

REVISTA DEL **NOTARIADO**

ABRIL | MAYO | JUNIO 2026 / AÑO CXXX

ISSN 0325-1608



DIRECTOR: CARLOS M. D'ALESSIO



REVISTA DEL **NOTARIADO**

ABRIL | MAYO | JUNIO 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 Zaldívar, María Marta Herrera, Mariana Claudia Massone, Alberto María Miguens y Pilar Rodríguez Acquarone

Selección de jurisprudencia: Sofía Victoria Becerra Vázquez, María Inés Montesano y Federico Walter Risso

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 (C1024AA0) - 1^{er} piso

Buenos Aires - República Argentina

+54-11-4809-7072

revistadelnotariado@colegio-escribanos.org.ar

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

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

ISSN (versión impresa): 0325-1608

ISSN (versión digital): 2362-6186

Todos los derechos reservados.

Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

Consejo Directivo

2025-2027

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

Editorial | 9

Dossier “Derechos de disfrute sobre cosa ajena”

Aportes de la Academia Nacional del Notariado

Usufructo de acciones

Alberto ARAMOUNI | **13**

Usufructo y ganancialidad

Natalio Pedro ETCHEGARAY | **29**

Usufructo de bienes particulares de la indivisión hereditaria

Néstor Daniel LAMBER | **35**

Reelaboración doctrinaria de la aplicación práctica del usufructo

José M. R. ORELLE | **47**

Usufructo sobre parte material de un inmueble

Marcela H. TRANCHINI | **63**

Temas actuales de usufructo

Marcelo Eduardo URBANEJA | **71**

Ventajas de la utilización de los derechos reales de uso y habitación frente al derecho de usufructo

Gabriela A. ITURBIDE | **91**

Doctrina

Tokenización notarial

Daniela M. CELENTANO y Joaquín ROMERO PIERRI | **133**

La firma en la era digital. Eficacia jurídica y fe pública notarial en el derecho argentino y comparado

Ángel Francisco CERÁVOLO | **153**

La investidura de calidad de heredero y la exigencia de declaratoria judicial de herederos. Inconstitucionalidad de la segunda parte del artículo 2337 CCCN

María de las Nieves GRANATA | **181**

Extinción y liquidación del fideicomiso

José Fernando MÁRQUEZ | **201**

El protocolo digitalizado. La digitalización y la eficacia jurídica de las escrituras

Roberto Antonio MIGNOLO | **215**

Apuntes del régimen de protección de la vivienda

Alberto María MIGUENS | **227**

Partición por donación. Análisis crítico de la redacción del CCCN y su necesaria modificación desde la óptica de la realidad

Fernando Pérez LASALA | **243**

Disposición de bienes y heredero no presentado en el sucesorio. Análisis del heredero aparente y la protección del adquirente

Santiago P. REIBESTEIN | **255**

Acuerdo de gestación por sustitución

Damasia VERNI | **271**

Jurisprudencia

Blockchain al banco. La seguridad jurídica marca el límite

Daniela M. CELENTANO | **295**

Reflexiones sobre las condiciones de validez formal de testamentos otorgados en el país ante consulados extranjeros

María Elsa UZAL | **305**

Estimados lectores:

Presentamos hoy a nuestros lectores el número 949 de la Revista, segundo de la etapa de relanzamiento que incluye la edición en papel. Agradecemos muy especialmente el apoyo de los colegas que nos acompañan con su suscripción, porque nos permitió llegar a distintos ámbitos, en especial a los magistrados del Poder Judicial de la Nación, muchos de los cuales nos han manifestado su agradecimiento y su interés por nuestra publicación.

Continuamos con nuestra política editorial de sumar contribuciones doctrinarias a cargo tanto de autores vinculados al ámbito notarial como de destacados profesores universitarios que, con sus enfoques, nutren la publicación, y abordar temas vinculados con los vertiginosos cambios que impactan en nuestra actividad.

Durante este año, la Dirección de la Revista celebró un acuerdo con la Academia Nacional del Notariado, que permitirá incorporar trabajos elaborados por su cuerpo académico, lo que enriquecerá el debate y la producción doctrinaria que la publicación procura promover. En el *dossier* que inicia este número, dedicado a los derechos de disfrute sobre cosa ajena, se incluyen los primeros estudios surgidos del acuerdo, centrados en el usufructo.

Aunque en el ámbito notarial el usufructo sobre inmuebles es una herramienta ampliamente utilizada, estos trabajos se detienen en aspectos puntuales que, con seguridad, afinarán la aplicación práctica de este derecho para brindar mejores soluciones a los casos concretos que se presenten. Se agrega a los estudios de los académicos el aporte de una jurista especialista en derechos reales, la Dra. Gabriela Iturbide, sobre la distinción del usufructo respecto del uso y la habitación. Dado el cambio del régimen del usufructo en el Código Civil y Comercial, tener en cuenta las diferencias entre estos derechos poco utilizados en el ejercicio profesional permitirá aplicarlos con precisión según las necesidades de nuestros requirentes.

Dado el creciente impacto de las tecnologías sobre nuestra actividad, incluimos tres artículos sobre la influencia del mundo digital en aspectos de nuestra función. Ángel Cerávolo analiza en profundidad los efectos de las distintas categorías de firmas y su certificación, lo que permite señalar la diferencia esencial entre los efectos de una firma certificada por notario y los de otras modalidades que se utilizan hoy en otros ámbitos y que generan una peligrosa confusión en la comunidad. Es importante que tengamos clara esta diferencia para aplicarla en nuestra labor asesora.



En un momento en que nuestro Colegio está emprendiendo una importante labor con la digitalización de los protocolos notariales, creemos relevante que alguien con una sólida formación notarial y una extensa experiencia, como lo es el director del Archivo de Protocolos, Roberto Mignolo, nos ilustre sobre los alcances de esta tarea que cambiará la práctica de los estudios de títulos, ya que pasaremos de revisar las escrituras matrices en sus originales a analizarlas a través de la imagen digitalizada en el Archivo.

Parte de este proceso de digitalización es la desmaterialización de los bienes para representarlos en *tokens* que facilitan una muy rápida circulación. Esto se analiza en el trabajo de Daniela Celentano y Joaquín Romero Pierri, que recoge la ponencia premiada de ambos en la XXXV Jornada Notarial Argentina, que tuvo lugar en Pilar en 2025.

El artículo de María de las Nieves Granata nos plantea un enfoque crítico sobre la exigencia de la declaratoria de herederos como condición para la transmisión de bienes inmuebles adquiridos por herederos investidos de ese carácter de pleno derecho. La autora cuestiona este requisito incluido por el Código Civil y Comercial vigente.

El catedrático cordobés José Fernando Márquez aborda la extinción del contrato de fideicomiso por el vencimiento del plazo. La cuestión plantea dudas importantes, por la escasa regulación que el Código le dedica, lo que genera dificultades prácticas a la hora de autorizar los actos necesarios para liquidar el patrimonio fideicomitido.

El jurista mendocino Fernando Pérez Lasala desarrolla la opinión que presentara en las XXX Jornadas Nacionales de Derecho Civil sobre la necesidad de eliminar la posibilidad de que quienes participaron de una partición por ascendientes por donación discutan luego esa distribución mediante acciones de colación. De ser aceptada esta iniciativa, se daría mayor certeza a los títulos nacidos de esa figura jurídica hoy poco utilizada en la práctica.

Este número también incluye dos trabajos, de Santiago Reibestein y Damasia Verni, elaborados en el marco del Ciclo de Perfeccionamiento Profesional (art. 35 de la Ley 404), realizado por ambos para el acceso a la titularidad de registros notariales. Estos aportes fueron recomendados para su publicación por el docente coordinador de la comisión Familia y Sucesiones del curso.

Se comentan dos fallos: uno en materia de derecho internacional privado cuenta con un análisis detenido de la destacada especialista en el tema, la Dra. María Elsa Uzal, aporte que excede el marco de un mero comentario para constituir un artículo con un desarrollo extenso de las materias involucradas

en la resolución judicial. El otro, sobre blockchain, a cargo de Daniela Celentano, merece atención porque acota los alcances de la contratación electrónica en defensa de la seguridad jurídica.

Esperamos que el contenido de este número resulte de interés. Estamos seguros de que lo publicado genera doctrina llamada a convertirse en material de consulta en todo el medio jurídico.

Que lo disfruten.

EL DIRECTOR

Aportes de la Academia Nacional del Notariado

Usufructo de acciones

Alberto Aramouni*

RESUMEN

Se analiza el usufructo de acciones en las sociedades por acciones, especialmente en la sociedad anónima, a partir del régimen previsto en el Código Civil y Comercial y en la Ley General de Sociedades. El estudio aborda la naturaleza jurídica del usufructo de acciones, sus formas de constitución, duración, perfeccionamiento, extinción y los efectos que produce sobre los derechos del nudo propietario y del usufructuario. El autor sostiene que la calidad de socio corresponde, en principio, al nudo propietario, mientras que el usufructuario posee derecho a percibir los dividendos y frutos civiles generados durante la vigencia del usufructo. Asimismo, examina el alcance del pacto en contrario (art. 218 LGS), destacando la posibilidad de atribuir al usufructuario determinados derechos políticos, incluido el derecho de voto, cuestión ampliamente debatida por la doctrina y la jurisprudencia. El trabajo también estudia problemáticas específicas vinculadas con acciones no integradas, derecho de suscripción preferente, capitalización de reservas, derecho de receso, liquidación social y usufructos sucesivos, así como los efectos de la registración del usufructo en los libros societarios. Finalmente, concluye que el usufructo de acciones constituye una herramienta jurídica flexible que permite separar derechos patrimoniales y políticos sobre las acciones, siempre dentro de los límites establecidos por la legislación societaria y civil vigente.

PALABRAS CLAVE

Sociedades; usufructo de acciones; usufructuario; nudo propietario; dividendos; capacidad; extinción; plazo; suscripción; capitalización; derecho de voto.

* Abogado-escribano (UBA), doctorado en Jurisprudencia (USAL), miembro de número de la Academia Nacional del Notariado. Autor de *El objeto de las sociedades comerciales*, *Manual práctico de sociedades*, *Práctica del derecho societario* (Astrea) y *Derecho societario aplicado* (Di Lalla).



Sumario: 1. Generalidades, formas de constitución. 2. Formas de constitución. 3. Duración. 4. Propietario de las acciones. Dividendos. 5. Facultades inherentes a la condición de socio. Derecho de voto. 6. Capacidad para constituir usufructo de acciones. 7. Extinción del usufructo de acciones. 8. Entrega de acciones. 9. Derechos del usufructuario. 10. El usufructo y las acciones no integradas. 11. El usufructo de acciones y el derecho de suscripción preferente. 12. El usufructo de acciones y la capitalización de reservas. 13. Usufructo de acciones y el derecho a la cuota de la liquidación. 14. Usufructo de acciones y el derecho de recesso. 15. Usufructos sucesivos. 16. Perfeccionamiento del usufructo. 17. Dividendos compartidos. 18. Otros derechos. 19. Usufructo de la sociedad de responsabilidad limitada. 20. Conclusiones. 21. Bibliografía.

1. Generalidades, formas de constitución

Según el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), Ley 26994, “usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia” (art. 2129). Debido a ese concepto, puede constituirse el derecho real de usufructo sobre acciones en las sociedades por acciones, preferentemente sobre las sociedades anónimas, en donde la calidad de socio corresponde al nudo propietario, y al usufructuario, el derecho a percibir las ganancias logradas durante su duración.

El titular de la acción o su propietario tiene los derechos inherentes al carácter de socio, es decir, los políticos, y al usufructuario le quedan los dividendos. Es decir, al nudo propietario le corresponden las facultades propias de su condición de socio, tales como el uso del voto, el derecho de recesso, el de suscripción preferente de acciones, de participación en la liquidación de la sociedad como en la recepción de ganancias pasadas a reserva o a capitalización, pero comprende al usufructo las acciones entregadas por la capitalización.

También corresponden al nudo propietario el derecho a la información y a la impugnación de asambleas según el artículo 251 de la Ley General de Sociedades 19550 (LGS). El usufructo de acciones se constituye como contrato por instrumento privado o por escritura pública y se inscribe en el libro registro de acciones. Puede inscribirse en la Inspección General de Justicia (IGJ), aunque no es obligatorio, y basta con su inscripción en el libro societario, según el artículo 213 de la Ley General de Sociedades 19550 (LGS), y, si fueran escriturales, en el libro registro de acciones escriturales, según el artículo 215 de la LGS.

Durante la vigencia de la Resolución General (RG) 7/05 de la IGJ se determinó que “no se inscribirá en el Registro Público de Comercio la constitución de usufructo de cuotas sociales que comprenda la transmisión de derechos de voto

al usufructuario". Pero este criterio cambió al sancionarse las modificaciones en la RG IGJ 7/15. De acuerdo con el artículo 137, en el que se refirió la "transmisión del derecho de voto" y los requisitos que deben cumplirse – entre ellos, el dictamen profesional–, deberán señalarse los "datos del instrumento del que surja la transmisión de derecho de voto especificando el alcance de la inversión del Régimen legal (art. 218, LGS 19550)". En virtud de lo dispuesto por el artículo 470 CCCN, se deberá expresar el asentimiento conyugal en el instrumento respectivo.

2. Formas de constitución

De acuerdo con el artículo 2136 del CCCN, "el usufructo puede ser establecido, puro y simplemente sujeto a condición o plazos resolutorios o con cargo. No puede sujetarse a condición o plazo suspensivo". Puede constituirse por instrumento privado con certificación notarial de firmas o por escritura pública y bajo estas características:

- 1) A título oneroso, cuando es producto de una venta de acciones, de una participación o de una transacción intersocietaria, o de una venta de acciones a plazo en la que el transmitente se reserva la nuda propiedad hasta la cancelación del precio.
- 2) Por contrato a título gratuito, como en el caso de donación de acciones, donde el donante se reserva la nuda propiedad con el ejercicio de los derechos políticos, salvo pacto en contrario.
- 3) Por acto de última voluntad. En el caso de que el testador legue el usufructo a una persona y la nuda propiedad a otro heredero designado expresamente en el testamento.
- 4) Por disposición legal: cuando el usufructo de los títulos de acciones de los hijos menores es otorgado a los padres.

3. Duración

La duración del usufructo será la que surja del contrato constitutivo. Debemos tener presente los artículos 2129 y 2123 del CCCN, así como los artículos 2152 y 2153 referidos a la extinción del usufructo. Si el instrumento de constitución nada dice, debe entenderse que es de por vida. Asimismo, debe tenerse presente el artículo 2136 de la CCCN, que se refiere a "modalidades" y a distintos modos de establecer plazos y/o condiciones acerca de la duración del usufructo.

4. Propietario de las acciones. Dividendos

El usufructo de acciones genera una división de los derechos del accionista: los derechos que se originan del estado de socio quedan en cabeza del nudo propietario y el derecho a percibir las ganancias obtenidas durante el usufructo le corresponde al usufructuario. El artículo 2130 del CCCN, al referirse al objeto (“el usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa de los siguiente objetos...”), incluye el usufructo de acciones en el inciso b), al decir “un derecho, sólo en los casos en que la ley lo prevé”. Por ello se aplican las normas generales del usufructo (arts. 2129 a 2153).

Se debe tener presente que el primer párrafo del artículo 218 de la LGS expresa que “la calidad de socio corresponde al nudo propietario”, lo que evidencia que, “salvo pacto en contrario”, los derechos de voto, derecho de recesso, derecho a la suscripción preferente, inclusive la partición de los resultados de la liquidación, así como las ganancias pasadas a reserva o a capitalización, le pertenecen.

En cuanto a las ganancias o dividendos, se ha de considerar lo dispuesto en el propio artículo 218 de la Ley 19550 y también lo que expresa el artículo 2141 del CCCN, por considerar el dividendo un fruto civil para el usufructuario, en proporción al tiempo que dure el usufructo.

La ganancia o dividendos son determinados por el balance anual de cierre del ejercicio económico y tienen las características de regularidad y periodicidad. La ganancia o dividendos se distribuyen anualmente, luego de su tratamiento en la asamblea ordinaria, según el artículo 234 de la LGS –cuyo inciso 1) menciona el “balance general, estado de resultados, distribución de ganancias”–, y deben ser sometidos a la aprobación de los accionistas.

5. Facultades inherentes a la condición de socio. Derecho de voto

El artículo 218 de la LGS se refiere a los derechos de nudo propietario, en el cuarto párrafo. En él se establece que, salvo pacto en contrario, el ejercicio de los derechos de la condición de socio le corresponde al nudo propietario. El pacto en contrario y el usufructo legal permiten asignarle al usufructuario el derecho de voto. Si bien un sector de la doctrina sostiene que no resulta posible tal decisión por ser intransferible e indelegable, lo cierto es que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia señalan que es admisible porque el pacto en contrario implica que todos los restantes derechos del estado de socio pueden ser cedidos al usufructuario.

Precisamente, el fallo recaído en autos “Macchi” (CNCiv. Sala F, 2010) señaló:

Si el instrumento nada expresa sobre la atribución de los derechos políticos, la doctrina no es pacífica en este punto. Según Sassot Betes-Sassot, las opiniones podrían sintetizarse en cuatro grupos, según que la facultad sea otorgada: (i) al nudo propietario, asumiéndose la intransferibilidad de tales derechos no patrimoniales, propios del *status socii*, o anexos a la propiedad, o al derecho de voto –entre muchos, Halperín, Fernández, Garo, R. A. Nissen, J. B. Siburu–; (ii) al usufructuario, entendiendo que la votación es un acto de administración y que, a través de su ejercicio, se obtiene la aprobación del balance y la distribución de las utilidades –Thaller, Ripert, L. Mossa, art. 2352 Código Italiano de 1942, arts. 690 y 692 Código Suizo de las Obligaciones; (iii) a ninguno de los dos, en tanto el desmembramiento de los derechos accionarios importa la suspensión de los derechos políticos que no pueden ser ejercidos –Biermann, citado por Sánchez Torres–; (iv) a uno u otro según se trate de votar en asambleas ordinarias o extraordinarias, dando el voto al usufructuario en las ordinarias por tratarse en ellas esencialmente actos de administración y gestión societaria, y al nudo propietario en las extraordinarias por ser de su incumbencia los actos no administrativos de la sociedad –Ascarelli, Pic, art. 163 Ley de Sociedades francesa de 1966– (para mayor detalle, cfr. Sassot Betes, M. A. y Sasot M. P., *Sociedades Anónimas, Acciones*, p. 344/45, Ed. Abaco, 1985).

Con relación al ejercicio del derecho a voto, nos remitimos a la doctrina señalada por Sasot Betes y Sasot (1985, pp. 344–345).

6. Capacidad para constituir usufructo de acciones

Para constituir el usufructo de acciones se requiere la misma capacidad que para transferir la propiedad de las acciones, salvo el caso del usufructo legal. Es decir, no tendrá capacidad para constituir usufructo oneroso quien carece de capacidad para venderlas. Tampoco podrá constituir la a título gratuito quien no tenga capacidad para donar. Tampoco podrá constituir usufructo por acto de última voluntad quien carezca de capacidad para testar.

La constitución del usufructo, para la sociedad, se perfecciona cuando se inscribe en el libro “Registro de acciones”, al ser las acciones “nominativas no endosables” en virtud de la Ley 24587 de Nominatividad de los Títulos Valores Privados, y también al inscribirse en el registro público (IGJ o Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires [DPPJ]).

7. Extinción del usufructo de acciones

El artículo 2152 del CCCN establece que son medios especiales de extinción del usufructo:

a) la muerte del usufructuario, aunque no se haya cumplido el plazo o condición pactados. Si no se pactó la duración del usufructo, se entiende que es vitalicio; b) la extinción de la persona jurídica usufructuaria. Si no se pactó la duración, se extingue a los cincuenta años desde la constitución del usufructo; c) el no uso por persona alguna durante diez años, por cualquier razón. El desuso involuntario no impide la extinción, ni autoriza a extender la duración del usufructo.

Por su parte el artículo 2153, al referirse a los efectos de la extinción, señala que:

Extinguido el usufructo originario se extinguen todos los derechos constituidos por el usufructuario y sus sucesores particulares. El usufructo cedido por el usufructuario no puede durar más allá de la oportunidad prevista para la extinción del usufructo originario.

Respecto al usufructo de acciones, podemos decir que, tratándose de un derecho temporario a favor de una persona humana o jurídica, si ocurre la extinción de su titular, también se produce la extinción del usufructo de la acción, tal como lo expresa el artículo 2152 del CCCN cuando, en el inciso a), se menciona la muerte del usufructuario. También se produce la extinción cuando venció el plazo contractual o legal del usufructo. En el caso de que el usufructuario siguiera percibiendo los frutos, estará obligado a su restitución.

En cuanto a la duración legal del usufructo, se computa el tiempo en que el usufructuario no hizo uso de su derecho. Podemos agregar que la extinción del usufructo de acciones se produce cuando la sociedad no percibió las sumas de dinero para completar la integración debida de las acciones y se dispone su venta de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 193 de la LGS.

8. Entrega de acciones

El tema de la entrega de las acciones debe ser analizado antes y después de la sanción de la Ley 24587, referido a la nominatividad de los títulos valores, en la que se dispuso que las acciones de la sociedad por acciones deben ser nominativas no endosables. También deben considerarse las acciones escriturales, ya que este tipo de acciones no se representan en títulos y, en tal caso, se inscriben en cuentas llevadas a nombre de sus titulares, según se

disponen en los artículos 208 y 215 de la LGS. El artículo 215 establece que la transmisión de acciones nominativas o escriturales y la constitución de los derechos reales que las graven deben notificarse por escrito a la sociedad emisora o entidad que lleve el registro, e inscribirse en el libro (registro de acciones o registro de acciones escriturales). Surte efecto contra la sociedad y los terceros desde su inscripción de acuerdo con el artículo 213 de la citada ley. Por lo expuesto, no resulta necesaria la entrega de las acciones al usufructuario para cumplir el requisito de la tradición, pues bastaría con el certificado de su registración donde conste el usufructo. De todos modos, si se entregasen los títulos representativos de las acciones sobre las que recae el usufructo, el usufructuario debe facilitárselos al nudo propietario para que este ejerza sus derechos en su debido momento.

9. Derechos del usufructuario

El artículo 218 de la LGS determina que el usufructuario tiene derecho a percibir las ganancias obtenidas durante el usufructo, es decir, los dividendos originados al cabo de cada ejercicio económico que la doctrina y jurisprudencia han asimilado a los frutos civiles. El mismo artículo 218 establece que no corresponden las ganancias pasadas a reserva o capitalizadas, pero comprenden las correspondientes a las acciones entregadas por la capitalización. El artículo 2141 del CCCN señala que pertenecen al usufructuario los frutos percibidos y los frutos pendientes al tiempo de constituirse el usufructo, pero, sin embargo, los pendientes al tiempo de su extinción pertenecen al nudo propietario.

El artículo 218 señala que los derechos del usufructuario quedan limitados al pago en efectivo de la sociedad a los accionistas, de las ganancias realizadas y liquidadas que surgen del balance, una vez finalizado el ejercicio económico y debidamente aprobado por la asamblea ordinaria de accionistas. El artículo en análisis señala que el usufructuario tiene derecho a percibir "las correspondientes a las acciones entregadas por la capitalización". Los derechos del usufructuario se limitan a los derechos patrimoniales, es decir, a la percepción de las utilidades, con excepciones de la cuota de partición, salvo pacto en contrario y en el usufructo legal.

Ciertos beneficios incorporados a la acción del accionista, como descuentos sobre el precio de venta de los productos elaborados por la sociedad o el derecho a participar en los sorteos para la adjudicación de vivienda a precio de costo, o descuentos en los servicios que presta la sociedad o anticipo de dinero en préstamo a intereses reducidos, no

corresponde que sean adjudicados al usufructuario como parte de los dividendos, pues son ventajas ajenas que le pertenecen al nudo propietario.

En cambio, sí le corresponde al usufructuario la distribución de dividendos abonados con bienes que integran el patrimonio de la sociedad, aprobados así por la asamblea ordinaria de accionistas.

Con relación al tema, sugerimos analizar lo expuesto por Roitman (2006, pp. 712-714) y por Sasot Betes y Sasot (1985, pp. 341-344).

10. El usufructo y las acciones no integradas

El último párrafo del artículo 218 LGS en estudio se refiere a las acciones no integradas y establece que “el usufructuario para conservar sus derechos debe efectuar los pagos que correspondan sin perjuicio de repetirlos del nudo propietario”. Se remite a los artículos 37, 192 y 193, relativos a la mora en el aporte y en la integración. Dado que la obligación de la integración le pertenece al nudo propietario, la ley admite que el usufructuario, para percibir los frutos o dividendos del usufructo, integre el saldo pendiente del aporte, pudiendo luego repetir la inversión realizada al titular de las acciones.

Del texto del artículo 218 LGS surge que la obligación de la integración total no es del usufructuario, sino que es una opción a la que podrá acogerse para conservar los beneficios del usufructo, ante la pasividad del nudo propietario en completar la integración. La opción que la ley otorga al usufructuario procede cuando el nudo propietario no ha integrado la totalidad de las acciones.

11. El usufructo de acciones y el derecho de suscripción preferente

El artículo 194 de la LGS señala que el titular de las acciones ordinarias de voto simple o plural tiene el derecho preferente a la suscripción de nuevas acciones de la misma clase, en proporción a las que posea. Este derecho respecto a la acción dada en usufructo refleja dos temas: a quién corresponde el derecho a la suscripción preferente –si al nudo propietario o al usufructuario– y a quién corresponde el goce de los dividendos que abone la sociedad a las nuevas acciones.

Respecto al primer punto, la mayor parte de la doctrina le otorga dicho derecho al nudo propietario, pues se trata de “un derecho extraño al contenido del usufructo”, dado que no se trata de un beneficio, sino de una facultad concedida al accionista en los aumentos de capital para seguir

manteniendo el valor de su parte del capital social en la sociedad. En cuanto al goce de los beneficios de las nuevas acciones, la doctrina no es unánime. Un sector sostiene que el usufructuario no tiene por qué beneficiarse de los dividendos que la sociedad acredite a los nuevos accionistas, dado que, como las acciones emitidas fueron compradas con dinero del nudo propietario, se opera un aumento de este que no afecta al usufructo. Por su parte, Halperin sostiene que se trata de los demás derechos que se derivan de su condición de socio, es decir, quedan a favor del nudo propietario (ver Sasot Betes y Sasot, 1985, pp. 352 y 353).

12. El usufructo de acciones y la capitalización de reservas

El artículo 218 LGS, en su segundo párrafo establece:

El usufructuario tiene derecho a percibir las ganancias obtenidas durante el usufructo. Este derecho *no incluye las ganancias pasadas a reserva o capitalizadas*, pero comprende las correspondientes a las acciones entregadas por la capitalización.¹

De esta manera, la LGS distingue entre patrimonio y beneficios. La cifra contable que representa al patrimonio no se modifica por la capitalización de una parte de este, ya que sólo aumenta la cifra del capital social y la cantidad de títulos representativos de las acciones en cabeza de los accionistas. Por esta razón, las acciones entregadas al nudo propietario por capitalización de reservas no integran los derechos del usufructuario, “pero comprende las correspondientes a las acciones entregadas por la capitalización”.

13. Usufructo de acciones y el derecho a la cuota de la liquidación

Una vez que se incurre en una de las causas de disolución determinada por el artículo 94 de la LGS, corresponde iniciar el proceso de liquidación según los artículos 101 a 112 (en especial, los artículos 107, 109, 111 y 112, referidos a la partición, balance final y distribución, ejecución, cancelación de la inscripción de la sociedad). La ley señala expresamente que el derecho a participar en los resultados de la liquidación *le pertenece al nudo propietario, salvo pacto en contrario*. Debe tenerse presente que, desde el momento que se practica la disolución y liquidación de la sociedad, cesa la

1. El destacado es nuestro.

distribución de ganancias en forma de dividendos. En su lugar, tal como lo señalan los artículos mencionados –referidos a la disolución, liquidación y distribución–, corresponde la adjudicación que, cabe reiterar, le pertenece al nudo propietario, salvo pacto en contrario. Por tal motivo, el artículo 218 establece que “inclusive la participación en los resultados de la liquidación corresponde al nudo propietario, salvo pacto en contrario”.

14. Usufructo de acciones y el derecho de receso

El artículo 245 de la LGS se refiere al derecho de receso otorgado a los accionistas disconformes con las modificaciones mencionadas en el último párrafo del artículo 244. Este derecho procede en casos de transformación, prórroga o reconducción, transferencia del domicilio al extranjero, cambio fundamental del objeto social y reintegración total o parcial del capital social, salvo en los casos de disolución anticipada y de los accionistas de la sociedad incorporante en procesos de fusión o escisión.

Tales accionistas disconformes pueden separarse de la sociedad, con reembolso del valor de sus acciones. También podrán separarse en los casos de aumentos de capital que competan a la asamblea extraordinaria y que impliquen desembolso del dinero para el socio, de retiro voluntario de la oferta pública o de la cotización de las acciones:

En las sociedades que hacen ofertas públicas de sus acciones o se hallan autorizadas para la cotización de las mismas, los accionistas no podrán ejercitar el derecho de receso en los casos de fusión o de escisión si las acciones que deben recibir en su consecuencia estuviesen admitidas a la oferta pública o para la cotización, según el caso. (Art. 245 LGS, 2º párr.)

Respecto a los titulares del derecho de receso, el texto legal establece:

Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 244 para la determinación de la mayoría, el derecho de receso sólo podrá ser ejercido por los accionistas presentes que votaron en contra de la decisión, dentro del quinto día y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas al tiempo de la asamblea dentro de los quince días de su clausura. (Art. 245 LGS, 3º párr.)

El artículo 245 también analiza la caducidad, la fijación del valor y la nulidad. Respecto a esta última, establece que “es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio”. El tema planteado le otorga al accionista el derecho de receso que implica poder retirarse de la sociedad percibiendo como reembolso el valor de sus acciones. Entonces, cabe preguntarse a quién corresponde ejercerlo:

¿al nudo propietario o al usufructuario? Resulta evidente que su ejercicio implica dejar de ser accionista y, por lo tanto, que las acciones dadas en usufructo perderán su valor de tales.

Con relación a la sociedad, esta debe intervenir para comprobar que se dé cumplimiento al artículo 245 de la LGS, es decir que quien resulte accionista, y que no haya votado afirmativamente, exprese en forma clara su disconformidad con la decisión de la asamblea.

Es fundamental que, al constituirse el usufructo, se cumpla con lo convenido, dado que el resultado estará supeditado a quien se haya reservado el ejercicio del derecho de receso. Si nada se estipuló, el ejercicio del derecho de receso le corresponderá al nudo propietario. Por ello, al constituirse el usufructo, debe pactarse a quién le pertenece ese derecho, y estipularse si queda reservado al nudo propietario o al usufructuario. Resulta evidente que, si el derecho de receso también le fue otorgado al usufructuario, se le debe dar el derecho de voto porque es fundamental que haya votado en disconformidad con la decisión que adoptó la asamblea de accionistas.

15. Usufructos sucesivos

El artículo 218 LGS en estudio, en su tercer párrafo, se refiere a los usufructuarios sucesivos: “si hubiere distintos usufructuarios se distribuirá a prorrata de la duración de sus derechos”. Esto sucede cuando el nudo propietario constituye varios usufructos a distintos usufructuarios sobre las mismas acciones. El dividendo, por lo tanto, se distribuirá en proporción a la duración de los derechos de cada uno y “se percibirá por el tenedor del título en el momento del pago”. Tratándose de acciones nominativas no endosables, según la Ley 24587, o acciones escriturales (arts. 208 y 215 LGS), será tenido en cuenta el orden en el que aparezcan inscriptos en el registro de acciones o cuenta de acciones escriturales.

Al ser un fruto civil, en los términos del artículo 2141 del CCCN, el dividendo se considerará día por día. Ello es así aun cuando la distribución se realice anualmente, previa aprobación del balance y los estados contables por parte de la asamblea ordinaria (art. 234 LGS).

16. Perfeccionamiento del usufructo

Con anterioridad a la sanción de la Ley 24587 de nominatividad de títulos valores, el nudo propietario debía entregar al usufructuario los títulos

accionarios; no obstante, este último estaba obligado a facilitárselos al nudo propietario para que este ejerciera sus derechos.

Sin embargo, al sancionarse la Ley 24587, se prescinde de los títulos al reemplazarse la acción cartular por acciones escriturales (arts. 208 y 215, LGS). En este caso, la inscripción en el Registro de acciones (arts. 213 y 215, LGS) resulta suficiente y, en consecuencia, adquieren validez los registros y el orden de inscripción, bastando un certificado que lo acredite u otro procedimiento que garantice el ejercicio de los derechos del nudo propietario.

El usufructo se tiene por válido una vez suscripto el contrato, y es oponible a la sociedad una vez inscripto en el Libro Registro de acciones (art. 213, LGS), o en el Registro de acciones escriturales (art. 215, LGS), o bien en el Registro público (IGJ o DPPJ).

17. Dividendos compartidos

Los dividendos generados en ejercicios anteriores al contrato de usufructo corresponden al nudo propietario pues no tiene efecto retroactivo y rige a partir de su constitución. Los dividendos que se generaron en el tiempo que rige el usufructo, pero declarados después de su extinción, corresponden al nudo propietario y no al usufructuario.

Si el usufructo de las acciones se constituyó con posterioridad al inicio del ejercicio contable, el dividendo se distribuirá entre el nudo propietario y el usufructuario en forma proporcional, computándose el tiempo de titularidad de cada uno desde la celebración del contrato.

18. Otros derechos

Es posible decir que, en principio, el usufructo de acciones confiere al usufructuario el derecho a percibir el dividendo. Es más preciso expresar *dividendos*, dado que pueden existir *ganancias* que no se distribuyen, de modo que no se convierten en dividendos, tales como las ganancias pasadas a reserva o capitalizadas. El párrafo cuarto del citado artículo 218 expresa que:

El ejercicio de los demás derechos derivados de la calidad de socio, inclusive la participación de los resultados de la liquidación, corresponde al nudo propietario salvo pacto en contrario, y el usufructo legal.

El pacto en contrario le permite al usufructuario ejercer los derechos de voto – asistiendo a las asambleas de información, de impugnación (art.

251, LGS)–, el derecho de receso –previo ejercicio del derecho de voto– y, en general, todos los derechos políticos, incluso el ejercicio del derecho de suscripción preferente.

19. Usufructo de la sociedad de responsabilidad limitada

La RG 15/24 de la IGJ regula su tratamiento y establece los requisitos para su constitución e inscripción en los artículos 115 y 116.

20. Conclusiones

- 1) Formas de constitución:
 - a. por instrumento privado con certificación notarial de firmas;
 - b. a título oneroso o gratuito.
- 2) Duración:
 - a. la que surja del contrato constitutivo;
 - b. se deben tener presentes los artículos 2123, 2129, 2152 y 2153 del CCCN, referidos a la extinción del usufructo.
- 3) Propietario de las acciones y dividendos:
 - a. Los derechos del estado de socio quedan en cabeza del nudo propietario y el derecho de percibir las ganancias obtenidas durante el usufructo le corresponden al usufructuario.
 - b. Según el artículo 218 LGS, la calidad de socio corresponde al nudo propietario, *salvo pacto en contrario*. Los derechos de voto, derecho de receso, derecho a la suscripción preferente, incluso la partición de los resultados de la liquidación, así como las ganancias pasadas a reserva o a capitalización, le pertenecen al nudo propietario.
- 4) Facultades inherentes a la condición de socio. Derecho de voto: El artículo 218 de la LGS se refiere a los derechos del nudo propietario, *salvo pacto en contrario*, el ejercicio de los derechos de la condición de socio, le corresponden al nudo propietario. El pacto en contrario y el usufructo legal permiten asignarle al usufructuario el derecho de voto. Si bien un sector de la doctrina sostiene que tal decisión no es posible por considerarla intransferible e indelegable, lo cierto es que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia señalan que es admisible. El argumento es que el pacto en contrario implica que todos los restantes derechos del estado de socio –como el de voto, receso y suscripción preferente, e incluso la partición de los resultados de la liquidación, las

ganancias pasadas a reserva o la capitalización de ganancias- pueden ser transferidas o cedidas al usufructuario, aun cuando por su calidad de socio correspondan al nudo propietario (Sasot Betes y Sasot, 1985, pp. 344-345). En cuanto a las ganancias o dividendos, le corresponden al usufructuario.

- 5) Capacidad para constituir usufructo de acciones: Se requiere la misma capacidad que para transferir la propiedad de las acciones.
- 6) Extinción de usufructo: arts. 2152 y 2153 del CCCN.
- 7) Entrega de acciones: En virtud de la Ley 24587 y de los artículos 208 y 215 de la LGS (acciones escriturales), no hay entrega de acciones; sólo se inscriben en el libro de registro de acciones, según los artículos 213 y 215 de la LGS.
- 8) Derechos del usufructuario: Según el artículo 218 de la LGS, el usufructuario tiene derecho a percibir las ganancias obtenidas durante el usufructo, es decir, los dividendos originados al cabo de cada ejercicio económico y según los frutos civiles, según el artículo 2141 del CCCN.
- 9) El usufructo y las acciones no integradas: Dado que las obligaciones de la integración le pertenecen al nudo propietario, la ley admite que el usufructuario, para percibir los frutos o dividendos del usufructo, integre el saldo pendiente, pudiendo repetir la inversión realizada al titular de las acciones.
- 10) El usufructo de acciones y el derecho de suscripción preferente:
 - a. Se debe tener presente el artículo 194 de la LGS.
 - b. Respecto a la acción dada en usufructo: ¿a quién corresponde?: a) ¿al nudo propietario o al usufructuario?; b) ¿a quién corresponde el goce de los dividendos que abone la sociedad a las nuevas acciones? Con respecto al primer punto, la mayor parte de la doctrina le otorga dicho derecho al nudo propietario. En cuanto al goce de los beneficios de las nuevas acciones, la doctrina no es unánime. Un sector sostiene que el usufructuario no tiene por qué beneficiarse de los dividendos que la sociedad acredite a los nuevos accionistas, dado que, como las acciones fueron compradas con dinero del nudo propietario, este aumento no afecta al usufructo. Halperin sostiene que se trata de los demás derechos que se derivan de su condición de socio, es decir, quedan a favor del nudo propietario.
- 11) El usufructo de acciones y la capitalización de reservas: El derecho a percibir ganancias por el usufructuario no incluye las ganancias pasadas a reserva o capitalizadas, pero comprende a las acciones entregadas por la capitalización.

- 12) Usufructo de acciones y el derecho a la cuota de la liquidación: El derecho a participar en los resultados de la liquidación le pertenece al nudo propietario, salvo pacto en contrario.
- 13) Usufructo de acciones y el derecho de receso: Debe cumplirse con lo convenido al constituirse el usufructo, dado que estará supeditado a quien se haya reservado el ejercicio del derecho de receso. Si nada se estipuló, el ejercicio del derecho de receso le corresponderá al nudo propietario. Si el derecho de receso le fue otorgado al usufructuario, se le debe dar a este el derecho de voto, pues es fundamental que haya votado en disconformidad con la decisión que adoptó la asamblea de accionistas.
- 14) Usufructos sucesivos: El artículo 218, en su tercer párrafo, establece que "si hubiera distintos usufructuarios se distribuirá a prorrata de la duración de sus derechos".
- 15) Perfeccionamiento del usufructo: El usufructo se tiene por válido una vez suscripto el contrato y es oponible a la sociedad una vez inscripto en el libro de registro de acciones (art. 213 LGS), o en el registro de acciones escriturales (art. 215 LGS), o bien en el registro público (IGJ o DPPJ).
- 16) Dividendos compartidos:
 - a. Los dividendos generados en ejercicios anteriores al contrato de usufructo corresponden al nudo propietario. Los dividendos que se generaron en el tiempo que rige el usufructo, pero declarados después de su extinción corresponden al nudo propietario y no al usufructuario.
 - b. Si el usufructo se constituyó después de iniciado el ejercicio contable, el dividendo será distribuido entre el nudo propietario y el usufructuario en forma proporcional, computándose el tiempo de titularidad de cada uno desde la celebración del contrato.

21. Bibliografía

SASOT BETES, Miguel A. y SASOT, Miguel P. (1985). *Sociedades anónimas : acciones, bonos, debentures y obligaciones negociables*. Ábaco.

ROITMAN, Horacio. (2006). *Ley de sociedades comerciales: comentada y anotada* (t. 3). La Ley.

Jurisprudencia:

CNCom. Sala F. (02/11/2010). "Macchi, Cecilia Laura c/ Merello de Macchi, Ángela Josefina y otros". *La Ley* (t. 2011-B [AR/JUR/87751/2010]).

Aportes de la Academia Nacional del Notariado

Usufructo y ganancialidad

Natalio Pedro Etchegaray*

RESUMEN

Se analiza la naturaleza jurídica de los derechos reales de usufructo, uso y habitación en el derogado Código Civil y sus sucesivas reformas hasta el vigente Código Civil y Comercial. Se plantea si es necesario el asentimiento conyugal para ceder o renunciar un derecho real de usufructo adquirido onerosamente sin aclarar origen del dinero, por un titular casado, o si solo daría derecho "a recompensa" al momento de la extinción de la sociedad de gananciales (divorcio o fallecimiento). Se analizan los siguientes conceptos jurídicos: bienes personales y derecho a recompensas, así como la distinción jurídica entre las distintas posesiones que ejercen, respectivamente, el nudo propietario y el usufructuario sobre un bien determinado. Se hace extensiva la solución para el caso del donante que se reserva el usufructo. Se recuerda la implícita prohibición legal de que el derecho real de usufructo se herede, ya que la norma dispone que el usufructo se extingue al morir el titular. En esencia, este punto es el que lo distingue de los derechos gananciales, que se dividen según la ley entre el cónyuge superviviente y los herederos. Todo ello conduce a sostener que la adquisición onerosa de un usufructo por un cónyuge con dinero ganancial no le acuerda carácter ganancial al derecho de usufructo. En consecuencia, no es necesario el asentimiento conyugal para disponer onerosa o gratuitamente del derecho real del usufructo adquirido con fondos gananciales, tampoco por la renuncia. Se aclara que esta afirmación no comprende los actos de disposición del inmueble asiento de la vivienda familiar (arts. 456 y 522 del CCCN.), se trate de matrimonio o de convivencia.

PALABRAS CLAVE

Derechos reales; usufructo; derechos del usufructuario; muerte del usufructuario; bienes gananciales; asentimiento conyugal; recompensa; comunidad de gananciales; posesión del usufructuario; posesión del nudo propietario.

* Notario. Doctor H. C. UNA. Fundador y profesor de la UNA. Profesor de Técnica Notarial en las Universidades de La Plata, de Buenos Aires, Católica Argentina, del Salvador. Titular de registro notarial N° 22 de Lomas de Zamora por concurso. Diversas distinciones por trabajos de docencia e investigación notarial, en jornadas y congresos nacionales e internacionales.



Sumario: 1. Introducción. 2. Usufructo, uso y habitación en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en sus sucesivas reformas, incluso en el vigente CCCN. 3. No es necesario el asentimiento conyugal para ceder o renunciar al usufructo adquirido. 3.1. Bien personal. 3.2. Recompensas. 4. Distinción entre las distintas posesiones que ejercen el nudo propietario y el usufructuario sobre un bien determinado. 5. Bibliografía.

1. Introducción

Un señor X casado, de 65 años, y quien confía más en las ganancias que le proporciona su empresa que en el legendario valor de los ladrillos, adquiere el usufructo vitalicio de una residencia en Cariló (Partido de Pinamar, Provincia de Buenos Aires) por la suma de 200.000 dólares. El Sr. X fallece a los pocos días. ¿Qué le queda a su familia de esta inversión? Claramente, nada. ¿Lo heredan sus hijos, su cónyuge y, en un caso excepcional, sus padres? No. ¿Qué derecho le queda a su cónyuge? Incorporar un crédito de 100.000 dólares a la parte que le corresponde en la liquidación de la disuelta comunidad de gananciales. ¿Y cuál es la razón para incorporar ese crédito? El concepto jurídico de recompensa que surge del artículo 488 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).

No encuentro nada en ese usufructo para calificarlo como bien ganancial, salvo que se le aplicara la definición general del artículo 465 inciso a) del CCCN: lo que es adquirido con fondos gananciales, sin tener en cuenta los casos de excepciones que el mismo artículo 465 expresa en sus incisos f), m), n) y ñ), y la doctrina espejo que el propio CCCN expone en los incisos b), c), f), l), k), l) y m) del artículo 464 en relación con los bienes propios.

Basta tener presente que, de acuerdo con el inciso k) del artículo 464 (CCCN), en el caso de que un cónyuge edifique con fondos gananciales por un valor de 100 –en un terreno propio de valor de 10–, podrá disponer libremente del edificio resultante sin necesidad de asentimiento conyugal. Y, en cuanto al otro cónyuge, o a sus herederos, le resta esperar el momento de la disolución de la comunidad de gananciales –por divorcio o fallecimiento– para obtener la debida recompensa por la utilización de bienes gananciales en provecho propio.

2. Usufructo, uso y habitación en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en sus sucesivas reformas, incluso en el vigente CCCN

Considero imprescindible un análisis conciso, pero completo, de las actuales características de estos derechos reales. Por ejemplo, la declarada

transmisibilidad del usufructo (art. 2142, CCCN), que, en definitiva, concede al adquirente del derecho un poco más –sólo la posibilidad de constituir los derechos reales de servidumbre, anticresis y uso y habitación– que la posición que tendría si el usufructuario le hubiera cedido los derechos personales de uso y goce del usufructo. Además, le impone, con carácter previo, la obligación de dar al nudo propietario garantía suficiente de la conservación y restitución del bien, desobligando al usufructuario enajenante.

Desde el punto de vista económico, esto pone en evidencia un serio inconveniente: podrá ser un buen negocio para el transmitente, pero dudo acerca de las ventajas que le brinda al adquirente que asume garantías, sin seguridad alguna del tiempo que durará su usufructo. A su vez, no están claras las consecuencias de las sucesivas transferencias de un determinado derecho real de usufructo a la muerte de esos sucesivos adquirentes. Es necesario desarrollar y ejemplificar de forma casuística la aplicación de la primera frase del artículo 2142 cuando estipula que “el usufructuario puede transmitir su derecho, pero es su propia vida y no la del adquirente la que determina el límite máximo de duración del usufructo”. En cambio, la sola cesión de los derechos de uso y goce permite al usufructuario, sin ninguna duda, recobrar su derecho al cumplirse el plazo o las condiciones resolutorias acordadas en el contrato de cesión de ese uso y goce.

Queda abierto el análisis de las características esenciales de estos tres derechos reales que el notario debe tener en cuenta cuando se le presentan casos relativos a la constitución, enajenación, cesión, extinción o renuncia de los mismos.

3. No es necesario el asentimiento conyugal para ceder o renunciar al usufructo adquirido

Es oportuno estudiar, dentro del régimen de comunidad de gananciales (capítulo 2, libro segundo, CCCN), los conceptos jurídicos de bienes personales y recompensas.

3.1. Bien personal

El carácter personal del usufructo se define en la doctrina tradicional; por ejemplo, Boulanger y Ripert (1965) sostienen:

Cesibilidad del usufructo. Según los términos del art. 595, el usufructuario puede disponer de su derecho, sea por una venta, sea por una donación. En

realidad, más que el derecho mismo, lo cesible es el emolumento. Puede observarse, en efecto, que a pesar de la cesión el usufructo continúa residiendo en cabeza del cedente, por una doble razón: 1º el usufructuario no se ha liberado de sus obligaciones y continúa siendo responsable ante el nudo propietario; 2º el usufructo se extinguirá por la muerte del cedente y no del cesionario, quien es indiferente. *Esa es una consecuencia del carácter personal del usufructo.* (§ 2946, p. 470)¹

Debe tenerse presente, como lo recordaba en el punto 1, que el artículo 2142 (CCCN) actualmente exige la previa asunción de responsabilidades por parte del nuevo usufructuario para desobligar al usufructuario titular.

Estos autores (Boulanger y Ripert, 1965, § 2936, p. 466) recuerdan que no tiene que ver con el carácter personal del usufructo el hecho histórico de que, en el antiguo derecho francés, el usufructo, el uso y la habitación se denominaran “servidumbres personales”, derivadas del derecho romano, en el que la palabra *servitus* se empleaba para designar a todas las restricciones impuestas al propietario en favor de otro. Si se califica al usufructo de “servidumbre personal” es sólo para recordar que se ha establecido en beneficio de una persona, a la que no puede sobrevivir. En otras palabras, es vitalicio. Asimismo, al estudiar el carácter personal del usufructo, recuerdan que el usufructo a nombre de uno de los cónyuges ocasiona el derecho de goce de la comunidad, como en el caso de los bienes propios de los esposos (§ 2942, p. 469).

Por su parte, Fairen (1959) apunta que la expresión derechos reales puede encerrar una anfibología

ya que sirve para aunar a los derechos intransmisibles –como el usufructo–, a los derechos personalísimos –en los que el acreedor no puede ejercer la acción subrogatoria– y los derechos de obligación. (§ 53, p. 169)

Este autor realiza una excelente descripción al expresar:

En el usufructo es donde con mayor claridad apreciamos la concurrencia sucesiva de dos señoríos de utilización económica, de dos posesiones, sobre una misma cosa. El usufructo (lo mismo cabe decir, *servatis servandis*, del uso de la habitación) tiene en sus manos una cosa con la obligación de transmitirla al dueño cuando acabe el usufructo. De ley ordinaria esta restitución coincide con la muerte, por el carácter ordinariamente vitalicio de este derecho [...]. El usufructo sirve en efecto por igual a la estática que a la dinámica patrimonial, ya que, si bien señala a favor de una persona una situación de disfrute consolidada y de larga duración, dibuja de manera automática y eficacísima la transmisión del señorío material del bien, tan pronto como acabe el derecho del usufructuario. (Fairen, 1961, § 65, pp. 326-328)

1. El destacado es nuestro.

3.2. Recompensas

Respecto de las recompensas entre cónyuges, el artículo 488 del CCCN dispone:

Extinguida la comunidad, se procede a su liquidación. A tal fin se establece la cuenta de las recompensas que la comunidad debe a cada cónyuge y la que cada uno debe a la comunidad, según las reglas de los artículos siguientes.

A su vez, el artículo 491 determina que “el cónyuge debe recompensa a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la sociedad”. En atención a la naturaleza de este informe preliminar me remito a las consideraciones expresadas por Fassi y Bossert para mencionar, en esta oportunidad, su opinión favorable a la extensión de la aplicación de la teoría de las recompensas a los casos particulares que no han sido admitidos en un texto legal, como es la adquisición onerosa de un derecho real de usufructo vitalicio por un cónyuge. Esto supone un beneficio en su haber personal, solventado con el haber ganancial que administra (Bossert y Fassi, 1978, pp. 259-290).

Es muy importante la prohibición legal de que el derecho real de usufructo se herede, ya que la norma dispone que este se extingue al morir el titular. En esencia, este punto es el que lo distingue de los derechos gananciales que se dividen cuando existen descendientes para ser adjudicados: una mitad a los herederos del causante, excluyendo al cónyuge sobreviviente que, a su vez, retiene su mitad intacta. Nada de ello sucede al morir el usufructuario. La utilización de bienes gananciales para adquirir un derecho real de usufructo debe incluirse entre los supuestos de recompensa, como resultado al aplicar la solución legal establecida en los artículos 464 inciso l) y 465 inciso ñ) del CCCN, en los casos de extinción del usufructo, a los casos de su adquisición.

Me baso en esta relación –entre el carácter de bien personal del usufructo y la doctrina de las recompensas– para afirmar que la adquisición onerosa de un usufructo por un cónyuge, realizada con dinero ganancial de su administración, no le acuerda carácter ganancial a dicho usufructo. Por el contrario, sólo le otorga a la comunidad de gananciales un derecho a recompensa al momento de su disolución, ya sea por divorcio o fallecimiento. Y, como consecuencia, no es necesario el asentimiento conyugal para disponer onerosa o gratuitamente del derecho real de usufructo adquirido con fondos gananciales. Tampoco para la renuncia. Obviamente, esta afirmación no comprende los actos de disposición del inmueble asiento de la vivienda familiar (arts. 456 y 522 del CCCN).

4. Distinción entre las distintas posesiones que ejercen el nudo propietario y el usufructuario sobre un bien determinado

Aunque pareciera que este punto no puede causar discusiones, algunas vacilaciones me impulsaron a incorporarlo en la interpretación del artículo 2459 del CCCN, cuando también establece la fecha de posesión como inicio del plazo de caducidad de la acción reconocida a los herederos en el artículo 2458 (CCCN).

En su extensa nota al artículo 2807 del Código Civil, Vélez Sarsfield explicaba:

El usufructuario tiene sin duda la posesión corporal y de hecho de la cosa. Ejerce por sí actos de uso y goce, en tanto que este goce se aplica a su propio derecho; no es un tenedor precario; su posesión, al contrario, que la tiene por sí y por derecho propio, tiene el carácter de una verdadera posesión civil. Más cuando se mira ese goce como aplicación de hecho a la propiedad, que queda en manos del propietario, cuando se la considera en relación al fundo para determinar sus efectos respecto del derecho de propiedad, su posesión no tiene los caracteres de una verdadera posesión civil, no posee *animo domini*, sabe y reconoce que la cosa es ajena. El usufructuario, pues, bajo este punto de vista, lejos de ser un poseedor propiamente dicho, no es más que un tenedor precario que goza de la cosa por el propietario de ella.

Es necesario aclarar que mi referencia al constituto posesorio como base legal para que la posesión quede en poder del nudo propietario se basó en un caso jurisprudencial donde se tuvo en cuenta, a favor de la simulación invocada por un heredero, el hecho de que el donatario, con posterioridad a la aceptación de la donación plena del dominio, siguió denunciando públicamente su domicilio en otro inmueble. En ese caso no había donación de nuda propiedad. Fue sólo un llamado de alerta para el asesoramiento que el notario debe prestar en las donaciones de dominio pleno.

5. Bibliografía

- BOSSERT, Gustavo A. y FASSI, Santiago C. (1978). *Sociedad conyugal* (t. 2). Astrea.
- BOULANGER, Jean y RIPERT, George. (1965). *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol* (t. 6). La Ley.
- FAIREN, Manuel. (1959). Derechos reales y de crédito. Apuntes dogmáticos para el estudio de su distinción (parte 2). *Revista de Derecho Notarial*, v. 7 (Nº 25-26). 155-362.
- (1961). Derechos reales y de crédito. Apuntes dogmáticos para el estudio de su distinción (parte 3). *Revista de Derecho Notarial*, v. 9 (Nº 31). 171-339.

Aportes de la Academia Nacional del Notariado

Usufructo de bienes particulares de la indivisión hereditaria

Néstor Daniel Lamber*

RESUMEN

La reforma del año 2015 de unificación del Código Civil y Comercial limita el usufructo de universalidades de bienes. En especial, solo admite la constitución de usufructo de todo o una parte alícuota de la herencia bajo la forma testamentaria y, en consecuencia, es inválida la reserva o constitución del derecho real de usufructo sobre estas universalidades del acervo hereditario en el contrato de cesión de herencia. El ordenamiento legal permite la exclusión del objeto de la cesión de herencia de este derecho con relación a uno o más bienes del acervo que se enuncien en singular. Una vez aceptada o consentida por todos los herederos y cesionarios, integra la hijuela particionaria del cedente, quien lo adquiere a título de adjudicación por partición de la indivisión hereditaria –y poscomunitaria en su caso–.

PALABRAS CLAVE

Cesión de herencia; usufructo; constitución; adjudicación; partición.

Sumario: 1. Usufructo. 2. Modos de constitución de usufructo sobre bienes transmitidos mortis causa. 3. Cesión de derechos hereditarios. Exclusión de usufructo de determinados bienes. 4. Bibliografía.

1. Usufructo de bienes singulares y universalidad hereditaria

El testador por legado o partición por testamento, o los titulares de la indivisión hereditaria por contrato oneroso o gratuito, pueden constituir derecho real

* Abogado UBA. Escribano titular por concurso. Miembro de número de la Academia Nacional del Notariado. Director del Instituto de Técnica Notarial UNA. Profesor en el Curso de Actualización en Programación Sucesoria (UBA), y de Especialización en Derecho Registral, Notarial e Inmobiliario (UNLP). Profesor UNA. Exconsejero académico UNA.



de usufructo, uso o habitación sobre bienes singulares transmitidos por el causante *mortis causa* que integran el acervo hereditario. Durante la vigencia de la indivisión sin extinguirla o excluirlos de ella, los contratos causales serán el de cesión de herencia, de cesión de bienes determinados de la herencia, o el acuerdo de la partición privada antes de reunir todos los requisitos para constituir el título de adjudicación por partición.

Cabe considerar, también, la adquisición por prescripción adquisitiva de usufructo de un bien singular durante la indivisión hereditaria, por un cotitular de ella con respecto a los demás, a tenor de la norma de artículo 2311 del CCCN. Esta norma establece la oponibilidad de los derechos o cosas singulares así adquiridas frente a la imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia, prevaleciendo el derecho adquirido por el usucapiente sobre el transmitido *mortis causa* al heredero preterido (cotitular de la indivisión). La amplitud de las normas de los artículos 1897 y 1898 (CCCN) permite admitir la adquisición por prescripción adquisitiva en sus dos modalidades, pese a ser poco probable que quien tenga veinte años de posesión pretenda sólo el usufructo y no el dominio pleno. En cambio, en la prescripción breve, con justo título y buena fe sí puede resultar de mayor aplicación práctica para el usufructuario que pretende la subsanación de su derecho (Cossari, 2015, p. 2).

La adquisición será legal en el caso del derecho real de habitación vitalicio y gratuito del cónyuge supérstite. Este recae sobre el bien de titularidad del causante que constituyó su última vivienda familiar y que no se encontraba en condominio con otras personas al momento de la apertura de la sucesión. Su efecto es de pleno derecho ante su ejercicio y petición, sin perjuicio de que el habitante podrá disponer de este derecho real por su renuncia expresa o tácita (como el abandono de la vivienda o la disposición de los derechos sobre el bien o la universalidad). Su título no se transmite o constituye *mortis causa*, sino por la propia ley (art. 1894 *in fine*, CCCN). Este derecho real puede ser reservado en forma expresa por el titular cuando hay disposición de bienes. De los supuestos analizados en el presente trabajo, este es el único caso en el que se puede realizar una reserva del derecho propiamente dicha. Esto se debe a que no integra el patrimonio del causante ni la indivisión hereditaria, sino que es un derecho conferido al beneficiario por su especial estatus jurídico de cónyuge (con convivencia efectiva al momento del deceso). Debe ser considerado en la partición de modo autónomo, prevaleciendo la protección de la vivienda familiar por sobre la protección de la porción legitimaria de los herederos.

La reforma del ordenamiento civil y comercial vigente desde el 2015 estableció una limitación al usufructo sobre la indivisión hereditaria en

cuanto a su naturaleza de universalidad de derecho (Causse et al., 2017, p. 193).¹ Así, ya sea sobre el todo o una parte alícuota, sólo se admite el constituido por testamento, conforme al inciso d) del artículo 2130 (CCCN). La doctrina entiende con claridad que esta norma se refiere exclusivamente al usufructo de universalidades (Cossari, 2015; Braidot, 2015; Kiper, 2018, p. 462), y de esta manera recepta los comentarios realizados con anterioridad sobre el régimen derogado; por ejemplo, Heredia y Mariani de Vidal (2004) explicaban:

Quizás, su única fuente sea el testamento y la ley y, a pesar de que nuestro código admite su constitución por contrato, es muy difícil imaginar la constitución de un usufructo, de un patrimonio o de una parte alícuota de él por ese medio, ya que, en verdad, lo que podría hacerse por contrato es constituir un usufructo sobre determinados bienes, sin perjuicio de que ellos constituyan todos los que posea el nudo propietario, pero en este caso se trataría de un usufructo particular. Sólo debería permitirse la constitución de estos usufructos universales por testamento o por ley. (p. 682)

La reforma legislativa sólo limita al testamento la constitución del usufructo sobre el todo o una parte de la universalidad –o patrimonio hereditario–. En este caso, su objeto consistirá en usar y gozar de tal indivisión (por ejemplo, mediante el cobro de créditos, o la celebración de contratos de locación, entre otros), para luego adjudicarse el usufructo de los bienes en particular que puedan ser objeto del derecho real de usufructo, incluso cuando estos integren universalidades de hecho con su régimen especial. Sin embargo, en modo alguno se prohíbe o limita la constitución del usufructo sobre bienes en particular que integran la indivisión hereditaria, aunque esto estará sujeto al resultado final, una vez liquidados los legados y las deudas, y detraídos los derechos o valores por colación o reducción. Es decir, el resultado de la partición.

Las dudas y críticas al sistema derogado no impidieron la práctica de redacción notarial de “reservarse” el derecho de usufructo de la herencia o indivisión hereditaria como universalidad. Sin embargo, esta técnica no siempre tenía como finalidad el uso y goce de los créditos y derechos del conjunto y como universalidad por el cedente; por el contrario, su verdadero sentido y alcance era asegurar este derecho sobre las cosas en particular susceptibles de ser objeto de usufructo. Y, raramente, comprendía supuestos como las especialidades de las mercaderías. La técnica genérica de reserva de todo el acervo “para no omitir nada”, que se veía en varias cesiones de herencia de la universalidad o parte alícuota, es

1. Lo mismo cabe para la parte de la doctrina que lo considera una universalidad de hecho.

lo que ahora está prohibido. Esto genera dudas ante la redacción, máxime cuando antes, en la mayoría de los casos, no se la hacía con la intención de constituir un usufructo sobre universalidad, sino en miras a ciertos bienes en particular.

La reforma reafirma que el autor del documento notarial asume su rol legal de indagar e interpretar la voluntad de las partes para configurarla técnicamente (conf. art. 301, CCCN). Ello impone el deber de claridad en la técnica jurídica y en las palabras utilizadas, lo que lleva a indicar o referir los bienes en particular y dejar de lado las antiguas fórmulas genéricas. También es conveniente modificar la expresión “reserva” que, si bien no deja lugar a dudas acerca de su finalidad y destino, es necesario analizar su precisión terminológica sin menoscabar en modo alguno su validez y eficacia.

2. Modos de constitución de usufructo sobre bienes transmitidos mortis causa

Los derechos reales se rigen por su estatuto forzoso, a diferencia de los derechos personales donde prevalece la autonomía de la voluntad. Sin embargo, esto no implica la inexistencia de cierta libertad para que las partes –o el constituyente en su acto de última voluntad– puedan determinar o “modelar” el alcance de cada derecho real de usufructo singular y, en menor medida, los de uso o habitación.

La constitución de usufructo requiere la voluntad de quien acepta la limitación de su derecho de dominio y de quien lo recibe con estas restricciones. Esto justifica la prohibición de su constitución por imperio judicial (arts. 1896 y 2133, CCCN) porque conculcaría la manda constitucional del artículo 17 de la Constitución Nacional que dispone que nadie puede ser privado de su propiedad, si no es por una sentencia de expropiación por utilidad pública y previa indemnización.

La constitución del derecho real de usufructo –ya sea mediante las modalidades *per traslationem* o *per deductionem*, y por acto bilateral o unilateral– debe contener la determinación, por voluntad de las partes o del otorgante, relativa a:

- 1) La duración temporal del derecho, dado que no es un derecho perpetuo. Sin perjuicio de las presunciones legales supletorias de la vida del usufructuario, en caso de ser una persona humana, o limitado a cincuenta años en caso de ser una persona jurídica (art. 2152 incs. a) y b), CCCN). Asimismo, cabe la posibilidad de constituirlo a favor de más de una persona de forma conjunta y simultánea, con derecho

de acrecer (art. 2132, CCCN), en cuyo caso el término del usufructo quedará determinado por la vida del último acreciente (por ejemplo, si los usufructuarios son personas humanas).

- 2) El destino de la cosa y la finalidad del derecho (art. 2145, CCCN); sin perjuicio, a falta de convención, del destino supletorio según la naturaleza de la cosa.
- 3) Una parte material de la cosa y no toda ella, en caso de ser esta la voluntad de las partes (art. 2130, acápite, CCCN), respecto de la cual se podrá incluir una descripción en el texto escritural –e incluso sumar croquis o planos– o sólo establecer partes indivisas (ideales).

El artículo 2134 del CCCN establece, para los contratos de constitución de usufructo, la asimilación de las modalidades legales en él enunciadas:

- 1) *Per traslationem*, que en la técnica de redacción usualmente se denomina “constitución”, cuando sus incisos a) y c) dicen: “por transmisión de uso y goce con reserva de nuda propiedad” y “por transmisión de la nuda propiedad a una persona y el uso y goce a otra”.
- 2) *Per deductionem*, que en las técnicas de redacción habitualmente se refiere a “reserva”, en el inciso b): “por transmisión de la nuda propiedad con reserva de uso y goce”; a lo que podemos sumar por la transmisión sólo de la nuda propiedad, sin decir más.

La reserva es un modo legal más de constitución del usufructo *per deductionem*. Su particularidad radica en que mantiene el uso y goce de la cosa quien ya la poseía antes como propietario pleno; no se requiere un acto material traslativo manifiesto o expreso del derecho real que pasa a ser sobre cosa ajena, configurándose el supuesto del constituto posesorio. Cuando es una constitución *per traslationem*, se requieren los usuales actos jurídicos y materiales de título y modo (arts. 1892 y 750, CCCN) (Urbaneja, 2015, pp. 369-370).

El usufructo constituido por acto de última voluntad tiene el carácter *per traslationem* del causante al legatario o sucesor singular, donde claramente no se trata de la transmisión de un usufructo preexistente que tenía el causante y que se extingue con su fallecimiento (art. 2277 *in fine*, CCCN), sino el que el testador crea o constituye para después de su fallecimiento sobre bienes que tiene el dominio al momento de fallecimiento, y se desmembra en dicha oportunidad, ya sea por legado:

- 1) del uso y goce de una cosa a una persona;
- 2) de la nuda propiedad a una persona y el uso y goce de la cosa a otra; o

- 3) de la nuda propiedad de la cosa a una persona. En el último caso el usufructo corresponderá al o los herederos, en los límites de las presunciones legales antes indicadas y sin derecho de acrecer.

La constitución siempre será *per transmissionem* y nunca *per deductionem* (reserva). Esto se debe a que no lo retiene el disponente, sino que aun en el último caso, los herederos reciben el usufructo ya deducido de la nuda propiedad en su hijuela particionaria directamente del causante, y no por reserva de un derecho más amplio previamente recibido *mortis causa*. El usufructo nace o se constituye con la apertura de la sucesión, y sin perjuicio de una vez aprobado judicialmente el legado en cuanto a sus formas, debe ser pagado (cumplido y constituido) por los herederos.² Tal acto no es de adjudicación, dado que el artículo 2376 (CCCN) establece que la masa partible se conforma con los bienes remanentes una vez pagados los legados, es decir se recibe antes de la adjudicación por partición y por disposición de última voluntad de testador.

A diferencia del caso anterior, la constitución por testamento no requiere la tradición, dado que el legatario de determinados bienes es propietario de esos bienes desde el fallecimiento del causante (arts. 2649 y 2497, CCCN) (Causse et al., 2017, p. 196).

Ya no hay un acto traslativo voluntario de ambas partes, sino que los herederos, albaceas o administradores deben entregar la cosa cierta y determinada, pudiendo el legatario ejercer incluso la acción reivindicatoria (art. 2498, CCCN).³

El usufructo también puede constituirse por los herederos del causante al determinar el modo de formación de las hijuelas e integración de su contenido al momento de hacer la partición privada. En esta rige la plena libertad de las partes, a diferencia de los límites de los artículos 2133, 2377 y conchs. del CCCN (destinados al juez en la partición judicial, y no a los cotitulares de la indivisión) una vez formada la masa partible, o incluso antes de ella (en la etapa previa de determinación de sus elementos objetivos y subjetivos).

La constitución del usufructo mediante adjudicación por partición se remonta a la tradición romana. Al respecto Di Pietro (2015) sostiene:

2. "La constitución *mortis causa* del usufructo no se la puede hacer en calidad de herencia, puesto que el usufructuario como tal nunca puede ocupar la posición jurídica del causante" (Pérez Lasala, 2014, p. 740).

3. "Conforme la regla general expuesta más arriba, el legado de cosa cierta y determinada causa la transferencia del dominio instantáneamente a la muerte del causante. Por ello se le concede el derecho a pedir su entrega al heredero o funcionario de la sucesión, y el de reivindicarla si está en poder de terceros" (Belluscio y Maffia, 2020, p. 497).

b) Por acto entre vivos, el modo usual era la *in jure cesio* (Gayo, 2.30). También por medio de *adiudicatio* en los juicios de divorcios [...]. c) En el derecho justiniano, el usufructo puede adquirirse por legado y por *adiudicatio* (Gayo. D. 7.1.6 pr. 1). (p. 231)

Al tratarse de supuestos de constitución *per traslationem* por causa de muerte del *dominus*, y el efecto de ser recibido directamente de este y no de los restantes cotitulares de la indivisión hereditaria (art. 2403, 1º párr., CCCN), rige la excepción del párrafo final del artículo 1892 (CCCN), al igual que la constitución por acto de última voluntad del causante.

En la formación de las hijuelas siempre se deberá determinar el contenido de cada una; por ello, no cabe el supuesto del artículo 2134, inciso b) del CCCN. Si nada se dice sobre el usufructo remanente no integrado a una hijuela no implica de por sí la reserva o adjudicación para el no adjudicatario de la hijuela de nuda propiedad, sino que se está ante un supuesto de partición parcial de nuda propiedad, donde queda indiviso el usufructo hasta su adjudicación. De allí que siempre se tendrá configurado un supuesto análogo al del artículo 2134 inciso c) del CCCN, pero no es el adjudicatario quien se reserva una parte del derecho que ya tenía y dispone, sino que se le constituye el usufructo desde el día de la apertura de la sucesión en el modo y extensión que los cotitulares sólo determinan en la hijuela adjudicada, como si lo hubiera hecho el causante.

Por lo expuesto, tratándose de una constitución *per traslationem* no es feliz recurrir a la expresión “reserva de usufructo” de un bien que integra la comunidad hereditaria al momento de disponer del usufructo o adjudicarlo como integrante de una hijuela en la partición. Sin perjuicio de que ello no conlleva la ineficacia o invalidez del usufructo –por referir a uno de los modos de constitución del derecho real asimilables entre sí en el art. 2134 del CCCN–, queda en la apreciación de la previsión del artículo 270 (CCCN) en cuanto al error en la declaración y las normas de interpretación de contratos y testamentos referidas a la real intención de las partes o del testador.

Incluso configuraría un exceso ritual manifiesto el pretender ver una nulidad por vicio de error en la voluntad, lo que conculcaría la armonía de interpretación del sistema jurídico ante la norma de la conversión del acto nulo en válido, consagrada en el artículo 384 del CCCN, que establece que:

El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubieran previsto la nulidad.

El actual CCCN –al igual que el velezano– prevé expresamente un supuesto de reserva de usufructo en la partición por ascendientes, en su

modalidad de partición por donación entre vivos, ya que en el primer párrafo del artículo 2416 se dispone que el donante-partidor puede transmitir la nuda propiedad de los bienes reservándose el usufructo. Esta norma es clara y correcta, en la medida en que se transmite y reserva el derecho real entre vivos. El efecto de esta modalidad es impedir la formación de la indivisión hereditaria, el derecho a los descendientes se transmite antes, y el usufructo de titularidad del causante se extingue y no se transmite *mortis causa*. Se trata de un supuesto diferente a los analizados, con una solución armónica con lo explicado.

La adopción del término o figura de la reserva de usufructo en la técnica de redacción podría encontrar alguna justificación en los casos en que la indivisión hereditaria se encuentra confundida con la poscomunitaria, cuando ambas tienen el mismo hecho causal: el fallecimiento o presunción de fallecimiento de uno de los cónyuges. El cónyuge supérstite ya no concurre a la primera como heredero, sino que conserva los derechos que la ley le acuerda sobre los gananciales, y no se puede determinar el acervo hereditario si previa o simultáneamente no se liquidan, parten y adjudican los gananciales.

