban principalmente en la ausencia de restricción legal, y en la existencia de normas de prevención y sanción del fiduciario desleal (entre otros, Carregal, 1996, p. 240; Freire, 1997, p. 149 y ss.; Kelly, 1998). Nuestra posición era favorable al doble rol, aunque con serias reservas (Kiper y Lisoprawski, 2023, t. 2, pp. 473 y ss.).

Por último, el artículo 1672, tercer párrafo, aclara: “No puede ser fideicomisario el fiduciario”. Teniendo en cuenta lo expuesto, considero que no debería el escribano que actúe como fiduciario ser también beneficiario del fideicomiso. Aunque se refiere a un supuesto distinto, cabe traer a colación el artículo 291 del CCCN: “Prohibiciones. Es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado

o segundo de afinidad, *sean personalmente interesados*".<sup>4</sup> Se refiere al escribano autorizante, no al designado fiduciario. Para que el acto instrumentado esté alcanzado por la prohibición, este interés debe ser directo, objetivo, económico o de otra índole, pero el mismo debe tener tal magnitud que pueda considerarse que desvía al funcionario de su deber de imparcialidad (Barreiro y Gonzalía, 2021). Ahora bien, como es sabido, el fiduciario tiene derecho a una retribución, si no se pacta lo contrario. Si no está fijada en el contrato o en el testamento, la determinará el juez (art. 1677, CCCN). El cobro de la retribución no lo convierte en beneficiario del fideicomiso o, en palabras del artículo 291, no significa que esté personalmente interesado (Benseñor, 2015, pp. 39-40). Esto significa que sigue siendo imparcial. De no aceptarse este criterio, se llegaría a la absurda situación de que el escribano no podría cobrar honorarios por sus tareas habituales (v. gr.: certificar firmas, otorgar escrituras, etc.).

Por último, surge el interrogante acerca de si el escribano puede ser designado como fiduciario en el propio contrato o testamento que autoriza. Cabe recordar que no todos los contratos de fideicomiso deben ser hechos por escritura pública. Es exigible cuando se transmitan bienes cuya transmisión debe ser realizada en instrumento público (art. 1669, CCCN). El testamento, a su vez, puede ser ológrafo (art. 2477, CCCN).

El CCCN permite la intervención en testamentos si el escribano es nombrado albacea, máxime si es una persona de confianza del testador (Barreiro y Gonzalía, 2021). Por ende, en tanto no sea beneficiario, no veo imposibilidad. Así ocurre, por ejemplo, en un fideicomiso de administración familiar en el que administre bienes en beneficio de su sobrino menor o incapaz (un ejemplo que fue dado por la escribana Carolina Rosas).

En el caso del fideicomiso contractual, la respuesta es negativa, pues lo prohíbe el citado artículo 291 del CCCN. En un contrato hay distintas partes, el fiduciario es una de ellas. Hay que tener presente que el escribano también asesora a las partes en los pasos de la operación, asegurando que todos los procedimientos se realicen correctamente. Su función es actuar como un tercero de confianza. Si también fuera parte, su voluntad interviene en la formación del negocio. Obviamente, tampoco podría ser fiduciante en el acto jurídico que instrumenta.

Afirma Benseñor (2015) que

4. "La XXXI Jornada Notarial Argentina (Córdoba, 2014) interpretó que la eliminación de la excepción referida al interés derivado de 'tener parte en sociedades anónimas' o ser 'gerentes o directores' de ellas (art. 985 Código de Vélez) amplía la órbita de acción del notario" (Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2015, p. 2).

[...] un notario no podría comparecer en su propio registro, ni siquiera ante otro actuante de ese mismo registro notarial. Esta afirmación, tal vez, no encuentra norma expresa que así lo diga, pero arribamos a semejante conclusión por la propia inferencia de la función notarial. La relación jurídica notarial requiere para su consagración, como mínimo, un requirente y un autor del documento. Dentro de su registro notarial, el oficial público está autorizado a desempeñar su función sólo en esa calidad, por lo que permitirle, además, asumir la posición de requirente comprometería la configuración de su tarea documental. Ello, por supuesto, no le impide al escribano ser requirente en cualquier otro registro notarial. (pp. 39-40)

En cambio, no se presenta la incompatibilidad si autoriza una escritura en la que es parte una sociedad que él integra. Se trata de dos personas distintas.

## 7. Conclusión

No observo incompatibilidad en que un escribano sea fiduciario, en tanto no implique el ejercicio del comercio, ni desatención de sus funciones, como suelen prever las reglamentaciones locales de la profesión. Aceptado lo precedente, es evidente que, para valorar la situación, habrá que remitirse a la finalidad del fideicomiso. El criterio debe ser aún más flexible en ciertos supuestos de fideicomisos testamentarios.

## 8. Bibliografía

- ARMELLA, Cristina N. (06/09/2021). "El notario no puede ejercer el comercio. La notaría no es un fondo de comercio". *Scribd*. <https://es.scribd.com/document/571073516/la-notaria-no-es-un-fondo-de-comercio>
- BARREIRO, Pablo R. y GONZALIA, María V. (2021). "El escribano como albacea". *Revista del Notariado*, (943). <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2023/03/el-escribano-como-albacea/>
- BENSEÑOR, Norberto. (2015). "Prohibiciones del artículo 291 del Código Civil y Comercial con relación a las personas jurídicas". *Anuario de la Revista del Notariado*, (2). 35-61.
- CARREGAL, Mario. (1996). "Fideicomiso de garantía". En O. Gómez Leo (coord.), *Derecho empresario actual*. Depalma.
- COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CAPITAL FEDERAL. (1998). "Función notarial. Carencia de incompatibilidad". *Revista del Notariado*, (851). 87-91. <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCR/ARTICULOS/29031.pdf>
- COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES [CECBA]. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Pautas para la función notarial elaboradas por los asesores del colegio vigentes a partir del 1/8/2015*. CECBA. [https://www.colegio-escribanos.org.ar/noticias/2015\\_07\\_23\\_Pautas-Asesores-CCCN.pdf](https://www.colegio-escribanos.org.ar/noticias/2015_07_23_Pautas-Asesores-CCCN.pdf)

- D'ALESSIO, Carlos M. (2025, 25-27/09). *Inscripción de contratos de fideicomiso* [ponencia]. XXX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes, Argentina. <https://www.dch.unne.edu.ar/jndc/ponencias/>
- FREIRE, Bettina. (1997). *El fideicomiso*. Ábaco.
- KELLY, Julio. (1998). "Fideicomiso de garantía". *Jurisprudencia Argentina*, 1998(3)[0003/000562].
- KIPER, Claudio y LISOPRAWSKI, Silvio V. (2023). *Tratado de fideicomiso*. Rubinzal Culzoni.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos. (2009). *El fideicomiso en la dinámica mercantil*. Bdef.
- REGGIARDO, Roberto S. (2012). "El fideicomiso en el proyecto de código civil y comercial". *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, 3(5)[AR/DOC/4143/2012].

## Jurisprudencia

- CNCom. Sala C, 06/09/2022, "Inspección General de Justicia c/ Seguridad Fiduciaria SA s/ organismos externos" (9524/2021). ([elDial.com](http://elDial.com) [AACFC5]).

# Convenciones matrimoniales

Luis Alejandro Ugarte\*

## RESUMEN

El artículo analiza los diversos aspectos que presentan las convenciones matrimoniales en el derecho argentino, destacando el tránsito desde un sistema de régimen único e inmutable hacia uno que amplía el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, los contrayentes o los cónyuges, en su caso pueden, entre otros objetos taxativamente previstos por la ley optar por alguno de los regímenes patrimoniales: régimen de comunidad y régimen de separación de bienes; incorporándose asimismo la posibilidad de modificar el régimen patrimonial matrimonial, legal o convencional, tras la permanencia de un año en el régimen precedente dando cumplimiento a los requisitos legales establecidos en cuanto a la forma y oponibilidad. El autor enfatiza que, aunque el objeto de estos acuerdos es taxativo y limitado, la normativa vigente pone de manifiesto la creciente contractualización de las relaciones familiares.

## PALABRAS CLAVE

Régimen patrimonial del matrimonio; convenciones matrimoniales; objeto y forma de las convenciones matrimoniales; opción por alguno de los regímenes; mutabilidad del régimen patrimonial matrimonial; autonomía de la voluntad; contractualización de las relaciones familiares.

**Recibido:** 12/12/2025

**Aceptado:** 29/12/2025

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El objeto anterior de las convenciones matrimoniales. 3. El objeto actual de las convenciones matrimoniales. 4. Forma de las convenciones matrimoniales. 5. Opción de cambio de régimen patrimonial del matrimonio posterior a la celebración de las nupcias. 6. Convención matrimonial de personas menores de edad. 7. Bibliografía.

\* Profesor titular consulto de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Director de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia (UBA).



## 1. Introducción

Las convenciones matrimoniales consisten en acuerdos que los futuros contrayentes estipulan con relación al régimen patrimonial del matrimonio, o en cuanto a los bienes que llevan al matrimonio, la enunciación de las deudas o las donaciones que se hagan entre ellos (Sambrizzi, 2016, p. 35).

Dado que ya no tenemos un régimen único e imperativo entre los cónyuges, sino que estos pueden optar entre el residual y más común de la comunidad de bienes o el de separación de bienes, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) amplía el objeto anterior de las convenciones nupciales, aunque mantiene limitaciones a los casos específicamente contemplados en el artículo 446.

En el Código Civil de Vélez Sarsfield (CC), la redacción originaria el artículo 1217 establecía:

Antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: 1º) La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio. 2º) La reserva a la mujer del derecho de administrar algún bien raíz de los que lleva al matrimonio, o que adquiriera después por título propio. 3º) Las donaciones que el esposo hiciera a la esposa. 4º) Las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejaren por su fallecimiento.

Luego de la Ley 17711 quedaron vigentes los incisos 1º y 3º del artículo 1217 y el artículo 1218 prohibió cualquier otro objeto o renuncia del uno a favor del otro o del derecho a los gananciales.

En la nota al título "De la sociedad conyugal", Vélez destacó que estas convenciones no estaban dentro de nuestras costumbres, dando a su estudio un alcance poco práctico.

Pero, como explica Roberto Campos, en el marco del CC la inmutabilidad del régimen patrimonial era la regla. La imposición de un sistema único, forzoso e inderogable, regulado por normas de orden público, resultaba una barrera infranqueable para la autonomía de la voluntad de los cónyuges. En consecuencia, la posibilidad de modificar siquiera mínimamente el régimen matrimonial era inexistente.

Sólo resultaba alterado el régimen en el supuesto de separación judicial de bienes, pero lo era como consecuencia de una sentencia judicial y no por la voluntad de los cónyuges.

En este aspecto, el Código Civil y Comercial propone un cambio fundamental que parte de la base de que la elección del régimen matrimonial entre dos alternativas predeterminadas por la ley, a saber, el régimen de comunidad o el de separación de bienes, debe ser permitida. La posibilidad

de optar por un régimen u otro no es única y menos aún inmutable, esto significa que los cónyuges, de común acuerdo y cumpliendo los recaudos que la ley dispone, pueden mutar de régimen una vez cumplido el año de permanencia en el que hubieren elegido. Esto significa que la autonomía de la voluntad de los cónyuges no queda circunscripta solamente al momento previo a la celebración del matrimonio, con la posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes instrumentado en una convención matrimonial, sino que se extiende durante la vigencia del matrimonio autorizándoles a variar el régimen oportunamente elegido sin limitaciones (Campos, 2016, p. 180).

Carlos Hernández (2021) señala que asistimos a la contractualización del derecho de las familias y de las sucesiones que, en un sentido amplio, comprende todos los nuevos despliegues reconocidos a la autonomía de la voluntad. Recuerda a Aida Kemelmajer de Carlucci quien, por contractualización de la familia, entiende el hecho de otorgar relevancia cada vez mayor a los acuerdos de voluntad en la organización de las relaciones familiares. La tendencia no se reduce, pues, a los convenios que contienen vínculos obligacionales cuyo objeto es susceptible de tener valoración económica y que responden a un interés, aunque no sea económico del acreedor. Comprende también otro tipo de acuerdos que no son susceptibles de tener valoración económica (Kemelmajer, 2014, p. 16 y ss.). Así aparece el contrato mixto, relacionado con una consideración más estricta del problema que puede resultar de utilidad para entender mejor los negocios patrimoniales vinculados a relaciones familiares o sucesorias.

Hernández (2021) añade que, en el libro segundo del nuevo código, se concentran buena parte de las manifestaciones que permiten visibilizar al contrato mixto. Allí aparecen las convenciones prematrimoniales y matrimoniales (art. 446); el convenio regulador del divorcio (art. 439); la partición de la comunidad (art. 498); y el pacto entre convivientes (art. 513 y ss.), entre otros.

También reseña a Luis Díez Picazo (2007), que fija los contornos del negocio jurídico patrimonial distinguiendo entre actos puros y mixtos:

Los primeros son aquellos cuyo contenido y cuya finalidad son exclusivamente económicos (*v. gr.*: una compraventa, un arrendamiento, la renuncia al derecho de propiedad, etc.). Los segundos son aquellos en los cuales el contenido y la finalidad de carácter económico aparecen mezclados con fines de naturaleza personal o naturaleza familiar. Por ejemplo: el llamado contrato de bienes con ocasión del matrimonio o contrato de capitulaciones matrimoniales, por virtud del cual se estatuye un régimen económico entre los que se casan. (p. 91)

Es decir, estas convenciones o capitulaciones matrimoniales son contratos mixtos, derivados de la contractualización de las relaciones familiares, destinados a determinar el régimen patrimonial aplicable o algunos aspectos de las relaciones entre los cónyuges.

En otro sentido, Eduardo Fanzolato (2001) sostuvo que estas capitulaciones son negocios jurídicos bilaterales que no configuran propiamente un contrato sino una convención, una especie de pacto normativo o de estatuto acordado en el que los esposos convienen una serie de cuestiones relacionadas con el régimen patrimonial del matrimonio (p. 25). También Azpiri (2018) indica que estas convenciones no son contratos, ya que no son causa de obligaciones, sino que se trata de acuerdos de naturaleza contractual; sólo en el caso de las donaciones que se hagan entre ellos contempladas en el artículo 446 inciso c), se estaría estrictamente frente a un negocio jurídico de naturaleza contractual (p. 31).

Caber destacar que estas convenciones no se caracterizan, aún, por asignar la más amplia libertad de objeto a los contrayentes, como puede existir en otras legislaciones, incluso reglando efectos patrimoniales o compensaciones al tiempo de la disolución del vínculo conyugal, sino que en nuestro ordenamiento vigente tienen la limitación del artículo 447 del CCCN. Este último precepto prevé que toda convención entre los futuros cónyuges, sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio, no tiene valor lo que demuestra que existe una limitada autonomía de la voluntad para celebrar contratos de matrimonio, convenciones nupciales o capitulaciones matrimoniales. Es decir, la norma del artículo 447 del CCCN da cuenta o refuerza el reconocido criterio que señala que la enunciación del objeto de las convenciones matrimoniales del precepto anterior (art. 446) no es ejemplificativa, sino limitativa o taxativa.

Esto evidencia que aun con el nuevo ordenamiento no se permite ir más allá de los cuatro incisos que contiene el artículo 446 como posibles objetos de dichas convenciones: la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, la enunciación de las deudas, las donaciones que se hagan entre ellos y la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en el Código.

En el sistema actual el matrimonio se aleja del concepto de institución y se acerca al de una relación contractual, que se disuelve fácilmente con el divorcio, sin expresión de causas, sin plazos mínimos de reflexión, con la sola voluntad de uno o de ambos contrayentes, con un procedimiento rápido y expedito, y sin cuestiones a resolver por desacuerdos sobre las consecuencias de esa disolución. La única exigencia prevista al solicitante es su propuesta de cómo regular los efectos del divorcio. Por lo tanto, no sería extraño vaticinar

que, si continúa esta tendencia normativa y de creciente aceptación social, en futuras reformas se amplíen los objetos posibles de las convenciones nupciales. En suma, el objeto de las convenciones matrimoniales se ha ampliado en el nuevo código con respecto al anterior.

En cuanto al tiempo, estas convenciones siempre se consideraron como previas a la celebración de matrimonio, como lo atestigua el inicio del artículo 446. No obstante, después de contraer nupcias, puede también modificarse el régimen patrimonial, por convención de los cónyuges otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, con los recaudos del artículo 449 que luego indicaremos. Es decir, ahora tendremos convenciones previas y posteriores a la celebración del matrimonio y, en este último caso, con el limitado objeto de cambio de régimen patrimonial.

Recordemos también que, a falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias del CCCN (art. 463) que, de este modo, adquiere un carácter supletorio del régimen de separación de bienes convencional (arts. 505 a 508). Esta última elección tampoco puede confundirse con la separación judicial de bienes que puede ser pedida por uno de los cónyuges en los casos del artículo 477<sup>1</sup> para extinguir la comunidad (art. 475 inc. d), CCCN).

## 2. El objeto anterior de las convenciones matrimoniales

Vélez Sarsfield previó en el artículo 1217 del CC:

Antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: 1° La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; 2° La reserva a la mujer del derecho de administrar algún bien raíz de los que lleva al matrimonio, o que adquiera después por título propio<sup>2</sup>; 3° Las donaciones que el esposo hiciera a la esposa<sup>3</sup>; 4° Las donaciones que los esposos hagan de los bienes que dejen por su fallecimiento<sup>4</sup>.

1. Artículo 477 CCCN.-Separación judicial de bienes. La separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges: a) si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales; b) si se declara el concurso preventivo o quiebra del otro cónyuge; c) si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse; d) si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero.

2. Inciso derogado por la Ley 17711.

3. Inciso sustituido por art. 24 de la Ley 26618: "3. Las donaciones que un futuro cónyuge hiciera al otro".

4. Inciso derogado por la Ley 17711.

Y, en el artículo 1218, el siguiente precepto disponía que:

Toda convención entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor.

Estas convenciones autorizadas no admitían modificar el régimen patrimonial matrimonial y tenían que efectuarse antes de la celebración del matrimonio.

Refiriéndose al inciso 1), Belluscio (1998) explicó que, antes de la modificación del régimen matrimonial derivado de la Ley 17711, por supresión del artículo 1224, no se trataba de un simple inventario, sino que era el medio para optar por el régimen convencional de comunidad de ganancias, en lugar del legal de comunidad de ganancias y muebles aportados. Pero, después de aquella supresión, era solamente una prueba preconstituída del carácter propio de los bienes enunciados, de modo que esa calidad no podía ser luego discutida por los esposos ni sus sucesores (p. 26).

El inciso 2) aludía a "la reserva a la mujer del derecho de administrar algún bien raíz de los que lleva al matrimonio, o que adquiriera después por título propio". Esto se refería a la posibilidad de administrar un inmueble, que el artículo 1226 CC ampliaba a otros que donase el esposo. Este inciso era inaplicable desde la Ley 11357, de derechos civiles de la mujer, que autorizaba a administrar sus bienes propios sin reserva alguna, lo que justificó la derogación de la Ley 17711.

El inciso 3) se refería a las donaciones que el esposo hiciere a la esposa, como contrapartida de la dote. La donación nupcial complementaba la dote para recibir una masa patrimonial al enviudar, asegurando su sostenimiento económico ulterior (Belluscio, 1998, p. 27).

Vélez, en la nota al título "De la sociedad conyugal" (arts. 1217 y ss. CC), justificaba que no se permitiese a la esposa donar al esposo, ya que debía entregar sus bienes y eso no podría tener un fin honorable sino sólo el de "comprar un marido". Tampoco podían donarse los cónyuges entre sí durante el matrimonio (art. 1807, CC), pero nada impedía a la esposa donar al futuro esposo, antes de casarse, sin que esto fuese una convención matrimonial. El artículo 1231 ratificaba tal criterio al señalar que la esposa no podía hacer por el contrato de matrimonio donación alguna al esposo, ni renuncia a ningún derecho que pudiese resultarle de la sociedad conyugal. Y el artículo 1235 establecía que la donación que el esposo le hiciese a la esposa no necesitaba para su validez ser aceptada desde que el matrimonio hubiese sido celebrado, lo que se interpretaba como que no requería aceptación expresa, ya que las convenciones matrimoniales tenían efecto si el matrimonio se celebraba y no

era anulado, salvo lo dispuesto para el matrimonio putativo (ver art. 1238 según la Ley 23515).

Vigente la Ley 23515, estas donaciones eran irrevocables –salvo los supuestos de separación personal o divorcio– para el esposo que no había dado causa en las causales subjetivas; o que no había demandado la separación personal por alteraciones mentales graves permanentes, alcoholismo o adicción a las drogas, si tales afecciones provocaban trastornos de conducta que impedían la vida en común, o la del cónyuge enfermo con los hijos; o si mediaba separación de hecho sin haber dado causa a ello por dos años –para la separación personal– o por tres años –para el divorcio vincular– (arts. 212, 202, 203, 204, 217 CC). Otra excepción a la irrevocabilidad de estas donaciones se daba en los supuestos de nulidad matrimonial, para el cónyuge de buena fe, que podía revocar las donaciones efectuadas al de mala fe (art. 222, inc. 2) CC).