En este razonamiento, si las partes –herederos ejerciendo los derechos y acciones de su causante y cónyuge supérstite– resolviesen la partición y adjudicación del usufructo a este último, podría parecer que se está reservando un derecho que ya tenía. Pero el negocio causal no se limita a la adquisición primigenia del bien ganancial, sino que se integra, en cuanto a su causa actual, con la partición de gananciales; por lo cual se está ante una constitución por adjudicación de la que resulta la no integración al acervo de los derechos adjudicados con carácter personal, con independencia del carácter con que hubieran ingresado al disuelto régimen de bienes del matrimonio.

3. Cesión de derechos hereditarios. Exclusión de usufructo de determinados bienes

La cesión de la universalidad o partes alícuotas del acervo hereditario del causante –y, eventualmente, también de la indivisión hereditaria en los casos del artículo 2308 CCCN– no podrá contener la reserva de usufructo sobre tal universalidad, pero sí se podrá establecer la limitación o exclusión de determinados bienes o derechos que no integran el objeto de la cesión. Su objeto no es la calidad de heredero, sino el activo y pasivo dejado por el causante al momento de su fallecimiento, con exclusión de los bienes que no se transmiten por causa de muerte; conformando así la indivisión

hereditaria, comunidad o acervo hereditario –en distintas denominaciones que tienden, unas más al aspecto subjetivo y otras al objetivo–.

La cesión de derechos hereditarios naturalmente no comprende todo el contenido económico de la indivisión, como surge de modo expreso de los tres incisos del párrafo final del artículo 2303 CCCN, al excluir –salvo pacto en contrario– lo acrecido por posterioridad a su celebración en razón de una causa diversa de las expresadas en la primera parte de la norma (como la renuncia de herencia o la exclusión de un coheredero), lo acrecido anteriormente a la cesión por una causa desconocida, o los derechos de sepulcros, los documentos privados del causante, las distinciones honoríficas, los retratos y los recuerdos de familia.

En concordancia con ello, y en ejercicio de la autonomía de voluntad, las partes tienen la prerrogativa jurídica de excluir ciertos bienes o derechos del objeto de la cesión de herencia, los cuales conservará el cedente. Esta exclusión en el ámbito de los derechos personales constituye una reserva en la relación creditoria-obligacional, para que ese bien le sea adjudicado a él al momento de formar las hijuelas, como una adjudicación en la determinación del conjunto patrimonial transmitido *mortis causa* por el causante.

En tanto no se cuente con el consentimiento unánime de todos los copartícipes, esa exclusión del objeto cedido sólo tendrá efecto entre cesionario y cedente (*res inter alios acta*), sin perjuicio de la obligación que asuman ambos para conseguir la congruente voluntad de los restantes herederos y sus cesionarios en la partición. De allí que la causa del derecho real no es la causa fin entendida como motivo subjetivo con relevancia jurídica entre cedente y cesionario del acto jurídico obligacional, sino que la causa fuente del derecho real es el acto de partición consentido por todos y no sólo por ellos, el cual configura la constitución del derecho real de usufructo por adjudicación en la partición y no una reserva.

Si centramos nuestra mirada en la relación personal y creditoria entre cedente y cesionario, podríamos llegar a admitir el uso de la terminología de reserva de un derecho personal; pero si nuestro enfoque se sitúa en la causa del derecho real, resulta más apropiado expresar que se ceden todos los derechos y acciones hereditarios con exclusión del derecho real de usufructo a adjudicarse al cedente sobre determinado o determinados inmuebles (por ejemplo, los situados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Guastavino (1970) explicaba la legitimidad de las limitaciones del alea aceptada al sostener:

Por lo general será el alea aceptada la mayor o menor envergadura del activo y pasivo de la herencia, y será alea no aceptada la calidad de hereditaria misma del cedente, en cuyo caso habrá responsabilidad por evicción. (p. 334)

En concordancia y con relación a la técnica notarial, Zinny (1986) señalaba que “el alea puede ser graduada, y en definitiva depende de la voluntad de las partes” (p. 9), dado que el alea alcanza a las variantes del activo y del pasivo. Asimismo, añadía que

Para evitarlo y eliminar el alea basta con determinar taxativamente en el contrato los bienes y deudas incluidos en la cesión; se puede incluso limitar el alea sin eliminarla, determinando los bienes y deudas respecto de los cuales ella no juega y manteniéndolo para los que aparezcan. (p. 10).

Desde hace un tiempo hemos sostenido que, si bien el contrato tipificado de cesión de herencia –sobre la universalidad o parte alícuota– no tiene en consideración los bienes en particular en forma afirmativa, “la misma no impide establecer limitaciones negativas excluyendo la responsabilidad por evicción” (Guastavino, 1970) de bienes determinados (Zinny, 1986), o reservando (excluyendo) el cedente ciertos derechos reales –como el de usufructo sobre uno o más inmuebles– que integrarán el lote del cedente al momento de la adjudicación de los bienes.

La exclusión de estos bienes o derechos tiene por efecto que estos le correspondan al cedente tras la partición de la indivisión hereditaria. El usufructo le corresponderá como sucesor directo del causante desde el día de su fallecimiento –como determina el artículo 2403 CCCN–, sin que ningún otro comunero tenga derecho alguno a tal derecho real sobre la cosa del acervo, siempre que la cesión de herencia haya sido celebrada por todos los sucesores del causante.⁴ Como la cesión de herencia se celebra por escritura pública, tendrá la forma y efectos de una partición privada y parcial de herencia (art. 2369, CCCN), lo cual implica la determinación del contenido de la hijuela del cedente (Lamber, 2016), quien transmitió todo lo demás, pero con la exclusión de este derecho.

En cambio, si sólo el cedente y el cesionario otorgan el contrato sin la participación de otros herederos o comuneros, la cesión será un preacuerdo de partición parcial sólo entre ellos frente a los restantes, con eficacia en esos límites o sobre un bien determinado. Bajo esta idea de redacción, y sólo como ejemplo de la posibilidad de referir a la exclusión para integrar la hijuela del cedente en lugar de hablar de reserva, se puede ejemplificar con cláusulas de tenor similar al siguiente:

4. “Desde luego no existiría el riesgo de producirse este efecto extintivo de la cesión, si, con anterioridad a la declaratoria de herederos, todos ellos procedan a ceder sus derechos a un tercero sobre un bien determinado de la herencia” (Ferrer, 2015). Lo mismo ocurre si todos los cotitulares de la indivisión consienten en la constitución del usufructo sobre un bien determinado al cedente.

Se excluye de la presente cesión el derecho real de usufructo, vitalicio y gratuito del inmueble sometido a propiedad horizontal que forma parte del edificio [...] que se deberá incluir en la hijuela del cedente el usufructo indicado sobre el inmueble descrito en las condiciones mencionadas, teniendo el presente efectos de partición parcial con respecto a este desde el dictado de la declaratoria de herederos. (Lamber, 2018, p. 231)⁵

En conclusión, la reforma del Código Civil y Comercial no prohíbe excluir de la cesión de la indivisión hereditaria (o parte alícuota de la misma) el derecho real de usufructo sobre determinados bienes singulares que la integran. Este constituye al heredero-cedente mediante la adjudicación por partición parcial que concluye la indivisión respecto a este derecho, y obliga al notariado al desarrollo de técnicas de redacción apropiadas a la configuración técnico-jurídica de los legítimos intereses y prerrogativas que el sistema jurídico les reconoce a las partes.

4. Bibliografía

- BELLUSCIO, Augusto C y MAFFIA, Jorge O. (2020). *Derecho sucesorio*. Astrea.
- BRAIDOT, Eliana V. (2015). [Comentario al artículo 2130]. En G. Medina y J. C. Rivera (dirs.), M. Esper (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (t. 5, pp. 713-716).
- CAUSSE, Jorge R, CAZAYOUS, Marta E., DILLON, Gregorio A., PAPAÑO, Javier A. (2017). *Manual de derecho reales*. Astrea.
- COSSARI, Nelson G. A. (2015). [Comentario al artículo 2130]. En J. H. Alterini (dir. gral.), I. Alterini (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (t. 10, pp. 214-235). La Ley-Thomson Reuters.
- DI PIETRO, Alfredo. (2015). *Derecho privado romano* (2ª ed.). Abeledo-Perrot.
- FERRER, Francisco A. M. (2015). [Comentario al artículo 2309]. En J. H. Alterini (dir. gral.), I. Alterini (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (t. 11, pp. 208-209). La Ley-Thomson Reuters.
- GUASTAVINO, Elías. (1970). Límites a la invocabilidad del alea en la cesión de herencia. *Jurisprudencia Argentina*, (t. 8-Serie contemporánea). 334-338.
- HEREDIA, Pablo D. y MARIANI DE VIDAL, Marina. (2004). [Comentario al artículo 2827]. En A. J. Bueres (dir.) y E. I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* (t. 5B, 2ª ed., pp. 681-683). Hammurabi.
- KIPER, Claudio. (2018). *Manual de derechos reales*. Rubinzal-Culzoni.
- LAMBER, Néstor D. (2016). Los contratos de constitución y transmisión de usufructo. *Microjuirs.com*. (MJ-DOC-10603-AR-MJD10603).
- (2018). *Cesiones de derechos hereditarios*. Astrea.
- PEREZ LASALA, José L. (2014). *Tratado de las sucesiones* (t. 2). Rubinzal-Culzoni.
- URBANEJA, Marcelo E. (2015). [Comentario al artículo 2134]. En Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos* (t. 7, pp. 368-372). FEN-Astrea.
- ZINNY, Mario A. (1986). *Cesión de herencia*. Depalma.

5. En la obra citada pueden verse diversas propuestas de redacción.

Aportes de la Academia Nacional del Notariado

Reelaboración doctrinaria de la aplicación práctica del usufructo

José M. R. Orelle*

Sumario: 1. Una realidad consuetudinaria: el modo en el cual el notariado ha empleado el tema de constitución de usufructos. 2. Enfoque del presente estudio. 3. Características estructurales del usufructo que generan dudas en el intérprete sobre la posibilidad de calificarlo como bien propio o ganancial. 4. El concepto jurídico de ganancialidad y su aplicación al usufructo. 5. Usufructo y vivienda. 6. Usufructo y asentimiento conyugal. 7. La renuncia al usufructo y el asentimiento conyugal. 8. La técnica notarial aplicable a los contratos constitutivos de usufructo. 8.1. Factores relevantes en la función asesora y en la configuración del acto de usufructo. 8.2. Configuración personalizada. 8.3. Importancia del contrato que origina la constitución del derecho real de usufructo. 8.4. Singularidad de los usos admitidos según la naturaleza del bien afectado al usufructo. 8.5. Favorecer la plena oponibilidad de los usos que las partes estipulen. 8.6. Derecho de acrecer. 8.7. Amplias posibilidades del usufructo en caso de constitución a favor de personas jurídicas. 8.8. Garantías. 8.9. Mejoras. 8.10. Pactos sobre impuestos, tasas, contribuciones. 8.11. Imposición de condiciones, plazos, cargos. 9. Asignación de valores a los usufructos. 10. Bibliografía.

1. Una realidad consuetudinaria: el modo en el cual el notariado ha empleado el tema de constitución de usufructos

La experiencia notarial tradicional en cuanto a la aplicación del estatuto legal del usufructo puede sintetizarse así:

- 1) En la gran mayoría de los casos se lo emplea respecto a bienes inmuebles, por parte de los padres transmitiendo a sus hijos la nuda propiedad, con la finalidad de dejarlos instituidos desde dicho acto como titulares de

* Doctor en Derecho (UBA). Integrante de la Academia Nacional del Notariado. Profesor consulto en UBA de la cátedra de Derecho registral e inmobiliario.



un derecho que se consolida definitivamente de modo pleno por el solo hecho del fallecimiento.

- 2) El empleo de usufructo para otros fines es abrumadoramente minoritario, salvo el caso específico, también minoritario, de usufructo de acciones o de participaciones societarias.
- 3) En el primer caso, resalta fuertemente que aun existiendo una casi infinita variedad de intereses en juego y factores que luego detallaré, los textos regulatorios de este derecho real son prácticamente idénticos.
- 4) Aunque me refiero esencialmente al notariado, es llamativo que, desde otras especialidades jurídicas, tampoco se haya desarrollado una amplia gama de otras aplicaciones para este derecho.

Hace más de cincuenta años que Jorge H. Alterini comentaba en su tesis doctoral, al citar a Machado y a Ihering, que es común la afirmación sobre la decadente importancia del usufructo en el mundo contemporáneo y la intrascendencia del uso y la habitación (Alterini, 1970, p. 23). Alterini no compartió esta opinión. Por mi parte, tampoco la comparto. A esto se suma que la actual normativa de los derechos reales en el Código Civil y Comercial brinda una amplia perspectiva para revitalizar estos institutos. Ello requiere una actitud de apertura mental que permita aprovecharla creativamente para solucionar, de modo eficaz, numerosas necesidades sociales. El presente estudio, así como el de los otros académicos, es una invitación a los operadores jurídicos con el fin de aprovechar sus posibilidades.

2. Enfoque del presente estudio

En este trabajo me focalizaré en los siguientes puntos:

- 1) La ganancialidad que puede generar la constitución de ciertos usufructos.
- 2) La idoneidad del usufructo respecto a fijar la vivienda.
- 3) Las características del asentimiento conyugal en actos de disposición del usufructo con particular tratamiento del caso de la renuncia.

El estudio se ha orientado con un enfoque práctico: las posibilidades de este derecho real para solucionar finalidades de los integrantes de la sociedad.

3. Características estructurales del usufructo que generan dudas en el intérprete sobre la posibilidad de calificarlo como bien propio o ganancial

El análisis del tema presenta los siguientes lineamientos esenciales.

1. En un plano que, a los efectos del presente estudio, denomino *de amplitud y extensión* me ocupo de las facultades que la constitución de este derecho confiere al usufructuario. En una primera impresión, la “abundancia previsible” de dicha amplitud inclinaría al intérprete apresurado a sostener a todo trance una ganancialidad “evidente”. Desde la óptica de la intensidad de facultades, la constitución del derecho real de usufructo implica la transmisión al usufructuario de prácticamente la totalidad de las facultades del transmitente, a excepción de la facultad de transmitir la titularidad plena. Incluso la expresión “nudo propietario” es altamente significativa. El texto del artículo 2141 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) es elocuente.

En la época de vigencia del Código de Vélez (CC), Alterini –aludiendo a la extensión y citando la nota al artículo 2863 CC– indicaba que “el usufructuario puede actuar como el propietario mismo” respetando, claro está, el *salva rerum substantia*. Además, no cabe duda de que el nuevo CCCN, superando polémicas doctrinarias anteriores, ha consagrado el derecho por parte del usufructuario de disponer libremente de su derecho (art. 2142) y, conforme al mismo texto, constituir los derechos reales de servidumbre, anticresis, uso, habitación, y derechos personales de uso y goce. Expresamente, se ha incorporado la embargabilidad y ejecutabilidad del mismo (art. 2144). Se ha expandido de forma notable la autonomía de derecho del usufructuario.

2. En otro plano opuesto, que denomino metafóricamente *derecho provisorio y aleatorio*, tiene importantes limitaciones:

- Respecto al uso: el usufructuario no debe alterar la sustancia del bien que recibe. El artículo 2129 CCCN lo describe así: hay alteración de sustancia si es una cosa cuando se modifica su materia. Si se trata de un derecho, si se lo menoscaba.
- Respecto al objeto, conforme describe el artículo 2130 CCCN, el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo no es de origen testamentario.

La limitación más importante es la temporal. Conforme el artículo 2152, se extingue por: a) la muerte del usufructuario, b) la extinción de la persona física usufructuaria –si no se pacta la duración, se extingue a los cincuenta

años desde la constitución-; c) el no uso por persona alguna durante el plazo de diez años, por cualquier razón.

4. El concepto jurídico de ganancialidad y su aplicación al usufructo

El CCCN y la doctrina no definen cuál es el concepto específico de ganancialidad, sino que se ocupan, respectivamente, de legislar y comentar un listado de casos. En mi opinión, el núcleo conceptual de la ganancialidad surge de la combinación de dos conceptos: uno de ellos de naturaleza contable, y el otro de naturaleza jurídica.

La vertiente contable surge de las ciencias económicas. Esta disciplina, en una de sus ramas, describe a los activos con los siguientes puntos básicos: el activo es un recurso controlado por la entidad, como resultado de sucesos pasados, del que la entidad espera obtener beneficios económicos en el futuro: un activo es un recurso con valor que alguien posee con la intención de que genere un beneficio futuro, sea económico o no. En contabilidad, representa todos los bienes y derechos de una empresa, adquiridos en el pasado y con los que espera obtener beneficios futuros. Tienen en común que son el resultado de sucesos pasados y son capaces de generar rendimientos económicos en el futuro. Todos los activos tienen el potencial de traer dinero a la empresa, ya sea mediante su uso, su venta o su intercambio. Son ejemplos de activo un local, una furgoneta, una patente, una computadora, las materias primas, las inversiones financieras o los derechos de cobro, entre muchos otros.

La vertiente jurídica se encuentra en el CCCN, en el libro primero, al referirse a los bienes:

Artículo 15.- Titularidad de derechos. Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código.

Artículo 16.- Bienes y cosas. Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.

En síntesis: los bienes pueden consistir en derechos (ejemplo, el derecho al cobro de arrendamientos proveniente de un contrato de locación), o en cosas: inmuebles, máquinas, objetos físicos. La característica esencial es que los bienes deben ser susceptibles de valor económico. Los artículos

464 y 465 CCCN están encabezados por el vocablo *bienes*, que implica una directa remisión a los artículos 15 y 16.

Desde el marco conceptual de activo, en su doble vertiente contable y jurídica, los listados de los artículos 464 y 465 muestran claramente la intención del legislador de consignar una casuística deducible del núcleo que he referido, es decir, del concepto económico-jurídico de activo.

Las consecuencias que se derivan de lo expresado son las siguientes: 1) los bienes gananciales están integrados por cosas y derechos; 2) se requiere que los bienes sean susceptibles de valor económico; 3) la mera potencialidad basta; 4) no se fija una medida, grados o niveles de potencialidad económica; 5) el patrimonio ganancial está afectado a posibles vicisitudes, los activos pueden perderse total o parcialmente.

Desde el plano normativo, los textos del CCCN incorporan expresamente el tema de los acrecentamientos por extinción de usufructo. En la descripción de los bienes propios, el artículo 454, inciso l), se refiere el tema del siguiente modo, calificando como propio

la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió antes del comienzo de la comunidad, si el usufructo se extingue durante ella [...] sin perjuicio del derecho a recompensa debida a la comunidad si para extinguir el usufructo [...] se emplean bienes gananciales.

Al legislar sobre bienes gananciales, el artículo 465 inciso ñ) califica como ganancial

la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió a título oneroso durante la comunidad, si el usufructo se consolida después de su extinción [...] sin perjuicio del derecho a recompensa si para extinguir el usufructo [...] se emplean bienes propios.

El punto conclusivo final de lo expuesto es que, aun en los casos de derechos aleatorios, efímeros como el usufructo, dicha relatividad o baja potencialidad no impide su admisión como bien ganancial.

5. Usufructo y vivienda

En consonancia con lo expuesto en el primer punto de este trabajo, surge cierta duda en el intérprete sobre si el usufructo reúne las condiciones necesarias para constituir la vivienda de una persona o grupo familiar. Una vez más, su aleatoriedad, su temporalidad impactan inicialmente con un sesgo negativo. Emocionalmente, las personas asociamos de forma natural la vivienda como algo permanente, propio, transmisible. Claro está

que la tarea hermenéutica exige reflexión, paciencia, abstraerse de dichas primeras impresiones, y ahondar en el concepto para arribar a conclusiones sensatas, resultado del pertinente método jurídico. Aplicar estas directivas nos conduce a tratar los siguientes puntos:

- 1) *El concepto de vivienda según el CCCN*: el artículo 244 establece que “puede afectarse al régimen previsto en este capítulo un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor”. Agrega que “esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales”. Un claro ejemplo es el artículo 456, que requiere el asentimiento conyugal para disponer de la vivienda familiar, y el artículo 522, que regula los derechos de los convivientes (Pandiella Molina, 2019). Tobías describe con amplitud que el derecho a la vivienda integra el conjunto de derechos económicos, sociales y culturales y ha sido reconocido por la Constitución Nacional (art. 14 bis). A ello se le suma que dicha protección se encuentra prevista en numerosos tratados, entre los cuales pueden mencionarse la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), la Declaración Americana de Derechos Humanos (art. 17) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1) (Tobías, 2015, p. 73 y ss.). Desde tan amplia y profunda estimativa, no cabe duda de que la protección es amplísima (Lastra, 2018; Sicoli, 2019; entre otros).
- 2) *Las consecuencias de dicha amplitud*: la protección, que deviene de la afectación expresa, no absorbe otras protecciones provenientes de constituciones locales, de leyes especiales o de otras normativas de diversa jerarquía. En el mismo CCCN, dicha extensión se observa en relación con el régimen de convivencia, del matrimonio, de protección a los menores, etc.
- 3) *Las limitaciones que surgen al fijar la vivienda a un bien afectado a usufructo*. Una primera alternativa, como he referido al comienzo del presente apartado, es dudar sobre la aptitud del conjunto de facultades que confiere el usufructo al usufructuario para la debida protección de la vivienda, sea personal o familiar. Desde la perspectiva de un obrar diligente, resulta indiscutible que quien procede de este modo queda sometido a las importantes limitaciones antes descriptas. Pero, del mismo modo que hemos indagado en el punto anterior, tanto la aleatoriedad como la limitación temporal no constituyen, por sí, suficiente sustento para impedir la protección. La doctrina se ha encargado de ejemplificar la extraordinaria extensión de la protección que alcanza a meras edificaciones precarias, embarcaciones, casas rodantes, etc. (Medina, 2014).

En síntesis, basta el uso que el usufructuario afecte el bien al destino de vivienda –uso pragmático– para que opere plenamente la protección.

6. Usufructo y asentimiento conyugal

Con el fin de sintetizar y ordenar los conceptos expresados en los puntos anteriores, analizaré en qué casos corresponde el asentimiento conyugal en actos de disposición sobre el usufructo:

- a) Usufructo adquirido onerosamente por uno o ambos cónyuges. Conforme la combinación de los artículos 456 inciso a), 470 y 471 del CCCN, por tratarse de una adquisición a título oneroso, es un bien ganancial, por lo que cualquier acto dispositivo, sea a título personal –actos contractuales– o la disposición en sí misma, requiere asentimiento conyugal.
- b) Usufructo adquirido gratuitamente por ambos o uno solo de los cónyuges. Conforme al artículo 465, las partes indivisas son bien propio de cada cónyuge. Cada uno dispone libremente sin necesidad de asentimiento del otro cónyuge.
- c) Usufructo adquirido onerosamente por ambos cónyuges que no es utilizado para vivienda. Por el hecho de tratarse de un bien ganancial, para disponer de las partes indivisas es necesario el asentimiento conyugal (art. 470).
- d) Usufructo adquirido onerosamente por uno solo de los cónyuges que no es utilizado para vivienda. El cónyuge titular que pretende disponer requiere asentimiento conyugal por tratarse de un bien ganancial (art. 470).
- e) Usufructo adquirido gratuitamente por ambos cónyuges que es utilizado para vivienda. Se requiere el asentimiento conyugal para disponer las partes indivisas por efecto del destino de vivienda, no por la naturaleza del bien (art. 456).
- f) Usufructo adquirido gratuitamente por uno solo de los cónyuges que es utilizado para vivienda. Por efecto del artículo 456, se requiere el asentimiento conyugal para disponer.

El análisis de cada situación a resolver refleja la extraordinaria importancia de la calificación notarial respecto a la procedencia o improcedencia del asentimiento conyugal.

7. La renuncia al usufructo y el asentimiento conyugal

El tema de la procedencia del asentimiento conyugal en caso de renuncia del usufructo por parte del usufructuario plantea dificultades para el notariado.

Como he descrito en el punto anterior, el uso efectivo como vivienda, por su naturaleza pragmático-material, no es una condición suficiente a todo usufructo. Depende de una decisión del usufructuario –acompañada de su efectiva instalación en el inmueble–, la cual debe ser, además, compartida por su cónyuge o conviviente.

Por la misma naturaleza, dicha realidad del uso es materia de prueba en caso de conflicto entre los cónyuges.

Incluso es posible que, aun si fue utilizado para el destino de vivienda, posteriormente los cónyuges decidan mudar su domicilio conyugal a otro lugar.

En síntesis, para el ejercicio de la función notarial, la situación jurídica aparece ante el escribano cuando el requirente de su servicio le solicita la realización de un acto notarial de renuncia. El punto para resolver es cómo conocer, más allá del instrumento que contiene la afectación de un inmueble a usufructo, el ejercicio material que el usufructuario ejerce sobre el inmueble. Como hemos visto en el punto seis de este trabajo, existen variadas alternativas. Imaginemos que se presenta el único titular de un derecho de usufructo de carácter propio:

- a) Si del texto de la afectación a usufructo surge la afectación al régimen de vivienda o, al menos, la declaración del constituyente de destinar el inmueble a tal fin, sin perjuicio de otros usos, será necesario el asentimiento conyugal.
- b) Si del texto nada surge, bastará con la declaración de renuncia del peticionante, en la que manifieste que no es su vivienda conyugal, del mismo modo que se aplica a los actos de disposición de bienes propios.

Disminuye en parte el riesgo de actos dolosos o fraudulentos lo siguiente:

- a) El eventual perjuicio del cónyuge, ante la falsedad de la declaración del otro cónyuge, no se genera por el solo hecho de la renuncia. Se genera en el momento en que el cónyuge que ha renunciado pretende disponer del inmueble luego de haber efectuado la renuncia.
- b) En el supuesto de que el cónyuge que obró dolosamente pretenda disponer del bien, el subadquirente debe constatar el estado de ocupación del inmueble. Esta constatación es una diligencia necesaria para estar investido jurídicamente de la buena fe que se requiere para su adquisición (art. 331, CCCN).

- c) También puede disminuir el riesgo lo preceptuado por el artículo 456 del CCCN, que establece un plazo de caducidad de la acción de seis meses, computados a partir de los seis meses de haberlo conocido. El matiz que dificulta la aplicación de este texto es que el hecho del conocimiento del acto expuesto a la acción de nulidad es materia de prueba (Medina, 2014).

La evaluación notarial de la procedencia o improcedencia del asentimiento será el resultado de una cuidadosa evaluación de cada caso y sus circunstancias. Es un ejemplo más del ejercicio responsable de la función notarial.

8. La técnica notarial aplicable a los contratos constitutivos de usufructo

8.1. Factores relevantes en la función asesora y en la configuración del acto de usufructo

Los factores son múltiples y, además, su combinación es posible. La tarea del intérprete debe incluir las diversas combinaciones de cada caso específico. Sin pretender agotar el listado, enuncio los siguientes factores:

- a) la edad de cada cónyuge;
- b) el estado civil y posible caso de convivencia;
- c) el estado de salud del constituyente, con prioridad, y del usufructuario en los supuestos de transmisión del derecho, en cuyo caso la extinción quedará condicionada no sólo al fallecimiento del constituyente, sino del cedente;
- d) el patrimonio de cada cónyuge;
- e) la finalidad y las expectativas razonables del nudo propietario y del usufructuario, que deben surgir con el debido nivel de detalle del contrato que da origen a la constitución del usufructo;
- f) las características del vínculo familiar de ambos protagonistas del acto constitutivo, ya que pueden incidir en los riesgos que asume cada parte;
- g) la relación entre el monto del bien afectado y la totalidad del patrimonio del nudo propietario y del usufructuario;
- h) el grado de conocimiento e información de los cónyuges de los constituyentes del usufructo sobre los alcances y efectos del acto;
- i) la exteriorización o ausencia de exteriorización de las partes al constituir el usufructo sobre el o los usos que han previsto ejercer con prioridad, sin perjuicio de posteriores modificaciones;

- j) los grados y modos de generar la mayor posibilidad sobre usos, frutos, mejoras y todo otro dato relevante para los constituyentes;
- k) la descripción del inmueble, con la finalidad de dejar evidencia de sus características, destino (natural o pactado), extensión, si tiene o no edificaciones, árboles, instalaciones, etc. (este factor se vincula con el inventario);
- l) si el nudo propietario compartirá o no algún uso sobre todo o una parte del bien;
- m) el control sobre el buen ejercicio de la diligencia exigible a las partes;
- n) si las partes han evaluado la inclusión del derecho de acrecer;
- o) los alcances de la calificación notarial y registral;
- p) la inclusión de garantías (personales, reales, bancarias);
- q) la evaluación del modo de tasar o fijar el monto del usufructo.

8.2. Configuración personalizada

Toda configuración jurídica es resultado de una evaluación de los profesionales sobre las características del caso a resolver. Cuando se trata del usufructo, la cantidad de factores y las peculiaridades propias de su naturaleza obligan a redactar textos aún más ajustados a cada necesidad. Por ello, no corresponde aplicar modelos generales, ya que es esencial que se configure la redacción de acuerdo con las características de cada caso específico.

8.3. Importancia del contrato que origina la constitución del derecho real de usufructo

De acuerdo con la conocida fórmula propia de la constitución de derechos reales, se requiere título, modo y, a los efectos de expandir la publicidad del acto generador (título) y su consecuencia (derecho real de usufructo), la inscripción registral (Alterini et al., 2018, p. 639).

A pesar de esta estructura tan conocida, respecto a la estructura de los derechos reales, se evidencia en las redacciones habituales que sólo haya una referencia en exceso escueta respecto al título causal. Para mayor claridad, por lo general la redacción habitual es aproximadamente esta: "Comparecen [...] y dicen: que constituyen derecho real de usufructo (oneroso o gratuito)". Esta reiterada omisión quizás se deba al hecho de que, cuando se trata de los derechos reales sobre cosa ajena, no resulta tan perceptible a simple vista la necesidad de regular con mayor nivel de detalle las características del contrato previo.

Considero que es fundamental abandonar este modo de redactar los actos constitutivos. Todo acto jurídico es consecuencia de un conjunto de finalidades de quienes lo llevan a cabo, y dichas finalidades resultan trascendentes para los contratantes. Comparemos el caso de la transmisión de la propiedad de un inmueble. Pueden surgir de numerosas causas: compraventa, donación, permuta, etc. Una vez que se optó por una de esas causas, los contratos por lo general contienen una variada cantidad de cláusulas que desarrollan la finalidad específica de los contratantes. Estas finalidades se expresan, según las circunstancias, con numerosas puntualizaciones.

En una compraventa normalmente se consigna el precio, la forma de pago, los eventuales accesorios y las cláusulas habituales sobre garantía de evicción y saneamiento. Pero si, por su complejidad, el tipo de contrato lo requiere, o bien las características del caso lo hacen necesario, se agregan numerosas cláusulas destinadas a proteger las expectativas de los contratantes. Un ejemplo entre muchos es el de la transmisión de propiedad de un terreno cuya contraprestación es la entrega de unidades. En ese caso, una configuración técnica adecuada exige detallar con numerosas cláusulas y documentos técnicos –propios de la ingeniería, la arquitectura, y de las garantías, multas, pactos comisorios– una gran cantidad de previsiones proporcionales a la importancia de la obra. En el caso del usufructo, estas previsiones –reitero, llamativamente ausentes– generan altos riesgos debido a la gran cantidad de factores que inciden. Prueba certera de lo referido lo desarrollo en el punto siguiente. Una elemental reflexión y análisis de cada caso llevará a consignar numerosas cláusulas que contengan la adecuada protección de los derechos de los constituyentes.

8.4. Singularidad de los usos admitidos según la naturaleza del bien afectado al usufructo

El usufructo faculta al usufructuario para el uso del objeto. La simple lectura del vocablo *uso* pareciera ser expresiva, pero al observar con detenimiento aparecen interrogantes importantes. Algunos de ellos son:

- a) Cantidad. ¿Cuántos usos permite el tipo de objeto del usufructo? No es lo mismo la cantidad de usos de una chacra, que el uso de una vivienda de un ambiente.
- b) Matices. ¿Qué características posee cada uno?, ¿cada uso tiene, a su vez, aspectos singulares? Un campo, por ejemplo, puede ser apto para cosechar granos –además, ¿qué tipo de granos?–, o para el pastoreo del ganado, o bien, pueden ser parcelas que admitan uno u otro uso.

- c) Los usos dependen sólo de un aspecto objetivo y de ciertas cualidades que debe reunir el usufructuario. Por ejemplo, en el caso de una vivienda, dependerá de la cantidad de ambientes, de la familia del usufructuario, etc.
- d) Podría suceder que el usufructuario sólo se dedique a la percepción de frutos y productos: ¿qué cantidad?, ¿cuáles frutos?, ¿la percepción será continuada o aleatoria?, ¿es una facultad que se comparte con el nudo propietario por haberse pactado?
- e) ¿Tiene edificaciones el inmueble? ¿Cuáles son sus características? ¿Qué límites tiene cada una? ¿Se ha pactado la construcción de mejoras? En caso afirmativo, ¿cuáles y de qué extensión?
- f) ¿Se ha cuantificado el uso consignando, por ejemplo, la cantidad de personas que puede ingresar el usufructuario, qué horario y con qué frecuencia?
- g) ¿Se han previsto controles por parte del nudo propietario para advertir abusos y daños?
- h) El uso para vivienda, por tratarse de un ejercicio pragmático, se manifiesta por actos materiales, y esto conduce a una cuestión de prueba. Esta consecuencia impone indagar cómo consignar dicho destino en la configuración del usufructo.

En síntesis, un aspecto es la atribución genérica, abstracta, potencial de usos, y otro aspecto es el ejercicio efectivo de tal o cual uso. Esta generalidad y abstracción tiene mucha importancia: la potencialidad de uso del bien para vivienda no garantiza su utilización efectiva para tal fin.

8.5. Favorecer la plena oponibilidad de los usos que las partes estipulen

He referido la diferencia entre el o los usos considerados de modo abstracto, potencial, y el o los usos específicos que las partes hayan decidido. De ahí la importancia en señalar la utilidad de dichas decisiones en el documento que las contiene. En este punto, complemento la utilidad referida con la conveniencia de expandir la publicidad posesoria del usufructuario con la publicidad registral. Es decir, que se rogue en el *iter* registral del usufructo la constancia en el folio del destino de vivienda, dada la trascendencia para su debida protección.

Desde ya, la mejor opción para favorecer la publicidad es la afectación específica al régimen de vivienda por parte del usufructuario. Sin duda, esta opción es fuertemente recomendable para el ejercicio de la función notarial al ser uno de sus ejes la protección de los actos en los que interviene, no sólo en su legalidad y prueba, sino en la vigencia eficaz de sus efectos.

8.6. Derecho de acrecer

El artículo 2132 del CCCN establece que, en caso de constituirse el usufructo a favor de varias personas, si se extingue para alguna de ellas, no acrece dicha porción a favor de los demás, salvo que haya un pacto expreso. Por ello, es esencial al momento de la configuración de este derecho, la evaluación sobre el modo de regular el derecho de acrecer debido a la importancia decisiva que tiene para las partes y los terceros interesados.

8.7. Amplias posibilidades del usufructo en caso de constitución a favor de personas jurídicas

Me he referido extensamente a la incidencia de la aleatoriedad y la consecuente limitación temporal imprecisa en los usufructos constituidos a favor de personas físicas. Pero este problema prácticamente desaparece en el caso de usufructos a favor de personas jurídicas, ya que el CCCN (art. 2152, inc. b)) fija un plazo de cincuenta años desde su constitución, que sólo puede vencer antes en caso de extinción de la persona jurídica.

Esta extraordinaria posibilidad permite aplicaciones novedosas. Algunos ejemplos permitirán un panorama:

- a) El caso del propietario de un campo con una extensión tal que permite usos variados. No quiere desprenderse del mismo, pero le interesaría obtener ingresos. Al aprovechar esta interesante posibilidad del usufructo, el propietario podría constituir usufructo sobre partes materiales del campo a favor de diferentes interesados –cada uno de los cuales realizaría su propia explotación–, sin necesidad de tener que invertir en la compra de un inmueble. Incluso puede pactarse un plazo conforme a las necesidades de cada usufructuario. El resultado, beneficio para ambas partes. Para el ejercicio del asesoramiento profesional notarial, una herramienta de mucho potencial para ofrecer.
- b) La misma finalidad puede obtenerse en el caso de una parcela urbana con suficiente extensión para admitir diferentes usos. Esto es aplicable al caso de parcelas con o sin construcciones.
- c) A ello se agrega otra alternativa de considerable importancia: el hecho de que cada persona jurídica usufructuaria pueda, a su vez, constituir derechos reales de servidumbre (art. 2142) y, en consecuencia, expandir su utilidad, sólo limitada por las posibilidades de explotación del inmueble.

- d) Conforme al mismo artículo 2142, la persona jurídica usufructuaria puede obtener financiación para sus desarrollos comerciales constituyendo anticresis sobre su porción material.

8.8. Garantías

Otro de los aspectos a mejorar en la técnica notarial, tanto en el plano del asesoramiento como en la configuración, es la atención que se debe prestar sobre las garantías a suministrar al nudo propietario (art. 2139, CCCN). En los usos habituales antes referidos, por lo general se redactan –en el mejor de los casos– los instrumentos con una redacción simple, escueta, poco expresiva. Desde la perspectiva del presente trabajo, que parte de la reforma del CCCN, el tema de las garantías merece un análisis más profundo tanto de las partes que desarrollan la debida diligencia como de los escribanos.

Hemos visto la gran cantidad de posibilidades de explotación y beneficios económicos y aún de goce que admite el usufructo. La consecuencia es que, ante cada variante, la elección de las garantías debe ser proporcional a los riesgos. Una estimación técnicamente ajustada requiere, entonces, que el análisis sea minucioso. Algunos ejemplos pueden servir de guía. En el caso de usufructo sobre un departamento o finca, los riesgos son más conocidos. No obstante, pueden mediar circunstancias específicas como, por ejemplo, si el inmueble tiene mobiliario, artefactos de cierto valor, o quizás obras de arte. Si se tratara de un campo, podrían estar incluidas las maquinarias, herramientas, instalaciones. Otro factor que incidirá es el plazo, sobre todo en el caso de usufructos a favor de personas jurídicas. El plazo es generador por sí mismo de deterioros debido al uso, a lo cual se añade el uso abusivo o poco cuidadoso. En todos estos casos, y advirtiendo a las partes la necesidad de regular el tema, la consulta con expertos en cuestiones de previsión de daños –como las empresas de seguros– proporcionará un gran beneficio. También repercutirá la previsión necesaria contractual, no sólo en la contratación de garantías suficientes, sino en las cláusulas contractuales en las que se redacten las obligaciones de mantenimiento, las revisiones técnicas, los cuidados especiales cuando corresponda, así como la debida auditoría, tanto del nudo propietario o de los técnicos especializados.

8.9. Mejoras

El artículo 2146 del CCCN determina que el usufructuario debe realizar a su costa las mejoras de mero mantenimiento, las necesarias y las que

se originen por su culpa. El punto se conecta con la importancia del inventario en la parte destinada a la descripción del estado en el cual se entrega el inmueble. Pero ello no impide, pacto de por medio, que se acuerde la realización de mejoras facultativas, en la medida que no alteren la sustancia.

8.10. Pactos sobre impuestos, tasas, contribuciones

El artículo 2148 CCCN menciona que los impuestos, tasas, contribuciones y cargas comunes quedan a cargo del usufructuario. Como consecuencia de las amplias alternativas de configuración de cada usufructo, en muchos casos será necesario dotar de mayor precisión la particularidad de cada rubro y, además, en qué proporción (esto, cuando existan usos compartidos con el nudo propietario o con otros co-usufructuarios, en el caso de usufructos a favor de varias personas sobre una parte determinada).

8.11. Imposición de condiciones, plazos, cargos

La amplitud de posibilidades de configuración que brinda este derecho real se ve reforzada por la imposición de las modalidades antes referidas (art. 2136). Algunas, como la condición o plazo resolutorios, son importantes herramientas jurídicas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del usufructuario.

9. Asignación de valores a los usufructos

Sin duda, la complejidad del punto requiere un desarrollo aún más profundo que el aquí realizado. Estos puntos que señalaré no han sido objeto de estudio y, poco después de examinarlos, evidencian aristas que no sólo requieren mayor análisis jurídico, sino que este debe integrarse necesariamente con otras disciplinas como la rama del derecho de seguro, las estadísticas y la metodología técnica de valuación de activos.

La necesidad de contar con una técnica refinada se evidencia en varios casos: a) cuando se constituye onerosamente; b) cuando es objeto de adjudicaciones en procesos de liquidación de patrimonio conyugal; c) en actos de partición hereditarios.

Como todo activo, por su incidencia en el caso en que se dividen bienes (actos que requieren adjudicaciones proporcionales a los derechos de

cada interviniente), la asignación a través de usufructo debe estar basada en fundamentos técnicos. La valuación de activos es un tema que tiene importantes desarrollos en la rama de las ciencias económicas y, por ello, los cálculos integran una gran cantidad de factores, ponderaciones, etc. Así, incluso la aplicación de las tablas estadísticas de las compañías de seguros es notoriamente insuficiente. Para más detalles, remito al listado sólo enunciativo de factores que mencioné en el capítulo uno (subpunto uno). El tema es de relevancia porque, si se llegara a demostrar en un acto partitivo (cualquiera sea su singularidad) que dicho valor no es equivalente, se afectaría la validez de ese acto.

De este modo, concluyo este punto respaldando futuros trabajos que desarrollen este tema con la debida extensión configurando un aporte considerable para la técnica jurídica. La conveniencia de futuras profundizaciones se fundamentó en que, al menos desde mi experiencia profesional, no he visto un solo caso (no solo en actos notariales, sino en actos judiciales) en el que se haya explicitado técnicamente dicha asignación de valores. En su gran mayoría se expresa que surge de una decisión de las partes.

10. Bibliografía

- ALTERINI, Jorge H. (1970). *La locación y los derechos reales con función equivalente*. Editora Platense.
- ALTERINI, Jorge H, ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, María E. (2018). *Tratado de los derechos reales* (t. 2.). La Ley.
- LASTRA, Mónica. (2018). Bien de familia y protección de la vivienda. *El Derecho*, t. 279.
- MEDINA, Graciela. (2014). [Comentario al artículo 456]. En G. Medina y J. C. Rivera (dirs.), M. Esper (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (t. 2, pp. 119-123).
- PANDIELLA MOLINA, Juan C. (2019). Protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial. *Revista Jurídica Región Cuyo*, (Nº 6).
- SÍCOLI, Jorge S. (2019, 10/03). Protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Diario DPI. Derecho Privado Comercial Económico y Empresarial*.
- TOBIÁS, José W. (2015). [Comentario al artículo 244]. En J. H. Alterini (dir. gral.), I. Alterini (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (t. 2, pp. 73-82).

Aportes de la Academia Nacional del Notariado

Usufructo sobre parte material de un inmueble

Marcela H. Tranchini*

RESUMEN

El Código Civil y Comercial ha receptado en forma expresa la posibilidad de constitución de derechos reales sobre partes materiales. Su análisis y alcances imponen no sólo el acogimiento al texto legal concreto, sino también una mirada práctica de su implementación y vocación registral.

Sumario: 1. Introducción. 2. Los derechos reales sobre partes materiales en el marco de la teoría general. 2.1. La definición de los derechos reales y el objeto. 3. Los derechos reales sobre partes materiales en el ámbito del derecho real. 3.1. La cuestión en el Código Civil y Comercial. 3.2. Particularidades. 4. Usufructo sobre partes materiales de la cosa.

1. Introducción

El usufructo, cuyas prerrogativas están vinculadas estrechamente al ámbito familiar, radica en la posibilidad de solucionar cuestiones habitacionales, otorgando un poder jurídico sobre una parte material de un inmueble sin necesidad de dividirlo. El carácter vitalicio del derecho real puede aminorarse a través de la constitución conjunta y con derecho de acrecer sobre dicha parte a favor de varias personas humanas.

Además, cuando el titular del usufructo es una persona jurídica, permite el desarrollo de múltiples emprendimientos productivos sobre una porción

* Abogada y escribana (UNLP). Especialista en Derecho Notarial (UNA). Profesora titular de Derechos Reales y profesora de la Especialización en Documentación y Registración Inmobiliaria (UNLP). Miembro de número de la Academia Nacional del Notariado. Catedrática de la Academia Notarial Americana. Asesora notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.



del inmueble, ya que -no debe olvidarse- su duración puede extenderse hasta los cincuenta años.

El estudio del tema merece diferentes enfoques:

- 1) los derechos reales sobre partes materiales en el marco de la teoría general;
- 2) los derechos reales sobre partes materiales en el ámbito de los derechos reales en particular.

2. Los derechos reales sobre partes materiales en el marco de la teoría general

La teoría general de los derechos reales opera como base de los conocimientos particulares que contienen los restantes. En su libro cuarto, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) concibe una parte general para los derechos reales, algo de lo que el Código velezano carecía con tal extensión.

2.1. La definición de los derechos reales y el objeto

El CCCN define el derecho real, en su artículo 1882, como

El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este código.

Reconoce como antecedente el proyecto del código civil y comercial unificado del año 1998, que fuera la fuente inspiradora de la mayoría de sus preceptos.

La definición comienza afirmando que el derecho real es un *poder jurídico*. Mientras que la obligación implica una relación jurídica que sólo puede darse entre personas y que supone una facultad del acreedor, aquel es un poder jurídico *sobre su objeto*, esto es, un complejo de facultades que permite obtener de él una utilidad mayor o menor sin necesidad y con exclusión de la intervención de otra persona. Por ello se dice que el ejercicio del poder es directo.

Al objeto del derecho real atiende el artículo 1883, que dispone que

El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa. El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley.

Más allá de las críticas que pueden hacerse a la definición, la regla es que *el objeto de los derechos reales son las cosas*, en su totalidad, por una parte indivisa o por una parte material, *o un derecho*, en los casos permitidos por la ley. Asimismo, el objeto, los demás elementos (sujeto y causa) y el contenido conforman la estructura de los derechos reales; esto conduce a la consecuencia de que sus normas son de orden público y, por ende, estatutarias. De manera que, en estos aspectos, no rige la autonomía de la voluntad.

3. Los derechos reales sobre partes materiales en el ámbito del derecho real

3.1. La cuestión en el Código Civil y Comercial

Si la cosa forma un solo cuerpo, el objeto del derecho real será, en principio, la cosa íntegra, pero también el objeto puede estar constituido sobre partes materialmente determinadas. Las “cosas” se encuentran definidas normativamente en el artículo 16 CCCN como bienes materiales susceptibles de valor económico. Nuestro ordenamiento carece de normas generales sobre la determinación física de parte de un inmueble a los fines de constituir un derecho real distinto del que tiene por objeto la totalidad de la cosa.

Por otra parte, un inmueble es un continuo vertical que se encuentra limitado en su perímetro por líneas geométricas. Cuando las delimitaciones físicas se realizan en el interior de un inmueble, estamos en presencia de “partes materiales”, “reales” o “físicamente determinadas” de un inmueble. La doctrina las denomina así por oposición a las “partes ideales” de una cosa, como la porción indivisa de cada condómino. Aun a la luz del Código velezano era falsa la premisa de que el derecho real no puede existir sobre parte material. Así, el artículo 2821 del Código Civil derogado permitía que el usufructo a favor de varios cusufructuarios se ejerza “por partes separadas o indivisas”.

El VII Congreso Nacional de Derecho Registral (Córdoba, 1998)¹ admitió en su despacho mayoritario esta posibilidad. En el mismo sentido se

1. Dice el Despacho: “1. El tema en el ámbito de la teoría general de los derechos reales. 1. Respecto de determinados derechos reales, nuestro código admite la posibilidad de su constitución sobre partes materialmente determinadas de un inmueble. 2. La constitución de tales derechos sobre diversas partes materialmente determinadas de un inmueble a favor de titulares distintos, no implica que entre ellos se establezca una cotitularidad de derechos. 3. Acerca de la posesión,

expresaron las XVIII Jornadas de Derecho Civil (Buenos Aires, 2001), en las que se concluyó: "Los derechos reales tienen por objeto: a) Las cosas. b) Las partes materiales de las cosas. c) Los derechos, excepcionalmente, si la ley lo establece". Esta conclusión fue reafirmada por las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Lomas de Zamora, 2007).

3.2. Particularidades

3.2.1. Cosas que admiten la constitución de derechos reales por partes materiales

- Cosas inmuebles o muebles: la primera imagen que nos viene a la vista es la de los inmuebles. Sin embargo, aunque no es lo más frecuente, podrían ser muebles. Por ejemplo: el usufructo de determinado sector de un barco o la primera clase de un avión.
- Cosas divisibles o indivisibles: tampoco deben ser necesariamente divisibles. Recordemos que el artículo 228 CCCN en su primer párrafo estipula que

Son cosas divisibles las que pueden ser divididas en porciones reales sin ser destruidas, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma.

Con este criterio, un lápiz o una estatua serían indivisibles y, claramente, no admitiríamos un derecho real sobre un pedazo de lápiz o la cabeza de una estatua. En cambio, lo podríamos constituir sobre un campo. Pero, además, hay un criterio económico, de utilidad, porque, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 228,

Las cosas no pueden ser divididas si su fraccionamiento convierte en antieconómico su uso y aprovechamiento. En materia de inmuebles, la reglamentación del fraccionamiento parcelario corresponde a las autoridades locales.

Pues bien, por ejemplo, un campo que no puede dividirse porque no constituye una unidad económica o un edificio todavía no sometido a propiedad horizontal permitirían la constitución de derechos reales sobre partes materiales. Sin embargo, existe una excepción al respecto: si se admite

nuestro codificador admite en el art. 2410, la posibilidad de tomarla sobre una parte materialmente determinada del inmueble [...]. III. Publicidad de los derechos reales sobre partes materiales. En todos los casos deberá individualizarse con precisión la parte materialmente determinada de la cosa, conforme los procedimientos que establezca cada legislación local".

este objeto en los derechos de garantía inmobiliarios (hipoteca y anticresis), el inmueble debe ser divisible y la porción real afectada susceptible de conformar una parcela independiente. Ello se debe a que, producto de la subasta, el objeto hipotecado puede quedar en propiedad de un tercero.

3.2.2. Determinación

En materia de derechos reales, es necesaria la máxima determinación de la cosa que constituye su objeto. En cuanto a la especialidad con relación a los inmuebles, ¿cómo se determina la parte? ¿Es necesario un plano de mensura? ¿Bastaría con un croquis? Sin duda, la determinación exige precisión: ubicación, medidas, superficie, rumbos.

En el caso de la constitución de derechos reales sobre partes materiales, deberíamos solicitar al profesional competente el croquis de la ubicación en el terreno, con indicación de medidas, superficie y linderos, con la misma precisión de un plano de mensura, pero sin necesidad de registrarlo. Podría denominarse croquis de deslinde de superficie al efecto de constituir... Se deslinda el sector que afecta dentro del inmueble, según título. Sin perjuicio de ello, algunas demarcaciones y, en especial, algunos registros, como el de la Provincia de Buenos Aires, exigen el plano de mensura también para la constitución de derechos reales sobre partes materiales de la cosa.

3.2.3. Distinción de la parte indivisa de una cosa: el condominio y otras comunidades de derechos reales

Hay comunidad de derechos reales siempre que dos o más personas sean titulares de un derecho real que, por su contenido, sólo admite el ejercicio por parte de una persona (derechos reales exclusivos). Los derechos reales exclusivos son el dominio, el usufructo, la propiedad horizontal, la propiedad horizontal especial, el tiempo compartido y el cementerio privado, la superficie, el uso y la habitación.

Así como el condominio es la comunidad del derecho real de dominio, del mismo modo habrá copropiedad horizontal, cusufructo, cousingo, cohabitación, etc. En todos estos casos hay titularidad de cuotas sobre un objeto unitario; esto significa que la titularidad de los comuneros sobre el objeto común no se fracciona en partes materiales, sino que se extiende a la totalidad de la cosa, según partes indivisas, ideales, intelectuales, alícuotas, cuotas, proporciones o participaciones sobre el todo. Es que la mitad, el tercio o el cuarto, que conforman la titularidad de cada comunero, no se aplican a una

porción de la cosa materialmente determinada, sino que inciden sobre cada una de las moléculas integrativas de esa cosa.

3.2.4. Derechos reales que pueden constituirse sobre partes materiales

Para comprender el alcance y la posibilidad de constitución de derechos reales sobre partes materiales, es necesario distinguir los que recaen sobre cosas propias o ajenas.

3.2.5. Derechos reales sobre cosa propia

Los derechos reales sobre cosa propia no pueden tener por objeto una parte materialmente determinada del inmueble. El dominio abarca la totalidad de la cosa y, por definición, no admite pluralidad de titulares. Desde que un dominio distinto surge sobre una porción real, automáticamente la porción real se convierte en inmueble individual.

En cuanto al condominio, el principio general consiste en que cada condómino tiene el uso y goce de toda la cosa, ya que su derecho no se limita a una parte material. Dado que la cosa no puede ser usada y gozada en forma simultánea por todos los cotitulares, es posible acordar que cada uno gozará de una parte material del inmueble o que lo harán de manera alternada. No obstante, los derechos emergentes de este acuerdo de uso y goce revisten naturaleza personal y no real.

Respecto de la propiedad horizontal y los conjuntos inmobiliarios, es imposible constituir un derecho real sobre cosa propia sobre partes materialmente determinadas de la unidad funcional. Esto también se aplica al tiempo compartido y al derecho real de sepultura.

En relación con la superficie, el objeto puede recaer sobre porciones reales del inmueble. Por esta razón, la superficie constituye el único derecho real sobre cosa propia que admite que el objeto sea configurado bajo esta modalidad.

3.2.6. Derechos reales sobre cosa ajena

- De goce:
 - “El usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material...” (art. 2130 CCCN).

- “El uso es el derecho real que consiste en usar y gozar de una cosa ajena, su parte material o indivisa, en la extensión y con los límites establecidos en el título, sin alterar su sustancia” (art. 2154 CCCN).
- “La *habitación* es el derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él, sin alterar su sustancia” (art. 2158 CCCN).
- “La *servidumbre* puede tener por objeto la totalidad o una parte material del inmueble ajeno” (art. 2163 CCCN).
- De garantía. Cabe señalar únicamente aquí que, en cuanto a la hipoteca, la cuestión reviste complejidad, pues el CCCN no menciona la posibilidad de constituirla sobre una parte material; sólo se refiere a la hipoteca sobre uno o más inmuebles, determinados, según el artículo 2209, por su ubicación, medidas perimetrales, superficie, colindancias, datos de registración, nomenclatura catastral y demás especificaciones necesarias para su debida individualización. Y el CCCN sólo se refiere a la hipoteca sobre parte indivisa artículo 2207. Ello no impide constituir ese derecho real de garantía del mismo modo que la constitución de anticresis sobre partes materiales de un inmueble cuando dichas porciones sean susceptibles de ser divididas. En cambio, el usufructo, el uso, la habitación, las servidumbres y la superficie pueden ser constituidos sobre una parte material del inmueble, aunque esas partes no puedan dividirse como parcelas independientes.

4. Usufructo sobre partes materiales de la cosa

El derecho real de usufructo puede constituirse sobre parte materialmente determinada aunque esa parte no pueda dividirse como parcela independiente. Tal como hemos visto, debe distinguirse la constitución de usufructos sobre distintas partes materiales en favor de titulares distintos del cusufructo o usufructo a favor de varios titulares por partes indivisas. Si existe un cusufructo sobre el total de la cosa (o sobre una parte material), constituido conjunta y simultáneamente a favor de dos o más personas –por ejemplo, por mitades indivisas– y se pactó el derecho de acrecer, al extinguirse el usufructo sobre una de las partes, el cusufructuario acrece su parte ideal a todo el usufructo (art. 2132 CCCN).

En cambio, si hay dos usufructos sobre partes materiales, el fallecimiento de uno no incidirá en el otro usufructo que continuará como estaba hasta entonces. Esto es así porque, al no existir identidad de la parte material –

esto es, identidad de objeto-, no puede pactarse entre ellos el derecho de acrecer; dicho derecho presupone una situación de comunidad. Un cusufructo genera un asiento registral único, cuyos titulares son, por ejemplo, dos personas: Juan y Pedro. En cambio, dos usufructos sobre partes materiales distintas generarán dos asientos registrales, uno a nombre de Juan y otro a nombre de Pedro. No se requiere un nuevo folio real. La regla surge del artículo 11 de la Ley 17801: "La matriculación se efectuará destinando a cada inmueble un folio especial con una característica de ordenamiento que servirá para designarlo". La norma transcripta atribuye una única matrícula para cada inmueble, y omite toda referencia a las porciones reales de la cosa.

Por lo tanto, la inscripción de los títulos que constituyan derechos reales de usufructo sobre partes materiales no provocará la apertura de una nueva matrícula, sino que el asiento se practicará en el rubro "gravámenes" del folio real correspondiente, donde deberán constar las medidas, superficie y linderos del sector físicamente delimitado.

Aportes de la Academia Nacional del Notariado

Temas actuales de usufructo

Marcelo Eduardo Urbaneja*

RESUMEN

La utilización del usufructo inmobiliario en nuestro país ha quedado tradicionalmente confinada al ámbito familiar. Con el vigente Código Civil y Comercial, la función económica de este derecho real ha mutado firmemente, siendo superado para esos fines por el uso y la habitación, para demostrar lo cual se realizan comparaciones prácticas entre las tres figuras. Se contempla además el impacto del régimen de vivienda, la constitución sobre partes materiales, la renuncia, el carácter propio o ganancial y el asentimiento, en todos los casos contemplando los impactos instrumentales y las connotaciones registrales. Se culmina con el abordaje del usufructo sobre acciones y cuotas sociales.

PALABRAS CLAVE

Usufructo; uso; habitación; acciones; cuotas; vivienda; renuncia; fallecimiento.

Sumario: 1. Introducción. 2. Función económica en el ámbito familiar. 3. Innecesidad de documento cartográfico para el establecimiento de usufructo sobre parte material. 4. Cuestiones relativas a su instrumentación: alternativas contractuales, modo suficiente y certificados. 5. Cláusulas de inenajenabilidad. 6. Imposibilidad de constituir hipoteca. 7. Afectación a vivienda. 8. Carácter propio o ganancial. 9. Explotaciones económicas con finalidades no habitacionales. 10. Extinción. 11. Renuncia: certificados registrales y asentimiento. 12. Usufructo de participaciones societarias. 13. Bibliografía.

* Abogado graduado con medalla de oro (UCA). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Académico de número de la Academia Nacional del Notariado. Profesor titular en el Doctorado en Ciencias Jurídicas (UCA), en maestrías (UCA y Austral) y en grado (Derechos Reales, Derecho Societario, Títulos Valores y Derecho Empresario, UCA). Director de la carrera de Notariado (UCA) y profesor titular en la misma (Derecho Privado Notarial, Derecho Registral y Práctica Profesional Notarial).



1. Introducción

En el presente trabajo abordaré aspectos determinados del usufructo y sus consecuencias en el terreno de la praxis, con el objetivo de señalar proyecciones bien demarcadas por la doctrina y otras menos atendidas, pero igualmente útiles. Para ello, tomaré como punto de apoyo la síntesis y reelaboración de varios aportes que he difundido desde los albores del vigente Código Civil y Comercial (Urbaneja, 2015a, 2015b, 2017a, 2017b, 2018b, 2018c, 2018d, 2019, 2020a, 2020b, 2023).

En cuanto al encuadre normativo, vale señalar que se disciplina en el título VIII del libro IV, desde el artículo 2129 hasta el 2153 (en consecuencia, abarca veinticinco artículos y no veinticuatro como señalan los fundamentos del anteproyecto). Salvo matices de dispar relevancia, se tuvieron en cuenta las inspiraciones del proyecto de 1998.

Es innegable el impacto de otras normas, como las atinentes a los frutos, la posesión, la responsabilidad parental o la compensación económica. Ya fuera del propio Código Civil y Comercial (CCCN), existen normas específicas, como en el Código de Minería (arts. 338 a 345) o en la Ley General de Sociedades (art. 218).

La referencia a la sustancia puede compararse con el ámbito de las locaciones de donde surgen tratamientos específicos, pero no equivalentes ni paralelos a los de aquí (arts. 1205 y 1211). El CCCN repite la prohibición de alterarla, también para el régimen de mejoras (art. 2143).

2. Función económica en el ámbito familiar

El usufructo se utilizó tradicionalmente en el ámbito familiar. En esa órbita, su rol fue reemplazado desde el CCCN por el uso o la habitación, según los casos, porque el usufructo ha pasado a ser ejecutable (art. 2144).

De acuerdo con el artículo 2142, el usufructo es transmisible. Más allá de la naturaleza que pretenda atribuírsele a este acto, lo cierto es que el fallecimiento del usufructuario originario extingue el usufructo actual –ya sea que corresponda a quien primero lo adquirió de aquel originario, o a uno sucesivo–. El fallecimiento de quienes eventualmente hubieran sido usufructuarios “intermedios” –que ya no conserven tal titularidad– no extingue el usufructo actual –referencia expresa del artículo 2153 al usufructo “originario”–. Este régimen se aplica tanto a los usufructos adquiridos voluntariamente como por vía forzosa por ejecución (art. 2144).

El uso también es transmisible, con los mismos efectos, pero sólo por vía voluntaria: es decir, no puede ejecutarse. Frente a opiniones primitivamente

negatorias de la transmisibilidad voluntaria fundadas en el artículo 2156 del CCCN, desde 2015 sostuve por escrito esta posición basada en los artículos 2155 y, fundamentalmente, 1124 inciso a) del CCCN (Urbaneja, 2015b, p. 419). La doctrina posterior siguió ese criterio (Alterini et al., 2018b, § 1724).

El uso no es ejecutable porque, si se aclara cuándo los frutos pueden ejecutarse (art. 2157), es porque el derecho no puede serlo; de lo contrario, la aclaración sería redundante. A esta interpretación que armoniza la norma se le agrega, con la fuerza de la afirmación dogmática que echa por tierra los argumentos contrarios, el artículo 744, inciso e). La habitación tampoco es ejecutable (argumento de este último artículo y del 2160).

Más adelante abordaré la cuestión de la afectación a vivienda por el usufructuario, que atempera los efectos de la ejecutabilidad. Sin embargo, no los suprime, y por eso no resulta suficiente para equipararse a la nueva función económica de estos clásicos derechos de disfrute. En primer lugar, entre los requisitos de la afectación a vivienda está la imposibilidad de ser titular de más de un inmueble afectado en un ciento por ciento a vivienda (art. 244, último párrafo). Al proyectar la idea votada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, desarrolladas en Bahía Blanca (Urbaneja, 2015a), a las que aludiré, cabe colegir que quien es titular del ciento por ciento del usufructo de un inmueble afectado a vivienda no podrá serlo de otro en las mismas condiciones. En segundo lugar, aparece una diferencia insalvable. Según el artículo 249, el régimen de vivienda es inoponible a acreedores de causa anterior a la afectación, lo que no ocurre en el uso ni en la habitación que no pueden ser ejecutados por ningún acreedor, sin importar su fecha. Reitero que siempre existirá la posibilidad de revocar el acto por el que se adquiera o reserve el uso o la habitación si se reúnen los requisitos de la acción de fraude (art. 339), mientras que, en el caso de la vivienda, basta con la causa anterior.

Frente a la transmisión del usufructo o del uso, el nudo propietario puede renunciar a exigir la garantía (Alterini et al., 2018b, p. 652), pues la misma es un elemento natural –en la constitución originaria, es un elemento accidental; es decir, sólo existirá si se pacta, lo que deriva en la esterilidad del artículo 2139–. El CCCN no establece ninguna consecuencia a la falta de otorgamiento de la garantía cuando no ha sido dispensada por el nudo propietario. Cabe descartar la invalidez del acto, por lo que no restan más que las acciones para demandar el cumplimiento o la indemnización sustitutiva, siendo viable la primera mediante un tercero (dado el carácter no *intuitu personae*).

No es sostenible la eventual inoponibilidad de la transmisión al nudo propietario pues, por un lado, ello implicaría alterar *sine lege* la regla general

del artículo 1893 y, por el otro, confundir la notificación al usufructuario cuando se transmite la nuda propiedad –la *traditio brevi manu* impropia o “tradición por indicación” de los artículos 1892 y 1923– con la transmisión del usufructo.

El uso permite transmitirse y celebrar contratos, entre ellos de locación, pero, frente a la extinción por fallecimiento del primitivo titular, su utilidad se desploma de manera absoluta, equiparándose en este sentido a la habitación que no permite esos contratos. A su vez, el uso requiere determinar “la extensión del uso y goce” para no reputarse usufructo (art. 2154), lo que puede interpretarse como delimitación de una parte material o una distribución de los frutos entre el nudo propietario y el usuario. La habitación no exige esa determinación.

Un sector de la doctrina entiende que la habitación no permite ser constituida sobre parte indivisa, lo que conduciría a la imposibilidad de una titularidad plural, impactando en su utilidad en el ámbito familiar –ya que únicamente serviría cuando uno solo de los progenitores sobrevive). No comparto esta posición y, desde 2015, entiendo posible la titularidad plural y el derecho de acrecer (Urbaneja, 2015b, pp. 423-425), idea que dividió a la doctrina posterior.¹

Tanto el usufructo como el uso y la habitación pueden resultar de una partición privada. Para quienes admiten que, mediando inmueble, la partición puede seguir haciéndose por instrumento privado con “homologación” judicial –tesis con la que disiento–, también deberían admitir allí el nacimiento de los tres derechos reales. Mi difundida militancia por la tesis contraria –es decir, la ineludible escritura pública como forma de la partición cuando la comunidad está integrada por un inmueble, a raíz de la inexistencia actual de un artículo equivalente al anterior 1184, inciso 2), del Código Civil– me lleva a rechazar la idea (Urbaneja, 2018b).

Cuando la partición es judicial en los términos del artículo 2371 –es decir, “forzosa”, pues se arriba a la misma sin voluntad de los cotitulares–, la imposición del usufructo por el juez estaría vedada por el artículo 1896 del CCCN de manera genérica y, de forma específica pero innecesaria, reiterada por el artículo 2133 del mismo Código. Sin embargo, sostuve en la doctrina argentina –a su tiempo, en soledad– que el juez puede imponer el usufructo –no el uso ni la habitación– como compensación económica en caso de disolución del régimen de comunidad, o de unión convivencial (arts. 441 y 442, por un lado, y 524 y 525, por el otro, respectivamente). Esta tesis, que propuse en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil

1. Por la afirmativa: Abella y Mariani de Vidal (2016, p. 46); Alterini et al. (2018a, § 1122); Vázquez (2020, p. 737). Por la negativa, aunque pronunciándose exclusivamente respecto a la posibilidad de la parte indivisa como objeto: Cossari (2019, § 3, p. 376).

(Urbaneja, 2015a), fue defendida sólo por mí y rechazada por toda la comisión de derechos reales. Mantengo esta posición, pues entiendo que la mención legal no es incidental, azarosa ni incongruente, sino concorde con el nuevo rol económico que cabe atribuir al usufructo según lo reseñado más arriba, incorporándolo –con las falencias descriptas– al tráfico comercial.

Es de señalarse que, luego del rechazo del prestigioso simposio, se pronunciaron en el sentido que defendí Molina de Juan (2023, p. 389) y –con cita de mi opinión–, Ferrer (2025, pp. 753-755).

3. Innecesidad de documento cartográfico para el establecimiento de usufructo sobre parte material

El CCCN es categórico al admitir la posibilidad de establecer el derecho real sobre una parte materialmente determinada de los mismos. Como lo destacué en su oportunidad (Urbaneja, 2014, p. 223), la doctrina se ocupó de argumentar a favor de este supuesto (Gatti, 1984, p. 201; López de Zavalía, 1989, pp. 192-198). Sin embargo, existe un antecedente legislativo silenciado, de singular relevancia, que se remonta a medio siglo: el artículo 1, inciso d), del Decreto 5479/1965 de la Provincia de Buenos Aires, norma que reglamentaba –y sigue haciéndolo– la ley registral inmobiliaria de esa demarcación (Urbaneja, 2019).

Cuando se trate de una hipoteca o una anticresis, la superficie señalada debe ser pasible de configurar un inmueble autónomo, puesto que en caso de incumplimiento se podrá ejecutar y transmitir de manera independiente. La determinación de esa medida corresponderá a las autoridades locales pertinentes, a tenor del artículo 228 del CCCN. Por eso resulta imprescindible, aquí, la confección de plano de mensura. En cambio, tratándose de un usufructo (y por extensión, de uso, habitación o servidumbre), resulta imposible que un acreedor del titular de esos derechos devenga titular de un derecho sobre objeto propio por ejecución. En materia de uso y habitación, por ser inejecutables; en la servidumbre, porque sólo podrán ejecutarse anejas al inmueble dominante; y el usufructo, al ser subastable (art. 2144), sólo permite al adquirente ser, a su vez, usufructuario. De allí que la diferencia con los derechos reales de garantía derive en la falta de obligatoriedad del plano de mensura que en la filosofía legislativa se explica sólo para configurar un objeto pasible de titularidad propia.

La jurisprudencia coincidió en rechazar la necesidad del documento cartográfico. Así, se ha dicho que

[el] propietario puede establecer la parte de la cosa cuya posesión ejercerá cada uno de los usufructuarios. El propietario no está obligado a subdividirlos catastralmente, sino que basta con que establezca físicamente, mediante mojones puestos en el terreno, su forma de división, o bien que divida de acuerdo con las fracciones existentes de un campo o que entregue departamentos o salones dentro de un inmueble urbano. En tal caso, cada usufructuario gozará de su parte del inmueble, con total independencia de los restantes. (Cám. Civ. y Com. Sala 1 de Lomas de Zamora, 2009)

En este sentido, cabe disentir con la conclusión a la que se arribó en el tema 2 del XX Congreso Nacional de Derecho Registral (San Fernando del Valle de Catamarca, 2019), que exige el plano de mensura para los derechos reales de disfrute (punto 1.a del despacho). Hubo, es cierto, discrepancia en mayoría y minoría acerca de la necesidad de inscripción de este en el organismo catastral. La misma discordancia –en cuanto a la necesidad de inscripción en el organismo pertinente– había surgido en el XIX Congreso Nacional de Derecho Registral (Mar del Plata, 2017), con la opinión negativa formulada solamente por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Subrayo que, en este último evento, se aludió al “documento cartográfico” que revelaría la amplitud necesaria para abarcar los croquis.

La posición que reputo adecuada la expuse con el régimen del Código Civil –en esencia, equivalente al vigente (Urbaneja, 2009)– y, en 2015, inmediatamente después de que entrara en vigencia el CCCN (Urbaneja, 2015b, p. 435). La reiteré en 2018, en la conferencia de clausura de la II Jornada Nacional sobre Regulación de la Riqueza Inmobiliaria (Santa Fe, 2018), disertación que estuvo a mi cargo y que quedó reflejada en las conclusiones a dicho evento (Urbaneja, 2018a).

4. Cuestiones relativas a su instrumentación: alternativas contractuales, modo suficiente y certificados

La legitimación necesaria para establecerlos es ostentada por los titulares de derechos reales sobre cosa propia o parcialmente propia. El caso del superficiario es controvertido, en cuanto a la incongruencia que media entre los artículos 2120 y 2131. Por mi parte, me incliné por la afirmativa (Urbaneja, 2015b, pp. 363-364).

Del artículo 2134 se desprenden las siguientes alternativas: la constitución por quien se mantiene como nudo propietario (*per traslationem*, denominación que perdura desde el derecho romano), la enajenación de la nuda propiedad reservándose el uso o la habitación (*per deductionem*, de igual origen) y

la enajenación simultánea del uso o la habitación a una persona y la nuda propiedad a otra.

La referencia a la transmisión de nuda propiedad “con reserva de usufructo” es correcta porque:

- 1) sin ese agregado podría tratarse de una transmisión de nuda propiedad de quien ya es nudo propietario porque el usufructo había sido desmembrado previamente (aunque, en este caso, se podría conocer esa circunstancia por la acreditación de la legitimación en las constancias notariales);
- 2) podría tratarse de una transmisión de nuda propiedad “con reserva de uso” o “con reserva de habitación”. De todos modos, la “reserva” no es un acto distinto, sino una secuela de la transmisión, conforme lo dispone el ya recordado artículo 2134, inciso b), e, incluso, aparece mencionada para finalidades específicas en los artículos 1551, 2416 y 2461 del CCCN.

En cuanto al modo suficiente, me ocupé exhaustivamente de la cuestión a raíz de la escasa consideración doctrinaria (Urbaneja, 2018c). La enajenación de la nuda propiedad con reserva de uso o habitación es, en realidad, el supuesto más frecuente de *constituto posesorio*.

Una interpretación rigurosa admite una cuarta alternativa contractual –la producida en caso de partición de condominio, comunidad hereditaria o régimen matrimonial de comunidad–, cuando los comuneros deciden adjudicarse uno el uso o la habitación, y otro la nuda propiedad. Si bien no existe expresa mención en el CCCN, como sí la tenía el Código Civil, la naturaleza contractual de la partición brinda un sustento incontestable. La circunstancia no se encuentra vedada por los recordados artículos 1896 y 2133, que sólo prohíbe que este resultado provenga de imposición judicial. En tal caso, la partición no se reputará provisional (art. 2370), por cuanto esta ocurre cuando lo atribuido son derechos personales. En este supuesto, al atribuirse el uso o la habitación a un comunero, se atribuye necesariamente la nuda propiedad a otro u otros, con lo cual, no permanece “indivisa”. Tanto para la constitución *per traslationem* de ambos como para la transmisión del uso es fundamental que los contratantes califiquen el carácter gratuito u oneroso, dado que, por aplicación del artículo 2135, se presumirá esto último.

Del artículo 2136 surge que, en la constitución contractual, todas las modalidades de los actos jurídicos están permitidas, excepto el plazo y la condición suspensivos. Si se establecieran, el usufructo, el uso o la habitación se tendrán por no constituidos (en consonancia con el régimen general del artículo 344). A raíz de esta última consideración, no cabe

instrumentar la compra de quien adquiere la nuda propiedad para sí y el uso o la habitación para un tercero (por lo general, sus padres), o viceversa. En estos casos se estaría dilatando la constitución del uso o la habitación a un acontecimiento futuro e incierto –la “aceptación” o “ratificación” de la adquisición del uso o la habitación–, lo que equivaldría a violentar la señalada prohibición.

Frente a los artículos 1124, inciso a), y 1543, ha perdido peso la polémica acerca de la naturaleza jurídica de la constitución *per traslationem*, pues esos artículos hacen aplicable de forma subsidiaria las normas de la compraventa o de la donación, según se haga onerosa o gratuitamente (esta reflexión es extensible a la permuta, cuando corresponda, en función del artículo 1172). La mayoría de los autores no se pronuncia acerca de si esta aplicación subsidiaria abarca la totalidad de los rasgos de las figuras indicadas o solamente algunos; cuestión que resulta gravitante, sobre todo, en la donación, donde campean institutos que conforman normas de excepción, como los artículos 1546 o 1551.

En torno a la capacidad y la representación cabe hacerse eco de las antedichas indicaciones y aplicar los regímenes de la compraventa y la donación. La posibilidad de colacionar la constitución gratuita, que no me parece en absoluto dudosa, resulta dificultosa por las estimaciones para calcular el valor del derecho real, y eso explica la escasa difusión del tópico en la doctrina y el también limitado reflejo jurisprudencial.

5. Cláusulas de inenajenabilidad

Es materia controvertible la posibilidad de imponer al usufructuario –y, en lo pertinente, al usuario– las prohibiciones de enajenar que emanan del artículo 1972. No dudo que tanto en el Código Civil como en el CCCN los “límites al dominio” no se agotan en ese derecho real, sino que se extienden a todos. Si esta afirmación fuera suscripta sin vacilaciones por cualquier autor para las inmisiones (art. 1973), las plantas (art. 1982) o el régimen de vistas y luces (arts. 1978 y 1979), no se advierten motivos para negar la misma inferencia respecto de las cláusulas de inenajenabilidad. Más aún, cuando valiosas opiniones pregonaban la posibilidad de prohibir locar al usufructuario (Alterini, 1970, p. 180), facultad mucho más vinculada a su esencia que la de transmitir el propio usufructo o constituir derechos reales.

Sin embargo, las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, ya citadas, resolvieron en sentido contrario. En este punto del despacho integré la minoría. Allí se dijo:

Transmisibilidad [...] 2.- Cláusulas de inenajenabilidad: a) Dictamen de mayoría: No es posible pactar cláusulas de inenajenabilidad en caso de usufructo, toda vez que conculca lo dispuesto por los artículos 1884 y 1906 del CCyC. b) Dictamen de minoría: Es posible que los sujetos involucrados en la constitución de un derecho de usufructo puedan pactar cláusulas de inenajenabilidad, en los términos previstos en el artículo 1972 del CCyC.

6. Imposibilidad de constituir hipoteca

Estoy persuadido de la imposibilidad para el usufructuario de constituir hipoteca, y así lo defendí en las citadas XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que aprobaron la tesis por mayoría. Con el devenir del tiempo, la convicción se transformó y fue claramente preponderante.

Por su importancia en la práctica profesional, cito las conclusiones del tema 14 de las XXXIX Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2015), en cuya redacción participé en tanto co-coordinador:

Acerca de la posibilidad de constituir hipoteca de parte del usufructuario, la tesis afirmativa se sostiene en la transmisibilidad y ejecutabilidad del derecho; la negatoria, en que no se ha incluido la hipoteca en la nómina de facultades del usufructuario (artículo 2242, CCyCN) ni en la de legitimados para constituir hipoteca (artículo 2207, CCyCN). Dada la estructura legal que impera en la materia de derechos reales, que abarca las facultades de cada uno (artículo 1884, CCyCN), y en la indudable existencia de derechos transmisibles, pero no pasibles de hipoteca (como el uso: artículo 2156, CCyCN), esta última conclusión parece la adecuada.

7. Afectación a vivienda

Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil –ya mencionadas– concluyeron por unanimidad, que integré, que el usufructuario tiene legitimación activa para afectar a vivienda el inmueble objeto de su derecho, en tanto cumpla naturalmente con los recaudos legales. Va de suyo, además, que no requiere para ello la conformidad del nudo propietario.

Aunque resulte harto evidente la fundamentación de esa tesis, la misma ha sido pertinazmente resistida por los registros inmobiliarios sin argumentos de fondo. Sin duda, la expresión “titular registral” del artículo 245 –objetable técnicamente– no desplaza la posibilidad defendida, pues no

hace referencia a ningún derecho real en particular: el usufructuario es tan “titular” como el dueño.

Se advierte un quiebre en esa reticencia registral en la Disposición administrativa 12/2024 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, que indica la posibilidad de esta afectación, con aplicaciones extensivas de lo habitualmente exigido para los derechos sobre inmueble propio (por ejemplo, la necesidad de unanimidad en caso de pluralidad de titulares), y la acertada determinación de la extinción de la afectación cuando se extinga el usufructo.

8. Carácter propio o ganancial

El usufructo, como cualquier derecho real, puede ser propio o ganancial conforme a los criterios generales de los que no ha sido exceptuado; ello, sin perjuicio de que los frutos se consideren, en todos los casos, bienes gananciales. Eso explica la necesidad de contar con asentimiento conyugal según los artículos 456 y 522 del CCCN, conforme corresponda. Entre otras consecuencias, será necesaria su prestación cuando el usufructo se transmita o renuncie (siempre según los criterios de los artículos citados), al igual que los certificados registrales. Así lo asumió respecto al asentimiento la Instrucción de trabajo 4/18 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal. Este criterio actualmente armoniza de manera clara con el carácter transmisible y ejecutable de este derecho real, que lo coloca en el tráfico inmobiliario con un perfil muy diferente al que imperaba hasta el 1º de agosto de 2015. Más aún: desde la vigencia del CCCN, no caben dudas de que el usufructo ganancial es adjudicable en la partición por liquidación del régimen de comunidad disuelto (sea por nulidad, divorcio o cambio a régimen de separación de bienes).

9. Explotaciones económicas con finalidades no habitacionales

El usufructo conserva su utilidad para explotaciones económicas con finalidades no habitacionales, generalmente con titularidad a cargo de una persona jurídica. En este último caso, la duración del usufructo –siempre ligada a la existencia de su titular– es relativamente previsible, pues el usufructo se extinguirá con la liquidación y no con la disolución, dado que con esta la persona jurídica aún subsiste. Que se extinga con la liquidación

de la persona jurídica implica que, en ese acto, el usufructo nunca puede atribuirse a un socio.

10. Extinción

Fuera del supuesto analizado de la transmisión, el ordenamiento en vigor señala diversas causales de extinción del usufructo, replicables al uso y la habitación en función de las indicaciones apuntadas. Así, encontramos el repertorio específico del artículo 2152 –el que, no obstante, contiene hechos jurídicos aplicables también a otros derechos reales: *v. gr.*, el no uso–, vinculado a la generalidad de los derechos reales en el artículo 1907 y a aquellos “medios de extinción de todos los derechos patrimoniales” mencionados en este último (regulados tanto en este Código –*v. gr.*, la renuncia, arts. 13 y 944, de indudable aplicación a los derechos reales– como fuera de él –*v. gr.*, la expropiación, Decreto-ley 21499/1977 y legislación local–).

Deben añadirse dos supuestos. El primero fue analizado al señalar el fallecimiento del usufructuario originario cuando el usufructo había sido transmitido (arts. 2142 y 2153). El otro comenzó a ser considerado por la doctrina a partir de mi ponencia en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Urbaneja, 2015a), que fue aprobada por unanimidad. Se trata de la circunstancia prevista en el artículo 2460:

Si la disposición gratuita entre vivos o el legado son de usufructo, uso, habitación, o renta vitalicia, el legitimario o, en su caso, todos los legitimarios de común acuerdo pueden optar entre cumplirlo o entregar al beneficiario la porción disponible.

La ubicación de la norma, su letra y la de los artículos 2496 a 2499 fuerzan a concluir que el derecho puede extinguirse por decisión del o de los legitimarios. No cabe otra conclusión ante la expresión “entregar al beneficiario la porción disponible”, ya que esa conducta es una de las opciones de los legitimarios. La otra, “cumplirlo”, sólo puede hacer referencia a “entregar el objeto”, pues el nacimiento del derecho real operó con la muerte. Esto puede inferirse de los artículos 1892, 2277 y 2280, que establecen el principio general, y de los artículos 2496 y 2497, que, pese a su imprecisa e incongruente redacción –“El derecho al legado se adquiere a partir de la muerte [...]” y “El legatario de bienes determinados es propietario de ellos desde la muerte [...]”–, parecen indicar derivaciones idénticas. Hago notar que la pretensión de los legitimarios no requiere demostrar que el legado exceda la porción disponible, pues resulta irrelevante (Ferrer, 2019).

La conclusión de las citadas jornadas, como continuación a mi propuesta y por unanimidad, afirmó:

Aun aceptado el usufructo por el legatario, el artículo 2460 de CCyC autoriza a interpretar que el o los legitimarios pueden optar por entregar al usufructuario el objeto del usufructo o bien la porción disponible. Se trata de un caso de extinción del usufructo no contemplado en el artículo 2152 del CCyC, puesto que ya había nacido con la muerte del testador y aceptación del legatario.

La nómina del artículo 2152 contiene inspiraciones conceptuales análogas al régimen precedente, con ligeras salvedades. Cuando el usufructuario es persona jurídica, la duración del usufructo, salvo pacto diferente o extinción anterior, es de cincuenta años. En cuanto al desuso, a diferencia del ordenamiento anterior, surge de la norma *a contrario sensu* que el uso por persona diferente al titular impide la extinción, y afirma que la involuntariedad en la falta de uso no altera esa derivación extintiva.

11. Renuncia: certificados registrales y asentimiento

Respecto del usufructo durante el régimen precedente, existía una controversia en sede notarial, centrada en la posibilidad de solicitar certificados registrales y en la aplicabilidad del asentimiento. Al ser el usufructo actualmente subastable, ya no quedan argumentos para renegar de su embargabilidad; por lo tanto, la generalidad de los registros inmobiliarios debe ahora admitirla.

Por lo mismo, es evidente que a la renuncia de usufructo debe concederse reserva de prioridad, lo que significa que el notario deberá solicitar certificados registrales en los términos del artículo 23 del Decreto-ley 17801/1968. Con el nuevo marco normativo, ya nadie puede dudar de que la renuncia de usufructo es un acto de disposición y que, por lo tanto, integra la nómina de ese precepto.

Acerca de los certificados registrales para la renuncia de usufructo, cabe señalar las distintas posturas asumidas por los registros inmobiliarios bonaerense y capitalino. El Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, desde la Disposición técnico-registral 13/10, complementada por el Instructivo 7/10, modificó su errático proceder anterior –que admitía el embargo del usufructo en la matrícula, pero no expedía certificados– por el coherente sistema actual, según el cual continúa admitiendo el embargo, pero sí expide certificados. Estas circunstancias fueron ponderadas en el dictamen de la Asesoría General de Gobierno provincial el 27 de julio de 2010, según consta en los considerandos de la norma citada.

El Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal negaba tradicionalmente la vocación registral del embargo sobre el usufructo –criterio que ahora deberá sin duda variar, aunque podría conservarse para el uso– y, en consecuencia, no expedía certificados, sino informes –la reserva de prioridad devenía innecesaria porque no había obstáculo de terceros para inscribir la renuncia–. No obstante, dictó la Disposición técnico-registral 11/16, admitiendo la expedición de certificados registrales y, por consiguiente, la reserva de prioridad, aunque sin pronunciarse sobre la embargabilidad.

Acerca de la necesidad del asentimiento, y ante la postura afirmativa de Gattari (2002, p. 116), Méndez Costa (2001, p. 223) y Zinny (2006, p. 170),² una prudencia elemental aconseja recabarlo, amén de los registros inmobiliarios que expresamente lo solicitan, como el ya recordado caso de Ciudad de Buenos Aires a través de la Instrucción de trabajo 4/18.

12. Usufructo de participaciones societarias

A diferencia del usufructo inmobiliario que, como se ha dicho, está relegado en la práctica argentina al ámbito familiar, el usufructo que comentamos tiene otra impronta. Además de esa misma finalidad, que se inscribe en el marco de la planificación familiar y sucesoria, es un factor originante de rédito económico con menores responsabilidades que las propias del socio, y también un potente generador de garantía.

En su momento formulé reflexiones en las que me detengo y profundizo sobre esta figura (Urbaneja, 2020b); a ellas me remito para ampliar los asuntos que ahora abordo de manera sintética y orientada a la praxis notarial:

- La Ley General de Sociedades (LGS) regula el usufructo de acciones y cuotas sociales en los artículos 218 y 156, respectivamente. En atención al principio de estructura legal –atinente a todos los derechos reales en todas sus manifestaciones–, dicha ley puede alterar cualquiera de las reglas del CCCN. En los aspectos en los que no lo haga, este prevalece por sobre cualquier pacto.
- El usufructo puede tener por objeto cuotas sociales o acciones, pero no partes de interés, como aisladamente se ha pretendido (Cabanellas de las Cuevas, 2017a, p. 264), pues en materia de derechos reales la

2. Aunque Méndez Costa no mencione específicamente este supuesto, se encuentra en esta línea interpretativa cuando exige el asentimiento para la renuncia de gravámenes reales, y no para su cancelación.

aplicación analógica carece de andamiaje respecto de los elementos configurantes de su estructura (art. 1884). Máxime cuando el artículo 2130 inciso b) exige la previsión legal para admitir como objeto un derecho. Dado que la LGS no contempla el usufructo sobre las partes de interés, debe concluirse en su imposibilidad. Así se ha pronunciado la Inspección General de Justicia para el ámbito de su actuación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, limitando la posibilidad a cuotas sociales y acciones (en su momento, arts. 136 y 137 de la Resolución general 7/2015 y, actualmente, arts. 115, 116 y 369, inc. 2] y último párrafo de la Resolución general 15/2024). En cambio, la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires considera de modo expreso la posibilidad de extender el usufructo a las partes de interés, capital comanditado en ambas comanditas y capital comanditario en la comandita simple (art. 75, Disposición general 45/2015).

- No se debe incurrir en el error de tratar este usufructo como si su objeto fuera único, una suerte de universalidad de derecho, que estaría dada por el conjunto de las acciones o cuotas sociales. En verdad, hay tantos usufructos como acciones o cuotas, a tal punto que podrían extinguirse o transmitirse algunos y no otros. Desde ya, todo ello es independiente de la cantidad de soportes materiales en que se plasmen las acciones nominativas no endosables: esto es, las acciones sometidas al usufructo podrían estar representadas en un solo instrumento o en varios. Este aspecto no se presenta en las cuotas sociales –que provendrán del contrato constitutivo o de una adquisición posterior–, ni en las acciones escriturales –con sus asientos en el respectivo libro–. La cuestión dista de ser meramente terminológica porque impacta, como he señalado, en la transmisión o extinción, y también en el ejercicio de la suscripción preferente para los aumentos de capital de las sociedades accionarias.
- Los usufructos constituidos antes del 1º de agosto de 2015 aplicarán, desde esa fecha, las reglas del CCCN –pronunciamiento unánime de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil–. Esto significa que el usufructo accionario o sobre cuotas, entre otras características, podrá ejecutarse y transmitirse, aunque en ambos casos el nuevo titular deba otorgar garantía al nudo propietario.
- Del mismo modo que sostengo para el usufructo inmobiliario –en soledad doctrinaria–, entiendo que también aquí cabe admitir la atribución judicial del usufructo en los términos de los artículos 442 y 525 del CCCN.

- Frente al texto de los artículos de la LGS que fueron señalados (arts. 218 y 156), son incomprensibles las aisladas posiciones que creen ver una inscripción constitutiva, ya sea porque lo afirman directamente (Sánchez Herrero, 2017, pp. 801-802) o porque concluyen que la anotación en el libro de registro de acciones hace a la validez “entre partes” (Nissen, 2017, p. 68). Que la cesión no inscrita sea inoponible a la sociedad implica, precisamente, que sí será oponible entre los otorgantes; por lo tanto, si la registración se exige para hacer oponible ese contrato a personas que no intervinieron en el acto –y la sociedad es un tercero respecto de la cesión–, la registración es declarativa. La buena doctrina es preponderante y categórica (Favier Dubois, 1998, p. 144; Vítolo, 2008, pp. 650-651, y 2017, p. 580-581).
- Dada la peculiar naturaleza del objeto, no se aplican los regímenes del inventario ni de la garantía que el CCCN prevé. El libro de registro de acciones y el organismo inscriptor proporcionan suficientes efectos en sentido análogo al del inventario.
- La distribución de facultades entre usufructuario y nudo propietarios contiene certezas e interrogantes. Resulta incuestionable que el nudo propietario es el socio, y que el usufructuario es quien tiene derecho a percibir las ganancias obtenidas durante el usufructo. Tampoco hay dudas de que corresponde al nudo propietario la participación en los resultados de la liquidación, pero puede pactarse su atribución al usufructuario.
- El derecho de voto es una de las prerrogativas cuya atribución resulta dudosa al usufructuario por la imprecisa terminología legal. Entiendo que, al existir supuestos de persistencia del carácter de socio sin posibilidad de voto, el derecho al mismo no integra la esencia del carácter de socio. Por ello, frente a la incertidumbre semántica de la ley, debe inclinarse por la interpretación afirmativa. La Inspección General de Justicia así lo entiende, desde la Resolución general 7/2015, para las cuotas sociales y, desde la Resolución general 9/2015, para las acciones –en ambos casos, cumpliendo una serie de exigencias–, actualmente emanadas del artículo 115 de la Resolución general 15/2024. Ello no quita que, como no puede alterarse la sustancia del objeto (art. 2129, CCCN), el derecho de voto corresponderá al nudo propietario según la decisión de que se trate –así, podrían incluirse los supuestos del último párrafo del artículo 244 de la LGS–.
- El nudo propietario conserva el derecho a impugnar decisiones societarias, aún en el caso de haberse concedido el derecho de voto al usufructuario. Aunque la disociación pueda conmovir algún prurito,

se despeja si se atiende que el nudo propietario estará protegiendo la sustancia del objeto que podría ser menoscabada.

- En cuanto a la suscripción preferente si aumenta el capital accionario, en caso de ser ejercida por el socio –nudo propietario–, una opinión sostiene que se extiende el usufructo a las nuevas acciones. Disiento con este parecer, independientemente de quién ostente la potestad del voto.

No hay posibilidad de equiparar esa situación a los “acrecentamientos naturales” a los que se extiende el usufructo (art. 2141, CCCN), o al resultado de la accesión (arts. 1945 y 1962, CCCN), como pretende por analogía un sector doctrinario. Y es que todo se nutre de un error de base que anticipé en la introducción de este párrafo: el tratar a este usufructo como si su objeto fuera único, una universalidad de derecho conformada por el conjunto de las acciones o cuotas sociales. Si a esta tesis le asistiera razón, la conclusión que se resiste ganaría congruencia. En la introducción indicada señalé por qué, en rigor, existen tantos usufructos como acciones o cuotas sociales.

Por eso, si el nudo propietario ejerce la suscripción preferente, se tratará de otras acciones que se incorporan a su patrimonio, sin que medie derecho del usufructuario a pretender que el usufructo se extienda a las nuevas participaciones societarias (Muiño, 1998, p. 41). Entiendo que no podría pactarse lo contrario, pues se trataría de una condición suspensiva que, al no estar expresamente admitida –como sí lo está la que concierne la capitalización de ganancias sociales, que abordo en el título siguiente–, se incluye en la prohibición general del artículo 2136.

Si el voto estuviera en cabeza del nudo propietario y, llegada la ocasión, este no ejerciera la suscripción preferente, resulta controvertido si el usufructuario puede accionar en caso de que pretenda que la suscripción se lleve a cabo. En consonancia con la postura que expuse en párrafo anterior acerca de la imposibilidad de extender el usufructo, coincido con quienes entienden que, si el titular de dicha prerrogativa es el nudo propietario, la elección de suscribir o no le corresponde a él sin condicionamientos de ninguna clase (Cabanellas de las Cuevas, 2017b, p. 91) y, por lo tanto, sin que el usufructuario pueda inmiscuirse en tal decisión, ni generar acciones derivadas del desinterés del socio por la nueva suscripción.

Entiendo que la facultad de recesso (arts. 245 y ccs.) es inescindible del carácter de socio, pues equivale a la de disposición jurídica de la sustancia que, como tal, queda en cabeza del nudo propietario (arts.

2129 y 2151, CCCN)(Alterini et al., 2018b, § 1668; en contra, Cabanellas de las Cuevas, 2017b, p. 92). De lo contrario, la sustancia sería absolutamente desdibujada. Se trataría, a mi parecer, de una renuncia no habilitada por el ordenamiento (arts. 13 y 944).

- La LGS establece que el titular del usufructo “tiene derecho a percibir las ganancias obtenidas durante el usufructo” (art. 2018). La noción de usufructo y una mínima lógica coinciden para entender que no se quiso aludir a la renta de la sociedad –determinada por los estados contables–, sino a aquella que se apruebe para ser distribuida como dividendo.

Cabe preguntarse si el usufructo comprende el derecho al dividendo por utilidades generadas en ejercicios anteriores, pero distribuidas para su pago durante la vigencia del usufructo. La ambigüedad de la segunda oración del artículo motiva posturas encontradas. Si se ciñe a los principios generales en materia de usufructo, se impone la respuesta afirmativa, pues el equívoco de la terminología legal forzaría a formular un razonamiento elemental: al no ser fruto para el usufructuario –por no haber mediado la aprobación para distribuirla como dividendo–, sería irrelevante determinar el ejercicio en el cual se generaron las ganancias. No obstante, me inclino por la opinión contraria, que ha motivado algún apoyo doctrinario (entre otros, Gagliardo, 2020, p. 271). Para apartarme aquí de una conclusión asida a la esencia de este derecho real, me apoyo en la interpretación auténtica que brinda el propio artículo. El punto es la referencia a los “usufructuarios sucesivos”. Se indica que el usufructuario, al momento del pago del dividendo, debe distribuirlos a prorrata entre los “distintos usufructuarios” en función de “la duración de sus derechos”. Dado que ese régimen no se limita a usufructuarios sucesivos de un mismo ejercicio, podría muy bien tratarse de distintos ejercicios. Resulta evidente, entonces, que la ley atribuye prerrogativas al usufructuario en función del ejercicio social en el que se generaron las ganancias que, tras ser aprobadas para su distribución, se convirtieron en dividendos. Al respecto, resulta pertinente notar la utilización de los términos “ganancias” y “dividendos”, que aludirían a situaciones diferentes. De este modo, como la ganancia corresponde a la sociedad y el dividendo al socio, la ley distinguiría cuándo es generado el beneficio y cuándo es pagado.

Es posible trazar paralelismos con lo dispuesto en los artículos 1934, inciso b), y 2141, inciso b) del CCCN. Este último señala que los frutos pendientes al iniciarse el usufructo corresponden al usufructuario

y, el primero, describe esta clase de frutos cuando son civiles, como aquellos devengados y no cobrados. No debe incurrirse en el error de considerar que las ganancias de la sociedad –no distribuidas al iniciarse el usufructo– corresponden al usufructuario por el hecho de ser “devengadas y no cobradas”. Insisto: mientras no se apruebe su distribución como dividendo, las ganancias de la sociedad –aun las que surgen de los estados contables aprobados– no pertenecen a los socios, sino a la sociedad. Por lo tanto, no pueden considerarse aún como devengadas, pues podría ser que se aprobara su pase a reservas y, en este caso, jamás hubieran sido de titularidad del socio. Entonces, el esquema de los citados preceptos del CCCN no puede trasladarse sin más al usufructo accionario y de cuotas sociales, pues presenta una disonancia con la idea –no contemplada por el Código– de las ganancias sociales no distribuidas.

- Conservar el carácter de socio en el nudo propietario tiene diversas consecuencias. En primer lugar, el derecho de recesso le corresponde a él y no al usufructuario, pues lo contrario implicaría la alteración de la sustancia. Asimismo, podría existir un solo usufructuario de la totalidad de las acciones o cuotas sociales sin que se ingrese en la unipersonalidad. Por último, no se aplica a este usufructo el régimen de los artículos 31 y 33 (LGS), previsto para la titularidad de las participaciones societarias. No obstante, el usufructo podría ser un vehículo para aquello que la doctrina denomina “control de hecho”, contemplado en el artículo 33 (inc. b), LGS). Si el voto se hubiera atribuido al usufructuario, también el usufructo podría incluirse como un supuesto del llamado “control de derecho” (art. 33, primer inc.)
- A la transmisión del usufructo no se le aplican los artículos de la LGS atinentes a la transmisión de acciones y cuotas sociales, sino los del CCCN relativos a la transmisión del usufructo. Esto es así porque aquellos tienen en mira que la transmisión implicará la incorporación de nuevos socios, lo que no ocurre en el presente.
- Las causales de extinción de este usufructo ya fueron abordadas de manera genérica. Se agregan aplicaciones particulares como las que resultan de la “suspensión” del artículo 192 y la “caducidad” del artículo 193, ambos de la LGS.

13. Bibliografía

ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina. (2016). *Derechos reales en el Código civil y Comercial* (t. 2). Zavallía.

- ALTERINI, Jorge H. (1970). *La locación y los derechos reales con función equivalente*. Editora Platense.
- ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, María E. (2018a). *Tratado de los derechos reales* (t. 1, 2ª ed.). La Ley.
- (2018b). *Tratado de los derechos reales* (t. 2, 2ª ed.). La Ley.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. (2017a). Derechos, obligaciones y responsabilidades de los socios. En A. Sánchez Herrero (dir.), *Tratado de derecho civil y comercial* (t. 9, pp. 247-331). La Ley.
- (2017b). El usufructo de acciones en el marco del Código Civil y Comercial. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, (282).
- COSSARI, Nelson G. A. (2019). [Comentario al artículo 2158]. En J. H. Alterini (dir. gral.) el. E. Alterini (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (t. 10, 3ª ed., pp. 375-376). La Ley.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (1998). *El registro público de comercio y las inscripciones societarias*. Ad-Hoc.
- FERRER, Francisco A. M. (2019). [Comentario al artículo 2460]. En J. H. Alterini (dir. gral.) el. E. Alterini (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (t. 11, 3ª ed., pp. 674-676). La Ley.
- (2025). Constitución de usufructo en particiones judiciales o mixtas. En L. F. P. Leiva Fernández, J. M. Orelle y G. A. Vázquez (dirs.), *Estudios de derecho privado en homenaje al profesor doctor Jorge H. Alterini* (pp. 749-759). La Ley-Thomson Reuters.
- GAGLIARDO, Mariano. (2020). *Sociedades anónimas* (t. 1, 3ª ed.). Zavalia.
- GATTARI, Carlos N. (2002). *Práctica notarial* (t. 14). Lexis Nexis.
- GATTI, Edmundo. (1984). *Teoría general de los derechos reales* (3ª ed.). Abeledo Perrot.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. (1989). *Derechos reales* (t. 1). Zavalia.
- MÉNDEZ COSTA, María J. (2001). *Derecho de familia* (t. 2). Rubinzal-Culzoni.
- MUIÑO, Orlando M. (1998). Usufructo accionario y derecho de suscripción preferente. En N. R. Benseñor y V. S. Masri (dirs.), *Negocios societarios*. Ad-Hoc.
- NISSEN, Ricardo A. (2017). *Ley de sociedades comerciales comentada* (t. 3). La Ley.
- SÁNCHEZ HERRERO, Pedro. (2017). Sociedad anónima III: acciones. En A. Sánchez Herrero (dir.), *Tratado de derecho civil y comercial* (t. 9, pp. 759-839).
- URBANEJA, Marcelo E. (2009). Servidumbres: su aplicación en sede notarial. *Revista Notarial*, (962), 593-608.
- (2014). *Práctica notarial de contratos usuales* (1ª ed.). Astrea.
- (2015a, 28 de octubre). Causas de adquisición y de extinción del usufructo en el Código Civil y Comercial de la Nación [ponencia presentada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, Argentina]. *El Derecho*, (13842), 1-4.
- (2015b), [Comentario a los artículos 2129 a 2163]. En E. G. Clusellas (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos* (t. 7, pp. 354-435). Astrea-FEN.
- (2017a). *Práctica notarial de contratos usuales. Modelos según normativa nacional y local* (2ª ed.). Astrea.
- (2017b, 4 de diciembre). Usufructo, uso y habitación: trascendental cambio de función económica. *El Derecho*, (14321), 1-3.
- (2018a, 25 de agosto). *Derechos reales de usufructo, uso, habitación y servidumbre. Conferencia de clausura de la II Jornada Nacional sobre Regulación de la Riqueza Inmobiliaria* [video]. <https://youtu.be/yJG4xsY1Y6Q?si=0znF4MZRFjVo0Ncp>
- (2018b). Formas de la partición de las comunidades. *Revista del Notariado*, (934), 145-154.
- (2018c). Tradición, traditio brevi manu, constituto posesorio, casos atípicos y venta de inmueble con un contradictor. *El Derecho*, (14498), 1-8.

- . (2018d). Usufructo, uso y habitación. En Academia Nacional del Notariado (ed.), *LXXVI Seminario Laureano Arturo Moreira* (pp. 165-204). Academia Nacional del Notariado.
- . (2019). [Comentario al artículo 1 de la Ley 17801]. En E. G. Clusellas (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos* (t. 9, pp. 27-29). Astrea-FEN.
- . (2020a). El nuevo rol del usufructo inmobiliario, el uso y la habitación. En G. A. Zavala (dir.), *La función notarial. Enfoque constitucional, civil, documental, nuevas tecnologías y contratos inteligentes* (pp. 645-687). La Ley-Thomson Reuters.
- . (2020b). Usufructo de acciones y cuotas sociales. *Revista Código Civil y Comercial*, VI(4), 201-216.
- . (2023). [Comentario a los artículos 2129 a 2161]. En M. López Mesa y E. Barreira Delfino (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado* (t. 12-B, pp. 125-265). Hammurabi.
- VÁZQUEZ, Gabriela A. (2020). *Derechos reales*. La Ley.
- VÍTOLO, Daniel R. (2008). *Sociedades comerciales: Ley 19550 comentada* (t. 3). Rubinzal-Culzoni.
- . (2023). *Manual de sociedades* (3ª ed.). Ad-Hoc.
- II Jornada Nacional sobre Regulación de la Riqueza Inmobiliaria. (2018). *Declaración y documento final*. https://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2018/II_jornada_nacional_sobre_regulacion_de_la_riqueza_inmobiliaria_-_conclusiones.pdf
- XIX Congreso Nacional de Derecho Registral. (2017). *Conclusiones*. Instituto de Derecho Registral, Universidad Notarial Argentina. <https://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2017/conclusiones-congreso-nacional-derecho-registral-2017.pdf>
- XX Congreso Nacional de Derecho Registral. (2019). *Conclusiones* Instituto de Derecho Registral, Universidad Notarial Argentina. https://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2019/conclusiones-xx-congreso-nacional-de-derecho-registral_-_dr._jorge_horacio_alterini.pdf
- XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. (2015). *Conclusiones de la comisión N° 5: Derechos reales*. Universidad Nacional del Sur. [https://drive.google.com/file/d/1H24OzaRGs38Q9ABSkHJC-LfxWFqxilPC/view?usp=share_link].
- XXXIX Jornada Notarial Bonaerense. (2015). *Conclusiones del tema 14: derechos reales de garantía*. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. <https://www.colescba.org.ar/portal/?jnb=xxxix-jornada-notarial-bonaerense>
- ZINNY, Mario A. (2006). *Bonsenbiante*. Ad-Hoc.

Jurisprudencia:

- Cám. Civ. y Com. Sala 1 de Lomas de Zamora. (02/06/2009). "Ruczaj, Elena c/Bednarski, Magdalena s/ daños y perjuicios". [<https://juba.scba.gov.ar/Busquedas.aspx>]

Ventajas de la utilización de los derechos reales de uso y habitación frente al derecho de usufructo

Gabriela A. Iturbide*

RESUMEN

El trabajo analiza comparativamente los derechos reales de usufructo, uso y habitación regulados en el Código Civil y Comercial de la Nación, con especial atención a sus diferencias funcionales y a sus consecuencias prácticas en la actividad notarial. Se examina el usufructo como instituto de amplio contenido económico y se identifican los principales conflictos que su constitución suele generar en la práctica: litigios entre usufructuario y nudo propietario, dificultades sucesorias, desvalorización del bien y problemas derivados de la explotación económica del inmueble. Frente a ello, se sostiene que los derechos reales de uso y habitación constituyen herramientas más adecuadas cuando la finalidad perseguida es asistencial, familiar o estrictamente habitacional. El estudio destaca las ventajas técnicas de estas figuras, en particular su intransmisibilidad, inejecutabilidad y menor impacto sobre el dominio del titular. Asimismo, se desarrollan criterios útiles para la redacción de cláusulas notariales y para la selección de la figura jurídica más eficiente según el interés económico-social comprometido. Finalmente, se concluye que el uso y la habitación ofrecen soluciones más simples, seguras y preventivas que el usufructo en numerosos supuestos de práctica profesional.

PALABRAS CLAVE

Derechos reales; usufructo; uso; habitación; dominio imperfecto; vivienda familiar; práctica notarial; Código Civil y Comercial; protección habitacional; sucesiones.

* Abogada. Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales (UMSA). Vocal de la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Profesora adjunta regular de Elementos de Derechos Reales (UBA) y titular de Derechos Reales e Intelectuales (UMSA). Jurado en Carrera Docente en la UBA. Jurado de tesis en UCA y UCES. Directora de tesis en UMSA. Autora de publicaciones sobre la especialidad. Consejera titular de la AMFJN.



Sumario: 1. Introducción. El concepto de dominio imperfecto y las desmembraciones al dominio. 2. El usufructo (título VIII, libro cuarto). 3. Problemas frecuentes en la práctica cuando se constituye el derecho real de usufructo. 3.1. El usufructo como fuente de litigio. 3.2. Duración y desvalorización del bien. 3.3. El usufructo no constituye la vía adecuada para satisfacer necesidades asistenciales. 4. El derecho real de uso (título IX, libro cuarto). 5. El derecho real de habitación (título X, libro cuarto). 5.1. Evolución. 5.2. Caracterización de este derecho en la actualidad. 5.3. Delimitación del contenido del derecho de habitación. 5.4. Intransmisibilidad entre vivos y por causa de muerte. 5.5. Derecho real con ostensible matiz alimentario. 5.6. Aplicación de las reglas del uso. 5.7. Cargas, contribuciones y reparaciones. 6. El derecho real de habitación en el ámbito familiar. 7. Habitación del cónyuge supérstite. 7.1. Regulación del instituto en el Código Civil derogado. 7.2. Regulación del instituto en el Código Civil y Comercial. La situación del cónyuge y del conviviente supérstite. 8. Ventajas comparativas del uso y la habitación frente al usufructo. 9. Utilidad y práctica notarial. 10. Redacción de cláusulas notariales: simplicidad y seguridad. 11. Casos prácticos. 12. Las cláusulas notariales. 13. Palabras finales. 14. Bibliografía.

1. Introducción. El concepto de dominio imperfecto y las desmembraciones al dominio

Como indica el título, en este trabajo –que muy gentilmente se nos ha sido ofrecido elaborar para la *Revista del Notariado* del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires– nos detendremos en el análisis de una de las variantes del dominio imperfecto –que se vincula con el denominado “dominio desmembrado”– y, más específicamente, en los derechos reales de uso y goce como lo son el usufructo, el uso y la habitación, sin desconocer que no son los únicos derechos reales de disfrute sobre cosa ajena porque las servidumbres también pueden incluirse en esta categoría.

El concepto de dominio imperfecto está consagrado en el artículo 1946 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), que dice textualmente: “El dominio es imperfecto si está sometido a condición o plazo resolutorios, o si la cosa está gravada con cargas reales”. El artículo 1964 aclara cuál es el régimen normativo del dominio revocable, del fiduciario y del desmembrado, al disponer que:

Son dominios imperfectos el revocable, el fiduciario y el desmembrado. El dominio revocable se rige por los artículos de este Capítulo, el fiduciario por lo previsto en las normas del Capítulo 31, Título IV del Libro Tercero, y el desmembrado queda sujeto al régimen de la respectiva carga real que lo grava.

En lo que aquí nos interesa, el dominio desmembrado deriva de la regulación que el CCCN consagra en cada uno de los derechos reales sobre cosa ajena (tanto para los de uso y goce, como para los de garantía).

El artículo 1964 del citado ordenamiento legal utiliza el calificativo de dominio “desmembrado”, terminología del Código de 1871 y que no figura en los artículos 1888 y 1946, en los que se utilizan las expresiones “carga real”, “gravámenes”, y “cosa gravada”. Cabe interpretar que dominio gravado o desmembrado tienen el mismo significado, esto es, que el dominio soporta la constitución de un derecho real sobre cosa ajena.¹

Corresponde también recordar que el dominio se presume perfecto, de modo que quien alega la existencia de un caso de dominio imperfecto carga con la prueba (ver art. 1941, CCCN).

El régimen actual mantiene los conceptos y clasificaciones del Código de 1871, sin perjuicio de advertir que el dominio fiduciario, antes regulado por la Ley 24441, ahora pasa a estar reglamentado en el nuevo Código (Cossari, 2015a, p. 406; Iriarte, 2015, p. 137; Iturbide, 2014a, p. 288, y 2014b, p. 290; Kiper, 2015, p. 271; 2016a, p. 378; Molina Quiroga, 2015, p. 83).

Podría alegarse la existencia de otros casos de dominio imperfecto – además de los enumerados –, como el poseedor con boleto de compraventa o el inmueble afectado como “bien de familia” (denominado de esta forma con anterioridad al año 2015), entre otros. Sin embargo, el nuevo Código descarta estas posibles interpretaciones, ya que la enumeración tiene carácter taxativo. En ese sentido, contempla varias clasificaciones de los derechos reales. Para nuestro trabajo consideramos útil citar el artículo 1888:

Derechos reales sobre cosa propia o ajena. Carga o gravamen real. Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena. Con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales. Las cosas se presumen sin gravamen, excepto prueba en contrario. Toda duda sobre la existencia de un gravamen real, su extensión o el modo de ejercicio, se interpreta a favor del titular del bien gravado.

1. El calificativo “desmembrado” recurre a la concepción clásica conforme a la cual los derechos reales sobre cosa ajena fragmentan el derecho quitándole parte de su contenido para dar vida al derecho real limitado. En ese sentido, el Diccionario de la Real Academia define la palabra “desmembrar” como la acción de “dividir y apartar los miembros del cuerpo”. En este caso, se estarían extrayendo facultades propias del titular del dominio porque los derechos reales sobre cosa ajena cercenan de una forma u otra el derecho de dominio que se torna así imperfecto.

Ya desde el derecho romano se distinguía entre dominio pleno y desmembramiento del dominio. Mientras el primero concentra en una sola persona la totalidad de las facultades jurídicas sobre la cosa –usar, gozar y disponer–, el segundo distribuye dichas potestades entre distintos sujetos, creando situaciones de coexistencia jurídica que requieren una cuidada delimitación normativa.

En esta línea, los derechos reales de goce constituyen supuestos paradigmáticos de limitación del dominio, en tanto suponen una transferencia parcial de utilidades sin alterar la titularidad formal. La propiedad se conserva, pero se encuentra “gravada” por la atribución de ventajas concretas a un tercero. La doctrina ha explicado que esta técnica responde a exigencias de justicia distributiva: permite compatibilizar la protección del patrimonio familiar con la satisfacción de necesidades personales sin recurrir a la transmisión del dominio. Así, el sistema evita soluciones más drásticas –como la venta o la nodación– mediante instrumentos jurídicos de intensidad graduada.

Desde esta perspectiva, el usufructo, el uso y la habitación no deben analizarse aisladamente, sino como niveles progresivos de intensidad de goce, esto es, desde el máximo aprovechamiento económico hasta el mínimo aprovechamiento estrictamente personal.² Este criterio de graduación funcional resulta particularmente útil para la praxis notarial, pues permite seleccionar la figura menos gravosa que satisfaga adecuadamente la finalidad perseguida.

Históricamente, el usufructo se presenta como el más representativo del goce amplio, al habilitar al titular no sólo al uso de la cosa, sino también a la percepción de sus frutos y rentas, proyectándose con clara vocación económica, aún más en la actualidad debido a la redacción del artículo 2129 del CCCN que introdujo la facultad de disponer jurídicamente de un bien ajeno.

Sin embargo, el ordenamiento positivo reconoce igualmente otros derechos reales de menor intensidad –uso y habitación–, cuyo diseño jurídico responde a finalidades diversas –de manera predominante, asistenciales y

2. Kiper (2016b, pp. 67-68) señala que el usufructo, junto al uso, la habitación y la servidumbre son los clásicos derechos de disfrute sobre cosa ajena y se los conoce como derechos “limitados” porque su contenido no abarca todo aquello para lo que puede ser utilizado el objeto y, a su vez, limitan las facultades del dueño. El dominio se ve comprimido y, al desaparecer estos derechos, se extiende nuevamente (elasticidad). Agrega este autor que el titular de un derecho de disfrute usa y goza de una cosa ajena por un tiempo, o en forma perpetua. Se dice, especialmente en el caso del usufructo, que este último tiene el “dominio útil”, mientras que el dueño conserva la “nuda propiedad”, o propiedad desnuda. Claro que los otros derechos reales de disfrute también conceden a su titular alguna utilidad. Y, en ocasiones, los derechos de prenda y anticresis también pueden conferir algún disfrute a su titular, pero son esencialmente derechos de garantía, accesorios.

familiares-, caracterizadas por una marcada restricción funcional y por su carácter que, podríamos definir, como personalísimo.

La práctica notarial demuestra que la elección entre estas figuras no resulta indiferente. Antes bien, la experiencia profesional pone en evidencia que la constitución de un usufructo cuando bastaría un derecho de habitación, o viceversa, puede generar efectos patrimoniales indeseados, conflictos entre herederos, desvalorización del bien o litigios evitables. De allí que la correcta delimitación conceptual y operativa de estos institutos adquiera especial relevancia para el escribano, llamado a instrumentar jurídicamente soluciones eficientes, seguras y acordes a la finalidad económico-social perseguida por las partes.

En el presente trabajo nos proponemos, entonces, analizar comparativamente el régimen jurídico del usufructo, del uso y de la habitación en el CCCN, identificar sus notas distintivas y, particularmente, fundamentar las ventajas técnicas, patrimoniales y preventivas que, en numerosos supuestos, presentan el uso y la habitación frente al usufructo. Así, intentaremos aportar criterios útiles para la praxis notarial con el fin de contribuir a una aplicación más eficaz de estos derechos reales.

2. El usufructo (título VIII, libro cuarto)

Como sostiene acertadamente Urbaneja (2017 y 2020), el usufructo inmobiliario fue un derecho real que tradicionalmente quedó acotado en Argentina al ámbito familiar. Si se tiene en cuenta que, con frecuencia, la iniciativa provenía de los padres que pretendían transmitir la nuda propiedad a sus hijos y reservarse el usufructo, los beneficios que proporcionaba a los beneficiarios son evidentes.

Existían diversas instrumentaciones posibles, según la situación jurídica desde la que se partía. Era posible donar la nuda propiedad reservándose el usufructo, como transmitirse el dominio pleno y, simultáneamente, constituirse usufructo, e incluso una combinación de ambas (Urbaneja, 2017).

Por un lado, el usufructo otorgaba a los padres la inejecutabilidad de su derecho, garantizando que sus acreedores sólo pudieran cobrarse de los eventuales frutos. Además, al extinguirse el usufructo por la muerte de su titular, los anteriores nudos propietarios adquirirían de pleno derecho el dominio perfecto, sin que ello requiriera trámite alguno de proceso sucesorio para ser probado con documentos, dado que era suficiente la partida o el certificado de defunción que, incluso, podía –y aún puede–

inscribirse en el registro inmobiliario sin necesidad de escritura pública (art. 36, Decreto-ley 17801/68). Por último, el derecho de acrecer permitía que, en caso de ser ambos padres los usufructuarios, la extinción del derecho respecto de uno de ellos –en general por fallecimiento–, implicaba su transmisión de pleno derecho al otro.

El uso y la habitación, en cambio, corrieron distinta suerte. Si bien compartían la extinción por causa de muerte y la inejecutabilidad, las oscuridades de sus respectivas regulaciones sumadas a las escasas ventajas que hubieran proporcionado frente al usufructo, implicaron su casi total desuso, salvo la habitación del cónyuge supérstite a partir de su creación en 1974.

Sin embargo, en la actualidad aquella realidad ha cambiado sustancialmente y para argumentar nuestra postura comenzaremos por referirnos a las principales notas que caracterizan al usufructo en el CCCN.³

Según el artículo 2129, el usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia. Hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino; y, si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba. El uso y goce por el usufructuario debe ajustarse al destino de los bienes del usufructo, el que se determina por la convención, por la naturaleza de la cosa o por el uso al que estaba afectada de hecho (art. 2145). Puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa de los siguientes objetos: 1) una cosa no fungible; 2) un derecho, sólo en los casos en que la ley lo prevé; 3) una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales; 4) el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario (art. 2130).

Como surge del artículo 2130, en armonía con lo previsto en el artículo 1883, el usufructo puede abarcar todo el objeto o una parte material de ese objeto. Así, por ejemplo, puede gravar todo un campo, o sólo una fracción de ese inmueble. Desde otro ángulo, cuando son varios los usufructuarios, se genera entre ellos un cusufructo (art. 2132), y lo ejercerán por una parte indivisa. Además, el artículo 1989 le permite a un condómino gravar su parte indivisa, lo que implica que podría constituir usufructo por su parte ideal (Kiper, 2016b, pp. 73-74).

3. En el mismo sentido se pronuncia Urbaneja (2017) al referirse, por ejemplo, a la ejecutabilidad del usufructo frente a la inejecutabilidad del uso y la habitación, y la ineficacia del régimen de vivienda para eludirlo, según se sostuvo en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Y esto es así porque la conjunción de usufructo y vivienda, si bien atempera los efectos de la ejecutabilidad, no los suprime, de manera tal que no resulta suficiente para equipararse a la nueva función de los clásicos derechos de disfrute. Para profundizar esta cuestión, sugerimos consultar la obra citada (Urbaneja, 2017).

El objeto, mueble o inmueble (registrable o no), debe ser ajeno, actual, no fungible y no consumible; de ahí emana la obligación del usufructuario de devolver la misma cosa al extinguirse el usufructo. La inscripción puede ser declarativa o constitutiva, según cuál sea su objeto. Ahora bien, como acertadamente señala Kiper (Kiper, 2016b, p. 74), el hecho de que el usufructuario deba restituir el mismo objeto no implica que lo deba hacer en el mismo estado en que lo recibió, pues la naturaleza que tiene este derecho real y su duración hace que el objeto del usufructo sufra un desgaste propio del paso del tiempo.

Una novedad que introduce el CCCN es que el usufructo puede recaer sobre un derecho, lo que impedía el antiguo artículo 2842 del Código de Vélez, aunque sólo en los casos en que la ley lo prevé. Se trata, por ejemplo, de un crédito documentado. En ese caso, al usufructuario le corresponderán los intereses devengados durante la vigencia del usufructo. Una vez cobrado el crédito, al desaparecer su objeto, el usufructo se extingue. Otro caso lo constituye la anticresis del usufructo (art. 2213).

Sobre el tema, Malizia sostiene que la nueva normativa permite que el derecho real de usufructo sea objeto de usufructo, debido a que está permitida su transmisión (art. 2142). Esta situación es admitida en el derecho francés, en el italiano y en el español. Malizia agrega que es posible dar en usufructo una marca porque, como ya indicamos en el inciso 2), permite constituir usufructo sobre un derecho (ver Kiper, 2016b).⁴

No se menciona el usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos, que sí preveía el Código anterior, y ya no se habla de patria potestad sino de responsabilidad parental, refiriéndose la nueva normativa a la administración de los bienes de los hijos y no al usufructo (ver art. 685 CCCN). El usufructo puede establecerse pura y simplemente, sujeto a condición o plazo resolutorios, o con cargo. No puede sujetarse a condición o plazo suspensivos y, si así se constituye, el usufructo mismo se tiene por no establecido. Cuando el testamento subordina el usufructo a una condición o plazo suspensivos, la constitución sólo es válida si se cumple antes del fallecimiento del testador (art. 2136).

Sólo están legitimados para constituir usufructo el dueño, el titular de un derecho de propiedad horizontal, el superficiario y los comuneros del objeto sobre el que puede recaer (art. 2131). Cabe reparar en que no se mencionan los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados, pero

4. También encontramos fuera del Código el usufructo de acciones de las sociedades anónimas (art. 218, Ley 19550), y el usufructo de cuotas de las sociedades de responsabilidad limitada (art. 156, Ley 19550). Los derechos intelectuales podrían constituir objeto de usufructo si la ley lo permite (art. 2130 inc. b) CCCN).

la doctrina mayoritaria admite su inclusión, tal como se sostuvo en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015).

En lo que hace a la superficie se ha advertido una contradicción. Según el artículo 2120 el superficiario sólo puede constituir derechos reales de garantía, mientras que el dueño no puede turbar al superficiario (art. 2121). Entonces, el dueño podría constituir usufructo si no turba al superficiario, pero el superficiario no puede hacerlo, ya que el citado artículo 2120 se lo impide. Sin embargo, el artículo 2131 menciona al “superficiario”, y ahí es donde aparece la contradicción a la que nos referimos. Podría entonces interpretarse que prevalece el artículo 2131 por tratarse de una norma especial sobre quiénes pueden constituir usufructo.

Con respecto al condómino y la parte indivisa resulta aplicable el artículo 1989 que prevé que cada condómino puede enajenar y gravar la cosa en la medida de su parte indivisa sin el asentimiento de los restantes condóminos. En cuanto al dominio fiduciario, el antiguo artículo 2841, le prohibía al dueño fiduciario constituir usufructo. Esa prohibición no se ha mantenido en el régimen actual (ver especialmente arts. 1688 y 1704, CCCN). También el dueño revocable se encuentra legitimado para constituir usufructo, pero estará sujeto a la verificación del suceso resolutorio (art. 1966), salvo que se trate de cosas muebles no registrables y el usufructuario sea de buena fe (art. 1967).

Por otro lado, el usufructo puede establecerse conjunta y simultáneamente a favor de varias personas. Si se extingue para una, subsiste para las restantes, pero sin derecho de acrecer, excepto si en el acto constitutivo se prevé lo contrario. No puede establecerse usufructo a favor de varias personas que se suceden entre sí, excepto si el beneficiario precedente no quiere o no puede aceptar el usufructo (art. 2132). Como se constata, los cusufructuarios pueden ser dos o más. No es necesario que sus cuotas sean iguales y estas dependerán de lo previsto en el acto constitutivo. Si se guardó silencio, se presume que lo son (art. 1983).

El artículo 2132 armoniza con el artículo 2490 –que refiere al legado de usufructo–, al disponer que la muerte del colegatario de usufructo, posterior a la del testador, no produce el acrecimiento de los otros colegatarios, excepto disposición en contrario en el testamento. Si así se hubiera establecido, en caso de fallecimiento de uno de los usufructuarios el goce que este tenía sobre la cosa fructuaria no se reúne con la nuda propiedad, sino que se suma al derecho de goce del otro u otros usufructuarios, incrementando o acreciendo su usufructo y, en consecuencia, demorando o prolongando la separación de la propiedad de la del usufructo. Por eso, parte de la doctrina sostuvo que esta admisión del derecho de acrecer no

es coherente con la prohibición de usufructos sucesivos. En este caso lo que sucede en realidad es que, si no hubiese derecho de acrecer y parte del usufructo volviese al nudo propietario, la propiedad o dominio continuaría de todos modos desmembrado. En este aspecto, entonces, el resultado sería más o menos el mismo. Acrecer no es lo mismo que suceder: quien acrece ya era usufructuario (Kiper, 2016b, pp. 79-80).

Si se constituyera un usufructo en contra de lo establecido en el artículo 2132 en relación con los usufructuarios sucesivos, ello no necesariamente implicaría la declaración de nulidad del acto constitutivo, sino que será válido en la medida en que sea ejercido sólo por uno de los usufructuarios mencionados. En tal caso, no se violaría el espíritu de la ley pues se entendería que, en definitiva, quien comience a ejercer el usufructo será el único y excluyente usufructuario.

En cuanto a los modos de constitución, el artículo 2134 alude a la transmisión del uso y goce con reserva de la nuda propiedad; la transmisión de la nuda propiedad con reserva del uso y goce; y la transmisión de la nuda propiedad a una persona, y el uso y goce a otra. En caso de duda, la constitución se presume onerosa.⁵ Hay normas que armonizan con lo previsto en ese artículo. Así, por ejemplo, los artículos 1551 (objeto de la donación) y 2416 (donación con reserva de usufructo), en cuyos textos no nos detendremos en virtud de la brevedad.

Para la constitución del usufructo por actos entre vivos, se aplican las reglas generales sobre adquisición de los derechos reales, vale decir, título, modo e inscripción registral en el caso de las cosas registrables, declarativa o constitutiva, según el tipo de cosa que se trate.

En el caso de actos de última voluntad, el de usufructo es el típico de los legados de derechos reales a constituir, y presupone necesariamente la existencia de otros herederos o legatarios que reciben la nuda propiedad. Además del contrato y del testamento, también podría constituirse por usucapión (arg. art. 2565). Y, en ningún caso el juez puede constituir un usufructo o imponer su constitución (art. 2133).

El usufructo es intransmisible por causa de muerte, sin perjuicio de lo dispuesto para el usufructo a favor de varias personas con derecho de acrecer (art. 2140). Teniendo en cuenta que puede ser usufructuaria una persona jurídica, su extinción también marca el fin del usufructo. Si esto no ocurre, durará tanto como se haya previsto, con el límite de cincuenta

5. Para profundizar la cuestión vinculada con la temática de la publicidad registral del usufructo y demás derechos de disfrute, sugerimos al lector el interesante trabajo de Sabene (2020). Sobre la presunción de onerosidad, ver Kiper (2016b, p. 83). Este prestigioso autor hace un interesante análisis de los arts. 1124 inc. a), 1543, 2135 y 2461 del CCCN, a cuyo texto nos remitimos.

años computados desde la constitución de dicho derecho real (art. 2152, inc. b)). Se trata de disposiciones de orden público que no pueden ser dejadas de lado por la convención o el testamento. Sin perjuicio de ello, es importante tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 441 CCCN para el caso de divorcio; asimismo, el artículo 524 para las uniones convivenciales en materia de compensaciones económicas por vía de la constitución de un usufructo. Y, en determinados casos, la duración del usufructo dependerá de la duración del derecho del constituyente. Así ocurre cuando, por ejemplo, el que transmite el usufructo es un dueño revocable y la revocación tenga efecto retroactivo (cf. arts. 1966, 1967 y 1969).

Ahora bien, un tema de singular relevancia en el usufructo es siempre el inventario porque, en el régimen actual, el artículo 2137 prevé que cualquiera de las partes contratantes tiene derecho a inventariar y determinar el estado del objeto del usufructo, antes de entrar en su uso y goce. Cuando las partes son mayores de edad y capaces, el inventario y determinación del estado del objeto del usufructo son facultativos y pueden hacerse por instrumento privado. En caso contrario, son obligatorios y deben ser realizados en escritura pública. Si el usufructo se constituye por testamento, quien ha sido designado usufructuario está obligado a inventariar y determinar el estado del objeto, en escritura pública. Esta obligación tampoco es dispensable. La parte interesada puede reclamar en cualquier momento el cumplimiento de la ejecución no efectivizada. La falta de inventario y de determinación del estado de los bienes hace presumir que se corresponden con la cantidad indicada en el título y que se encuentran en buen estado de conservación, excepto que se haya previsto lo contrario (art. 2138).

El inventario se refiere a las cosas dadas en usufructo y en él se asienta un detalle descriptivo de cada cosa que lo compone y de su estado. Se suele usar el inventario para las cosas muebles, especialmente cuando son varias, y el estado para los inmuebles. Asimismo, es importante que se fije el valor de los bienes a entregar. El usufructuario deberá, al momento de su culminación, entregar la misma cosa con los deterioros o desgaste normal por el uso y el paso del tiempo. De ahí la importancia de aclarar adecuadamente cuáles son las cosas sobre las que recae, su valor, y el estado en el que se encuentran al momento de la constitución del inventario, porque ello es vinculante para las partes ante los posibles daños que sufran los bienes que constituyan el objeto del derecho.

En cuanto a la forma que debe revestir tanto el inventario de las cosas muebles como el estado de los inmuebles, depende de la capacidad o incapacidad de hecho de las partes. Si se está en presencia de personas

mayores de edad y capaces de ejercer sus derechos, se puede efectuar el acta respectiva por instrumento privado. Caso contrario, se requiere la escritura pública. Y también se requiere instrumento público cuando el usufructo se constituye por testamento (para profundizar sobre el tema de las consecuencias de la falta de inventario cuando es necesario, ver Kiper, 2016b, pp. 97-98).

También dar una garantía suficiente es relevante en ciertos casos porque en el acto de constitución y transmisión de este derecho puede establecerse como una obligación previa al ejercicio del uso y goce. Su función es la conservación y la restitución de los bienes, una vez extinguido el usufructo (art. 2139). Y si el acreedor del usufructuario ejecuta el derecho de usufructo, el adquirente del usufructo debe dar garantía suficiente al nudo propietario de la conservación y restitución de los bienes (art. 2144).

En lo que concierne los derechos del usufructuario, el Código prevé en su artículo 2141 que pertenecen al usufructuario singular o universal: a) los frutos percibidos, pero si el usufructo es de un conjunto de animales, el usufructuario está obligado a reemplazar los animales que faltan con otros iguales en cantidad y calidad, si no opta por pedir su extinción; b) los frutos pendientes al tiempo de constituirse el usufructo; los pendientes al tiempo de su extinción pertenecen al nudo propietario; c) los productos de una explotación ya iniciada al tiempo de constituirse el usufructo.

El uso y goce del usufructuario se extiende a los acrecentamientos originados por hechos de la naturaleza, sin contraprestación alguna. A su vez, goza de la facultad de promover acciones posesorias o reales en defensa de su poder de hecho y de su derecho real. Si se trata del usufructo de un crédito, podría ejercer las acciones necesarias para su cobro y, eventualmente, ejercer el derecho de retención (arg. arts. 3587, 2141 inc. b] y 2147).

El usufructuario puede transmitir su derecho, pero es su propia vida y no la del adquirente la que determina el límite máximo de duración del usufructo. Con carácter previo a la transmisión, el adquirente debe dar al nudo propietario garantía suficiente de la conservación y restitución del bien, y puede constituir los derechos reales de servidumbre y anticresis, uso y habitación y derechos personales de uso o goce. En ninguno de estos casos el usufructuario se exime de sus responsabilidades frente al nudo propietario (art. 2142) y, como puede observarse, no puede constituir el derecho real de hipoteca.

El anterior Código Civil, en el artículo 2870, sólo le permitía al usufructuario "ceder el ejercicio de su derecho". En la actualidad, es más categórico ya que permite transmitirlo. Se trata de un cambio importante ya que en la cesión de ejercicio sólo se cede un derecho personal, subsistiendo el

derecho de usufructo en cabeza del cedente, lo que le permite conservar la disponibilidad de su derecho real. En la enajenación del derecho se transfiere la calidad de usufructuario, con la totalidad de los derechos, deberes y facultades del usufructuario enajenante (Pettis, 2008).

El Código sigue la tendencia moderna porque, en principio, se trata de situaciones ajenas a cuestiones asistenciales (a diferencia del uso y la habitación). Esta posibilidad de transmitir el derecho constituye una potestad jurídica por la que el usufructuario está legitimado para ceder su derecho real transfiriéndolo al cesionario, quien así lo sustituye en la titularidad del usufructo (Pepe, 2013).

En el régimen derogado se aclaraba que permanecía obligado frente al propietario; en cambio, en el Código actual, el primer párrafo del artículo 2142 guarda silencio, mientras que el segundo párrafo establece que, si el usufructuario constituye derechos reales o personales, no se exime de sus responsabilidades frente al nudo propietario. Si no se libera por constituir un derecho de uso o una locación, se puede inferir que tampoco lo hará por transmitir el derecho de usufructo, aún más si se tiene en cuenta el párrafo final del citado artículo.

No obstante, la situación es dudosa. Podría sostenerse que la transferencia del usufructo libera de responsabilidad al enajenante tras la cesión, de modo que el adquirente asume la responsabilidad del enajenante, a quien sustituye en el usufructo. La responsabilidad del garante subsiste, salvo pacto en contrario en el acto constitutivo o en la enajenación (Pepe, 2013). En cuanto a las mejoras, el usufructuario no está obligado a hacer ninguna mejora por causas originadas antes del acto de constitución de su derecho. Sin embargo, el usufructuario que no recibe los bienes por su negativa a inventariarlos o a determinar su estado, debe pagar esas mejoras realizadas por el nudo propietario.

Por otro lado, el usufructuario debe realizar a su costa las mejoras exclusivas de mantenimiento, las necesarias y las demás que se originen por su culpa. No están a su cargo las mejoras originadas por vetustez o caso fortuito. El nudo propietario puede exigir al usufructuario que realice las mejoras a las que está obligado, aun antes de la extinción del usufructo. El Código, a su vez, también prevé que el usufructuario puede efectuar no sólo las mejoras que está obligado a hacer por contrato, siempre que no alteren la sustancia. Sin embargo, no puede reclamar su pago, pero sí retirarlas si la separación no ocasiona daño a los bienes objeto del usufructo (arg. arts. 2143, 2146 y 2147).

Respecto de los impuestos, tasas, contribuciones y expensas, en el artículo 2148, el CCCN estipula que "el usufructuario debe pagar los impuestos, tasas,

contribuciones y expensas comunes que afectan directamente a los bienes objeto del usufructo". Como se observa, este artículo sigue la línea del artículo 2894 del Código de Vélez, aunque este sólo imponía los impuestos ordinarios, no los extraordinarios, previstos en el artículo 2895. El artículo 2148 no distingue, ni repite un texto similar al segundo, por lo que podría interpretarse que, donde la ley no distingue, no cabe distinguir.

Corresponde remarcar que el usufructuario debe pagar los impuestos que afecten "directamente a los bienes". Ya no se distingue entre impuestos que gravan las cosas y aquellos que gravan los frutos. El CCCN entiende que, si el usufructuario goza de los bienes, deben estar a cargo de los impuestos. Esto es, sin perjuicio de lo que puedan disponer otras leyes impositivas.

En cuanto al pago de expensas en el régimen de propiedad horizontal, el artículo 2050 reafirma el criterio de que el usufructuario debe abonarlas, porque al ampliar los obligados al pago de los gastos y contribuciones, incluye a los "poseedores por cualquier título". Indudablemente, el usufructuario es poseedor. Ello lleva a concluir que, ante la falta de pago de las expensas, el consorcio puede promover la respectiva ejecución y, eventualmente, subastar el usufructo. Lo que suscita dudas es el inventario y la garantía porque hemos advertido opiniones dispares en la doctrina. De todos modos, de adoptarse la postura afirmativa, ello debería constar indudablemente en los edictos, a fin de evitar eventuales planteos de nulidad de la subasta.⁶

En el caso de adquisición del derecho por vía de la subasta judicial, el límite del usufructo queda sujeto al término pactado en el contrato constitutivo del usufructo, o bien a la vida del usufructuario si no se hubiera pactado un plazo, porque entendemos que la adquisición en subasta del usufructo no puede empeorar la situación del nudo propietario.

A su vez, el usufructuario debe comunicar al nudo propietario las perturbaciones de hecho o de derecho sufridas debido a la cosa. Si no lo hace, responde por todos los daños sufridos por el nudo propietario (art. 2149), quien conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho, pero no debe turbar el uso y goce del usufructuario. Si lo hace,

6. En cuanto a la ejecución del derecho de usufructo, Kiper sostiene que existiría una contradicción con el artículo 744, inc. e) que excluye de la garantía común de los acreedores prevista en el artículo 743 los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales, que sólo pueden ejecutarse en los términos de los artículos 2144, 2157 y 2158. El autor se inclina por la prevalencia del artículo 2144 por ser una norma especial (Kiper, 2016b, p. 93). Compartimos ese criterio. La venta deberá ser ordenada por vía judicial en el marco de un proceso en el cual el acreedor reclame el cumplimiento de un crédito a su favor, razón por la cual el embargo puede ostentar la categoría de preventivo, ejecutivo o ejecutorio, según la clase de proceso que se hubiese iniciado y el estado procesal de la causa.

el usufructuario puede exigir el cese de la turbación; y, si el usufructo es oneroso, puede optar por una disminución del precio proporcional a la gravedad de la turbación (art. 2151).⁷

El artículo 2149 no establece cuál es el plazo que tiene el usufructuario para informar al nudo propietario sobre las turbaciones, pero entendemos que debe tratarse de un lapso que le permita al nudo propietario defender eficazmente su derecho. De no ser así, resultará responsable el usufructuario por los daños que esa situación le provoque al nudo propietario.

Al extinguirse el usufructo, el usufructuario debe entregar los bienes objeto del usufructo a quien tenga derecho a la restitución. La extinción de este derecho puede producirse por: a) la muerte del usufructuario, aunque no se haya cumplido el plazo o condición pactados; si no se pactó la duración del usufructo, se entiende que es vitalicio; b) la extinción de la persona jurídica usufructuaria y, si no se pactó la duración, se extingue a los cincuenta años desde la constitución del usufructo; c) por el no uso por persona alguna durante diez años –por cualquier razón–, pero el desuso involuntario no impide la extinción, ni autoriza a extender la duración del usufructo; d) el uso abusivo y la alteración de la sustancia comprobada judicialmente (arts. 2150 y 2152).⁸

En lo que concierne específicamente el “no uso”, el inciso c) del artículo 2152 mantiene la línea del artículo 2924 del Código de Vélez, aclarando que esto es así –sin importar el motivo del no uso–, y que el uso puede ser ejercido por una persona distinta del usufructuario. Siguiendo ese razonamiento, se podría interpretar que, si hay cusufructuarios, bastaría con el uso de uno para mantener el derecho de ambos. El Código exige “el no uso por persona alguna”; por consiguiente, el ejercicio del derecho por parte de cualquier persona impide su extinción (Abella y Mariani de Vidal, 2016a, p. 39; Kiper, 2013; Vázquez, 2020b). En cuanto al denominado “uso abusivo” –que debe ser comprobado judicialmente–, los Códigos Civiles de Bolivia, Guatemala, Venezuela, Brasil, Perú, Italia y Francia admiten también esta causal de extinción.

Podría haberse previsto que la falta de pago de las expensas e impuestos también extingue el derecho. Sin embargo, es posible llegar a esta

7. Entre las obligaciones del nudo propietario, podemos citar, entre otras, la entrega del objeto una vez celebrado el contrato para que nazca el derecho real, la realización de aquellas mejoras que no estén a cargo del usufructuario según la ley o el contrato, y la obligación de saneamiento (cf. arts. 1033, 1034, 1124 inc. a), 1543, 1556 y 1558, CCCN).

8. Obviamente son aplicables al usufructo los modos generales de extinción de los derechos reales, previstos en el art. 1907 CCCN.

conclusión por otras vías, ya que se puede pedir la resolución del contrato de usufructo (Alterini, 1987; Kiper, 2016b, pp. 101-103).⁹

Una vez extinguido el usufructo originario, se extinguen todos los derechos constituidos por el usufructuario y sus sucesores particulares. El usufructo cedido por el usufructuario no puede durar más allá de la oportunidad prevista para la extinción del usufructo originario. Si el usufructo es de un conjunto de animales que perece en su totalidad, sin culpa del usufructuario, este cumple con entregar al nudo propietario los despojos subsistentes. Si el conjunto de animales perece en parte, sin culpa del usufructuario, este tiene la opción de continuar en el usufructo, reemplazando los animales que faltan, o de cesar en él, entregando los que no hayan perecido (art. 2153).

3. Problemas frecuentes en la práctica cuando se constituye el derecho real de usufructo

3.1. El usufructo como fuente de litigio

La experiencia judicial y notarial demuestra que el usufructo suele generar discusiones sobre varios aspectos: reparaciones (ordinarias y extraordinarias), gastos, deterioro del inmueble por explotación intensiva, conflictos por locación a terceros, pérdida de valor de mercado del bien gravado, dificultades en particiones hereditarias, entre otros inconvenientes que derivan de la explotación económica del bien por el titular del usufructo. A esto se suman situaciones de simulación o dolo, en especial cuando se trata de personas adultas mayores u otros sujetos vulnerables –por lo general, debido a su salud mental–. Como hemos visto en el apartado anterior, todo esto obedece a su contenido amplio en facultades, complejo en obligaciones y ambiguo en sus límites.

En términos funcionales, puede sostenerse que el usufructo introduce una suerte de relación de presencia conjunta conflictiva entre el usufructuario y

9. Nosotros entendemos que estas causales también podrían dar lugar a la rescisión unilateral del contrato, según lo dispuesto en el art. 1077 CCCN, si así lo hubieran previsto las partes. Kiper (2016b) agrega como causales no previstas en el art. 2152, además de la resolución por incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato, la revocación, la resolución de los derechos del constituyente y la situación prevista en el art. 2460 del CCCN. Y si el usufructuario se niega a restituir, o intervierte el título, el propietario podrá iniciar acciones para recuperar el objeto y, en tal caso, son aplicables las normas previstas para el poseedor de mala fe (arts. 1935, 1936). La situación será distinta si el usufructuario tiene derecho a ejercer el derecho de retención en función de gastos hechos en la cosa que no estaban a su cargo (pp. 118-119).

nudo propietario porque ambos tienen intereses legítimos, aunque a veces contrapuestos. Por esta razón, la jurisprudencia ha debido pronunciarse reiteradamente sobre estas tensiones, reconociendo la complejidad operativa del instituto, como lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos precedentes vinculados a la delimitación de obligaciones del usufructuario. Todo ello pone en evidencia que, si bien el usufructo resulta útil en contextos de aprovechamiento económico, no siempre constituye la solución más eficiente cuando la finalidad perseguida es únicamente habitacional o asistencial.