El inciso 4) –luego derogado por Ley 17711– contemplaba las donaciones que los esposos hicieran de los bienes que dejaren por su fallecimiento. Era una norma que admitía la sucesión contractual, como excepción a los pactos sobre herencia futura prohibidos por el artículo 1175 CC. Esta previsión era carente de justificación, según Borda, ante la reconocida vocación sucesoria conyugal. Zannoni explicó que con su derogación también quedaron derogados los artículos 1232 a 1234 y 1236, que reglamentaban las donaciones aludidas (Sambrizzi, 2007, p. 87, con cita de Borda, p. 213; Zannoni, 2006, p. 490 y ss.).

### **3. El objeto actual de las convenciones matrimoniales**

En las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1987), organizadas por la Universidad de Belgrano, se recomendó que debía posibilitarse a los futuros cónyuges la adopción, mediante capitulaciones matrimoniales, de regímenes patrimoniales alternativos que regulen sus relaciones y las relaciones de los cónyuges con terceros; y que, a falta de capitulaciones, se aplique un régimen legal supletorio.

La cuestión se emparenta con la discusión del orden público y la autonomía de la voluntad en el derecho de familia. Priva en nuestro tiempo una mayor autonomía, pero con límites. De allí, por ejemplo, que el divorcio sea incausado, unilateral o bilateral, sin plazos ni pruebas del cese del proyecto de vida conyugal, pero con un proceso rápido que solamente exige al peticionario presentar una propuesta regulatoria de los efectos de la disolución del vínculo, es decir, sin que prescinda el respeto de los principios

de la solidaridad familiar. Lo mismo ocurre con el deber de asistencia entre cónyuges que cesa con el divorcio, pero con causas de excepción, cuyo fundamento último es la solidaridad entre quienes conformaran el proyecto de vida en común disuelto.

En materia de convenciones matrimoniales, el derecho vigente amplía el objeto sobre la base de una mayor aplicación del principio de autonomía de la voluntad. Hoy es posible la libertad de elección de un régimen patrimonial matrimonial alternativo de separación de bienes entre los cónyuges, o bien mantener el tradicional sistema de la comunidad de gananciales, con posibilidad de cambio posterior al matrimonio, que se puede modificar anualmente. Es decir, nuestro nuevo código sigue el criterio largamente aconsejado por la doctrina especializada y recomendado en jornadas académicas, basado en la igualdad y multiplicidad de formas familiares de nuestra sociedad, en la mayor autonomía de la voluntad, sin olvidar criterios de solidaridad. Prueba de ello es que nuestro ordenamiento estructura el régimen patrimonial del matrimonio sobre una serie de disposiciones comunes a todos los regímenes, inderogables por convención de los cónyuges, anterior o posterior al matrimonio (art. 454), antes de la enunciación de las normas específicas de ambos.

En tal sentido, Medina y Roveda (2014) afirman que uno de los aspectos destacados del nuevo código es la posibilidad de optar en el régimen de bienes del matrimonio, lo que justamente recomendaba la doctrina para renovar el régimen económico matrimonial. El Código abandona el régimen imperativo al permitir que los cónyuges opten por el régimen de separación de bienes y, a falta de ejercicio de esa opción, se aplica supletoriamente el régimen de comunidad. Los cónyuges pueden cambiar de régimen cuantas veces quieran, siempre y cuando haya pasado un año desde la última modificación. Se establece además un conjunto de normas que resultan aplicables a ambos regímenes. En ellas se regula sobre la protección del hogar conyugal y su ajuar, el deber de contribución en las cargas del matrimonio y la responsabilidad solidaria frente a los acreedores de cualquiera de los cónyuges por deudas contraídas para sostener los gastos ordinarios del hogar, el sostenimiento y educación de los hijos comunes (pp. 373-383).

De modo que las convenciones matrimoniales admitidas amplían el objeto de las del código derogado y, si bien pueden celebrarse antes del matrimonio, podrán otorgarse después en lo que refiere a la opción alternativa del régimen patrimonial de su matrimonio. Esto último posibilita nuevas vías de solución a problemas conyugales, por ejemplo, para personas que, por diversos motivos (edad, religión, mantenimiento de los beneficios previsionales, etc.), no desean plantear su divorcio, pero quieren dividir sus bienes y optan

entonces por el régimen de separación de bienes –manteniendo el vínculo–; una opción que, además, hoy no exige la convivencia en un mismo hogar. Bastará que otorguen una opción alternativa por el régimen separación de bienes, liquidando la comunidad disuelta por escritura pública, sin trámites judiciales. También facilita la planificación sucesoria, pues si los cónyuges están sujetos al régimen de comunidad no pueden contratar entre sí en interés propio (art. 1002, inciso d), CCCN), pero si están separados de bienes, por ejemplo, pueden donarse recíprocamente todo tipo de bienes con o sin reserva de usufructo, o acudir a otros instrumentos de planificación.

En lo que concierne los objetos admitidos en el nuevo código, el artículo 446 prevé que antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos que enumera, y el artículo 447 sanciona de nulidad toda convención sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio, indicando que será de ningún valor. No obstante esta última prohibición, se ha dicho que cabe aclarar que las cuestiones relativas al modo de asignar los bienes podrán integrar la esfera de decisión de los cónyuges una vez extinguida la comunidad, por la amplia autonomía de la voluntad reconocida a los consortes para liquidar la comunidad de gananciales (art. 498 *in fine*), y brindar idéntica pauta para fraccionar el convenio autorregulador en caso de divorcio (art. 439), pues en estos supuestos cesa la prohibición de acordar cuestiones relativas a los bienes establecida en el artículo 447 (Peracca, 2022, p. 88).

En mi opinión, en cambio, esta aclaración no tiene que ver con las convenciones nupciales, que en cuanto a su oportunidad se celebran antes del matrimonio, o únicamente después para optar por el cambio de régimen. Además, las normas citadas (arts. 498 y 439) aluden a otras circunstancias, esto es, a la partición de la comunidad disuelta o a un contexto de crisis matrimonial por divorcio. Y, en todos los supuestos indicados, la autonomía de la voluntad cede frente a disposiciones de orden público. Por eso el juez puede no homologar el convenio regulador lesivo a los integrantes del grupo familiar (arts. 438 *in fine* y 440) y la aplicación del convenio de división de bienes libremente acordado entre interesados plenamente capaces; no puede dejar sin efecto leyes en cuya observancia esté interesado el orden público ni ser un instrumento de fraude (arts. 12, 473, 332, 958, 2408, etc.).

En cuanto a la previsión del artículo 446, los tres primeros incisos han sido catalogados como convenciones de inventario, ya que se refieren a bienes aportados, deudas y donaciones por razón del matrimonio. El último inciso es el vinculado a la elección del régimen de separación de bienes. Solamente esta última opción podrá ser incluida en una convención

matrimonial ulterior a la celebración del matrimonio, respetando el plazo anual para el cambio de régimen patrimonial del matrimonio.

### **3.1. Designación y avalúo de los bienes**

El inciso a) del artículo 446 del CCCN permite la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio. Este inciso reconoce como antecedente el artículo 1217 CC que, como observamos, para Belluscio (1998) implicaba optar por el régimen convencional de comunidad de ganancias, en lugar del legal de comunidad de ganancias y muebles aportados, y la posibilidad de preconstituir prueba sobre el carácter propio de los bienes enunciados (p. 26). La norma actual señala la posibilidad de designar y valorar los bienes aportados, aunque esto último, la tasación, no estaba específicamente prohibido en el texto anterior.

Este inventario, naturalmente, tendrá importancia esencial en cuanto a bienes que no sean registrables, pues de lo contrario tendrán fecha cierta anterior al inicio de la comunidad, excluyéndolos de la ganancialidad. Pero podría insertarse en la convención nupcial una descripción pormenorizada de determinados inmuebles que se adquirieron con todo lo plantado, construido y edificado, pero que no han sido regularizados a través de una mejora o construcción incorporada a catastro, y cuyo valor puede ser superior incluso al del terreno; e incluso, en un futuro, puede generar discusiones sobre recompensas en el trámite de liquidación de la comunidad disuelta.

Lo que quiero señalar es que, a veces, esta preconstitución de prueba no sólo no consta en escritura, sino que proviene de fondos recibidos por donaciones manuales y que más tarde pueden complicar la calificación o recalificación de bienes, aun sin que haya mediado opción por el régimen de separación de bienes. Esta designación de bienes aportados y su valuación permitirá excluir la presunción de ganancialidad de los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad (art. 466 primer párrafo), ya que cumple con la norma imperativa en materia de calificación como bienes propios, de aquellos que uno de los cónyuges tenga la propiedad, otro derecho real o la posesión al tiempo de la iniciación de la comunidad (art. 464 inciso a). Por consiguiente, en esta designación de bienes aportados podría dejarse asentado, por ejemplo, no sólo la titularidad dominial de bienes muebles (obras de arte, alhajas, maquinarias, instrumental médico u odontológico, hacienda existente de determinada calidad, etc.), o inversiones financieras en el país o en el exterior de uno de los esposos, sino el inicio de una posesión adquisitiva de plazo cumplido o pendiente,

la constitución de un usufructo anterior sobre inmuebles o semovientes, derechos derivados de un boleto de compraventa anterior al matrimonio, créditos pendientes por indemnizaciones derivadas de hechos dañosos sufridos con anterioridad, derechos hereditarios no denunciados todavía en una sucesión que los beneficie, ropas y objetos de uso personal de gran valor, derechos intelectuales derivados de obras concluidas con anterioridad, etc. Esto, solo por pasar revista en una lectura rápida a los ejemplos más comunes de bienes propios incluidos en los incisos del artículo 464 del CCCN.

Este inciso no sólo permite preconstituir prueba sobre una calificación de bienes al liquidarse la comunidad, sino también –con su tasación– coadyuvará a la determinación de créditos o recompensas que pueden existir entre los cónyuges y la comunidad, o entre esta y aquellos.

Además, la valuación de los bienes aportados puede facilitar la acreditación del estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio de la vida matrimonial que, en comparación con la situación existente a su finalización, permitirá, entre otras circunstancias contempladas en el artículo 442, determinar judicialmente la procedencia y monto de la compensación económica por divorcio, en tanto esto último produzca un empeoramiento de la situación con causa adecuada en el vínculo matrimonial y su ruptura (art. 441, CCCN).

Como dijimos, la designación puede consistir no sólo en la mera enunciación de los bienes aportados, sino en una descripción más pormenorizada de ellos, sobre todo frente a obras no denunciadas de inmuebles u otros casos particulares, inclusive protocolizando informes, pericias, documentos, fotografías que pueden evitar discusiones posteriores.

### **3.2. Enunciación de las deudas**

El inciso b) del artículo 446 del CCCN prevé como objeto de las convenciones la enunciación de las deudas. Se refiere a las deudas que cada uno de los esposos lleva al matrimonio, es decir que el objeto aquí previsto se refiere a un pasivo u obligación personal, que luego será objeto del llamado pasivo definitivo o cuestión de la contribución en materia de cargas, en la liquidación de la comunidad.

No nos referimos, entonces, a la responsabilidad frente al acreedor y los bienes que puede agredir éste de cada cónyuge, ya que esta es la cuestión de la obligación o pasivo provisorio. En tal sentido el artículo 467 prevé como principio general que cada cónyuge responda frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos; y que, por

gastos de conservación y reparación de bienes gananciales, responda también el cónyuge que no contrajo la deuda, pero sólo con sus bienes gananciales. Habría que agregar, en cuanto al régimen primario o disposiciones comunes a ambos regímenes, que conforme al artículo 461 los cónyuges responden solidariamente por obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar, o el sostenimiento y la educación de los hijos de conformidad con el deber de contribución del artículo 455 del CCCN.

Es decir, la designación de las deudas personales tiene importancia para la liquidación de la comunidad de gananciales, pero también para el caso de la opción por el régimen de separación de bienes, en tanto el artículo 505 establece el principio que cada esposo responde por las deudas por él contraídas. Excepto lo dispuesto en el artículo 461, es decir que mantiene la solidaridad obligacional prevista de ambos cónyuges, para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos de conformidad con el deber de contribución.

El nuevo código enumera en el proceso de liquidación de la comunidad la distinción entre cargas de la comunidad (art. 489) y obligaciones personales (art. 490). Las cargas comunes son todas las obligaciones contraídas durante la comunidad que no sean obligaciones personales (inc. a): el sostenimiento del hogar, de los hijos comunes y de los que cada uno tenga, y los alimentos que cada uno está obligado a dar (inc. b); las donaciones de bienes gananciales hechas a los hijos comunes, y aun la de bienes propios si están destinados a su establecimiento o colocación (inc. c); los gastos de conservación y reparación de los bienes propios y gananciales (inc. d).

Las obligaciones personales que enumera el artículo 490 son: las contraídas antes del comienzo de la comunidad (inc. a); las que gravan las herencias, legados o donaciones recibidos por uno de los cónyuges (inc. b); las contraídas para adquirir o mejorar bienes propios (inc. c); las resultantes de garantías personales o reales dadas por uno de los cónyuges a un tercero, sin que de ellas derive beneficio para el patrimonio ganancial (inc. d); y las derivadas de la responsabilidad extracontractual y de sanciones legales (inc. e.).

El inventario de las deudas personales en la convención puede ser conveniente para suplir la falta de fecha cierta en la fuente de la obligación, lo que podría constituir la carga de la comunidad, por el artículo 489 inciso a) citado.

Por lo demás, esta enunciación de pasivos personales tiene importancia en la relación entre los cónyuges y en la determinación del pasivo definitivo de la liquidación de la comunidad, pero no podrá perjudicar a terceros que son ajenos a la convención, ni significar un instrumento de fraude a los acreedores o al cónyuge, de acuerdo con los artículos 12 y 473 del CCCN.

### 3.3. Donaciones

El inciso c) del artículo 446 del CCCN prevé la posibilidad de consignar en la convención matrimonial las donaciones que se hagan entre los futuros cónyuges. Azpiri señaló vigente su antecedente (art. 1217, CC): la donación que el esposo hiciera a la esposa no es más que un resabio de la donación nupcial del derecho romano, justificada como complemento de la dote que sería restituida por el marido al fin del régimen, y que le permitiría a la mujer solventar sus necesidades luego del matrimonio. Hoy en día carece de toda justificación, como también la prohibición de que la mujer le done al marido bienes en la convención matrimonial, que Vélez rechazó porque consideraba que era una forma de comprar un marido, tal como lo expresa en la nota al Título "De la sociedad conyugal".

Por otra parte, nada obsta a que uno de los futuros contrayentes done un bien al otro antes del matrimonio ya que, al no existir todavía el vínculo, tal donación no cae dentro de la prohibición de celebrar este contrato entre cónyuges (Azpiri, 2000, p. 1446-1447).

Este inciso establece la posibilidad de incluir en la convención matrimonial las donaciones prenupciales o *propter nuptias* que se efectúen los futuros cónyuges a las que hacen referencia los artículos 451 y siguientes que regulan las donaciones por razón de matrimonio (Campos, 2016, p. 176).

El artículo 451 indica que las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales se rigen por las disposiciones relativas al contrato de donación (arts. 1542 a 1573) y sólo tienen efecto si el matrimonio se celebra. La remisión será en cuanto corresponda, ya que la definición de donación del artículo 1542 no se aplica a este tipo de donaciones que no requieren aceptación expresa por parte del donatario. O, como señalara Belluscio, al ser la convención matrimonial un acto bilateral de ambos futuros contrayentes, la aceptación de la donación surge inequívocamente de su participación en el acto (Belluscio, 2011, p. 398). No hay razón para que no se apliquen las normas de las donaciones a las que se hagan en la convención, ya que sólo tienen la peculiaridad de efectuarse entre futuros contrayentes y deben ser instrumentadas necesariamente por escritura pública cualquiera sea la naturaleza del bien donado (Azpiri, 2018, p. 36).

La remisión del artículo 451 a las normas del contrato de donación permitirá al donante asumir la garantía de evicción si se consigna en forma expresa (art. 1556, inc. a); exigir alimentos al donatario si el donante no tiene medios de subsistencia, salvo que restituya las cosas donadas o su valor si fueron enajenadas (art. 1559), circunstancia que también podría autorizar alimentos post divorciales (art. 434, inc. b); establecer cargos (art. 1562);

realizar la donación por razón del matrimonio con pacto de reversión por fallecimiento (art. 1566); plantear la revocación por ingratitud del donatario, por inejecución de cargos o por supernacencia de hijos del donante, si se estipuló expresamente (art. 1569).

También, en materia de revocación, debe recordarse que, en caso de declararse la nulidad del matrimonio en vida o después de la muerte, en los casos en que procede (art. 714, CCCN), si existe buena fe del donante, podrá revocar las donaciones realizadas al cónyuge donatario de mala fe, realizadas en la convención matrimonial (art. 429, inc. b). Si ambos cónyuges fueran de mala fe y el matrimonio fuese anulado, las convenciones matrimoniales quedan sin efecto y, por tanto, se anularán también las donaciones por razón del matrimonio allí consignadas (art. 430).

La eficacia de la donación se produce con la celebración del matrimonio por lo que el artículo 452 dispone que las donaciones hechas por terceros a uno de los novios, o a ambos, o por uno de los novios al otro, en consideración al matrimonio futuro, llevan implícita la condición de que se celebre el matrimonio válido. Se discute si esa condición es suspensiva (Belluscio, Sambrizzi), ya que la eficacia se supedita a que el matrimonio se celebre. Otros autores sostienen que se trata de una condición resolutoria, pues la donación será válida *ab-initio*, pero en caso de que el matrimonio no se llegara a celebrar, la donación quedaría sin efecto de pleno derecho debiendo ser restituidas las cosas donadas al donante (Roveda, 2014).

En jurisprudencia se señaló que las donaciones efectuadas o prometidas a la mujer en virtud del matrimonio, y con prescindencia de que se celebre o no alguna convención matrimonial, llevan la condición implícita de que se celebre el matrimonio. Si el mismo no se celebró, y sin que importen las especificidades sobre quién tuvo o no la culpa, la obligación de devolver los enseres obsequiados –en el caso, televisión, combinado y lustra aspiradora– resulta evidente (CNCiv. Sala B, 1978).

De igual modo, la oferta de donación hecha por terceros a uno de los novios, o a ambos queda sin efecto si el matrimonio no se contrae en el plazo de un año. Se presume aceptada desde que el matrimonio se celebra, si antes no ha sido revocada (art. 453). La redacción de esta última norma establece una condición y un plazo resolutorios, ya que la oferta cae si el matrimonio no se celebra, o si se celebra luego del año de propuesta.

Desde la óptica del derecho sucesorio, la donación que se hicieran los cónyuges también puede ser inoficiosa si excede la parte disponible y afecta la legítima. Este es uno de los casos en los que existe legitimación pasiva del cónyuge donatario de esta convención para responder por dicha inoficiosidad.

Nótese que esta donación por razón del matrimonio, si bien en el tiempo se celebra *antes* de las nupcias, cuando el donante y el donatario no tenían la calidad de legitimarios, al adquirir tal calidad con la celebración del matrimonio hizo adquirir, simultáneamente, eficacia a la donación (art. 2385). Por lo tanto, no se aplica el artículo 2388 que priva de legitimación pasiva al cónyuge cuando la donación se realizó antes del matrimonio, pues aquí adquirió eficacia la liberalidad con la celebración del matrimonio.

Pensamos que la acción contra el cónyuge supérstite donatario inoficioso, si concurre con descendientes, a partir de la Ley 27587 de 2020, que modificó el artículo 2386 del CCCN, será la de colación (impropia), o colación con fines de reducción. Y si concurre el cónyuge donatario con ascendientes, será la de reducción (art. 2453), por cuanto los ascendientes no están obligados a colacionar, pese a ser legitimarios, y un criterio de simetría les impediría entonces demandar la colación al donatario cónyuge supérstite en defensa de su porción legítima. Si hubiese un testamento del donante con preterición de legitimario, la acción de entrega de la legítima sería viable por el artículo 2450. En todos los casos, también cabría la alternativa de la acción de complemento para el caso en que el legitimario hubiese recibido menos que su porción legítima por cualquier título (art. 2451).

### 3.4. Opción de régimen patrimonial

El inciso d) del artículo 446 del CCCN alude a la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código. La norma expresa que antes del matrimonio los futuros cónyuges pueden optar por alguno de los regímenes previstos en el Código, pero acertadamente se expresa que sólo pueden elegir el régimen de separación de bienes ya que, a falta de expresión de voluntad, se aplicará el régimen de comunidad. Esto significa que, en caso de elegir la separación de bienes, serán de aplicación el régimen primario y los artículos 504 a 508. De no optarse por esta alternativa, será de aplicación el régimen primario y los artículos 463 y siguientes (Roveda, 2014). Esta decisión, previa a la celebración del matrimonio, deberá incluirse en la convención matrimonial siguiendo la forma establecida en el artículo 448.