3.2. Duración y desvalorización del bien

Un aspecto particularmente crítico del usufructo es su duración. Cuando el usufructo se extiende por períodos prolongados (o por toda la vida del beneficiario), el propietario se ve privado de toda utilidad económica durante décadas. Esta situación puede provocar un verdadero menoscabo en el patrimonio de quien se desprendió del denominado “dominio útil” del bien.

Ocurre que, si bien el propietario conserva la titularidad, carece de la posibilidad real de administrar u obtener rentas del objeto sobre el que recae el usufructo. Su derecho se convierte en una mera expectativa diferida, lo que genera una inmovilización de sus activos.¹⁰

3.3. El usufructo no constituye la vía adecuada para satisfacer necesidades asistenciales

Ya hemos adelantado que, cuando la finalidad sólo radica en permitir a un familiar o a un tercero vivir en un inmueble, el usufructo exorbita esa finalidad porque, a su vez, se le concede al beneficiario el derecho a percibir frutos, la posibilidad de obtener una renta, la cesión y la eventual explotación comercial, facultades que nada tienen que ver con el propósito protectorio perseguido por quienes intervienen en el contrato constitutivo del derecho real. Se produce así una desproporción entre el medio y el fin, contraria al principio de razonabilidad técnica.

¹⁰. En torno a la duración del usufructo y los problemas que se plantean en el caso de cesión, sugerimos consultar Abella y Mariani de Vidal (2016b, p. 28), Cossari (2015b, pp. 266-267), Kiper (2016b, p. 91), Sabene (2020, p. 67).

4. El derecho real de uso (título IX, libro cuarto)

El uso es el derecho real que consiste en usar y gozar de una cosa ajena, su parte material o indivisa, en la extensión y con los límites establecidos en el título, sin alterar su sustancia. Si el título no establece la extensión del uso y goce, se entiende que se constituye un usufructo. El derecho real de uso sólo puede constituirse a favor de una persona humana (art. 2154). Se aplican al uso las normas del título VIII del libro cuarto, a excepción de las disposiciones particulares establecidas en el presente (art. 2155).

El usuario puede transmitir su derecho en las mismas condiciones previstas para el usufructo sólo por actos entre vivos, pero no puede constituir derechos reales sobre la cosa (art. 2156). Y, en caso de ejecución por sus acreedores, los frutos no pueden ser embargados cuando el uso de estos se limita a las necesidades del usuario y su familia, a pesar de que esto último ya no resulta indispensable porque no se alude a la familia al tipificar el derecho de uso.

En cuanto al concepto de "familia", coincidimos con quienes sostienen que puede seguirse como pauta lo previsto en el artículo 246 que protege la vivienda y estipula:

Beneficiarios. Son beneficiarios de la afectación: a) el propietario o constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes; b) en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente.

Además, el artículo 537 dispone que:

Los parientes se deben alimentos en el siguiente orden: a) los ascendientes y descendientes. Entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grado; b) los hermanos bilaterales y unilaterales.

No hay dudas, en cambio, porque la ley así lo dispone, de que tanto para el uso como para la habitación subsiste la imposibilidad de ser constituidos a favor de una persona jurídica.

5. El derecho real de habitación (título X, libro cuarto)

5.1. Evolución

El derecho real de habitación existió en el derecho romano como una restricción al dominio, en forma de servidumbre personal, para remediar de alguna manera la escasez de viviendas generadas por el crecimiento de

la Roma conquistadora. La única obligación del habitador era no deteriorar la vivienda y devolverla en buen estado cuando terminase la servidumbre, para lo cual se le exigía una garantía. La *habitatio* le concedía a una persona la facultad de habitar en una vivienda ajena gratuitamente. No fue una figura precisa, ya que se la confundía con las servidumbres –como la de usufructo o de uso–, e incluso algunos autores llegaron a negar que se tratara de un derecho real, afirmando que le daba al habitador un derecho de crédito o personal contra el dueño. Justiniano le adjudicó el estatus de derecho real autónomo.

5.2. Caracterización de este derecho en la actualidad

Sintetizaremos a continuación los caracteres más relevantes del derecho de habitación en el régimen actual:

- 1) La habitación es un derecho real autónomo. Así lo concibe el artículo 1887 inciso j) del CCCN, asignándole un inciso independiente al resto de los derechos reales y, fundamentalmente, al del uso. El nuevo ordenamiento no responde a la metodología del Código de Vélez en el que el uso y la habitación eran enumerados como derechos reales –en un mismo inciso del artículo 2503–, y estaban regulados juntamente y no en títulos independientes –en los artículos 2948 a 2969–. En ese sentido, el artículo 2948 disponía que, si el derecho real de uso se refería a “una casa, y a la utilidad de morar en ella”, existía habitación.
- 2) La habitación es un derecho real sobre cosa ajena de goce o disfrute (ver art. 1888). La propiedad del inmueble permanece en el nudo propietario. Al respecto, cabe aclarar que toda duda sobre la existencia de un gravamen real, su extensión o el modo de ejercicio, se interpreta a favor del titular del bien gravado.
- 3) Es un derecho principal (art. 1889).
- 4) Recae sobre inmuebles construidos o parte de ellos, vale decir, sobre cosas registrables (arts. 1890 y 2158). Por ejemplo, se puede otorgar el derecho real de habitación sobre toda la casa edificada en un terreno, o sobre alguna de sus habitaciones. El inmueble puede estar ubicado en una zona urbana o rural (Vázquez, 2020a, p. 736).
- 5) Se ejerce por la posesión (art. 1891), de modo que puede ser adquirido por prescripción adquisitiva (ver arts. 1897, 2565 y concordantes).
- 6) Es un derecho real temporario porque se extingue por el no uso durante diez años (arts. 2152, inc. c), 2155 y 2159), y es vitalicio, es

decir, su duración máxima está dada por la vida del habitador, salvo que se fijara un plazo menor.

- 7) La habitación es inherente a la persona e intransmisibile y sólo puede constituirse a favor de una o varias personas humanas en forma conjunta y simultánea –cohabitación– (art. 2158, in fine), nunca para una persona jurídica, al igual que el derecho real de uso (art. 2154). En este aspecto, tanto el uso como la habitación contrastan con el usufructo que admite que su titular sea una persona jurídica (arts. 2129 y 2152, inc. b).
- 8) Es un derecho real inejecutable por los acreedores, tal como lo dispone expresamente el artículo 2160 in fine, del CCCN. Esto concuerda con lo previsto por el artículo 744, inciso e), en torno a la inembargabilidad de los bienes como excepción a la regla impuesta por los artículos 242 y 743, es decir, el patrimonio del deudor es la garantía común de sus acreedores. En el caso del uso, los acreedores sólo pueden embargar los frutos que sobrepasen las necesidades del usuario y su familia (art. 2157).
- 9) Puede surgir de la ley, a diferencia del usufructo y del uso, como ocurre en los casos del cónyuge o conviviente supérstite (arts. 2383 y 527).

5.3. Delimitación del contenido del derecho de habitación

El habitador puede usar y gozar del inmueble sin alterar la sustancia, es decir, la materia, forma o destino de la cosa (art. 2129, segundo párrafo, CCCN). Ahora bien, la facultad que otorga el derecho real es acotada porque se circunscribe a “morar” en el inmueble –o en la parte material de él–, es decir, a habitarlo, a utilizarlo como vivienda (art. 2158), ya que “morar” significa habitar o residir habitualmente en un lugar. Las palabras morar, habitar, vivir, residir, permiten inferir que no cualquier inmueble puede ser objeto de este derecho real, sino que debe tratarse de uno apto para vivienda. En esa línea de ideas, no parece apropiado que el derecho de habitación comprenda algún inmueble con destino comercial o industrial. El Código no es muy preciso sobre el punto en cuestión, pero esta debe ser la idea, compatible con los antecedentes históricos de la figura. Lo que podría presentarse es el derecho sobre una parte de un inmueble destinada a vivienda, aun cuando el resto de la unidad tuviere un destino diferente, por ejemplo, si en un inmueble industrial hay una habitación para vivienda. Confirma esta afirmación el artículo 2161, que alude a “una parte de la casa que se le señala para vivienda”. Aquí aparecen los vocablos “casa” y “vivienda” que dan mayor precisión al contorno de este derecho real. Y los artículos

527 y 2383, que crean un derecho de habitación a favor del cónyuge o conviviente supérstite, se refieren a la “vivienda propia habitable”, “último hogar conyugal”, “último hogar familiar”, en clara alusión al destino de la casa.

El goce no es fructuario, como en el usufructo, y en el uso, sino que sólo comprende la realización de las mejoras obligatorias o voluntarias que también atañen al usufructuario y al usuario.

El habitador no puede constituir sobre el inmueble derechos reales o personales (art. 2160). En este aspecto se diferencia del usufructo, ya que el usufructuario está legitimado para constituir derechos reales o personales sobre la cosa (art. 2142); así como del uso, pues el usuario no puede constituir derechos reales, pero sí derechos personales (arg. art. 2156), como señala Vázquez (2020a, p. 736).

5.4. Intransmisibilidad entre vivos y por causa de muerte

El derecho de habitación no puede ser transmitido por el habitador por actos entre vivos, por ejemplo, cediendo su derecho a morar en el inmueble a otra persona. Tampoco es transmisible por causa de muerte porque se extingue necesariamente con el fallecimiento del habitador. El artículo 2160 establece: “La habitación no es transmisible por actos entre vivos ni por causa de muerte”.

5.5. Derecho real con ostensible matiz alimentario

La intransmisibilidad del derecho real por actos entre vivos, su inejecutabilidad por los acreedores, la prohibición de constituir sobre el inmueble edificado –o su parte material– derechos reales o personales, y el hecho de que sólo puede ser titular una persona humana, hacen que la habitación deba considerarse como un derecho con marcado tinte alimentario.

Al respecto, cabe recordar que el CCCN, al regular los alimentos debidos entre los parientes, establece que la prestación de alimentos comprende, entre otros aspectos, lo necesario para la “habitación” (art. 541, CCCN), tal como indica Vázquez (2020a, p. 737).

5.6. Aplicación de las reglas del uso

El artículo 2159 del CCCN prevé que al derecho de habitación se le aplican las normas del derecho real de uso, “a excepción de las disposiciones

particulares” que fija el ordenamiento legal en el título X del libro cuarto del CCCN. A su vez, debe recordarse que al derecho real de uso se le aplican las reglas del usufructo (ver art. 2155), con las excepciones establecidas en el título IX del libro cuarto. De modo que al derecho real de habitación se le extienden las normas sobre el usufructo, salvo las excepciones establecidas en los títulos IX y X del citado libro cuarto.

En rigor de verdad, existen varias diferencias entre el uso y la habitación, pues mientras que el objeto del uso puede ser una cosa mueble o inmueble, sin que sea necesario que el inmueble esté construido, en el caso de la habitación sólo puede tratarse de un inmueble construido o una parte material de él (art. 2158).

En cuanto al goce de la cosa, en el uso es fructuario, ya que el titular puede hacer suyos los frutos que produce la cosa en la extensión establecida en el contrato o testamento. En la habitación, en cambio, el habitador carece de goce fructuario, pues sólo puede habitar en el inmueble y ni siquiera puede constituir derechos personales sobre la cosa. No está legitimado entonces para alquilarla. El goce del habitador se ciñe al de realizar mejoras, obligatorias –necesarias o de mero mantenimiento– y voluntarias –útiles y suntuarias– (arts. 2146, 2155 y 2159).

Respecto de la disposición jurídica, el usuario no puede constituir derechos reales sobre la cosa, pero sí derechos personales (art. 2156). El habitador no puede constituir derechos reales ni personales (art. 2160).

También hay diferencias en cuanto a la transmisión del derecho, porque el uso puede transmitirse entre vivos, en tanto que la habitación es intransmisible (art. 2160).

5.7. Cargas, contribuciones y reparaciones

El objeto del derecho real de habitación puede ser una parte material de un inmueble edificado. Por ello el artículo 2161 dispone:

Cuando el habitador reside sólo en una parte de la casa que se le señala para vivienda, debe contribuir al pago de las cargas, contribuciones y reparaciones a prorrata de la parte de la casa que ocupa.

Se trata de una solución equitativa, pues si aprovecha sólo una parte del inmueble, no parece justo que se pague por todos los gastos que devenga esa cosa, sino en una parte proporcional.

6. El derecho real de habitación en el ámbito familiar

En el ámbito del derecho de familia, se encuentran legislados dos supuestos particulares del derecho de habitación: el del cónyuge supérstite (art. 2383), y el del conviviente supérstite (art. 527). Ambos constituyen especies del derecho real de habitación regulado por el artículo 2158 y siguientes del CCCN, aplicándoseles en lo pertinente las reglas del título X del libro cuarto.

Al respecto, cabe destacar que la protección de la vivienda, en general, y de la vivienda familiar, en particular, tiene jerarquía constitucional y convencional. Así, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional (CN) garantiza la protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna. A su vez, los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22], CN) consagran, en varias normas, el derecho humano a la vivienda. Sólo a modo de ejemplo, pueden citarse la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, entre otros.

7. Habitación del cónyuge supérstite

7.1. Regulación del instituto en el Código Civil derogado

Con anterioridad a la entrada en vigencia del CCCN, el cónyuge supérstite contaba con el derecho real de habitación conferido por el artículo 3573 bis del Código Civil, previsión que había sido incorporada en 1974 por la Ley 20798.¹¹ Allí se establecía que:

Si a la muerte de la causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a la vivienda para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otra persona con vocación

11. En la nota de elevación del proyecto de ley que se sancionaría bajo el N° 20798, el diputado Edgar Cossy Isasi expresó que se buscaba con esta norma poner fin a una situación crítica y angustiosa que se les presentaba a los cónyuges supérstites, que luego de haber compartido años de vida con el causante, se hallaban con que, al ocurrir la muerte del cónyuge, y en virtud del régimen de las sucesiones que establecía el Código Civil, debían abrir el respectivo juicio sucesorio, compartiendo el único bien con los demás herederos o legatarios, los cuales exigían la venta del inmueble para percibir sus legítimas o legados, o bien para pagar las costas, quedando el cónyuge supérstite sin habitación, lo que sucedía en la mayoría de los supuestos en que el supérstite tenía una edad avanzada, sin posibilidad biológica de reiniciar una vida productiva. Se aspiraba, sin duda, a proteger a los más débiles económicamente (Molinario, 1975), asegurando al cónyuge su casa, evitando su desamparo y preservándolo del peligro de quedar sin techo (Borda, 1975). En la actualidad, no cabe hacer distinción de sexo ni edad de quien pueda resultar beneficiario, una vez que se ha determinado que se cumplen los requisitos impuestos legalmente.

hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias.¹²

Como se ha expuesto, se trataba de un régimen tuitivo de la vivienda para la persona viuda, complementario de otros institutos protectorios de la vivienda. Al respecto, las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2005) declararon por unanimidad que

los institutos del bien de familia, del derecho de habitación del cónyuge supérstite y las indivisiones hereditarias establecidas en los arts. 51 a 53 de la Ley 14394 no son antagónicos, sino que se complementan entre sí.

Se discutía si se trataba de un derecho concedido al cónyuge *iure hereditatis* o *iure proprio*. También se sostenía que, si bien la atribución patrimonial era *iure successionis*, esta le era conferida al cónyuge, aunque no asumiera el carácter de heredero y como carga común de la herencia (Zannoni, 1982, § 620). Las consecuencias de adoptar una u otra postura eran relevantes para determinar si el valor del derecho debía ser incluido en la masa hereditaria e integrado al cálculo de la legítima, si se hallaba gravado con el impuesto a la transmisión gratuita de bienes, si los acreedores hereditarios podían ejecutar sus créditos sobre el inmueble o sólo sobre el valor correspondiente a la nuda propiedad, etc.

Mariani de Vidal (2006, p. 730) sostenía que este derecho perseguía un propósito asistencial que resultaba ciertamente loable, pues respondía a sentimientos de justicia al intentar que el cónyuge supérstite no se viera privado de habitar el único inmueble que, en vida, había constituido la sede del hogar conyugal, frente a requerimientos de partición –por especie o por venta– de coherederos o legatarios. El propósito de la ley era asegurar su casa al cónyuge sobreviviente, aunque sin impedir la adjudicación del bien como medio de concluir con la indivisión hereditaria: quien resultara adjudicatario quedaría como nudo propietario, correspondiendo el dominio útil al cónyuge (Zannoni, 1982, § 615).¹³

El Código Civil no contemplaba la protección del conviviente o de la conviviente; el artículo 3573 bis sólo se aplicó a las sucesiones abiertas con posterioridad a la vigencia de la Ley 20798, ocurrida el 27 de octubre de 1974 (CNCiv. en pleno, 1979). Se consideraba que el derecho real –de carácter

12. Sobre el tema, entre otros autores, se puede consultar a Andorno (1975), Barbero (1977), Borda (1975), Cafferata (1977), Mariani de Vidal (1976), Molinario (1975).

13. En mayo de 1975 se incorporó una institución similar al artículo 540 del Código Civil y Comercial italiano de 1942. También se encuentra esta figura en el Código Civil de Brasil.

gratuito sin compensación alguna del cónyuge supérstite– comprendía los muebles que formaban el ajuar de la cosa; que el beneficiario debía pagar los impuestos comunes que gravaban el inmueble –no así los gastos extraordinarios–; y, gran parte de la doctrina académica postulaba, *de lege ferenda*, que el derecho de habitación no debía cesar por el solo hecho de que el cónyuge supérstite contrajera nuevas nupcias (Vázquez, 2020a, pp 739 y ss.).¹⁴

El derecho de habitación viudal era oponible a los acreedores de los herederos; por lo tanto, el inmueble podía ser embargado y ejecutado sólo en lo que respectaba la nuda propiedad. Sin embargo, era inoponible a los acreedores de la sucesión. Para ellos, la herencia como universalidad constituía la garantía de pago de sus créditos, debiendo separarse de ella –antes de la partición–, bienes suficientes para el cumplimiento de las cargas que la gravaran, salvo que el causante hubiera constituido el inmueble como bien de familia.

Se procuraba evitar que los coherederos del cónyuge fallecido, en ejercicio de su derecho de exigir la partición de los bienes de la herencia, obligaran al viudo –o viuda– a vender el inmueble que hubiese sido asiento del hogar conyugal, dejándolo al desamparo de una vivienda. Era asimilable al derecho alimentario, dado el carácter eminentemente asistencial que este derecho reviste, e independiente de la legítima (Álvarez, 1995; CNCiv. Sala L, 1994; Medina, 2006).

De modo que, para que procediera este derecho, se requería que el acervo hereditario estuviera integrado por un solo inmueble habitable, sede del hogar conyugal, sin que importara la existencia de otros bienes cuando estos fueran insuficientes para cubrir las necesidades habitacionales. El inmueble podía resultar propio o ganancial, ya sea que la titularidad del inmueble perteneciera al cónyuge supérstite o al causante, pues de todas maneras estaría destinado a ser partido en la sucesión (CNCiv. Sala G, 1994).

El problema se presentaba si el inmueble era de copropiedad del cónyuge y de terceros y, en ese caso, la jurisprudencia en forma unánime entendió que este derecho real resultaba inoponible a los terceros extraños a la relación sucesoria. Esto se debía a que, de otro modo, aquellos verían disminuido sin fundamento alguno su derecho de propiedad, salvo que esos terceros –condóminos– prestaran su conformidad para el ejercicio del derecho de habitación del cónyuge supérstite.

14. La autora cita, a su vez, las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (San Rafael, 1976). En el mismo sentido, ver las Primeras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, 1984), las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan, 1989) y las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático (Junín, 1992).

Una circunstancia no contemplada en la norma consistía en que el viudo tuviera un inmueble propio, apto para habitar, que no integrara el acervo hereditario. En este supuesto, no existiría fundamento para otorgar el derecho real de habitación al cónyuge superviviente, por lo que la doctrina recomendaba no acordarlo –así lo aconsejaron las IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil–. Además, el valor del inmueble no debería sobrepasar o exceder el que autorizaba a constituirlo como bien de familia, debiéndose considerar, a esos fines, el valor fiscal al momento del fallecimiento del causante y no el real.

Respecto del bien de familia y a estos efectos, las provincias tenían la facultad de fijar los topes para los inmuebles ubicados en sus jurisdicciones, de conformidad con el nivel económico local (art. 9 Decreto 2513/1960, reglamentario de los arts. 32 a 49 Ley 14394). En la Capital Federal, dado lo dispuesto en el artículo 168 del Decreto 2080/1980, que no establecía tope, se entendía que correspondía remitir a las normas propias reguladoras del derecho de habitación del Código Civil, de modo que la habitación se limitaba a las necesidades personales del habitador y su familia, según su condición social (art. 2953, Código Civil). El derecho de habitación viudal podía peticionarse hasta el momento de la partición, a pesar de la inscripción de la declaratoria de herederos, ya que esta no pone fin a la comunidad hereditaria (Fleitas Ortiz de Rozas y López Fuster, 1987).¹⁵

La extinción se producía por la resolución de los derechos del causante, el fallecimiento del habitador, la consolidación, la pérdida o destrucción total de la cosa, la prescripción, el nuevo matrimonio del beneficiario o una nueva convivencia en pareja. También por no habitar el inmueble durante diez años, y por renuncia.¹⁶

15. Por su parte, Mariani de Vidal (2006, p. 732) sostenía que para que operara este derecho era necesario que el cónyuge sobreviviente lo invocara en el juicio sucesorio. Una vez reconocido judicialmente el derecho –previa comprobación de que se hallaban reunidos los requisitos legales–, se debería disponer su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de conformidad con lo previsto por los arts. 2505 del Código Civil y 2 de la Ley 17801. En cuanto a la oportunidad de su invocación señalaba Mariani de Vidal que el cónyuge podría formular el pertinente pedido antes de consentir en el proceso sucesorio cualquier acto que supusiera incompatibilidad con su conservación, normalmente antes de consentir la partición o la venta del inmueble o su adquisición en plena propiedad a todos o a alguno de los herederos (arg. arts. 3475 bis y 3503 del Código Civil).

16. En cuanto al divorcio, se entendía que, una vez producido, no podía seguir hablándose de “sede del hogar conyugal” ni de “cónyuge superviviente” ni de la concurrencia con otras personas con vocación a la herencia porque el divorciado no tenía ni tiene en la actualidad esa aptitud. En definitiva, no se darían ninguno de los presupuestos de aplicación de la norma, por lo cual el divorciado carecería de derecho habitacional (Medina, 2006, p. 729).

7.2. Regulación del instituto en el Código Civil y Comercial. La situación del cónyuge y del conviviente supérstite

El artículo 2383 del CCCN establece:

El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante.

Este artículo, al igual que el antiguo artículo 3573 bis, tiende a la protección del viudo o de la viuda ante la solicitud de partición de quienes son llamados a heredar el inmueble del cónyuge fallecido. Cabe aclarar que las normas sobre división de la herencia están consagradas en el título VIII del libro quinto del CCCN (arts. 2363 a 2384).

Se trata de un derecho de fuente legal según lo prevé el artículo 1894 del CCCN y nace al momento de fallecimiento del cónyuge. Por ello el artículo 2383 prevé que el derecho se atribuye de pleno derecho. Su existencia no depende, entonces, del inicio de un expediente o proceso sucesorio. En torno a la inscripción registral para su oponibilidad, la doctrina se muestra dividida, pues mientras Vázquez entiende que no es necesaria, Kiper opina lo contrario (2018, p. 490).

Respecto al conviviente supérstite, el artículo 527 estipula:

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

Como se observa, el artículo 527, a diferencia del artículo 2383, no contempla que el derecho real de habitación del conviviente se adquiera “de pleno derecho”, pero lo cierto es que el citado artículo 1894 enumera este derecho como uno de los derechos reales que se adquieren por mero efecto de la ley. En esa línea de ideas, compartimos la opinión de Vázquez, con respecto a la expresión “puede invocar” –que incluye el artículo 527– y

que sólo debe entenderse en el sentido de que el derecho real es renunciable por el conviviente.¹⁷

En los fundamentos del nuevo Código, sus redactores resaltaron que, mediante esta reforma,

el conviviente tiene protegida la vivienda, pero su derecho es más débil que el derecho real de habitación gratuito reconocido al cónyuge supérstite, distinción que encuentra su justificación en la ya mencionada necesidad de compatibilizar la autonomía de la voluntad con el deber de solidaridad familiar. (Presidencia de la Nación, 2012, p. 583)

Desde otra perspectiva, la solución intermedia apunta a la necesidad de encontrar un equilibrio entre la protección del derecho a la vivienda del conviviente y el derecho a la propiedad de los herederos del causante. Por ello, se han fijado límites y condiciones razonables para el ejercicio de este derecho por parte del conviviente supérstite: a) debe tratarse del inmueble que constituyó el último hogar familiar; b) a la apertura de la sucesión, dicho inmueble no debe encontrarse en condominio con otras personas, es decir, terceros ajenos a la pareja; c) el conviviente no debe poseer vivienda propia habitable o bienes suficientes que aseguren el acceso a esta, sea a través de la compra o el alquiler; d) este derecho se extiende siempre por un plazo, variable, pero con un máximo de dos años desde el fallecimiento.

Los dos primeros requisitos son comunes a los previstos por el artículo 2383 cuando este derecho se atribuye a favor del cónyuge; en cambio, los dos últimos recaudos sólo se exigen para las uniones convivenciales. Y, como antes señalamos, en el matrimonio este derecho es gratuito y vitalicio (Ugarte, 2016, p. 466).

La norma establece también que el derecho de habitación es inoponible a los acreedores del causante, al igual que lo previsto en el artículo 2383. No obstante, para alguna doctrina es contradictorio con la solución impuesta por el artículo 521 *in fine* para las uniones convivenciales inscriptas –en el supuesto de que la deuda hubiera sido contraída después del inicio de la unión convivencial por uno de los convivientes sin el asentimiento del otro– (Ugarte, 2016, p. 467-468). Cabe agregar que este derecho del conviviente se extingue cuando vence el plazo previsto por la ley, si el conviviente constituye una nueva unión convivencial, si contrae matrimonio o bien si adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta. Se trata de circunstancias que hacen presumir la superación del estado de necesidad inicial que llevó a otorgar la ocupación temporal de la vivienda.

17. En sentido contrario, Abella y Mariani de Vidal (2016a, p. 56); estas autoras consideran que no funciona de pleno derecho.

Con todo, no debe descartarse que medie oposición de parte de quienes sufren el desmembramiento de su derecho, de modo que se promoverá dentro del juicio sucesorio el pertinente incidente, en el que se analizarán las distintas circunstancias fácticas que deberán ser objeto de prueba. Ello implica, como lo sostenía Areán (2017b, p. 348), que ha perdido vigencia la jurisprudencia que sostenía que la posibilidad de invocar el derecho de habitación legal se extendía hasta que el peticionante diera expresa conformidad a la partición del bien –aunque la declaratoria de herederos se hallase inscrita– porque la inscripción no significa adjudicación en condominio del inmueble, sino exteriorización de la indivisión hereditaria o poscomunitaria entre el cónyuge y los herederos del causante.¹⁸

Ahora bien, en el caso de que el inmueble fuera adjudicado al cónyuge supérstite por haber solicitado la atribución preferencial en propiedad con sujeción a la facultad prevista en el artículo 2381 del CCCN, y de que esta solicitud fuera aceptada, no sería necesaria la invocación del derecho real de habitación para conservar el derecho a la vivienda (Vázquez, 2020a, p. 741).

Al respecto, nos parece oportuno recordar también que el artículo 2332 (libro quinto, CCCN), vinculado con la indivisión forzosa durante el período de indivisión de la herencia, prevé en su parte final que:

El cónyuge supérstite también puede oponerse a que la vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, con sus muebles, sea incluida en la partición, mientras él sobreviva, excepto que pueda serle adjudicada en su lote. Los herederos sólo pueden pedir el cese de la indivisión si el cónyuge supérstite tiene bienes que le permiten procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades.

18. La autora señalaba que, en la actualidad, tal como está redactada la norma, al ordenar la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento en el Registro de la Propiedad Inmueble, el juez debería disponer simultáneamente la del derecho de habitación, aunque no haya sido solicitada. Asimismo, añadía que las normas registrales deberán ser modificadas para adaptarse a la nueva situación. Advertía, sin embargo, que en su opinión ningún derecho real puede nacer de pleno derecho, aunque tenga fuente legal, ya que necesariamente debe aceptarse la posibilidad de que los particulares ejerciten el derecho de renuncia.

Por otro lado, al disponerse que este derecho es inoponible a los acreedores del causante, estaríamos ante un extraño derecho real de oponibilidad limitada, esté o no inscripto en el registro inmobiliario. Además, y de acuerdo con Areán, podrían suscitarse múltiples incidencias en el proceso sucesorio, máxime si se tiene en cuenta la experiencia de más de cuarenta años de creación de la habitación legal. Esto se debe a que, en la casi totalidad de los casos en que el cónyuge pretendió hacer valer ese derecho, hubo oposición de los herederos, en especial cuando no son hijos del cónyuge, sino producto de otra unión del difunto que debe, obviamente, ser sustanciada y resuelta por el juez porque podría ocurrir que no se cumpliera alguno de los requisitos que la ley exige para su procedencia.

Al comentar esta disposición, Areán afirmaba que, para ser viable la imposición de la indivisión, es necesario que concurren otros herederos con el cónyuge. Si fuera este el único heredero del causante, o si se tratara de bienes gananciales no concurriendo ningún heredero, carecería de todo sentido esta implementación. La prestigiosa autora explicaba, además, que los herederos pueden pedir el cese de la indivisión del hogar conyugal si el beneficiario tiene bienes que le permitan procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades (Areán, 2017a, pp. 182-183).¹⁹

Como se advierte, el beneficio previsto en el citado artículo 2332 es independiente del derecho de habitación vitalicio y gratuito, el cual funciona de pleno derecho sobre el inmueble propiedad del causante que no se encuentra en condominio con otras personas.

El derecho real que adquiere el cónyuge supérstite es vitalicio – implica que durará mientras viva (a diferencia del derecho de habitación del conviviente que dura dos años desde la muerte del conviviente)–; y gratuito, vale decir, sin contraprestación alguna. No podrá ser ejecutado por los acreedores, de acuerdo con lo previsto para el derecho de habitación en general (art. 2160 *in fine*). De modo que el cónyuge tiene el derecho de

19. La autora comparaba la facultad prevista en el artículo 2332 con otras medidas de protección del cónyuge supérstite como las indivisiones hereditarias, la atribución preferencial post mortem y el derecho de habitación viudal. Explicaba que las indivisiones hereditarias reconocidas al cónyuge –en relación con el derecho de oponerse a la división, salvo que el objeto pueda ser adjudicado en su lote–, son supletorias de la atribución preferencial aplicable a los mismos supuestos fácticos. No implican transmisión de la propiedad ni de ningún otro derecho real, sino el mantenimiento de la indivisión. Además, son transitorias, ya que no pueden durar más que un máximo de diez años, plazo que es prorrogable bajo solicitud del interesado, debiendo la prórroga ser pronunciada judicialmente. La atribución preferencial prevista en los artículos 2380 y 2381, en cambio, se vincula con la propiedad de los bienes afectados, salvo cuando media una locación. Es el derecho que la ley le confiere a una persona –en el caso, el cónyuge supérstite– de declararse propietario exclusivo de un bien o de un conjunto de bienes indivisos, tomando a su cargo desinteresarse a aquellos que normalmente tenían vocación de participar en la división. Por ende, la adjudicación es definitiva –y con cargo de pagar el saldo si lo hubiera– cuando se trata de un establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios que constituye una unidad económica y en cuya formación participó, excepto acuerdo en contrario.

Finalmente, el derecho de habitación viudal no implica la atribución del dominio exclusivo al cónyuge supérstite. Su objeto es el último hogar conyugal –siempre que sea el único inmueble habitable dentro del acervo hereditario–, es vitalicio y gratuito. Según Areán, estas figuras aparentemente se superpondrán, pero ello no es así por las consecuencias de cada una, ni tampoco hay coincidencia entre ellas, pues según el artículo 2380 el cónyuge debió haber participado en la formación de una unidad económica, en la indivisión de la vivienda se exige el precedente régimen de comunidad, lo que no sucede en la atribución preferencial, en tanto que en el derecho de habitación viudal debe tratarse del único inmueble habitable. En definitiva, como acertadamente lo advierte Méndez Costa (2000), “en la alternativa, el cónyuge sobreviviente deberá reflexionar y asesorarse. Establecida su posibilidad de optar, se encaminará hacia lo que le resulte más favorable de acuerdo a sus circunstancias, incluso a sus afectos que pueden inclinarlo, por ejemplo, en el derecho de habitación viudal, a preferirlo para sí antes que incidir sobre la propiedad de los otros herederos. [...] las indivisiones son supletorias de la atribución preferencial”.

por vida, sin que se extinga por contraer matrimonio o vivir en una unión convivencial. El habitador podrá vivir solo o junto con su familia, y el hecho de que sea gratuito implica que los restantes coherederos no pueden reclamarle el pago de un canon por el uso (tampoco a quienes lo ocupen junto con el cónyuge supérstite). La gratuidad no alcanza a los tributos y mejoras que graven el inmueble, según en los artículos 2159, 2155, 2146, 2148 del CCCN.

En cuanto al objeto, para que este derecho real se considere constituido, el inmueble debe ser propiedad del causante al momento de la apertura de la sucesión y haber sido sede del último hogar conyugal.²⁰ No interesa que en el acervo sucesorio existan cuantiosos bienes que no son inmuebles o incluso otros inmuebles, cualquiera sea su valor. De todos modos, sostenemos que estará en la prudencia de los jueces acceder a la constitución atendiendo a las circunstancias del caso.

Es así entonces que, para que el viudo o viuda pueda invocar este derecho, el bien no debe estar en condominio con terceros: debe tratarse de un bien propio o ganancial, o haber estado en condominio de ambos cónyuges. A diferencia del Código de Vélez, ya no se exige que se trate del “único inmueble habitable” del acervo hereditario, lo que no impide que los herederos invoquen el abuso del derecho conforme al artículo 10 CCCN si se produce un ejercicio antifuncional.

La protección que la ley le otorga al cónyuge supérstite jamás podría alcanzar una magnitud tal que perjudique el derecho de terceros. La posición contraria implicaría que el condómino ha dejado de tener un derecho pleno o perfecto, para transformarse en un derecho desmembrado, lo cual importaría una verdadera expropiación sin indemnización previa y violaría, abiertamente, el derecho de propiedad consagrado en el artículo 17 de la CN.

En relación con el segundo requisito, consideramos que, si los cónyuges se mudaron a otro domicilio, no se podría hacer valer este derecho, pues se entiende por domicilio conyugal efectivo el lugar de efectiva e indiscutida

20. Sin embargo, debemos aclarar que, según el artículo 443, en caso de divorcio, uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, ya sea el inmueble propio –de cualquiera de los cónyuges– o ganancial. El juez determinará la procedencia, el plazo de duración y los efectos del derecho, tomando en cuenta pautas tales como: la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos, la que está en situación económica menos favorable para proveerse de una vivienda por sus propios medios, el estado de salud y la edad de los cónyuges, y los intereses de otras personas que integran el grupo familiar. Además, según el art. 444, a petición de parte interesada, el juez puede establecer una serie de medidas: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; la prohibición de que el inmueble sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; la obligación de que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado. La decisión produciría efectos respecto de terceros desde su inscripción registral.

convivencia de los cónyuges (art. 2621). Interesa determinar dónde convivían el cónyuge y causante al momento del fallecimiento de este, pero esto no se extiende al inmueble que hubiera sido asiento de aquél en el pasado, ya que la finalidad es, precisamente, que el cónyuge no se vea separado de lo que hasta entonces constituyó su vivienda por efecto de la transmisión hereditaria.

Una cuestión de singular transcendencia radica en que el derecho real de habitación del cónyuge supérstite –y también el del conviviente– no puede oponerse a los acreedores del cónyuge fallecido. Ello es absolutamente lógico porque, como se ha señalado, resultaría incongruente que lo que no podía hacer en vida el causante –esto es, postergar la agresión del inmueble–, pudiese hacerlo el supérstite al fallecer aquel (Vázquez, 2020a, p. 742). En cambio, este derecho es oponible a los acreedores de los herederos, quienes sólo pueden agredir la nuda propiedad de sus deudores. Los acreedores del cónyuge supérstite no pueden ejecutar el derecho real de habitación (art. 2160, *in fine*), tal como distinguen Abella y Mariani de Vidal (2016a, p. 55).

En cuanto a los topes, debemos aclarar que frente a las divergencias de opiniones en la doctrina, las soluciones dispares en la jurisprudencia, y la multiplicidad de normas sobre el tema en las distintas jurisdicciones, el nuevo Código se ha inclinado decididamente por la supresión de todo tope. En cada caso habrá que evaluar judicialmente la conveniencia de la constitución, considerando el fin tuitivo de la norma con el objetivo de evitar el ejercicio antifuncional de los derechos y los sacrificios que implica su indivisión par los restantes coherederos.

En torno a la extinción del derecho, se produce por las mismas causales de extinción del derecho de habitación común que, a su vez, son las mismas que las del usufructo por aplicación de los artículos 2159, 2155 y 2152 del CCCN. La renuncia puede ser formalizada en escritura pública o por acta judicial incorporada al expediente (arg. art. 2299). Aun cuando no existiera renuncia, podría extinguirse la habitación si se intima al habitador a reintegrarse al hogar en un plazo determinado, bajo apercibimiento de pérdida de su derecho.

Resulta importante reiterar que, a diferencia de lo que ocurría en el régimen anterior, este derecho no se extingue si el beneficiario o beneficiaria vuelve a casarse. Es necesario aclarar que esta conclusión admite opiniones divididas en la doctrina.²¹

21. En sentido contrario, se ha dicho que se justifica esta causal –propia de este derecho real– cuando, al reincidir en el matrimonio, debe suponerse que está en condiciones de constituir económicamente un nuevo hogar. Ello es así porque, si la ratio legis de la norma busca proteger al viudo o viuda, debe dejar de otorgarse cuando forman una nueva familia (Areán, 2017b).

Por otro lado, con un criterio muy cuestionable se ha sostenido que, tanto en el régimen anterior como en el actual, si el cónyuge supérstite presta conformidad para la venta total o parcial del inmueble, la misma hace cesar su derecho a reclamar el derecho real de habitación.²² En nuestra opinión, la conformidad para la venta del bien no implica su renuncia al derecho real de habitación, si antes de la partición se presentó en el juicio sucesorio solicitando la inscripción de su derecho en el registro de la propiedad inmueble juntamente con la declaratoria de herederos.

Una vez extinguido el derecho de habitación por muerte del beneficiario, los copropietarios del inmueble, como titulares de sus partes indivisas, pueden disponer libremente de estas y están obligados al pago de todos los impuestos, gastos y cargas del inmueble en cuestión.

A su vez, consideramos que podría decretarse judicialmente la extinción en el supuesto en que, aun sin haber pasado diez años, el viudo o viuda se hubiera visto obligado a dejar la vivienda –por ejemplo, por razones de salud o internación en un establecimiento asistencial para ancianos–, sin posibilidad de recuperación, por hallarse en pésimas condiciones de conservación que exigieran la realización de importantes erogaciones, etc.

8. Ventajas comparativas del uso y la habitación frente al usufructo

Luego de analizar las características más relevantes de los derechos de goce que motivan nuestro trabajo, podemos sintetizar las ventajas que, *prima facie*, resultan de la utilización del uso o la habitación²³ frente al usufructo según la finalidad que se persiga en cada caso concreto. Ellas son:

- a) Preservación del valor económico del bien: al limitar el goce y excluir la percepción de frutos, se protege al bien de la desvalorización y se conserva su potencial patrimonial porque la ausencia de explotación comercial evita, en principio, los deterioros estructurales, las deudas derivadas de las actividades económicas y los conflictos con terceros. El inmueble conserva su función de reserva de valor.

22. Así lo declararon las Segundas Jornadas Mendocinas de Derecho Civil (Mendoza, 1991), citadas por Vázquez (2020a, p. 742). La autora agrega que como el derecho real nace en el momento del fallecimiento del causante, en la hipótesis de conformidad del habitador, el derecho real se extingue cuando el viudo o viuda presta su conformidad con la enajenación del inmueble que fue sede del hogar conyugal.

23. Para profundizar sobre las características de estos derechos y las ventajas de recurrir al uso o la habitación según las circunstancias del caso y el interés de las partes, ver a Urbaneja (2017).

- b) **Carácter personal:** la imposibilidad de transmisión o cesión también contribuye a evitar conflictos con terceros y asegura la finalidad asistencial.
- c) **Menor conflictividad jurídica:** la limitación funcional reduce litigios sobre gastos, reparaciones y administración del bien, porque permiten separar dos planos: la protección habitacional y el aprovechamiento económico.
- d) **Protección habitacional y familiar:** garantiza el derecho a la vivienda, priorizando la seguridad y bienestar del titular y su familia (CSJN, 2004).
- e) **Ventajas sucesorias y planificación patrimonial:** la habitación permite proteger al cónyuge o conviviente supérstite sin afectar desproporcionadamente a los herederos, punto que, en la práctica sucesoria, resulta de enorme relevancia.
- f) **Función social de estos derechos:** el uso y la habitación se alinean en mayor medida con la función social de la propiedad reconocida en el derecho contemporáneo desde hace ya mucho tiempo. Este equilibrio entre el interés individual y la estabilidad patrimonial resulta coherente con la concepción moderna del derecho civil y, por ello, ha sido consagrada en diversos artículos en el actual CCCN.

9. Utilidad y práctica notarial

La menor complejidad normativa del uso y la habitación no implica precariedad, sino eficiencia, pues la experiencia demuestra que los institutos jurídicos más simples suelen ser los más estables. En otras palabras, podría decirse: “menos facultades, menos zonas grises, menos litigios”. Desde el punto de vista preventivo, indudablemente esta simplicidad opera como un verdadero factor de seguridad jurídica.

De este modo, en la práctica notarial, la constitución del derecho de habitación presenta ventajas claras: cláusulas breves, menor necesidad de inventarios, inexistencia de rendiciones de cuentas, inexistencia de liquidaciones de frutos, menos incidencias registrales, todo lo cual, obviamente, reduce riesgos y costos. Sin duda, ello implica que para el escribano o escribana constituye una figura altamente eficiente, si lo que se persigue es una finalidad asistencial.

No puede ignorarse que, desde la lógica del notariado latino, cuya misión radica en prevenir litigios antes de que nazcan, el uso y la habitación aparecen como herramientas óptimas. El escribano o escribana no sólo

documenta voluntades: diseña soluciones jurídicas duraderas y, por ello, optar por figuras de menor conflictividad no es una decisión menor, sino una verdadera política profesional de prevención de litigios. Bajo esta óptica, podemos afirmar que el uso y la habitación constituyen instrumentos de ingeniería jurídica de bajo riesgo, especialmente para asegurar estabilidad patrimonial en contextos familiares y sucesorios.

La intervención notarial no se limita entonces a instrumentar jurídicamente la voluntad de las partes, sino que comporta una función técnica de asesoramiento: el notario no es un mero redactor de cláusulas en una escritura, sino un profesional del derecho llamado a seleccionar el instituto más idóneo para la finalidad perseguida que puede ser económica, asistencial o, eventualmente, ambas.

La elección entre usufructo, uso o habitación constituye una verdadera decisión de ingeniería jurídica. Cada figura distribuye riesgos, cargas y beneficios de manera distinta, de modo que su utilización inadecuada puede generar efectos patrimoniales no queridos o futuros litigios, como frecuentemente se constata entre quienes ejercen la función judicial. La praxis demuestra que, en numerosos supuestos, la constitución automática de usufructos –práctica arraigada por inercia histórica– debería ser sustituida por soluciones más ajustadas al caso concreto, como el uso o la habitación.

En esta lógica, encontramos como alternativas posibles la protección habitacional del cónyuge o conviviente supérstite más allá de su consagración legal, ya que permite garantizar la permanencia en la vivienda y excluye, en principio, la explotación al menos de la parte destinada a vivienda si el inmueble posee un destino mixto. Asimismo, preserva el valor del bien para los herederos y reduce la conflictividad familiar, sin introducir cargas excesivas sobre la nuda propiedad, lo cual convierte a este derecho en el instrumento jurídicamente más conveniente en contextos sucesorios en los que se persigue la protección del hogar conyugal.

Otra aplicación frecuente se presenta en las donaciones de inmuebles a hijos o descendientes con reserva de derechos para el donante. La práctica tradicional suele utilizar la reserva de usufructo. Sin embargo, si el donante sólo pretende continuar habitando el inmueble, la atribución de facultades de explotación económica resulta innecesaria. Ello es así porque la constitución de habitación simplifica la estructura del derecho, evita discusiones sobre los frutos civiles, impide arrendamientos no deseados, elimina la necesidad de rendiciones de cuentas y reduce contingencias fiscales o contractuales.

Desde la técnica notarial, el empleo de la habitación en lugar del usufructo evita incorporar al negocio jurídico una complejidad que no responde a la voluntad real de las partes. Se respeta así el principio de

adecuación entre el medio jurídico empleado y el fin perseguido. Al ser ello así, en el ámbito de la planificación patrimonial, la elección del derecho real incide directamente en la eficiencia del esquema diseñado. El usufructo puede resultar útil cuando el beneficiario necesita rentas o ingresos derivados del bien. Pero cuando la finalidad es meramente asistencial –por ejemplo, asegurar el alojamiento a un familiar vulnerable–, su utilización resulta excesiva. La habitación, en cambio, no genera renta, no altera la estructura patrimonial del activo, no dificulta su futura disposición, y no incorpora terceros al tráfico económico. Esta neutralidad económica convierte al instituto de la habitación en una herramienta particularmente valiosa para mantener la cohesión del patrimonio familiar.

10. Redacción de cláusulas notariales: simplicidad y seguridad

Desde la técnica documental, el contraste entre usufructo, uso y habitación es evidente. Habitualmente, el usufructo exige inventarios, determinación de cargas, reglas sobre reparaciones y sobre la administración, sobre cesión o alquiler, rendición de frutos, todo lo cual no acontece con tanta rigurosidad en el caso del derecho de uso por ser más limitado. La habitación requiere una regulación mínima porque no se alude legalmente al régimen de percepción de frutos, no admite cesión y no requiere rendición de cuentas.

Como es posible corroborar, la menor complejidad del uso y de la habitación –y sobre todo de esta última–, reduce exponencialmente al riesgo interpretativo, lo cual reviste especial importancia en la labor notarial donde la claridad y la previsibilidad constituyen valores centrales. Puede decirse entonces que, desde la perspectiva de la técnica de redacción, el uso y la habitación constituyen figuras “más seguras”, en tanto presentan menos variables conflictivas.

11. Casos prácticos

De todo lo que hasta aquí llevamos dicho, podemos colegir que la superioridad funcional del uso y la habitación respecto del usufructo no debe entenderse en términos absolutos, sino contextuales. No se trata de que aquellas figuras sustituyan siempre al usufructo, sino de que, en numerosos supuestos de finalidad asistencial o habitacional, suponen herramientas más simples y seguras porque la experiencia demuestra que los conflictos no surgen tanto de la mala fe de las partes, sino de la utilización de institutos jurídicos

sobredimensionados. Cuanto mayor es la complejidad del derecho real constituido, mayores son las zonas grises interpretativas y, por ende, el riesgo litigioso.

Con ese enfoque, las ventajas del uso y la habitación se aprecian con particular claridad cuando se analizan casos concretos de práctica notarial. El principio de proporcionalidad exige que el derecho conferido no exceda las necesidades reales del beneficiario.

Sólo a modo de ejemplo, podemos referirnos en primer lugar al caso de la protección de la madre viuda. Un causante dona en vida la vivienda familiar a sus hijos, reservando el “usufructo vitalicio” para su cónyuge. En ese caso, la viuda puede arrendar la totalidad del inmueble, percibir rentas que generan tensiones con los hijos y posibles disputas sobre reparaciones y expensas. En definitiva, los nudos propietarios no podrán disponer eficazmente del bien para obtener su real valor mientras se mantenga vigente el usufructo. Si se hubiese constituido el derecho de habitación, la viuda sólo podría ocupar la vivienda, no se devengarían rentas –al menos por la parte ocupada por la beneficiaria si el inmueble admitiera un destino mixto–, no habría cuentas para rendir y se preservaría la armonía familiar.

Otro ejemplo, la donación del inmueble por los padres a su hijo o hijos, reservándose el usufructo. En este caso, podrían suscitarse con posterioridad discusiones sobre quién es el sujeto que debe abonar las mejoras, conflictos por alquileres temporarios, necesidad de liquidar frutos. Esto, inevitablemente, redundará en permanentes consultas legales. Si, en cambio, se hubiera recurrido al derecho de habitación, por regla general no existirían reclamos en materia de rendición de cuentas por la percepción de frutos, ni alquileres. Como hemos observado, esto permite que, en principio, la relación familiar se mantenga en un clima no conflictivo.

A similar conclusión podemos arribar en el caso de que se constituya usufructo sobre un campo agrícola que derivará, muy probablemente, en arrendamientos sucesivos, sobreexplotación del suelo, deterioro ambiental, y disminución del valor del campo en el mercado inmobiliario. Si, por el contrario, se recurriera al derecho de uso, la explotación sería limitada, se conservaría en mejor estado el bien y habría menor exposición a eventuales responsabilidades de índole contractual frente a terceros.

En cuanto al ámbito sucesorio, los usufructos vitalicios suelen derivar en la percepción de que un heredero o beneficiario que “aprovecha económicamente” el patrimonio común, provocando resentimientos y litigios muy habituales en los tribunales. La habitación, al no vincularse con la percepción de frutos ni renta, elimina, por regla general, esa fuente de fricción entre los interesados, porque se trata de una institución asistencial.

También dentro del ámbito sucesorio, puede suceder que un padre constituya usufructo a favor de un hijo y la nuda propiedad a los restantes. El usufructuario alquila el inmueble y obtiene ingresos significativos. Se inicia el juicio de rendición de cuentas y los habituales cuestionamientos sobre la administración. En cambio, si se hubiera recurrido a la figura de la habitación, no existirían rentas, ni sospecha de aprovechamiento, ni conflictos judiciales.

Obviamente, todo lo que señalamos en cada uno de los ejemplos que sólo hemos citado para ilustrar al lector, no puede sostenerse con absoluta certeza porque siempre cabe la posibilidad de que, aun habiéndose recurrido a la figura más apropiada para el caso concreto, se termine judicializando lo que acontezca durante la vigencia de la figura adoptada en función del fin perseguido.

Lo que no puede negarse es que, desde la técnica notarial y registral, los derechos más simples generan menor cantidad de incidencias porque se insertan en los respectivos documentos menos cláusulas que, razonablemente, genera menos inscripciones accesorias y certificaciones y, por consiguiente, una menor probabilidad de observaciones. La claridad del asiento registral favorece de ese modo la seguridad del tráfico.

En ese sentido, debe repararse en que, si se comparan las escrituras, veremos que en el caso del usufructo deberán hacerse constar, ineludiblemente, el inventario y el avalúo, la garantía, las reglas de administración, las previsiones en relación con el alquiler del bien, la distribución de gastos, entre tantas otras. Por ende, nos encontraremos con cláusulas muy extensas. Todo esto no sucede con el uso y, menos aún, con el derecho de habitación, con reducción de costos, tiempo y riesgos técnicos.

12. Las cláusulas notariales

La eficacia de los derechos reales que analizamos en este trabajo no depende exclusivamente de su configuración legal, sino también de la precisión con que se instrumenten en el título constitutivo del derecho en cuestión. En efecto, una deficiente redacción notarial puede desnaturalizar el instituto elegido o introducir ambigüedades que luego deriven en litigios interpretativos. De allí que la tarea del escribano no consista sólo en "nominar" un derecho (usufructo, uso o habitación), sino en delimitar con exactitud su contenido y alcance.

La experiencia profesional demuestra que muchas controversias no se originan en la ley, sino en cláusulas imprecisas tales como "podrá usar el

inmueble libremente”, “gozará del bien como dueño”, “tendrá pleno disfrute”, entre otras que hemos visto en nuestra labor profesional. Estas fórmulas, carentes de rigor técnico, amplían indebidamente facultades y generan confusión conceptual. Por ello, resulta conveniente recurrir a modelos estandarizados que respeten la estructura típica de cada derecho real y expliciten sus límites.

Gracias a la consulta efectuada a quienes se dedican a la práctica notarial, cuando se trata de una cláusula de usufructo con alcance amplio, el texto podría ser el siguiente:

El/la transmitente se reserva para sí el derecho real de usufructo vitalicio sobre el inmueble objeto del presente, con facultad de usar y gozar de la cosa conforme a su destino, percibir sus frutos naturales, civiles e industriales, y celebrar contratos de locación u otros actos de administración, obligándose a conservar su sustancia y a realizar las reparaciones ordinarias, todo ello en los términos previstos por los arts. 2129 y siguientes, del Código Civil y Comercial.

Esta cláusula reproduce el contenido típico del usufructo porque alude a la percepción de frutos, a la posibilidad de dar en locación el bien, a la administración económica y a los deberes de conservación, pero obviamente no puede garantizarse en modo alguno la inexistencia de conflictos, por ejemplo, al rendir cuentas sobre la percepción de los frutos.

En cuanto al uso, sugerimos esta cláusula:

Constitución del derecho real de uso. El/la propietario/a constituye a favor de (identificación del usuario) el derecho real de uso sobre el inmueble descripto, limitado a la utilización personal del bien y a la percepción de los frutos necesarios para la satisfacción de sus necesidades (y las de su grupo familiar conviviente si lo hubiera), quedando expresamente prohibida su cesión, locación o explotación comercial.

Como puede verse, el uso constituye un derecho caracterizado como intermedio entre el usufructo y la habitación. Evita la explotación económica desmedida, pero permite cierto aprovechamiento productivo (por ejemplo, una huerta y algunos frutos), en inmuebles rurales, quintas o pequeños emprendimientos familiares.

Por último, cuando se trata de constituir el derecho de habitación, una cláusula de estilo podría quedar redactada en estos términos:

El/la propietario/a constituye a favor (individualización del habitador o habitadora) el derecho real de habitación vitalicio sobre el inmueble indicado, facultándolo/a exclusivamente a ocuparlo como vivienda propia y de su familia conviviente, con carácter intransferible, inembargable y sin facultad de arrendar, ceder ni percibir rentas de ningún tipo.

A nuestro parecer, esta es la fórmula más segura para fines asistenciales y tiene la ventaja, desde el punto de vista notarial, de tratarse de una cláusula breve, sin mención a inventarios ni rendiciones de cuentas. Sin duda, esto provocará menor conflictividad y escasa cantidad de incidencias registrales.

Otra cláusula que sugerimos incorporar es la que se refiere a los gastos y conservación del bien:

El beneficiario del derecho asumirá los gastos ordinarios de mantenimiento y servicios del inmueble, quedando a cargo del nudo propietario las reparaciones extraordinarias que afecten la estructura o sustancia del bien.

Aunque la ley ya lo prevé (ver art. 2161) su inclusión tiende a evitar en la mayor medida posible interpretaciones diversas, consultas y conflictos. Por lo demás, desde la técnica notarial preventiva, siempre es aconsejable explicitar la distribución de cargas.

En cuanto a la extinción del derecho de usufructo, del uso o de la habitación, debería incorporarse la siguiente cláusula, aunque pueda parecer superabundante:

El derecho constituido se extinguirá de pleno derecho por fallecimiento del beneficiario, renuncia expresa, no uso o pérdida total del inmueble, sin necesidad de declaración judicial, bastando la acreditación del hecho extintivo para su cancelación registral.

Consideramos que esta última cláusula aporta seguridad registral porque facilita la cancelación, evita trámites judiciales, agiliza la circulación del bien, y resulta especialmente útil cuando se prevé su transmisión futura.

Finalmente, insistimos en que, en la práctica notarial, la menor extensión de la escritura de constitución del derecho de habitación implica menos errores, menor costo, mayor claridad y, por ende, menos litigio. En ese sentido, la calidad preventiva de la función notarial no depende sólo del dominio técnico de las normas, sino de la prudencia en la selección del instrumento jurídico que tienda a satisfacer el interés del o de los requirentes. El escribano no sólo documenta, sino que diseña soluciones y, por ello, el empleo de cláusulas claras y derechos reales de menor complejidad que el usufructo –como lo son el uso y la habitación–, constituye una auténtica estrategia de seguridad jurídica.

13. Palabras finales

Después de desarrollar cada instituto en particular, el análisis de la experiencia práctica que hemos llevado a cabo en este trabajo nos permite, sin duda, afirmar que, en contextos asistenciales o familiares, el uso y la

habitación ofrecen ventajas claras. Por ello, su empleo no debe considerarse como una alternativa residual al usufructo, sino, en numerosos supuestos, como la opción técnicamente preferible en la práctica notarial.

La técnica escrituraria se revela, así, como una herramienta decisiva para evitar litigios futuros y preservar la armonía familiar, objetivos que se encuentran en la base misma de la función institucional del notariado.

14. Bibliografía

- ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina. (2016a). *Derechos reales* (t. 2). Zavallá. ----- (2016b). *Derechos reales* (t. 3). Zavallá.
- ALTERINI, Jorge H. (1987). Usufructo. *Revista del Notariado*, (809). 479-508.
- ÁLVAREZ, Onofre. (1995). Derecho de habitación del cónyuge supérstite. *El Derecho*, (t. 162). 254-255.
- ANDORNO, Luis O. (1975). El derecho de habitación del cónyuge supérstite. *Jurisprudencia Argentina*, (t. 29 serie contemporánea). 625-632.
- AREÁN, Beatriz A. (2017a). [Comentario al artículo 2332]. En A. J. Bueres (dir.) y J. O. Azpiri (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (t. 5, pp. 180-184). Hammurabi.
- (2017b). [Comentario al artículo 2383]. En A. J. Bueres (dir.) y J. O. Azpiri (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (t. 5, pp. 335-350). Hammurabi.
- BARBERO, Omar V. (1977). *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*. Astrea.
- BORDA, Guillermo A. (1975). El derecho de habitación del cónyuge supérstite. *El Derecho*, (t. 57). 755-757.
- CAFFERATA, José I. (1977). El derecho real de habitación del cónyuge supérstite. *La Ley*, (t. 1977-B). 721-736.
- COSSARI, Nelson G. A. (2015a). [Comentario al artículo 1964]. En J. H. Alterini (dir. gral.) e I. E. Alterini (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (t. 9, pp. 405-451). La Ley-Thomson Reuters.
- (2015b). [Comentario al artículo 2142]. En J. H. Alterini (dir. gral.) e I. E. Alterini (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (t. 10, pp. 263-272). La Ley-Thomson Reuters.
- FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel M. y LÓPEZ FUSTER, Gustavo O. (1987). La prolongación de la indivisión hereditaria y el derecho de habitación del cónyuge supérstite. *La Ley*, (t. 1987-E). 427-431.
- IRIARTE, A. (2015). Dominio imperfecto. En C. A. Calvo Costa (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación concordado, comentado y comparado con los Códigos Civil de Vélez Sársfield y de Comercio* (t. 3, pp. 137-142). La Ley-Thomson Reuters.
- ITURBIDE, Gabriela. (2014a). [Comentario al artículo 1946]. En A. J. Bueres (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado* (t. 2, pp. 287-289). Hammurabi.
- (2014b). [Comentario a los artículos 1964 a 1969]. En J. M. Curá (dir.) y J. C. García Villalonga (coord. gral.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado orientado a contadores* (t. 5, pp. 289-301). La Ley-Thomson Reuters.
- IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil. (1989). *Conclusiones de la Comisión Nº 3: nueva formulación del derecho sucesorio* [despacho de jornada]. <https://escribanos.org.ar/notarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-58-1989-15-Jornadas.pdf>.

- KIPER, Claudio M. (2013). El proyecto de código y el derecho real de usufructo. *La Ley*, (t. 2013-B). 1101-1112.
- (2015). [Comentario al artículo 1964]. R. L. Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (t. 9, pp. 271-272). Rubinzal Culzoni.
- (2016a). *Tratado de derechos reales* (t. 1). Rubinzal Culzoni.
- (2016b). *Tratado de derechos reales* (t. 2). Rubinzal Culzoni.
- (2018). *Manual de derechos reales*. Rubinzal Culzoni.
- MARIANI DE VIDAL, Marina. (1976). Ley 20798. Derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente. *La Ley*, (t. 1976-C). 498-505.
- (2006). [Comentario al artículo 3573 bis]. En A. J. Bueres (dir.) y E. I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* (t. 6A, pp. 730-739). Hammurabi.
- MEDINA, Graciela. (2006). [Comentario al artículo 3573 bis]. En A. J. Bueres (dir.) y E. I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* (t. 6A, pp. 725-730). Hammurabi.
- MÉNDEZ COSTA, María J. (2000). La vocación hereditaria conyugal en el proyecto de 1998. *La Ley*, (t. 2000-C). 1066-1075.
- MOLINA QUIROGA, Eduardo. (2015). *Manual de derechos reales*. La Ley.
- MOLINARIO, Alberto D. (1975). Estudio del artículo 3573 bis del Código Civil. *La Ley*, (t. 1975-B). 1040-1060.
- PEPE, Marcelo A. (2013). Transferencia de usufructo. *La Ley*, (t. 2013-E). 785-799.
- PETTIS, Christian. (2008, 10 de abril). El embargo y el derecho real de usufructo. MJ-DOC-3411-AR//MJD 3411.
- PRESIDENCIA DE LA NACIÓN. (2012). *Proyecto de código civil y comercial de la nación. Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación-Infojus.
- Primeras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal. (1984). *Conclusiones*. Colegio de Abogados de Junín. Revista Zeus, n°1985 37.
- SABENE, Sebastián E. (2020). Publicidad registral de los derechos reales de usufructo, uso, habitación y servidumbre. En S. E. Sabene (dir.) y L. M. Panizza (coord.), *Derecho registral. Una perspectiva multidisciplinaria* (t. 2, pp. 49-102). La Ley-Thomson Reuters.
- URBANEJA, Marcelo E. (2017). Usufructo, uso y habitación: trascendental cambio de función económica. *El Derecho*, (t. 275). 781-787.
- (2020). El nuevo rol del usufructo inmobiliario, el uso y la habitación. En G. A. Zavala (dir.), *La función notarial. Enfoque constitucional, civil, documental, nuevas tecnologías y contratos inteligentes* (pp. 645-687). La Ley-Thomson Reuters.
- UGARTE, Luis A. (2016). [Comentario al artículo 527]. En O. Ameal (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (t. 2, pp. 465-468). Estudio.
- V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático. (1992). *Conclusiones de la Comisión N° 2: protección constitucional de la vivienda* [despacho de jornada]. Colegio de Abogados de Junín, Junín, Argentina. [https://www.informacionlegal.com.ar/, 0003/011700](https://www.informacionlegal.com.ar/,0003/011700).
- VÁZQUEZ, Gabriela A. (2020a). *Derechos reales*. La Ley-Thomson Reuters.
- (2020b). Usufructo: estructura y dinámica en el Código Civil y Comercial. *Revista Código Civil y Comercial*. Diciembre (11).
- ZANNONI, Eduardo A. (1982). *Derecho civil. Derecho de las sucesiones* (t. 1). Astrea.

Jurisprudencia:

CNCiv. en pleno. (15/08/1979). "Falland, Federico F. s/ suc.". *El Derecho* (t. 84, p. 504).

CNCiv. Sala B. (18/03/1986). "Soriano de García, María Delia F. c/ García Soriano, Raquel M. s/ incidente".

CNCiv. Sala G. (23/09/1994). "D., T. c/ J., C. s/ incidente civil". *El Derecho* (t. 162, p. 687).

CNCiv. Sala L. (06/10/1994). "G, J. C. D. c/ M., de G. A. C. R. y otros s/ división de condominio". *El Derecho* (t. 162, p. 253).

CSJN. (16/11/2004). "Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" [H. 172. XXXV]. *Fallos*, (327:5118).

Tokenización notarial*

Daniela M. Celentano**

Joaquín Romero Pierri***

RESUMEN

El presente artículo aborda el impacto de los smart contracts y la tokenización en el ámbito jurídico-notarial, destacando las oportunidades y los desafíos que presentan. Se analizan las bases jurídicas para una tokenización con intervención notarial en cada una de sus etapas y se focaliza en el rol del escribano como garante de la seguridad jurídica en entornos digitales. Por último, se proponen lineamientos para la implementación de las figuras de los oráculos y los validadores físicos en la praxis notarial.

PALABRAS CLAVE

Tokenización; smart contracts; oráculos notariales; validadores físicos; derecho informático; derecho inmobiliario.

Recibido: 22/01/2026

Aceptado: 26/02/2026

Sumario: 1. Introducción. 2. Análisis. 3. Desarrollo. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

* Artículo basado en la ponencia presentada en la XXXV Jornada Notarial Argentina (Pilar, octubre de 2025) y galardonada con el Segundo Premio.

** Escribana (CABA, mat. 5733) y abogada con orientación notarial y registral (UBA). Especialización en derecho informático en curso (UBA). Diplomada en smart contracts y economía digital (UBA y U. de Salamanca). Codirectora de la Revista Jurídica-Notarial (IJ Editores). Vicepresidenta Com. Innovación y Tecnologías del CECBA.

*** Escribano público titular (CABA). Abogado (UBA). Diplomado en tecnología blockchain aplicada a los negocios jurídicos (U. Católica de Córdoba). Miembro fundador de la Comisión de Innovación del CECBA.



1. Introducción

En los últimos años, el desarrollo tecnológico ha alcanzado escenarios que antes sólo podíamos ver en la pantalla grande. Esta vertiginosidad con la que se producen las innovaciones tecnológicas ha impactado en la vida cotidiana de las personas y también en la dinámica de las relaciones jurídicas. Por esta razón, creemos que los operadores del derecho debemos participar de modo activo.

Tradicionalmente, el derecho ha tendido a incorporar las transformaciones sociales y tecnológicas de manera tardía. De ahí la conocida frase “el derecho siempre llega tarde”. Sin embargo, en el contexto actual, se vuelve imprescindible prestar especial atención a estos avances y comprender su funcionamiento para poder promover un uso responsable de las tecnologías, teniendo como objetivo la protección de los derechos fundamentales de las personas en su interacción con estas.

Como operadores del derecho, el desafío consiste en analizar críticamente la implementación de estas tecnologías, procurando que el desarrollo tecnológico vaya de la mano de una adecuada tutela de los derechos individuales y colectivos. Este proceso de transformación digital obliga a los distintos actores sociales, y especialmente a las disciplinas jurídicas, a repensar sus marcos de actuación y adaptarse a nuevas realidades donde la descentralización, la autonomía del usuario y la digitalización de procesos pasan a considerarse ejes fundamentales.

La tecnología ha traído consigo nuevas modalidades de ejecución de los contratos tradicionales, como los *smart legal contracts*,¹ donde las consecuencias se automatizan. En consecuencia, presentan desafíos que aquí analizaremos.

A través del presente artículo, nos proponemos entonces examinar algunas formas de incorporar el uso de las tecnologías emergentes en el ámbito jurídico, asegurando un uso responsable de las mismas. Se analizarán en particular las posibles intervenciones notariales en *smart contracts* que pueden contribuir a incrementar la certeza, transparencia y seguridad de estos. Para facilitar y orientar este análisis, planteamos las siguientes preguntas introductorias: ¿cuáles son los beneficios de estas tecnologías para la sociedad? ¿Cuáles son las posibles debilidades, si las hubiere? Y, finalmente, ¿cuál es el papel de los notarios?

1. El término *smart contract* se diferencia de *smart legal contract*. Este último, utilizado en España, se refiere a aquellos programas que, por su lógica, pueden asimilarse a los contratos tradicionales con el aditamento de una ejecución automatizada. En cambio, el primer término nada tiene que ver con la lógica contractual como la conocemos desde el ámbito jurídico.

2. Análisis y desarrollo

2.1. Marco teórico y conceptual

Para abordar el objeto de estudio del presente artículo, es pertinente señalar que la web, tal como la conocemos hoy, difiere considerablemente de cómo fue en sus orígenes ya que ha atravesado distintos periodos evolutivos, identificados como Web 1 y Web 2.

Posteriormente, surgió lo que se conoce como web 3:

Esta se da con la implementación de tecnologías como la inteligencia artificial (IA) y las DLT's o tecnologías de registro distribuido, como lo es *blockchain*. Aquí el énfasis se pone en el usuario y su autonomía con la expectativa, quizás, de que sea una Internet más autónoma, inteligente y abierta. El usuario pasa a tener un rol de lectura, escritura y confianza o propiedad (*read-write-trust*). Se busca dejar de lado en gran medida la centralización; se comienza a hablar de infraestructuras descentralizadas donde los datos se distribuyen a través de estas redes descentralizadas y el almacenamiento de ellos no depende de un proveedor de servicios centralizado, sino que son los usuarios quienes gestionan sus propios datos. Es así como empiezan a aparecer algunas figuras, como las criptomonedas, los NFT (tokens no fungibles), las finanzas descentralizadas (DEFI), la identidad autosoberana y los *smart contracts*. (Celentano, 2023, sección II.a.)

Aquí, en la Web 3, es donde se va a situar el objeto de estudio del presente artículo.

Por otra parte, a raíz del nacimiento de estas tecnologías, los profesionales del derecho hemos incursionado en áreas que, inicialmente, muchos consideraban que nos eran ajenas, dado que son propias del sector informático. Sin embargo, la aparición de nuevas problemáticas jurídicas, vinculadas a estas, ha puesto de manifiesto la relevancia de su estudio. En este contexto, corresponde al derecho, y en particular al notariado como garante de la seguridad jurídica, ofrecer soluciones adecuadas.

Debido a todo ello, dentro de la Web 3, nos vamos a detener en lo que se conoce como *smart contracts* (contratos inteligentes) y, puntualmente en la tokenización de activos.

2.2. *Smart contracts* (contratos inteligentes)

Al inicio, nos preguntamos qué son los *smart contracts*. Tal como se ha sostenido,

los *smart contracts* (en adelante SC) se caracterizan fundamentalmente por el hecho de que se auto-ejecutan. Es decir, utilizan la lógica booleana (*if/then/else*) conforme la cual “sí” sucede tal condición, “entonces” deriva en tal consecuencia y “si no” sucede dicha condición, deriva en otra consecuencia, [y] ambas se suceden de forma automatizada. (Celentano, 2023, sección II.a.)²

Cabe señalar que la tecnología *blockchain* constituye la base de los *smart contracts*, motivo por el cual estos últimos incorporan las características esenciales de la tecnología subyacente sobre la que operan.

Entre las ventajas que proporciona esta tecnología se han mencionado las siguientes:

La mayor seguridad y predictibilidad que se da en los resultados que se hayan previsto. Por consiguiente, las partes contratantes tienen mayor garantía [de que] sus intereses se vean satisfechos a futuro, tal como acordaron. Se reducen, además, los costos en la contratación en masa y se obtiene mayor rapidez en la gestión y ejecución de los acuerdos. Por otra parte, la descentralización –característica de la tecnología *blockchain*– hace a la transparencia y la confianza entre las partes ya que permite conocer en todo momento las transacciones que se realizan en la red, sin que haya posibilidad de alteración o manipulación de estas –en principio–. Otra ventaja de todo esto es que se reducirían las controversias generadas por la ejecución del contrato, ya que la misma se automatiza. (Celentano, 2023, sección II.a.)

Por otro lado, en el ámbito contractual, gran parte de la normativa vigente está orientada a prevenir y mitigar las consecuencias derivadas del incumplimiento. Sin embargo, cabe preguntarse qué ocurriría si se pudiera evitar por completo dicha situación; es decir, si gracias a la automatización que ofrecen los *smart contracts* resultara imposible el incumplimiento de lo acordado por las partes, dado que se automatizaría la consecuencia.