Al tiempo de celebrarse el matrimonio y consignarse el mismo en el acta correspondiente deberán los contrayentes expresar ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, si han celebrado convención matrimonial y, en caso afirmativo, su fecha y registro notarial en el que se otorgó, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso i) del artículo 420. Seguidamente, si ejercieron la opción por el régimen

de separación de bienes, deberá ser anotada marginalmente en el acta de matrimonio a los fines de que resulte oponible a terceros, según lo establecido en el artículo 449.

La manifestación de voluntad coincidente de los futuros cónyuges aludida en este inciso se limita a elegir el régimen de separación de bienes, pero sin que pueda efectuarse ninguna modificación en las consecuencias legales que derivan de esa opción. De este modo, tanto cuando se decide acogerse al régimen de separación de bienes como cuando se guarda silencio y se aplica el régimen supletorio de comunidad, la regulación de sus efectos resulta de la ley y no de la voluntad de los contrayentes (Azpiri, 2018, p. 32-33).

#### **4. Forma de las convenciones matrimoniales**

**1.** El artículo 448 del CCCN prevé que las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, y sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea anulado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública. Para que la opción del artículo 446 inciso d) produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.

Pese a la claridad de la norma, en la práctica los futuros contrayentes son invitados en el proceso previo a la celebración del matrimonio civil a completar formularios en el que se indica si han optado por el régimen patrimonial de separación de bienes. Es allí, entonces, y si no otorgaron la escritura con anticipación, que muchas veces se consulta si el hecho de haber consignado en ese formulario la opción por el régimen de separación de bienes tiene eficacia.

Alguna doctrina señala que la opción por el régimen de separación no requiere escritura pública, pues su elección puede hacerse en el momento de contraer matrimonio, y así debe constar en el acta respectiva (art. 420 inc. j) (Roveda, 2014c). En mi opinión, el hecho de que el artículo 420 del CCCN enumere el contenido del acta de matrimonio y señale en el inciso j) que debe constar la declaración de los contrayentes, y si se ha optado por el régimen de separación de bienes, en modo alguno puede sortear la forma legal impuesta en el artículo 448 del mismo ordenamiento.

**2.** Zannoni (1976), refiriéndose a la forma del contrato de cesión de herencia, sostuvo que la doctrina moderna no se conforma con la división bipartita

entre actos formales solemnes y formales no solemnes, o actos en que la forma es exigida *ad solemnitatem* o *ad probationem*, respectivamente, sino que, atendiendo a las normas vigentes, efectúa una tripartición: contratos solemnes absolutos, contratos solemnes relativos y contratos no solemnes.

En los contratos solemnes, o cuya forma es impuesta por la ley *ad solemnitatem*, la omisión de dicha forma priva al contrato de sus efectos propios. Empero, ello no es óbice, en algunos supuestos, para que produzca efectos diferentes. La existencia o no de esta posibilidad se proyecta en que la solemnidad resulta absoluta o relativa. Así, un contrato es *ad solemnitatem* absoluto cuando, omitida la exteriorización requerida, el acto queda privado de sus efectos propios y de la producción de consecuencias civiles. Tal, por ejemplo, lo que ocurre en las donaciones de bienes inmuebles, a las cuales se impone la forma de escritura pública, agregando que, en dichos casos, no habrá acción para exigir el otorgamiento de la escritura pública cuando el acto se haya exteriorizado de otra manera.

En cambio, un contrato es *ad solemnitatem* relativo cuando, omitida la exteriorización, el acto queda privado de sus efectos propios, pero engendra la obligación de hacer escritura pública. Es decir, se produce la conversión del acto nulo en un acto jurídico distinto. Un ejemplo de esto lo encontramos en la compraventa celebrada por instrumento privado que es nula como tal, pero válida en cuanto de ella deriva la obligación de otorgar escritura pública.

Por último, la forma de los contratos es *ad probationem* cuando ella es requerida para su demostración en juicio. A pesar de ser jurídicamente relevantes, cualquiera que haya sido la exteriorización elegida por las partes para su celebración, no podrán ser probados judicialmente si se los contesta, sino exhibiendo aquella determinada forma. Desde esta perspectiva, resulta indudable que la cesión hereditaria se ubica entre los contratos solemnes de solemnidad relativa.

**3.** Estas enseñanzas las considero aplicables a la forma de la convención matrimonial. Resultan conforme a las normas vigentes y responden a una eficaz protección de la seguridad jurídica.

Véase que el artículo 448 del CCCN prevé la forma de la escritura pública para la convención matrimonial anterior a la celebración de las nupcias, y el artículo 449 también la impone para el cambio de régimen patrimonial por convención posterior, respetando el plazo anual de aplicación del régimen, la anotación marginal en el acta de matrimonio y la prevención de fraude a los acreedores en los términos de la última parte de la norma.

La exigencia formal de la escritura pública para celebrar la convención nupcial comporta una solemnidad relativa, por lo cual el acto que no se

otorgue en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad (art. 285, CCCN). Esto concuerda con lo dispuesto en el artículo 969 del CCCN referido a los contratos formales que en su parte pertinente establece que, cuando la forma requerida lo es solo para que estos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no sea otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad.

Se ha dicho acertadamente que el artículo 448 del CCCN ha suprimido la sanción de nulidad ante la inobservancia de la forma prescrita, tal como lo hacía su antecedente, el artículo 1223 del Código Civil (Campos, comentario art. 448, p. 179). Por lo tanto, la inobservancia de la forma mediante escritura pública no invalida la convención matrimonial, pero afecta la producción de sus efectos propios, con valor como acto en el que los futuros contrayentes se obligan a otorgar la escritura pública.

Es aconsejable, entonces, que frente a la declaración de ambos cónyuges sobre haber optado por el régimen de separación de bienes al celebrar su matrimonio sin otorgar la escritura pública, el acto sea confirmable y en la primera oportunidad en que otorgasen, por ejemplo, la enajenación de un inmueble personal, se ratificase por ambos consortes la opción elegida ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, mediante escritura pública y anotación marginal de la misma en el acta de matrimonio.

Recordemos, una vez más, que esta convención matrimonial sólo puede ser otorgada con anterioridad a la celebración del matrimonio y, hasta tanto este no se celebre, puede ser revocada o modificada por escritura pública (Arianna, 2014, p. 136).

Arianna (2014) ha expresado que la convención matrimonial es un negocio jurídico de solemnidad relativa y, celebrada en instrumento privado, constituiría una obligación de hacer. El renuente podrá ser compelido a cumplirla y, en caso de negativa, el juez la otorgará en su representación. Pero, como agrega Azpiri, si el conflicto por falta de otorgamiento en escritura pública se plantea antes de las nupcias, es probable que el matrimonio no llegue a celebrarse, por lo que la convención carecerá de efecto jurídico. En cambio, si ocurre después, a pesar de no constar en el acta de celebración la opción realizada, no puede haber duda acerca de la posibilidad de demandar la elevación a escritura, que no será oponible a terceros hasta su inscripción como nota marginal del acta de matrimonio (Azpiri, 2018, p. 34).

En cuanto a sus efectos, entre las partes exigen la celebración del matrimonio y que dicho matrimonio no sea luego anulado. Y con relación a terceros, se prevé su anotación marginal en el acta de matrimonio como recaudo de publicidad suficiente (art. 448 *in fine*).

Si la convención matrimonial hubiese sido celebrada en el extranjero con anterioridad al matrimonio, el artículo 2625 del CCCN indica que se rige por el derecho del primer domicilio conyugal, y las posteriores por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración.

**4.** En concordancia con lo expresado anteriormente, con los Dres. Lidia B. Hernández, Carlos A. Arianna y María José Fernández, presentamos una ponencia en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil organizadas por la Universidad Austral (2024) sobre la necesidad de respetar la forma legalmente impuesta de las convenciones matrimoniales, que resultó aprobada. Se recomendaba que la opción por el Régimen de Separación de Bienes a que refiere el artículo 446 inciso d) del CCCN debe formularse por escritura pública otorgada con anterioridad a la celebración del matrimonio. Y que la opción formulada sin observancia de la forma impuesta al acto puede ser confirmada por los esposos mediante el otorgamiento de la escritura pública respectiva, con los requisitos establecidos por el artículo 393 del CCCN (Arianna y otros, 2024, p. 85).

Señalamos que, en los actos jurídicos reputados como “formales”, la imposición legal de una forma determinada se encuentra normalmente vinculada a la especial trascendencia social o económica que revisten, para asegurar la univocidad del acto y garantizar su seriedad, advirtiendo sobre sus consecuencias sociales para ser bien ponderadas (p. 81).

Como fundamento de las solemnidades se han invocado, entre otros, los siguientes: a) favorecer la reflexión; b) dotar de mayor precisión y claridad a las declaraciones de las partes; c) cuidar la seguridad jurídica; d) dar certeza del acto; e) facilitar la prueba del acto; f) proteger el orden público y la moral social, entre otros.

En definitiva, el fundamento esencial de las solemnidades es la protección o tutela de los ciudadanos respecto de ciertos actos. En el campo del derecho de familia, dada la naturaleza de las relaciones en cuestión, la garantía de una forma solemne advierte a los particulares del acto que realizan (por ejemplo, el matrimonio, el reconocimiento del hijo, la adopción, etc.).

Frente a lo dispuesto por los artículos 446 y 448 del CCCN, la convención matrimonial debe ser efectuada por escritura pública, sin que la opción formulada frente al oficial público del registro civil, de práctica en algunos

registros –en mérito a la aparente contradicción de los incisos i) y j) del artículo 420 y del artículo 448 del CCCN y referencias de la comisión redactora en los fundamentos al anteproyecto de reformas<sup>5</sup>; ni las similitudes y diferencias entre el oficial público y el notario, y entre el acta matrimonial y la escritura pública (Carrillo Herrera, 2020, p. 115) puedan soslayar la forma legal.

El artículo 448 es una norma especial, incluida en el Capítulo destinado a la regulación de las convenciones matrimoniales, que no ofrece dificultades interpretativas respecto de la formalidad instrumental impuesta al acto. Tampoco ofrece dudas la letra del artículo 446 *in fine* que califica el acto por el cual los contrayentes formulan la opción por el régimen de separación de bienes como una convención matrimonial que, como tal, debe instrumentarse en la forma establecida por las disposiciones relativas a las mismas.

La exigencia de la escritura pública en materia de convenciones matrimoniales sigue la tradición jurídica de nuestra legislación (conf. art. 1223, C.C.), y fue también la forma impuesta por los proyectos de reforma del año 1993 (art. 497) y de 1998 (art. 440), y la prevaleciente en el derecho comparado en virtud de la trascendencia personal y social del acto.

El citado artículo 420 que fundamentaría la distinción formulada por la doctrina opuesta, en lo que aquí interesa, reza:

Acta de matrimonio y copia. La celebración del matrimonio se consigna en un acta que debe contener: [...] i) declaración de los contrayentes si se ha celebrado o no convención matrimonial y, en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en el que se otorgó; j) declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes [...].

Dicho argumento no conmueve la exigencia de la escritura pública pues dichas normas abordan cuestiones diferentes: mientras el artículo 466 citado trata en especial de la “forma” que debe revestir el acto jurídico, el artículo 420 refiere al modo de dotarlo de “publicidad” y “oponibilidad”, estableciendo las menciones que, en cada caso, deben constar en el acta matrimonial.

La separación en dos incisos del contenido del acta de matrimonio respecto de las menciones que debe contener resulta plenamente justificada pues, sin negar la condición de convención de ninguno de los actos

5. En los fundamentos se expresa: “El Anteproyecto admite, con limitaciones, el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio, y otorga a los contrayentes la opción para elegir entre dos regímenes de bienes. Esta elección se realiza por escritura pública antes de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del Registro del Estado Civil y la Capacidad de las Personas...” (AA.VV., 2014, p. 63).

referidos en el artículo 446, los publicita en forma independiente, lo que resulta adecuado. Las convenciones a que refieren los incisos a) a c) apuntan a las relaciones internas de los cónyuges; mientras que el régimen patrimonial al que los esposos queden sujetos adquiere fundamental trascendencia para los terceros en su interacción patrimonial con los esposos (v.g., la necesidad de asentimiento conyugal para el otorgamiento de ciertos actos, ampliación de las facultades de agresión patrimonial de los acreedores, etc.). De ahí que no se limite a comunicar la existencia de la convención sino su contenido, es decir “la opción”.

Las expresiones de la comisión redactora, sin perjuicio de su importancia, carecen de valor normativo, por lo que no pueden enervar el texto claro de la ley en orden al tipo de instrumento exigido. Respecto de las similitudes entre los roles que desempeñan el oficial público y el notario, cabe señalar que, si bien en ambos se ha delegado el ejercicio de una función pública fedante, el ámbito de su competencia es disímil y no intercambiable.

Finalmente, si bien tanto el acta de matrimonio como el instrumento notarial revisten el carácter de instrumento público (conf. art. 289, CCCN), uno de sus requisitos de eficacia es que cada uno de ellos sea otorgado por el oficial público dentro del ámbito de su competencia. La exigencia formal cumple en el caso la finalidad de asegurar que las partes hayan contado con el adecuado asesoramiento y meritado la trascendencia del acto, así como sus efectos. Esto resulta especialmente relevante en nuestro medio jurídico por el desconocimiento que, en general, existe en la ciudadanía sobre la materia por tratarse de una práctica con un incipiente desarrollo ya que en nuestro país no forma parte de las costumbres.

Completar un formulario con una “X” puede ocasionar vulneración de los derechos de alguno de los contrayentes al pensar que ha quedado sometido al régimen de comunidad, cuyo contenido fundamental ellos conocen por su extensa difusión social, y que, en el futuro –pasados muchos años de matrimonio–, se encuentre inmerso en una situación de la que no ha tenido cabal conocimiento o comprensión.

Cabe sostener, finalmente, que al existir una norma expresa en materia de forma, y aun cuando las divergencias interpretativas fueran fundadas, una actuación prudente y diligente aconseja el respeto a las mismas con la finalidad de satisfacer principios elementales de seguridad jurídica en protección de los propios esposos y en resguardo de los derechos de los terceros.

Por eso también aconsejamos la confirmación, dado que la convención matrimonial que plasma la opción por el régimen de separación de bienes es calificada como un acto jurídico formal debiendo otorgarse por escritura pública. Dicha forma instrumental no les ha sido impuesta bajo pena de

nulidad, por lo que se trataría de un acto formal de solemnidad relativa. El defecto de forma determinaría que se trate de un acto viciado de nulidad que, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, sería de carácter relativo, por lo que en tal caso la opción resultará inhábil para producir los efectos que le son propios, tanto entre las partes como respecto de terceros, aun cuando cuente con publicidad.

De allí que la opción en la que se prescindió del cumplimiento de la forma podría ser expresamente confirmada por los interesados mediante la entrega del acto otorgado en la forma legalmente impuesta, es decir, la escritura pública que recoja la voluntad concurrente de ambos esposos o contrayentes en tal sentido (art. 388, CCCN), en la que se deberá dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 393 del CCCN.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 395 del CCCN, el acto de confirmación de un acto entre vivos tiene efectos retroactivos a la fecha en que el mismo se celebró. Es decir: el acto originalmente nulo producirá entre las partes sus efectos típicos desde el momento en que tuvo lugar el acto anulable, quedando a salvo los derechos de terceros.

## **5. Opción de cambio de régimen patrimonial del matrimonio posterior a la celebración de las nupcias**

El artículo 449 del CCCN autoriza la modificación del régimen por la única convención matrimonial que se puede otorgar luego de la celebración del matrimonio. Es decir, sólo en nuestro derecho puede otorgarse una convención posterior, con el objeto de optar por alguna de las dos alternativas contempladas en el ordenamiento: si al casarse habían optado por la separación de bienes, podrán cambiar al régimen de comunidad luego del año; si estaban regidos por el régimen supletorio de comunidad de gananciales, podrán optar por regirse en lo sucesivo, también luego del año, por el régimen de separación de bienes. Y esta posibilidad de cambios es ilimitada, puede darse cuantas veces lo decidan los cónyuges, respetando el año de vigencia del régimen anterior.

Ciertamente, el cambio de régimen de comunidad al de separación de bienes supone la liquidación de la comunidad disuelta a partir del ejercicio de la opción, o sea que la escritura debe indicar cómo se liquidó dicha comunidad de gananciales, los bienes comunes que la integraban, la liquidación de cargas de la comunidad, el reconocimiento de recompensas a favor o contra la comunidad y la adjudicación de bienes.

La norma del artículo 449 indica que, después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.

Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos, en el término de un año a contar desde que lo conocieron.

No está previsto el control judicial de este cambio de régimen que entraña una liquidación previa del régimen anterior de comunidad, lo que concuerda con la mayor autonomía de la voluntad de los esposos para el ejercicio de dicha alternativa. Sin perjuicio de ello, serán aplicables las previsiones de cualquier acto o negocio jurídico particionario, la invocación de reforma o nulidad del acuerdo, por vicios de consentimiento, lesión, etc.

A veces, el cambio de régimen puede representar una alternativa a una crisis matrimonial o a la una programación o planificación sucesoria. Los acreedores pueden solicitar que la modificación del régimen les sea inoponible si ello les acarrea perjuicios. La acción para reclamarla prescribe al año de haber conocido el cambio del régimen. La norma será aplicable exclusivamente a los acreedores de los cónyuges bajo régimen de comunidad que cambian al de separación, y exclusivamente para las deudas reguladas en el artículo 467 (conservación y reparación de los bienes comunes), ya que este es el único caso donde el perjuicio puede eventualmente producirse (Roveda, comentario art. 449). No obstante, podría afectar también las obligaciones solidarias previstas en las disposiciones comunes a ambos regímenes, esto es, el régimen primario.

## **6. Convención matrimonial de personas menores de edad**

El artículo 450 veda a las personas menores de edad celebrar convenciones con ciertos objetos de los contemplados en el artículo 446.

Las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial, ni ejercer la opción prevista en el artículo 446 inciso d). Es decir, las personas menores de edad que tenían entre 16 y 18 años y no contaron con autorización de sus representantes legales, acudiendo y obteniendo dispensa judicial para casarse, o las personas menores de 16 años que obtuvieron dispensa judicial para contraer matrimonio (art. 404, CCCN) sólo pueden celebrar

convenciones que tengan por objeto la designación y avalúo de los bienes que lleven al matrimonio autorizado judicialmente; o bien, la enunciación de las deudas. Pero no podrán celebrar donaciones por razón del matrimonio ni consignarlas en la convención ni optar por el régimen de separación de bienes. Con agudeza, Azpiri (2018) señala que este objeto restringido se da en los supuestos de matrimonios autorizados judicialmente, lo que excluye los supuestos de matrimonio de menores, entre 16 y 18 años, celebrados con autorización conferida por sus representantes legales.

Por otra parte, no se menciona esta limitación en cuanto al objeto de la convención cuando las nupcias han sido celebradas por una persona con capacidad restringida, puesto que es posible su dispensa judicial conforme resulta del artículo 405 del CCCN. Para resolver esta cuestión habrá que tomar en cuenta las restricciones que puede haber impuesto el juez en la sentencia que limitó la capacidad, y la consiguiente intervención de los apoyos necesarios en caso de encontrarse autorizado este tipo de actos, sin perjuicio de opinar que cuando el magistrado dispense el impedimento del artículo 403 inciso g), está constatando la inexistencia de tal impedimento matrimonial (Azpiri, 2018, p. 33).

El tema tiene poca importancia práctica, puesto que las donaciones anteriores al matrimonio que no consten en la convención podrían ser otorgadas, si se refieren al menor de edad que cuenta con edad y grado de madurez suficiente (art. 26), o que cuenta con título habilitante o un peculio profesional (por ejemplo, un deportista de elite menor de edad, art. 30), y a partir de la mayoría de edad, si transcurrió un año, podrían optar por el régimen de separación de bienes.

Creo que no basta llegar a la mayoría de edad para optar por el cambio de régimen si no se cumplió el plazo anual previsto en el artículo 449. Las convenciones u opción celebrada en violación a esta disposición son nulas de nulidad absoluta.

## 7. Bibliografía

AA.VV. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Di Lalla Ediciones.

ARIANNA, Carlos. (2014). "Convenciones matrimoniales y contratos entre cónyuges en el proyecto de código civil y comercial". *Revista de Derecho de Familia*, (66) [AR/DOC/5423/2014].

ARIANNA, Carlos, FERNÁNDEZ, María J., HERNÁNDEZ, Lidia y UGARTE, Luis A. (2024, 26-28/09). *Forma de la convención matrimonial y confirmación ulterior* [ponencia]. XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Argentina. [<https://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2024/09/Comision-7-Derecho-de-Familia-1.pdf>]

AZPIRI, Jorge O. (2000). *Derecho de familia*. Hammurabi.

----- (2018). *Régimen de bienes en el matrimonio*. Hammurabi.

- BELLUSCIO, Augusto C. (1998). *Manual de derecho de familia* (t. 2, 6ª ed.). Depalma.
- (2011). *Manual de derecho de familia* (10ª ed.). Abeledo Perrot.
- BORDA, Guillermo A. (1973). *Tratado de derecho civil. Familia* (t. 1, 5ª ed.). Perrot.
- CAMPOS, Roberto. (2016a). [comentario al artículo 446]. En O. Ameal (dir.), L. Hernández y L. Ugarte (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (t. 2). Estudio.
- (2016b). [comentario al artículo 448]. En O. Ameal (dir.), L. Hernández y L. Ugarte (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (t. 2). Estudio.
- (2016c). [comentario al artículo 449]. En O. Ameal (dir.), L. Hernández y L. Ugarte (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (t. 2). Estudio.
- CARRILLO HERRERA, Gonzalo. (2020). "Registro Civil y cuestiones patrimoniales. A propósito de la elección del régimen patrimonial del matrimonio". *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (2020-1). 111-139.
- DÍEZ PICAZO, Luis. (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato* (vol. 1). Thomson-Civitas.
- FANZOLATO, Eduardo. (2001). "Las capitulaciones matrimoniales. Derecho argentino y derecho comparado". *Revista de Derecho de Familia*, (19)[0029/000072].
- HERNÁNDEZ, Carlos A. (2021) "El contrato mixto. A propósito de la contractualización del derecho de las familias y de las sucesiones". *La Ley*. [AR/DOC/2281/2021].
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. (2014). "La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino". En M. Graham y M. Herrera (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* (pp. 3-43). Infojus-SAIJ.
- MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo G. (2014). [comentario al artículo 446]. En G. Medina y J. C. Rivera (dirs.), *Código Civil y Comercial comentado* (t. 2). La Ley.
- PERACCA, Ana. (2022). [comentario al artículo 447]. En M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (t. 2, 2ª ed.). Infojus-SAIJ.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. (2007). *Régimen de bienes en el matrimonio* (t. 1). La Ley.
- (2016). *El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. La Ley.
- ZANNONI, Eduardo A. (2006). *Derecho civil: derecho de familia* (t. 1, 5ª ed.). Depalma.
- (1976). "Forma de la cesión de derechos hereditarios. La exigencia de la escritura pública". *Jurisprudencia Argentina*, t. 1976-III. 330-335.

## Jurisprudencia

- CNCiv. Sala B. (16/05/1978). "Maldonado, Roberto c/ Tuñón, Cristina". *Jurisprudencia Argentina*, t. 1978-IV. 538-542.
- CNCiv. Sala F. (19/03/1976). "De Mattheis, Rómulo C". *Jurisprudencia Argentina*, t. 1976-III. 329-334.
- CNCiv. en pleno. (24/02/1986), "Rivera de Vignatti, María F. M.". *La Ley*, t. 1986-B. 155-160.



# Cesión de herencia, cesión sobre bien determinado y partición

VER FALLO



Julio César Capparelli\*

### RESUMEN

Nota a fallo. El análisis de la sentencia explicita las diferencias entre cesión de herencia y cesión sobre bien determinado que es parte de una herencia. Se desarrollan las ventajas e inconvenientes de utilizar una u otra. Se abordan también la partición y los casos en que se requiere partición judicial. Omisión de cumplimiento recurriendo a partición extrajudicial.

### PALABRAS CLAVE

Cesión sobre bien determinado; forma y efectos de la cesión; cesión de derechos hereditarios; diferencias entre tipos de cesión; partición; forma de la partición; principio de libertad de la forma; partición judicial; nulidades relativas.

*Sumario: 1. Introducción. 2. El tema planteado. 3. Cesión de herencia. 4. Cesión sobre bien determinado. 5. Partición. 6. La sentencia. 7. Conclusión. 8. Bibliografía*

## 1. Introducción

El fallo de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala C, de fecha mayo de 2023 en los autos "Lindo Ochante, Carlos Ángel s/ sucesión ab-intestato", expediente 58935/2021, vuelve a plantearse la naturaleza jurídica de un convenio de fecha 14 de diciembre de 2022 presentado en la referida sucesión. Casos similares se han presentado a lo largo de los últimos años en expedientes sucesorios en los cuales se han acompañado cesiones de derechos hereditarios en instrumento privado, particiones en las que el único bien denunciado

\* Miembro de número de la Academia Nacional del Notariado. Abogado y doctor en Cs. Jurídicas (UCA). Exprofesor de Derecho de Familia y de Sucesiones (UCA, UBA, UNLPam y CECBA).



se adjudica a uno solo de los herederos, cesiones de derechos sobre un bien determinado y cesiones a las que se confiere naturaleza de acuerdo particionario. En todas las oportunidades, el tribunal se vio abocado a desentrañar la naturaleza jurídica del convenio presentado, tarea no siempre sencilla teniendo en cuenta que una de las características suele ser la imprecisión de los términos, las contradicciones de las cláusulas, el enfoque jurídico a veces erróneo del letrado, la falta de claridad en lo peticionado.

Algo de todo eso ocurrió en este expediente que pasamos a comentar.

## 2. El tema planteado

El deceso de Carlos Ángel Lindo Ochante se produjo el 28 de febrero de 2021 habiéndose dictado declaratoria de herederos ante el Juzgado Civil 70 con fecha 29 de noviembre de 2021 a fojas 23 a favor de sus hijos Juan Pablo Lindo Quispe, Carlos Andrés Lindo García y Thiago Nahuel Lindo Verastegui, siendo este último menor de edad.

Surge del testimonio librado para la inscripción que a fojas 73/74 obra la primera copia de la escritura pública de cesión de derechos hereditarios suscripta por Carlos Andrés Lindo García a favor de Juan Pablo Lindo Quispe con fecha 28 de diciembre de 2021, dato que no es mencionado en la sentencia de cámara ni en el convenio que dio causa a todo el problema de interpretación de su naturaleza jurídica.

El convenio en cuestión lleva por título "Cesión de derechos y acciones hereditarios" y está suscripto en calidad de cedente por Nahuel Thiago Lindo Verastegui, quien tenía en ese momento 14 años, representado por su madre Rosario Verastegui Ramírez y por Juan Pablo Lindo Quispe como cesionario.

En la cláusula primera el cedente cede a favor del cesionario la totalidad de los derechos y acciones que posee sobre 1/3 de las partes indivisas del inmueble de la calle Virreyes 3021/23/25, unidad funcional N° 10, de la Ciudad de Buenos Aires, aclarando que se excluye de la cesión cualquier otra acción o derecho que no sea los que el cedente detenta sobre la parte indivisa del inmueble detallado. La cesión se efectúa por la suma de u\$s 20.000, que debe ser depositada en el Banco de la Nación Argentina a nombre del sucesorio de referencia.

En la cláusula tercera se deja constancia de la autorización judicial del 7 de noviembre de 2022 firmada a fojas 42 por la jueza subrogante María Pilar Rebaudi Basavilbaso.

En la cláusula cuarta se consigna que la cesión por la incorporación al expediente obtiene fecha cierta y adquiere el carácter de instrumento

público. Esto lo dice con respecto a la forma, y en la misma frase agrega que a todo evento le asignan el carácter de acuerdo particionario y/o negocio mixto respecto del bien en cuestión, y refiere a dos antecedentes de cámara (Sala G, 24/10/2008, "Whelan, Mabel Olga s/ sucesión", expte. 13430/2007; y Sala M, 22/03/2016, "Krawiecki, Arnoldo s/ sucesión", expte. 47525/2014). El juzgado de primera instancia no le hizo lugar al pedido de homologación por entender que se trataba de una cesión de derechos hereditarios y que en virtud del artículo 1618 inciso a) del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) debe otorgarse por escritura pública.

De lo expuesto surge que el letrado asigna tres naturalezas jurídicas al convenio: cesión de derechos hereditarios, cesión sobre bien determinado y partición. Ante la negativa de homologación por incumplimiento de la forma legal, la escritura pública, insiste con la segunda posibilidad, la cesión sobre bien determinado, y en tal sentido interpone la apelación.

Antes de comentar el fallo de cámara, recordemos brevemente las diferencias entre las tres figuras en juego.

### 3. Cesión de herencia

La cesión de herencia es un contrato celebrado entre uno o varios herederos como cedentes y uno o más cesionarios, a su vez herederos o terceros. El cedente a quien corresponde el todo o una parte alícuota de la herencia transfiere al cesionario el contenido patrimonial de la herencia, asegurando su calidad de heredero y la cuantía de su cuota hereditaria, es decir la parte que le corresponde en la herencia. En cambio, no transfiere su calidad de heredero, manteniéndose así el principio *semel heres, semper heres*. Por ello conserva lo referente a aspectos personales ligados al causante como documentos privados, menciones honoríficas, retratos, recuerdos de familia, entre otros. Esto se ve reflejado en el artículo 2379, segundo párrafo, referido a bienes no partibles cuya custodia se debe confiar al heredero que elijan o a quien en su caso designe el juez.

El contenido patrimonial al que hacemos referencia no son bienes concretos sino una parte ideal, la alícuota que al cedente corresponde en la comunidad hereditaria. Esta noción nos conecta directamente con lo que es la comunidad hereditaria. No vamos a desarrollar acá las diversas posibilidades que pueden verse en distintos sistemas jurídicos, sino que nos limitaremos a nuestro derecho vigente.

Ya Vélez Sarsfield en su Código había consignado en el artículo 3503 que el heredero sucede al causante directamente y que, por efecto de la partición,

se determinan los bienes que a cada uno corresponden según su parte en la comunidad y que dichos bienes no los obtiene de sus coherederos. ¿Qué significa esto? Que, entre la muerte del causante y la partición, los herederos no tienen un derecho sobre los bienes singularmente considerados, sino que integran la comunidad hereditaria. Por lo tanto, antes de la partición no están en condiciones de transmitir bienes o partes indivisas de los mismos, sino que sólo pueden ceder la cuota de sus derechos patrimoniales en la comunidad.

Esto merecería un análisis más profundo, sin embargo, es suficiente señalar que en el derecho romano no siempre se interpretó de esa manera. Durante siglos, cada heredero se creyó titular de su parte indivisa con respecto a cada bien de la herencia. Y esto originó problemas. Por un lado, era posible que uno gravara su parte con hipoteca y esto complicaba luego la partición porque el bien hipotecado en su totalidad podía corresponderle al que no había constituido el gravamen. La jurisprudencia resolvió que la hipoteca se extinguía por efecto de la partición. Esto fue un modo de desalentar la constitución de esos gravámenes.

El CCCN en su artículo 2403 otorga eficacia a los actos válidamente otorgados respecto de algún bien de la masa hereditaria y dice que conservan sus efectos a consecuencia de la partición. Marca la diferencia porque esos actos durante la comunidad requieren la unanimidad. También existió una cuestión tributaria. Si cada heredero era titular de su parte indivisa sobre los bienes, al partir y adjudicar los bienes singularmente, haciéndolo a su vez y respectivamente los demás, se entendía como permuta. Eran los herederos los que se transmitían los bienes entre sí, y si había diferencias compensables sobre esos montos se tributaban impuestos porque eran concebidos como venta o cesión en su caso. Estas dificultades fueron sorteadas por la doctrina francesa ya desde el siglo XVI mediante la noción que manejamos de comunidad hereditaria.<sup>1</sup>

Recordamos estas cosas porque explican el pensamiento común de las personas frente a una herencia. Cada uno se considera que tiene parte en los bienes, desconociendo la existencia de la comunidad hereditaria, sus reglas de administración y la necesidad de la partición. El lenguaje habitual refleja esto: “le voy a comprar la parte de la casa que era de mis padres a mis tres hermanos”. Corresponde en esos casos que los profesionales expliquen el sistema sucesorio y elaboren los instrumentos adecuados. De la lectura del

1. Una explicación clara y detallada sobre la transición del derecho romano al derecho francés que, a partir del siglo XVI, elaboró la concepción de la comunidad hereditaria –permitiendo así dar solución a los problemas existentes al remarcar que, por efecto, de la partición se adquieren los bienes directamente del causante y no por transferencia de los coherederos– puede encontrarse en Ferrer (2017, p. 181).

convenio que dio pie a la sentencia en comentario se evidencia la confusión al respecto.

Otro de los temas cuestionados en el expediente por parte del letrado, no así en la sentencia, es la cuestión de la forma. La polémica es de larga data, aunque ha recibido una respuesta en la ley. El artículo 1184 inciso 6) del Código Civil de Vélez establecía: "Deben ser hechos en escritura pública [...] 6° La cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios". Esta disposición se complementaba con el artículo 1185, que permitía la conversión del acto al sostener que el contrato realizado de una forma no prevista no generaba efecto alguno hasta que no estuviese cumplida la forma, salvo la obligación de las partes de realizarlo en la forma correcta.

A pesar de lo dispuesto en la ley, hubo quienes sostuvieron que el instrumento privado con firmas certificadas o ratificadas ante el juzgado permitían dar cumplimiento con el fin de la ley otorgándole al instrumento fecha cierta. Igual argumento realiza el letrado en los autos de referencia, a pesar de que esa discusión tuvo un punto final en el plenario de la Cámara Nacional Civil "Rivera de Vignatti" (1986) al afirmar que "la escritura pública es la única forma idónea para instrumentar la cesión de derechos hereditarios", en consonancia con lo que sostenía la mayoría de la doctrina.

Se señalaba también que la escritura indicaba la aceptación de la herencia por el cedente aún antes de la iniciación del trámite sucesorio – hecho que no se verifica en el caso del instrumento privado que requiere de la existencia del sucesorio para su agregación– y tiene fecha cierta pudiendo saberse que ha sido otorgado con posterioridad a la muerte del causante.

La disputa continuó igualmente en algunos tribunales lo que planteó la necesidad de una nueva y clara opción al elaborarse el proyecto de código civil y comercial. Es así como el artículo 1618 inciso a) CCCN establece: "Deben otorgarse por escritura pública: a) la cesión de derechos hereditarios".

Cabe señalar que, en ese mismo artículo, en el inciso b), se consigna que "la cesión de derechos litigiosos si no involucran derechos reales sobre inmuebles, también puede hacerse por acta judicial, siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del instrumento". Este último inciso hace dos distinciones con respecto al anterior. En primer lugar, refiere a derechos litigiosos. Es otra especie de derechos, no se trata de derechos hereditarios. A diferencia de la cesión de herencia en la cual el cedente garantiza su carácter y el alea se centra en el objeto de la cesión, en la cesión de derechos litigiosos lo que se cuestiona no es el contenido del derecho cedido sino quién resulta ser el titular de los derechos. En segundo lugar, este inciso considera expresamente la realización de un acta judicial condicionado a que el sistema informático asegure la inalterabilidad del

instrumento, mientras que el inciso a) se limita a mencionar la escritura pública como única forma idónea para instrumentar la cesión de derechos hereditarios.

Ahora bien, si se otorgase una cesión de derechos hereditarios en instrumento privado el acto no es nulo, sino que valdrá como el contrato que obliga a las partes a otorgar la escritura pública de cesión comprometida, según el artículo 294, considerándose como acto de solemnidad relativa.

#### **4. Cesión sobre bien determinado**

Ya hemos mencionado que en el convenio presentado se establece que cede la totalidad de los derechos y acciones hereditarias que el cedente posee sobre 1/3 de las partes indivisas del inmueble sito en la calle Virreyes 3021/3/5, unidad funcional 10. Esta mención resulta confusa porque sostiene que cede derechos y acciones hereditarias y agrega que son derechos hereditarios sobre un inmueble. Ya hemos expresado que los derechos hereditarios recaen sobre lo que corresponde al cedente con respecto a la comunidad de bienes de la herencia, que no es lo mismo que decir sobre un bien concreto dado que la determinación de los bienes que han de corresponder singularmente a cada copartícipe surgirá de la partición.

El problema de la terminología utilizada de manera poco clara suele ser bastante habitual. Al respecto conviene destacar los términos utilizados por la ley que son precisos. Una cosa es cesión de herencia y otra es cesión de derechos sobre un bien que forma parte de una herencia.

En el artículo 2304 CCCN se establece que el cesionario adquiere los mismos derechos que le corresponden al cedente en la herencia. En cambio, en el artículo 2309 se establece: "La cesión de derechos sobre bienes determinados que forman parte de una herencia no se rige por las reglas de este título, sino por las del contrato que corresponde, y su eficacia está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición". En la cesión de herencia se ceden los derechos que corresponden al cedente en la herencia, en la cesión de bienes determinados se ceden los derechos sobre bienes determinados aclarándose que no se trata de cualquier bien, sino de bienes que forman parte de una herencia.

Lo primero que podemos preguntarnos es acerca de la validez de este contrato. En realidad, el artículo 2309 ya la reconoce, pero además establece dos cosas: en primer lugar, que dicho contrato no se rige por las normas del título III "Cesión de herencia", aunque aparece como el último artículo de dicho título; y, en segundo lugar, que más allá de la naturaleza del mismo

(venta, permuta u otra), dicha cesión de derechos sobre bien determinado es un acto sujeto a una condición suspensiva, o sea, que el bien sea atribuido al cedente en la partición (Zavala, 2020, p. 813 y ss.).

Al utilizarse este contrato, las partes pueden encontrar en él alguna ventaja, por ejemplo, fijar el precio, recibir parte del mismo, fijar la entrega del bien (es decir, dejar el negocio de alguna manera cerrado). Las partes deben saber, sin embargo, que la eficacia está sujeta a la atribución del bien en la partición, lo que no es seguro que necesariamente suceda, por lo cual se debe tomar también una previsión al respecto si se hubiera abonado parte del precio.

En el caso de autos el cedente es un heredero menor de edad –que también suscribe el convenio por ser adolescente y responder al pedido del ministerio público–, representado por su madre; el cesionario es un coheredero, que es su medio hermano. Es comprensible que el juez de primera instancia haya interpretado el acto como cesión de derechos hereditarios porque ha sido suscripto sólo por dos de los herederos declarados. De todas maneras, podría haberse tratado de cesión sobre bien determinado condicionado a la partición si hubiera habido más bienes en el acervo. Pero, si se tratara del único bien, pareciera más lógico haberlo instrumentado como cesión de herencia, observando la forma requerida por la ley.

Hay que tener presente que, si un heredero cede un bien determinado que es parte de la herencia a otro heredero, no está cediendo su posición jurídica en la herencia sino sólo sus posibles derechos en determinada proporción sobre ese bien. En el caso concreto y enfocándolo como cesión sobre bien determinado, la forma está definida por el contrato que corresponda, que en este caso sería una compraventa. El derecho personal que se cede puede celebrarse por instrumento privado, tal como sería el caso del boleto de compraventa, pero no confiere el dominio del bien.

Al encontrarse la cesión de derechos sujeta a la partición en la que se adjudica el bien al cedente, y una vez verificada tal circunstancia, deberá otorgarse la escritura en la que el cesionario adquiere el derecho real de dominio, tal como lo establece el artículo 1017 inciso a) del CCCN. De esta manera se aplica la última parte del artículo 2309 que remite a la naturaleza del contrato. Considerando esto, resulta estéril la maniobra efectuada en el expediente de referencia al intentar evadir la escritura pública de cesión de herencia porque ocasiona un mayor gasto, como lo menciona el letrado en su apelación, y procurar la homologación del convenio que presenta como cesión de derechos y acciones hereditarias sobre bien determinado, terminología bastante frecuente pero que implica una *contradictio in terminis*.

Además, esta cesión de derechos sobre bien determinado que integra la herencia coloca al cesionario en un lugar más débil porque, a diferencia del cesionario de una cesión de herencia, el cesionario de derechos sobre bien determinado no tiene derecho alguno a participar en la partición, sino que deberá ser el propio cedente el que deberá intervenir procurando que el bien le sea atribuido (Lamber, 2018, p. 206).

## 5. Partición

La partición es el negocio jurídico que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la distribución del activo neto hereditario entre los coherederos, determinando el haber concreto de cada uno (Pérez Lasala, 1991, p. 97). Asimismo, se la ha definido como el conjunto de actos jurídicos destinados a poner fin al estado de indivisión, mediante la liquidación y distribución entre los copartícipes del caudal proindiviso en partes o en lotes que, en principio, guarden relación con los derechos de cada uno de ellos, en la proporción que les corresponda (Medina, 2017, p. 400).

De acuerdo con el artículo 2369, la partición puede ser privada para lo cual los copartícipes deben estar presentes y ser capaces. En cuanto a la forma, hay libertad para adoptar el procedimiento y el acto que se acuerden por unanimidad. De no cumplirse estos requisitos, la partición debe ser judicial, como lo establece el artículo 2371, que así lo obliga en los siguientes casos: 1) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes; 2) si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente; 3) si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan hacer la partición privadamente.

La particularidad de esta norma radica en la facultad de oposición de terceros con interés legítimo.

Estos puntos que recordamos son relevantes porque el tema de la forma es central en el expediente de referencia. A su vez, la cámara asigna al convenio presentado la naturaleza de partición, pese a que hay un menor, y no surge con claridad del texto de la sentencia que la totalidad de los copartícipes estén presentes y presten conformidad.

En cuanto a los efectos, el artículo 2403 establece lo siguiente:

La partición es declarativa y no traslativa de derechos. En razón de ella, se juzga que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos en su hijuela y en los que se le atribuyen por licitación, y que no tuvo derecho alguno en los que corresponden a sus coherederos.