2. El álgebra de Boole, también llamada álgebra booleana, es una estructura algebraica que esquematiza las operaciones lógicas. Se denomina así en honor a George Boole (1815-1864), matemático inglés autodidacta quien fue el primero en definirla como parte de un sistema lógico. ¿En qué consiste la lógica booleana? Las personas toman decisiones todo el tiempo; las computadoras también y, para ello, utilizan expresiones booleanas (verdadero/falso) dentro de condicionales (*if/else*). De esta forma, los programas computacionales pueden responder de manera diferente según las diferentes entradas. *If/then/else*: con instrucciones “*if/then*” los programas ejecutan un conjunto de instrucciones sólo si la condición es verdadera. En cambio, si queremos que los programas ejecuten otro conjunto de instrucciones cuando la condición es falsa, debemos usar una cláusula “*else*”. Gráficamente sería: *IF* (condición booleana) *THEN* (valor verdadero), *ELSE* (valor falso). En un ejemplo práctico: si quisiéramos armar un programa que nos ayude a elegir qué ropa utilizar cada día según el pronóstico, podría ser: “si” (*if*) la temperatura es mayor o igual a 24°C, *then* (condición verdadera) el programa debería advertirnos de usar solo una remera; en cambio “si” la temperatura no es mayor o igual a 24°C, *else* (acá la condición es falsa) deberíamos llevar un abrigo. El resultado dependerá de si la condición se cumple o no.

En un primer análisis, y si bien se podría considerar que los *smart contracts* constituyen una respuesta eficaz a problemáticas aún no resueltas por el derecho –como la mencionada en el párrafo anterior–, resulta relevante preguntarse si contribuyen realmente a la disminución de conflictos, si garantizan el respeto por la voluntad de las partes y si aseguran, en esencia, la protección de sus derechos.

Se ha sostenido que se considera que uno de sus mayores riesgos puede ser la inseguridad jurídica. En este sentido, se identifican dos ámbitos en los que es imprescindible generar seguridad jurídica: los *smart contracts* y los activos digitales (Toral, 2023). Así, comenzaremos por analizar los *smart contracts* en términos generales y, en un segundo momento, nos adentraremos en el mundo de la tokenización de activos, considerando en cada punto las posibles intervenciones y aportes notariales.

2.2.1. Un mecanismo de ejecución

Desde nuestra perspectiva, los *smart contracts* no constituyen contratos en sentido estricto, sino que representan una estructura programática que puede servir como mecanismo de ejecución contractual.³ Sostenemos esta postura considerando que la forma del contrato es variable: puede consistir en un acuerdo verbal o documentarse por escrito, ya sea mediante un instrumento privado o público. En cualquiera de estos supuestos, el *smart contract* opera como una modalidad de ejecución del acuerdo celebrado entre las partes. En este mismo sentido, en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2024) por unanimidad se votó lo siguiente:

Los denominados “contratos inteligentes” no constituyen en sí contratos en sentido técnico-jurídico. Los mismos son una herramienta a través de la cual pueden ejecutarse contratos.

Analicemos ahora algunas casuísticas en torno a ello:

- 1) Si el ordenamiento jurídico no exige una forma solemne alguna, ¿podrá el *smart contract* ser el “contrato”? Consideramos que no, ya que el contrato será el acuerdo verbal que realizaron las partes previamente.
- 2) ¿Y si el ordenamiento jurídico exige forma escrita? El *smart contract* cumple perfectamente con tal requisito, ya que no estará redactado en

3. Aclaremos que aquí debe entenderse el término “ejecución” en la acepción informática del mismo que refiere a “poner en funcionamiento un programa”; o bien, en la acepción que refiere a “poner por obra algo. Sinónimos: hacer, realizar, efectuar” (RAE). Y no en la acepción del término “ejecutar” que comúnmente deriva del Derecho.

lenguaje natural, pero “escrito”. Aun así, consideramos que la voluntad de las partes debe plasmarse, como mínimo, en un acuerdo escrito en lenguaje natural para que dichas partes comprendan aquello a lo que se comprometen. Bajo esta óptica, el *smart contract* es una forma de ejecución de ese acuerdo previo.

- 3) Y si el ordenamiento jurídico exige forma escrita y, a su vez, ambas partes comprenden lenguaje de programación, ¿el *smart contract* podría ser el “contrato”? En tal caso, consideramos también que se debe receptar la voluntad de las partes en un acuerdo escrito en lenguaje natural, ya que así habría un instrumento base al cual acudir ante eventualidades no previstas en el *smart contract* –errores programáticos no previstos–, o ante la existencia de términos jurídicos de difícil codificación como “buena fe” y, además, frente a posibles conflictos futuros que requieran la lectura del *smart contract* por operadores del derecho que no manejen lenguaje de programación (jueces, letrados etc.).
- 4) Finalmente, en todos los demás casos donde el ordenamiento jurídico exija una forma solemne, deberá cumplirse con esta, siendo el *smart contract*, nuevamente, una forma de ejecución. Asimismo, numerosos contratos tradicionales pueden ser ejecutados mediante un *smart contract*. Para prevenir posibles controversias, resulta fundamental contar con el asesoramiento legal adecuado durante la redacción del contrato base, independientemente de su mecanismo de ejecución.

Retomando los interrogantes planteados *ut supra*, consideramos que podrían persistir las controversias ya que algunas de estas no se resuelven por la autoejecución del *smart contract*. Como veremos a continuación, podrían darse nuevas modalidades de conflicto.

2.2.2. Posibles inconvenientes traducidos en falencias

Se ha sostenido que la inmutabilidad propia de los *smart contracts* –que, en principio, es considerada una fortaleza– puede ser un inconveniente cuando existan alteraciones que sobrevienen de las circunstancias fácticas que se presenten *off-chain* (fuera de la cadena de bloques); o bien, cuando las partes no hayan previsto determinadas consecuencias o, incluso, pueden surgir conflictos a raíz de posibles errores en la codificación de lo pactado por las partes debido a que no es posible reequilibrar el contrato con posterioridad a su incorporación en la cadena (Celentano, 2023).

Por otra parte, si bien no se requeriría –en principio– la intervención judicial para la ejecución de estos contratos –dado que su cumplimiento sería automático–, subsiste la posibilidad de que existan controversias en situaciones donde se ejecuten contratos nulos. Tales nulidades podrían derivar de vicios en el consentimiento de las partes, defectos en los actos jurídicos, nulidades contractuales –por ejemplo, contratación entre cónyuges bajo régimen de comunidad–, objetos ilícitos o prohibidos. Asimismo, podrían presentarse casos de incapacidad de las partes contratantes, acuerdos contrarios al orden público, sustitución de personas, falta de asentimiento conyugal que implique una nulidad relativa, u otros supuestos que generen conflictos posteriores. Otro punto de conflicto podría originarse si se modifican las circunstancias que dieron lugar a la celebración del contrato, tornándose imprevisibles para las partes, por lo que no podrían haberse incorporado en el código del *smart contract*. A esto se añade la normativa vigente con relación a la protección al consumidor en cuanto a las cláusulas predispuestas anulables o el derecho de desistimiento. A su vez, existen elementos jurídicos subjetivos de difícil codificación, como se ha mencionado *ut supra*, es decir, cómo se codifica el concepto de “buena fe”, “lo justo”, etc.

2.3. Tokenización

Tal como se ha señalado, el segundo ámbito en el que se requiere fortalecer la seguridad jurídica está vinculado con la tokenización de activos, entendida como la representación digital de derechos o bienes, sean físicos o digitales, para su incorporación en una tecnología de registro distribuido (TDR) –*distributed ledger technology* (DLT)–.

La tokenización puede tener fines diversos y, en consecuencia, se han elaborado doctrinariamente diferentes clasificaciones. Una de ellas, por su funcionalidad, distingue los tokens criptográficos en: a) criptomonedas, tokens de pago o *currency tokens* –bitcoin es una de ellas, aunque también hay criptomonedas estables (*stablecoins*)–; b) *utility tokens*: permiten el acceso a un bien o servicio prestado por el emisor del token; c) *security tokens*: proporcionan derechos similares a los derivados de activos financieros; d) *asset-backed tokens*: representan los derechos sobre un bien o partes de este, y pueden ser fungibles o no fungibles; e) tokens híbridos: poseen características de los diferentes tokens mencionados. (Bertoni y Heredia Querro, 2022).

Por otro lado, debido a su fungibilidad, los tokens podrán ser fungibles o no fungibles (NFT). Esta clasificación cobra relevancia, principalmente, dependiendo del tipo de token que se decida emitir, ya que variará la

normativa aplicable e, incluso, podrá ser aplicable la normativa de la Comisión Nacional de Valores.⁴

Seguidamente, haremos hincapié en la necesidad de aportar certeza en la representación digital que se haga respecto del activo subyacente que se va a tokenizar y de los derechos que emanen del token emitido, así como en la intervención notarial en cada una de las etapas del proceso de tokenización. Para ello, tomaremos inicialmente una figura que deriva del derecho comparado, denominada “validador físico”.

2.4. Definición y función de los validadores físicos

En el derecho comparado, esta figura está contemplada en la Ley de Tokens y Proveedores de Servicios TT⁵ de Liechtenstein (*Token-und VT-Dienstleister-Gesetz*; en adelante TVTG)⁶. La ley fue aprobada por el Parlamento de Liechtenstein el 3 de octubre de 2019 y tiene como objetivo mejorar la protección de los inversores, combatir el blanqueo de capitales y establecer claridad normativa. En dicha regulación se define al “validador físico” como “una persona que asegura la ejecución contractual de los derechos a las cosas representadas en tokens en el sentido de la ley de propiedad en los sistemas de TT” (art. 2 p)). Y considera los “Sistemas TT” como “sistemas de transacciones que permiten la transmisión y almacenamiento seguro de tokens y la prestación de servicios basados en ello, utilizando tecnologías confiables” (art. 2 b)).

El validador físico, en definitiva, es aquel que verifica que las características del activo físico, y los derechos que de él emanen, coincidan con las descriptas en el *smart contract*, asegurando que los derechos que surjan del acuerdo de las partes tengan relación con el activo subyacente representado. Es decir, la figura del validador físico permite que los derechos que emanen del token emitido sean exigibles conforme la normativa vigente del lugar y la información contenida en la propia emisión del token. De esta manera, se garantiza el vínculo entre el activo físico y el token representativo. Es así como los validadores físicos serán responsables por la disparidad que hubiere entre ambos cuando, producto de ello, los derechos sobre los bienes no puedan

4. Por ejemplo, esto es lo que sucede en el caso de los *security tokens*, dado que, al representar valores negociables, les será aplicable la Ley de Mercado de Capitales 26831 y las resoluciones emitidas por la Comisión Nacional de Valores en lo pertinente.

5. *Trustworthy technology* (tecnología confiable).

6. Publicada el 2 de diciembre de 2019. Número de serie (LR-Nr.) 950.6.

ser exigibles conforme al contrato. Esto último surge también de la TVTG (Celentano, 2023).

Los validadores físicos deben garantizar confianza e imparcialidad, ya que la exactitud de la información proporcionada es fundamental para salvaguardar los derechos de quienes establecen relaciones contractuales con el titular de activos tokenizados. Por ello, consideramos que el notariado tiene todos los elementos para poder suministrar esta información de forma fiable, imparcial y transparente, respecto de los activos físicos en cuestión, materializándose en la praxis notarial a través de una validación previa a la tokenización la cual proporcionará elementos como: características que hagan a la individualización del objeto, constancia de las valuaciones o valores que surjan de las tasaciones efectuadas, solicitud de certificados que fuesen necesarios conforme la naturaleza del objeto, verificación de la titularidad y la capacidad y legitimación del titular, estudio de los títulos antecedentes si corresponde, análisis de la situación registral (titularidad, medidas cautelar o restricciones al dominio, etc.), solicitud de certificados e informes de deudas del bien y, en definitiva, control del cumplimiento de la normativa aplicable en cada caso. Incluso su conservación podría efectuarse mediante un acta de depósito ante escribano si así se lo desea. Esto último adquiere relevancia cuando estamos frente a bienes muebles no registrables. Además, como los escribanos somos agentes de información y recaudación de determinados tributos, cumpliríamos con dicha obligación en los actos que pasen ante nosotros velando por el cumplimiento de las obligaciones fiscales de los contribuyentes, así como de los futuros tributos que puedan gravarlo. Asimismo, al ser los escribanos sujetos obligados ante la Unidad de Información Financiera (UIF), debemos cumplir con la normativa vigente para la prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo, informando a tal organismo en los casos que corresponda. De esta manera, dar cumplimiento con los parámetros internacionales de *anti-money laundering* (AML) que vienen recomendados por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Estos elementos no son menores ya que hacen al control tributario y a la prevención de lavado de activos también en el ecosistema *blockchain* (Celentano, 2023).

2.5. Aplicación de oráculos notariales

Tal como se ha sostenido,

los *smart contracts* corren en *blockchain*, por lo que se circunscriben en su totalidad en un ámbito *on-chain*. Es entonces que surge, a veces, la necesidad

de contar con información del ámbito *off-chain*, es decir, se necesita información externa a la cadena para ejecutar una instrucción concreta en la cadena de bloques o, viceversa, se necesitan datos que corren *on chain* para ejecutar órdenes fuera de la cadena. Con este propósito nace la figura de los oráculos. Los oráculos son terceros de confianza cuya labor se basa en verificar el acaecimiento de ciertos hechos o aportar ciertos datos externos a la cadena, que tienen lugar *off-chain*, y que serán necesarios para la ejecución del *smart contract*. Estos datos serán aportados a la cadena. [...]. El problema aquí radica en que los oráculos son entes ajenos a la cadena de bloques, por lo que podrían carecer de imparcialidad y no suministrar información del todo fiable; lo que supone un riesgo enorme para la ejecución del *smart contract* en cuestión y, consecuentemente, para las partes intervinientes. (Celentano, 2023, sección II.b.)

El notariado argentino ha venido desarrollando esta figura desde hace algunos años. Quedó plasmada en la 41ª Jornada Notarial Bonaerense (Tandil, 2019), y fue ratificada en la 44 Convención Notarial (Ciudad de Buenos Aires, 2022). Esta última concluyó que

Es necesario e importante que en un *smart contract* se cuente con terceros de confianza a los que se habilitará a tener acceso a la información (oráculo). El escribano se encuentra en inmejorables condiciones para prestar este servicio, en virtud de su capacitación jurídica, su imparcialidad y el deber de secreto profesional. Todas estas condiciones, naturales del notario, son requisitos propios de la condición del oráculo. (p. 4)

En este mismo sentido, en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2024) se concluyó, por mayoría, que “la intervención de profesionales del derecho, entre ellos el notariado como oráculo, es idónea en ciertos procesos de ‘tokenización’ de activos y proporciona seguridad”. Nuevamente, en la XXXV Jornada Notarial Argentina (Pilar, 2025), en el despacho del tema II se resolvió que:

Por sus cualidades propias, el notario es la figura más idónea para actuar como oráculo en la comprobación de hechos externos a la cadena, aportar información fidedigna y acorde al ordenamiento jurídico, generando seguridad, certeza y mayor confiabilidad. (p. 5)

Por su parte, Heredia Querro (2020) señala:

Evidentemente, el rol de los Oráculos es clave puesto que, si la información que entregan no es correcta o fidedigna, el *Smart Contract* no funcionará del modo que la intención común de las partes lo quiso. Los Oráculos deben ser *per se* confiables. (p. 127)

Debido a lo expuesto, creemos que el notariado, al asumir el rol de oráculo en los *smart contracts*, aportaría seguridad, certeza y confianza a los mismos. Ello podría materializarse cuando se necesita información externa a la cadena (*off chain*) para la ejecución de determinadas cláusulas establecidas en los acuerdos marco, por ejemplo, si se plantean condiciones del tipo: “si la sociedad desarrollista quiebra, entonces...”; “si no se aprueban los planos definitivos de la obra en construcción en un determinado plazo, entonces...”; “si el *tokenholder* fallece, entonces ...”; etc. En estos casos, el notario sería el encargado de verificar, de forma fidedigna, el acontecimiento de ese hecho externo a la cadena, para luego incorporarlo a esta.

2.6. Praxis notarial en entornos digitales

2.6.1. Forma

La forma que exige el ordenamiento jurídico aplicable es un elemento fundamental. En este sentido, si se exige una forma solemne por la normativa aplicable para ciertos actos (forma escrita/instrumento privado/instrumento público) deberá cumplirse con la misma, siendo el *smart contract* un mecanismo de ejecución del acuerdo previo, tal como se ha mencionado *ut supra*.

Por su parte, en materia consumeril en Argentina, y con relación al documento de venta, la Ley 24240 establece que “la redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible” (art. 10). De esta manera, se descarta aquí la posibilidad de utilizar un *smart contract* como un contrato *per se*, ya que está redactado en código. No obstante, podríamos discutir la viabilidad de estos si su utilización es a los fines de la ejecución, teniendo como base previamente un contrato en idioma nacional, comprensible por el consumidor. Sostenemos, por lo tanto, que en aquellos contratos donde el ordenamiento jurídico no requiera una forma solemne, se recepte la voluntad de las partes –al menos de forma privada– de manera que estas comprendan, en lenguaje natural, el alcance de sus compromisos. Además, tendríamos un documento base al cual acudir ante los posibles conflictos que puedan surgir –eventualidades no previstas en el *smart contract*, errores en la traducción a código informático de lo pactado por las partes, o la existencia de ciertos términos, como mencionamos antes, que muchas veces son de difícil traducción a código, y/o de errores programáticos–.

Como consecuencia, el contrato confeccionado con intervención jurídica-notarial será complementado por la autoejecución del SC. Se debe

hacer énfasis en la importancia de fomentar una labor multidisciplinaria en la confección de estos *smart contracts*, ya que requeriremos de un técnico informático para su codificación y auditabilidad técnica. Así, ante el caso de que la realidad *on-chain* no coincida con el objeto subyacente, habría un profesional responsable por la discrepancia entre el mundo *on-chain* y el *off-chain*; y el error podrá estar en la emisión del token (responsabilidad del profesional informático) o en la redacción del contrato base o validación previa del activo (responsabilidad del notario).

Entonces, ¿cómo podría el notario encarar esta labor en la praxis? En este punto planteamos una primera etapa que tendrá por fin la validación notarial previa del activo subyacente. En este sentido, el artículo 96 de la Ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) indica que:

Los certificados sólo contienen declaraciones o atestaciones del notario y tienen por objeto afirmar de manera sintética la existencia de personas, documentos, cosas, hechos y situaciones jurídicas, percibidos sensorialmente por el notario.

Al ser esta una herramienta útil para acreditar la existencia de un objeto, en los casos en que se nos requiera que esta se realice de forma sintética – subsidiaria o complementariamente para las demarcaciones que no cuenten con esta opción–, o incluso para los notarios de la CABA, podría realizarse a través de un acta notarial, con las consecuentes ventajas. Esto se debe a que podrán incorporarse a ella manifestaciones de parte, valuaciones de un tasador e, incluso, podrá comparecer un técnico informático quien podrá aportar más información técnica. Los profesionales informáticos son quienes llevarán a cabo el proceso técnico de emisión del token correspondiente, representativo del bien o derecho subyacente que, previamente, fue objeto de validación notarial.

En la segunda etapa del proceso, el asesoramiento jurídico se centra en identificar el encuadre legal más adecuado para el negocio de tokenización. El profesional analizará aspectos como la legislación aplicable, protección del consumidor, prevención de lavado de activos y requisitos específicos para la emisión de tokens. Por ejemplo, en proyectos de tokenización de bienes inmuebles, se confeccionan contratos marco que definen la relación entre el desarrollador y los futuros *tokenholders*, y se asegura la adecuada representación del activo y el cumplimiento de la Ley 24240 en materia consumeril. En el caso de activos financieros, se elabora documentación adaptada a las exigencias de la Comisión Nacional de Valores y a las regulaciones sobre oferta pública, detallando las condiciones de emisión, transmisión y liquidación de los tokens. Este

enfoque integral permite anticipar contingencias, brindar seguridad jurídica y adaptar cada contrato a las particularidades del proyecto y la regulación local. Por ejemplo: la confección del contrato de fideicomiso –podrá ser de obra o de administración–, la constitución de sociedades, o bien, la estructuración del modelo de negocio que se opte para cada caso en particular. La intervención notarial en el asesoramiento y la redacción de estos instrumentos brindará seguridad jurídica, claridad contractual para las partes e imparcialidad en su redacción. A ello se añade la validación efectuada anteriormente.

Durante el desarrollo del proyecto, en una etapa intermedia, es útil la actuación notarial en la comprobación de hechos externos a la cadena, actuando como oráculo notarial. Ello podría realizarse por medio de un certificado del artículo 96 de la Ley 404 de la CABA, o bien a través de un acta notarial, según cada caso. Según el caso, el notario podría intervenir en las adhesiones de fiduciantes o incorporación de nuevos socios, así como en la etapa final de transmisión de dominio con relación al bien que corresponda. Las aptitudes, competencias y cualidades del notario resultan indispensables para garantizar, a lo largo de todo el proceso de tokenización –desde su inicio hasta su conclusión–, la imparcialidad en la estructuración de la operación y la protección de los derechos de las personas tenedoras de tokens (*tokenholders*).

En este sentido, la XXXV Jornada Notarial Argentina concluyó que:

La intervención notarial en todas las etapas de los proyectos de tokenización de activos aporta información fiable, imparcial y acorde al ordenamiento jurídico. Esto se da a partir de la validación notarial previa, la comprobación notarial de hechos externos a la cadena de bloques, la intervención notarial en los acuerdos marco y la debida individualización de los intervinientes con una evaluación de su capacidad y legitimación. (p. 5)

Finalmente, es importante señalar que la expedición de documentos notariales digitales –ya sean certificaciones primeras o ulteriores copias de escrituras– y la actuación notarial a distancia adquieren especial relevancia en estos modelos de negocio, donde la interacción entre las partes ocurre principalmente en entornos digitales y a distancia.

2.6.2. Importancia de tener un protocolo digital

En este contexto, estimamos que la pronta creación de un protocolo digital coadyuvará a la seguridad jurídica en el entorno digital y, particularmente, en la contratación a distancia, siempre teniendo como base la seguridad

jurídica en pos del resguardo de los derechos de las personas en estos entornos.⁷

Del mismo modo, en el despacho de la XXXV Jornada Notarial Argentina se sostuvo que:

El plexo jurídico argentino contiene los principios necesarios para la actuación notarial en entornos electrónicos. El régimen vigente reconoce la validez de los documentos notariales electrónicos, asegura la autenticidad e integridad de su contenido y preserva la centralidad de la actuación notarial como garantía de fe pública sin distinción del soporte empleado. (p. 7)

En este sentido, es fundamental prestar especial atención a la seguridad informática de las plataformas utilizadas, con el objetivo de mantener los mismos estándares de protección con los que actualmente contamos en la conservación y resguardo del protocolo en formato papel.

Asimismo, estimamos indispensable establecer políticas orientadas a resguardar la privacidad y seguridad de los datos personales de nuestros requirentes. Esto mismo se ha sostenido en la XXXV Jornada Notarial Argentina:

Los sistemas de almacenamiento y gestión de datos que desarrollan los colegios notariales deben reunir condiciones técnicas de integridad y seguridad, conforme la legislación vigente, mediante la implementación de las medidas que así lo garanticen, velando por un uso ético y responsable de los datos personales [...]. (p. 6)

Finalmente, se recomienda una implementación de forma gradual. En este sentido, un *sandbox* o entorno de pruebas sería lo primero aconsejable.⁸ Posteriormente, consideramos avanzar de forma cautelosa, es decir, comenzar con actos de menor envergadura. Bien podría, por ejemplo, primero aplicarse a lo que en la CABA llamamos protocolo B, donde se pueden pasar exclusivamente actas notariales. Después, a medida que se vayan asentando las políticas de uso –tanto a nivel técnico como la

7. No podemos olvidar que el comercio electrónico ha crecido enormemente en los últimos tiempos. Según los datos reportados en el Estudio MidTerm de comercio electrónico, el e-commerce mostró un crecimiento en la facturación del 79 % en comparación con la primera mitad de 2024 (vs. 39,04% de inflación interanual), alcanzando un total de \$15.317.918 millones. En el mismo sentido, el portal de estadísticas alemán Statista realizó un estudio sobre el número de usuarios que se estima en e-commerce en Argentina entre 2019 y 2029. El mismo indica que el país tendrá diez años consecutivos de crecimiento, alcanzando un pico histórico de 35.95 millones de usuarios de comercio electrónico en 2029.

8. Un *sandbox*, también conocido como entorno de pruebas, es una tecnología de seguridad informática que proporciona un entorno aislado donde se puede ejecutar un software, códigos o programas sin afectar el sistema operativo anfitrión.

adaptación de los colegas a la tecnología–, se podrá continuar avanzando. En definitiva, velamos por una innovación sin prisa, pero sin pausa.

A su vez, sin lugar a duda, consideramos que se debe implementar inicialmente y de forma simultánea al protocolo papel, es decir, ambos soportes han de convivir. Lo mismo sucede en la CABA con el libro de requerimientos digital, por lo que habrá escrituras pasadas en soporte papel –protocolo A y B–, y otras pasadas en soporte digital: ¿protocolo C? ¿O, quizás, “D” (digital)?

2.6.3. Identificación, legitimación y capacidad jurídica

En las contrataciones electrónicas la identificación se da normalmente a distancia. Así, en el caso de Argentina, el Estado nacional puso a disposición el Sistema de Identidad Digital (SID): “una plataforma desarrollada íntegramente por el Estado que permite validar la identidad a distancia y en tiempo real con el Renaper mediante factores de autenticación biométrica” (Registro Nacional de las Personas, s.f.). Cuando nos encontramos frente a la identificación de los requirentes en nuestra labor notarial, sostenemos que el SID, por sí solo –entendiendo a este como la mera autenticación biométrica sin la exhibición del documento idóneo–, no es suficiente para cumplir la exigencia del artículo 306 inciso a) del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), ya que el notario es quien debe tener a la vista dicho documento, calificarlo y llegar a la convicción de que, efectivamente, la persona es quien dice ser.

Actualmente, por ejemplo, al momento de querer abrir una cuenta bancaria se identifica al usuario a través de esta validación biométrica que ofrece el Registro Nacional de las Personas; incluso, en ocasiones se le otorgan créditos o se realiza la apertura de billeteras virtuales sin mayores recaudos. A los efectos de brindar mayor seguridad jurídica en los negocios que estamos mencionando, es aconsejable implementar la identificación notarial donde, a la mera validación biométrica, se le adiciona el juicio notarial de capacidad de los sujetos, el discernimiento y la legitimación.

Por otro lado, la centralización de los datos en cabeza del Estado es algo que se ha replanteado en la Web 3 que da lugar a todo este mundo, no tan nuevo, de contratación. En este mundo digital, nuevos modos de identificación descentralizada se están abriendo camino, como por ejemplo la identidad digital autosoberana (en inglés, *self-sovereign identity* [SSI]), que podría ayudar al notario a llegar a la convicción en la identificación del requirente a distancia. No obstante, ninguna de las opciones mencionadas satisface por sí sola la totalidad de los requisitos indispensables para asegurar la seguridad jurídica lograda mediante la intervención notarial. Por

ello se propone la implementación de sistemas de SSI que vayan de la mano del notariado.

Toda herramienta tecnológica destinada a la identificación de personas representa un aporte valioso para el ámbito notarial, ya que facilita una verificación más eficiente y precisa. Sin embargo, dichas herramientas deben entenderse como instrumentos de apoyo cuya utilidad está supeditada al criterio profesional del notario quien conserva el juicio de identidad sobre la convicción en la identificación de los sujetos.

2.6.4. Asesoramiento y recaudos

En el sector de *real estate* se ve con frecuencia que la tokenización se promueve mediante expresiones como: “ahora es posible adquirir una fracción de un inmueble”, “una nueva modalidad para comprar propiedades”, “dividir un inmueble en partes más pequeñas” o “democratizar el acceso a la vivienda”. Sin embargo, estas afirmaciones no reflejan la situación real. Lo que sí es una realidad es que gran cantidad de la población no puede acceder a comprar un inmueble y estos eslóganes publicitarios buscan atraer a ese público objetivo, cuando en verdad lo que se adquiere no es un inmueble, ni una parte de él.

Como profesionales del derecho, sabemos que la transmisión de un derecho real necesita título y modo suficientes. Por lo tanto, con un token criptográfico se puede adquirir un derecho personal para recibir determinados beneficios derivados de un subyacente emprendimiento inmobiliario con una estructura jurídica. Este podría ser, por ejemplo, un fideicomiso inmobiliario. ¿Esto significa la compra de una fracción de un inmueble? Desde ya que no. En este sentido, se ha sostenido que:

Los profesionales de derecho deben asesorar a los adquirentes en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho que adquieren mediante el token [...]. En la tokenización de inmuebles debe advertirse al consumidor que lo adquirido es un derecho personal, y no un derecho real de dominio. (Burgueño y Del Río, 2024, p. 1).

Del mismo modo, en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2024) se resolvió por mayoría lo siguiente:

Resulta necesario fortalecer las políticas públicas de protección de consumidores en materia de monitoreo del mercado de criptoactivos, combate a las prácticas abusivas, información y educación para el consumo, acceso a vías de reclamación y cooperación internacional. (p. 5, pto. IV.3)

En consonancia con lo expuesto, estimamos que es fundamental brindar asesoramiento notarial a nuestros requirentes respecto a la naturaleza jurídica de la adquisición de un *token* criptográfico –sea cual fuere su tipo–, diferenciando los derechos personales de los reales y sus consecuentes implicancias. Además, debemos tener en cuenta que la intervención notarial en los procesos de tokenización inmobiliaria puede confundir al requirente: este podría entender que, al intervenir un escribano –del mismo modo que al firmar la escritura de compra de su casa–, él estaría adquiriendo un *token* que representa un derecho real sobre el inmueble y que lo hace dueño de este; cuando en verdad no es así. Aquí es donde debemos poner especial atención e implementar un asesoramiento reforzado. A su vez, el deber de información adquiere especial importancia en aquellos casos en que el adquirente actúa en calidad de consumidor.

3. Conclusión

Definimos la tokenización notarial como aquella que incorpora la intervención notarial desde el inicio y en todas sus fases. Este enfoque atiende a las necesidades de todos los actores intervinientes, garantizando desde el inicio una validación notarial previa que aporta información fidedigna, imparcial y conforme al marco jurídico vigente.

Por un lado, para los usuarios o adquirentes de *tokens* criptográficos este proceso posibilita el acceso transparente a las condiciones de creación de los activos, con un marco contractual claro, en lenguaje natural, que regula las relaciones entre partes y otorga certeza y confianza. Así, se facilita la información disponible y adecuada en la comercialización de estos activos y respecto de todo su proceso.

En cuanto a los desarrolladores de emprendimientos inmobiliarios que optan por incorporar la tokenización como modelo de negocio para atraer nuevos inversores, contar con la figura notarial les otorga un respaldo jurídico sólido y un aporte relevante en materia de *compliance*.

Además, la tokenización notarial representa ventajas para los Estados, ya que el notariado actúa como agente recaudador de tributos y como agente de información en materia de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo. Permite entonces cumplir con los estándares internacionales de prevención de lavado de dinero o AML.

En síntesis, existen múltiples ámbitos de intervención notarial en este campo, algunos analizados en el presente trabajo y otros a abordar posteriormente. El grado de participación del notariado en los proyectos

de tokenización estará directamente relacionado con el grado de seguridad jurídica que se pretenda alcanzar.

Por otro lado, las tecnologías emergentes ponen de manifiesto la necesidad de que el notariado mantenga una formación continua, especialmente orientada hacia los avances tecnológicos actuales y de cara al futuro. En este sentido, consideramos que la pronta implementación de un protocolo digital contribuirá de modo significativo a la seguridad jurídica en el entorno digital y, en particular, en la contratación a distancia. Además, permitirá incrementar y diversificar el tipo de requirente notarial y, en consecuencia, abarcar una gama más amplia de necesidades sociales.

Finalmente, resulta esencial brindar certeza, transparencia, confianza y seguridad jurídica en los entornos digitales. Se debe considerar que no todas las personas poseen conocimientos técnicos, lo que puede dar lugar a vulnerabilidades vinculadas a la tecnología. Por ello, el notariado debe resguardar los derechos de los intervinientes en estos escenarios, actuando como un nexo entre las personas y las tecnologías.

4. Bibliografía

- 29 Jornadas Nacionales de Derecho Civil. (2024). *Conclusiones de la comisión Nº 11: interdisciplinaria* [despacho de jornada]. Universidad Austral, Pilar, Argentina. <https://www.austral.edu.ar/derecho/jndc/comisiones/>.
- 35 Jornada Notarial Argentina. (2025). *Conclusiones de la comisión tema II: ejercicio notarial en la era digital* [despacho de jornada]. Consejo Federal del Notariado Argentino, Pilar, Argentina. https://www.colescba.org.ar/portal/wp-content/uploads/2025/10/35JNA_DESPACHO-tema-II.pdf.
- 41 Jornada Notarial Bonaerense. (2019). *Conclusiones de la tema 1: documentos electrónicos y con firma digital aplicada, prospectiva de la intervención notarial* [despacho de jornada]. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Argentina. <https://www.colescba.org.ar/portal/?jnb=40-jornada-notarial-bonaerense>.
- 44 Convención Notarial. (2022). *Conclusiones de la comisión tema II: la importancia de la intervención notarial en los documentos digitales* [despacho de jornada]. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. https://www.colegio-escribanos.org.ar/noticias/2022_08_29_Conclusiones-44-Convencion-Notarial.pdf.
- BERTONI, Martín y HEREDIA QUERRO, Sebastián. (2022). Taxonomía de los tokens criptográficos. *Revista Consejo Digital*, 11(67). <https://www.consejo.org.ar/servicios/medios-del-consejo/revista-consejo-digital/edicion-67/columna-de-opinion-67/taxonomia-de-los-tokens-criptograficos>.
- BURGUEÑO, María R. y DEL RÍO, Mariela. (2024). *Tokenización de inmuebles. El rol de los profesionales de derecho como asesores de los adquirentes. Posibilidad de tokenizar el derecho real de dominio* [ponencia presentada en congreso]. 29 Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Argentina. Universidad Austral. <https://www.austral.edu.ar/derecho/jndc/comisiones/>.
- CELENTANO, Daniela M. (2023). Intervención notarial en smart contracts: el rol notarial como oráculo en smart contracts y como validador físico en la tokenización de activos. *Revista*

Jurídica-Notarial, (3). <https://www.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=ae45569a4d42f81c4a7bd0be806eb366>.

HEREDIA QUERRO, Sebastián. (2020). *Smart contracts: qué son, para qué sirven y para qué no servirán*. IJ Editores.

REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS. (s. f.) SID: Sistema de Identidad Digital. <https://www.argentina.gob.ar/interior/renaper/sid-sistema-de-identidad-digital>. [consulta: 27/07/2024].

TORAL, Lara E. (2023). *Material de lectura: módulo smart contracts y contratación electrónica* [apunte]. Curso Superior en Derecho: Aspectos jurídicos de los smart contracts y blockchain. Universidad de Salamanca.

Lecturas recomendadas

BURGUEÑO, María R. (2023). *Innovación e inclusión digital*. Di Lalla.

COSOLA, Sebastián J. y SCHMIDT, Walter C. (2021). *El derecho y la tecnología*. Thomson Reuters-La Ley.

EQUIPO LCX. (2022, 20/12). LCX Gains regulatory approval as a physical validator to enable tokenization of assets. LCX. <https://www.lcx.com/lcx-gains-regulatory-approval-as-a-physical-validator-to-enable-tokenization-of-assets/> [consulta: 01/05/2023].

FINANCIAL CRIME ACADEMY. (2026, 15/05). Criptodivisas en Europa: las leyes y regulaciones adecuadas de la criptodivisa en Europa. *Financial Crime Academy*. https://financialcrimeacademy-org.translate.google/cryptocurrency-in-europe/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es&_x_tr_pto=tc [consulta: 22/05/2026].

JAMELE, Agustín. (s.f.). E-commerce en la Argentina: diez años de crecimiento consecutivo y récord de facturación. *Forbes Argentina*. <https://www.forbesargentina.com/negocios/e-commerce-argentina-diez-anos-crecimiento-consecutivo-record-facturacion-n67902> [consulta: 21/09/2025].

REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS. (2020, 18/08). Smart contracts [episodio de podcast; invitado: Juan Diehl Moreno]. En *Conociendo el Derecho*. *Revista Jurídica de UdeSA*. Spotify. <https://open.spotify.com/episode/3VPGKbl6TRH5jm6g09utnA?si=Ed0W5Zk0TH-04ViUPpr7Ng&dd=1>. [Consulta: 22/05/2026].

RODRÍGUEZ, Nelson. (2020, 13/09). Rodríguez. Oráculos de blockchain: conoce los conceptos básicos. *101 Blockchains*. <https://101blockchains.com/es/oraculos-de-blockchain/> [consulta: 01/03/2024].

SCHMIDT, Walter C. (2019). *Transformación digital: smart contracts y la tokenización inmobiliaria* [trabajo final de maestría, no publicado, Universidad de Salamanca].

THOMAS, Julian. (2019, 09/10). La Ley Blockchain de Liechtenstein lo convierte en el primero en regular por completo la economía de tokens. *Be[in]Crypto*. <https://es.beincrypto.com/la-ley-blockchain-de-liechtenstein-lo-convierte-en-el-primero-en-regular-por-completo-la-economia-de-tokens/> [consulta: 01/05/2023].

La firma en la era digital

Eficacia jurídica y fe pública notarial en el derecho argentino y comparado

Ángel Francisco Cerávolo*

RESUMEN

El trabajo aborda el problema jurídico de la subsistencia y reconfiguración de la función notarial frente a la digitalización de la manifestación de la voluntad, examinando si los mecanismos tecnológicos de autenticación –firma digital, firma electrónica, firma en la nube, plataformas privadas de firma– pueden desplazar el valor jurídico insustituible de la fe pública o si operan, en cambio, en un plano normativo diferente y complementario. La posición del autor sostiene que la certificación notarial constituye una garantía cualitativamente superior e irreductible frente a cualquier solución algorítmica porque el escribano no se limita a verificar autoría formal, sino que realiza el juicio preventivo de identidad, capacidad y voluntad libre e informada que ningún software puede replicar. Esta tesis se sustenta en cuatro argumentos centrales: (i) la distinción entre autenticación técnica y autenticación jurídica, y la consecuente diferencia entre certificar firmas y validar algoritmos; (ii) el alcance del artículo 314 CCCN, que equipara la firma certificada notarialmente al reconocimiento judicial, habilitando la vía ejecutiva directa –ventaja procesal inalcanzable para la firma electrónica conforme los fallos "Sift", "Creceer SGR" y "Garantizar/Medsurgical"–; (iii) la legitimidad de la firma remota con certificación notarial y la videoconferencia notarial institucional como manifestaciones modernas de la intermediación fedataria; y (iv) el modelo francés del MICEN como hoja de ruta probada para implementar un protocolo digital notarial bajo titularidad colegial. Concluye que la modernización tecnológica –incluido el Decreto 743/2024– refuerza, en lugar de erosionar, la centralidad del notariado en la seguridad jurídica preventiva.

PALABRAS CLAVE

Derecho notarial electrónico; fe pública digital; equivalencia funcional CNUDMI; firma digital; criptografía asimétrica; firma electrónica avanzada (FEA); reglamento eIDAS; acte authentique électronique; MICEN; reconocimiento de

* Miembro de Número Academia Nacional del Notariado. Asesor Jurídico Notarial del CECBA. Asesor de la Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires. Exdirector de Interpretación Normativa y Procedimientos Recursivos del mismo organismo. Expresidente del Instituto de Derecho Notarial y de la Comisión de Consultas Jurídicas CECBA. Exasesor del CFNA.



firma; título ejecutivo electrónico; enrolamiento biométrico remoto; notariado latino; justicia preventiva.

Recibido: 06/05/2026

Aceptado: 19/05/2026

Sumario: 1. Introducción a la teoría general de la manifestación de la voluntad en el ecosistema digital. 2. Marco normativo y arquitectura estructural en la República Argentina. 2.1. La Ley 25506 y la dicotomía entre firma digital y firma electrónica. 2.2. El artículo 288 del CCCN: debate hermenéutico y superioridad del anteproyecto de 1998. 2.3. El artículo 314 del CCCN: la certificación notarial como equivalente al reconocimiento judicial. 3. La firma electrónica avanzada: una perspectiva comparada. 3.1. El ecosistema eIDAS en la Unión Europea. 3.2. Recepción en Chile y Uruguay. 3.3. Recepción en Brasil: la Ley 14063/2020 y su relevancia para el Mercosur. 3.4. La doctrina de la "categoría intermedia" en Argentina y la perspectiva notarial. 4. La función notarial en el ecosistema digital: fe pública, intermediación y justicia preventiva. 4.1. Fundamento teórico: el notario como garante de la voluntad libre e informada. 4.2. Fragilidad técnica de la firma digitalizada. Superación por la intermediación notarial. 4.3. La evolución institucional: firma remota y certificación notarial telemática. 4.4. La diferencia irreductible entre certificar firmas y validar algoritmos. 4.5. La intervención notarial como plusvalor frente a las plataformas privadas de firma. 4.6. El protocolo notarial y la custodia documental: régimen vigente y perspectivas digitales. 4.7. El sistema francés como modelo de protocolo digital en funcionamiento. 5. El impacto del Decreto 743/2024 y la reconfiguración del ecosistema. 6. Evolución jurisprudencial y aceptación procesal. 6.1. La etapa de rechazo: ejecuciones fintech y exigencias de firma digital. 6.2. El fallo "Sift" y la apertura jurisprudencial. 6.3. La consolidación: sociedades de garantía recíproca (SGR) y contratos telemáticos. 6.4. La diferencia procesal decisiva: firma certificada notarialmente vs. firma electrónica. 6.5. El Poder Judicial y el expediente digital. 7. Perspectivas de reforma legislativa: el camino hacia la firma electrónica avanzada. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

1. Introducción a la teoría general de la manifestación de la voluntad en el ecosistema digital

Las tecnologías de la información han incidido significativamente en la teoría general de los actos jurídicos, exigiendo una reconfiguración de los mecanismos mediante los cuales las personas manifiestan su voluntad y prestan consentimiento. Tradicionalmente, la firma manuscrita constituyó el estándar probatorio por excelencia para imputar la autoría de un documento a un sujeto garantizando, a su vez, la inmutabilidad de la

declaración plasmada en papel (Cerávolo y Mascheroni, 1991;¹ Cerávolo y De Bartolo, 2006; Bielli, Ordóñez y Quadri, 2021). Sin embargo, el traslado de las transacciones al ciberespacio requirió la adopción del principio de la “equivalencia funcional”, paradigma promovido por organismos multilaterales –en particular la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)– que busca otorgar a los medios electrónicos los mismos efectos jurídicos que a sus análogos físicos.

Como señalan Bielli y Ordóñez (2019), la firma cumple en el derecho tres funciones irreductibles: *identificatoria* (permite vincular el documento a su autor), *declarativa* (expresa la aceptación del contenido) y *probatoria* (acredita esas dos funciones ante terceros). El desafío del derecho digital es replicar esas tres funciones sin la fisicidad del trazo manuscrito. Precisamente, es en ese punto donde la intervención notarial adquiere una dimensión insustituible en la medida en que el escribano verifica personalmente las tres funciones en simultáneo y las convierte en certeza legal.

En el ordenamiento jurídico argentino, este proceso de asimilación tecnológica ha sido paulatino y, en ocasiones, objeto de intensos debates. En el año 2001, la sanción de la Ley 25506 de Firma Digital representó el hito fundacional al establecer una distinción estricta entre la “firma digital” y la “firma electrónica”, basada en la robustez criptográfica y el licenciamiento estatal. Años más tarde, la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) el 1º de agosto de 2015 reavivó la controversia doctrinaria, especialmente por la redacción de su artículo 288 que pareció condicionar la validez de los instrumentos privados electrónicos al uso exclusivo de la firma digital.

El presente trabajo desarrolla un análisis jurídico de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia argentinas respecto al alcance y la eficacia probatoria de las diversas especies de firmas tecnológicas. Asimismo, aborda las modificaciones introducidas por el Decreto 743/2024 y el debate notarial suscitado en torno a las firmas ológrafas digitalizadas certificadas a distancia; finalmente, realiza un análisis de derecho comparado focalizado en la “firma electrónica avanzada” frente al marco europeo eIDAS y las legislaciones de la región, poniendo especial énfasis en la posición del notariado como garante supremo de la seguridad jurídica preventiva.

1. Trabajo precursor en la materia.

2. Marco normativo y arquitectura estructural en la República Argentina

La arquitectura legal argentina en materia de firmas tecnológicas se sustenta en un sistema de dos niveles, inspirado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)² y su Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas (2001)³. Este modelo distingue claramente entre la firma electrónica –concebida como un género amplio– y la firma digital –una especie sumamente específica dotada de fuertes presunciones legales–. La Ley 25506 adoptó deliberadamente un modelo de *confianza institucional delegada* en los certificadores licenciados, que difiere del modelo de *confianza distribuida* adoptado por otras jurisdicciones y que plantea desafíos de escalabilidad en la era de las firmas en la nube.

2.1. La Ley 25506 y la dicotomía entre firma digital y firma electrónica

La Ley 25506 consagra el marco regulatorio principal, definiendo los requisitos técnicos y los efectos jurídicos de las firmas en entornos digitales. En este esquema, la firma digital se conceptualiza como el resultado de la aplicación de un procedimiento matemático –criptografía asimétrica (ver Adams y Lloyd 1999)⁴– a un documento que requiere información de

2. https://uncitral.un.org/sites/default/files/media-documents/uncitral/es/05-89453_s_ebook.pdf

3. <https://uncitral.un.org/sites/default/files/media-documents/uncitral/es/ml-elecsig-s.pdf>

4. Las soluciones de firma basadas en PKI (por las siglas en inglés de “infraestructura de clave pública”) se basan en un trabajo de Whitfield Diffie y Martin Hellman publicado en 1976, denominado “New Directions in Cryptography”. En este se plantea, por primera vez y en forma pública, la teoría de las denominadas claves de cifrado asimétricas o claves públicas –a través de documentos secretos desclasificados hace más de una década ahora se conoce que, hacia fines de los años 1960, se trabajó en ideas similares en agencias secretas británicas–. Sobre la base de la aplicación de funciones matemáticas denominadas “de difícil inversa” (aplicaciones de la teoría de números primos), se obtienen claves de cifrado y descifrado asimétricas. Esto es: conocida una de ellas, no es posible, en principio, deducir su inversa. En otras palabras, se puede hacer pública la clave de descifrado (clave pública) manteniendo en secreto la de cifrado (privada), y viceversa. Ese trabajo transformó en poco tiempo y en forma radical todos los métodos de protección de datos, pasándose a conocer dicha técnica de cifrado como criptografía de clave pública. Una de las aplicaciones derivadas de esta nueva técnica de cifrado es aquella que permite la denominada firma digital, en tanto que, de modo análogo a lo que ocurre con la firma ológrafa, un mensaje puede ser “firmado” (cifrado) con una característica particular que sólo el emisor puede producir (clave privada), pero que potencialmente todos pueden identificar con aquel (por su clave pública). La firma digital se basa en la existencia de un par de claves asimétricas de cifrado. Conceptualmente, el cifrado del texto con la clave privada constituye su firma, ya que cualquiera que conozca la clave pública puede descifrarlo y compararlo con el texto “firmado”. De coincidir ambos, se determina que sólo el conocedor de la clave privada pudo haber firmado con ella el texto. En realidad, la firma digital se efectúa mediante el cifrado con la clave privada, no ya de todo el mensaje –evitando el alto costo y tiempo de procesamiento–, sino de un derivado sintético del mensaje o *hash*, cuyas características hacen que, si se altera el mensaje, también se modifica en *hash*. Este

exclusivo conocimiento y control del firmante (art. 2). Legalmente, goza de una asimilación plena a la firma ológrafa tradicional: posee presunciones *iuris tantum*, tanto de autoría como de integridad (arts. 7 y 8). En Argentina existe un rasgo distintivo: para ser considerada como tal, la firma digital debe estar amparada por un certificado emitido por un certificador licenciado, habilitado por el Estado Nacional. En términos procesales, esto implica una inversión de la carga de la prueba: recae sobre quien niega haber firmado la obligación de demostrar la falsedad del rastro digital (art. 6).

Por su parte, la firma electrónica se define de manera residual (art. 5). Comprende cualquier conjunto de datos electrónicos asociados lógicamente a un documento y utilizados por el signatario como medio de identificación, pero carece de los requisitos legales o técnicos para ser considerada firma digital. Al carecer de certificación oficial, la firma electrónica no goza de presunciones automáticas de autoría e integridad. Si la parte a quien se le atribuye la desconoce, corresponde a quien la invoca la carga procesal de acreditar su validez, la identidad del firmante y la inalterabilidad del documento, mediante la prueba de los procedimientos informáticos utilizados.

La doctrina especializada es pacífica en señalar que esta regulación binaria genera una tensión cuando se trata de firmas electrónicas de alta sofisticación técnica que, por no contar con licencia estatal argentina, quedan encasilladas en el género residual pese a ofrecer garantías técnicas superiores a muchas firmas digitales laxamente implementadas.

2.2. El artículo 288 del CCCN: debate hermenéutico y superioridad del anteproyecto de 1998

En 2014, la sanción del Código Civil y Comercial –con entrada en vigencia el 1º de agosto de 2015, conforme al art. 7º de la Ley 26994– introdujo un desafío hermenéutico significativo a través de su artículo 288. Este dispone que, en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma queda satisfecho si se utiliza una “firma digital” que asegure “indubitadamente” la autoría e integridad del instrumento. Esta redacción ha sido objeto de severas críticas por su carácter restrictivo y su falta de neutralidad tecnológica.

El contraste con el anteproyecto de código civil y comercial de 1998 es revelador. El artículo 266 de ese proyecto establecía que el requisito de firma en documentos electrónicos se consideraba satisfecho si se utilizaba un

procedimiento, por lo demás, permite asegurar no sólo la autenticidad del mensaje o identidad del emisor, sino también su integridad o exactitud.

“método para identificarla”, y si dicho método aseguraba “razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento”. Esta formulación era técnicamente superior por varios motivos: primero, mantenía una estricta neutralidad tecnológica al no encadenar el concepto de firma a una denominación específica; segundo, empleaba el estándar de “razonabilidad”, mucho más adecuado para la valoración judicial que el término “indubitable”, el cual impone un rigor casi absoluto difícil de conciliar con la naturaleza de las firmas electrónicas avanzadas.

El artículo 288 del CCCN no debe leerse como una norma que excluye la certificación notarial de firmas ológrafas digitalizadas ya que, en ese supuesto, no es la firma la que otorga la fuerza probatoria del instrumento, sino la fe pública notarial consagrada en el artículo 289 y concordantes del mismo código. La firma ante escribano no es una firma electrónica que deba satisfacer el estándar del artículo 288: es una firma cuya autenticidad ya fue verificada por el fedatario y, por consiguiente, el instrumento opera directamente como instrumento público o como instrumento privado con firma certificada, según el caso (Lamber, 2021, cap. IV, especialmente pp. 92-98).⁵

2.3. El artículo 314 del CCCN: la certificación notarial como equivalente al reconocimiento judicial

El artículo 314 del CCCN es la piedra angular del régimen de la firma certificada notarialmente. Dispone que el reconocimiento de firma realizado ante escribano público tiene los mismos efectos que el reconocimiento judicial, otorgándole al instrumento la condición de “firma reconocida”. Este precepto, que en esencia replica el artículo 1031 del Código Civil derogado, adquiere en el entorno digital una relevancia procesal de primer orden.

Si el documento firmado y certificado notarialmente es presentado en juicio, el firmante no puede limitarse a desconocer la firma: debe impugnarla por vía de redargución de falsedad, con la carga probatoria que ello implica y las consecuencias legales previstas. La certeza así obtenida es cualitativamente superior a la de cualquier instrumento con firma electrónica, cuyo desconocimiento bastará para trasladar la carga de la prueba al presentante.

Esta distinción tiene consecuencias procesales directas en la vía ejecutiva. Conforme al artículo 523 del CPCCN, el título ejecutivo debe

5. El autor precisa que la certificación notarial de firma no es una “firma electrónica” sujeta al estándar del artículo 288 (CCCN), sino un acto de fe pública que opera en un plano normativo diferente.

traer aparejada la ejecución. La firma certificada notarialmente cumple este requisito de modo directo, sin preparación de vía ejecutiva; mientras que la firma electrónica sin certificación notarial –aun la más sofisticada– exige transitar la preparación de la vía ejecutiva con la consiguiente carga probatoria sobre el acreedor.

3. La firma electrónica avanzada: una perspectiva comparada

Para comprender mejor la posición argentina, resulta útil observar cómo otras jurisdicciones han sofisticado la estratificación normativa introduciendo una categoría intermedia: la firma electrónica avanzada (FEA). Esta categoría permite dotar de mayor certeza a las firmas de alto estándar técnico que no cuentan con licenciamiento estatal, sin necesidad de equipararlas a la firma digital en todos sus efectos.

3.1. El ecosistema eIDAS en la Unión Europea

El Reglamento N° 910/2014 de la Unión Europea (UE), conocido como eIDAS, categoriza las firmas en tres niveles progresivos. En la base se encuentra la *firma electrónica simple* (SES), útil para procesos de bajo riesgo. En el nivel intermedio se ubica la *firma electrónica avanzada* (AES), que exige vinculación única al firmante, control exclusivo y detección de alteraciones posteriores, generalmente mediante infraestructura de clave pública (PKI). Finalmente, la cúspide está ocupada por la *firma electrónica cualificada* (QES), que añade dispositivos y certificados auditados estatalmente y es la única equivalente de pleno derecho a la firma manuscrita en toda la UE. El Reglamento UE 2024/1183, conocido como eIDAS 2, introdujo el European Digital Identity Wallet (EUDI Wallet) y profundizó la armonización en materia de identidad digital.⁶ Esta evolución refuerza la conveniencia argentina de adoptar una categoría intermedia de firma electrónica avanzada.

En el plano notarial, la UE ha avanzado significativamente en la regulación del notariado electrónico. El Reglamento eIDAS reconoce la validez de los servicios de confianza notariales, y varios países –entre ellos Francia, España e Italia– han implementado plataformas de notariado digital con presunción de autenticidad reforzada.

6. El eIDAS 2 fue firmado el 11/04/2024, publicado en DOUE 30/04/2024, vigente desde 20/05/2024, con plazo para que los Estados miembros ofrezcan la EUDI Wallet hasta finales de 2026.

Si trazamos un paralelismo con Argentina, la firma electrónica simple europea equivale a nuestra categoría residual de firma electrónica. La firma cualificada (QES) tiene su correlato directo en nuestra firma digital. Sin embargo, el nivel avanzado (AES) del eIDAS encuentra un vacío en Argentina: firmas altamente seguras basadas en PKI que, al carecer de licencia del Estado argentino, recaen forzosamente en la categoría general de firma electrónica, perdiendo beneficios procesales automáticos. La doctrina ha señalado este vacío como un obstáculo para la integración de Argentina en el comercio electrónico transfronterizo con la Unión Europea.

3.2. Recepción en Chile y Uruguay

En Chile, la Ley 19799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación reconoce legalmente la firma electrónica simple y la firma electrónica avanzada (FEA, o AES en su nomenclatura en inglés). Esta última requiere certificación de una entidad acreditada y goza de presunciones legales expresas, cumpliendo el mismo rol que en Argentina detenta la firma digital.

Por su parte, Uruguay ha desarrollado uno de los marcos más completos de la región. La Ley 18600 sobre Documento Electrónico y Firma Electrónica establece requisitos estrictos para la FEA e instituye el Sistema nacional de firma digital. Lo que distingue especialmente al sistema uruguayo es el reconocimiento expreso de la firma electrónica avanzada en la función notarial: la ley admite que los escribanos utilicen la FEA en sus instrumentos electrónicos, dotándolos de presunción de autenticidad equiparable al documento notarial tradicional, con valor probatorio idéntico al de un documento privado con firmas certificadas.

3.3. Recepción en Brasil: la Ley 14063/2020 y su relevancia para el Mercosur

La diferencia normativa con la aplicable en Brasil debe ser analizada, dado que es el principal socio comercial de Argentina y su sistema normativo presenta soluciones de notable interés para el debate local. La Ley 14063/2020 sobre Assinaturas Eletrônicas establece tres niveles de firma con una arquitectura muy similar a la del eIDAS: la firma electrónica simple, la firma electrónica avanzada y la firma electrónica cualificada. Esta última –equivalente a nuestra firma digital– requiere certificado emitido por la Infraestructura de Claves Públicas Brasileña (ICP-Brasil) y es la única con presunción plena de

autoría e integridad frente a la administración pública. El nivel avanzado, por su parte, admite el uso de biometría o de credenciales reconocidas por el Estado, sin exigir certificado de ICP-Brasil, lo que permite una cobertura mucho más amplia del tráfico comercial privado.

En el plano notarial, el Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dictó resoluciones que reconocen la validez de la firma electrónica avanzada en actos notariales de menor complejidad, reservando la firma cualificada para escrituras públicas y actos de alta trascendencia patrimonial. Este esquema –que distingue la categoría de firma exigida según la naturaleza y el riesgo del acto jurídico– constituye un modelo de graduación del rigor formal que la doctrina argentina podría considerar al momento de diseñar la futura regulación de la firma electrónica avanzada. Desde la perspectiva del Mercosur, la convergencia entre los sistemas brasileño, uruguayo, chileno y los estándares del eIDAS refuerza la conveniencia de que Argentina adopte sin mayor dilación una categoría intermedia equivalente para evitar una posición de asimetría normativa frente a sus principales socios comerciales y de inversión.

El Provimento CNJ 100/2020 –luego sustituido y consolidado por Provimento 149/2023 (Código Nacional de Normas da Corregedoria de Justiça – Foro Extrajudicial)– estableció el e-Notariado y reguló los actos notariales electrónicos, incluida la videoconferencia notarial. Esta norma es la pieza específicamente notarial que más se asemeja al modelo institucional que el documento propugna para Argentina.

3.4. La doctrina de la “categoría intermedia” en Argentina y la perspectiva notarial

La falta de una definición explícita de firma electrónica avanzada en la ley argentina genera un vacío clasificatorio que la doctrina ha intentado colmar por vía interpretativa. Así se ha sostenido que, a los fines procesales y valorativos, las firmas electrónicas avanzadas *de facto* (aquellas con criptografía robusta y biometría, pero sin licencia local) no pueden ser valoradas de la misma manera que una firma simple. Su robustez técnica y las extensas trazas de auditoría proporcionan indicios graves, precisos y concordantes que, bajo las reglas de la sana crítica y el artículo 319 del CCCN, configuran prueba suficiente.

Desde la perspectiva notarial, puede señalarse que esta discusión sobre la “categoría intermedia” se vuelve irrelevante cuando interviene un notario porque la certificación notarial no es ni firma electrónica ni firma digital: es un acto de ejercicio de la fe pública que opera en un plano normativo diferente y superior. La distinción que sí importa es si el notario actuó con

inmediación efectiva –ya sea física o telemática mediante plataformas seguras– porque es esa intermediación la que garantiza el triple control de identidad, capacidad y voluntad que justifica la preferencia procesal del artículo 314 (CCCN).

4. La función notarial en el ecosistema digital: fe pública, intermediación y justicia preventiva

La digitalización ha propiciado una evolución necesaria en el ejercicio de la función notarial, centrada en la asimilación del documento público al formato electrónico y en la certificación de rúbricas a distancia. Este proceso ha sido acompañado por un debate doctrinario de gran profundidad que ha permitido precisar la naturaleza y los límites de la fe pública en el siglo XXI.

4.1. Fundamento teórico: el notario como garante de la voluntad libre e informada

La función notarial se distingue cualitativamente de cualquier mecanismo tecnológico de autenticación porque opera en un plano que la tecnología no puede replicar: el plano de la voluntad humana consciente y libre. El notario no se limita a constatar que un trazo o un código corresponde a una persona; verifica que esa persona *quiso* y *entendió* lo que firmó, que no estaba bajo coacción, que tenía capacidad civil para obligarse, y que el contenido del acto es lícito. Este control preventivo, que la doctrina denomina “justicia preventiva”, es la razón de ser del notariado latino y explica su preferencia procesal en el derecho argentino.

Esta distinción fundamental tiene consecuencias normativas directas. El artículo 984 del CCCN define al instrumento público como aquel autorizado por un oficial público en las condiciones establecidas por la ley. El artículo 296 le otorga al instrumento público el carácter de prueba plena respecto de su contenido, con la consecuencia de que sólo puede ser impugnado por redargución de falsedad. Y el artículo 314 extiende parte de estos efectos a los instrumentos privados con firma certificada notarialmente. En todos estos casos, la preferencia procesal del instrumento deriva del control preventivo realizado por el escribano, y no de una característica intrínseca del soporte o del método de firma.⁷

7. Pelosi (1980, p. 252) señala el largo camino recorrido para que la doctrina civilista y la jurisprudencia llegaran al reconocimiento, hoy plasmado en el CCCN, de la competencia funcional

4.2. Fragilidad técnica de la firma digitalizada. Superación por la intermediación notarial

Resulta necesario precisar la naturaleza de los distintos medios de firma. La denominada “firma digitalizada” –captura gráfica de la firma ológrafa mediante pantalla táctil o escáner– carece de componente criptográfico inherente. Desde el punto de vista estrictamente informático, no existe un vínculo indisoluble entre el trazo y la inmutabilidad del documento. Aisladamente, su valor probatorio es débil ya que puede ser copiada y pegada en otro documento.

Sin embargo, esta fragilidad técnica originaria se subsana y transmuta jurídicamente cuando el trazo es capturado bajo la intermediación de un notario público. En este supuesto, es la dación de fe pública del oficial del Estado la que blindada la autoría y la integridad del instrumento, reemplazando la garantía puramente algorítmica por una de rango fedatario superior. La firma que el notario certifica deja de ser un trazo para convertirse en un acto jurídicamente calificado, cuya impugnación exige la demostración de falsedad del instrumento público o del instrumento con firma certificada (arg. Lamber, 2021, pp. 359 y ss.).

A diferencia de las plataformas privadas de firma electrónica, que registran datos técnicos (IP, geolocalización, *timestamp*, biometría de comportamiento), pero no realizan el juicio preventivo, la intervención notarial aporta una certeza jurídica de pleno derecho que no admite ser destruida por el simple desconocimiento del firmante. Esta diferencia es la que justifica, desde el punto de vista procesal, la distinción entre la preparación de la vía ejecutiva –exigida para instrumentos con firma electrónica sin certificar– y la ejecutoriedad directa de los instrumentos con firma certificada notarialmente, conforme al artículo 314 del CCCN.

4.3. La evolución institucional: firma remota y certificación notarial telemática

El notariado argentino ha protagonizado una modernización vanguardista al integrar herramientas telemáticas que permiten sostener la fe pública en la virtualidad. Un hito de esta evolución fue la implementación, por parte del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, de un sistema de firma remota con certificación notarial. Este sistema –iniciado durante la

de los escribanos para actuar en la facción de documentos extraprotocolares, dotados de la plena eficacia que otorga la dación de fe de su ministerio.

emergencia sanitaria de 2020 y perfeccionado sustancialmente en años recientes, fundamentalmente con su última actualización– permite validar la identidad contra bases oficiales del Registro Nacional de las Personas (RENAPER) y capturar parámetros biométricos del trazo (presión, ángulo, velocidad) para asegurar su autenticidad.

Entendemos que la videoconferencia notarial sólo es admisible cuando se cumplen tres condiciones: i. identificación fehaciente del compareciente mediante su conocimiento previo o biometría contrastada con bases de datos oficiales; ii. realización de esta a través de sitios seguros proporcionados por los Colegios de Escribanos; iii. integración de la firma digitalizada al documento criptográficamente ligada al instrumento, de modo que cualquier alteración posterior sea detectable.

Cuando se cumplen estas condiciones, la fe pública notarial es plena e indistinguible de la producida por la comparecencia física.

4.4. La diferencia irreductible entre certificar firmas y validar algoritmos

La doctrina mayoritaria sostiene que tiene sentido que un escribano “certifique” una firma digital propiamente dicha, pero con una aclaración fundamental: el escribano no certifica la corrección matemática del algoritmo –eso lo puede hacer cualquier software de verificación de infraestructura de clave pública (PKI)–, sino la identidad del titular de la clave y la idoneidad del acto volitivo. Una función criptográfica no realiza el “juicio de capacidad y discernimiento” preventivo que constituye la esencia del acto notarial.

La doctrina ha destacado la necesidad de distinguir con precisión entre autenticación técnica y autenticación jurídica: la criptografía verifica la autoría formal del acto, pero no puede acreditar que el firmante quiso y comprendió lo que suscribía. Esta distinción, aunque con frecuencia soslayada en los debates técnicos, tiene consecuencias jurídicas de primera magnitud en materias como el testamento ológrafo digital, los contratos con objeto complejo y los actos que requieren de modo expreso la voluntad libre e informada.

4.5. La intervención notarial como plusvalor frente a las plataformas privadas de firma

El contraste entre documentos sólo firmados mediante plataformas informáticas privadas y aquellos donde interviene un oficial público es revelador. Las plataformas privadas (DocuSign, Dropbox Sign –antes

HelloSign-, FirmaPro, Contractia, entre otras) ofrecen soluciones de firma electrónica que, si bien son eficientes y generan certificados detallados de auditoría (direcciones IP, geolocalización, factores de autenticación), carecen de presunción automática de autoría ante un repudio judicial y requieren, en consecuencia, complejas pericias informáticas.

Cuando un sujeto plasma su firma ante un notario –ya sea físicamente o mediante plataforma de videoconferencia institucional–, la naturaleza del documento se transforma. La diferencia irreductible reside en la “justicia preventiva”: el notario verifica la capacidad civil y la ausencia de coacción, blindando el documento mediante la fe pública delegada por el Estado, un grado de certeza inalcanzable para un software que opera de manera aislada. Esta diferencia funcional ha sido destacada por Jorge Alterini al comentar el artículo 314 del CCCN: la equiparación entre la firma certificada ante notario y el reconocimiento judicial de firma implica que el juez no puede cuestionar la autenticidad de la firma sin una impugnación formal por vía de falsedad. Este estándar es cualitativamente distinto del que se aplica a los instrumentos con firma electrónica, donde el mero desconocimiento del firmante desplaza la carga de la prueba hacia quien presenta el instrumento (Orelle, 2016).

4.6. El protocolo notarial y la custodia documental: régimen vigente y perspectivas digitales

Un aspecto frecuentemente soslayado en los debates sobre firma digital y notarial es el de la custodia y conservación a largo plazo de los documentos. En el sistema notarial argentino, el escribano y –con posterioridad– los archivos de protocolos tienen la obligación legal de custodiar y conservar las escrituras en su protocolo. En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, esta obligación se rige por la Ley 404 de la Legislatura Porteña, que derogó la anterior Ley 12990 –dictada por el Congreso Nacional para la entonces Capital Federal–, adecuando el régimen notarial a la autonomía institucional reconocida por el artículo 129 de la Constitución Nacional. Las provincias, por su parte, se rigen por sus propias leyes orgánicas notariales. En todos los casos, la obligación de custodia se extiende por décadas bajo el control y la supervisión de los respectivos colegios notariales, ofreciendo una garantía de preservación documental que las plataformas privadas de firma electrónica no pueden equiparar en ese horizonte temporal.

En el derecho argentino, la pregunta sobre si ese régimen de custodia puede trasladarse íntegramente al soporte electrónico permanece abierta. A la fecha, el protocolo notarial digital propiamente dicho –entendido como

el conjunto de instrumentos autorizados, numerados y conservados en soporte digital con plena equivalencia funcional al protocolo en papel- no ha sido implementado. Existen, no obstante, estudios y proyectos en curso y con amplio grado de avance, impulsados por los colegios notariales y por la doctrina especializada que tienden a determinar su viabilidad técnica y jurídica, en particular en lo que hace a la identificación unívoca de los folios, la integridad del orden cronológico, el sellado de tiempo cualificado y el régimen de acceso y reproducción de copias.

La doctrina notarial ha identificado los requisitos mínimos que debería satisfacer un protocolo digital para ser jurídicamente equivalente al tradicional: i. firma digital del notario autorizante sobre cada instrumento, con certificado emitido por una autoridad certificante habilitada por el respectivo colegio; ii. sellado de tiempo cualificado que acredite la fecha cierta de autorización; iii. almacenamiento en sistemas con redundancia certificada y custodia bajo la órbita colegial, y no del escribano de forma individual; iv. garantía de preservación a largo plazo compatible con los términos de conservación establecidos por las leyes orgánicas notariales.

En la República Argentina y hasta que un marco normativo específico regule estos extremos, el protocolo en soporte papel -con sus garantías de integridad física y custodia institucional consolidadas por siglos de práctica- continúa siendo el estándar de referencia en materia de conservación documental notarial.

4.7. El sistema francés como modelo de protocolo digital en funcionamiento

En la actualidad, el sistema francés constituye el ejemplo más desarrollado y operativo de protocolo digital notarial en el mundo del notariado latino. Su pieza central es el *acte authentique électronique* (AAE), cuya base normativa fue establecida por el Decreto 2005-973 del 10 de agosto de 2005, que modificó el Decreto 71-941 del 26 de noviembre de 1971 relativo a los actos establecidos por los notarios, reconociendo plena equivalencia jurídica entre la escritura en soporte papel y su contraparte digital. La piedra angular del sistema es el Minutier Central Électronique des Notaires (MICEN), gestionado por el Conseil Supérieur du Notariat (CSN) y operativo desde el año 2008. A través del MICEN, cada *acte authentique électronique* es almacenado de manera centralizada, con redundancia geográfica, en una infraestructura de custodia nacional bajo control colegial, sustituyendo con plena eficacia jurídica el protocolo en papel. El notario francés suscribe cada instrumento con su firma electrónica cualificada (equivalente a la firma digital argenti-

na), emitida por el organismo certificador propio del notariado francés (Notaires de France), y el acto queda sellado en tiempo con un *timestamping* cualificado que garantiza la fecha cierta.

El funcionamiento práctico del MICEN ilustra con precisión cómo pueden satisfacerse los cuatro requisitos que la doctrina notarial argentina exige para un protocolo digital equivalente al tradicional. En primer lugar, la firma cualificada digital del notario autorizante sobre cada instrumento es condición de existencia del acto: la plataforma rechaza automáticamente cualquier documento que no lleve la firma del notario. En segundo lugar, el sellado de tiempo cualificado, emitido por una Autoridad de Sellado autorizada conforme el Reglamento eIDAS, acredita la fecha cierta con presunción legal. En tercer lugar, el almacenamiento es responsabilidad del Conseil Supérieur du Notariat y no del notario de forma individual. Esto garantiza la continuidad de la custodia más allá de la vida profesional del autorizante, con redundancia geográfica certificada. En cuarto lugar, el sistema prevé un régimen de preservación a largo plazo –*archivage à valeur probatoire*– basado en los estándares de la Norme Française NF Z 42-013, que garantiza la legibilidad e integridad de los documentos por períodos equivalentes o superiores a los exigidos por las leyes orgánicas notariales francesas –un mínimo de setenta y cinco (75) años para escrituras que afectan derechos reales–. La transmisión de copias auténticas a los requirentes y a los registros públicos se realiza también por vía digital a través del Réseau Privé Virtuel des Notaires (RPVN), una red privada de comunicaciones de alta seguridad, gestionada por el propio notariado, que evita la exposición del documento a redes públicas en cualquier etapa del proceso.