Igual solución se entiende respecto de los bienes atribuidos por cualquier otro acto que ha tenido por efecto hacer cesar la indivisión totalmente, o de manera parcial sólo respecto a ciertos bienes o ciertos herederos.

Los actos válidamente otorgados respecto de algún bien de la masa hereditaria conservan sus efectos a consecuencia de la partición, sea quien sea el adjudicatario de los bienes que fueron objeto de esos actos.

Del primer párrafo surge que los bienes adjudicados se reputan recibidos directamente del causante y no del coheredero. Asimismo, la posesión la tiene el adjudicatario desde la muerte del causante. Por lo tanto, la partición no constituye el título de adquisición, no transfiere derechos. Esto tiene consecuencias impositivas porque si la adquisición es *mortis causa* no resulta ser un hecho imponible.

En esto se advierte la diferencia entre la cesión de herencia seguida de la partición, y la cesión de derechos sobre un bien que es parte de la herencia condicionada a la partición. El cesionario en la cesión de herencia ocupa el lugar del heredero cedente y se le adjudica el bien en la partición; en cambio, el cesionario, en la cesión de derechos sobre un bien, adquiere un derecho condicionado a que al cedente se le adjudique el bien en la partición y luego este se lo transfiera. Entre ambos cesionarios las diferencias son grandes, teniendo mayor ventaja el cesionario de herencia que el cesionario de un bien.

El segundo párrafo del artículo 2403 señala que la indivisión puede cesar por otros actos que hayan tenido como fin el cese de la indivisión. La cesión sobre bien determinado puede importar un acto partitivo cuando se realice con fines liquidatorios si la misma fuera otorgada a favor de un heredero por los herederos restantes.

En algunos casos la instrumentación como cesión fue interpretada como partición, considerando que tenía como finalidad concluir la comunidad hereditaria y aceptando el instrumento privado al atribuirle naturaleza de partición (CNCiv. Sala H, 2013).<sup>2</sup>

## 6. La sentencia

En el escrito de apelación el letrado funda la misma en la cláusula cuarta del convenio y en la jurisprudencia allí citada.

2. En este caso se presentó una partición efectuada por tres herederos en la que se adjudicaba el bien a uno solo. En primera instancia el juez no homologó por entender que se trataba de una cesión de herencia. La cámara la aceptó como partición pero cuestionó el reparto. El fallo mereció nuestro comentario bajo el título "¿Cesión de derechos hereditarios o partición?" (Capparelli, 2014).

Con respecto a la cláusula de referencia, ya hemos señalado su ambigüedad puesto que denomina al convenio como cesión de derechos hereditarios, no como partición, si bien añade el punto de cesión sobre bien determinado para sostener dos cosas:

- 1)** Que el instrumento de cesión por su agregación al expediente adquiere el carácter de instrumento público. Confunde evidentemente la diferencia entre cesión presentada para su homologación, y partición por instrumento privado presentada para ser homologada.
- 2)** Que a todo evento asignan a la cesión el carácter de acuerdo particionario.

En cuanto a la jurisprudencia que menciona en el convenio (“Whelan, Mabel Olga” y “Krawiecki, Arnoldo”) y que no es citada en la sentencia de cámara, se refiere a la liquidación de la comunidad de ganancias conjuntamente con la hereditaria y a la asignación de usufructo a un cónyuge supérstite y dominio a los herederos, lo que no es pertinente en el presente caso por ser el causante soltero y, además, porque los instrumentos privados en la jurisprudencia citada eran calificados como partición, no como cesión. De todos modos, este argumento no es tenido en cuenta por la cámara que señala en qué consiste la cesión de derechos hereditarios y su diferencia con la partición.

En cuanto a la forma jurídica deja en claro que el instrumento público no es sinónimo de escritura pública existiendo una relación de género y especie. Dado que la sentencia se inclina por otorgarle naturaleza de partición al convenio presentado, la cuestión de la forma no resulta relevante puesto que tanto el artículo 3462 del Código Civil como el artículo 2369 del CCCN establecen la libertad de forma para instrumentar la partición que debe presentarse para su homologación. Asimismo, añade que exigir su presentación constituye un medio eficaz para que el órgano jurisdiccional controle que se cumplen los presupuestos que hacen procedentes la partición privada. Es decir, que debe ser acordada por quienes, como herederos, son capaces y se encuentran presentes.

Obviamente todo lo expresado por la sentencia de cámara es exacto desde el punto de vista teórico. Sin embargo, lo que nos llama la atención es que, después de esta última afirmación acerca del control de los presupuestos para que la partición privada sea procedente, en el punto II, cuarto párrafo, sostiene que en este caso los coherederos han decidido adjudicar el bien a uno de ellos, el recurrente. Recorriendo el expediente se observa que los herederos declarados son tres hijos del causante, mientras que el convenio fue suscripto por sólo dos de ellos, el cedente y

el cesionario. La sentencia que acepta el convenio interpretándolo como acuerdo partitivo no explica por qué razón no ha sido suscripto por el restante heredero.

A esto se añade que el cedente en el convenio es Nahuel Thiago Lindo Verastegui, nacido el 17 de febrero de 2008, quien firma el convenio de cesión sobre bien determinado contando con 14 años. A tal efecto, habiéndose corrido vista al Ministerio Público, se obtiene su conformidad a fin de que se autorice la cesión propuesta de acuerdo a lo previsto en el artículo 2309 del CCCN.

Hemos recordado que el artículo 2369 del CCCN requiere el acuerdo de todos los copartícipes, quienes, a su vez, deben ser capaces. Sin embargo, no se cumplen estos requisitos. La sentencia de cámara dice que hay unanimidad y que el acto jurídico ha contado con la conformidad de la defensora de menores en la instancia de grado. El primer escollo, el de la unanimidad, puede superarse porque a fojas 73/74 obra la escritura pública de cesión de derechos hereditarios de fecha 28 de diciembre de 2021, otorgada por Carlos Andrés Lindo García como cedente a favor de Juan Pablo Lindo Quispe. No sucede lo mismo con respecto al convenio, finalmente calificado como acuerdo particionario, suscripto por el menor adolescente. Presumimos que el testimonio librado para que el bien de referencia se inscriba a favor de Juan Pablo Lindo Quispe habrá logrado su finalidad.

## 7. Conclusión

No podemos negar que fueron muchas las cosas que nos llamaron la atención al leer este fallo y los instrumentos que le dieron origen. Reconocemos también la ardua tarea que enfrentan los jueces al deber interpretar escritos tan confusos. La sentencia de primera instancia se quedó con el enunciado del convenio, cesión de derechos hereditarios, sin homologar y exigir la escritura pública. Quizás habría sido una buena solución, aunque económicamente más costosa según el letrado. Sin embargo, este argumento no resulta convincente ya que todo el trámite sucesorio tiene su costo, como también el recurso ante el tribunal de alzada, sin mencionar el honorario profesional.

La sentencia de cámara optó por una interpretación más benevolente, tratando de ordenar las cosas y facilitar el fin de la indivisión; explicando, además, las razones por las cuales podía tratarse de una partición que encierra una atribución exclusiva a un heredero y salva el interés del menor adolescente mediando onerosidad.

Es función de los jueces el procurar una justa solución a los problemas, pero, a nuestro entender, en este caso quedó un punto pendiente ya que, según el artículo 2371, la partición debe ser judicial si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes.

Coincidimos en que la disposición legal podría revisarse para evitar una partición judicial en los casos en que hay copartícipes menores ya que su interés puede ser protegido mediante la intervención del ministerio público. Pero este es un tema *de lege ferenda*.

En el presente, la inobservancia de partición judicial causa la nulidad. Pero esa nulidad es relativa y puede purgarse por la confirmación del acto (arts. 382, 386, 388 y 2408, CCCN).

## 8. Bibliografía

- CAPPARELLI, Julio C. (2014). "¿Cesión de derechos hereditarios o partición?". *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (abril). 125-130. [AR/DOC/331/2014].
- FERRER, Francisco A. M. (2017). "Partición hereditaria: noción y alcances de su efecto declarativo". *Revista Código Civil y Comercial*, (febrero). 181-197. [AR/DOC/3988/2016].
- LAMBER, Néstor D. (2018). *Cesión de derechos hereditarios*. Astrea.
- MEDINA, Graciela y ROLLER, Gabriel. (2017). *Derecho de las sucesiones*. Abeledo Perrot.
- PEREZ LASALA, José L. (1991). "Acciones de nulidad de la partición", En E. Zannoni, F. Ferrer y C. Orlando (dirs.), *Sucesiones. Libro homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa*. Rubinzal-Culzoni.
- ZAVALA, Gastón A. (2020). "Cesión de derechos hereditarios sobre bien determinado". En G. Zavala (dir.), *La función notarial* (pp. 791-834). La Ley.

## Jurisprudencia

- CNCiv. en pleno. (24/02/1986). "Rivera de Vignatti, María F. s/ suc.". (*La Ley*, t. 1986-B, p. 155).
- CNCiv. Sala H. (25/09/2013). "K. K., S.y H., A. N. s/ sucesión ab-intestato". (*La Ley*, t. 1982-B, p. 231 [AR/JUR/60313/2013]).
- CNCiv. Sala C. (12/05/2023). "Lindo Ochante, Carlos Ángel s/ sucesión ab-intestato". (*Revista del Notariado* [202510]).

# La imputación penal por la actuación del escribano

VER FALLO



Santiago Vismara\*

### RESUMEN

Nota a fallo. Se aborda la cuestión de la actuación profesional del escribano y su posible responsabilidad penal en un caso de circunvencción de incapaces. El propósito del comentario es efectuar consideraciones sobre la resolución judicial y el delito en cuestión, desde el derecho penal, que puedan resultar de utilidad para la labor notarial. Se realiza una breve y simplificada explicación del concepto de delito, sus caracteres y la atribución de responsabilidad penal. Se incluyen también breves consideraciones sobre el delito de circunvencción de menores o incapaces. Finalmente, el texto reflexiona sobre lo decidido en el fallo, el rol del escribano y la función notarial.

### PALABRAS CLAVE

Derecho penal; circunvencción de menor o incapaz; delito; responsabilidad penal del escribano; actuación del escribano.

*Sumario: 1. Introducción. 2. Los hechos del caso. 3. El delito de circunvencción de menores e incapaces. 4. Las razones del fallo. 5. Algunas reflexiones acerca de lo decidido y del rol del notario. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía*

## 1. Introducción

El fallo que aquí se comenta (CNCrim. y Correc. Sala I. [11/12/2023]. “C., J. M. y otro s/ defraudación de un menor o un incapaz”) aborda la interesante cuestión de la actuación profesional del escribano y su posible responsabilidad penal en un caso de circunvencción de incapaces (art. 174

\*Fiscal nacional en lo criminal y correccional de la Capital Federal y fiscal de cámara subrogante ante los tribunales orales en lo criminal y correccional de la Capital Federal. Profesor adjunto interino de Derecho Penal (UBA), a cargo de los cursos “Elementos de derecho penal y procesal penal” e “Introducción a la parte especial del derecho penal”.



inc. 2 Código Penal [CP]). Mi propósito es efectuar algunas consideraciones sobre la resolución judicial y el delito en cuestión, desde el derecho penal, que puedan resultar de utilidad para la labor notarial.

Para comenzar, y asumiendo cierto riesgo de aburrir al lector, haré una breve y sencilla explicación del concepto de delito y de sus caracteres, según lo que entiende –en general– la dogmática penal. Para la atribución de responsabilidad penal a una persona –en lo que aquí concierne, escribano–, la comprobación de que incurrió o participó en un delito penal suele hacerse siguiendo un sistema que se conoce como la teoría del delito. A grandes rasgos, dado que suelen coexistir distintos matices en la exposición de la teoría del delito por parte de los penalistas, puede decirse que un delito presupone la existencia de una acción humana que reúne los requisitos conocidos como *tipicidad* –esto es, que la conducta se adecue a una figura legal descrita en el CP o en las leyes penales especiales; por ejemplo, la circunvención de incapaces–; *antijuridicidad* –que no hayan mediado causas de justificación, como el estado de necesidad justificante o la legítima defensa (art. 34 incs. 4 y 6 CP)–; y *culpabilidad* –que no existan causas de inculpabilidad, como la inimputabilidad (art. 34 inc. 1 CP)–.

Dentro del nivel de la tipicidad, el que más interesa a los fines de este comentario, debe señalarse que las conductas descritas como prohibidas por la ley penal se presentan bajo la modalidad que los juristas enuncian como activa (aunque también hay tipos omisivos) y dolosa (aunque también hay tipos culposos). En el caso de la circunvención de incapaces, se trata de un tipo activo doloso. Asimismo, para la comprobación de la tipicidad, hay que examinar:

- un aspecto objetivo o externo, en el que se verifican, entre otros requisitos, la acción típica –si el sujeto realizó la acción que describe el tipo; por ejemplo, matar en el tipo de homicidio–, si se concreta el resultado –una persona que haya muerto–, el nexo de causalidad –si la acción que realizó el sujeto activo fue la que efectivamente causó esa muerte–, etc.
- un aspecto subjetivo o interno, cuyo núcleo central es el dolo.

Es importante señalar que el concepto de dolo del derecho penal –que no está exento de controversias– difiere del que se emplea en el derecho privado, para el que se requiere cierta malicia que no es exigible en aquel. En términos sencillos, podría decirse que el dolo exige el conocimiento de los elementos de la tipicidad objetiva –el llamado aspecto cognoscitivo– y la voluntad de llevar a cabo la acción –el llamado aspecto volitivo o conativo–. Es decir, es necesario saber de manera efectiva lo que uno está haciendo –la

acción descrita en el tipo; por ejemplo, defraudar a otro en la estafa (art. 172 CP)– y querer el resultado –el daño o la puesta en peligro de un bien jurídico ajeno; por ejemplo, la propiedad–.

También existen algunos –pero pocos– tipos penales que exigen, en el plano subjetivo, algo más que el dolo: una ultraintención o un ánimo particular. A esos requisitos extra que presentan –subjetivamente– sólo pocas figuras penales se los denomina elementos subjetivos del tipo distintos del dolo. Por ejemplo, el llamado homicidio *criminis causa* exige, además del dolo, que el autor tenga la ultraintención de cometerlo para preparar, facilitar o consumir otro delito (art. 80, inc. 7 CP); o el homicidio agravado por alevosía, que requiere, además del dolo de matar, que el autor obre con el ánimo de aprovecharse de la situación de indefensión de la víctima (art. 80 inc. 2 CP).

Hechas estas aclaraciones iniciales, veamos entonces de qué se trata el fallo en cuestión.

## 2. Los hechos del caso

El fallo fue dictado por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada –en la ocasión– por los jueces Pablo G. Lucero y Magdalena Laiño. Los hechos del caso son los siguientes:

- 1) A la Sra. C. se le imputaba, juntamente con la fallecida M., haberse aprovechado del estado mental en que se encontraba el Sr. N. –también fallecido–. El Sr. N., según un informe médico pericial del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional, presentaba un síndrome demencial. Concretamente, C. y M. habían manipulado la voluntad del N., haciéndole suscribir una escritura, ante el escribano X, en la que N. donaba a su hija C. la nuda propiedad de un inmueble, reservándose N. el usufructo vitalicio y gratuito mientras viviera, encontrándose presente en dicho acto su cónyuge, quien dio su asentimiento. Tanto C. como M. se encontraban en pleno conocimiento de la disminución de las facultades mentales del donante, N., quien no se hallaba en condiciones de consentir y/o celebrar actos jurídicos de esa naturaleza y complejidad.
- 2) También C., en connivencia con la fallecida M., habría falsificado la firma del denunciante, J., en un acta de una asamblea ordinaria de una sociedad, mediante la cual lograron excluirlo de la sociedad, dando por finalizado su mandato como vicepresidente y evitando de

esa forma que aquel pudiera ejercer un control real sobre actos que comprometían el patrimonio de su padre, N.

- 3) Asimismo, durante el período en el que N. no se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales para consentir y ejecutar actos de cierta complejidad, las imputadas, aprovechando esa circunstancia, le hicieron suscribir, por sí y en nombre y representación de la sociedad, y nuevamente ante el escribano X, un poder general en favor de unos abogados para que actuaran en nombre y representación de aquella sociedad. Para esto, el escribano tuvo en vista, entre otros documentos, el acta de la asamblea ordinaria en la que se había falsificado la firma del denunciante. Esos actos, además de perjudicar directamente al fallecido N., tuvieron por finalidad causar perjuicio en el resto de los herederos forzosos del nombrado, procurando evitar el ingreso de bienes a su acervo hereditario.
- 4) Por último, también fue objeto de imputación la firma de N., por sí y en nombre de la sociedad, en otro poder general, esta vez en favor de C., ante el mismo escribano X, aprovechando las circunstancias de que el nombrado no se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales para consentir y ejecutar actos de cierta complejidad.

Tanto M. como el escribano X habían sido procesados por el juez de instrucción, en orden al delito de circunvención de un incapaz. Llegado el momento de resolver los recursos de apelación que habían interpuesto por sus defensas, la Sala I de la Cámara de Apelaciones confirmó el procesamiento de N., pero, respecto del escribano X, lo revocó y dictó su sobreseimiento.

Dejaré de lado, a los fines del comentario, todo lo relativo a la situación de N., para centrarme en las razones por las cuales se desvinculó al escribano del proceso.

### **3. El delito de circunvención de menores e incapaces**

Antes de adentrarme en los motivos por los cuales, en el fallo, se sobreseyó al escribano, me parece conveniente efectuar unas breves consideraciones acerca del delito de circunvención de menores o incapaces.

Se trata de una figura de defraudación agravada, prevista en el artículo 174, inciso 2), CP, y que establece una pena de dos a seis años de prisión para el que

[...] abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento

que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo.

El agravamiento de pena de esta figura –con relación a la estafa común (art. 172 CP)– se sustenta en la menor defensa que puede oponer la víctima, en atención a que sus características facilitan la defraudación. Es una víctima más vulnerable.

En lo que respecta al aspecto objetivo del tipo penal, debe señalarse, en primer lugar, que la víctima puede ser un menor o un incapaz. Menor de edad es toda persona que no haya cumplido dieciocho años (art. 25 del Código Civil y Comercial de la Nación [CCCN]). Respecto del incapaz (arts. 31 y ss. CCCN), la figura no exige que se trate de un incapaz civil declarado como tal o de un inimputable, sino que es suficiente que, en el momento del hecho, la persona padezca una disminución en su inteligencia, voluntad o juicio, circunstancia que –según se ha resuelto jurisprudencialmente– se acredita, por ejemplo, si el informe médico señala a la víctima como una “persona sugestionable y altamente captable” y “que no está en condiciones de disponer de sus bienes” (CNCrim. y Correc. Sala III, 1992). Pero, además, puede haber otro sujeto pasivo. Cuando la ley expresa “en daño de él o de otro” (art. 174 inc. 2), hace referencia al heredero legítimo o testamentario, quien también puede resultar ofendido por este delito en razón de la disminución del acervo hereditario que implicaría el abuso.

El verbo típico es *abusar*. Se trata de una defraudación, pero con las modalidades previstas, es decir, mediante el abuso de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz. Abusa quien explota esas manifestaciones del ánimo o ese menor grado de conocimiento del sujeto pasivo; ello no requiere engaño del autor ni error de la víctima, sino un aprovechamiento o utilización de su situación (Núñez, 1988, p. 394). De allí que el incapaz pueda actuar con conocimiento de lo que hace, pero impulsado por la inexperiencia, necesidad o pasión. El autor debe explotar la necesidad, la pasión o la inexperiencia del menor o incapaz.

Desde el plano subjetivo, es un delito doloso y exige dolo directo; el autor debe *conocer* que la víctima es menor o incapaz, así como el interés, pasión o inexperiencia, y también debe tener la *intención* de explotar alguna de estas circunstancias para hacerle firmar un documento. No se requiere que la incapacidad sea notoria para atribuir dolo, basta con que el autor tenga conocimiento de esa circunstancia.

También hay quienes han entendido que, además del dolo, esta figura requiere un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo que se conforma con el ánimo implícito en la acción de “abusar”, en sentido de “explotar” (CNCrim. y Correc. Sala VI, 1986).

Se discute si se trata de un delito de *peligro* o de *resultado*, teniendo en cuenta que la ley utiliza los términos “para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico”. Para quienes se enrolan en la teoría del delito de peligro, el resultado del delito es la mera obtención de la firma del documento y no se exige la producción de un daño (Fontán Balestra, 1994, p. 112). Contrariamente, Creus (1997) sostiene que, tratándose de un delito contra la propiedad, requiere que se produzca un perjuicio patrimonial, pese a que la ley dice “cualquier efecto jurídico” (p. 512). Ese perjuicio puede ser, por ejemplo, un préstamo, un recibo de liberación, un convenio que establezca obligaciones, la institución de un gravamen, o un testamento. En tal sentido, se resolvió que el efecto jurídico al que se refiere el artículo 174, inciso 2), CP es, en esencia, patrimonial y debe estar contenido y nacer del mismo documento –y no sólo con motivo de él–, por lo que la firma de un acta de matrimonio no encuadra en el tipo pues sólo modifica el estado civil e, indirectamente, sólo tiene proyecciones de signo económico (CNCrim. y Correc. Sala IV, 1991).

#### 4. Las razones del fallo

El primer voto del fallo es el del juez Lucero, quien –en lo sustancial– consideró que la actuación del escribano se había enmarcado en su papel profesional como notario y que, en el caso, la evidencia recopilada permitía concluir que resultaba ajeno a los hechos denunciados. Para fundar su postura, citó un fallo anterior, en el que se había afirmado que

[...] “las normas vinculadas con este tema contenidas en la Ley 404 –reguladora de la función notarial–, en particular el artículo 60 inciso ‘c’ que establece como deber a la hora de la suscripción de documentos notariales ‘Examinar la capacidad y legitimación de las personas y los demás presupuestos y elementos del acto’, *debe ser interpretada en el marco contextual de la función en cuestión, que no requiere conocimientos en temas de salud mental ni comprobaciones al respecto, y por lo tanto, este ‘examen’ no implica una determinación sobre la capacidad de las personas sino una percepción al momento de celebrar el acto, que conforme establecen los artículos 22 y 23 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, debe presumir*” (conf. causa Nº 18187/2020 “Araujo, M. E. y Domínguez Molet, M. P. s/ circunvención de incapaz”, resuelta el 13 de febrero de 2023).<sup>1</sup>

1. El destacado es nuestro.

A partir de la regla de que la capacidad de la persona debe presumirse, afirmó que, a pesar de que al momento de la firma de los documentos cuestionados N. era un nonagenario –y que, por lo tanto, esto de por sí implicaba una disminución de sus facultades cognitivas propias del paso del tiempo–, no podía presumirse, por su condición de adulto mayor, que no pudiera tomar decisiones como las que suscribió. En ese sentido, el juez Lucero sostuvo que el escribano tomó los recaudos legales: concretamente, solicitó los certificados pertinentes e incluso tuvo una conversación previa en su escribanía con N., quien se apersonó para la firma de las escrituras, conversación en la que no advirtió el estado descrito en los informes periciales, estado que –además– en ningún momento le fue informado por la familia, que estuvo presente. Concluyó entonces que, para el escribano, no resultaba exigible normativamente la determinación de la capacidad de las personas en el marco de sus funciones notariales.

La jueza Laíño adhirió al voto de su colega Lucero y agregó argumentos propios. Citó precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que se sostuvo que la circunvencción de incapaces

[...] es un delito de peligro concreto y no de daño efectivo, cuya consumación se materializa con la firma de un documento que tenga algún efecto jurídico de carácter patrimonial en detrimento de la persona incapaz o de otro sujeto (cfr. CS competencias “Roselli” rta. 08/08/2006 y “Benítez” rta. 27/22/2007 [sic]). Esto es, no se requiere que exista ni un error por parte de la víctima ni un perjuicio concreto para que se configure el delito, sino que la suscripción del documento es el acto que genera el peligro directo, independientemente de que el daño se materialice o no.

Bajo esos lineamientos, la jueza entendió que la actuación de X como notario se había ajustado a los protocolos legales y normativas aplicables, por lo que resultaba ajeno a las maniobras que fueron objeto de la investigación.<sup>2</sup>

## 5. Algunas reflexiones acerca de lo decidido y del rol del notario

Desde los distintos enfoques teóricos que existen sobre la teoría del delito, es posible sostener que –objetivamente– resulta *atípica* la conducta de quien realiza una actividad determinada sin generar un riesgo prohibido o sin exceder el llamado riesgo permitido (Roxin, 1997; Bacigalupo, 1999; Zaffaroni, 2000) o, en otras palabras, cuando se actúa de una manera ajustada a su rol

2. El destacado es nuestro.

(Jakobs, 1997), más allá de que no todos los juristas coinciden en torno a los alcances de este concepto. Tampoco comete un delito quien cumple un deber jurídico, ya sea que ello se considere una causal de atipicidad –conglobante– (Zaffaroni, 2000) o de justificación.

Dentro de la actividad notarial, el principal marco legal para precisar el riesgo permitido o los alcances de esos roles y obligaciones está delineado en el artículo 29 de la Ley Orgánica Notarial 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –ley que regula el ejercicio de la función notarial y de la profesión de escribano y organiza su desempeño en ese ámbito territorial (art. 1)–, que establece para los escribanos los deberes de:

- b) Prestar sus servicios toda vez que se le solicite, dentro de los límites de su competencia, salvo que se encontrare impedido por otras obligaciones profesionales de igual o mayor urgencia o cuando el acto para el cual hubiere sido requerido fuere contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres o su intervención fuere excusable conforme a las disposiciones de la reglamentación de esta Ley. Esta obligación rige plenamente en los casos de integración de cualquiera de las listas mencionadas en el artículo precedente, incluso en cuanto atañe a la aceptación del cargo, retiro de la documentación correspondiente a los asuntos encomendados y el cumplimiento de la prestación de que se tratare.
- c) Observar las formalidades instituidas por la legislación vigente, incluso las resoluciones dictadas por el Colegio tendientes a unificar los procedimientos notariales, para la formación y validez de los documentos que autorice y sus reproducciones.
- d) Ajustar su actuación, en los asuntos que se le encomienden, a los presupuestos de escuchar, indagar, asesorar, apreciar la licitud del acto o negocio a formalizar, así como la legitimación y aptitud de las personas intervinientes, mantener la imparcialidad y cumplimentar los recaudos administrativos, fiscales y registrales pertinentes.

En particular, parecen relevantes las apreciaciones acerca de si “el acto para el cual hubiere sido requerido fuere contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres” y las tareas tanto de “observar las formalidades instituidas” como de “escuchar, indagar, asesorar, apreciar la licitud del acto o negocio a formalizar, así como la legitimación y aptitud de las personas intervinientes, mantener la imparcialidad y cumplimentar los recaudos”.

El inciso c) del artículo 60 de la Ley 404 también establece como deber, a la hora de la suscripción de documentos notariales, el de “examinar la aptitud y legitimación de las personas y los demás presupuestos y elementos del acto.”

En líneas generales, puede decirse que la observancia de los recaudos correspondientes –en varios casos, comprobada a partir de lo dictaminado

por el propio Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (CECBA)– condujo a desvincular a los notarios imputados de delitos. Así, se confirmó el sobreseimiento de un escribano al que se le atribuía haber confeccionado un reglamento de administración sin compulsar ciertos planos, luego de destacar que el secretario del CECBA indicó que los requisitos que ha de tener el reglamento de administración de un edificio surgen del artículo 2056 CCCN y que el asesor jurídico notarial de tal colegiatura refirió –en sustancia– que, al momento de confeccionarse el reglamento aludido, el único plano que el escribano debe consultar es el confeccionado y aprobado a los efectos de la división en propiedad horizontal y no otros. Agregó que tampoco es necesario ni habitual que el notario concurra a ver el inmueble, y que, a su criterio, el nombrado siguió los recaudos que las leyes y la reglamentación le imponen por su función (CNCrim. y Correc. Sala VII, 2024).

En cambio, en un caso de circunvencción, se confirmó el procesamiento de una escribana, por entender que no había examinado debidamente la capacidad de obrar de la persona otorgante de ciertos poderes, cuya historia clínica reflejaba su deterioro psíquico, pese a que la notaria manifestó que aquella se expresaba con claridad –es decir, se desestimó la afirmación de la escribana–. Se sostuvo que

En relación con la intervención de la escribana [...] que confeccionó la escritura en cuestión, cabe ponderar que, además de apreciar la licitud del acto, como función indelegable, se hallaba obligada a examinar la capacidad de obrar de las personas intervinientes (artículos 29, inciso “d”, y 60 inciso “c”, de la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). En ese entendimiento y pese a los agravios introducidos por su asistencia técnica, en función de las conclusiones de los profesionales del Hospital Durand y de cuanto se extrae del expediente civil ya aludido, el Tribunal considera acreditada su participación en la maniobra de aprovechamiento aludida. (CNCrim. y Correc. Sala VII, 2022)

También, en otro caso de circunvencción de incapaz, pese a que la defensa invocó “la veracidad de lo expuesto por las escribanas [...] acerca de que Crubellati era una persona lúcida, capaz, con discernimiento y en perfecto uso de sus facultades mentales”, se confirmó la condena (CNCas. Crim. y Correc. Sala II, 2004). Allí, se alegaba que la primera

[...] actuó de conformidad con lo establecido en el Código Civil y en la Ley n° 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [y que] se valió del testimonio de [...], médico psiquiatra que venía asistiendo hasta la fecha del testamento a Crubellati, para confirmar que estaba en condiciones legales para testar, y que para demostrarlo lo citó y aquel aceptó ser partícipe del acto como testigo.

Los jueces entendieron que

[...] aunque existía una presunción legal sobre la capacidad de toda persona mayor de edad al celebrar un acto público de última voluntad, ello no relevaba a [...] de su deber de verificar el discernimiento de la otorgante, ya que, si bien no le era exigible, como profesional del derecho, establecer su capacidad cuando la afección mental no era perceptible en forma sencilla, en el caso se estaba ante un síndrome delirante ostensible, y si realmente hubiese realizado las averiguaciones más elementales del caso, no habría autorizado el acto.

Así, estimaron que la escribana

[...] mentía, porque no pudo pasarle desapercibido en tres visitas –según sostiene que efectuó– que Crubellati no sólo tenía un acentuado deterioro físico, debido a que para entonces se alimentaba con sonda nasogástrica desde el 20/10 y tenía escaras en avanzado estado de descomposición, de las que emanaba olor fétido; sino que además evidenciaba los síntomas de la demencia senil.

En síntesis, como puede verse, desde el punto de vista objetivo, la alegación de que se cumplió una encomienda profesional o de que se observaron las prescripciones legales –aunque esto sea formalmente así– no resulta suficiente, a veces, para desvincularse de la intervención en una maniobra defraudatoria. La delegación de tareas o la adopción de “recaudos insuficientes”, frente a las particularidades del caso, bien pueden apreciarse como un dato que respalda la tipicidad objetiva, por reflejar la creación de un riesgo no permitido (Roxin, 1997) o el apartamiento del rol del escribano (Jakobs, 1997).

En este sentido, el fallo comentado hace una correcta apreciación de estos principios para dictar el sobreseimiento. El escribano había tomado los recaudos legales necesarios: solicitar los certificados pertinentes e incluso mantener una entrevista previa con el otorgante, en la que no advirtió el estado que se describía en los informes periciales, estado que –además– en ningún momento le había sido informado por la familia, que estuvo presente. Se descartó entonces, acertadamente, la tipicidad objetiva de su conducta, con el argumento de que su actuación como notario se había ajustado a los protocolos legales y normativas aplicables, por lo que resultaba ajeno a las maniobras objeto de investigación.

Ahora bien, en otros casos similares, el argumento para desvincular al notario ha estado relacionado con el aspecto subjetivo del tipo, esto es, la falta de dolo o la falta de acreditación del elemento subjetivo del tipo distinto del dolo. Así, en un caso en que se había imputado a una escribana como partícipe primaria de una circunvencción de incapaces, los jueces de la cámara tuvieron en cuenta, por un lado, que el informe elaborado por una junta médica respecto del incapaz había concluido que era “esperable que el cuadro no sea reconocible por terceros legos no convivientes y que no estuvieran a cargo del

cuidado ni de acompañar o asistir a controles médicos con la causante". Por el otro, también se valoró que el reporte solicitado al CECBA había dado cuenta de que no se advirtieron irregularidades en la actuación de la escribana en el acto notarial cuestionado (CNCrim. y Correc. Sala V, 2025).<sup>3</sup>

En su descargo, la escribana explicó que había sido convocada para intervenir en el caso por medio de una amiga abogada, con quien ya había realizado trámites de este estilo. Respecto del acto, señaló que se trataba de una cesión de derechos onerosa y de común acuerdo entre las partes, que, para ese entonces, no tenían un conflicto declarado, lo que corroboró mediante una consulta judicial al cotejar que no existían procesos judiciales en trámite. Agregó que, por problemas de movilidad de la cedente, se le pidió realizar el acto en un lugar distinto a la escribanía debido a que para acceder a sus oficinas se debían subir escaleras y la cedente no estaba en condiciones de hacerlo; inicialmente, se negó, alegando que necesitaba tiempo suficiente para explicarle a la señora de qué se trataba el acto y verificar lo que ella deseaba hacer y que, tratándose de una persona de avanzada edad, debía asegurarse de la comprensión del acto y del consentimiento. Finalmente, para facilitar las cosas, dijo que acordó realizarla en la puerta de su domicilio particular, donde había espacio suficiente para estacionar un vehículo, lo que permitía tomarse el tiempo necesario en el rodado para llevar a cabo la escritura. Indicó que, al tomar contacto con la damnificada, la vio alegre y amable, no la notó temerosa ni angustiada. Además, se hallaba acompañada de una persona joven que presumió que se trataba del nieto. Refirió que el acto fue ágil, que leyó la escritura en un tono de voz más elevado para que la señora pudiera oír correctamente y que nadie objetó el acto. Asimismo, indicó que la damnificada suscribió, de forma segura y firme, sin efectuar preguntas y que la rúbrica impresa en el documento era igual a la firma que figuraba en su DNI.

Si bien el nieto de la damnificada había declarado que su abuela no habría comprendido lo que estaba firmando, los jueces señalaron que su presencia durante el acto y su falta de objeción respaldaban la explicación de la notaria, quien afirmó haber obrado con la convicción de que se trataba de un acto consensuado entre las partes. Agregaron que el informe del Colegio daba cuenta también de que un notario carece de idoneidad profesional para comprobar el estado de las facultades mentales de los otorgantes de las escrituras que autoriza y que la capacidad es la regla y debe presuponerse en toda persona mayor de edad. De igual modo, se destacó que no es poco

3. (N. del E.: ver fallo en [https://www.revista-notariado.org.ar//wp-content/uploads/2026/03/jurisrdn202536\\_censurado.pdf](https://www.revista-notariado.org.ar//wp-content/uploads/2026/03/jurisrdn202536_censurado.pdf)).

común encontrar, en la actualidad, personas de más de 90 años en pleno uso de sus facultades mentales, plenamente lúcidas y capaces.

En función de estas consideraciones, los jueces sostuvieron que no era posible atribuir a la escribana imputada una *intención deliberada de colaborar* con la maniobra defraudatoria pergeñada por el pariente de la cedente – quien había sido procesado como autor de circunvencción de un incapaz–. Recordaron que la defraudación prevista en el artículo 174, inciso 2), CP

[...] exige para su configuración el aprovechamiento de un estado de indefensión de la víctima con el propósito de que ésta suscriba un documento que pueda generar efectos jurídicos y, consecuentemente, un perjuicio patrimonial.

Así, para sobreseer a la escribana, afirmaron que

[...] el tipo penal prevé una conducta cuya puesta en práctica implica un abuso o aprovechamiento, [lo que] exige un elemento que excede del dolo –un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo–<sup>4</sup> y requiere, además, una ultrafinalidad que complementa y fundamenta la explotación de las necesidades, pasiones o inexperiencias.

Por ello descartaron que alcance con un dolo eventual, sino que el tipo exige el “dolo directo de defraudar, no sólo por parte del autor sino también de posibles partícipes”.

## 6. Conclusiones

El fallo comentado resuelve, en forma correcta, la situación del escribano que se encontraba imputado: su actuación como notario se había ajustado a los protocolos y normativas aplicables. Sin embargo, hay una verdad de Perogrullo: la actuación notarial no está exenta de ciertos riesgos cuando se trata de actos que involucran la participación de adultos mayores o de personas que puedan presentar alguna mengua en su capacidad de discernimiento.

En principio, quien actúa dentro de su rol, cumpliendo con los deberes y obligaciones legales que le incumben, no debería ser alcanzado por la ley penal. Y, como mencionamos, dentro de la actividad notarial, el principal marco legal para precisar los alcances de esos roles y obligaciones está dado por las disposiciones de la Ley Orgánica Notarial 404. En consecuencia, la observancia de los recaudos correspondientes –muchas veces, corroborada a partir de lo dictaminado por el propio CECBA– ha llevado a desvincular a los notarios imputados de delitos. Sin embargo, desde el punto de vista objetivo

4. (N. del E.: comentario del autor).

–es decir, de la tipicidad objetiva–, el hecho de haber cumplimentado una encomienda profesional o de haber observado formalmente las prescripciones legales no basta, en ocasiones, para desvincularse de la intervención en una maniobra defraudatoria. La imputación penal, como vimos, requiere también un requisito subjetivo: la intención de participar en una maniobra defraudatoria (dolo), aspecto que no siempre es posible, ni sencillo, acreditar.

En definitiva, en la actualidad parece que las actas o escrituras, que durante siglos importaron el modo por excelencia de resguardar la seguridad jurídica en los contratos y negocios, ya no lucen suficientes en todos los casos para despertar la confianza que se debería depositar en ellas. Por lo tanto, es imperativo tratar de conducirse de manera muy prolija y minuciosa y contar, en la medida de lo posible, con elementos que puedan respaldar la correcta actuación profesional –por ejemplo, la presencia de testigos, la grabación o filmación de entrevistas–.

Espero, finalmente, que estos modestos aportes de un penalista puedan resultar de alguna utilidad para la labor notarial.<sup>5</sup>

## 7. Bibliografía

- BACIGALUPO, Enrique. (1999). *Derecho penal. Parte general*. Hammurabi.
- CREUS, Carlos. (1997). *Derecho penal. Parte especial* (t. 1). Astrea.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. (1994). *Tratado de derecho penal* (t. 5). Abeledo Perrot.
- JAKOBS, Gunther. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons.
- NÚÑEZ, Ricardo C. (1988). *Tratado de derecho penal* (t. 4). Lerner.
- ROXIN, Claus. (1997). *Derecho penal. Parte general* (1ª ed.). Civitas.
- ZAFFARONI, Eugenio R. (2000). *Derecho penal. Parte General*. Ediar.

## Jurisprudencia:

- CNCrim. y Correc. Sala II. (22/11/2016). “Insua, Gladis Mabel y otros”, causa 34384/2004.
- CNCrim. y Correc. Sala III. (14/09/1992). “Milán, Jorge A.” - causa 30784. (BJ [1992-3]).
- CNCrim. y Correc. Sala IV. (12/06/1991). “Suaya, Elías” causa 39602. (BJ [1991-3]).
- CNCrim. y Correc. Sala V. (03/11/25). “F., G. F. s/ circunvencción de incapaz” 17041/23. (*Revista del Notariado* [202536]).
- CNCrim. y Correc. Sala VI. (08/04/1986). “Rauch, R.” causa 11434. (BJ [1986-2, 480]).
- CNCrim. y Correc. Sala VII. (21/09/2022). “Chuquillanqui Livia, Oscar David y otras”.
- CNCrim. y Correc. Sala VII. (15/05/2024). “Gómez Crovetto”.

5. Deseo destacar, muy especialmente, el valioso aporte que hizo a este comentario mi gran amigo Mauro Divito, quien me brindó –como es su costumbre– una desinteresada colaboración, aportando varias ideas y algunos de los fallos jurisprudenciales que aquí fueron citados.



# Interpretación del art. 291 CCCN en los casos de actuación de representantes de personas jurídicas\*

Instituto de Derecho Comercial CECBA

### RESUMEN

---

Este dictamen analiza la validez de las escrituras públicas cuando intervienen parientes de un escribano actuando como representantes de sociedades –en el caso: escritura en la que el hijo de la notaría autorizante comparece en su calidad de representante orgánico o apoderado de una sociedad anónima, accionista o no, enajenando a un tercero un inmueble propiedad de dicha sociedad–. El texto se centra en la interpretación del artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación. Sostiene que la supresión de la mención explícita a las sociedades anónimas en la nueva ley no implica una prohibición, ya que prevalece el principio de personalidad diferenciada, el cual estipula que la existencia de una persona jurídica es distinta a la de sus miembros. La tesis central argumenta que, para que un instrumento sea nulo, debe existir un interés personal y directo del oficial o sus allegados, condición que no se cumple cuando estos actúan meramente como vehículos orgánicos de la expresión de voluntad de la persona jurídica. Tales actos son válidos, pues el beneficio recae sobre la sociedad y no de forma inmediata en el patrimonio de sus integrantes.

### PALABRAS CLAVE

---

Derecho civil parte general; nulidades de los instrumentos públicos; sociedades; sociedad anónima; representante de persona jurídica; artículo 291 CCCN; imparcialidad del escribano; función notarial.

**Sumario:** 1. La consulta. 2. Por qué se plantea esta cuestión. 3. Remisión doctrinaria. 4. Imparcialidad. 5. Hermenéutica del art. 291 del CCCN. 6. La personalidad diferenciada. 7. El caso de las otras personas jurídicas. 8. Cuestiones colaterales a considerar. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

\* Aprobado en forma unánime por los miembros del Instituto de Derecho Comercial del CECBA el 14/10/2025 sobre la base de un dictamen preparado por el Esc. Norberto Rafael Benseñor (abogado [UNLP], escribano en ejercicio desde 1968; miembro de número de la Academia Nacional del Notariado; presidente del Instituto de Derecho Comercial del CECBA).