Son múltiples las lecciones que el modelo francés ofrece al debate argentino sobre el protocolo digital. La primera es institucional: el éxito del MICEN se basa en que la titularidad del sistema de custodia recae en el organismo rector del notariado, y no en un proveedor tecnológico privado, lo que garantiza la neutralidad, la continuidad y la independencia del archivo respecto de intereses comerciales. La segunda es técnica: la adopción de estándares abiertos e interoperables –ISO 19005 para el formato de archivo, NF Z 42-013 para la preservación, eIDAS para los servicios de confianza– evitó la obsolescencia tecnológica y permitió la integración del MICEN con los registros públicos y con los sistemas notariales de otros países europeos. La tercera es normativa: la modificación del decreto de 1971 fue mínima y quirúrgica, ya que se limitó a reconocer la equivalencia del soporte y de la firma, sin alterar el régimen sustancial del acto notarial. Esto ofrece un modelo legislativo de reforma parsimonioso que Argentina podría replicar mediante

la modificación puntual de las leyes orgánicas notariales provinciales y de la Ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin necesidad de una reforma legislativa de mayor envergadura. Finalmente, la cuarta lección es probatoria: más de quince años de aplicación del MICEN han demostrado que el *acte authentique électronique* es impugnabile exclusivamente por la vía de la *inscription de faux* –equivalente a nuestra redargución de falsedad–, con el mismo estándar probatorio que el acto notarial en papel. Esto confirma que el soporte digital no degrada la fuerza probatoria del instrumento público cuando el sistema de custodia reúne las garantías institucionales adecuadas.

5. El impacto del Decreto 743/2024 y la reconfiguración del ecosistema

El Decreto 743/2024 modificó el Decreto Reglamentario 182/2019, introduciendo reformas estructurales al sistema de firma digital argentino. Sus innovaciones más relevantes presentan implicaciones tanto para el régimen de la firma digital como para el ejercicio de la función notarial (ver Bielli y Salierno, 2025, p. 195).

Una de las modificaciones más disruptivas fue la eliminación del requisito de presencialidad física para obtener un certificado digital. Ahora, el enrolamiento puede realizarse de manera remota mediante la validación biométrica en tiempo real contra las bases del RENAPER. Este avance traslada el punto crítico de seguridad hacia la robustez de los algoritmos de detección de vida –*liveness detection*– frente a posibles ataques cibernéticos, exigiendo alineamiento con estándares internacionales como los del Instituto Nacional de Estándares y Tecnología (NIST, por sus siglas en inglés).

Simultáneamente, el decreto autoriza a los certificadores licenciados a delegar funciones en las autoridades de registro subordinadas, y consolida el modelo de “firma en la nube”. En este esquema, las claves privadas de los usuarios residen en módulos de seguridad centralizados en poder del prestador, a las que el titular accede mediante autenticación multifactor. Aunque democratiza el acceso a la firma digital, genera debates doctrinarios sobre el requisito del “exclusivo control” de la clave privada exigido por el artículo 2 de la Ley 25506. Cabe señalar que la doctrina europea –desarrollada bajo el marco del Reglamento eIDAS, en particular en torno a sus artículos 25 y 26– ha comenzado a reinterpretar ese requisito en clave funcional, de forma consonante con el modelo de firma en la nube. Esto anticipa el probable camino que habrá de transitar la doctrina argentina al

interpretar el artículo 2 de la Ley 25506 en el nuevo ecosistema habilitado por el Decreto 743/2024.

Desde la perspectiva notarial, el Decreto 743/2024 tiene una implicancia indirecta de importancia: al facilitar el acceso de los ciudadanos y profesionales a la firma digital, refuerza la viabilidad del instrumento notarial electrónico firmado digitalmente. El escribano puede suscribir sus instrumentos con firma digital –obtenida de los certificadores habilitados por los colegios notariales–, el requirente puede hacer lo propio a través de la plataforma de la autoridad de registro correspondiente. El resultado es un instrumento con doble protección: la fe pública notarial y la presunción *iuris tantum* de la firma digital.

Para sostener este ecosistema, la infraestructura de firma digital de la República Argentina (IFDRA) cuenta con diversos certificadores vigentes. Entre ellos se destacan entidades del sector público como la Autoridad Certificante de la Oficina Nacional de Tecnologías de Información (AC-ONTI), destinada al ámbito gubernamental, y la Autoridad Certificante de Modernización-Plataforma de Firma Digital Remota (AC Modernización PFDR), que brinda soluciones gratuitas a los ciudadanos. En el ámbito privado, operan empresas especializadas como Encode SA, Lakaut SA, Box Custodia de Archivos SA y Digilogix SA, las cuales ofrecen herramientas corporativas de tokenización, flujos de trabajo y gestión documental electrónica avanzada.

Una cuestión aún no resuelta expresamente por el Decreto 743/2024 es la posibilidad de que los colegios notariales actúen como autoridades de registro subordinadas de los certificadores licenciados, habilitando al escribano para emitir o renovar certificados digitales de los comparecientes en el curso del mismo acto de otorgamiento. Esta integración permitiría fundir en un solo momento la verificación de identidad biométrica, propia del enrolamiento remoto, con el juicio preventivo de capacidad y voluntad propio del acto notarial, generando un instrumento de máxima seguridad jurídica. La reglamentación pendiente del decreto es la oportunidad institucional para consagrar este modelo, que convertiría al escribano en el punto de convergencia entre la infraestructura de clave pública y la fe pública delegada por el Estado.

6. Evolución jurisprudencial y aceptación procesal

El impacto práctico de la dicotomía legal y la interpretación del artículo 288 CCCN se ha manifestado con intensidad en los tribunales argentinos.

El análisis jurisprudencial permite identificar tres etapas claramente diferenciadas: una etapa de rechazo sistemático, otra de apertura cautelosa y, finalmente, una etapa de consolidación con matices.

6.1. La etapa de rechazo: ejecuciones fintech y exigencias de firma digital

Inicialmente, el sector *fintech* enfrentó un rechazo jurisdiccional sistemático: los jueces desestimaban las ejecuciones de créditos otorgados con firma electrónica, argumentando que dichos contratos carecían del rigor de la firma digital y no constituían títulos ejecutivos hábiles. Esta postura se apoyaba en una lectura literal del artículo 288 del CCCN y en la ausencia de regulación específica para la firma electrónica en contextos ejecutivos. Como señalan Bielli y Ordoñez, esta postura jurisprudencial inicial implicaba en la práctica una derogación de facto del comercio electrónico de crédito, toda vez que la inmensa mayoría de los préstamos otorgados por plataformas *fintech* utilizan la firma electrónica y no la firma digital certificada por autoridad licenciada.

6.2. El fallo “Sift” y la apertura jurisprudencial

El hito que quebró la resistencia fue el pronunciamiento recaído en autos “Sift SA c/ Mendoza, Carolina Daniela s/ cobro ejecutivo” (Cám. Civ. y Com. Sala I de Lomas de Zamora, 2022). Este determinó que, aunque la firma electrónica carezca de presunciones automáticas, un mutuo así documentado es idóneo para requerir la “preparación de la vía ejecutiva”. Si el deudor desconoce la firma, recae sobre el acreedor la demostración de su autenticidad mediante peritajes. Este criterio –que implica una lectura del artículo 288 del CCCN compatible con el artículo 319 del mismo cuerpo legal y con los principios del proceso– abrió la puerta a la aceptación judicial de la firma electrónica en contextos negociales.

6.3. La consolidación: sociedades de garantía recíproca (SGR) y contratos telemáticos

Este criterio aperturista se consolidó en fallos posteriores, entre los cuales merecen destacarse:

- a) “Crecer SGR c/ RJ Viñedos SA s/ ejecutivo” (CNCom. Sala B, 2023). La Cámara reconoció que exteriorizar la voluntad a través de plataformas de *home banking* o validaciones tokenizadas constituye una firma

válida y apta para la preparación de la vía ejecutiva, revocando el rechazo liminar de la ejecución. El tribunal fundó su decisión en que la firma electrónica es válida para exteriorizar la voluntad conforme la Ley 25506 y el artículo 72 de la Ley 24467.

- b) “Garantizar SGR c/ Onda Pets SA s/ ejecutivo” (CNCom. Sala E, 2025). El tribunal precisó que el rechazo in limine de la vía ejecutiva, basado en la ausencia de firma digital, importaría una denegación de justicia incompatible con los principios constitucionales de tutela judicial efectiva y de equivalencia funcional, avalando la habilitación de la ejecución sin la preparación de la vía ejecutiva para contratos de garantía celebrados telemáticamente, revocando lo resuelto en primera instancia.
- c) “Garantizar SGR c/ Medsurgical Argentina SA y otros s/ ejecutivo” (CNCom. Sala A, 2025). La Cámara confirmó el pronunciamiento de primera instancia que ordenó la preparación de la vía ejecutiva conforme los artículos 525, 526 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), rechazando el recurso de la actora que pretendía habilitar la ejecución directa. El tribunal señaló que el contrato de garantía recíproca había sido suscripto mediante firma electrónica desmaterializada –desconectada físicamente del instrumento– cuya verificación exigía acceder a una página web a través de un enlace, lo que impedía habilitar la ejecución directa en los términos del artículo 523 (CPCCN). Al mismo tiempo, la Sala destacó que el certificado de garantía N° 74.648 sí había sido suscripto con firma digital, cumpliendo el requisito de la Resolución 21/2021 de la Secretaría de la Pequeña y Mediana Empresa y los Emprendedores (SePyME). El fallo añade una limitación procesal de primera importancia: ante el eventual desconocimiento del documento por el ejecutado, no sería posible producir prueba pericial en el marco del proceso ejecutivo –debido a su estrechez cognoscitiva y la ausencia de regulación expresa en la ley ritual–, debiendo el acreedor acudir, en consecuencia, a un trámite de conocimiento con plena amplitud probatoria.

Estos fallos no habilitan la vía ejecutiva en forma directa para contratos con firma electrónica sin certificación notarial. Obligan a abrir previamente la “preparación de la vía ejecutiva” conforme los artículos 525, 526 y siguientes (CPCCN), con la dificultad de prueba que ello supone para el acreedor. El fallo “Medsurgical” agrega además que, si el ejecutado desconoce el documento, no cabe pericia en el proceso ejecutivo –ni siquiera informática–, y, en consecuencia, el acreedor debe reconducir su

acción a un proceso de conocimiento pleno. En dicho expediente (ante el Juzg. Nac. Comercial N° 10, Secretaría N° 100), la actora alegó en su escrito de revocatoria y apelación en subsidio que, según su criterio, resultaría suficiente:

la demostración de la autoría de las firmas a través de un proceso de validación de identidad, y de conformidad con los art. 72 de la Ley 24467, art. 286 CCCN y art. 29 de la Resolución 21/2021 dictada por la SEPME. La normativa citada autoriza a las Sociedades de Garantía Recíproca a celebrar, con sus socios partícipes y/o terceros, contratos mediante instrumentos particulares no firmados, entendiendo por tal aquellos celebrados mediante documentos electrónicos que cuenten con firmas electrónicas. Para ello, las SGR deberán utilizar un soporte asociado a la tecnología *blockchain*, emitir Certificados de Garantía suscriptos con firma digital e informar a la Autoridad de Aplicación el soporte de infraestructura digital elegido para la instrumentación de los contratos y las medidas adoptadas para validar la identidad de los usuarios. En cumplimiento con los requisitos mencionados, Signatura Connect es una plataforma que permite aplicar a los documentos requeridos, una firma electrónica avanzada (o compleja) con la emisión de un certificado, utilizando la tecnología *blockchain*. De esta forma, permite demostrar la autoría de la firma inserta en el documento, a través de un proceso de validación de identidad que usa los datos de AFIP (clave fiscal - esta opción fue la elegida por GTZ), la integridad del mismo y fecha cierta. En cumplimiento con lo establecido por el art. 288 CCCN, cabe precisar que cada firma se certifica en la *blockchain* para asegurar la fecha cierta e inmutabilidad de los 2 documentos. Para la verificación de identidad mediante AFIP, el firmante debe ingresar su CUIT y su Clave Fiscal. La integración de la validación se realiza mediante Autenticar, con un proceso confiable y probado, a través de OpenID Connect la que permite identificar a un ciudadano y acreditar su identidad de forma estandarizada y securizada. La verificación de la firma se hace fácilmente a través de un acceso directo que se encuentra en el margen inferior derecho del documento. En consecuencia, los títulos base de la presente ejecución han sido suscriptos de conformidad y en cumplimiento con lo dispuesto en el marco legal mencionado y revisten carácter ejecutivo por sí mismos, para exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes firmantes, conforme el art. 70 de la Ley 24467 y art. 523 inc. 7 CPCC. (fs. 50/56 del expediente)

Frente a esa revocatoria, el juez de primera instancia resolvió:

La preparación de la vía ejecutiva (art. 526 CPCCN constituye el paso procesal ineludible para que, una vez reconocida o probada la autoría del instrumento, opere un perfeccionamiento de la previsión legal, desplazando al documento incompleto y dando lugar a un instrumento plenamente válido en los términos de los arts. 287 y 314 CCyCN). Una solución contraria importaría alterar la estructura lógica de este tipo de proceso pues el documento electrónico no goza de la presunción de autoría e integridad ni puede asignársele el alcance

como reconocido judicialmente o como certificado por escribano. (fs. 57 del expediente)

Ante el recurso de apelación, el 15 de diciembre de 2025 la Cámara resolvió:

Pues bien, es sabido que los procesos de ejecución tienen por objeto hacer efectivo el cumplimiento de una obligación documentada en alguno de los títulos judiciales o extrajudiciales que, de acuerdo con la ley, autorizan a presumir certeza en el derecho del acreedor. Su objeto no consiste en declarar la certeza de un derecho sino en satisfacer una prestación. Justamente, dentro de esta categoría se encuentra el juicio ejecutivo, que es el que apunta a que sean cumplidas determinadas prestaciones resultantes de ciertos títulos extrajudiciales a los cuales la ley procesal y, en ocasiones, la de fondo, les asigna fuerza suficiente para ser reclamados por esta vía, siempre y cuando encuadren en las disposiciones por ellas señaladas (Palacio, Lino, "Tratado de Derecho Procesal", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1994, T. VII, pág. 333; Kölliker Frers, Alfredo A, "El Título ejecutivo frente a las necesidades del tráfico actual", El Derecho, T. 184-1246). A través de esta clase de procesos, en tanto se hallan dotados de cierta apariencia de verosimilitud en virtud de las características del crédito invocado, se procura acelerar los procedimientos en favor del acreedor, en pos de lo cual resulta viable la agresión inmediata del patrimonio del deudor, encontrándose notoriamente reducidos los trámites de defensa del demandado. En suma, el juicio ejecutivo es un proceso rápido de liquidación, instituido en miras al interés social de crear medios expeditivos que favorezcan las transacciones económicas. Ahora bien, para que el título resulte idóneo, debe cumplir con los requisitos previstos en el art. 520 del CPCCN, a saber: a) que el título consigne una obligación de dar suma de dinero; b) que se trate de una cantidad líquida o parcialmente liquidable; y c) que la obligación sea exigible al demandado, vale decir, que sea de plazo vencido y no se encuentre subordinada a condición o prestación alguna. La ausencia de cualquiera de estos requisitos determina la inhabilidad del título o, lo que es lo mismo, la imposibilidad de reclamar su cobro por la vía ejecutiva. De ahí, entonces, que el art. 531 del CPCCN imponga el deber al Juez de examinar cuidadosamente el título. [...] Recuérdese que, conforme lo dispuesto por el art. 288 CCCN, la firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde y debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, como es el caso de autos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, recurso técnico que asegura indubitablemente la autoría e integridad del instrumento. Ahora bien, se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación, simultáneamente, permita identificar al firmante y

detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma (art. 2, Ley 25506). A su vez, se considera firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital; en caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez (art. 5, Ley 25506). Pues bien, mediante la Resolución 21/2021 de la Secretaría de la Pequeña y Mediana Empresa y los Emprendedores se autorizó la celebración de contratos de garantía recíproca mediante instrumentos particulares no firmados, en los términos establecidos en la propia resolución (art. 29). Sobre el particular, la misma normativa establece que los contratos de garantía recíproca celebrados entre las Sociedades de Garantías Recíproca y sus socios partícipes y/o terceros podrán ser celebrados mediante documentos electrónicos que cuenten con firmas electrónicas y que la elección del soporte de infraestructura digital utilizado para llevar adelante estas operaciones, así como los criterios de validación de identidad utilizados respecto de los usuarios de las firmas electrónicas necesarias para perfeccionar los contratos será de exclusiva responsabilidad de las Sociedades de Garantía Recíproca, debiendo utilizarse un soporte asociado a la tecnología blockchain (art. 29, punto 4, párrs. 2do y 3er). Finalmente, se establece que el Certificado de Garantía que emita la Sociedad de Garantía Recíproca deberá ser suscripto con firma digital (art. 29, punto 4, 4º párr.). En la especie, si bien el Certificado de Garantía N° 74.648 ha sido firmado digitalmente, no ocurre lo mismo con el Contrato de Garantía Recíproca, que habría sido suscripto mediante firmas electrónicas, las cuales aparecen, desmaterializadas, desconectadas físicamente de los instrumentos que se suscribirían con ellas, pues para su verificación es necesario, adentrarse en una página web a través del link allí inserto (<https://firmas.info/YmvPVSNW>), lo que impide habilitar sin más la ejecución, en los términos del art. 523 CPCCN. No obstante ello, dicho instrumento constituiría un documento privado cuya presunta firma electrónica, si bien escindida del cuerpo del documento que dicen suscribir y desmaterializada, resulta potencialmente susceptible de ser reconocida judicialmente, por lo que en tales condiciones, dentro de esta etapa inicial del proceso y sin perjuicio de las defensas que pudieran eventualmente oponer la accionada, esta Sala estima procedente adecuar el procedimiento a seguir en autos a las nuevas tecnologías que lucen pactadas y aceptadas entre las partes, al amparo de la normativa que se invoca, y ordenar la preparación de la vía ejecutiva en los términos de los arts. 525, 526 y ss. CPCCN. *Ello, con la aclaración de que, para el supuesto de que aquellos documentos sean desconocidos en todos o algunos de sus términos por algún ejecutado, no cabrá la posibilidad de llevar adelante una prueba pericial –que no podría ser caligráfica en el caso, sino eventualmente informática, o de similar tenor–, dada la estrechez cognoscitiva del proceso ejecutivo y el hecho de no estar prevista dicha contingencia por la ley ritual vigente, debiendo el banco, en ese caso, acudir a un trámite*

*de conocimiento pleno, con la consiguiente amplitud probatoria que le es inherente, para obtener el reconocimiento judicial de su derecho. Sobre tales bases entonces, se impone el rechazo del agravio bajo examen.*⁸

6.4. La diferencia procesal decisiva: firma certificada notarialmente vs. firma electrónica

Existe una clara diferencia con la firma certificada notarialmente, aun la que se toma a distancia en medios electrónicos: conforme al artículo 314 del CCCN, esta equivale a la firma reconocida judicialmente, y es apta para la vía ejecutiva, sin necesidad de la instancia previa de prueba de la autenticidad del documento. Esta distinción implica que, desde el punto de vista del acreedor y de la seguridad en los negocios jurídicos, la certificación notarial de la firma –incluso en formato electrónico a distancia– sigue siendo el mecanismo de mayor eficacia procesal y ejecutabilidad directa. Ninguna plataforma privada de firma electrónica, por sofisticada que sea su tecnología, puede hoy ofrecer una equivalencia funcional a este estándar.

6.5. El Poder Judicial y el expediente digital

En el ámbito interno del Poder Judicial, las acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) han legitimado definitivamente el expediente digital, dotando de validez procesal incuestionable a las firmas electrónicas y digitales de jueces y letrados para todos los actos jurisdiccionales. Las Acordadas 31/2011, 11/2014 y 3/2015, y sus sucesivas actualizaciones, junto con el Sistema de Gestión Judicial (SGJ) y el Portal de Causas, han construido un ecosistema procesal digital en el que la firma electrónica de los operadores judiciales actúa con plena eficacia, demostrando que la convivencia entre firma electrónica y seguridad jurídica es no sólo posible, sino cotidiana.

Las Acordadas 4/2020, 11/2020 y 12/2020 de la CSJN, dictadas en el contexto de la pandemia, autorizaron la presentación de escritos judiciales con firma electrónica, la realización de audiencias por videoconferencia y la firma electrónica de resoluciones con posterioridad a la audiencia, sentando un precedente institucional de primera importancia sobre la validez de la actuación judicial a distancia.

8. El destacado es nuestro.

7. Perspectivas de reforma legislativa: el camino hacia la firma electrónica avanzada

Consideramos necesaria una reforma legislativa que incorpore expresamente la categoría de la firma electrónica avanzada al ordenamiento argentino. Esta reforma, que estaría en línea con las tendencias internacionales y con los estándares del eIDAS y de la CNUDMI, permitiría:

- 1) Dotar de mayor certeza jurídica a las firmas de alto estándar técnico que hoy caen en el género residual de la firma electrónica, pese a ofrecer garantías objetivamente superiores.
- 2) Facilitar la integración de Argentina en el comercio electrónico internacional, especialmente con la Unión Europea y con los países que ya han adoptado la categoría de FEA.
- 3) Proporcionar una base normativa expresa para las plataformas de firma electrónica de las entidades financieras, los colegios profesionales y los organismos públicos que hoy operan en una zona gris.
- 4) Reconocer legislativamente la distinción entre la Firma Electrónica Avanzada y la certificación notarial, precisando los efectos propios de cada categoría y evitando confusiones conceptuales que afectan la seguridad jurídica.

Sin embargo, ninguna reforma legislativa en materia de firma electrónica avanzada puede suplir la función notarial: la FEA y la certificación notarial persiguen objetivos distintos y complementarios. La FEA resuelve el problema de la autoría técnica; la certificación notarial resuelve el problema de la voluntad jurídica. Una reforma que avance en el reconocimiento de la FEA sin afectar el régimen de la certificación notarial sería bienvenida; una que pretenda sustituir la función notarial por la tecnología desconocería la naturaleza institucional de la fe pública.

8. Conclusiones

El análisis desarrollado en este trabajo permite formular las siguientes conclusiones ordenadas desde la perspectiva de la seguridad jurídica preventiva:

- I. La firma electrónica sin certificación notarial, pese a los avances jurisprudenciales recientes, sigue requiriendo la preparación de la vía ejecutiva cuando el deudor desconoce su autoría. Su eficacia procesal

depende de la robustez de los registros de auditoría y de la pericia informática, lo que introduce una variable de incertidumbre que el acreedor debe gestionar.

- II. La firma digital, aunque goza de presunciones *iuris tantum* de autoría e integridad, no elimina la posibilidad de impugnación; simplemente, invierte la carga de la prueba. Tampoco garantiza por sí sola el control preventivo de identidad, capacidad y voluntad que constituye la esencia de la función notarial.
- III. La certificación notarial de firma –ya sea en soporte físico o en entorno digital a distancia, mediante plataformas institucionales seguras– es el mecanismo de mayor eficacia procesal en el derecho argentino. Conforme al artículo 314 del CCCN, equivale a la firma reconocida judicialmente y habilita directamente la vía ejecutiva sin preparación previa. Esta preferencia procesal no es accidental: refleja el valor jurídico insustituible del control preventivo realizado por el escribano.
- IV. El Decreto 743/2024 ha modernizado el acceso a la firma digital y habilitado la firma en la nube, un avance significativo para la masificación del ecosistema. Sin embargo, la transición hacia el enrolamiento remoto exige un alineamiento riguroso con estándares internacionales de seguridad biométrica para preservar la integridad del sistema.
- V. Argentina necesita una reforma legislativa que incorpore expresamente la categoría de la firma electrónica avanzada, cerrando el vacío clasificatorio que hoy equipara tecnologías muy dispares en el género residual de la firma electrónica. Esa reforma debe preservar y fortalecer el régimen de la certificación notarial, reconociendo que la tecnología y la fe pública son complementarias y no sustitutivas.
- VI. El derecho comparado ofrece una lección unívoca: las jurisdicciones que han incorporado la categoría de firma electrónica avanzada –Unión Europea, Chile, Uruguay, Brasil– no lo hicieron en detrimento de la función notarial sino como complemento de ella. La firma electrónica avanzada resuelve la masificación del tráfico electrónico de bajo y mediano riesgo; la certificación notarial concentra su indispensable valor en los actos de alta complejidad, los derechos reales y los negocios jurídicos que requieren el control preventivo de voluntad. Argentina puede y debe transitar ese mismo camino sin temor a que la modernización tecnológica erosione las garantías institucionales que el notariado ofrece a la seguridad jurídica. La convergencia entre estos dos planos –el tecnológico y el fedatario– es la condición necesaria

para que el ecosistema digital argentino alcance los estándares de confianza que el tráfico jurídico transfronterizo contemporáneo exige.

VII. El modelo francés demuestra que el protocolo digital notarial no es una aspiración teórica, sino una realidad jurídicamente sólida y madura desde el punto de vista técnico, en funcionamiento ininterrumpido desde 2008. Su experiencia permite afirmar, con base empírica y no meramente especulativa, que la transición del protocolo en papel hacia el protocolo digital es viable sin pérdida alguna de la fuerza probatoria del instrumento notarial, siempre y cuando la arquitectura institucional del sistema descansa en tres pilares: titularidad colegial de la custodia, estándares abiertos de preservación a largo plazo y firma cualificada del notario autorizante sobre cada instrumento. Para la República Argentina, la implementación de un protocolo digital equivalente es jurídicamente posible en el marco normativo vigente –ya que la Ley 25506 y el Decreto 743/2024 ya proveen la infraestructura de firma digital necesaria– y no requiere una reforma legislativa de envergadura: bastaría con modificaciones puntuales en las leyes orgánicas notariales provinciales, y en la Ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para reconocer el soporte digital como equivalente funcional del papel en el protocolo, en análoga línea a la reforma mínima que Francia realizó sobre su decreto notarial de 1971. La condición institucional *sine qua non* es que la plataforma de custodia sea gestionada bajo la órbita de los colegios notariales –y no delegada a proveedores tecnológicos privados–, replicando el modelo del MICEN francés y del Consejo Superior del Notariado europeo. Los estudios y proyectos que los colegios notariales argentinos tienen actualmente en curso constituyen el punto de partida adecuado; el ejemplo francés les ofrece una hoja de ruta probada que permitiría acelerar significativamente ese proceso sin necesidad de reinventar soluciones ya consolidadas.

VIII. El notariado argentino, a través de sus colegios y de la doctrina especializada, ha demostrado una capacidad de adaptación notable al ecosistema digital. La firma remota con certificación notarial, la videoconferencia notarial institucional y los profusos estudios sobre la pronta implementación del protocolo digital representan la vanguardia de la fe pública en el siglo XXI: mantienen la esencia del control preventivo de voluntad mientras adoptan los mejores estándares tecnológicos disponibles. Este modelo –que combina la certeza institucional con la innovación tecnológica– es el que mejor responde a los desafíos de la digitalización del tráfico jurídico contemporáneo.

IX. La comunidad mundial reclama hoy, más que nunca, seguridad y certidumbre jurídica en la existencia de los derechos individuales. Con razón se ha dicho que

En una época como la nuestra, donde la inseguridad se ha convertido en la dimensión estructural de la vida personal, profesional y pública de cada uno de nosotros, no es un hecho casual que la cuestión de la "certeza del derecho" nuevamente haya cobrado importancia, no sólo en los estudios doctrinarios de los juristas, sino también en el análisis económico, político y social, en las decisiones de las cortes, e incluso en las propuestas legislativas. (Alpa, 2006)

En este aspecto, el notario ejerce una de las más nobles tareas entre los hoy denominados operadores del derecho. Su función excede la de un mero documentador, su principal cometido es precaver, prevenir el litigio, actuar en forma imparcial entre las partes, mediando de modo permanente en la regulación de sus intereses, y dando forma adecuada a la interacción de las respectivas autonomías de voluntad. Se ha dicho con acierto que "el notario lo que hace en realidad es interpretar, 'traducir' (en su auténtico sentido etimológico de *transducere*, llevar) la realidad social al campo del derecho, trasladar el hecho al derecho, 'ligar la Ley al hecho'" (Carnelutti, 1950⁹).

X. Como expresó Núñez Lagos hace muchos años, "Frente a esta evolución que sufre el mundo, todo aquello que los escribanos no nos apresuremos a crear a favor de la colectividad, progreso y seguridad económica-notarial nos será impuesto" (Arce Castro, 1950).

El desafío es importante, y el notariado argentino está en el camino correcto para terminar de incorporar los avances tecnológicos a su quehacer diario, en todas sus dimensiones funcionales, en forma casi inmediata. Su función es irremplazable; la forma, el rito, mutables y adaptables a los requerimientos sociales actuales.

9. El autor agrega: "a los Notarios les cuadra perfectamente la categoría de 'escultores del Derecho'. Porque la función del Notario –que formalmente es también, como en el caso del Juez, la de juzgar– se encamina directamente a que la voluntad declarada de las partes vaya por sus cauces normales evitando toda posibilidad de litigio. Los romanos, a este respecto, han dejado esculpidas en tres palabras maravillosas la actividad del jurista. Para ellos el jurista debía '*cavere, postulare, respondere*'. *Postulare*, es la actividad específica del abogado defensor. *Respondere*, es la actividad común al Notario y al abogado defensor. *Cavere*, esto es precaver, que es la función específica del Notario y sin duda la más alta y hermosa, porque obliga al Notario a hablar claro, con sabiduría y honestidad [...]. Cuando se trata de ganar o perder una causa litigiosa puede bastar el conocimiento del Derecho; cuando se trata de llegar al fondo de un negocio jurídico en el que entran en juego razones de suprema importancia, la capacidad técnica no basta, hace falta la idoneidad moral, la honestidad. Por eso el Notario es, ante todo y sobre todo, el 'hombre de la buena fe'. El Notario es el hombre del cual se puede fiar, al cual se le cuentan los propios negocios y los propios afanes."

9. Bibliografía

- ADAMS, Carlisle y LLOYD, Steve. (1999). *Understanding public-key infrastructure: concepts, standards, and deployment considerations*. Macmillan Technical Publishing.
- ALPA, Guido. (2006, 8 de marzo). La certeza del derecho en la edad de la incertidumbre. *La Ley*, (t. 2006-B).
- ARCE CASTRO, Alfredo. (1950). Reforma del arancel: el fondo común y la jerarquización económica del notariado; la necesidad de su implantación. *Revista del Notariado*, 51(584). 93-127.
- BIELLI, Gastón E. y ORDÓÑEZ, Carlos J. (2019). *La prueba electrónica. Teoría y práctica*. Thomson Reuters-La Ley.
- (2023). *Contratos electrónicos: teoría general y cuestiones procesales* (2ª ed.). Thomson Reuters-La Ley.
- BIELLI, Gastón E. y SALIERNO, Karina V. (2025). *Inteligencia artificial y función notarial*. Thomson Reuters-La Ley.
- BIELLI, Gastón E., ORDÓÑEZ, Carlos J. y QUADRI, Gabriel H. (2021). *Tratado de la prueba electrónica* (t. 1). Thomson Reuters-La Ley.
- CARNELUTTI, Francesco. (1950). La figura jurídica del notario. *Revista Internacional del Notariado*, 2(7). 120-130.
- CERÁVOLO, Ángel F. y DE BARTOLO, Jorge A. (2006). La nuevas tecnologías y la función fedataria [ponencia presentada en congreso]. I Jornadas Sanjuaninas de Derecho Notarial, San Juan, Argentina.
- CERÁVOLO, Ángel F. y MASCHERONI, Fernando H. (1991, 15 de mayo). La contratación y las nuevas tecnologías: forma y prueba. *Jurisprudencia Argentina*, (5724).
- LAMBER, Néstor D. (2021). *Documento notarial electrónico*. FEN-Di Lalla.
- ORELLE, José M. R. (2016). [Comentario al artículo 314]. En J. H. Alterini (dir. gral.) e I. E. Alterini (coord.), *Código Civil y Comercial comentado: tratado exegético* (t. 2, 2ª ed., pp. 619-622). Thomson Reuters-La Ley.
- PELOSI, Carlos A. (1980). *El documento notarial*. Astrea.

Jurisprudencia:

- CNCom. Sala A. (15/12/2025). "Garantizar SGR c/ Medsurgical Argentina SA y otros s/ ejecutivo" expte. 17874/2025. [elDial.com](https://www.elDial.com) (AAEE8A).
- CNCom. Sala E. (03/07/2025). "Garantizar SGR c/ Onda Pets SA s/ ejecutivo". [elDial.com](https://www.elDial.com) (AAEA86).
- CNCom. Sala B. (14/12/2023). "Crecer SGR c/ RJ Viñedos SA s/ ejecutivo". [elDial.com](https://www.elDial.com) (AADD49).
- Cám. Civ. y Com. Sala 1 de Lomas de Zamora. (16/09/2022). "Sift SA c/ Mendoza, Carolina Daniela s/ cobro ejecutivo" expte. LZ-1632-2022. [elDial.com](https://www.elDial.com) (AACFE5).

La investidura de calidad de heredero y la exigencia de declaratoria judicial de herederos

Inconstitucionalidad de la segunda parte del artículo 2337 CCCN

María de las Nieves Granata*

RESUMEN

El presente trabajo analiza críticamente la exigencia contenida en la segunda parte del artículo 2337 del Código Civil y Comercial de la Nación, que impone la necesidad de una declaratoria judicial de herederos para la transferencia de bienes registrables en sucesiones ab intestato entre ascendientes, descendientes y cónyuge. Se parte de la hipótesis de que dicha exigencia constituye una limitación irrazonable al derecho de propiedad, que no garantiza mayor seguridad jurídica que otros medios posibles –como la declaratoria notarial, administrativa o particular– y que resulta inconstitucional al contradecir el principio de razonabilidad consagrado en el artículo 28 de la Constitución Nacional. La metodología empleada ha sido dogmática y normativa, con análisis de legislación, doctrina y jurisprudencia reciente, enfocándose en el alcance de la investidura de pleno derecho del heredero, los efectos de la indivisión hereditaria, la validez de los actos realizados sin declaratoria judicial, y el fundamento del principio registral del tracto sucesivo. Se examinan los límites del poder de policía del Estado y los subprincipios de razonabilidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad), concluyendo que la imposición judicial carece de justificación razonable cuando los herederos son mayores, capaces y están de acuerdo, y que su exigencia representa una afectación innecesaria y desproporcionada de derechos fundamentales. Finalmente, se propone interpretar restrictivamente la exigencia legal en favor de soluciones más ágiles y respetuosas de la autonomía privada, reafirmando la necesidad de un enfoque más eficiente, justo y constitucionalmente adecuado del proceso sucesorio.

* Escribana titular por concurso, Mendoza. Magister en Derecho Administrativo (U. Austral). Diplomatura de Posgrado en Mediación y Gestión Participativa de Conflictos (UNCuyo). Jefe de trabajos prácticos efectiva en Derecho Público (UNCuyo).



PALABRAS CLAVE

Jurisdicción voluntaria; sucesión en sede notarial; declaratoria de herederos; investidura; sucesión *ab intestato*; Código Civil y Comercial; derecho sucesorio; bienes registrables; inconstitucionalidad; seguridad jurídica; tracto sucesivo; tracto abreviado; poder de policía; principio de razonabilidad; notariado.

Recibido: 13/08/2025

Aceptado: 28/11/2025

Sumario: 1. La investidura de la calidad de heredero. Investidura de pleno derecho. Declaratoria de herederos. 2. Costumbre contra legem. La declaratoria de herederos y la seguridad jurídica. 3. Caso de excepción. Los bienes registrables. Fundamento de la excepción. 4. Inconstitucionalidad de la segunda parte del artículo 2337 del Código Civil y Comercial de la Nación. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. La investidura de la calidad de heredero. Investidura de pleno derecho. Declaratoria de herederos

Conforme al artículo 2280 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN),

desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión, y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor.

Acaecido el fallecimiento del causante, se produce la sucesión *mortis causa*; el heredero es "propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario acreedor o deudor" (art. 3417, Código Civil de Vélez). Nace lo que se denomina estado de indivisión, que se mantiene desde el momento de la muerte hasta la partición. Durante la indivisión, si todos los herederos están presentes y son capaces, están habilitados legalmente para administrar y disponer de los bienes de la herencia, o partirla del modo y forma que estimen conveniente.

A efectos de dar publicidad a su carácter de heredero, es decir, de que su calidad sea oponible a terceros, el heredero debe ser investido de su calidad de tal (Zannoni, 2007). Según el DEJ,¹ *invertir* es "otorgar o revestir a alguien de cierta cualidad o apariencia" (Real Academia Española, s.f., acep. 2). En este caso, sería otorgar o revestir al heredero de cierta apariencia o cualidad

1. Diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española (online).

de tal; es decir, el heredero, que es heredero desde el momento de la muerte del causante, debe tener apariencia de tal ante terceros.

El CCCN ha optado, como principio general, por el sistema de investidura de pleno derecho. Así, el artículo 2337 expresa:

Si la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia. Puede ejercer todas las acciones transmisibles que correspondían al causante.

A esta regla general se agrega su correspondiente excepción: la necesidad de acreditar la calidad de heredero mediante una declaración judicial cuando hay bienes registrables. Dice al respecto la segunda parte del artículo 2337: "a los fines de la transferencia de los bienes registrables, su investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos".

2. Costumbre contra legem. La declaratoria de herederos y la seguridad jurídica

A pesar de la claridad de la letra del artículo 2337 CCCN, en la práctica se ha impuesto la costumbre de requerir declaratoria judicial de herederos siempre que una persona pretenda acreditar su calidad de tal. La doctrina mayoritaria hasta ahora escuchada sostiene que la declaratoria judicial de herederos se impone por razones de seguridad jurídica y con ánimo de dar seguridad al tráfico jurídico.

Se resalta que, en la práctica judicial actual, se impone que los herederos deban recurrir a tribunales a solicitar el reconocimiento judicial de su calidad, para lo cual, quienes pretenden ser tenidos como tales, deben acreditar sus vínculos. Esto obedece a prácticas seguras que mejoran el tráfico jurídico y otorgan seguridad jurídica a las transacciones (González Magaña, 2014, p. 181-184).

En el presente trabajo se pretende cuestionar esta idea que la costumbre ha impuesto como verdad jurídica, no obstante es contraria a la letra de la ley y es inexacta, puesto que la declaratoria de herederos de carácter judicial no imprime al sistema mayor grado de seguridad jurídica que los otros tipos de declaratoria de herederos (notarial, administrativa, privada).

2.1. La declaratoria de herederos

La declaratoria de herederos es la manifestación de que determinado o determinados sujetos son herederos de otro determinado sujeto. Si esta manifestación se realiza en un documento escrito es, además, el documento en el que consta la manifestación de que determinado o determinados sujetos son herederos de otro determinado sujeto.

La referencia a “la declaratoria de herederos” nos hace pensar habitualmente en la declaratoria de herederos de carácter judicial; no obstante, el emisor de esta manifestación podría ser otro sujeto u órgano, distinto del juez o tribunal.

Conforme al sujeto que manifiesta, la declaratoria de herederos puede clasificarse en:

- a) *Judicial* (acto jurisdiccional). Cuando la declaración es emitida por un juez en ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, previo cumplimiento de las etapas procesales propias del proceso sucesorio regulado por la ley. El CCCN refiere a este tipo de declaratoria en la segunda parte del artículo 2337.
- b) *Notarial* (acto notarial). Podemos distinguir dos tipos de declaratoria notarial:
 - a. Declaratoria notarial propiamente dicha o acta de notoriedad. Cuando la declaración es emitida por un notario en ejercicio de la función notarial; previo cumplimiento de las etapas procesales reguladas por la ley. Por ejemplo, la resultante del proceso previsto en el proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación en diciembre de 2023 (expte. 25-PE-2023).
 - b. Declaratoria particular realizada ante notario público. Se presenta cuando todos los herederos concurren ante un notario y, ante él, manifiestan ser todos los herederos de una determinada persona, y presentan las partidas respectivas (defunción, nacimiento o matrimonio). Las partidas son analizadas y valoradas por el notario a los efectos de legitimar a los comparecientes.
- c) *Administrativa* (acto administrativo). Si la declaratoria de herederos fuera emitida por una autoridad administrativa, en ejercicio de la función administrativa del Estado. Por ejemplo, si la función se asignara a la autoridad del registro civil y capacidad de las personas. Cabe notar la eficacia práctica que tendría la confección de una base de datos de todas las partidas de defunción, nacimiento y matrimonio del país, y una autoridad estatal con competencia para identificar, a la muerte de una persona, a quienes están allí anotados como descendientes, ascendientes y cónyuge del difunto.

d) *Particular*. La declaración es particular si son los propios herederos quienes manifiestan en un documento escrito quiénes son los herederos de determinada persona muerta. Se trata de un documento de carácter privado en el cual todos o algunos de los herederos de determinada persona afirman que ellos son los únicos herederos de otra determinada persona; o identifican a los herederos que no han concurrido al acto.

Si esta declaración se realiza ante un escribano público y el notario analiza además las partidas presentadas por las partes (o las requiere él mismo al registro del estado civil y capacidad de las personas), estaremos ante una declaratoria notarial del tipo declaratoria particular realizada ante notario público.

Dada la relevancia que la práctica jurídica, judicial y registral le ha asignado a la declaratoria judicial de herederos, es imperioso resaltar que ninguna de las declaratorias antes mencionadas tiene virtualidad de ser oponible *erga omnes*. Ni el juez, ni el notario ni la autoridad de registro estarán nunca en condiciones fácticas de aseverar que no existen otros herederos con vocación hereditaria, además de quienes reclaman ser reconocidos como tales y han acreditado formalmente su vocación sucesoria.

Cuando el juez dicta la declaratoria de herederos se limita a sostener que aquellos que se presentaron en el proceso sucesorio invocando su condición de herederos efectivamente lo son; pero jamás afirma que los herederos allí declarados son todos o los únicos herederos de determinada persona. En este sentido, Medina (2011) define a la declaratoria judicial de herederos como la

resolución judicial –declarativa que no causa estado– mediante la cual se verifica y reconoce la condición de herederos a los llamados por ley a recibir una herencia determinada, cuando hubieren acreditado dicha condición. (p. 327)

Pérez Lasala (2014) se refiere a

una declaración judicial, de carácter declarativo, que no causa estado, mediante la cual, previa verificación de la calidad de herederos intestados se los reconoce como tales, siempre que se hayan presentado en el expediente y solicitado declaratoria. (p. 468)

Al respecto, González Magaña (2014) dice que

la declaratoria de herederos es el pronunciamiento judicial mediante el cual se reconoce el carácter de herederos legítimos [...] su valor es meramente declarativo y se limita al título que acredita la vocación hereditaria. (p. 183)

Lo propio ocurre en la declaratoria notarial: el notario se limita a aceptar la concurrencia de determinadas personas, hacer constar en la escritura la manifestación de parte acerca de la existencia o no de otras personas con vocación hereditaria y, finalmente, dejar constancia que los comparecientes han acreditado el vínculo, y se ha probado la muerte del causante; mas no estaría el notario en condiciones de afirmar que no existen terceros con igual o mejor derecho que los herederos declarados.

En el caso de la declaratoria administrativa, aun cuando fuera posible reunir en una sola base de datos los datos de nacimiento, muerte y matrimonio de todas las provincias argentinas, siempre será posible la concurrencia de un heredero aún no reconocido o nacido en el extranjero, por lo que, en la hipótesis de que esta declaratoria fuera admitida y regulada por la ley, el documento debería dejar a salvo también los derechos de terceros.

El supuesto del declaratorio particular (hecho ante notario o en instrumento privado) corre con la misma suerte. Aun cuando se presuma que los herederos aparentes son de buena fe, es decir que no están ocultando a herederos por ellos conocidos, siempre cabrá la posibilidad de que existan otros no reconocidos por el causante o desconocidos por los coherederos.

En conclusión, cualquiera sea el sujeto que emita el documento en el que se afirma que determinado o determinados sujetos son herederos de otro determinado sujeto, no se descarta la posibilidad de que, con posterioridad a su dictado, acudan terceros no declarados a reclamar su derecho.

2.2. La investidura de la calidad de heredero en el CCCN. Principio general

Por disposición expresa del artículo 2337 CCCN, los herederos forzosos *ab intestato* pueden acreditar su calidad de herederos de pleno derecho, sin necesidad de que exista un documento que les asigne tal carácter ni solicitar a la autoridad judicial que los reconozca como tales. En consecuencia, al día siguiente de la muerte del causante, y sin necesidad de que ninguna autoridad estatal haya intervenido, puede ejercer todas las acciones que correspondían al causante, disponer de todos los bienes (salvo los registrables) y resolver la forma y modo de partir la herencia.

Pérez Lasala (2014) explica el fenómeno en los siguientes términos:

La expresión "sin ninguna formalidad de los jueces" quiere decir falta de necesidad de los herederos indicados de justificar su título hereditario ante los jueces. El legislador del nuevo Código no hace más que declarar que quedan excluidos de la obligación de promover juicio sucesorio para probar y obtener el reconocimiento judicial de sus derechos [...]. El juicio sucesorio [...] no es necesario cuando no hay bienes registrables. En tal supuesto, el

reparto de los bienes se puede efectuar sin ninguna formalidad, ni siquiera notarial. (p. 462-463)

La doctrina ha dicho que

En virtud de esa investidura de pleno derecho, los herederos que indica [el artículo 2337] pueden ejercer, desde el mismo instante del fallecimiento del causante, todos los derechos y acciones que a él correspondían, y que forman parte del contenido transmisible, sin tener que cumplir ninguna formalidad, bastando que acrediten su vínculo con el de cujus mediante las constancias que expiden los registros civiles que permiten demostrar el estado de familia [...] Si bien la norma sólo alude a las acciones, también tienen la posibilidad de disponer de los bienes muebles no registrables. (Vanella, 2017, p. 204).

2.3. Administración y disposición de los bienes durante la indivisión

Ya hemos expresado que el principio general establecido en la legislación argentina es que, si todos los herederos son mayores y capaces y están de acuerdo, pueden disponer de los bienes de la herencia de la forma y modo que estimen conveniente.

Dado que, como principio general, su investidura se produce por imperio de la ley, esa disposición de bienes puede hacerse sin necesidad de declaratoria de herederos (salvo si se trata de transferencia de bienes registrales). Al respecto, el artículo 2325 establece que, mientras se mantenga la comunidad poscomunitaria y si todos los herederos son mayores y capaces y están de acuerdo, pueden administrar y disponer libremente de los bienes. En consecuencia, desde el día siguiente al fallecimiento, los herederos, si lo resuelven unánimemente, podrían:

- 1) Disponer de bienes muebles no registrables; por ejemplo, vender el cuadro de autor por 30.000 dólares.
- 2) Realizar actos de administración; por ejemplo, disponer de 40.000 dólares existentes en efectivo para pagar expensas extraordinarias del edificio donde está ubicado el departamento del causante, necesarias para conservar el edificio en pie (art. 2324).
- 3) Renovar un contrato de alquiler; por ejemplo, renovar el contrato de alquiler de un campo ubicado en la Provincia de Santa fe por un plazo de cinco años y por un canon de 50.000 dólares por mes, y dividir el canon mensualmente entre los herederos o incorporarlo a la herencia manteniendo la indivisión (arts. 2325 segundo párrafo y 2329).

- 4) Realizar actos de disposición; por ejemplo, firmar un boleto de compraventa de la casa familiar por la suma de 500.000 dólares, con entrega de posesión o ceder un boleto de compraventa en favor de un tercero.
- 5) Otorgar un poder a un tercero para administrar los bienes de la herencia (art. 2324).
- 6) Continuar con las acciones iniciadas por el causante, sin necesidad de acreditar su calidad de herederos ante el juez mediante declaratoria judicial (art. 2337).

En el caso "Carol, María Luisa y otros c/ Haras El Moro SA y otro s/ nulidad de escritura/instrumento" (2019), la Sala I de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil admitió que los herederos de la actora continuaran con la acción iniciada por su causante aun cuando no tuvieran declaratoria de herederos, bastando para ello la acreditación del vínculo del modo en que lo exige el artículo 96 CCCN.

Queda claro entonces que el codificador ha establecido la investidura de pleno derecho y reconoce la potestad de los herederos mayores y capaces de disponer de los bienes no registrables de la herencia con acuerdo unánime, sin necesidad de declaratoria judicial de herederos. ¿Podemos deducir de ello que el legislador ha desconocido la importancia de la seguridad jurídica y la necesidad de dar garantías al tráfico jurídico? La respuesta a ese interrogante es claramente negativa. Lo que refleja el sistema diseñado por el CCCN es que, en realidad, la declaratoria de herederos no tiene la virtualidad de garantizar la seguridad jurídica que el imaginario colectivo ha supuesto, por inducción de una costumbre tan arraigada en la sociedad que se ha convertido en "verdad".

Indudablemente el codificador ha buscado soluciones legislativas para evitar la inseguridad jurídica o las trabas en el tráfico jurídico, pero no lo ha hecho imponiendo la declaratoria judicial de herederos, sino, tal como ha hecho en otros casos, protegiendo el derecho de los terceros de buena fe. Por tal motivo, ante los actos de administración y disposición de los herederos mayores y capaces que están de acuerdo, el CCCN protege el derecho de: a) el heredero oculto y b) el tercero adquirente de buena fe y a título oneroso.

2.4. Los actos otorgados durante el estado de indivisión. Protección de los terceros

Conforme a los artículos 2323 y 2325, en toda sucesión en la que hay más de un heredero, desde la muerte del causante hasta la partición (estado

de indivisión), los actos de administración y de disposición son válidos y requieren el consentimiento de todos los coherederos. Si, con posterioridad al acto de administración (por ejemplo, alquiler de un inmueble) o disposición (por ejemplo, venta de un inmueble), se iniciara una demanda de petición de herencia (que es imprescriptible por imperio del art. 2311) reclamando la entrega total o parcial de la herencia, sobre la base del reconocimiento de la calidad del heredero del actor, será aplicable el artículo 2315, que dispone:

Actos del heredero aparente. Son válidos los actos de administración del heredero aparente realizados hasta la notificación de la demanda de petición de herencia, excepto que haya habido mala fe suya y del tercero con quien contrató. Son también válidos los actos de disposición a título oneroso en favor de terceros que ignoran la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, o que los derechos de éste están judicialmente controvertidos. El heredero aparente de buena fe debe restituir al heredero el precio recibido; el de mala fe debe indemnizar todo perjuicio que le haya causado.

Los terceros contratantes o adquirentes a título oneroso de buena fe quedan protegidos por el artículo 2315 del Código Civil y Comercial de la Nación, de manera que, si luego, quienes dispusieron de los bienes eran solo herederos aparentes, el heredero oculto tendrá que reclamar el precio o la indemnización a sus coherederos; quedando el tercero resguardado en sus derechos en tanto haya actuado de buena fe. De modo que, si el tercero ignora la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, o que los derechos de este están judicialmente controvertidos, el heredero oculto no podrá reivindicar la cosa al tercero.

Sin embargo, el heredero oculto tiene acción contra el heredero aparente que, siendo de buena fe, debe al heredero oculto la parte del precio proporcional de su cuota en la herencia y, si es de mala fe, tendrá que pagar además daños y perjuicios por su accionar doloso.

Resulta ilustrativa la decisión adoptada por la Cámara Federal de Salta en el caso “Nieva, Eduardo c/ Anses s/ reajustes varios” (2024), en que se discutía la legitimación de las herederas de la actora para continuar con la acción de reajuste de haberes jubilatorios iniciada por su madre. Además de reconocer la legitimación invocando la aplicación del artículo 2337 y afirmando la innecesaridad de la declaratoria de herederos, el tribunal analizó la potestad que, hipotéticamente, las herederas tendrían sobre las sumas a cobrar en el juicio y dijo:

Resulta conveniente analizar las implicancias de la continuación de la presente acción de titularidad de la causante, en relación con la percepción y disposición, por parte de las sucesoras, de las sumas que se determinen

en la etapa de liquidación [...]. Razones de seguridad jurídica llevaron a que la declaratoria de herederos sea exigida prácticamente para la totalidad de actos que involucran bienes de una persona fallecida. Sin embargo, el art. 2337 del nuevo Código Civil y Comercial ha flexibilizado dicha exigencia para el caso de herederos forzosos, siempre y cuando no se hallen involucrados bienes registrables, tal como acontece en autos. Concomitante con ello, recuérdese que la declaratoria de herederos no causa estado, por lo que no impide que con posterioridad a su dictado aparezcan otros que invoquen la misma calidad, como así tampoco la tramitación de un proceso sucesorio impide que a futuro surjan nuevos acreedores del causante que pretendan hacer valer sus derechos [...]. Así las cosas, del análisis armónico y coherente de las disposiciones hasta aquí transcritas y las contenidas en nuestro ordenamiento jurídico en materia sucesoria surge que, con la finalidad de resguardar de eventuales perjuicios a otros posibles herederos u acreedores que pudieran existir, el Nuevo Código dispone que la petición de herencia es imprescriptible (art. 2311 CCCN), como así también que si esta petición es admitida, el heredero aparente debe restituir lo que percibió sin derecho en la sucesión y si ello no resulta posible debe indemnizar los daños causados, resultando válidos los actos de administración y disposición del heredero aparente realizados antes de la notificación de la demanda de petición de herencia siempre que hubiera actuado de buena fe (arts. 2312 y 2315).

2.5. La buena fe y la declaratoria de herederos. La unanimidad

Hemos sostenido hasta aquí que los herederos forzosos *ab intestato* mayores y capaces pueden decidir unánimemente realizar actos de administración y disposición sin necesidad de iniciar el proceso sucesorio judicial. No obstante, la ley obliga a cumplir un requisito esencial: la concurrencia de todos los herederos. ¿Como saber si quienes concurren al acto son todos los herederos? ¿Podría el tercer adquirente invocar buena fe aun cuando no haya requerido la acreditación de la calidad de heredero por medio de la declaratoria judicial? ¿Se puede exigir al heredero aparente la obtención de una declaratoria judicial de herederos como diligencia necesaria para presumir su buena fe?

Si el CCCN dice de manera expresa que la investidura de la calidad de herederos se produce de pleno derecho, aclarando que solamente se requiere declaratoria judicial para la transferencia de bienes registrables, exigir al heredero aparente o tercero contratante o adquirente que su acreditación sea un requisito necesario para invocar la buena fe, es contradictorio. La primera fuente de interpretación de la ley es su letra (art. 2, CCCN), de modo que, si la ley no lo exige, entonces no hay razón para exigírselo a los particulares.

Que la práctica judicial haya impuesto la declaratoria de herederos como modo de probar la calidad de tal no la hace exigible al heredero ni al tercero en tanto se trata de una costumbre contraria a derecho, rechazada por el CCCN como fuente de derecho en los siguientes términos: “los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.” (art. 1, CCCN).

Para que haya mala fe, el heredero aparente o el tercero debe ignorar la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, deben saber que el heredero real ignora su llamamiento. También se ha aceptado que puede haber mala fe si de las circunstancias de hecho surge que el investido en su calidad de tal actuó violando principios y valores jurídicos, como se sabe que existe una controversia judicial sobre sus derechos (Di Lella, 2017, p. 122); pero ello no implica imponer el incumplimiento de formalidades que la ley no solo no exige sino que expresamente libera.

Además, aunque existiera declaratoria judicial de herederos, si se probara que el heredero aparente conoció o debió conocer la existencia de un coheredero, entonces no será de buena fe. Por ejemplo, el heredero que intima a citar al coheredero conociendo su domicilio y que no lo denuncia, o el hijo de un abogado que promueve el juicio sucesorio de su padre y, al otro día producido el fallecimiento, se hace declarar heredero y vende los bienes a los 30 días.² Parece necesario resaltar nuevamente que, aun cuando exista declaratoria judicial de herederos, no estaremos en condiciones de aseverar que al acto han concurrido “todos” los herederos, pues esa declaración judicial se hace siempre, sin perjuicio de terceros.

Imaginemos por un momento que, siendo más diligente que lo que la ley le exige, el tercer adquirente solicita a los herederos que presenten declaratoria judicial de herederos para disponer de un bien no registrable y que, años después de la celebración del contrato, se presenta un heredero preterido a reclamar su parte. El heredero oculto pretende anular el contrato argumentando que el tercero tiene mala fe, pues sabía que había una posibilidad de que los vendedores no fueran “todos” los herederos. En efecto, la declaratoria judicial habría indicado expresamente que se realizaba “sin perjuicio de los derechos de terceros”, por lo que el tercero no puede invocar buena fe.

La propuesta es sostenida por Pérez Lazala (2014) cuando afirma:

2. A los efectos de probar que, en principio, para que haya mala fe el heredero aparente debe saber que el real ignora su llamamiento. Pero también habrá mala fe si de circunstancias de hecho surge que el investido, en la calidad de tal, actuó violando principios y valores jurídicos.

No resulta necesario para la validez del acto que el heredero aparente tenga a su favor declaratoria de herederos o auto de aprobación del testamento [...] basta con que esté en posesión material del bien que va a transferir.

3. Caso de excepción. Los bienes registrables. Fundamento de la excepción

Establecida la regla general, es necesario ahora referirnos al caso de excepción. La segunda parte del artículo 2337 consagra la excepción a la regla y textualmente dice: "a los fines de la transferencia de los bienes registrables, su investidura (la de los herederos) debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos". El encuadre de un caso práctico en uno u otro caso (regla general o excepción) tiene consecuencias prácticas de relevancia para los sujetos alcanzados por la norma. Por ejemplo, si una persona hereda los derechos derivados de un boleto de compraventa de un inmueble cuyo precio es un millón de dólares, podrá transferir los derechos que emanan del boleto a un tercero sin necesidad de iniciar un proceso judicial que la invista de su calidad de heredero. Si, en cambio, en el acervo hereditario se encuentra el mismo campo cuyo dueño era el causante, el heredero que pretenda transferirlo tendrá que someterse a un proceso judicial, con los inconvenientes y costos que ello implica, para obtener la declaratoria judicial de herederos.

¿Por qué motivo se impone la necesidad de declaratoria judicial de herederos solo para la transferencia de bienes registrables? La respuesta a este interrogante está en los fundamentos del anteproyecto del CCCN, que expresamente dicen:

A los fines de la transferencia de los bienes registrables, su investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos, a los fines del cumplimiento del tracto abreviado previsto en la legislación registral. (Presidencia de la Nación, Lorenzetti, 2014, p. 715)

El texto deja poco lugar a dudas: la razón por la cual se exige declaratoria de herederos es estrictamente la necesidad de dar cumplimiento al principio registral de tracto sucesivo, o hacer lugar a la aplicación de los casos en que está previsto el tracto abreviado.

4. Inconstitucionalidad de la segunda parte del artículo 2337 CCCN

Hemos concluido en los capítulos anteriores que, siendo todos los herederos mayores y capaces, y estando todos de acuerdo, pueden disponer de los bienes de la herencia en favor de terceros, o resolver el modo y la forma de hacer la partición, sin necesidad de acreditar su investidura mediante una declaratoria judicial de herederos. Solo si en el acervo hereditario existen bienes registrables, para la transferencia de los mismos el artículo 2337 exige que se emita declaratoria de herederos y precisa que esa declaratoria debe ser de carácter judicial.

Bien pudo el legislador optar por alguna de las otras formas de declaratoria (notarial, administrativa, particular), pero, por alguna razón –que es imperioso precisar y analizar–, ordenó que la declaratoria sea emitida por un órgano judicial.

En los casos de sucesión *ab intestato* entre ascendientes, descendientes y cónyuge mayores y capaces, que están de acuerdo en la vocación hereditaria de quienes tienen pretensiones en la herencia, y en el modo y forma de partirla, la exigencia legal de que la declaratoria de herederos tenga carácter judicial es contraria a la Constitución Nacional pues no respeta los principios o pautas constitucionales que limitan el poder de policía del Estado.

4.1. Limitación de los derechos individuales. El artículo 2337 CCCN como límite al derecho de propiedad

La potestad estatal para limitar los derechos individuales reconocidos en la Constitución Nacional es denominada en el ámbito del derecho público “poder de policía”. Se trata de una potestad de carácter legislativo que surge de manera expresa de la Constitución Nacional (arts. 14, 28, 75 entre otros).

La necesidad de convivencia armónica y la vigencia simultánea de los derechos de los individuos impone la necesidad de que los derechos constitucionales (vida, propiedad, libertad, trabajo, vivienda, consumo, etc.) tengan carácter relativo (por oposición al carácter absoluto) y que, por tanto, sean susceptibles de limitación. Por ello, cuando el artículo 14 de la Constitución Nacional hace la extensa enumeración de derechos constitucionales, aclara que todos los habitantes gozan de esos derechos “conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio”; regla también aplicable al resto de los derechos reconocidos en otros artículos del texto constitucional o de manera tácita.

El artículo 2337 CCCN limita claramente el derecho de propiedad, pues los herederos, a quienes se les han transmitido, desde el momento de la muerte del causante, todos los derechos y obligaciones que no se extinguen por su fallecimiento (art. 2277, CCCN), no podrán disponer libremente de los bienes registrables que por derecho les corresponden, sino que deberán sujetarse a un proceso sucesorio de carácter judicial que acarrea consecuencias trascendentes, tales como:

- 1) sujeción a tiempos excesivos, lo cual puede implicar desvalorización de los bienes en el tiempo, aumento injustificado de costos de conservación, pérdida de oportunidades de negocios, costos de oportunidad de valores incalculables;
- 2) pago de tasas de justicia por un servicio de justicia que los particulares no requieren ni necesitan (pues han podido acordar de manera privada, sin intervención del Estado);
- 3) pago de honorarios profesionales letrados cuyo patrocinio es necesario para actuar en un proceso judicial, pero que los herederos capaces y que están de acuerdo en el modo de partir la herencia no requieren más que para la gestión del impulso del proceso (procuración);
- 4) sujeción a situaciones de tensión con el potencial de agravar los conflictos ya latentes en muchas sucesiones por causa de muerte.

Nótese, además, que esta situación se agrava por el criterio adoptado por el legislador nacional (y que se repite en las normativas procesales locales) que no refleja en la normativa procesal situaciones que en la realidad fáctica son claramente desiguales:

- 1) el caso de los herederos que no discuten la vocación hereditaria de sus coherederos, y solo solicitan la declaratoria judicial de herederos con el objetivo de ser declarados formalmente como tales, para luego partir o disponer de los bienes conforme al modo resuelto por ellos en el ámbito privado;
- 2) el caso en que se discute la vocación sucesoria de algún pretendiente a la herencia o el modo de hacer la partición.

La consecuencia es que los herederos que, de manera privada, han logrado superar los obstáculos presentes en toda división de herencia, se ven sometidos a los mismos tiempos, costos y costas que aquellos que acuden a tribunales en busca de una solución que no han sido capaces de encontrar extrajudicialmente.

Nos encontramos así con una norma de irracionalidad patente como el artículo 698 del Código Procesal Civil de la Nación, que, aun cuando la

partición de herencia se haga de manera extrajudicial, dispone que “el monto de los honorarios por los trabajos efectuados será el que correspondería si aquellos se hubiesen realizado judicialmente”. Se dirá que la norma busca garantizar a los letrados el monto de sus honorarios con el objetivo de alentarlos a promover las particiones extrajudiciales, pero la norma olvida que los abogados son auxiliares de la justicia y que el Poder Judicial está al servicio de los particulares, y no a la inversa.

En el mismo sentido, el artículo 8 de la Ley 9031 (Ley de Honorarios de Procuradores y Abogados de Mendoza) fija la alícuota de honorarios que pueden regularse en base al valor de tasación de los bienes (valor real), sin hacer distinción entre las situaciones antes planteadas. De los artículos 11 y 12 de la mencionada ley surge que el criterio del legislador local es idéntico al del Código Procesal Civil de la Nación.

Lo propio cabe decir en relación con la Tasa de Justicia que debería ser siempre una contraprestación por un servicio necesario, y efectivamente prestado por el Estado (en este caso el Poder Judicial) a los particulares. En el caso de la Provincia de Mendoza, el artículo 305 del Código Fiscal impone como base imponible el activo que resulta de las operaciones de inventario y avalúo; sin distinguir los casos de jurisdicción voluntaria de aquellos en los que hay verdadera controversia judicial.

En conclusión, la exigencia del carácter judicial de la declaratoria de herederos es una limitación al derecho de propiedad de mucha intensidad, por lo que es necesario analizar su razonabilidad.

4.2. Violación del principio de razonabilidad

La potestad para limitar los derechos individuales está sujeta al principio de razonabilidad que impone prudencia al legislador, pues las medidas restrictivas no deben ser de intensidad tal que su aplicación derive en un desconocimiento del derecho que se pretende limitar.

El principio surge del artículo 28 de la Constitución Nacional que reza: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.”

A efectos de analizar el principio de razonabilidad en los casos concretos, la doctrina especializada distingue tres subprincipios (Cianciardo, 1999): a) principio de adecuación, b) principio de necesidad, c) principio de proporcionalidad.

Principio de adecuación. La virtud del principio de adecuación medio o medida legislativa (en el caso la declaratoria judicial de herederos) debe ser adecuada o idónea para alcanzar el fin que se busca mediante su dictado. El

principio de adecuación refiere a la eficiencia de la medida, a su potencial para alcanzar la finalidad buscada por el legislador al limitar determinado derecho.

Principio de necesidad. Puede que exista más de una alternativa para alcanzar el mismo objetivo: es decir, más de una opción que supere el test de la adecuación. Es entonces cuando entra en juego el principio de necesidad que impone que, entre los medios idóneos (en el caso de declaratoria judicial, notarial, administrativa o particular), el legislador haya optado por aquel que resulte menos restrictivo de los derechos fundamentales involucrados (en el caso, el derecho de propiedad).

Principio de proporcionalidad. Aun cuando la medida sea adecuada y necesaria, es necesario establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar. Para realizar el test de razonabilidad de la norma, es necesario profundizar su finalidad, objetivo o fundamento; una vez precisada la finalidad de la medida que limita los derechos, podremos analizar si el medio utilizado para alcanzarlo es o no razonable. Conforme lo dispone el artículo 1 CCCN haremos el ejercicio de precisar cuál ha sido la finalidad buscada en el segundo aparte del artículo 2337, para entonces poder analizar el caso "conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte".

Se ha expuesto en el presente trabajo que el único objetivo posible de la segunda parte del artículo 2337 es habilitar el cumplimiento de las normas registrales, en particular la vigencia del principio de tracto sucesivo (con sus excepciones de tracto abreviado). Los detractores de este criterio dirán que el verdadero objetivo del legislador ha sido garantizar seguridad jurídica y proteger derechos de terceros. Cualquiera sea el criterio adoptado, exigir que la declaratoria de herederos sea judicial es irrazonable y, por tanto, inconstitucional.

Analicemos el caso bajo análisis, al amparo de los subprincipios del principio de razonabilidad antes citados.

Principio de adecuación. Este subprincipio tiene adecuada respuesta en el artículo 2337, pues sin dudas la declaratoria judicial de herederos es una medida apta para alcanzar la finalidad buscada (sea la seguridad jurídica o el cumplimiento del principio registral de tracto abreviado). La intervención de un juez es útil a efectos dar al sistema una apariencia de seguridad jurídica (aunque ya hemos visto que la garantía no es total o absoluta). Asimismo, la existencia de la sentencia de declaratoria de herederos (documento) sirve para garantizar el cumplimiento de las normas registrables de tracto sucesivo.

Principio de necesidad. Sin lugar a dudas, la segunda parte del artículo 2337 no hace honor al subprincipio de necesidad. Habitualmente no existe una única medida apta para alcanzar determinado objetivo. Por ello, la

Constitución Nacional exige al legislador que profundice en las opciones posibles y, entre ellas, adopte aquella que sea menos restrictiva de los derechos fundamentales. En el caso, el codificador nacional obliga a los particulares a someterse a un proceso judicial que conlleva tiempos y costos excesivos, al pago de tasas por servicios innecesarios y pago de honorarios profesionales por un asesoramiento que no necesariamente requieren; todo lo cual bien podría reducirse adoptando otras de las opciones al alcance (declaratoria notarial, administrativa, particular). En conclusión, el CCCN no ha adoptado entre las opciones posibles aquella que restrinja en la menor medida posible el derecho de propiedad, sino todo lo contrario; por lo que la media es contraria a la Constitución Nacional.

Principio de proporcionalidad. Aun cuando la medida fuera adecuada y necesaria, la limitación de derechos que impone debe ser proporcionada al fin que se procura alcanzar. Este tercer principio consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar. No existe unicidad de criterio con relación a qué consiste una "relación razonable", aunque la posición dominante concreta el juicio en un balance entre las ventajas y las desventajas de la medida.

El artículo 2337 CCCN no respeta el principio de proporcionalidad. No es razonable someter a los herederos a los costos, tiempos y dificultades que demanda el inicio de un proceso judicial con el solo objetivo de dar cumplimiento a principios de derecho registral, que deben estar al servicio de la normativa de fondo y los intereses de los ciudadanos, y no a la inversa.

Compartimos el criterio esbozado por Picasso (2018) conforme al cual, entre el derecho civil y un derecho puramente adjetivo como el registral, debe darse preeminencia al primero y -con cita de Falbo- expresa: "el sistema registral y, más aún, su reglamentación deben estar al servicio de la relación negocial, y no a la inversa" (sección 5).

Moisset de Espanés y Ventura (2006) han dicho que:

Las normas registrales deben considerarse una herramienta al servicio de las prerrogativas sustanciales generadas por las leyes que regulan la constitución, modificación, o extinción de derechos reales, por ello, una interpretación armónica del sistema jurídico positivo no puede hacerlas aparecer como obstáculo para la plena realización de dichas prerrogativas.

5. Conclusiones

En la sucesión ab intestato, entre ascendientes o descendientes y cónyuge, cuando todos son mayores capaces y están de acuerdo, y en el acervo no hay

bienes registrables, los herederos pueden administrar y disponer de bienes sin necesidad de acreditar su calidad de heredero ni la unanimidad mediante declaratoria judicial de herederos.

La segunda parte del artículo 2337 del Código Civil y Comercial de la Nación, que exige declaratoria judicial de herederos a los fines de la transferencia de los bienes registrables, en tanto es una excepción al principio general, debe ser de interpretación restrictiva.

El fundamento de la exigencia dispuesta en la segunda parte del artículo 2337 del CCCN es registral y obedece a la única finalidad de procurar el cumplimiento del tracto sucesivo en los registros inmobiliarios.

La declaratoria de herederos de carácter judicial no imprime al sistema mayor grado de seguridad jurídica que los otros tipos de declaratoria de herederos (notarial, administrativa, privada ante un notario).

La exigencia de declaratoria de herederos para administrar y disponer de los bienes del acervo restringe intensamente el derecho de propiedad, por lo que la reglamentación del proceso sucesorio debe hacerse con prudencia, atendiendo al interés legítimo de los ciudadanos en minimizar los tiempos y costos del proceso sucesorio, y procurando limitar el menor grado posible los derechos constitucionales.

En la sucesión *ab intestato*, entre ascendientes o descendientes y cónyuge, cuando todos son mayores, capaces y están de acuerdo, la exigencia legal de acreditar la investidura mediante declaratoria judicial de herederos para transferir bienes registrables es contraria a la Constitución Nacional ya que viola el principio de razonabilidad establecido en el artículo 28 de la Constitución Nacional (subprincipios de necesidad y proporcionalidad).

6. Bibliografía

- CIANCIARDO, Juan. (1999). Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales. *Persona y Derecho*, (41), 45-55. <https://doi.org/10.15581/011.32149> [consulta: 05/06/2026].
- DI LELLA, Pedro. (2017) [Comentario al artículo 2315]. En A. J. Bueres (dir.) y J. O. Azpiri (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (t. 5, p. 120-123). Hammurabi.
- GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio. (2014). [Comentario al artículo 2337]. En J. C. Rivera y G. Medina (dirs.) y M. Esper (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (t. 6, pp. 181-184). La Ley.
- MEDINA, Graciela. (2011). *Proceso sucesorio* (t.1). Rubinzal-Culzoni.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis y VENTURA, Gabriel B. (2006). Aplicación amplia del tracto sucesivo abreviado [ponencia presentada en congreso]. XIV Congreso Nacional de Derecho Registral, Villa Carlos Paz, Argentina. Universidad Notarial Argentina-Colegio Notarial de Córdoba. <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/03/artaplicacionampliactratosucesivo.pdf> [consulta: 05/06/2026].

- PÉREZ LASALA, José L. (2014). *Tratado de sucesiones* (t. 1). Rubinzal Culzoni.
- PICASSO, Esteban M. (2018). La persistente presencia de los procedimientos sucesorios notariales en el nuevo Código Civil y Comercial y su proyección al futuro. *Revista del Notariado*, (932). <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2018/12/la-persistente-presencia-de-los-procedimientos-sucesorios-notariales-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-y-su-proyeccion-al-futuro> [consulta: 13/09/2024].
- PODER EJECUTIVO NACIONAL. (2023, 27/12). *Proyecto de ley de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos* [mensaje N° 7/2023, Cámara de Diputados de la Nación, expte. 25-PE-2023]. <https://www.hcdn.gob.ar/comisiones/permanentes/cpyhacienda/proyecto.html?exp=0025-PE-2023> [consulta: 16/06/2026].
- PRESIDENCIA DE LA NACIÓN. (2012). *Proyecto de código civil y comercial de la nación. Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación-Infojus.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (s.f.). *Investir*. En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/investir> [consulta: 13/08/2025].
- VANELLA, Vilma. (2017). [Comentario al artículo 2337]. En A. J. Bueres (dir.) y J. O. Azpiri (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (t. 5, p. 203-205). Hammurabi.
- ZANNONI, Eduardo A. (2007). *Manual de derecho de las sucesiones*. Astrea.

Jurisprudencia:

- Cám. Fed. de Salta Sala II. (06/03/2024). "Nieva, Eduardo c/ ANSES s/ reajustes varios", expte. FSA 434/2017. *Poder Judicial de la Nación Sistema de Consultas Web*, <https://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=naYo5Fw8GPkS0AJ6ZBJVU142mhl%2FU8zg9h0%2BccJA00c%3D&tipoDoc=despacho>
- CNCiv. Sala I. (12/03/2019). "Carol, María Luisa y otros c/ Haras El Moro SA y otro s/ nulidad de escritura/instrumento", expte. 16057/2004. *Poder Judicial de la Nación Sistema de Consultas Web*.

Extinción y liquidación del fideicomiso

José Fernando Márquez*

RESUMEN

El trabajo examina la problemática de la extinción y liquidación del fideicomiso en el derecho argentino, destacando la ausencia de una regulación específica en el Código Civil y Comercial para los fideicomisos in bonis. Partiendo de la caracterización del fideicomiso como patrimonio de afectación, se sostiene que su extinción –por vencimiento del plazo, cumplimiento de la condición o revocación– no implica la desaparición inmediata del patrimonio, sino la apertura de un período liquidatorio durante el cual el fiduciario mantiene facultades y deberes funcionales. Se propone integrar el vacío normativo mediante la analogía con los regímenes de liquidación de personas jurídicas, administración de la herencia y división del condominio, enfatizando que el fiduciario debe conservar, realizar y distribuir los bienes, así como satisfacer las deudas contraídas durante la vigencia del fideicomiso. El artículo analiza además cuestiones prácticas vinculadas a la legitimación procesal del fiduciario en esta etapa, la situación de los bienes registrables tras el vencimiento del plazo y los efectos frente a terceros de la extinción por acuerdo de partes. Se concluye que la liquidación constituye un trámite necesario e ineludible para la correcta finalización del fideicomiso y la tutela de los derechos de acreedores y beneficiarios.

PALABRAS CLAVE

Fideicomiso; extinción; liquidación; patrimonio de afectación; fiduciario.

Recibido: 21/03/2026

Aceptado: 26/03/2026

Sumario: 1. La liquidación del fideicomiso. Un aspecto no legislado. 2. El encuadre conceptual del fideicomiso: punto de partida de la interpretación. La normativa aplicable. 3. Extinción del fideicomiso. 4. La extinción del fideicomiso y el proceso de liquidación. 5. Diversas situaciones durante el período liquidatorio. Legitimación del fiduciario, situación de los bienes y facultades de las partes. 6. A modo de conclusión. 7. Bibliografía.

* Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Profesor titular de Derecho Privado (UNC).



1. La liquidación del fideicomiso. Un aspecto no legislado

El fideicomiso es un patrimonio separado, destinado a los fines para los que fue creado –patrimonio de afectación–. Entonces, los derechos y las obligaciones generados por la actuación del fiduciario se imputan al fideicomiso. Es un centro de imputación, pero sin personalidad jurídica.

Sobre dichos bienes pueden ejercer sus derechos las partes del fideicomiso –en los términos del negocio que le dio causa (contrato o testamento)– y los terceros que trabaron relaciones en el marco del cumplimiento de los fines determinados por su creador y la regulación legal aplicable.

La gestión puede terminar porque no pudo cumplirse el fin, o porque se cumplió exitosamente, por lo que es necesario concluir las relaciones entabladas por el fiduciario. Si el encargo culmina porque el patrimonio es insuficiente, el Código Civil y Comercial (CCCN) determina que se aplican las reglas de los concursos y quiebras.

Si la extinción se produce por otra causa, esa tarea final, la liquidación, su modo de realización, oportunidad y efectos, no ha sido regulada por el CCCN. Es una omisión que genera la necesidad de crear reglas adecuadas para realizar la labor. El problema es, entonces, encontrar esas reglas en el marco legal general y particular que regula la figura.

2. El encuadre conceptual del fideicomiso: punto de partida de la interpretación. La normativa aplicable

En la resolución del problema planteado es central definir qué es el fideicomiso. Ello determinará la suerte de las respuestas que podemos plantear ante la situación de un fideicomiso extinto.

Es común afirmar que el fideicomiso es un contrato. El aserto tiene un fuerte apoyo en la ubicación de la regulación de la figura en el CCCN que reglamenta –en los capítulos 30 y 31 del título IV del libro tercero– el título que regula los contratos en particular. El emplazamiento denota claramente que el legislador da la pauta de que el fideicomiso debe regirse por las normas propias de la figura y, a su vez, al ubicarlo en el Libro que regula los contratos y las obligaciones, por las normas generales que regulan estas materias.

Contra este encuadramiento, es posible sostener –afirmación también fundada en las normas– que el fideicomiso puede ser creado por testamento, con lo cual las normas generales sobre sucesiones deberán integrarse como regulación aplicable o por ley –en general, este término considerado como

decisión administrativa o legislativa, según corresponda-. El emplazamiento contractual, entonces, no es determinante.

Sostenemos que categorizar al fideicomiso como un contrato y, en consecuencia, afirmar que a esa figura se le aplican rectamente las normas de los contratos, ha conducido a no pocas soluciones erróneas, sobre todo en materias no reguladas por la legislación específica, como la extinción.

Desde otra visión, se sostiene que el fideicomiso es un derecho real y, en consecuencia, las normas que se integrarán a las reglas contractuales, testamentarias o legales por las que se creó el fideicomiso, serían las propias de los derechos reales, insertas en el libro cuarto del CCCN. Este encuadre también genera problemas de interpretación. Así, *v. g.*, en vigencia de la Ley 24441, se postuló que, si son varios fiduciarios sobre los bienes fideicomitados, se constituiría un condominio fiduciario al que se aplicarían las normas de este derecho real. Si así fuera, se sostenía, cualquiera de los fiduciarios podía pedir la división del condominio fiduciario, salvo que se hubiese pactado la indivisión (art. 2692, Código Civil de 1871). También se aseveró que, como el fiduciario es un dueño –aunque fiduciario–, en el acto de transmisión no se le podía limitar la facultad de disponer (de acuerdo con el art. 1364, Código Civil de 1871). Esta interpretación resultaba notoriamente antifuncional y, además, desconocía la esencia de la figura y sus aspectos prácticos. Esto obligó a que se incluyera, en el artículo 1688 del CCCN, la siguiente previsión: si son varios los fiduciarios, “ninguno de ellos puede ejercer la acción de partición mientras dure el fideicomiso” y, asimismo, “el contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar”.

Entendemos que ninguna de las posiciones es incorrecta. Pero ambas son incompletas. Con la creación del fideicomiso, a través de cualquiera de sus fuentes, el o los constituyentes (llamados fiduciantes) se obligan a transferir bienes al o los fiduciarios para que se destinen al fin especificado en el contrato, el fideicomiso o la ley.

Una vez constituido, el fideicomiso se establece como un patrimonio separado o de afectación, titularidad del fiduciario, quien tiene poderes de administración o disposición limitados al cumplimiento de los fines –expresos o implícitos– previstos en la fuente (arts. 1666, 1682, 1683, 1684, 1685, concordantes y correlativos, CCCN). El patrimonio se independiza de las partes intervinientes –fiduciantes, fiduciarios, beneficiarios o fideicomisarios– y se constituye como un “ente dinámico” en el que entran y salen bienes –siempre en los límites fijados en la fuente que le dio origen–, adquiere créditos y contrae obligaciones. Las deudas contraídas se abonan con los bienes que lo componen y que, en principio, son la única garantía de

cobro de los acreedores generados por el giro del negocio emprendido a través del fideicomiso.

El fideicomiso no es el contrato que lo originó. En el contrato estarán las cláusulas que rigen su funcionamiento y, en su caso, se podrán usar las normas generales de los contratos para integrarlo en supuestos no previstos en el convenio. Sin embargo, esta integración deberá hacerse contextualizada en el marco de un patrimonio de afectación, constituido mediante el contrato y en función de los fines perseguidos.

Asimismo, el fideicomiso no es un derecho real. Cuando en el patrimonio existan cosas, su régimen legal se regulará por las normas propias de la fuente que originó el fideicomiso, y por aquellas de la legislación propia de la figura y de los principios generales de los derechos reales. Cuando los bienes transferidos al patrimonio sean de otro tipo, su régimen legal estará también compuesto por las reglas de la fuente y del fideicomiso, y las propias de la clase de bienes en cuestión -v. g., si se trata de créditos cedidos al fideicomiso, no se constituirá sobre ellos un derecho real-. Asimismo, el ejercicio de la titularidad del derecho de propiedad fiduciaria siempre estará condicionado a su naturaleza de patrimonio de afectación.

El fideicomiso tampoco es persona jurídica. La legislación argentina no lo ha reconocido como tal. Sin embargo, funciona como si lo fuese ya que posee un patrimonio propio, un objeto a cumplir, personas que lo dirigen y administran, un régimen de toma de decisiones, etc. Todo esto lo asemeja a una persona jurídica ya que se constituye en un centro de imputación de derechos y obligaciones.

Las contrariedades se originan, entre otros motivos, porque debe reconocerse que existen bienes a nombre de una persona. Sin embargo, esta no obtiene beneficios personales, tampoco puede administrar o disponer más allá de lo reglado en la fuente o las disposiciones legales aplicables, y sus deudas personales no afectan a dicho patrimonio, entre otras características particulares de la figura. Dichos bienes son la única fuente de pago del giro negocial que vehiculiza. Con anterioridad, hemos tratado los problemas de inserción del fideicomiso en el sistema legal argentino (Márquez, 2008).

Consideramos que el fideicomiso es un patrimonio de afectación que puede ser creado por contrato, testamento o por la ley. Entonces, debemos reconocer que, en nuestro país, no existen reglas y principios sobre los patrimonios de afectación que puedan llenar los vacíos contractuales o legales ante circunstancias no reglamentadas.

Esta circunstancia obliga a agudizar los criterios para colmar dichas lagunas. Con este fin, creemos que se puede recurrir, válidamente, a las

normas generales de las personas jurídicas o a regímenes especiales –como el de sociedades–, así como a las normas del patrimonio del fallecido o del condominio, según la naturaleza del fideicomiso constituido, su magnitud, finalidad, entre otros criterios importantes.

3. Extinción del fideicomiso

3.1. Extinción por vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición

El contrato de fideicomiso puede fijar diversas causales de extinción. Por lo general, se extinguirá con el cumplimiento de la gestión encomendada o la imposibilidad de cumplimiento dentro de un plazo determinado (art. 1697, CCCN). La propiedad fiduciaria es esencialmente modalizada, por lo cual siempre debe estar sujeta a un plazo o a una condición. Si se produce el vencimiento del plazo –este no puede exceder los treinta años– o acaece el hecho condicionante, el fideicomiso se extingue y debe procederse a la transferencia de los bienes remanentes al fideicomisario (art. 1698, CCCN). Sin embargo, no puede aplicarse directamente esta disposición porque el patrimonio fue creando relaciones con terceros y frente a las partes intervinientes (fiduciantes, beneficiarios, fideicomisarios), a las que también habrá que extinguir para declarar finalizado el fideicomiso.

3.2. Revocación por parte del fiduciante

Un supuesto particular se produce cuando, en el contrato, el fiduciante se ha reservado el derecho de revocar la transferencia. Si no hay previsión expresa, el fideicomiso es irrevocable. Si el fiduciante revoca el fideicomiso, el contrato determinará el destino de los bienes remanentes. Sin embargo, la revocación no tiene efectos retroactivos y, en consecuencia, los actos de administración y disposición realizados dentro de los límites de actuación del fiduciario quedan a salvo. Si se trata de fideicomisos financieros, no pueden ser revocados después que haya iniciado la oferta pública de los títulos valores a emitir.

Una vez ejercida la revocación por parte del fiduciante, y con carácter previo a la restitución de los bienes, deberán extinguirse los derechos y obligaciones generados durante la vigencia del fideicomiso. Esto se obtiene sólo a través de un proceso de liquidación del fideicomiso.

4. La extinción del fideicomiso y el proceso de liquidación

El CCCN no ha reglado el modo en que debe actuar el fiduciario al extinguirse un fideicomiso *in bonis*.¹ Ante la escasez de reglas sobre la extinción y el deber del fiduciario, Lisoprawski (2008) subrayó esta falencia en vigencia de la Ley de Fideicomiso. Se pronunció decididamente por la supervivencia –*ultra vires*– del fideicomiso, etapa en la que el fiduciario deberá realizar los activos, el pago de los pasivos y la liquidación del líquido remanente, bajo pena de incurrir en responsabilidad frente a los acreedores del fideicomiso.

Por nuestra parte, coincidimos: la extinción del fideicomiso no implica la extinción del patrimonio. El fiduciario tiene el deber de realizar todas las actividades necesarias para satisfacer las deudas generadas durante su gestión con los activos que tuviere aún bajo su gestión. Si existiesen remanentes, sólo podrá distribuirlos después.

Según las características del fideicomiso, creemos que el fiduciario deberá optar por el procedimiento más eficaz para la liquidación. Propugnamos la aplicación por analogía, cuando resulte pertinente, de las reglas de liquidación de las personas jurídicas, o de la herencia.

Si recurrimos a dichas normas análogas, constatamos que la regulación propia de las personas jurídicas dispone que el vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición provoca la disolución de la persona jurídica (art. 163, CCCN). Por consiguiente,

la persona jurídica no puede realizar operaciones, debiendo en su liquidación concluir las pendientes. La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero. Previo pago de los gastos de liquidación y de las obligaciones fiscales, el remanente, si lo hay, se entrega a sus miembros o a terceros, conforme el estatuto o lo exige la ley. (art. 167, CCCN)

Las normas sobre sociedades determinan las mismas reglas (sección XIII, Ley General de Sociedades).²

Si abrevamos en las normas que rigen la administración del patrimonio del fallecido –que constituye un patrimonio separado desde la muerte del causante hasta la partición–, el CCCN dispone que debe “continuar el giro

1. Excluimos de este análisis a la liquidación del fideicomiso en insolvencia porque tiene reglas propias, como la ley de concursos y quiebras (art. 1687, CCCN).

2. En el derecho colombiano, Rodríguez Azuero propicia la aplicación de las reglas sobre disolución de sociedades “de manera que el fiduciario limitará su actuación a liquidar los negocios y contratos en curso” (2005, p. 331).

normal de los negocios del causante”, “gestionar los bienes de la herencia”, “promover su realización en la medida necesaria para el pago de las deudas y legados” (art. 2353, CCCN) y cobrar los créditos (art. 2354, CCCN). No puede disponer de los derechos del causante, salvo que se trate de bienes perecederos o de conservación onerosa. Este proceso de administración culminará con la partición de los bienes remanentes de la sucesión. El régimen del condominio remite a las reglas de la división de la herencia para su conclusión (art. 1996, CCCN). En ambos casos –el proceso de disolución de la persona jurídica o la muerte del causante (o la división del condominio)–, no se genera la inmediata extinción de todas las facultades de los administradores, sino que están obligados a seguir con la administración, cobrar los créditos, pagar las deudas, rendir cuentas de su gestión y, en dicho caso, distribuir el remanente.

No hay duda, a nuestro parecer, que el fiduciario tiene las mismas facultades y obligaciones durante el período liquidatorio del fideicomiso. Es su deber mantener los bienes existentes, cobrar los créditos y pagar las deudas. Sólo cuando la tarea esté concluida, y previa rendición de cuentas, puede distribuir el remanente entre los fideicomisarios.

El fideicomiso no se extingue con el vencimiento del plazo, el cumplimiento de la condición o si se presenta la causal contractual convenida por las partes. Esas circunstancias abren el período liquidatorio, durante el cual el fiduciario mantiene las facultades necesarias para la tarea.

5. Diversas situaciones durante el período liquidatorio. Legitimación del fiduciario, situación de los bienes y facultades de las partes

5.1. Una aclaración aún necesaria: el legitimado es el fiduciario

A pesar de que los derechos y obligaciones se imputan al patrimonio fideicomitado, el fideicomiso no es persona jurídica, por lo que siempre será el fiduciario quien represente al patrimonio (Bilbao Aranda, 2012, p. 444). Esta cuestión es aún motivo de cierto desconcierto en las actuaciones judiciales, pero se trata de un problema ya superado.³

3. “El fideicomiso, en tanto negocio jurídico legislado [...], constituye un contrato que, como tal, carece de capacidad para estar en juicio por sí mismo. Quien tiene legitimación para ejercer la defensa del fideicomiso es el fiduciario, en tanto propietario de los bienes que lo componen” (CNCom. Sala D, 2019).

5.2. Legitimación activa durante el período liquidatorio

El fiduciario tiene el derecho y el deber de proceder al cobro de los créditos generados durante la vigencia del fideicomiso. En las prácticas judiciales y ante la actuación judicial del fiduciario en defensa de los derechos del fideicomiso, si el contrato se encuentra vencido, con frecuencia el demandado opone excepción de falta de legitimación sustancial activa. Este punto suscitó algunas dudas durante los primeros años de utilización de la figura. Entendemos que esto se debió al intento por resolver el problema a través de las normas de los contratos. Si el contrato estaba vencido, el fiduciario había perdido la legitimación. En este sentido, se dispuso que, si transcurrió el plazo de vigencia del contrato de fideicomiso, según cláusula prevista en el mismo, es “dudosa” la legitimación del fiduciario para continuar ejecutando el crédito del fiduciante y en mayor medida cobrarlo –ello sin perjuicio de las medidas conservatorias que pudiera solicitar-. Asimismo, que la Ley 24441 nada dice en relación a la actuación del fiduciario luego de cumplido el plazo del contrato y las facultades que aquel tendría en esa etapa.⁴

La solución desconocía la naturaleza de la figura: la existencia de un patrimonio de afectación que había que liquidar. Entendemos que la buena doctrina ha ganado espacio en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, se apuntó que

Aun de haber finalizado el fideicomiso por vencimiento, para el caso de que no se hubieran liquidado todos los activos, el fiduciario debe igualmente realizarlos, lo cual se traduce, en el caso de los créditos, en su cobro, disipando así toda duda en torno del aspecto sustancial de la legitimación (v. esta Sala, con anterior integración, “Albus S.R.L. s/ conc. prev. s/ inc. revisión por Banco Finansur”, del 8.08.03; id. “Centrifin S.A. S/ concurso preventivo s/ incidente de revisión por Banco Comafi S.A.”, del 27.11.06). En otros términos, el sólo hecho del vencimiento no quita *ipso iure* toda legitimidad al fiduciario; la extinción del contrato bien puede no coincidir, desde el punto de vista temporal, con el cese de sus funciones como tal, habida cuenta de que la misma Ley (24441: 26) le impone el cometido de llevar a cabo ciertos actos que habrán de cumplimentarse –inexorablemente– luego de cumplido el plazo o acaecida la condición que habilite a tener por extinguido el contrato. Para

4. CNCom. Sala A, 24/05/2017 (“Banco Comafi c/ Fuksman de Canan, Liliana s/ ejecutivo”): “si transcurrió el plazo de vigencia del contrato de fideicomiso, según cláusula prevista en el mismo, es dudosa la legitimación del fiduciario para continuar ejecutando el crédito del fiduciante y en mayor medida cobrarlo. Ello así, sin perjuicio de las medidas conservatorias que pudiera solicitar [...] La ley 24441 nada dice en relación a la actuación del fiduciario luego de cumplido el plazo del contrato y las facultades que aquel tendría en esa etapa”. En el caso, se suspendieron los plazos procesales hasta tanto se presente en el expediente el fideicomisario, o quien resulte titular del crédito ejecutado, a los fines de ejercer sus derechos, ordenando al efecto las medidas conducentes.

el fiduciario, en efecto, todo evento de terminación supone de suyo otras obligaciones, relacionadas ahora con la liquidación del fideicomiso (cfr. Hayzus, "Fideicomiso", 2004, pág. 211). (CNCom. Sala E, 2011)

5.3. Legitimación pasiva durante el período liquidatorio

Idénticas perplejidades pueden presentarse ante demandas promovidas contra el fideicomiso por créditos generados con anterioridad al vencimiento del plazo.

El fiduciario está facultado y obligado a cancelar las deudas –aún después de vencido el plazo– a fin de determinar si existe remanente o, al contrario, si el fideicomiso resulta insolvente –situación que activa las normas contractuales o legales correspondientes–. Entre las facultades se encuentra la representación procesal del fideicomiso durante dicho período, la cual no se extingue por el sólo hecho del vencimiento del plazo contractual o el máximo legal.

5.4. Situación de los bienes de un fideicomiso extinto, pero no liquidado. Un caso interesante

El fideicomiso puede estar sujeto a un plazo. Si en el patrimonio existen cosas registrables, entonces esta circunstancia se inscribe en el registro correspondiente. Puede suceder que dicho plazo venza sin que hayan concluido las actividades previstas en el objeto del fideicomiso. O aún no se ha pedido la liquidación judicial por insolvencia. Se presenta, así, la siguiente situación: esos bienes siguen formando parte del fideicomiso están inscriptos bajo la titularidad del fiduciario, pero su "vigencia" estaría vencida por haber terminado el plazo previsto. Entonces, ¿ya no forma parte del patrimonio del fideicomiso? O, mejor aún, ¿esos bienes no pueden ser agredidos por los acreedores del fideicomiso, salvo a través de un pedido de liquidación judicial por insolvencia?

Precisamente, en un caso muy interesante, radicado en la ciudad de Córdoba, se planteó esta cuestión (Juzg. Civ. Com. 32ª Nom. Córdoba, 2019, inédito). Un acreedor del fideicomiso, con crédito líquido y exigible, promovió la ejecución de la sentencia y solicitó la subasta de un inmueble, único bien que formaba el patrimonio fideicomitado. El registro de propiedades informó que el dominio fiduciario estaba sujeto a un plazo que se encontraba vencido. Ante ello, el tribunal interviniente decretó: "A lo solicitado: Estese a las constancias del asiento registral a- de la matrícula 1.084.177 de la que

surge que el dominio fiduciario se encuentra caduco". El actor repuso el decreto y alegó que:

- 1) La decisión sobre la caducidad de la inscripción registral es equivocada porque no existe norma registral alguna que así lo disponga, y el régimen sustancial del fideicomiso no prevé esa consecuencia.
- 2) Si se consideró que el vencimiento del plazo del fideicomiso, publicitado en el registro, implica que el inmueble ya no es disponible por el fiduciario, ni puede ser ejecutado por terceros, también la conclusión es errónea.
- 3) El vencimiento del plazo origina la necesidad de producir, por parte del fiduciario, los actos necesarios para su liquidación. Esto es: el vencimiento del plazo extingue el fideicomiso y, entonces, el patrimonio entra en etapa de liquidación.
- 4) El fiduciario continúa siendo el propietario fiduciario del inmueble que se pretende subastar, pues el vencimiento del plazo no extingue ipso iure el dominio, sino que continúa bajo su titularidad, al sólo fin de cancelar las deudas y distribuir los beneficios.
- 5) Mientras el fideicomiso no se liquide, el fiduciario sigue siendo el legitimado pasivo, y los bienes fideicomitidos –en este caso el inmueble que se pretende subastar– siguen respondiendo por las deudas del fideicomiso.
- 6) Todo el patrimonio separado es la garantía de cobro de los acreedores y, mientras no esté liquidado, subsisten las acciones individuales con dicho patrimonio.
- 7) No puede considerarse que, con el vencimiento del plazo fijado en el contrato, caducan las facultades ejecutorias, o que el bien se extrae de dicha garantía para los acreedores.

El tribunal no acogió los argumentos del recurrente y confirmó su decisión de no permitir la ejecución individual del inmueble, con los siguientes argumentos:

- 1) Existe una diferencia entre el negocio celebrado entre las partes –que se encontraba vigente porque se sujetaba a la condición de concluir con el objeto– y el derecho real de dominio fiduciario en cabeza del demandado, cuyo plazo se encontraba vencido, conforme a la cláusula que determinaba que la manda fiduciaria culminaría en un plazo de treinta y seis meses, a contar desde la fecha de iniciación de obra.
- 2) Entonces, puede afirmarse que existe una interrelación estrecha entre ambos conceptos ya que el contrato de fideicomiso inmobiliario

es la causa que genera la existencia del dominio fiduciario. Por consiguiente, puede vislumbrarse tanto en las constancias de la causa, como en las cláusulas del referido acto jurídico, que no se han previsto otros métodos ni se han ejercido las facultades previstas por la ley que permitan inferir que tal lapso temporal –previsto para la duración del “derecho real” en cabeza del demandado– se encuentre prorrogado.

- 3) Por ello, no puede afirmarse cómo podría continuar el contrato sin la vigencia del dominio fiduciario sobre el inmueble que constituye el asiento de todo el proyecto constructivo.
- 4) Entonces, el vencimiento del plazo del dominio fiduciario acarrea el vencimiento de la vigencia del contrato y esto conduce a sostener que resulta necesario proceder a la apertura de la etapa de liquidación, la cual “constituye un espacio temporal que sobreviene a la extinción y requiere una solución que contemple los derechos de las partes del contrato de fideicomiso y los terceros activa o pasivamente vinculados al mismo”.
- 5) Mientras los bienes permanezcan en poder del fiduciario, el patrimonio continuará separado respecto de los acreedores con los que se obligó. Y subsisten los derechos y obligaciones del fiduciario –como tal– frente a las partes del contrato, los acreedores y los deudores del fideicomiso, limitado por la naturaleza del estadio de liquidación que supone ese *ultra vires*.
- 6) Por ello, a los fines de ejercer los derechos que le corresponden al actor que pretendía la ejecución individual, resulta necesario que el mismo ocurra por la vía que corresponda y ante el juez competente para entender el pedido de liquidación judicial incoado por un acreedor del fideicomiso (art. 1687, CCCN).

No coincidimos con la solución dada por el tribunal. Es una interpretación sesgada por una visión del fideicomiso bajo las normas del derecho de dominio. Para el régimen de los derechos reales, quizás el dominio fiduciario “caducó”, pero el fideicomiso subiste y, en este punto, disentimos con la sesuda resolución en análisis. Pero si el dominio caducó, entonces tampoco el fiduciario puede ejercer derechos de disposición sobre el bien. Ante esto, lo que emana es que la única vía de conclusión del fideicomiso sería la liquidación del fideicomiso por vía judicial.

Creemos que no es necesario que la liquidación de un fideicomiso sea realizada por vía judicial cuando el fideicomiso está *in bonis*. El fiduciario puede proceder a la liquidación del fideicomiso por cualquier vía

extrajudicial como dijimos antes, disponer de los bienes y pagar las deudas y, si hay excedente, distribuirlo entre los fideicomisarios.

La doctrina de la resolución en análisis implica que también el fiduciario pierde todo derecho de disposición sobre el dominio fiduciario “caduco”. Y esto no nos parece una interpretación eficaz. Y si el fiduciario aún puede disponer de ese bien, a través de un proceso de liquidación no judicial, la conclusión es que también los acreedores pueden ejecutarlo a través de un procedimiento individual.

5.5. La extinción del fideicomiso por acuerdo de partes. Los derechos de los terceros

En otro caso, también resuelto en jurisdicción cordobesa, el acreedor de un fideicomiso demandó por daños y perjuicios al fiduciario y a los fiduciantes, quienes habían decidido resolver de común acuerdo un fideicomiso. Como consecuencia, se le restituyó al fiduciante el único bien que tenía el fideicomiso, frustrando la posibilidad de cobro del actor.

La cuestión llegó a la Cámara y allí se desgranaron los siguientes argumentos, por la improcedencia y la procedencia de la demanda (Cám. Civ. y Com. de 5ª Nom. de Córdoba, 2018, inédito). El vocal Aranda confirmó el rechazo de la demanda, debido a que:

- 1) Si se pretendía obtener una condena en contra de los fiduciantes, no condenados al pago de la deuda –pues lo era el fideicomiso–, era esencial demostrar que hubo una ilícita connivencia defraudatoria entre el fiduciario y los demandados. Esto, con el objetivo claro de burlar al acreedor del fideicomiso, fue lo que privó a los actores de cobrar su crédito. No hay otra causa de la obligación que se pretende endilgar a quienes son los accionados en este juicio, que no sea esta actividad defraudatoria, ya que no fueron condenados en el juicio principal.
- 2) El distracto resulta una facultad otorgada por el artículo 1200 del Código Civil –aplicable al caso– y estaba prevista en el contrato de fideicomiso. Por ello, las partes contratantes podían por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por el contrato y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido. Naturalmente, el ejercicio de esta facultad no implica irregularidad alguna, ya que era factible de forma contractual y, en sí mismo, no está prohibido por la ley.
- 3) Si los actores entendieron que este acto estaba viciado por fraude, debieron procurar la anulación del instrumento respectivo por la vía pertinente; sin embargo, no se lo intentó.

Este voto entendió que, salvo fraude probado, la gestión del fiduciario era correcta. La mayoría, en cambio, infirió que había una conducta ilegítima del fiduciario y los fiduciantes, lo que habilitaba la procedencia de la acción, con los siguientes argumentos:

- 1) "Si bien la ley autoriza la extinción del fideicomiso por cualquier causa prevista en el contrato –y así fue pactado originalmente en el contrato respectivo–, el fideicomiso siempre termina con una liquidación y, de esta forma, el patrimonio fideicomitado pasa a ser la prenda común de los acreedores del fondo fiduciario" (voto del Dr. Ferrer).
- 2) "No se trata [en el caso] del supuesto fáctico y normativo previsto para el fraude, conforme el art. 961 y sgtes. del CC, sino del ejercicio de una acción de responsabilidad porque las demandadas, por acto voluntario, provocaron la extinción del fideicomiso en perjuicio de sus acreedores, incumpliendo claras obligaciones legales y contractuales, disponiendo en su propio y exclusivo beneficio del único bien que conformaba el patrimonio fideicomitado, sin exigir al fiduciario una rendición de cuentas y en su caso, la eventual liquidación de aquel para satisfacer las deudas contraídas por el fideicomiso con los actores (arts. 521 y 1072 CC)" (voto del Dr. Ferrer).
- 3) "La extinción del fideicomiso por distracto de las fiduciantes y fiduciario, y sin liquidación ni posibilidad de intervención de los acreedores, da cuenta de la ilicitud de este accionar por violación al contrato y al régimen legal, puesto que no se exigió ni acreditó la existencia de las operaciones necesarias de liquidación del fideicomiso, tal como establece la Ley 24441" (voto del Dr. Ferrer).
- 4) "La atribución de responsabilidad patrimonial en cabeza de las fiduciantes surge del incumplimiento grave a las obligaciones emergentes del contrato de fideicomiso, en particular, por no exigir al fiduciario la rendición de cuentas y liquidación del fideicomiso en forma previa o concomitante con la extinción del dominio fiduciario, único bien del fideicomiso con el que se podían honrar las deudas contraídas" (voto de la Dra. Zalazar).

Coincidimos con la mayoría en sus fundamentos, en el marco de la acción planteada –daños y perjuicios–. El fiduciario no podía restituir el inmueble a los fiduciantes sin antes haber procedido a la liquidación del fideicomiso: esto es, pagar las deudas con los bienes bajo su administración.

Sin duda, por haberse obviado el trámite de liquidación, la acción no era la de daños y perjuicios –que no persigue la restitución del bien al patrimonio–,

sino la de nulidad de dicha restitución. Con ello, el acreedor hubiera obtenido la posibilidad de perseguir el bien para satisfacer su acreencia.

6. A modo de conclusión

La extinción del fideicomiso, por vencimiento del plazo del fideicomiso, o el acaecimiento de la condición resolutoria a la que se hubiere sometido, no produce la conclusión de las facultades del fiduciario. Este tiene el derecho y la obligación de continuar con las gestiones encomendadas, hasta la liquidación final de los créditos y las deudas, y la determinación de la existencia de remanentes. Por ello, no pierde la legitimación sustancial, activa o pasiva, para el ejercicio de los derechos en representación del fideicomiso.

El proceso de liquidación, a través del procedimiento más acorde con las características del fideicomiso, es un paso necesario para concluir con la gestión del fiduciario y, mientras no esté concluido, los bienes del patrimonio responden frente a las deudas generadas, están sujetos a la agresión de los acreedores y pueden ser dispuestos por el fiduciario.

7. Bibliografía

- BILBAO ARANDA, Facundo M. (2012). *El contrato de fideicomiso inmobiliario en la Argentina*. Abeledo Perrot.
- LISOPRAWSKI, Silvio. (2008, 5 de marzo). *La extinción del fideicomiso. Una alternativa de hierro: el 'limbo' o la subsistencia 'ultra vires'*. La Ley, (t. 2008-B).
- MÁRQUEZ, José F. (2008). *Fideicomiso. La Ley*.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. (2005). *Negocios fiduciarios* (1ª ed.). Legis.

Jurisprudencia:

- Cám. Civ. y Com. de 5ª Nom. de Córdoba. (21/11/2018). "Gatti, Gustavo Justo y o. c/ Zucchini, Marcela Edith y o. Ordinario" expte. 5719573 [no publicado].
- CNCom. Sala A. (24/05/2017). "Banco Comafi c/ Fuksman de Canan, Liliana s/ ejecutivo". [obtenido de la base de datos de jurisprudencia de la Cámara]
- CNCom. Sala E. (11/10/2011). "Georgalos Hnos. SAICA s/ concurso preventivo (incidente por separado: asunto "Banco Roela SA")". [obtenido de la base de datos de jurisprudencia de la Cámara]
- CNCom. Sala D. (02/05/2019). "Monsanto Argentina SRL c/ fideicomiso SD s/ ejecutivo. *elDial.com* (AAB475).
- Juzg. Civ. y Com. 32ª Nom. de Córdoba. (25/04/2019). "Funoy, Ana María Teresa c/ Ribeiro, Jorge y otro s/ ordinario - cumplimiento/resolución de contrato" expte. 6187215).

El protocolo digitalizado

La digitalización y la eficacia jurídica de las escrituras

Roberto Antonio Mignolo*

RESUMEN

El presente trabajo analiza los fundamentos normativos aplicables a la digitalización de los protocolos notariales y a su conservación como un medio alternativo. Además, considera la eficacia jurídica del documento digital como producto de la digitalización de los protocolos.

PALABRAS CLAVE

Protocolo notarial; escritura matriz; firma digital; firma ológrafa; digitalización; soporte documental; conservación del protocolo; Ley 25506.

Recibido: 17/04/2026

Aceptado: 23/04/2026

Sumario: 1. Introducción. 2. Breve reseña normativa y evolución. 3. Análisis de las normas y los fundamentos que sustentan la digitalización de los protocolos. 4. La conservación: alternativa y reposición de las escrituras. 5. Conservación del soporte papel luego de la digitalización. 6. Conclusión. 7. Bibliografía

1. Introducción

Desde la década de 1990 se difunde con mayor oferta la digitalización de documentos. Las empresas abocadas a la informática y la digitalización ofrecían el servicio, y su producto no era otra cosa que una fotocopia electrónica que facilitaba su archivo, búsqueda, consulta y otras ventajas,

* Abogado (UBA). Escribano de registro en la Ciudad de Buenos Aires desde 1992. Director del Archivo de Protocolos Notariales desde 2005. Miembro del Instituto de Derecho Notarial del CECBA, de la ONPI y del grupo de trabajo Inspección y Archivo de Protocolos del Consejo Federal del Notariado Argentino.



con el objetivo de posicionarse como una mejor opción frente a la microfilmación. En el ámbito notarial, el éxito era relativo ya que demandaba fuerte inversión económica para algo carente de valor jurídico. La Ley Nacional 25506 de Firma Digital, promulgada el 11 de diciembre de 2001 (en adelante, LFD), introdujo en el plexo normativo la novedad de dar valor jurídico, efectos probatorios, a los documentos digitales y a los digitalizados firmados digitalmente, siempre que se cumplieran ciertos requisitos. Esto es fundamental para el avance de cualquier proyecto de digitalización de protocolos notariales y, por supuesto, de otros documentos que deban estar provistos de esa cualidad jurídica porque la digitalización por sí misma, la microfilmación y la fotocopia sólo tienen valor informativo.

Aquí veremos los fundamentos normativos que sustentan la digitalización de los protocolos, revistiendo a las escrituras y su documentación agregada de eficacia jurídica. El presente texto está basado en el trabajo presentado en la XXXIII Jornada Notarial Argentina (Bariloche) y en la XLIII Convención Notarial (Buenos Aires) (Mignolo, 2018) y en otras consideraciones que desarrollaré en el presente.

2. Breve reseña normativa y evolución

Antes de la LFD no existía en la República Argentina norma alternativa que produjera efectos jurídicos como lo prescribe la ley. Esta brinda a los documentos en soporte papel un medio distinto de conservación y sustitución que satisface las exigencias de las normas.

La mencionada ley reconoce el empleo de la firma electrónica y la firma digital, y su eficacia jurídica en las condiciones que ella establece (art. 1); define la firma digital y prescribe que debe ser susceptible de verificación por terceras personas, permitiendo detectar cualquier alteración del documento digital con posterioridad a la firma (art. 2). La exigencia de ley para la firma manuscrita queda satisfecha con la firma digital, principio que incluso se aplica cuando la ley establece consecuencias en caso de ausencia (art. 3). Se entiende por documento digital la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo, lo cual también satisface el requerimiento de escritura (art. 6). Salvo prueba en contrario, se presume que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite su verificación (art. 7), a diferencia de lo que sucede con la firma electrónica (art. 5). Se presume la integridad de un documento digital si el resultado del procedimiento de verificación de la firma digital aplicada al mismo es verdadero, por no haber sido modificado desde el

momento de la firma, salvo prueba en contrario (art. 8). Establece también los requisitos de validez de la firma digital (art. 9). Asimismo, se presume, salvo prueba en contrario, que un documento digital enviado en forma automática por un dispositivo programado –y que lleve la firma digital del remitente– proviene de dicho remitente (art. 10). Los artículos que se transcriben a continuación son los más relevantes para este tema:

Art. 11 - Original. Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación.

Art. 12 - Conservación. La exigencia legal de conservar documentos, registros o datos también queda satisfecha con la conservación de los correspondientes documentos digitales firmados digitalmente, según los procedimientos que determine la reglamentación, siempre que sean accesibles para su posterior consulta y permitan determinar fehacientemente el origen, destino, fecha y hora de su generación, envío y/o recepción.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), vigente desde el 1 de agosto de 2015, incorporó lo que llamamos “las nuevas tecnologías”: la expresión escrita se puede hacer constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos (art. 286). Por su parte, la firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde; en los instrumentos generados por medios electrónicos, este requisito queda satisfecho si se utiliza una firma digital que asegure, indubitadamente, la autoría e integridad del instrumento (art. 288). Corresponde a la ley local reglamentar lo relativo a las características de los folios y su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo (art. 300). El escribano debe dar copia o testimonio de la escritura a las partes. Ese instrumento puede ser obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble, conforme a las reglamentaciones locales (art. 308).

El artículo 1012 del Código Civil derogado fue modificado por el artículo 3 de la LFD, incorporando como firma válida a la firma digital: “cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia queda satisfecha por una firma digital”. El CCCN reafirmó el uso de las nuevas tecnologías, reconociendo la firma digital con iguales efectos que la firma ológrafa y delegando ciertos aspectos en otras normas –entre ellas, las locales notariales–; no derogó la LFD, sino que absorbió sus preceptos y sigue vigente.

El 22 de septiembre del 2000 el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionó el Decreto 1624/2000, reglamentario de la Ley Orgánica Notarial 404, reguladora de la función. Ambas normas, preexistentes a la LFD y al CCCN, ya tenían previsiones sobre nuevas tecnologías. Así, el artículo 67 del decreto reglamentario (capítulo IX, "Protocolos. Régimen") expresa que

Si fuere legalmente autorizado otro tipo de soporte documental, el Colegio de Escribanos reglamentará el modo de su conservación y consulta, la que podrá efectuarse por medio de los procedimientos o haciendo uso de las formas de comunicación que en el futuro considere convenientes.

Y el artículo 36 del mismo cuerpo normativo (capítulo VIII, "Documentos. Confección") estipula que

El soporte del documento podrá ser de cualquier naturaleza admitida por la legislación vigente y aprobada por el Colegio de Escribanos, siempre que garantice la perdurabilidad, accesibilidad, significado unívoco y posibilidad de detectar cualquier modificación que se introdujere a posteriori de las firmas de las partes y del escribano autorizante.

3. Análisis de las normas y los fundamentos que sustentan la digitalización de los protocolos

La LFD, además de ser clara en sus términos, definiciones y efectos que produce, es genérica y aplica a cualquier tipo de documento. El artículo 4 excluyó de la aplicación de la ley a las disposiciones por causa de muerte, los actos jurídicos del derecho de familia, los actos personalísimos en general, y los actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital –ya sea como consecuencia de disposiciones legales o acuerdo de partes–. Después de diecisiete años, el legislador derogó el artículo 4 a través del artículo 1 de la Ley 27446 de Simplificación y Desburocratización de la Administración Pública Nacional. No obstante, cabe aclarar que esa exclusión debía entenderse para la creación de los documentos que contuvieran dichos actos, y no para la reproducción de los mismos con firma digital con finalidad de conservación.

La LFD reconoce la eficacia jurídica de la firma digital aplicada al documento digital, siempre que se cumplan las condiciones que la misma ley establece para su verificación y para la detección de alteraciones posteriores a la firma. Asimismo, está revestida de la presunción legal de que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de

dicha firma y de integridad (si el resultado del procedimiento de verificación es verdadero por no haber sido modificado el documento). La norma cierra el capítulo de consideraciones generales con dos artículos: el 11 (originales) y el 12 (conservación), ambos fundamentales para fundar la digitalización de los protocolos, tanto de las escrituras como de la documentación agregada. En los términos del artículo 11, las escrituras reproducidas en formato digital y firmadas a partir de originales de primera generación también son consideradas originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación. El Decreto 2628/2002 del Poder Ejecutivo Nacional (PUN) reglamentó distintos aspectos vinculados a consideraciones generales: la autoridad de aplicación, la comisión asesora para la infraestructura de firma digital, el ente administrador de firma digital, el sistema de auditoría, los estándares tecnológicos, la revocación de certificados digitales, los certificadores licenciados, las autoridades de registro, las disposiciones para la administración pública.

Es de suma importancia, y consecuencia del artículo 11, el artículo 12 sobre la conservación y el deber satisfecho luego de haber cumplido los requisitos para ello. Cuando el artículo 11 se refiere a los originales de primera generación –aquellos elaborados por primera vez–, descarta cualquier reproducción de estos (fotocopia, microfilmación) para ser utilizados como original. Así entendido, se reproduce el original en soporte digital, y se firma digitalmente en cumplimiento de lo normado por el artículo 11 y a los efectos perseguidos por la Ley de Firma Digital. En esta reproducción se trasladan la integridad, inalterabilidad y eficacia jurídica (Ventura, 2013).

Como escribanos debemos abstraernos de nuestra estructura profesional, esto es, que estamos frente a una reproducción notarial provista de fe de segundo grado. Esta aparente contradicción debe entenderse considerando tres aspectos: a) el físico, la reproducción; b) los requisitos de ley, la reproducción digital, firmado digitalmente; c) la finalidad de la norma: es decir, revestir al documento obtenido de la aptitud probatoria suficiente.

De esta forma, no privaremos al documento digital de la eficacia jurídica que la ley le otorga. Interpretar la ley en otro sentido nos conduce a reflexionar si, finalmente, tendría sentido digitalizar. Si se reproduce desde originales de primera generación y se firma digitalmente, se desencadena otra buena consecuencia: queda satisfecha la exigencia legal de la conservación (art. 12).

Agregamos al protocolo distintos tipos de documentación: algunos son originales de primera generación (planos, testimonios, testamentos ológrafos, etc.) y otros son reproducciones con intervención notarial u

administrativa. Estos últimos no son originales, pero son parte del protocolo que, una vez digitalizados, se constituyen en traslados.

Con respecto a los documentos firmados digitalmente, la pregunta es ¿quién firma? Podríamos decir que deben firmar las partes y el escribano. Sin embargo, esto implicaría una especie de ratificación del acto –un acto atípico– que le haría perder el sentido a ley. Y esta, precisamente, pretende simplificar y generar un medio alternativo de conservación y, en ciertos casos para la administración pública, reemplazar el original en soporte papel.

Quien tiene la guarda de los protocolos es quien tiene la actuación notarial y la competencia sobre el mismo (art. 108, Ley 404), además de la responsabilidad de conservación. Los protocolos que se encuentren en el Archivo de Protocolos Notariales de la Ciudad de Buenos Aires serán digitalizados y firmados digitalmente por quien tenga la guarda; es decir, el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (CECBA) como administrador del Archivo (art. 124, inc. n, Ley 404). Este podrá delegar dichas funciones, dentro del Archivo de Protocolos, en los profesionales y demás integrantes que estén específicamente designados para firmar digitalmente. El Archivo de Protocolos se encuentra bajo la dirección del Tribunal de Superintendencia del Notariado, organismo que prestó su conformidad con el proyecto¹.

Asimismo, y en concordancia, el artículo 300 del CCCN –último párrafo– dispone que la conservación es de orden local. Desde los orígenes del notariado se impuso el deber de conservación a través de las normas locales (art. 200 de la Ley 1893; arts. 11 inc. a] y 34 de la Ley 12990; art. 29 inc. f] Ley 404; art. 69 Decreto 1624/2000) al igual que la propiedad del protocolo en titularidad del Estado (art. 307 de la Ley 1893; art. 17 de la Ley 12990; art. 32 de la Ley 404). No cabe duda de que le compete al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) expedirse sobre dicha conservación, habiendo prestado su conformidad.

Los escribanos y los archivos de protocolos tienen la obligación de guarda, custodia y conservación de los documentos. Además, a diferencia de otros archivos, la documentación aquí depositada produce efectos jurídicos en distintos grados –antes de adquirir un valor histórico–.

Como explica D'Alessio (2015),

la guarda de los protocolos [...] es una obligación funcional del escribano, ya que constituye una de las llamadas operaciones de ejercicio: la conservación

1. Por Resolución 44/2026, el Consejo Directivo del CECBA tomó conocimiento de la conformidad y aprobó el procedimiento de digitalización.

de los documentos. Para brindar mayor seguridad al sistema, las distintas demarcaciones han organizado archivos a los que, luego de un tiempo prudencial, el escribano debe entregar los protocolos para que sea el propio Estado, por sí o por delegación en los colegios de escribanos, quien se encargue de su custodia. (p. 163)

Lo expresado tiene concordancia con los artículos 286 y 288 del CCCN. Además, anticipándose al uso de nuevas tecnologías, el artículo 67 del Decreto reglamentario 1624/2000 expresa que, si fuere legalmente autorizado otro tipo de soporte documental, el CECBA reglamentará modo de conservación y consulta; y el artículo 36, que el soporte del documento podrá ser de cualquier naturaleza admitida por la legislación vigente y aprobada por el CECBA.

El CECBA aprobó el reglamento de utilización de firma digital, disponiendo el uso de la firma digital para los documentos extraprotocolares². Esta norma constituyó la primera resolución sobre el tema, pero no fue la última ya que sobrevinieron otras, implementadas por los sistemas gestor de documento notarial (GEDONO), gestor de documentos del Archivo de Protocolos (GEDOA), sistema de certificación de firmas (SDF), las legalizaciones remotas. El CCCN habilita a las legislaciones locales a regular el otorgamiento de escrituras públicas en soporte digital y, por ende, a regular su conservación; esto constituirá un protocolo digital con las mismas características del papel que conocemos en la actualidad (D'Alessio, 2015, p. 165).

Desde la creación del Archivo de Protocolos Notariales, inaugurado formalmente el 10 de septiembre de 1973, faltaba la ejecución de un plan tendiente a la reproducción microfílmica o similar como medio alternativo de conservación. Efectivamente, la Ley 19016 –de autorización al Poder Ejecutivo Nacional para celebrar un convenio con el Colegio de Escribanos de la entonces Capital Federal, mediante el cual se le asigne la regencia del Archivo–, establece en su artículo 2:

Dicho convenio, sin perjuicio de las condiciones y cláusulas que se estipulen para el logro de la finalidad de la presente ley, deberá prever: [...] c) Bases para que el organismo regente someta un plan tendiente a realizar en el futuro la reproducción microfílmica o similar de los documentos protocolares, eventual comiso de tales volúmenes y su contenido, o guarda y custodia de los que deben mantenerse a través del tiempo a mérito de su valor jurídico o histórico.

Y el Decreto 2914/71 del Poder Ejecutivo Nacional –que aprobó el convenio y su aceptación por parte del Colegio–, en su punto 9 instituye:

2. Resolución 50/2014 del Consejo Directivo.

Queda facultado el Colegio de Escribanos de la Capital Federal para practicar como medida de seguridad, la reproducción microfilmica o mediante proceso similar de todos los protocolos del archivo o simplemente de los documentos originales que, bajo su guarda y custodia deben mantenerse a través del tiempo a mérito de su valor jurídico o histórico. [...]. La determinación del valor jurídico o histórico de los documentos originales será propuesta por el Colegio de Escribanos de la Capital Federal al Ministerio de Justicia, mediante dictamen fundado. La destrucción de la documentación reproducida, sin valor jurídico o histórico, solamente será ordenada por el Ministerio de Justicia, el que previamente propiciará las medidas que correspondan, justifiquen dicha destrucción y den fuerza convalidante documental al elemento que contenga la reproducción de los originales realizada por el proceso técnico correspondiente.

Lo expresado en las normas se está concretando gracias a la sanción de la LFD, es decir, la digitalización de documentación en soporte papel firmada digitalmente, revestida de fuerza convalidante, siendo este un medio alternativo de conservación o de sustitución de la documentación digitalizada.

La destrucción será un tema para abordar en otra oportunidad, considerando que debe existir una resolución del CECBA, con la intervención del GCBA como propietario de los protocolos y del Tribunal de Superintendencia del Notariado, y que, además, se debe contemplar un plazo de conservación para no destruir.

Otro aspecto vinculado a la digitalización es determinar el año a partir del cual se considere conveniente digitalizar. Ello dependerá de la decisión de gestión y de la calificación de la documentación agregada a la escritura que se digitalizará o no, conservándola o destruyéndola. Se conservarán y digitalizarán los planos, planillas de porcentuales, croquis, testamentos ológrafos, documentación original, personería jurídica y documentación habilitante, entre otros. Con respecto a las escrituras, se digitalizarán todas porque resultaría inconveniente calificar la vigencia de los actos contenidos en las mismas y sus efectos, además de la labor titánica que es diferenciar las escrituras con valor histórico de aquellas que aún tienen valor jurídico. La dinámica de los archivos notariales nos permite clasificar las escrituras en tres categorías: a) las que contienen derechos vigentes con plenos efectos jurídicos para las partes y terceros; b) las escrituras antecedentes que no tienen derechos vigentes, pero tienen efectos jurídicos para las partes y terceros; c) las de valor histórico, sin derechos vigentes ni efectos jurídicos para las partes ni terceros.

El Archivo General de la Nación (AGN) tiene por finalidad reunir, ordenar y conservar la documentación que la ley le confía para difundir el conocimiento de las fuentes de la historia Argentina. La Ley 15930 establece las funciones

del AGN; entre ellas, la de mantener y organizar la documentación pública y el acervo gráfico y sónico pertenecientes al Estado Nacional, así como ordenar y clasificar con criterio histórico dicha documentación y facilitar la consulta de sus colecciones. El AGN tiene la labor específica de conservar y calificar los documentos con valor histórico. En los archivos de protocolos la situación es distinta; su contenido va variando por el transcurso del tiempo, por las actuaciones sobre las escrituras. De allí que resulta mucho más complejo determinar el valor histórico de cada escritura por su contenido. Pero ambos archivos tienen algo en común: la conservación y el desafío de hacerlo con la incorporación de las nuevas tecnologías.

Al AGN se le aplican los Decretos Nacionales 232/1979 –establece las normas, lineamientos y procedimientos para la gestión, conservación, microfilmación y destrucción de documentos pertenecientes a los diversos archivos de la administración pública nacional– y 1571/1981 –establece los plazos mínimos de conservación de todos los documentos relativos a la administración del personal de la administración pública nacional, como así también a aquellos documentos de control de la documentación en general–. Estos decretos fueron actualizados por el Decreto 1131/2016 –en consonancia con lo expresado por el artículo 11 de la Ley 25506–, cuyo artículo 2 establece que:

Los documentos y expedientes producidos en primera generación en soporte papel deberán ser digitalizados siguiendo el procedimiento que fije la Secretaría de Modernización Administrativa y perderán su condición jurídica de original, pudiendo ser destruidos u otorgarse a los mismos el destino que la autoridad competente determine.

4. La conservación: alternativa y reposición de las escrituras

Si bien los términos *guarda* y *custodia* remiten a las ideas de depósito y vigilancia, resultaría limitado restringir su alcance sin incorporar la idea de conservación. Justamente, la conservación constituye un aspecto fundamental dentro de los deberes de la guarda y custodia de los protocolos, y uno de los pilares del principio de matricidad. La Ley de Firma Digital nos provee de la herramienta legal para crear un soporte distinto como medio alternativo de conservación y con ello queda satisfecho el deber.

Frente a la destrucción total o parcial, o bien a la ilegibilidad, la reposición de la escritura tiene su previsión según sea el caso: a) la reconstrucción del artículo 1011 del Código Civil, hoy inexistente en el CCCN, pero que subsiste y se sustenta en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (arts. 778

y 779); b) la reproducción de los actos como aporte de creación doctrinaria; c) el título supletorio del artículo 29 de la Ley 17801. Todas estas alternativas de reconstrucción o reproducción se sostienen para probar la existencia de la escritura y su reposición para la subsistencia de los efectos jurídicos y el resguardo de la seguridad jurídica (Fraga et al., 2019, p. 131).

Si el protocolo fue digitalizado cumpliendo con todos los requisitos de la Ley de Firma Digital, y si ocurriera la destrucción accidental o se dañara irreversiblemente la escritura en soporte papel, no se debería recurrir a los procesos de reposición de esta porque la conservación estaría satisfecha con la digitalización de la escritura firmada digitalmente. A la inversa, si se destruyera, inutilizara o se perdiera la inalterabilidad, integridad de la escritura digitalizada, tampoco se debería recurrir a los procesos de reposición. Así, prefiero hablar de “medio alternativo de conservación”, y no de sustitución del soporte documental papel por otro.

La microfilmación constituye un soporte de conservación distinto, cuyo valor probatorio depende de la aceptación de quien, en definitiva, es el receptor de su contenido. En cambio, la digitalización garantiza mediante la firma digital los efectos jurídicos que la ley asigna, constituyéndose así en soporte de seguridad jurídica.

5. Conservación del soporte papel después de la digitalización

Ya digitalizado el protocolo, disponemos de dos soportes sobre los que podremos realizar nuestra actividad profesional y decidir sobre cuál lo haremos. Los mayores beneficios están orientados a hacerlo sobre el protocolo digitalizado. Si lo hiciéramos sobre el protocolo en soporte papel lo expondríamos aún más al deterioro, y el protocolo digital quedaría desactualizado. Si, en cambio, eligiéramos el protocolo digitalizado, es cierto que el protocolo en soporte papel quedaría desactualizado. Sin embargo, si ocurriera el hecho accidental de pérdida, tendríamos resguardo de copias de seguridad para actualizar el soporte papel.

Luego de la digitalización se nos plantea la disyuntiva sobre si conservar los documentos digitalizados o destruirlos. La ley no habla de destrucción. Solamente contempla que, con la digitalización, se satisface el deber de conservación. Como anticipé, un proyecto de semejante relevancia no es tema para este trabajo.

6. Conclusión

La Ley de Firma Digital es genérica para todos los documentos, y su aplicación depende de la reglamentación que corresponda a quienes tengan el deber de conservación. Es aplicable a los documentos notariales y les provee la posibilidad de preservarlos con un medio alternativo de conservación con plena eficacia jurídica, satisfaciendo el deber que prescribe el último párrafo del artículo 300 del CCCN. La dualidad de la conservación en soporte papel y digital permite que, en caso de destrucción accidental de cualquiera de ellos, no se deba recurrir a la reposición de la escritura. De allí la conveniencia de realizar las labores profesionales sobre el protocolo digitalizado.

7. Bibliografía

- D'ALESSIO, Carlos M. (2015). [Comentario al artículo 300]. En R. L. Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (t. 2, pp. 161-165). Rubinzal Culzoni.
- FRAGA, María V., GIULITTI, Mariela A., MIGNOLO, Roberto A., PERESÁN MARTÍNEZ, Andrea C. y TORRÁ, Jorge J. (2019). Reconstitución del protocolo y reproducción del acto. Inexistencia de la previsión del artículo 1011 del Código Civil en el Código Civil y Comercial. *Revista del Notariado*, (935). 128-141.
- MIGNOLO, Roberto A. (2018). *Digitalización de los protocolos y la firma digital. Alternativa de conservación o sustitución del soporte papel* [ponencia presentada en congreso]. XXXIII Jornada Notarial Argentina, San Carlos de Bariloche, Argentina. Consejo Federal del Notariado Argentino.
- VENTURA, Gabriel B. (2013, 24/10). Firma digital: análisis exegetico de la ley 25506/2001. En *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. <https://www.acaderc.org.ar/2013/10/24/firma-digital-analisis-exegetico-de-la-ley-25506-2001/> [consulta 16/04/2026]

Apuntes del régimen de protección de la vivienda*

Alberto María Miguens**

RESUMEN

El régimen de protección de la vivienda ha abandonado ciertos paradigmas del régimen de bien de familia. Constituye un error pretender aplicar la vieja reglamentación a un instituto que ha evolucionado. En los 70 años que separan un instituto del otro, el hombre llegó a la luna, inventó internet, computadoras personales, telefonía inalámbrica e ingresó en la era digital con la inteligencia artificial. Muchos requisitos de la reglamentación, razonables entonces, hoy son obsoletos e inadecuados, la ley no los exige y el sentido común los rechaza. El Código hoy no requiere declaraciones juradas ni determinar quiénes son los beneficiarios al momento de afectar el inmueble. La calidad de beneficiario no depende de manifestación alguna al tiempo de la afectación, sino de circunstancias fácticas cuya existencia y subsistencia deberá acreditarse en oportunidad de producirse el reclamo. La familia es un concepto dinámico. Así como evoluciona la familia, evolucionan también los beneficiarios. Serán beneficiarios –según la interpretación que se propone en este trabajo– no solo los cónyuges, los convivientes, los ascendientes y los descendientes que existan al momento de afectar el inmueble, sino también los que “sobrevengan”, los que vayan surgiendo. Como si fueran “beneficiarios flotantes”. La subrogación real del inmueble no requiere manifestación o reserva alguna y ha de presumirse ante la sola afectación del inmueble sustituto. Debieran adecuarse las prácticas profesionales y la reglamentación al nuevo paradigma de protección de la vivienda, evitando procedimientos vacuos y obsoletos, que tenían justificación hace setenta años y que hoy la han perdido.

PALABRAS CLAVE

Bien de familia; protección de la vivienda; beneficiarios; voluntariedad; oponibilidad; embargabilidad; ejecutabilidad; subrogación; renuncia sin desafectación.

Recibido: 19/11/2024

Aceptado: 05/06/2025

*[Nota del autor]: titulamos el artículo como *apuntes* porque no pretende ser un trabajo genérico que agote el tema –ni mucho menos–, sino llamar la atención sobre aspectos que siguen generando asperezas.

** Abogado (UCA). Escribano CABA. Miembro del Instituto de Derecho Civil del CECBA.



Sumario: 1. ¿Modificación y continuidad del régimen? 2. Novedades del nuevo régimen. 3. Interpretación de la ley. Aplicación. 4. Voluntariedad de la afectación. 5. Régimen de oponibilidad. 6. Embargo e inejecutabilidad. 7. Beneficiarios. La foto actual. 8. Declaraciones juradas. 9. Subrogación. 10. Título de propiedad. 11. Renuncia sin desafectación. 12. Conclusiones. 13. Bibliografía.

1. ¿Modificación y continuidad del régimen?

A casi diez años de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), y habiéndose tratado el tema en la XXXIV Jornada Notarial Argentina (Mar del Plata, 2023)(en adelante, JNA), quedan algunas cuestiones “insatisfechas” o sin una definición clara.

En el tema de la protección de la vivienda, el Código presenta algunas modificaciones al régimen de bien de familia. A pesar de que la Ley 14394 fue derogada y de que en el CCCN no encontremos norma alguna que vincule los institutos de “bien de familia” con la “protección de la vivienda”, existe coincidencia generalizada en que un instituto es continuador del otro; *i.e.*, el inmueble que se encuentra afectado a bien de familia continúa afectado al régimen de protección de la vivienda sin necesidad de nueva afectación (no tendría mucho sentido decir que continúa afectado al régimen de bien de familia cuando este ha sido derogado). O, si alguien quisiera disponer de un inmueble afectado al régimen derogado, debería desafectarlo; o bien, si quisieran ejecutar un inmueble afectado al viejo régimen, no podrían hacerlo pues la afectación original seguiría vigente al amparo de la nueva ley. Todo ello, técnicamente observable,¹ bajo el paraguas constitucional del *favor negotii* propio de un derecho humano reconocido por la constitución nacional.

2. Novedades del nuevo régimen

Con el nuevo régimen se sigue protegiendo la vivienda familiar, pero ahora se protege también la vivienda unipersonal. Siendo que –como dicen los fundamentos del CCCN– “el derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales” (PEN, 2012, p. 555)

1. Desde el punto de vista de una correcta técnica legislativa, si el régimen de bien de familia fue derogado y ninguna norma vincula al mismo con la protección de la vivienda, deberían considerarse los inmuebles afectados al viejo régimen libres, y afectarse nuevamente para gozar del privilegio.

y de expreso reconocimiento constitucional,² resultaba arbitrario excluir de la protección a quienes no tuvieran familia.

Se interpreta también que están legitimados para afectar el inmueble los titulares de derechos reales que impliquen posesión del inmueble, ya sean usufructuarios, habitantes³ o superficiarios, sin necesidad de contar con el asentimiento de nudo propietarios.

Otra novedad destacable es la subrogación real (art. 248, CCCN) que permite trasladar la antigüedad del beneficio protectorio de un bien a otro.⁴ Los fundamentos del anteproyecto señalan que “se prevé expresamente la subrogación real [...] que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización” (PEN, 2012, p. 555).

Otro cambio destacable fue suprimir la inembargabilidad que preveía la Ley de Bien de Familia, subsistiendo en el nuevo sistema solo la inejecutabilidad.

Con menor trascendencia podemos señalar que:

- 1) se abandonó el sistema “constitutivo” de la registración del bien de familia,⁵ adoptando el sistema “declarativo” en consonancia con el resto del sistema registral inmobiliario;
- 2) se incorporaron expresamente como créditos oponibles las expensas comunes y los créditos alimentarios.

3. Interpretación de la ley. Aplicación

La estructura y redacción del nuevo instituto se construyó a partir de la Ley de Bien de Familia 14394 (LBF), actualizando y adecuando detalles (i.e., donde antes hablaba del cónyuge, ahora refiere al cónyuge o al conviviente inscripto, etc.), cayendo en inconsistencias y generando vacíos. Para interpretar adecuadamente el nuevo instituto constituido a partir de la ley (CCCN, capítulo

2. El último párrafo del artículo 14 bis de la Constitución Nacional señala que: “en especial, la ley establecerá: [...] la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

3. Una resolución registral estableció que quien tiene derecho de uso y habitación del inmueble no puede afectarlo, pues no tendría sentido jurídico hacerlo. No estamos de acuerdo, y el mismo art. 244 CCCN se encarga de desautorizar dicha interpretación cuando señala que “esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales”.

4. Técnicamente, no es que permita sustituir un bien por otro –cosa que nunca estuvo prohibida–, sino que permite transferir “la antigüedad” en el beneficio de la protección originaria al inmueble que lo reemplace como vivienda.

5. El sistema constitutivo era absolutamente razonable en el marco histórico en que se sancionó la ley, donde el sistema registral en general era distinto.

3 “Vivienda”), debemos ponderar qué exigía la derogada LBF que no exige hoy el Código. Postulamos que la continuidad e inercia del régimen de bien de familia (RBF) ha deformado el nuevo régimen de protección de la vivienda (RPV) y que se siguen aplicando, sin fundamento legal, procedimientos obsoletos e inadecuados que la ley no exige y el sentido común rechaza.

La LBF data de 1954. Cumpliría hoy setenta años, y no cabe duda de que el mundo evolucionó desde entonces. Los escribanos, devotos de los modelos, y los registradores, devotos de los formularios, seguimos aplicando por inercia –en forma anómala– los mismos modelos y formularios que aplicábamos con la ley derogada. Así, la LBF requería que el constituyente (afectante) acreditara la existencia de una familia y que se identificara a los beneficiarios (arts. 36 y 43)⁶. Dicha exigencia fue suprimida, pero los escribanos seguimos redactando nuestras escrituras señalando quiénes son los beneficiarios –identificándolos y justificando su vínculo–, aclarando incluso que el propio constituyente es beneficiario (como si pudiera no serlo).

En el debate de la JNA, se aclaró que la designación de beneficiarios nunca tuvo vocación registral. Cuando la LBF requería (art. 43) “justificar [...] las circunstancias previstas por los artículos 34 y 36” (existencia de familia y acreditación de parentesco), hoy el Código (art. 246, CCCN) se limita a establecer quiénes son los beneficiarios: “Son beneficiarios de la afectación: a) el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes y descendientes” La “exclusión” de la exigencia de acreditar la familia e identificar a los beneficiarios no fue una “omisión” casual fruto de la inadvertencia, no fue una omisión producto del descuido, sino que se lo quitó *ex profeso* –fue una supresión buscada–.

4. Voluntariedad de la afectación

En los debates de la JNA se puso mucho énfasis en la voluntariedad de la afectación. La voluntariedad aplica a la afectación misma, ya que el inmueble nunca aparecerá afectado *ministerio legis*. En definitiva:

6. Ley 14394, art. 36: “A los fines de esta ley se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o sus hijos adoptivos; o, en defecto de ellos sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que conviven con el constituyente.”

Ley 14394, art. 43: “El solicitante deberá justificar su dominio sobre el inmueble y las circunstancias previstas por los artículos 34 y 36 de esta ley, consignando nombre, edad, parentesco y estado civil de los beneficiarios, así como los gravámenes que pesen sobre el inmueble. Si hubiere condominio, la gestión deberá ser hecha por todos los copropietarios, justificando que existe entre ellos el parentesco requerido por el artículo 36.”

- La afectación siempre será voluntaria.
- El afectante será beneficiario, aún en caso de que omitiera aclararlo.
- No se requerirá que designe beneficiarios. Será potestativo hacerlo si lo considerase oportuno y conveniente. Podrá también excluir expresamente de dicho carácter a cualquiera de los parientes que refiere la ley.

El registrador ha de tener en cuenta que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 19 de la Constitución Nacional), y que “no podrá restringirse o limitarse la inmediata inscripción de los títulos en el registro mediante normas de carácter administrativo o tributario” (art. 41, Ley 17801). Si la ley no establece condición alguna para afectar el inmueble, ninguna competencia tiene el registro⁷ para inventar requisitos supra legales que condicionen, limiten, traben o restrinjan la inmediata afectación.

5. Régimen de oponibilidad

La ley ha establecido un régimen de oponibilidad. El principio general señala que “todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores” (art. 242, CCCN). Asimismo, aclara que no están afectados a dicha garantía aquellos bienes que la ley “declara inembargables e inejecutables”.

Inmediatamente después, la ley pasa a tratar el régimen de protección de la vivienda (arts. 244 a 256, CCCN), primera excepción legal a la garantía común de los acreedores. Para la validez de la afectación y su oponibilidad, la ley exige que sea voluntaria y que se inscriba. Para la subsistencia, la ley exige que el afectante o alguno de los beneficiarios permanezca en el inmueble –la “habitación efectiva”– (arts. 247 y 255 inc. d], CCCN).

5.1. Inoponibilidad y desafectación

La inoponibilidad implica que la afectación no tiene implicancias respecto de determinados sujetos o de determinados créditos. La desafectación,

7. Cuando hablamos del registro, lo hacemos extensivo a los decretos del Poder Ejecutivo Nacional y de los Gobiernos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias, pues para ello se requiere una ley formal, teniendo en cuenta que una cosa es reglamentar y otra distinta es deformar la ley o contradecirla.

en cambio, apareja la cancelación *erga omnes*, beneficiando a todos los acreedores y a todos los créditos –sean estos anteriores o posteriores– que podrán agredir el bien.

La jurisprudencia ha señalado que “es importante aclarar que las causales de inoponibilidad no coinciden con las de desafectación; sus efectos también son diversos” (CNCom. Sala F, 2016).

Una de las características del sistema –tanto en el RBF como con el RPV– es que la inoponibilidad se predica por el tipo de deuda o por el tiempo en que esta fue generada. No se puede oponer la protección del régimen frente a deudas de expensas comunes, o de impuestos, tasas y contribuciones que graven directamente al inmueble (art. 249 inc. a], CCCN), o a las obligaciones con garantía real (art. 249 inc. b], CCCN), o a las obligaciones por construcciones o mejoras en la vivienda afectada (art. 249 inc. c], CCCN); o a las obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de hijos menores o incapaces (art. 249 inc. d], CCCN).

Tampoco se puede oponer con relación a las deudas anteriores a la afectación. A efectos de considerar si la deuda es anterior o no, lo determinante no es la exigibilidad de la deuda en sí, sino el origen o causa de ella. Debe atenderse al hecho generador de la deuda:

Quedan al amparo solo aquellas obligaciones asumidas con posterioridad a la afectación, sin que corresponda oponerlo cuando el incumplimiento es posterior a esa fecha, pero han sido contraídas con anterioridad. (Jallés, 2010)

Será el juez competente quien defina la operatividad de la oponibilidad en oportunidad de producirse el conflicto.

En cuanto a la desafectación, señala la ley que “la desafectación y cancelación de la inscripción proceden [...] a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en este capítulo o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios” (art. 255 inc. d], CCCN).⁸ Entendemos que “a instancia de cualquier interesado o de oficio” remite al juez de la ejecución, de la sucesión, de la expropiación o quien resulte competente. Quien invoque la inoponibilidad deberá acreditar y probar las circunstancias. La subsistencia de los recaudos solo puede verificarse al momento del hipotético eventual reclamo.

8. Es una aclaración redundante lo referido al fallecimiento de todos, pues de ella deriva la circunstancia que no subsisten los recaudos previstos, uno de los cuales es la habitación efectiva.

6. Embargo e inejecutabilidad

La ley de bien de familia determinaba que el inmueble afectado era inembargable e inejecutable. En consonancia con la jurisprudencia pacífica, la nueva legislación determina que el inmueble afectado puede ser embargado sin perjudicar por ello la protección. La afectación solo garantiza que el bien no sea ejecutado (inejecutabilidad) mientras subsista la protección.