## 1. La consulta

La escribana B., titular del registro notarial [...], requiere que el Instituto de Derecho Comercial dictamine si las escrituras en las cuales comparece un hijo del autorizante, no por sí, sino en su calidad de presidente o apoderado de una sociedad anónima son inválidas a tenor del artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN). Anticipa su opinión indicando que esa actuación no se encuentra comprendida entre las prohibiciones de dicho artículo por cuanto el pariente del escribano no interviene por sí, sino representando a otra persona diferente. Alega que, al momento de practicarse un estudio de títulos sobre una escritura, autorizada por la consultante, un colega de esta jurisdicción consideró observable el título, motivo por el cual requiere que se dictamine la validez jurídica de la misma.

## 2. Por qué se plantea esta cuestión

Durante la vigencia del Código Civil velezano, la cuestión que da origen a esta consulta, gramaticalmente, estaba excluida de toda discusión. En efecto, la situación objetada no podía ni siquiera insinuarse, por cuanto el artículo 985 del sustituido Código Civil disponía que:

Son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados; pero si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido.

El CCCN (Ley 26994) sustituye el mencionado artículo 985 por el artículo 291, que dispone:

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

Sin embargo, debemos reconocer explícitamente que la norma citada no se aparta del sentido contextual del anterior texto, en cuanto mantiene la exigencia de que tanto el notario, su cónyuge, su conviviente o su pariente en los grados indicados *sean personalmente interesados*, requisito que no se cumple cuando aquellos integren una persona jurídica, en tanto esta, de acuerdo con el artículo 143 del actual CCCN, tiene una personalidad distinta de la de sus miembros.

Por este motivo, asumimos la responsabilidad de brindar no sólo a la consultante, sino también al notariado en general, una respuesta clara,

contundente y precisa, generando certeza y seguridad en las instrumentaciones.

### 3. Remisión doctrinaria

En el presente dictamen, nos abocaremos al tenor de la consulta practicada, sin dejar de señalar que no es la primera vez que tratamos este tema. Como referencia doctrinaria y ampliación de fundamentos, nos remitimos a BENSEÑOR, Norberto R.:

- (2015). "Prohibiciones del artículo 291 del CCCN con relación a las personas jurídicas". *La Ley*, 01/07/2015, t. 2015-C [AR/DOC/2102/2015]; y *Revista del Notariado*, (919). Concluye afirmando la validez de las escrituras autorizadas en tal sentido.
- En igual sentido: (2017). *La problemática del art. 291 del CCCN de la Nación con relación a las personas jurídicas* [ponencia]. XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, Argentina. Sus conclusiones fueron aprobadas en el plenario.
- Por último, y sobre la base del artículo 985 del Código Civil: (2001). *El interés personal del escribano público o de sus parientes dentro del cuarto grado como causal de nulidad de los actos escriturarios. problemática del art. 985 del Código Civil* [material de estudio]. XLI Seminario Laureano Moreira, Buenos Aires, Argentina.

### 4. Imparcialidad

A diferencia de otros operadores de derecho, como los abogados que, en su desempeño, deben abogar por la parte a la cual representan, el notario debe mantener, estrictamente, durante todo el tiempo de la relación, una austera imparcialidad frente a todos y cada uno de los interesados en los actos o documentos en los que interviene o participa.

La imparcialidad consiste en una *calidad* mediante la cual, el agente mantiene una distancia equidistante entre todos los participantes del acto y, consecuentemente, puede aplicar una relación de ecuanimidad o equidad respecto de ellos. Si para determinar, en cada caso concreto, si estuvo o no afectado el juicio de ecuanimidad o equidad del oficial público, hubiese que analizar cada caso en particular, se produciría un cuestionamiento genérico y permanente de toda la actuación, con el peligro de que al no conocer con antelación en qué casos la violación de la imparcialidad está

presente, podría provocarse la nulidad o el cuestionamiento frecuente de instrumentos públicos. Por tal motivo, se justifica como imprescindible que la prohibición de intervenir bajo pena de nulidad del funcionario cuente con un tratamiento expreso, categóricamente legislado y graduado. De este modo, ante la comprobación de *supuestos objetivos, predeterminados y taxativos*, se considerará –sin requerir otro aserto– que se vulneraron las condiciones de viabilidad del otorgamiento y se determinará la nulidad de los actos así instrumentados. A tal resultado se arriba por una concreta aplicación normativa, sin que sea necesario ponderar el resultado del servicio notarial, ni exigirse prueba alguna del quebrantamiento de la ecuanimidad. De hecho, aun cuando se acredite fehacientemente que en el acto en que interviene uno de los sujetos mencionados en la disposición legal, no se hubiera vulnerado la imparcialidad del notario, y todos los requisitos de acto estuviesen cumplidos normativamente, el instrumento sería igualmente nulo.

Ya se ha señalado que tanto el artículo 291 como su antecedente (art. 985, Código Civil) utilizan la expresión “personalmente interesados”; es evidente, entonces, la firme decisión de negar valor a todo instrumento que se otorgue en tales condiciones para evitar un eventual conflicto de intereses. Pero para sancionar como inválido el acto cuestionado, inexcusablemente, como relación de causa a efecto, debe cumplirse con la condición, inexcusable, que el interés en juego *debe ser directo* (Legón, 1936, p. 376; Orelle, 1982, p. 512), *gravitante, preeminente y relevante*. Esta conclusión, deriva del término “personalmente” utilizado por el precepto lo que acentúa la intensidad exigida; y, a su vez, impide que la interpretación prescinda de los criterios expuestos y recurra a otras consideraciones que, finalmente, afectarían –con eventuales vicios– la mayoría de los actos jurídicos instrumentados, conspirando con la estabilidad de las relaciones negociales, la paz y la seguridad jurídica. No se trata de sancionar actos en forma abstracta y genérica por la sola participación de parientes. La norma indica que, además del parentesco, debe existir un personal interés, factor preeminente para la procedencia de la ineficacia (Orelle, 2015, p. 420 y ss.).

Para completar el sentido de la disposición legal, debe mencionarse que: a) en el ordenamiento jurídico argentino, queda excluida la participación del propio escribano dentro de su propio registro;<sup>1</sup> b) quedan descartados como inductores en la calificación de la ineficacia los intereses derivados del propio ejercicio profesional; estos incluyen la percepción de los honorarios,

1. No existe norma similar a la contenida en el reglamento notarial español que, en ciertos casos, autoriza el otorgamiento.

la restitución de los gastos incurridos y aquellos que puedan derivar, en el cumplimiento de la encomienda, del posible éxito a obtener.

## 5. Hermenéutica del artículo 291 del Código Civil y Comercial

Sin perjuicio de las diferencias y semejanzas en la formulación de ambas normas –el 985 frente al 291– y del acierto en reducir los grados del parentesco por afinidad comprendidos en la prohibición, no cabe duda de que el núcleo que define la incompetencia, como dijimos en el párrafo anterior, es la circunstancia *que los indicados deben estar personalmente interesados en el otorgamiento*. La norma concluye su redacción en este punto, sin reproducir la salvedad –contenida en la última frase del artículo 985– que consideraba irrelevante, a efectos de la ineficacia del acto, que el interés de las personas mencionadas sólo derivara de su participación en sociedades anónimas o de su condición de directores o gerentes de estas. Si nos concedemos la licencia de imaginar la actitud de un intérprete desprevenido podríamos admitir un primer desconcierto al comprobar la eliminación de la última frase, pero no parece una actitud acertada y teleológica que, finalmente, *sólo el hecho de la supresión* sea el fundamento para sostener la invalidez de la escritura. Desde ya adelantamos nuestra opinión totalmente contraria a esta interpretación.

No pueden desplazarse los años de intensa y laboriosa tarea, desenvuelta inclusive desde los propios colegios profesionales, para que, con sólidos y profundos razonamientos, la exclusión contemplada en principio sólo para las sociedades anónimas se extendiera a las demás modalidades asociativas (por ejemplo, la sociedad de responsabilidad limitada, las asociaciones civiles, las fundaciones y también las cooperativas); todo esto se desplomaría si se admitiera esta interpretación adjudicada al nuevo giro idiomático impreso en el artículo 291.<sup>2</sup>

A este respecto, nos sorprende haber escuchado algunas opiniones haciendo hincapié en el sentido definitorio que arrojaría la supresión de la frase final, sin profundizar en el núcleo de la limitación (*personalmente interesados*), el real sentido de la ejemplificación utilizada por el derogado

2. En nuestro trabajo sobre el artículo 985 del CC (Benseñor, 2001), sostuvimos que, dado que para Velez Sarsfield la noción de persona jurídica estaba unida a la autorización del estado para funcionar, la omisión de las asociaciones civiles junto a las sociedades anónimas se debió a que, en aquellas, el patrimonio nunca podía distribuirse ni ser adjudicado a sus integrantes (ver art. 50 del mismo cuerpo legal).

artículo 985, la orientación del CCCN sobre la persona jurídica y las disposiciones concordantes aplicables (Carminio Castagno, 2015).

Más aun, no deberíamos ignorar que especialistas en técnica legislativa han sugerido premisas para la formulación del lenguaje, recomendando no incluir en la redacción normativa, ejemplos, detalles o explicaciones redundantes, cuando el precepto es determinativo de una solución jurídica, como también limitar en todo lo posible la formulación de definiciones.<sup>3</sup> En este mismo orden, teniendo en cuenta el texto del artículo 291, los comentaristas han señalado que la actual redacción debe considerarse una depuración técnica de la situación regulada, evitando referencias obvias (Orelle, 2015, p. 422).

Sobre este punto, nos permitimos glosar una opinión –sin desmerecer los consejos apuntados–, y advertir que, en ciertos casos, es conveniente no ser muy riguroso en la aplicación de la pureza técnica, sobre todo en temas tan sensibles como el aquí tratado, vinculado con la validez y eficacia del instrumento público. Y más aun teniendo presente que el antecedente normativo inmediato dejó bien en claro la validez de la actuación cuando se tratara de una sociedad anónima, aun cuando resultara redundante. Nos parece prudente advertir que un apegado y estricto rigorismo técnico puede germinar opiniones disvaliosas, como en el presente caso, por lo cual, en más de una oportunidad y para evitar desvíos normativos y preservar estos valores, el sentido común hace recomendable tolerar repeticiones o abundancias.<sup>4</sup> Nada de lo expuesto contradice nuestra orientación en este punto, que reclama la aplicación correcta de la técnica legislativa mediante la integración de la norma comentada con el resto del plexo. Esto con el fin de que sea coherente con el ordenamiento jurídico y que el texto pueda ser interpretado de la misma manera por cualquier lector, resultando esto último una condición *sine qua non* para garantizar los derechos elementales de seguridad jurídica e igualdad ante la ley.

Con frecuencia, gran número de actos y negocios son celebrados no sólo entre sujetos individuales, sino con o entre corporaciones, sociedades u otras personas jurídicas. Se plantea, entonces, la disyuntiva de considerar o no comprometido el vínculo cuando algunos de los indicados en la nómina de allegados, sin intervenir *por sí mismos*, participen o integren esas colectividades. Debe quedar definida si la condición de socio, accionista o asociado, o la circunstancia de pertenecer al elenco de los órganos de

3. Fueron muy difundidas las críticas de la doctrina por la cantidad de definiciones que Vélez Sarsfield incluyó en el Código Civil.

4. Esta es la razón que explica por qué las declaraciones de diversas jornadas notariales han indicado la conveniencia de mantener expresamente la exclusión de las personas jurídicas en la descalificación del acto. Ello no supone, de manera alguna, que la omisión confirme la ineficacia.

funcionamiento, origina igual incompetencia que la sancionada cuando se actúa a nivel propio.

Admitiendo que la proposición exige, como dato definitorio de la invalidez documental, que el interés personal adquiera determinada calidad e intensidad, advertimos desde el inicio que esta exigencia no se encuentra presente en la cuestión que aquí estamos considerando.

El artículo 985 del Código Civil aclaraba que “si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido”.<sup>5</sup>

Una primera interpretación, de índole simplista, podría alentar el entendimiento que, tras la eliminación de la frase, la participación de cualquiera de los nombrados en la persona jurídica otorgante del acto notarial ocasionaría la nulidad de este.

Cerrar la cuestión con el argumento esgrimido condenaría *sine qua non* de nulidad gran cantidad de operaciones, contradiciendo, como dijimos, toda la proficua labor doctrinaria especializada, que llegó a extender la salvedad del artículo 985 a otros supuestos no mencionados expresamente, pero que, naturalmente, son compatibles con la misma *ratio legis* que motivara al legislador para considerar excluida a la sociedad anónima. Una laboriosa construcción hermenéutica permitió extender la referencia a favor de otras entidades, y no sólo a las asociaciones civiles y fundaciones, sino también a cooperativas y a la propia sociedad de responsabilidad limitada.

Es inquietante que, tras esta evolución, se retroceda al punto de sostener que la mención a la sociedad anónima que hacía el artículo 985 era, en definitiva, una mera excepción dentro de la regla y, por lo tanto, con su eliminación, *a contrario sensu*, se confirma la prohibición.

Planteamos como más correcto, antes de proclamar el impedimento, recurrir, como dijimos antes, a la integración normativa, mediante la cual no se desplacen, sin análisis, otras disposiciones legales que, sin duda, contribuirán a interpretar el sentido adoptado por el artículo 291. En este orden de ideas, destacamos de primordial influencia:

- 1) la atribución de *personalidad diferenciada* a todas las personas jurídicas sin distinción (art. 143);
- 2) la observancia de *las finalidades perseguidas* por cada clase de persona jurídica (art. 141);

5. Bonnier –fuente reconocida por el codificador– sostenía que el notario, sin embargo, podía otorgar documentos para una sociedad comercial en la que él posea acciones (Spota, 1958, §2038, p. 217).

- 3) la obligación impuesta a las personas jurídicas de tener un patrimonio propio (art. 154 del CCCN), el cual no se confunde con el de sus asociados o participantes;
- 4) la expresa referencia inserta en el articulado que exige, siempre y en todo caso, que el involucrado en el impedimento esté *personalmente interesado*;
- 5) la indudable conclusión de que los actos societarios no repercuten inmediatamente en el patrimonio del socio o accionista por cuanto existe separación patrimonial;
- 6) la circunstancia de que, si efectivamente alguien de los mencionados en el artículo 291 perteneciera al elenco social u orgánico, el interés que dispondría no sería directo, *sino indirecto*, por cuanto la intervención en entidades que constituyen una persona distinta de sus socios torna en excesiva mantener la ineficacia;
- 7) la concluyente opinión vigente de que el desempeño como órgano representativo de la persona jurídica no implica que la expresión de voluntad sea considerada a título personal, sino la concepción que es la *propia persona jurídica la que actúa* siendo el órgano nada más que un vehículo de expresión.

En realidad, la sustancia prohibitiva está estructurada en el artículo 291 –también para el artículo 985, como se fundamenta en el texto– mediante la comprobación que, en el acto de que se trate, media interés personal, directo y excluyente del oficial público, de su cónyuge o conviviente, o de los demás parientes por consanguinidad o afinidad expresamente mencionados, en cuyo caso se comprometen los intereses o el patrimonio de aquellos, circunstancia que no se produce cuando la legitimación dispositiva y patrimonial pertenece a un sujeto colectivo.

Esta última circunstancia obliga a sostener que, cuando Vélez Sarsfield hizo referencia a la sociedad anónima, a sus directores y gerentes, como supuesto excluyente, no construyó una vía de excepción única, ni tampoco una aseveración medular o definitoria, atribuyendo más bien a la expresión un sentido cooperador con la finalidad de la norma (Salvat, 1964, §1931, p. 349; Borda, 1965, §968, p. 196; Llambías, 1986, §1643, p. 432).

Estas referencias han colaborado, decididamente, a no limitar la interpretación y no apegarse, exclusivamente, al sentido gramatical, tomando sólo la dispensa efectuada a las sociedades anónimas, cuando parecía más adecuado a las actuales realidades, extender la misma a la calidad *per se* de *personas jurídicas* (Armella, 1999, p. 31), tal como lo viene sosteniendo la prestigiosa doctrina –Salvat (1964) acepta la posibilidad de extender la excepción a otras personas jurídicas (p. 349)–.

Incluso, trabajando con la literalidad del anterior artículo 985, en una primera aprehensión que el intérprete debe efectuar, pueden extraerse dos conclusiones principales:

- 1) que la invalidez del acto se provocaba sólo cuando el escribano (su cónyuge), y los parientes allí mencionados, estén personalmente interesados (*interés directo como la doctrina lo ha exigido*).
- 2) que cuando el escribano (su cónyuge) o los parientes integran como accionistas una sociedad anónima, o son directores o gerentes de ella, si bien es posible inferir la existencia de algún interés, indudablemente, *este resulta ser indirecto o más difuso*, en tanto se limita a mantener una participación accionaria dentro del elenco societario, no siendo contundente y directo con el acto instrumentado, como lo exige la norma comentada, en tanto este involucra el patrimonio de la persona jurídica y no el de sus integrantes.<sup>6</sup>

Esta última premisa permite razonar que la validez del acto celebrado por la sociedad anónima en la que participan el oficial o sus parientes, encuentra apoyo no sólo en la excepción final, sino en todo el texto del artículo 985 en cuanto exige, para privar de valor a los actos, la existencia de un "*personal interés*" de aquellos, el cual nunca ha de estar presente en la intensidad requerida, frente a los actos que versen sobre el patrimonio y la voluntad de una sociedad anónima.

El codificador advirtió que, como las sociedades comerciales se constituyen con la finalidad de obtener ganancias, para ser distribuidas oportunamente, sus integrantes podrían tener algún interés hacia los negocios de esta, aunque su inferencia fuere indirecta. Dado que las sociedades anónimas eran las únicas sociedades que, al tiempo de la sanción del Código Civil, requerían autorización estatal para funcionar, eran consideradas, por ello, personas jurídicas, estaban comprendidas en el texto originario del artículo 33 de ese Código, lo cual explica que la excepción fuera plasmada en forma expresa.

Más aún, en la salvedad el artículo mencionó expresamente la calidad de directores, lo cual es destacable y no ha sido debidamente advertida por la doctrina. Vélez Sarsfield quiso ser absolutamente claro y certero: aunque el accionista también fuese director (integrante del órgano que administra la

6. El eventual beneficio que ese acto ocasione en el patrimonio de cualquiera de los mencionados depende de diversas circunstancias, entre ellas que produzca beneficios, los cuales, después de ser aprobado el balance respectivo, originen eventualmente utilidades líquidas y realizadas. En más de alguna oportunidad, los actos instrumentados por sociedades resultan ser neutros para el patrimonio de los socios o accionistas.

sociedad o gerente), el acto sería igualmente válido, sobre todo teniendo en cuenta que, en la época en que se dictó el Código Civil, para ser director de la sociedad anónima era requisito necesario ser accionista de la sociedad (ver art. 336 del Código de Comercio, hoy derogado por la Ley 19550), y la dirección y representación de las sociedades se regía por las reglas del mandato.

La simple lectura del artículo 985 permitía concluir, sin esfuerzo, que *no es inválido el acto*, cuando el escribano (su cónyuge) y los parientes dentro del cuarto grado, fuesen accionistas, directores o gerentes de sociedades anónimas y, según nuestro criterio, también si fueran miembros de los órganos de fiscalización, dado que su rol es más difuso aún, que el de los administradores sociales y nada influye sobre la personalidad social.

Miguens (2014), en un excelente y profundo trabajo presentado en las Jornadas Notariales Nacionales<sup>7</sup> opina que, de acuerdo con el actual texto del artículo 291 del CCCN, las sociedades no están exceptuadas de la invalidez. Y, para llegar a tal conclusión, fundamenta su criterio recordando que, cuando fue sancionado el Código Civil, las sociedades anónimas requerían autorización estatal para funcionar y estaban pensadas como compañías con importante giro donde el elemento personal estaba muy diluido o difuso; pero, en la actualidad, siempre de acuerdo a Miguens (2014), dicha esencia está desnaturalizada y por ello el hecho de haber suprimido su mención del texto legal es causa suficiente para cuestionar la validez de los actos en que ellas intervengan.

Respetando la elaboración efectuada por el autor, no podemos compartir su opinión porque contradice la naturaleza de la personalidad jurídica y profunda evolución del derecho asociativo en esta materia. Recordemos que la Ley 19550 suprimió el requisito de la autorización para constituir sociedades por acciones, y que el actual CCCN la mantiene sólo para asociaciones y fundaciones, sin condicionar la adquisición de la calidad de sujeto de derecho a la obtención de esta. Es derecho vigente el reconocimiento pleno de la personalidad jurídica desde la fundación (art. 142, CCCN) y la vigencia de un sistema normativo donde sólo se exigen el cumplimiento de requisitos legales. Aún más, cuando a las asociaciones siempre se les exigía tener un objeto compatible con el bien público, hay una notable evolución en la medida en que, actualmente, sólo se requiere que el objeto de aquellas no sea contrario al interés general o al bien común y, en todo caso, este debe ser interpretado dentro del respeto a las

7. Galardonado con el Primer Premio en la XXXI Jornada Notarial Argentina (Córdoba, 7-9 de agosto de 2014), y con el Segundo Premio en el Premio "José María Moreno" (bienio 2013-2014).

diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, sociales, políticas o étnicas (art. 168). El convencimiento de que la interpretación propuesta por Miguens (2014), en definitiva, no contribuye a cimentar una adecuada solución, lo confirma su propia afirmación al admitir la validez de los actos celebrados por sociedades anónimas comprendidas en el artículo 299, o sea sujetas a fiscalización estatal permanente con excepción de las del inciso 2) que incluye a las que superen un monto determinado de capital. De tal modo, para este autor la intensidad de la fiscalización estatal condiciona la graduación del interés personal.

Cualquier tendencia interpretativa que se oriente en el sentido expuesto precedentemente, desconoce la existencia del *interés social* como factor diferenciador del interés de sus integrantes (el interés social existe en todas las sociedades, y no sólo en las que están sujetas a fiscalización permanente). Esta distinción encuentra respuestas normativas en la legislación societaria, cuando identifican supuestos de conflicto entre el *interés social* y el *interés propio y personal de los socios y directores* (como el caso del artículo 248 de la Ley 19550 que impone la abstención del voto del accionista o representante que, por cuenta propia o ajena tenga *un interés contrario al de la sociedad*; y el artículo 272 de esa misma ley que obliga al director con *interés contrario al de la sociedad a preavisarlo* y abstenerse de participar en la deliberación).

Con acierto se ha sostenido (Martínez Ruiz, 1968, p. 1392; Miranda, 1972) que todos los métodos interpretativos deben ser admitidos por igual, y los textos legales analizados sin discriminarlos, ya que todos son coadyuvantes para encontrar el sentido de la norma. La tarea interpretativa sólo culmina cuando se arriba al mejor juicio de valor conclusivo sobre la misma. Las modernas escuelas que agilizaron y aseguraron vitalidad a códigos centenarios, admiten elementos no previstos en la ley escrita, pero contenidos en ellas como presupuestos implícitos o susceptibles de incorporarse en el proceso de interpretación para lograr el buen resultado. Por demás, mediante la integración de todos los métodos interpretativos, además del contexto, se debe tener en cuenta el resultado finalista de la norma.

## 6. La personalidad diferenciada

En los párrafos precedentes destacamos que la evolución doctrinaria posibilitó superar la solitaria salvedad de la sociedad anónima contenida en el artículo 985 del Código Civil, para comprender a casi todas las personas jurídicas, demostrando que la participación de cualquiera de los sindicatos

como socios, asociados, miembros o integrantes no era, por sí, suficiente para considerarlos personalmente interesados con el acto instrumentado.

A nuestro juicio, con la sanción del CCCN la cuestión queda solucionada de manera definitiva, tal como se verá seguidamente.

En efecto, la eliminación, lisa y llana, de la mención contenida en el artículo 985 no supone que, *a contrario sensu*, pueda sostenerse que, a partir de la vigencia del nuevo ordenamiento, serían inválidos los asuntos otorgados por una persona jurídica, en cualquiera de los designados, sea parte o tuviere participación.<sup>8</sup>

Resulta irrelevante para el caso, y por lo tanto no genera incompetencia, que la intervención del afectado provenga del ejercicio de una representación, mientras no exista un *personal interés en el asunto instrumentado*. El interés, además de ser personal, debe ser directo, categórico, decisivo e influyente porque, de lo contrario, resultaría sancionado cualquier instrumento público donde se presuma algún agrado o atractivo, lo que no es la finalidad de una norma en este sentido.<sup>9</sup> El interés personal exigido por la norma, para restar eficacia al acto instrumentado, es más categórico que el que puede resultar de la participación en la persona jurídica. No se desprende de la norma analizada que esa consecuencia haya estado prevista o derive de la apreciación lógica de los presupuestos planteados, sobre todo cuando se asigna a la personalidad jurídica una destacada importancia dentro de la estructura del Código.

En este último sentido, es absolutamente definitorio el artículo 141 cuando define a las personas jurídicas como “todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”, las cuales son, prolijamente, enunciadas en el artículo 148. Además, el artículo 143 sobre la “personalidad diferenciada” consagra el principio que la persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este título y lo que disponga la ley especial. Por demás el artículo 154 exige que la persona

**8.** El artículo 81 originario de la Ley 19550 disponía que, a la transformación, no se le aplicaban las disposiciones de la Ley 11867 sobre transferencia de fondos de comercio. Esta indicación fue suprimida por la Ley 22903 que reemplazó la redacción incluyendo la caducidad del acuerdo de transformación. Tanto la exposición de motivos como la totalidad de la doctrina coincidió que la supresión se produjo por cuanto la previsión era innecesaria, aunque hubiere cumplido una finalidad docente al tiempo de sancionarse la ley.

**9.** Hemos indicado, anteriormente, que se excluyen en estos supuestos las estimas y afectos ya que en las relaciones humanas pueden generarse vínculos de los que se desprenda satisfacción o aprobación por la operación concertada, sin comprometer el interés personal.

jurídica tenga un *patrimonio* que, por supuesto, no es de los integrantes, ni aun cuando ellos hayan aportado los bienes que lo componen.

El principio contenido en el artículo 143 establece con claridad que las personas jurídicas tienen una personalidad distinta a la de sus miembros, lo cual permite interpretar que la supresión efectuada implica habilitar la actuación del funcionario en los casos en que sus parientes actúan en representación, o aun como socios de personas jurídicas, dado que el interés nunca será personal sino de la persona jurídica (D'Alessio, 2015, p. 134).<sup>10</sup>

Disponer de una *personalidad diferenciada* significa exhibir un centro de imputación propio y distinto de quienes la integran o componen. Los integrantes, a su vez, respecto de los derechos y obligaciones de los cuales fueren titulares, disponen de un centro de imputación personal y diferente. Ambas normas, el artículo 143 que consagra una personalidad distinta y el artículo 291 que exige *sine qua non* que estén personalmente interesados, deben ser integradas a fin de elaborar la hermenéutica de aplicación en la prohibición consagrada. Una interpretación contraria colisiona dos principios compatibles y deja sin explicación las disposiciones del artículo 144 del CCCN y del artículo 54 de la Ley 19550, que permiten declarar la inoponibilidad de la persona jurídica, cuando la actuación cuestionada esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica. No puede desconocerse que existe un *interés social*, protegido en más de una oportunidad, exteriorizado a través de intereses comunes que, en un momento determinado, permite encauzar la finalidad obtenida con la creación de la persona jurídica y que, ciertamente, sobrepasa el meramente individual. Dentro de esta misma orientación, la ley de sociedades regula la validez de los contratos que celebre el director con la propia sociedad (art. 271), estableciendo los recaudos y procederes pertinentes a cumplir en cada caso, con lo cual queda demostrada la existencia de intereses contrapuestos. Este es un motivo harto suficiente para concluir que, cuando la norma se refiere a estar personalmente interesados, se refiere indudablemente al interés directo del involucrado y, si el sujeto negocial es una persona jurídica, el interés directo en dicho acto es el de la persona jurídica y no el de sus integrantes.

No dudamos en sostener que, en la especie, la redacción impresa al artículo 291, supera definitivamente la cuestión, y permite considerar que no existe incompetencia o prohibición cuando los actos instrumentados versaren sobre asuntos de sociedades u otras personas jurídicas donde,

10. Reconocen que parte de la doctrina había sostenido que la excepción regía respecto de todas las personas jurídicas.

quienes son mencionados en el texto, integren el elenco de socios, asociados o miembros de sus órganos, sin que tal grado de participación pueda presuponer la condición de estar personalmente interesados, como requisito de invalidez.

Como toda norma que resta valor a un acto, corresponde en su aplicación hacer *una interpretación restrictiva, acreditando el vicio documental solamente si se cumplen los supuestos contemplados y no otros similares, análogos o inferidos*. Como presupuesto funcional, la prohibición ha sido establecida con la finalidad de no perturbar la certeza jurídica, evitando posibles invalidaciones por apreciaciones puramente subjetivas. De esta manera, *a contrario sensu*, todos aquellos actos que superen las reglas objetivas establecidas en la normativa son válidos, careciendo de sustento exegético cualquier pretensión invalidante en tal sentido.

Amén de ello, debieran ponderarse dos inferencias de las que no hay que prescindir:

- 1) admitir que la referencia contenida en el último párrafo del artículo 985 del derogado Código Civil no conformaba una excepción a la regla, sino una ejemplificación;
- 2) concluir que, por ese motivo, el artículo 291 no la reproduce en cuanto la atribución de personalidad diferenciada a la persona jurídica (art. 143), por sí misma resulta más que suficiente.

Finalmente, cabe agregar que todo lo expuesto no queda afectado por la circunstancia de que alguna de las sociedades participantes en el acto sea unipersonal; esta condición no limita la personalidad diferenciada respecto de su componente (art. 1 de la Ley 19550, modificado por la Ley 26994; art. 34 de la Ley 27349).

No cabe duda de que los grupos que constituyen el sustrato de la personalidad colectiva carecen de conducta *biológica* propia. De esto puede deducirse que la personalidad colectiva no tiene conducta genética propia. Lo que se atribuye como conducta de la personalidad colectiva resulta ser producto de hechos o actos de personas humanas, expresados individual o colectivamente mediante un sistema de suma de expresiones, producto de deliberaciones (no siempre unánimes) que conforma precisamente el organicismo mediante el cual se desenvuelve la persona jurídica. En este punto, sí, es de indudable importancia el razonamiento de Kelsen (1983), quien estableció que, en materia de personalidad colectiva, la cuestión se reduce a un problema de imputación. En la actuación grupal reconocida por el derecho existen dos fenómenos: uno de ellos es la *unificación*, es decir, que un grupo de personas son reconocidas jurídicamente como una unidad; y

el otro es la *imputación diferenciada*, es decir, que los efectos de la expresión de voluntad realizada por una persona física no tienen la virtualidad de obligar a quien la expresa, sino que tales efectos recaen sobre la colectividad a la cual ella representa. Precisamente, en este sentido, el artículo 39 del Código Civil, adquirió, después de la reforma introducida por la Ley 17711, una interpretación extensiva de inusitada importancia, al que corresponde asignarle una respetable importancia. En efecto, esta disposición sostenía que:

Las corporaciones, asociaciones, etc. serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, o mancomunado con ella.

En su origen, la mención normativa acerca de las corporaciones, asociaciones, etc., se refería indubitablemente a las personas jurídicas que requerían autorización del Estado para funcionar. Esta era la concepción dominante en la exégesis del codificador hasta que la doctrina se animó a considerar una subcategoría de sujetos de derecho, *las personas de existencia ideal* porque, de lo contrario, no podía explicarse la posibilidad de aquellas entidades asociativas o societarias para adquirir derechos y obligaciones dado que no requerían autorización estatal para funcionar.

Pero, a partir de la reforma de la Ley 17711, todas las entidades indicadas en el artículo 33 del Código Civil originario, fueron consideradas sujetos de derecho o personas jurídicas (con lo cual estas dos expresiones pasaron a ser sinónimos), aunque no requirieran autorización del Estado para funcionar. Por lo tanto, las notas distintivas y la separación patrimonial descrita en el artículo 39, pasó a comprender a todas y, por supuesto, también a las sociedades (precisamente, el "etc." contenido después de la enumeración facilita esta explicación). Efectivamente, ese artículo 39 terminó consagrando la denominada *personalidad diferenciada* hoy contemplada en el artículo 143 del CCCN al que nos hemos referido<sup>11</sup>, y ello no modifica el sentido interpretativo que habría que darle al artículo 985 por cuanto habitualmente el codificador abundaba en ejemplificaciones y definiciones.<sup>12</sup>

11. Por supuesto, Vélez Sarsfield atribuyó personalidad diferenciada, tal cual lo expresa en el artículo 39, pero el haberlo hecho no permite sostener que la salvedad del artículo 985 sea una excepción, sino más bien una aplicación del instituto.

12. Esto deja sin argumento el planteo que hace Carminio Castagno en el trabajo antes citado y que pretende asignar valor autónomo al agregado final del artículo 985 por sobre el artículo 39.

## 7. El caso de las otras personas jurídicas

No desarrollaremos en esta instancia la aplicación del citado artículo 291 a las demás personas jurídicas porque nos debemos ceñir al caso consultado. El tema, de por sí de enorme gravitación en nuestro medio, es considerado en los trabajos antes enumerados a los que nos remitimos.

## 8. Cuestiones colaterales a considerar

La personalidad diferenciada (art. 143) nace a partir de la constitución de las personas jurídicas, motivo por el cual todas las interpretaciones consignadas precedentemente no son aplicables a los instrumentos que constituyan sociedades donde el oficial público, su cónyuge, su conviviente o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, adquiriesen el rol de socios o accionistas. Se arriba, sin ninguna dificultad, a este aserto porque en la constitución, la expresión de voluntad se vierte en el instrumento en forma individual y le corresponde a cada uno de los fundadores de la sociedad, la que sólo adquiere la personalidad tras la constitución, después de la firma de los otorgantes y del escribano (art. 305 inc. f) CCCN).

Si todos los actos no comprendidos en el artículo 291 del CCCN son válidos, no resulta sostenible que, ante la proximidad de un vínculo no computable, o ante la tolerancia en admitir la validez del instrumento cuando el interés es indirecto o alejado como cuando intervienen personas jurídicas, se proclame que, sin ser nula la instrumentación, el acto constituye por sí mismo una *cuestión ética*.

La comisión de hechos reñidos por la ética constituye una falta disciplinaria que sólo debe tenerse por acreditada mediante adecuada actividad probatoria, demostrando fehacientemente la irregularidad cometida (*no meramente inferida*) y la infracción a las normas de ética sancionadas oportunamente. También puede existir falta de ética cuando se viola el principio de imparcialidad en un hecho concreto, cuya denuncia y prueba debe acreditarse en el sumario correspondiente. Pero, lo que no resulta admisible es salir de las nulidades (art. 291, CCCN o art. 985 del sustituido CC), declarar la validez del instrumento, y sostener que podría estar en juego una falta de ética. Lo expresado no es una hipótesis remota, sino que ha sido muy frecuente encontrar dictámenes u opiniones que, frente a cuestiones fronterizas, sin perjuicio de sostener la validez jurídica del instrumento, califican el acto de reñido con la ética. Utilizar tal razonamiento importa cercenar, o imponer limitaciones, por inferencia y oblicuamente, a la competencia material y

funcional del oficial público en aspectos en los cuales su intervención está admitida por la legislación civil (Cosola, 2014, p. 672).

Tampoco es conducente extender las prohibiciones del artículo 291, establecidas para el notario autorizante del acto, al registro del cual es actuante, proclamando que este último es una unidad. Sobre este aspecto, si bien hubo algún pronunciamiento judicial aislado, puede afirmarse que, los actos celebrados dentro del mismo registro por otro actuante de este, no comprendido en la enunciación del citado artículo, no provoca la nulidad de la escritura porque la invalidez afecta sólo al escribano y no al registro en el que actúa. De hecho, en ninguna norma del actual código como en el anterior se menciona la incompetencia del registro, sino sólo del notario o funcionario.

Sólo constituiría una falta de ética cuando alguno de estos actos esté configurado como infracción en forma expresa, según los respectivos ordenamientos locales. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley 404 dispone que los interinos y subrogantes que actúen como tales en un registro notarial, tendrán, respecto de los actos que autoricen en él, las incompatibilidades previstas en el artículo 985 del Código Civil (hoy art. 291 CCCN) con relación, también, al titular del registro de que se trate, sus adscriptos y los parientes de todos ellos (art. 51). Sobre este particular, dejamos bien en claro que la infracción a lo dispuesto solamente acarrea responsabilidad disciplinaria, y no originaría la nulidad de los actos así instrumentados, ya que ninguna ley local podría disponer nulidades ni extender las contenidas en la legislación civil a otros supuestos (ver Benseñor, 2015).

## 9. Conclusiones

Sobre la base de los fundamentos expuestos, el Esc. Norberto Rafael Benseñor –cuya opinión fue aprobada por el Instituto de Derecho Comercial– dictamina:

- 1) La escritura que motiva esta consulta, en la que el hijo de la notaria autorizante comparece en su calidad de representante orgánico o apoderado de una sociedad anónima, sea accionista o no, enajenando a un tercero un inmueble propiedad de dicha sociedad, no es nula en atención que esa entidad dispone de personalidad jurídica distinta y diferenciada de los miembros que la componen (art. 143, CCCN) y su patrimonio no se confunde con el que poseen cada uno de sus integrantes. En dicho sentido, el artículo 291 del CCCN sólo nulifica

los instrumentos en que el autorizante y quienes son mencionados en dicha norma estén personalmente interesados en aquellos, circunstancia que no está presente cuando se trata de personas jurídicas integradas por ellos.

- 2) A los efectos del artículo 291 del CCCN, no son inválidos los actos otorgados por personas jurídicas, en los que cualquiera de los indicados en esta norma participe como accionista, socio, asociado o integrante de sus órganos.
- 3) En estos casos, el interés que cualquiera de los integrantes de la persona jurídica o de sus órganos disponga sobre los actos de esta, nunca es directo, categórico y decisivo como para alcanzar la condición de estar "personalmente interesados" exigida por el artículo 291.
- 4) El artículo 291 exige que el interés de los partícipes sea personal en el acto a instrumentar, por lo que, si alguno de los mencionados en el texto, con excepción del oficial público, interviene en representación de un tercero o como vehículo orgánico de la expresión de voluntad de la persona jurídica, el acto es válido.
- 5) Contribuye a confirmar los argumentos expuestos la debida regulación que hace la ley de sociedades cuando, en las deliberaciones o adaptación de resoluciones sociales, reconoce la posibilidad que existan intereses contrarios entre la sociedad y el accionista o director, como también cuando regula la procedencia de contratos entre la sociedad y sus directores, estableciendo en todos los casos pautas de conducta y procedimientos a cumplimentar para asegurar la validez de las decisiones y de los contratos celebrados.

## 10. Bibliografía

- ARMELLA, Cristina N. (1999). [comentario al artículo 985]. En Bueres, A. J. (dir.) y Highton, E. I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* (t. 2C). Hammurabi.
- BENSEÑOR, Norberto. R. (2001). *El interés personal del escribano público o de sus parientes dentro del cuarto grado como causal de nulidad de los actos escriturarios. Problemática del art. 985 del Código Civil* [material de estudio]. XLI Seminario Laureano Moreira, Buenos Aires, Argentina.
- . (2015). "Prohibiciones del artículo 291 del CCCN con relación a las personas jurídicas". *La Ley*, 01/07/2015, t. 2015-C [AR/DOC/2102/2015]; *Revista del Notariado*, (919).
- . (2017). *La problemática del art. 291 del CCCN de la Nación con relación a las personas jurídicas* [ponencia]. XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, Argentina.
- BORDA, Guillermo A. (1965). *Tratado de derecho civil argentino. Parte general* (t. 2). Perrot.
- CARMINIO CASTAGNO, José C. (2015). ¿Qué dice el artículo 291 del Código Civil y Comercial? *La Ley*, 18/09/2015, t. 2015-E [AR/DOC/3183/2015].

- COSOLA, Sebastián J. (2014). [comentario al artículo 291]. En Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), Esper, M. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (t. 1, pp. 670-674). La Ley.
- D'ALESSIO, Carlos M. (2015). [comentario al artículo 291]. En Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (t. 2, pp. 132-135). Rubinzal-Culzoni.
- KELSEN, Hans. (1983). *Teoría pura del derecho*. Eudeba.
- LEGÓN, Fernando. (1936). "La inhabilitación del actuario para el otorgamiento de actos públicos que interesen a él o a sus parientes". *Jurisprudencia Argentina*, t. 54.
- LLAMBIAS, Jorge J. (1986). *Tratado de derecho civil. Parte general* (t. 2, 12ª ed., actualizada por P. Raffo Benegas). Perrot.
- MARTÍNEZ RUIZ, Roberto. (1968). "La reforma del Código Civil y la seguridad jurídica". *Revista del Notariado*, (702).
- MIGUENS, Alberto M. (2014, 07-09/08). *La sociedad del 985, artículo 291 del Código unificado* [ponencia]. XXXI Jornada Notarial Argentina, Córdoba, Argentina.
- MIRANDA, Marcelo W. (1972). "El artículo 985 del Código Civil. Análisis de su sanción". *Gaceta del Notariado*, (57).
- ORELLE, José M. R. (1982). [comentario al artículo 985]. En Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* (t. 4, pp. 510-515). Astrea.
- (2015). [comentario al artículo 291]. En J. H. Alterini (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (t. 2, pp. 419-423). La Ley - Thomson Reuters.
- SALVAT, Raymundo. M. (1964). *Tratado de derecho civil argentino. Parte general* (t. 2; ed. actualizada por J. M. López Olaciregui). TEA.
- SPOTA, A. G. (1958). *Tratado de derecho civil* (t. 1 "Parte general", v. 37[9]). Roque Depalma.