Para poder ejecutar, además de embargar, el acreedor deberá acreditar ante el juez que se dan las circunstancias del artículo 249 –esto es, que su crédito es de causa anterior, o que obedece a algunas de las excepciones legalmente previstas–,⁹ o bien, que procede la desafectación y la cancelación de la inscripción por no subsistir los recaudos de afectación (art. 247, e inc. d) del art. 255, CCCN), i.e. que no cumple con el deber de habitación efectiva.

El embargo se traba con intervención de un juez y, consecuentemente, será un juez –ese u otro– quien resolverá si el RPV es oponible al reclamo.

7. Beneficiarios. La foto actual

Los beneficiarios son aquellas personas señaladas en el artículo 246 del CCCN. La familia inmediata, los ascendientes, descendientes, cónyuge o conviviente. “En defecto de ellos” también lo serán sus parientes colaterales (hermanos, tíos y sobrinos, art. 532, CCCN) dentro del tercer grado que “convivan con el constituyente” en el inmueble afectado.

El texto no aclara el alcance de la locución “en defecto de ellos”. Podría interpretarse que el afectante no tiene ascendientes, descendientes, cónyuge o conviviente; o bien, podría entenderse que, aun existiendo estos, no conviven con el afectante en el inmueble, y solo lo hacen los parientes en grado más lejano. Cualquiera sea la interpretación que abracemos, hemos de definir además si el carácter de beneficiario es la foto del momento de la afectación, o si es una sucesión de fotografías que se toman en diversos momentos a medida que la vida va transcurriendo. Vale decir, si beneficiarios son únicamente los existentes al momento de la afectación o si, por el contrario, irán adquiriendo dicho carácter en forma automática aquellos (ascendientes, descendientes, cónyuges o convivientes) que se vayan incorporando a la familia y habiten el inmueble.

9. Es decir, su crédito tiene causa anterior a la afectación, o es por expensas comunes, impuestos que gravan al inmueble, o con garantía real sobre el inmueble; o también por construcciones o mejoras en el mismo, u obligaciones alimentarias a cargo del titular.

La interpretación armónica lleva a sostener que el carácter de beneficiarios habrá de acreditarse no al momento de afectar el inmueble, sino ante el juez que intervenga en el eventual conflicto. Cuando alguien con interés jurídico (acreedor) solicite la ejecución del inmueble afectado, deberá acreditar que la anotación no le es oponible a su crédito.

Postulamos que debemos inclinarnos por la alternativa amplia y que podríamos denominarla evolutiva. La calidad de beneficiario no depende de manifestación alguna al tiempo de la afectación, sino de circunstancias fácticas cuya existencia y subsistencia deberá acreditarse en oportunidad de producirse el reclamo, y de instar la ejecución.

A diferencia de la LBF, el CCCN no exige que se determine e identifique a los beneficiarios. Exigir que se deba identificar a los beneficiarios y que se los designe en el instrumento de afectación implicaría excluir de la protección a aquellos beneficiarios que, aun cumpliendo con los requisitos no hubieran sido denunciados (entiéndase ascendientes, descendientes, cónyuges o convivientes o, en su defecto, los más alejados, y que habiten el inmueble con el afectante). Implicaría descalificar a un futuro cónyuge o conviviente, a los hijos que vayan naciendo, y a los padres o nietos que vinieran a habitar el inmueble afectado.

La interpretación opuesta –llamémosla estática– generaría la necesidad de que cada nacimiento, cada matrimonio o nueva convivencia deba ser denunciada al registro inmobiliario, cuando ya fueron inscriptos en otros registros del Estado (registro de nacimientos, registro de matrimonios, registro de convivientes si fuera el caso). No es eso lo que dice la ley, ni ello se desprende de su espíritu.

Para afectar un inmueble al régimen de protección de la vivienda basta acreditar la titularidad de él, o la de los afectantes sobre el inmueble, y exteriorizar la voluntad de afectarlo. La oponibilidad de la afectación y su subsistencia será una cuestión fáctica que deberá acreditarse ante la autoridad jurisdiccional.

7.1. Los convivientes beneficiarios

Debemos aclarar que cuando el CCCN alude a los convivientes como beneficiarios, en ocasiones se refiere a convivencia simple: “Son beneficiarios [...] el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente” (art. 246); y en otras, a convivencia inscripta:

Art. 250. Transmisión de la vivienda afectada. [...] Si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscrita, el inmueble no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad [...].

Art. 255. Desafectación y cancelación. La desafectación y la cancelación proceden: a) a solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial inscrita se requiere el asentimiento [...]. b) a solicitud de la mayoría de los herederos [...] excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o [...].

El plenario de la JNA entendió que para ser beneficiario no se requiere tener convivencia inscrita (2023, p. 2).

7.2. Beneficiarios flotantes

La familia es un concepto dinámico, vital, evolutivo; *i.e.*, el constituyente puede afectar el inmueble siendo soltero, luego se casa o inicia una convivencia, tiene hijos, o bien tiene hijos y luego se casa (en este caso, el orden de los factores no altera el producto). Algún día, cuando los hijos dejen el nido, podrían habitar el inmueble los abuelos (en casa del hijo), o los nietos (en casa del abuelo). Podría suceder también que el afectante enviude o se divorcie, vuelva a casarse o inicie otra convivencia.

Todos ellos –descendientes, ascendientes, cónyuges o convivientes– adquirirán el carácter de beneficiarios respecto del inmueble afectado, en el momento que sea, en forma automática, sin ninguna nueva manifestación, inscripción o notificación al registro. Serán beneficiarios –según la interpretación que proponemos– no solo los cónyuges, convivientes, ascendientes y descendientes que existan al momento de afectar el inmueble, sino también los que “sobrevengan”, los que “surjan” en el futuro, como si fueran “beneficiarios flotantes” –como si hubiera una “movilidad beneficiaria”–.

Incluso en caso de fallecimiento del propietario afectante, continuarán siendo beneficiarios en la medida “que habiten” el inmueble afectado, ya que la ley requiere para la desafectación a instancia de cualquier tercero o de oficio, que no subsistan los recaudos previstos –*i.e.*, el fallecimiento del constituyente “y” de todos los beneficiarios (art. 255 inc. d), CCCN)–, que no se mantenga el destino de vivienda de habitación efectiva. La protección subsistirá independientemente, y a pesar, de los cambios que se produzcan en la familia del afectante, en la medida que –si y solo si– alguno de los beneficiarios continúe habitando el inmueble.

Exigir que se identifique a los beneficiarios al momento de afectar el inmueble resulta contrario a la ley. Ninguna norma exige que la designación,

el cambio o la sustitución de beneficiarios tenga reflejo en instrumento alguno o deba ser informada al registro. El afectante podrá hacerlo si lo considera oportuno o conveniente, y el registro no podrá condicionar la inscripción a que lo haga.

8. Declaraciones juradas

La reglamentación de la LBF requería que el constituyente realizara declaraciones juradas acreditando el cumplimiento de los extremos de la ley (*i.e.*, que es el único inmueble afectado, y el compromiso de habitación efectiva). A la luz de la nueva legislación, ninguna declaración jurada sería exigible. La falta de declaración jurada no debiera impedir, trabar o dilatar la inmediata afectación.

Tener que declarar –bajo juramento o no– que no tiene otro bien afectado a dicho beneficio contraviene la letra del párrafo tercero del artículo 244 CCCN, que prevé el problema y brinda la solución:

Si alguien resultare propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término.

Los diversos registros, como autoridad de aplicación, debieran fijar el plazo de caducidad para que dicho artículo se torne operativo.

9. Subrogación

9.1. Pluralidad de inmuebles afectados

Resulta interesante analizar la razonabilidad de la norma. Normalmente, uno tiene su vivienda afectada al beneficio, y cuando se muda a la nueva vivienda (es indistinto que adquiera una nueva vivienda, o que se mude a una que ya tenía en su patrimonio), procura que sea esta –la nueva, la efectiva– la que quede protegida por el beneficio.

Imaginemos que el individuo pueda adquirir la nueva vivienda sin tener que vender (y desafectar) la anterior. La ley prevé que en dichos supuestos el afectante deberá elegir en cuál de los inmuebles subsiste la protección y que, en el caso de no hacerlo, subsistirá la afectación originaria, léase la “constituida en primer término” (art. 244, CCCN). Ello era razonable en

un esquema sin subrogación. Reiterar dicho criterio en un esquema con subrogación, constituye un error conceptual, huérfano de razonabilidad.

Cuando no había subrogación, la ley optaba por la afectación más antigua pues hipotéticamente esta era oponible a mayor cantidad de obligaciones, pues incluía obligaciones de mayor antigüedad. Cuando insertamos la subrogación, la ecuación se invierte. Si, como reza el artículo 248, “la protección se transmite a la vivienda adquirida en sustitución” (léase que la antigüedad de la protección se trasmite a la vivienda sustituta), sería entonces razonable que la ley prefiriese proteger –en ausencia de opción expresa del afectante– la nueva vivienda, el inmueble de habitación efectiva.

9.2. Operatividad de la subrogación

Algunos sostienen que para que sea operativa la subrogación, se requiere “voluntad subrogatoria”, esto es: una expresión formal del deseo de subrogar. Disentimos. La ley no dice que el afectante “pueda” reservarse el derecho de subrogar la protección, o que la afectación “pueda” transmitirse a la nueva vivienda. La ley determina que “la afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución” y por ello interpretamos que la sustitución opera *ministerio legis*.

Por el principio registral de rogación, el afectante debe manifestar su voluntad de afectar el nuevo inmueble al régimen protectorio para que el beneficio sea oponible a terceros. Ninguna norma requiere que exprese una voluntad subrogatoria, o que deba solicitar expresamente la subrogación, o que se deban indicar datos de la afectación anterior. La sola afectación del inmueble sustituto hace presumir la voluntad subrogatoria. Asimismo, ninguna norma exige que, al desafectar la vivienda original, deba efectuarse “reserva” alguna de subrogación.

Dado que la protección de la vivienda es un derecho humano, constitucional, lo lógico es que la ley proteja la vivienda sustituta, la actual, la que habita el afectante. El beneficio “se transmite a la vivienda adquirida en sustitución” sin necesidad de reserva o manifestación alguna. La ley tampoco requiere publicitar la subrogación. Sobre el particular, Zavala (2018) señala: “el Código no impone recaudo alguno que deba cumplirse para hacer operativo el traslado de la afectación a la nueva vivienda”. Y al referirse a los recaudos exigidos por los diversos registros de la propiedad, aclara:

Estos requisitos de alcance local exceden las atribuciones conferidas por el Código y ponen en riesgo la protección legal y el amparo constitucional de la vivienda, porque incumplir con determinadas formalidades registrales podría

conllevar la pérdida del manto protectorio interrumpiendo la inmunidad en el acto de reemplazo. (Zavala, 2018)

No ponemos en tela de juicio la conveniencia –ni la buena técnica– de realizar la manifestación de subrogación –puede, incluso, ser aconsejable–, pero se trata de una inscripción no prevista por la ley. Ingresa en la esfera de las registraciones optativas: “quien tuviera interés en asegurar el derecho que se ha de registrar” (art. 6 inc. b) Ley 17801).

La circunstancia de que algo sea conveniente o de buena técnica no lo convierte en obligatorio y necesario, y nunca podría convertirse en una condición que impida invocar y oponer. El afectante podrá oponer la subrogación frente al reclamo del acreedor, acreditando los extremos de la afectación originaria y la trazabilidad de la eventual subrogación. Será el juez de la hipotética ejecución quién deberá interpretar y aplicar el instituto. Sobre este punto, el plenario de la JNA resolvió por unanimidad:

Puede ejercerse el derecho de subrogación aun cuando el afectante no hubiere hecho expresa reserva de su ejercicio, sin perjuicio de la conveniencia de exteriorizar su voluntad subrogatoria al momento de la transmisión del bien afectado o por acto posterior. (JNA, 2023, p. 2).

10. Título de propiedad

Otra exigencia anacrónica y desafortunada, condicionante de la afectación en la Ciudad de Buenos Aires, es la obligatoriedad de “acompañarse título de propiedad” o certificado de depósito en instituciones bancarias (art. 153, Decreto 2080/1980 t.o. 1999). Es una exigencia local que no se replica en la Provincia de Buenos Aires.¹⁰

Somos conscientes de la importancia que pudo haber tenido en otro tiempo la publicidad cartular. La exigencia hoy choca con la “inmediata afectación” y deviene insensata, superflua y abusiva. Si bien el artículo 23 de la Ley 17801 establece que ningún escribano autorizará ciertos actos sin tener el título inscripto a la vista, dicho artículo se circunscribe a actos de constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles; y la afectación al régimen de protección de la vivienda no es uno de ellos.

Circunstancias históricas: No podemos dejar de ponderar que la LBF 14394 cumpliría setenta años en 2024. La obligación “local” de inscribir los inmuebles en un “registro inmobiliario” era entonces de dudosa y discutida

10. Desconocemos qué sucede en otras jurisdicciones.

constitucionalidad. Los inmuebles se registraban por tomo y folio, no existían las matrículas, ni sistemas informáticos para verificar la trazabilidad de los inmuebles. Era poco menos que imposible averiguar con cierta eficacia qué bienes existían a nombre de una persona. El dominio se adquiría por título y modo, y solo se comenzó a considerar su “perfeccionamiento” mediante la registración con las leyes 17711 y 17801. No existían la computadora personal, el procesador de textos, las impresoras, los escáneres, el correo electrónico, el teléfono celular, Google, las comunicaciones satelitales ni mil otros inventos. En ese contexto, la publicidad cartular tenía trascendental importancia. Con un sistema registral consolidado y los avances tecnológicos actuales, hoy es posible conocer la titularidad registral en veinticuatro horas sin necesidad de acompañar título alguno; y aún más inapropiado es requerir un disparatado certificado bancario. Requisitos que la ley nunca habilitó a exigir. La necesidad de acompañar título, que en su momento pudiera haberse visto justificada, ha devenido anacrónica, arbitraria y no apta para impedir, trabar o demorar la inmediata afectación.

11. Renuncia sin desafectación

Otro de los temas interesantes que salieron a la luz en las JNA –y que se abordó en tres trabajos (Baca Martínez et al., 2023¹¹; Chejanovich, 2023; Miguens, 2023b)– fue la posibilidad de renunciar expresamente a oponer la afectación a un crédito determinado sin necesidad de desafectar el inmueble, erga omnes. Sobre este punto, en forma unánime el plenario resolvió que

Es posible que el afectante renuncie a la inejecutabilidad que otorga el régimen de protección a la vivienda, en forma expresa y específica, en relación a una o varias obligaciones determinadas. Esta renuncia no tiene vocación registral y debe contar con el asentimiento conyugal o convivencial. (JNA, 2023, p. 2)

Todo esto basado en el principio de que “quien puede lo más puede lo menos”. Si se puede desafectar todo el inmueble, se puede establecer que no será oponible a una obligación determinada. Para ello se deben respetar las mismas formas que se requieren para la desafectación y, obviamente, no requiere reflejo registral.

11. Galardonado con un accésit por el jurado de la JNA.

12. Conclusiones

Intentamos exaltar la importancia de interpretar adecuadamente la ley, y de adaptar las prácticas profesionales y registrales al nuevo régimen, evitando iterar procedimientos vacuos y obsoletos. No es apropiado aplicar sin más la normativa reglamentaria del bien de familia al régimen de protección de la vivienda.

La Ley de Bien de Familia 14394 ha sido derogada, y las disposiciones que reglamentaban su ejercicio no son aptas ni pueden aplicarse por analogía para restringir o limitar la inmediata inscripción protectoria (art. 41, Ley 17801). Derogada la ley, debiera considerarse derogada la reglamentación dictada al efecto, máxime si no se adecua a la nueva legislación sustantiva. Siendo el acceso a una vivienda digna y su protección un derecho humano de rango constitucional, no se puede condicionar o limitar la inmediata afectación sino con una ley en sentido formal.

No es función ni competencia del registro verificar requisitos y circunstancias que la ley no requiere, debiendo limitarse a examinar la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos (art. 8, Ley 17801). Frente a un reclamo concreto, será el juez competente quien deberá definir si se han cumplido los recaudos de afectación y si estos subsisten. Se debe “barajar y dar de nuevo”¹² y reglamentar en base a la letra y al espíritu del Código Civil y Comercial de la Nación. Urge abandonar estructuras perimidas que no se adecuan al nuevo instituto. “*Laissez faire et laissez passer*”.¹³

13. Bibliografía

- 34 Jornada Notarial Argentina [JNA]. (2023, 06/05). *Conclusiones de la Comisión N° 4: Afectación a vivienda familiar* [despachos de jornada]. Consejo Federal del Notariado Argentino-Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Mar del Plata, Argentina. https://www.colescba.org.ar/portal/wp-content/uploads/2023/05/34JNA_DESPACHO-tema-IV.pdf [consulta: 19/11/2024].
- BACA MARTÍNEZ, Eloísa, SEPLIARSKY, Vanesa P. y TATO, María M. (2023). *La inoponibilidad del régimen de protección de vivienda a garantías personales* [ponencia presentada en congreso]. 34 Jornada Notarial Argentina, Mar del Plata, Argentina. Consejo Federal del Notariado Argentino – Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. https://www.colescba.org.ar/static/descarga/34JNA/T4/T4_BACA-MARTINEZ_SEPLIARSKY_TATO-La_inoponibilidad_del_regimen.pdf
- CHEJANOVICH, Nicolás. (2023). *La renuncia subjetiva a la protección* [ponencia presentada en congreso]. 34 Jornada Notarial Argentina, Mar del Plata, Argentina. Consejo Federal del

12. Bajo ese título presenté un trabajo en la JNA, antecedente del presente texto (Miguens, 2023a).

13. “Dejen hacer y dejen pasar”. Basta de intervencionismo.

Notariado Argentino – Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. https://www.colescba.org.ar/static/descarga/34JNA/T4/T4_CHEJANOVICH_La_renuncia_subjetiva_a_la_proteccion.pdf

JALLÉS, Juan M. (2010). Del bien de familia a la protección de la vivienda. *La Ley Noroeste*, (10). 1063-1069.

MIGUENS, Alberto M. (2023a). *Barajar y dar de nuevo* [ponencia presentada en congreso]. XXXIV Jornada Notarial Argentina, Mar del Plata, Argentina. Consejo Federal del Notariado Argentino-Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Se puede consultar en: http://www.colescba.org.ar/static/descarga/34JNA/T4/T4_MIGUENS_Barajar_y_dar_de_nuevo.pdf

----- (2023b). *Renuncia sin desafectación* [ponencia presentada en congreso]. 34 Jornada Notarial Argentina, Mar del Plata, Argentina. Consejo Federal del Notariado Argentino – Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. https://www.colescba.org.ar/static/descarga/34JNA/T4/T4_MIGUENS_Renuncia_sin_desafectacion.pdf

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN [PEN]. (2012). *Proyecto de código civil y comercial de la nación. Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación-Infojus.

ZAVALA, Gastón A. (2018). Sustitución de vivienda: interpretación del art. 248 CCyCN sobre la base de casos. En C. N. Armella(coord.), *LXXV Seminario teórico-práctico Laureano Arturo Moreira* (pp. 9-53). Academia Nacional del Notariado-Júpiter.

Jurisprudencia:

CNCom. Sala F. (15/06/2016). "Gómez, Alberto Antonio y otro c/ Sama Explotaciones Agrícolas SRL y otro s/ ejecutivo" expte. N° 21893/2013.

Partición por donación

Análisis crítico de la redacción del CCCN y su necesaria modificación desde una óptica realista

Fernando Pérez Lasala*

RESUMEN

Se postula la contradicción existente entre los artículos 2413 y 2417. El heredero que participó de una participación por donación y la consintió, sobre la idea de un valor determinado de los bienes objeto de partición, no puede posteriormente plantear una acción de reducción. En cambio, el heredero que no participó, fue omitido, nació con posterioridad a la partición por donación o estuvo en contra de esta tiene la posibilidad de plantear la acción de reducción luego de fallecido el partidor donante.

PALABRAS CLAVE

Partición por ascendiente; partición por donación; pacto sobre herencia futura; buena fe; colación; reducción.

Recibido: 25/03/2026

Aceptado: 09/04/2026

Sumario: 1. Introducción. 2. La partición por ascendiente en el Código Civil y Comercial. 3. Partición por donación. 4. Efectos de la partición por donación. 4.1. Efectos en vida del causante partidor donante. 4.2. Efectos después del fallecimiento del donante partidor. 5. Bienes objeto de la partición por donación. 6. Pacto sobre herencia futura y partición por donación. 7. Sujetos intervinientes en la partición por donación. 8. La partición por donación y los pactos sobre herencia futura. 9. La buena fe y los pactos sobre herencia futura. 10. La acción de reducción y la partición por donación. 11. Síntesis. 12. Bibliografía.

* Doctor en Derecho. Profesor titular efectivo de Derecho Sucesorio (Universidad Nacional de Cuyo). Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Sucesorio.



1. Introducción

El presente artículo pretende acercar una visión realista de las implicaciones de la partición por donación y los presuntos motivos que hacen de ella una práctica poco usada en nuestro país a partir de los inconvenientes de la redacción en el Código Civil y Comercial (CCCN).

La partición efectuada por los ascendientes –ya sea por donación o por testamento– no pone fin a la comunidad hereditaria porque no hay comunidad hereditaria, como sí ocurre, en cambio, con los otros tipos de partición que se pueden realizar una vez iniciado el proceso sucesorio (partición privada, mixta o judicial). Afirmamos que no hay comunidad hereditaria porque, en el caso de la partición por donación, el futuro causante aún no ha fallecido. Tampoco existe en la partición por testamento porque los efectos de esta, una vez iniciado el proceso sucesorio, se retrotraen al momento de la muerte del causante, lo que implica que los beneficiarios del testamento son propietarios de los bienes adjudicados en esa partición desde el momento de la muerte del testador. En este caso, los bienes ya se encuentran repartidos entre los descendientes. Los bienes incluidos en la partición por ascendiente en cualquiera de sus dos modalidades no formarán parte de la comunidad hereditaria.

2. La partición por ascendiente en el Código Civil y Comercial

El CCCN regula la partición por ascendiente –testamento o donación– sobre transmisión de derechos por causa de muerte (capítulo 7, título VIII, libro quinto). Asimismo, destina cuatro artículos a las disposiciones comunes de las dos formas de hacer la partición (arts. 2411 a 2414). Posteriormente, establece de modo concreto la partición por donación en los artículos 2415 a 2420, y la partición por testamento en los artículos 2421 a 2423.

Entre las normas que regulan las disposiciones comunes a ambos tipos de partición, destacamos aquellas que expresan que la persona con descendientes puede optar por alguno de estos tipos de partición (art. 2411 párr. 1º, CCCN); en tanto, el segundo párrafo de este artículo explicita que, si la persona que realiza la partición es casada, con bienes propios y bienes gananciales, y si la partición recae sobre los bienes propios, debe incluir al cónyuge quien es el heredero forzoso. Cuando hay bienes gananciales, la partición puede ser efectuada por donación mediante un acto conjunto de ambos cónyuges.

En este tipo de partición el futuro causante puede hacer la distribución de todo o parte de sus bienes entre sus descendientes, o entre ellos y

el cónyuge, formando los lotes de cada uno. Así entonces, si por algún motivo la partición realizada por el ascendiente no incluyera la totalidad de los bienes al momento de su muerte, los que no se integraron a la partición se deben distribuir y dividir según las reglas legales (art. 2412). La partición será efectuada por los herederos si existe acuerdo entre ellos. En su defecto, la realizará un perito partidor cuando los copartícipes no se pongan de acuerdo, existan herederos incapaces o ausentes, o bien si hubiese terceros con interés fundado en oponerse a la partición privada (art. 2371).

Con respecto al tema bajo análisis, el artículo 2413 (CCCN) expresa que, si la partición se hace por testamento o por donación, se debe colacionar el valor de las donaciones que el testador haya hecho en vida a alguno de sus descendientes, aplicándose las normas generales de la colación. En este caso, la colación realizada por el ascendiente al momento de efectuar la partición representa una excepción al principio de que esta debe llevarse a cabo tras la muerte del causante. Asimismo, como ella es una acción personal y divisible, es facultad de los donatarios accionar por colación o no. Entendemos que el uso del término "colación" no es el adecuado; sin embargo, reconocemos el espíritu igualitario que motiva a la norma, en consonancia con lo que, en esencia, es el instituto de la colación. Por último, el artículo 2414 (CCCN) aclara que, en la partición –ya sea por donación o por testamento–, el ascendiente puede mejorar a alguno de sus descendientes o al cónyuge, siempre y cuando lo haga de modo expreso.

Ferrer (2022, p. 952) sostiene que

desde antiguo, se ha dicho que las particiones de las sucesiones son el escollo contra el cual fracasa el buen acuerdo de las familias. Es un mal inherente a la fragilidad de la naturaleza humana y a las tristes pasiones que la agitan. Si los sucesores no acuerdan, no concilian sus pretensiones, la partición será judicial, largos trámites con incidentes, incremento notable de costos y azaroso resultado pues puede concluir en un sorteo de los lotes, o mediante una licitación, o incluso en la subasta judicial de los bienes. (pp. 952-953)

De ahí la importancia que puede tener este tipo de partición como la prevención de litigios, tal como se podía observar en la nota al artículo 3514 del Código de Vélez Sarsfield.

Ferrer alude a la obra de

Bigot de Préameneu, uno de los redactores del Código de Napoleón, quien sostenía que los padres brindan más seguridad –mejor que cualquier otra persona– para repartir los bienes entre sus hijos debido al conocimiento de las ventajas e inconvenientes y porque obran con el cuidado, interés y previsión que sólo la afección paterna puede inspirar. El conocimiento que

se supone tiene el ascendiente de sus bienes y de sus hijos –sus aptitudes, necesidades y deseos–, y la autoridad que lo acredita, lo señalan como un partidador equitativo, cuidadoso y persuasivo al formar los lotes de cada uno de sus descendientes. En esa circunstancia, la adecuada composición de las hijuelas –tarea que el ascendiente puede hacer mejor que nadie– constituye la razón de ser del derecho que la ley le atribuye, la justificación y el verdadero objeto de la institución. Por estas ventajas, el legislador lo reviste del carácter de magistrado doméstico, pacificador de las relaciones entre los herederos presuntivos, debido al respeto que guardan por la autoridad moral del padre de familia. (p. 953)

Compartimos definitivamente estas ideas y, por los motivos expresados, creemos que es necesario fomentar la partición por ascendiente.

3. Partición por donación

Como hemos señalado, la partición por ascendientes puede llevarse a cabo por testamento o por donación. Sin perjuicio de la existencia de ambos tipos de partición, analizaremos la partición por donación, vinculada especialmente a bienes o unidades productivas.

Se lleva a cabo una partición por donación cuando los padres u otros ascendientes hacen en vida la partición y transfieren el total o parte de sus bienes entre sus hijos y descendientes, mediante la donación y la aceptación de ellos. Como consecuencia, al momento de la apertura de la sucesión, los herederos no realizan la partición del caudal hereditario, sino que esta se considera efectuada debido a que ya se ha producido la transferencia y división de bienes. Como vemos, esta partición es traslativa de dominio ya que, al momento de la aceptación de la partición por parte de los descendientes, se transmite la titularidad de los bienes y se hace la tradición de la cosa.

Esta forma de partición, sin dejar de ser una donación, produce los efectos de una partición hereditaria. Por ello, al iniciarse el proceso sucesorio del donante, no se realiza una nueva partición de los bienes, sino que se considera ya efectuada. Esto es así porque en aquel momento se transmitió la titularidad de los bienes y se operó la entrega de la cosa.

La partición por donación se distingue de las simples donaciones –entendidas como anticipos de herencia– porque la primera se realiza, en principio, en un único acto representado en un instrumento público o privado –según la clase de bienes que contenga–, y describe los distintos bienes que se reparten; en tanto que las segundas instrumentan el acto particular de la donación. Por lo demás, en la partición por donación, el

ascendiente está obligado a colacionar las donaciones que hubiese hecho a alguno de sus descendientes, mientras que, en las simples donaciones, el ascendiente no está obligado a traer el valor de las donaciones que le hizo a otro descendiente.

Entre nosotros es una institución poco usada, pero de gran importancia. Entendemos que debe tener mayor difusión, sin perjuicio de que, en la práctica y salvo algunas excepciones, los padres que deseen adelantar la herencia lo realicen a través de los anticipos de herencia o donaciones de objetos individuales. Creemos que la partición por donación podría ser un instrumento muy valioso a los fines de evitar los futuros conflictos entre los coherederos.

4. Efectos de la partición por donación

Los efectos de la partición por donación (Pérez Lasala y Pérez Lasala, 2025, pp. 361 y ss.) deben ser estudiados atendiendo a dos períodos distintos: los efectos producidos en vida del causante y los efectos nacidos del fallecimiento.

4.1. Efectos en vida del causante partidor donante

Estos efectos se producen con relación al ascendiente, a los terceros y a los otros beneficiarios.

- a) Con relación al ascendiente: Los hijos adquieren los bienes en plena propiedad una vez aceptada la donación, y con carácter –en principio– irrevocable (art. 2420, CCCN). Como consecuencia de ello adquieren las acciones correspondientes para proteger su titularidad. Desde nuestro punto de vista, pese a no existir una norma que así lo establezca, si la partición comprendiera todos los bienes presentes, los donatarios estarán obligados al pago de las deudas del ascendiente.

La responsabilidad de los donatarios no se configura cuando el ascendiente conserva bienes suficientes para solventar las deudas; es decir, cuando la donación es parcial, a menos que se haya dispuesto lo contrario en el acto de donación.

- b) Con relación a los acreedores: Si la partición es total, como ya hemos dicho, los acreedores tienen acción contra los donatarios por el pago de las deudas del causante, pero también conservan esa acción contra el donante.

- c) Con relación a los demás donatarios: se deben recíprocamente garantía por evicción, tal como lo expresa el artículo 2419 del CCCN, desde el momento que la evicción se produce, incluso antes de la muerte del causante.

La ley quiere aquí que la igualdad que les ha otorgado el ascendiente se mantenga entre los donatarios, sin necesidad de esperar el fallecimiento del donante.

4.2. Efectos después del fallecimiento del donante partidor

Si al fallecimiento no hubiese dejado otros bienes, el descendiente sólo tendrá los derechos y obligaciones que ya tenía desde el momento que aceptó la donación, como hemos mencionado. Si el causante dejase bienes al descendiente, este puede optar por aceptar o renunciar a la herencia, con independencia de los bienes recibidos en vida. Por eso, si decide renunciar, puede conservar los bienes recibidos en la donación, en tanto no dañe la legítima de los coherederos. Si acepta la herencia, también puede conservar la donación, pero, de igual modo, siempre y cuando no afecte la legítima de los demás.

5. Bienes objeto de la partición por donación

Al no encontrarse subsistente la comunidad conyugal, la partición debe versar sobre los bienes presentes – ya sea incluyendo todos, o una parte de ellos–, como lo expresa el artículo 2415 (CCCN). Entendemos que si al momento de la celebración la partición por donación incluye la totalidad de los bienes existentes –no pueden incluirse bienes futuros–, y que en ella participan todos los herederos capaces –y lo hacen por unanimidad–, esta partición no puede ser objeto de colación ni de reducción (arts. 2413 y 2414), como ya lo desarrollaremos.

La partición por donación no alcanza a los bienes que el ascendiente no incluyó voluntariamente en ella, ni a los que hubiese adquirido con posterioridad, tal como lo establece el artículo 2412 (CCCN). Asimismo, entre donante y donatario se puede pactar una renta vitalicia a favor del primero y también transmitir la plena propiedad de los bienes o la nuda propiedad de ellos, según la voluntad del donante y la aceptación que haga el donatario.

6. Pacto sobre herencia futura y partición por donación

¿Es la partición por donación un pacto sobre herencia futura? Ferrer (2022), citando a Guastavino (1968, §258), asevera que

la partición por donación configura un pacto sobre la herencia futura – afirmación que compartimos– y que se celebra sobre una sucesión aún no abierta, constituyendo el objeto de ese acto la universalidad o una fracción alicuota de la futura sucesión. (p. 976)

Sin perjuicio de que Guastavino escribió su obra cuando no se admitía el pacto sobre herencia futura, en la actualidad el CCCN incorpora como una de las excepciones más importantes, la posibilidad de formalizar pactos sobre herencias futuras bajo determinados objetos y circunstancias. Celebrado en vida entre el futuro causante y los herederos, este es un pacto sobre herencia futura autorizado legalmente. Y, al ser un contrato, requiere la aceptación de los descendientes en vida de los ascendientes que formalizaron la partición por donación.

Al margen de la falta de difusión, el escollo al que se enfrenta la partición por donación se debe a que, una vez realizada entre los ascendientes y el cónyuge, esta puede estar sujeta a reducción –en la partición por testamento–, pero nunca a colación (art. 2386, Ley 27587, CCCN) porque el ascendiente ya debe computar, al momento de hacer esta partición, los valores de las donaciones que hubiese realizado a alguno de los descendientes (art. 2413, CCCN). Esta afirmación torna disvalioso el instituto y, en consecuencia, es necesario analizarla.

7. Sujetos intervinientes en la partición por donación

Lo primero que debemos considerar al momento de analizar la partición por donación es si, en el acto de aceptación, estuvieron todos los descendientes presentes. Como expresamos, la colación que debe realizar el ascendiente al momento de la partición representa una excepción a la idea de que esta debe efectuarse después de la muerte del causante. La idea es que el futuro causante, partidor, al momento de hacer la partición por donación debe traer los valores de los bienes que hubiese hecho con anterioridad, a favor de alguno de sus descendientes o cónyuge, según nos indica el artículo 2413 CCCN. Por ello, como sostiene Ferrer (2022), los bienes que se reciben en la partición por donación no son colacionables porque se trata de una liquidación sucesoria definitiva que ha comprendido a todos

los descendientes, y no de una liquidación sucesoria a cuenta de la porción hereditaria, como sería, por ejemplo, un anticipo de herencia (p. 982). Por lo tanto, estos adjudicatarios de la partición por donación no estarán obligados a colacionar en la posterior partición de la herencia que, eventualmente, el causante pudo haber dejado.

Como vemos, a partir de las disposiciones del artículo 2413 del CCCN, los descendientes que aceptaron la donación mediante la partición están exentos de la obligación de colacionar. Sin embargo, nos preguntamos: ¿qué sucede con la obligación de plantear la acción de reducción, debido a la posible violación de las legítimas, según lo previsto por el artículo 2417 (CCCN)?

8. La partición por donación y los pactos sobre herencia futura

La norma que regula el artículo 1010 claramente indica que aquellos pactos que pudieran formalizar el futuro causante con sus herederos tienen el límite de las legítimas. Así también, el descendiente omitido en la partición, o quien hubiese recibido en su lote un valor inferior al correspondiente a su porción legítima, puede ejercer la reducción si a la apertura de la sucesión no existen otros bienes del causante suficientes para cubrirla (art. 2417, CCCN). En este caso, para valuar los bienes a los fines del cálculo de la legítima, se deberá tener en cuenta su valor al momento de realizar las donaciones, apreciados a valor constante (art. 2418, CCCN).

No obstante, si la acción de colación no puede ejercerse porque el partidor donante debió tener en cuenta el valor de los bienes donados con anterioridad (art. 2413, CCCN), razón por la cual los lotes tendrían que revestir similar cuantía: ¿cómo es posible admitir, entonces, la acción de reducción cuando los lotes son similares? ¿Cómo se puede abrir la posibilidad de plantear la acción de reducción al heredero, quien aceptó su lote de partición con los valores de los bienes al momento de la donación, y siempre que estos fueran similares entre sí? ¿Cómo vamos a otorgar seguridad jurídica a un pacto en el que los herederos participaron y aceptaron bienes y valores, para más tarde afirmar que esos valores de los bienes adjudicados en la partición violaban su legítima? Evidentemente, esto choca con el principio de la buena fe, la libertad contractual –la autonomía de la voluntad–, y la teoría de los actos propios.

9. La buena fe y los pactos sobre herencia futura

El principio de buena fe debe regir en los pactos sobre herencia futura, ya que es un principio inderogable y actúa como un límite de la libertad contractual. Esto es así porque la buena fe no sólo obliga a lo formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que se consideren comprendidas en ellos; y también a las pretensiones abusivas de alguno de los contratantes (art. 10, CCCN).

A modo de ejemplo: si, por un lado, en el pacto acepto los valores de los bienes que integran la partición por donación, por el otro, no puedo más tarde sostener que esos valores no eran ciertos, amparado en una norma imperativa de orden público como sería la legítima, o burlando el principio de buena fe que debe regir en los contratos. El heredero cuenta siempre con la facultad de rechazar la partición formalizada por el ascendiente partidor; puede optar por no firmar, o hacerlo en disconformidad, o formular una reserva si considera que, al momento de esa partición, se viola su legítima. Sin embargo, no puede esperar la muerte del causante para modificar su aceptación, y pretender ejercer la acción de reducción amparado en el pretendido orden público de las legítimas.

Sin duda, con el tiempo será muy difícil poder determinar el verdadero valor del bien al momento de la donación, y cuánto intervino el donatario –titular ahora de los bienes– en la mejora del valor de este, adjudicado en la partición por donación. Estas afirmaciones se pueden observar con claridad cuando el futuro causante, mediante la partición por donación, entrega una unidad productiva –sea esta grande, pequeña o mediana– a uno de sus descendientes o al cónyuge (respecto de sus bienes propios).

10. La acción de reducción y la partición por donación

Si al momento de hacer la partición, el titular atribuye la unidad productiva a uno de los descendientes, y a los otros le otorga otros bienes –o el equivalente al valor de la unidad productiva, o se establece una compensación económica–, y todos están de acuerdo y firman la partición por donación: ¿cómo es posible que después puedan plantear una acción de reducción?

Si, al momento de la muerte del partidor, la unidad productiva tuvo un incremento o, al contrario, sufrió cuantiosas pérdidas por obra del donatario: ¿cuál sería la razón que justificaría el reclamo por parte del titular de esa empresa a los demás coherederos por su quebranto, sin que esos herederos hubiesen participado en su conducción? O, a la inversa, ¿cuál sería la razón

por la que los demás herederos le reclamarían al donatario adjudicatario el mayor valor alcanzado por la empresa? La respuesta es: ninguna.

El caso sería diferente si los coherederos no estuviesen de acuerdo con el valor adjudicado a los bienes y, como consecuencia de ello, se violase la legítima. Ahí sí, posteriormente, deberán atenerse a lo que resulte de la reducción y la partición judicial luego del fallecimiento del donante. Todo esto sin perjuicio de la mejora que pueda realizar el partidor donante a favor de uno de sus descendientes, o cónyuge, siempre que lo manifieste expresamente (art. 2414, CCCN).

Ciertamente, la sobrevaloración de las legítimas y la dificultad en valuar una empresa nos llevan a dejar sin efecto tantos principios como la buena fe contractual, las doctrinas de actos propios, la continuidad empresarial, etc. Sin duda alguna, si el donante partidor y el donatario son conscientes de que, a la muerte del donante, se va a poder revisar todo aquello que pactaron y aceptaron, desde luego no harán una partición por donación. Y, si lo hacen, esa transmisión llevará consigo una inseguridad jurídica y empresarial, difícil de sostener. Aún más: temo en particular los pactos sobre herencia futura que contienen estos acuerdos, y en la continuidad del instituto de la partición por donación y, en algunos casos, la continuidad de la empresa.

Si abrimos la puerta al permiso de controlar las legítimas, luego de los movimientos que genera el devenir de las empresas en nuestro país, seguramente no habrá movilidad empresarial. Nadie querrá arriesgar tiempo y dinero en algo que, en algún momento, puede ser objeto de reducción. Como explicamos, es absolutamente lógico que, si alguno de los descendientes no aceptó esa partición, o no estuvo presente, tenga derecho a conservar y reclamar su porción legítima – siempre que la legítima individual del heredero se hubiese violado al momento de la partición por donación–, pero no si participó y aceptó el acuerdo porque la naturaleza del pacto es contractual y no testamentaria. Y, como tal, si es contractual, debe respetarse desde que la oferta es aceptada, y no puede rescindirse de manera unilateral o quedar sujeta a una acción posterior (reducción), luego del fallecimiento del partidor donante.

No hay que olvidar que la voluntad es la creadora de la relación jurídica y, por ende, del vínculo obligacional de fuente contractual. Por lo tanto, si el pacto es obligatorio para las partes, es porque él es el resultado de la libre voluntad de los otorgantes. En definitiva, la fuerza obligatoria del contrato sobre herencia futura se funda en la existencia de un deber ético de veracidad y fidelidad a la palabra empeñada.

En el caso de haberse vulnerado la legítima y no haber participado del acuerdo, o no haberlo aceptado, si no hay otros bienes en el caudal

relicto al momento del fallecimiento del donante partidor suficientes para cubrir las legítimas individuales (art. 2417, CCCN), las disposiciones sobre participaciones societarias previstas en estos contratos se deberán reducir en el orden previsto por los artículos 2452 y 2453 del CCCN; es decir, después de la última donación.

11. Síntesis

El heredero que participó de una partición por donación y la consintió, sobre la idea de un valor determinado de los bienes objeto de partición, no puede posteriormente plantear una acción de reducción. En cambio, el heredero que no participó de la partición por donación o estuvo en contra de esta, tiene la posibilidad de plantear con posterioridad la acción de reducción.

La planificación sucesoria es de gran importancia a los fines de la continuidad de las unidades productivas. Por eso, creemos que es necesario regular la posibilidad de la renuncia anticipada de las acciones de protección de la legítima.

12. Bibliografía

- FERRER, Francisco A. M. (2022). *Tratado de sucesiones* (t. 3). Rubinzal-Culzoni.
- Guastavino, Elías P. (1968). *Pactos sobre herencias futuras*. Ediar.
- Pérez Lasala, José L. y PÉREZ LASALA, Fernando. (2025). *Curso de derecho sucesorio*. ASC Libros Jurídicos.

Disposición de bienes y heredero no presentado en el sucesorio

Análisis del heredero aparente y la protección del adquirente*

Santiago P. Reibestein**

RESUMEN

El presente trabajo analiza la validez y seguridad jurídica de los actos de disposición inmobiliaria otorgados por un heredero declarado, ante la existencia de un coheredero notificado que guarda silencio en el proceso sucesorio. Se examina la tensión entre el derecho de opción del sucesor no presentado –y los plazos de caducidad aplicables en la transición del Código Civil al Código Civil y Comercial– frente a la figura del heredero aparente. Se aborda la problemática desde la perspectiva notarial, determinando que la declaratoria de herederos, sumada a la posesión hereditaria, legitima al heredero aparente para disponer de los bienes. Finalmente, se concluye que el tercer adquirente queda protegido contra la acción de petición de herencia si su buena fe se sustenta no solo en la apariencia del título, sino en una “buena fe diligencia” que incluye el estudio de títulos y la verificación del estado posesorio, paralizando así la acción reipersecutoria del heredero omitido.

PALABRAS CLAVE

Heredero aparente; derecho de opción; buena fe; declaratoria de herederos; heredero no presentado; seguridad jurídica

Sumario: 1. Introducción y planteo del caso. 2. Derecho de opción. 2.1. Silencio ante la opción: plazo. 2.2. Intimación. 3. Declaratoria de herederos. 3.1. Características. 3.2. Efectos. 3.3. Su necesidad. 3.4. ¿A quién incluye? 4. Notificación a los herederos no presentados. 5. Heredero aparente. 5.1. Actos de disposición del heredero aparente. 5.2. Requisitos del tercero para analizar la acción reipersecutoria. 5.3. Relación entre el heredero aparente que dispuso y el heredero no aceptante. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

* El presente trabajo se elaboró sobre la base del dictamen presentado en 2025 en el Ciclo de Perfeccionamiento Profesional del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (art. 35 Ley 404). Fue recomendado para su publicación por el coordinador del módulo Familia y Sucesiones, Esc. Julio C. Capparelli.

** Magister en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario (UNA). Miembro del Ateneo de la Academia Nacional del Notariado. Docente UNA y UBA. Escribano de CABA.



1. Introducción y planteo del caso

El presente trabajo corresponde al planteo de un caso real y común en la práctica: familia de cuatro integrantes (madre, padre y dos hijos); el padre fallece en el año 2008 y la madre en 2016, siendo herederos los dos hijos. Se inicia el proceso sucesorio por uno de los hijos y se logra la declaratoria de herederos a favor del único presentado. El acervo hereditario comprende un único bien inmueble y el heredero declarado pretende disponer de él.

El mismo heredero declarado le comenta al escribano la existencia del otro heredero, incluso que fue notificado sobre el inicio del sucesorio, pero nunca se presentó, no contesta los mensajes ni las llamadas.

¿Es suficiente la declaratoria en esas condiciones para la disposición del inmueble? El comprador, ¿es de buena fe?, ¿está protegido?

Antes de ofrecer una respuesta a estos interrogantes, debemos comenzar por el derecho de opción que tiene toda persona con un llamamiento hereditario.

2. Derecho de opción

Todo heredero puede aceptar o renunciar a la herencia que le es deferida (art. 2287 del Código Civil y Comercial [CCCN]). Por lo tanto, tiene un derecho de opción. Esta situación ya era contemplada por Vélez Sarsfield (art. 3313 del Código Civil [CC]) y fue tomada del derecho francés, y no del derecho romano, en el cual la aceptación era impuesta para ciertos herederos (Medina y Rolleri, 2018, p. 119). La aceptación de la herencia puede ser expresa o tácita (art. 2293, CCCN). Por su parte, la renuncia requiere mayor formalidad: debe ser expresa y formalizada por escritura pública o por acta judicial (art. 2299, CCCN).

2.1. Silencio ante la opción. Plazo

Ahora bien, si el heredero no está obligado a aceptar ni a renunciar, ¿qué sucede si guarda silencio y no opta por ninguna opción? Ante todo, el silencio no implica aceptación ni renuncia, pero, como todo en el derecho, tiene un límite.

En este caso, la normativa formula una solución ante el silencio prolongado del heredero: "el derecho de aceptar la herencia caduca a los diez años de la apertura de la sucesión. El heredero que no la haya aceptado en ese plazo es tenido por renunciante" (art. 2288, CCCN).

La redacción del CCCN es clara, pero no sucedía lo mismo en el CC ya que en su artículo 3313 exponía que “el derecho de elegir entre la aceptación y renuncia de la herencia se pierde por el transcurso de veinte años, desde que la sucesión se abrió”.

Borda (1975) analiza la redacción poco feliz y se pregunta: “qué es lo que se pierde al vencimiento del plazo ¿el derecho de aceptar o de renunciar?” (p. 159), una cuestión que es aclarada por la nota de Vélez Sarsfield a dicho artículo: “el silencio del heredero que se ha abstenido equivale a una renuncia por su parte y pierde la facultad de aceptar” (Vélez Sarsfield, nota al art. 3313). Aun así, vemos oportuno acercar la opinión del renombrado autor:

Pensamos con la doctrina y la jurisprudencia predominantes que, en principio, el transcurso del plazo de veinte años convierte al heredero en aceptante; pero si durante ese tiempo ha habido otros coherederos en posesión de la herencia, la pasividad del heredero hace presumir la renuncia y el vencimiento del plazo lo priva de aceptar. (Borda, 1975, p. 160)

En igual forma lo entiende la jurisprudencia:

En el caso que nos convoca los demás herederos han aceptado la herencia y han transcurrido más de veinte años desde la apertura de la sucesión sin que la Sra. Z. M. ni sus sucesores se presentaran a aceptar la herencia, con lo cual no corresponde incluirlos en la declaratoria de herederos, debiendo ser tenidos como renunciantes. (Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata Sala I, 2021)

En este punto advierte Pérez Lasala, citado por Lorenzo de Ferrando (1998), que “no existe un solo argumento legal que permita hacer surgir del silencio prolongado del heredero efectos contrapuestos según existan o no otros coherederos aceptantes” (p. 115).

Por nuestra parte adherimos a la postura de Borda ya que la aclaración la trae la nota de Vélez Sarsfield al artículo 3313 y, aunque no es vinculante, era innegable su peso al momento de la interpretación por todo operador del derecho.

2.1.1. Plazos para aceptar entre el Código Civil y el Código Civil y Comercial

En nuestro caso corresponde la aplicación del CC y del CCCN. La madre del vendedor falleció en el año 2016, por lo que no cabe duda de que corresponde la aplicación del CCCN y, especialmente, la del artículo 2288 en cuanto al plazo de diez años a los efectos de expedirse. De lo contrario, será tomado como renunciante. Por el otro lado, el padre del vendedor falleció en el año 2008. Ante el heredero que guarda silencio, ¿qué plazo debemos aplicar? ¿Le corresponde el plazo de veinte años que contemplaba el artículo 3313 CC o,

al entrar en vigor el CCCN, le corresponde el plazo de diez años del artículo 2288?

En el artículo 2537 del CCCN –modificación de plazos por ley posterior– encontramos que, si por la ley antigua (los veinte años del art. 3313) se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas leyes (los diez años del art. 2288), los años quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, tiempo contado desde el día de su vigencia. Por lo tanto, fallecido en el año 2008, los veinte años se cumplirían en 2028; pero, en virtud de lo expuesto en el artículo 2537 (diez años contados desde su entrada en vigencia), el plazo se reduciría al año 2025.

Debemos dejar aclarado que el artículo 2537 del CCCN se refiere a prescripción liberatoria y el plazo establecido por el artículo 2288 es de caducidad; pero, ante la falta de regulación expresa en dicho instituto, se realiza una interpretación análoga. Sabene propone esta postura a partir de la interpretación de Kemelmajer de Carlucci (Sabene, 2020, p. 57).

2.2. Intimación

Así como la norma contempla una solución ante el silencio prolongado del heredero que no ejerce su derecho de opción, también da herramientas a determinadas personas que requieren que el heredero se expida sobre su derecho.

El heredero puede ser intimado a aceptar o renunciar a la herencia. La intimación sólo puede solicitarse judicialmente (art. 2289, CCCN). Este es un cambio de criterio con relación al CC, ya que su artículo 3314 nada decía sobre esta exigencia, y se entendía que “puede ser hecha judicial o extrajudicialmente, aunque es razonable que se haga de una manera fehaciente que asuma las características de un genuino emplazamiento” (Lorenzo de Ferrando, 1988, p. 116).

Efectuada la intimación, el heredero tiene un plazo mínimo de un mes y un máximo de tres meses para expedirse. Si transcurrido ese plazo el heredero nada dice, se lo tiene por aceptante (art. 2289, CCCN). Este punto es trascendente al momento de asesorar al requirente sobre las consecuencias de la intimación.

3. Declaratoria de herederos

Como definición de la declaratoria de herederos, traemos la expuesta por Zannoni (1999): “la declaratoria de herederos es el pronunciamiento judicial mediante el cual se reconoce el carácter de herederos legítimos” (p. 232).

Antes de seguir avanzando debemos realizar una aclaración: el carácter o calidad de heredero se obtiene desde el momento mismo de la apertura de la sucesión, es decir, desde el fallecimiento del causante (arts. 2277 y 2280, CCCN). La investidura de heredero se produce de pleno derecho para los ascendientes, descendientes y cónyuge del causante, desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces (art. 2337, CCCN). La declaratoria de herederos es solo una “verificación formal de la calidad de heredero, de quienes se hubieren presentado en el proceso, y hubieren justificado tal condición” (Medina y Rolleri, 2018, p. 346).

3.1. Características

Medina y Rolleri (2018) expresan que la declaratoria “no constituye una sentencia con autoridad de cosa juzgada porque no pone fin a cuestión alguna, ni es definitiva, ya que es susceptible de ser modificada en cualquier momento” (p. 386); pero aclaran que, con relación a este punto, la doctrina tiene distintos criterios. En igual sentido se expresa la jurisprudencia.¹

Por otro lado, es declarativa ya que no resuelve controversia alguna, sino que se limita a reconocer un derecho en existencia. Por estas características la declaratoria puede ser rectificada, modificada y ampliada. En este sentido, la declaratoria expuesta en nuestro caso puede ser ampliada cuando el otro hermano acepte la herencia.

3.2. Efectos

La declaratoria de herederos no produce otro efecto más que un reconocimiento formal de la investidura de heredero a los legitimarios. Técnicamente no la necesitan para ser reconocidos como tal.

Distinto es el supuesto de herederos colaterales, a los cuales le confiere la investidura (art. 2338, CCCN). El reconocimiento otorgado por la declaratoria

1. “La esencia de la declaratoria es su provisionalidad y la revocabilidad, no es inmutable ni hace cosa juzgada, por lo cual la ampliación pedida con posterioridad por la vía pertinente es perfectamente posible para quien invocara y probara su derecho” (Cám. Civ. y Com. de Pergamino, 2011).

es una seguridad para los terceros: "hace presumir la buena fe de quienes han contratado con los herederos declarados" (Borda, 1975, p. 343).

3.3. Su necesidad

Ahora bien, la norma impone una situación en la que sí es necesaria que su investidura sea reconocida judicialmente y es a los efectos de la transferencia de los bienes registrables (art. 2337 *in fine*, CCCN). En otras palabras, el heredero requiere de la declaratoria de herederos para que su calidad de tal sea reconocida y pueda transferir bienes registrales.

Como lo expresa Borda (1975): "la declaratoria es el *título* hereditario; permite inscribir el dominio en el registro de la propiedad y, recién entonces, transmitir la propiedad de los inmuebles a terceros" (p. 342). En igual sentido se expresan Medina y Roller (2018), ligado con los efectos de la declaratoria:

Representa un título importante por su carácter de instrumento público que hace plena fe frente a terceros y a los demás coherederos que no se hubieren opuesto. Este título le permite ejercitar todos los derechos que dependan del carácter de heredero. (p. 346).

3.4. ¿A quién incluye?

La declaratoria de herederos es el resultado del cumplimiento, por parte de un heredero, de todas las formalidades exigidas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) para ser reconocido judicialmente.

Cabe preguntarnos si la declaratoria debe incluir a todos los herederos denunciados o únicamente a los presentados. En principio, la declaratoria deberá mencionar únicamente a los herederos presentados en el proceso sucesorio y que acreditaron su vínculo. El artículo 700 del CPCCN es claro en ese punto: el juez dictará declaratoria de herederos a aquellos que hayan acreditado su derecho de sucesores.²

Ya que no causa estado, la declaratoria de herederos podrá ser ampliada si se presentan nuevos herederos y acreditan su calidad de tal. En nuestro caso, es correcto que la declaratoria de herederos sea formulada

2. Art. 700, CPCCN: "Cumplidos el plazo y los trámites a que se refiere el artículo anterior, y acreditado el derecho de los sucesores, el juez dictará declaratoria de herederos. Si no se hubiere justificado el vínculo de alguno de los presuntos herederos, previa vista a la autoridad encargada de recibir la herencia vacante, se diferirá la declaratoria por el plazo que el juez fije para que, durante su transcurso, se produzca la prueba correspondiente. Vencido dicho plazo, el juez dictará declaratoria a favor de quienes hubieren acreditado el vínculo, o reputará vacante la herencia".

únicamente en favor del hijo presentado; único heredero que acreditó su derecho.

4. Notificación a los herederos no presentados

De no existir testamento o que este no disponga de la totalidad de los bienes, la sucesión es intestada. Quien inicia el proceso sucesorio "debe expresar si el derecho que pretende es exclusivo, o si concurren otros herederos" (art. 2340, CCCN).

En caso de que sí concorra con otros herederos y no se hayan presentado, estos deben ser notificados a los efectos de que se presenten a hacer valer sus derechos. En este sentido, del mismo modo en que el heredero tiene la opción de aceptar o no la herencia, también tiene la opción o no de presentarse en el proceso sucesorio y requerir su "título hereditario" a los efectos de transferir bienes inmuebles; es decir, la declaratoria de herederos.

Aclaremos que la notificación de esta instancia no es la intimación del artículo 2289 de aceptar o renunciar a la herencia. Esta notificación tiene por objeto anotar a los restantes coherederos que el proceso sucesorio se encuentra abierto y que, si lo desean, pueden presentarse a oponer su derecho de heredero, o que se les reconozca su investidura mediante declaratoria judicial de herederos, a los fines de poder transmitir bienes registrales, ya que la investidura se encuentra reconocida de pleno derecho (para los legitimarios).

La declaratoria de herederos

no puede dictarse respecto de quienes, aunque fueron denunciados como herederos y citados al proceso, en ningún momento expresaron su voluntad de ser considerados tales, pues los jueces no pueden suplir de oficio la inactividad de los interesados. (Cám. 3ª Civ. y Com. de Paraná Sala II, 2012).

Recordemos que la norma (art. 2340, CCCN) plantea la obligación de denunciar la existencia de los coherederos, pero no la de acreditar su calidad de tales.³

3. "Si en el juicio sucesorio se han denunciado herederos de existencia conocida, pero de domicilio desconocido, y se han publicado edictos creando la presunción de conocimiento de las personas que podían heredar, corresponde dictar la correspondiente declaratoria de herederos respecto de quienes acreditaron la vocación hereditaria. Pues, si bien deben colaborar con la jurisdicción citando a herederos denunciados, no es imprescindible que ellos cumplan con ese trámite, máxime cuando la sentencia no hace cosa juzgada material y no impide que, en un futuro, puedan presentarse otros herederos" (Cám. Civ. y Com. de Corrientes Sala IV, 2009).

La notificación de la apertura de la sucesión está contemplada en el artículo 699 del CPCCN.⁴ Esta es trascendente para el hijo que inició el proceso sucesorio, ya que demostrará buena fe de su parte, situación que analizaremos en el apartado 5.3.

5. Heredero aparente

Puede suceder que un heredero esté en posesión de la herencia y que, además, posea título de heredero (declaratoria de herederos), se comporte como tal, pero su calidad de heredero no sea única o bien existan otros herederos con mejor derecho. Al heredero que se encuentra en dicha situación, pero luego es vencido en una acción de petición de herencia, porque existen otros herederos de igual o mejor grado, se lo denomina heredero aparente.

Traemos las palabras de Pérez Lasala (2014):

No basta poseer la herencia y actuar como heredero para que se pueda hablar de heredero aparente; es necesario, además, apoyar el pretendido carácter de heredero en un título idóneo por su naturaleza para adquirir la herencia, pero ineficaz para ello por estar afectado de un vicio o acompañado de circunstancias que le privan de su eficacia. Una persona puede reunir a un mismo tiempo las dos cualidades de heredero verdadero y de heredero aparente, cuando estando realmente llamada a la sucesión haga propia una parte de la herencia mayor de la que importa su efectiva vocación. Sería el caso de que uno de los dos hijos del causante tomara posesión de toda la herencia: será heredero aparente en cuanto a la mitad y heredero real en cuanto a la otra mitad. (p. 970).⁵

4. Art. 699, CPCCN: "Cuando el causante no hubiere testado o el testamento no contuviere institución de heredero, en la providencia de apertura del proceso sucesorio, el juez dispondrá la citación de todos los que se consideraren con derecho a los bienes dejados por el causante, para que dentro del plazo de treinta (30) días lo acrediten. A tal efecto ordenará: 1) La notificación por cédula, oficio o exhorto a los herederos denunciados en el expediente que tuvieron domicilio conocido en el país...".

5. En igual sentido: "Es 'heredero aparente' quien hallándose en posesión de la herencia y habiendo obtenido declaratoria de herederos o, en su caso, aprobación formal del testamento, actúa como un heredero, pero con posterioridad, se presenta otro heredero que alega y demuestra tener un mejor o igual derecho respecto de quien había sido declarado como tal, acotando que nada se opone a que una misma persona reúna las cualidades de heredero real y de heredero aparente, lo que ocurre siempre que un coheredero ha entrado, no sólo en posesión de su cuota parte, sino también de la que correspondía a otro coheredero" (Cám. Civ. y Com. de Gualeguaychú Sala I, 2016).

5.1. Actos de disposición del heredero aparente

El heredero que se vio privado de la herencia por un heredero aparente puede iniciar acción de petición, la cual tiene efectos reipersecutorios (Arts. 2310, 2312, 2313, CCCN).

A los efectos de dar seguridad jurídica al tráfico de bienes, la norma contempla la situación en la que el heredero aparente realiza actos de disposición con terceros y le brinda, a estos últimos, una protección contra la reipersecución de la acción de petición de herencia. Lo dicho se encuentra contemplado en el artículo 2315 del CCCN, del que transcribimos las partes pertinentes para una mejor comprensión de la naturaleza de la norma:

Son válidos los actos [...] del heredero aparente realizados hasta la notificación de la demanda de petición de herencia, excepto que haya habido mala fe suya y del tercero con quien contrató. Son también válidos los actos de disposición a título oneroso en favor de terceros que ignoran la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, o que los derechos de éste están judicialmente controvertidos.

5.2. Requisitos del tercero para paralizar la acción reipersecutoria

¿Cómo un tercero que contrata con el heredero declarado puede quedarse tranquilo respecto a que ningún otro heredero aparecerá reivindicando el inmueble? O, desde la perspectiva de nuestro caso, ¿cómo el comprador se queda tranquilo respecto a que el heredero que no aceptó la herencia no le iniciará ningún tipo de acción el día que sí acepte la herencia?

El tercero (en adelante nos referiremos al “comprador” para encuadrarlo en nuestro caso), para que su contratación con el heredero no sea objetable, debe reunir los siguientes requisitos:

- Verificar que el heredero aparente es reconocido en su calidad de tal; es decir, poseer declaratoria de herederos a su favor.
- Verificar que el heredero aparente se encuentra en posesión de la herencia.
- Contratar a título oneroso.
- Existir buena fe por su parte.

5.2.1. Buena fe del comprador

Creemos que vale la pena detenernos a analizar la buena fe del comprador al momento de contratar con el heredero aparente.

Para comenzar, recordemos que la buena fe que exige el CCCN es una buena fe diligencia, en contraposición de una buena fe creencia; es decir, la buena fe se construye a partir del análisis, la investigación (la diligencia) que tenga el comprador con el negocio, y no por la mera creencia que está contratando bien en base a la presentación de un papel o presunción.

En el CC, la buena o mala fe del comprador se cumplía en virtud de estos preceptos legales, antes y después de la modificación de la Ley 17711:

- Si el heredero aparente era poseedor de la herencia y pariente del difunto en grado sucesible, tomando la herencia por ausencia o inacción de los parientes más próximos, de manera pública y pacífica (art. 3430, texto original).
- Si el heredero aparente era poseedor de la herencia y ha obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento (art. 3430, texto según Ley 17711).

Con la reforma impulsada por Borda, la doctrina⁶ y la jurisprudencia⁷ entendían que, con la declaratoria de herederos realizada en favor del heredero aparente, era suficiente para ostentar buena fe. En el CCCN se suprimió el requisito de la declaratoria de herederos y se planteó la buena fe desde que los terceros “ignoran la existencia del heredero de mejor o igual derecho que el heredero aparente.” (art. 2315, CCCN). Esa ignorancia es un presupuesto de la buena fe del adquirente. Por nuestra parte consideramos que la palabra “ignoran” puede incurrir en un error de interpretación. No debe interpretarse como ignorancia de existencia del heredero en sí, sino que desconoce su existencia como heredero reconocido por declaratoria de herederos.

La palabra “heredero” debe interpretarse como la persona que aceptó la herencia y, por lo tanto, se le transmite su universalidad (art. 2278, CCCN). A esto agregamos que, para la legitimación en la transferencia de bienes

6. “Habrá buena fe en el adquirente, cuando el heredero cuente a su favor con una declaratoria de herederos o auto aprobatorio del testamento. Es decir, el tercero ha obrado diligentemente, constatando el carácter invocado por quien le transmitía su derecho” (Rolando, 1988, p. 397).

“Para que un tercero sea considerado de buena fe, no se le puede exigir otra condición que el conocimiento de aquel acto judicial (declaratoria de herederos) que es la exteriorización formal del derecho del heredero aparente” (Borda, 1975, p. 366).

7. “Para que un tercero sea considerado de buena fe, no se le puede exigir otra condición que el conocimiento de aquel acto judicial que es la exteriorización formal del derecho del heredero aparente; salvo, claro está, que no obstante la ‘declaratoria’ se probase que el tercero tenía conocimiento de la existencia de otros sucesores con mejor derecho o que estaba judicialmente controvertido el derecho” (Cám. Civ. y Com. de Lomas de Zamora Sala II, 1996).

registrables, la investidura “debe ser reconocida mediante declaratoria judicial de herederos” (art. 2337, CCCN).

Desde otra perspectiva, la ignorancia es de un heredero declarado judicialmente y no de una persona que tenga vocación sucesoria.

De otra forma, se interpretaría, como es nuestro caso, que el adquirente conocía la existencia de otro heredero no presentado; pero, pese a ello, su buena fe se mantiene, ya que dicho heredero aún no aceptó la herencia.

Entendemos que es una buena fe diligencia, mucho más amplia que lo requerida por el artículo 3430 del CC, y se cumple con el debido estudio de títulos. Compartimos lo expresado por Sabene (2020):

La ignorancia que habilita al tercero a excusarse requiere el estudio de títulos antecedentes, sin que resulte suficiente la exhibición del testimonio judicial o copia certificada de la resolución pertinente. (p. 127).

Siguiendo el razonamiento de dicho autor y dada su claridad, tomamos los requisitos que expone para la configuración de la buena fe que se le exige al tercero (comprador):

a) la consulta al asiento registral, con fundamento en el art. 22 de la Ley 17801; b) el estudio de títulos antecedes; y c) la constatación del estado posesorio, a fin de prevenir que eventuales poseedores en virtud de boleto de compraventa puedan alegar un mejor derecho sobre el inmueble. (Sabene, 2020, p. 129).

Pérez Lasala (2014) nos ilustra:

La buena fe del adquirente consiste en la creencia de que el transmitente es verdadero heredero y correlativamente en la ignorancia sobre la falta total o parcial de titularidad del transmitente. (p. 979)

Esta creencia se construye con el estudio de títulos y no solo con la declaratoria de herederos.

Creemos que vale la pena traer a colación, por su relevancia en lo notarial, un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín del Dr. Guardiola, que rechaza la acción reivindicatoria intentada por un heredero forzoso contra el comprador de un bien del acervo ya que del expediente surgía que el heredero aparente tenía su derecho controvertido. La Cámara falló en favor del tercer adquirente –este desconocía tal controversia– y depositó la responsabilidad en la escribana que intervino en la operación ya que ella debió notificarle al comprador esta situación.⁸

8. “Corresponde rechazar la acción reivindicatoria intentada por un heredero forzoso –así declarado en juicio de filiación– en contra del adquirente de un inmueble parte del acervo hereditario que fue vendido por una heredera aparente. Del proceso sucesorio surgía que los

Por último, citamos un fallo del año 2022 que realza la importancia de la declaratoria de herederos y hasta desecha que el tercero deba verificar si los herederos verdaderos fueron notificados del sucesorio:

Frente a una declaratoria de herederos dictada por un juez, no es dable exigir al tercer adquirente que constante el efectivo conocimiento del fallecimiento del causante por parte de todos los familiares del difunto que conozca; ni tampoco que verifique si aquellos poseen actual interés en la sucesión, o si fueron notificados acerca de la apertura del trámite sucesorio. (Cám. Civ. y Com. de Azul, 2022).

En resumen, entendemos que un comprador cumple con todos los requisitos para juzgar su buena fe si cumple con las siguientes diligencias:

- contrata con el legitimario para disponer de la herencia (reconocido por declaratoria judicial);
- realizar el respectivo estudio de títulos con las consultas registrales pertinentes;
- verificar que el heredero aparente está en posesión de la herencia; quedando de esta forma protegido ante cualquier ataque del heredero que al momento no aceptó la herencia.

5.3. Relación entre el heredero aparente que dispuso y el heredero no aceptante

Cabe preguntarnos qué sucede entre el heredero aparente y heredero con igual o mejor derecho; o en nuestro caso, el heredero presentado y quien aún no aceptó la herencia ni se presentó en el expediente.

Nuevamente, el CCCN trae una solución en favor de la seguridad jurídica dinámica y en favor del tráfico jurídico de inmuebles ya que prevé que “el heredero aparente de buena fe debe restituir al heredero el precio recibido; el de mala fe debe indemnizar todo perjuicio que le haya causado” (art. 2315, CCCN).

derechos de la vendedora (heredera aparente) estaban controvertidos por el proceso de filiación iniciado por el actor (heredero forzoso), lo cierto es que no existió prueba sobre el conocimiento efectivo de ese hecho por parte del demandado (comprador) y tampoco le es predicable que pudo conocer que la vendedora carecía de derecho. El error objetivamente inexcusable no le es imputable al tercer adquirente de buena fe (comprador), sino exclusivamente atribuible a la escribana interviniente al incumplir una obligación implícita a su función, la de comunicar un hecho que hacía a la bondad del título y que podía ser causa de evicción o de afectación de derechos del *verus dominus* (verdadero dueño); así, su obligación como funcionaria autorizante, al tener el expediente en sus manos para llevar a cabo la operación por tracto abreviado, transcendía lo exclusivamente inscriptorio registral, debiendo anotar la controversia, y en todo caso si las partes negociales igual querían llevar a cabo la compraventa, salvar su responsabilidad a través de lo que se ha dado en llamar una minuta insistida”. (Cám. Civ. y Com. de Junín, 2020).

Cuando el heredero que aún no aceptó proceda a hacerlo, tendrá una acción contra el heredero aparente quien deberá restituir el precio recibido. Conclusión lógica ya que de otra forma estaría afectando su legítima.

La mala fe del heredero aparente se configura cuando su actitud es tendiente a ocultar la herencia a un heredero que desconoce que la sucesión dio inicio (Cám. Civ. y Com. 2ª de La Plata Sala II, 2016)⁹. En este sentido se expresa el segundo párrafo del artículo 2313 del CCCN: “es poseedor de mala fe el que conoce o debió conocer la existencia de herederos preferentes o concurrentes que ignoraban su llamamiento”.

En el caso bajo análisis no le cabe la mala fe al heredero aparente, ya que el heredero que aún no aceptó la herencia no puede alegar el desconocimiento del fallecimiento de los causantes pues fue notificado sobre la apertura de la sucesión y el proceso sucesorio.¹⁰

Nótese que siempre queda al margen el tercero, a quien se lo protege, siempre que sea de buena fe.¹¹

6. Conclusiones

A partir del caso en cuestión y sus problemáticas podemos llegar a las siguientes conclusiones:

9. “Sólo se juzgará la mala fe en el marco de una acción de petición de herencia y aquélla existirá cuando se demuestre que el heredero aparente –vencido en la acción– conocía la existencia del heredero de carácter preferente o concurrente que inició la acción de petición y además sabía que éste no se presentó a recoger la sucesión porque ignoraba que le fuese deferida” (Cám. 2ª Civ. y Com. de La Plata Sala II, 2016).

10. “La heredera que no denunció la existencia de coherederos en el juicio sucesorio y enajenó un bien inmueble perteneciente al acervo sucesorio, no puede ser calificada como heredera aparente de mala fe, ya que los actores no adujeron desconocimiento del fallecimiento de los causantes. A los fines de calificar a quien tomó posesión de una herencia como heredera aparente de mala fe, no basta la omisión de denunciar a otros coherederos en el juicio sucesorio respectivo, sino que aquélla debió saber que el pariente con vocación preferente o concurrente se mantenía inactivo por ignorar que la sucesión le había sido deferida, es decir que ignoraba la muerte del causante” (CNCiv. Sala J, 2005).

“La mala fe del heredero aparente que toma posesión de la herencia, consiste en saber que el pariente con vocación preferente o concurrente se mantiene inactivo por ignorar que la sucesión le fuere deferida; es decir, que no significa que el heredero ignora que la sucesión está tramitando, sino que ignora la muerte del causante, ya que la muerte, la apertura y la transmisión de la herencia se causan en el mismo instante” (Cám. Civ. y Com. de Lomas de Zamora Sala II, 1996).

11. Traemos un fallo que, si bien aplica el CCIV, no varía el fundamento con el CCCN: “La enajenación de bienes inmuebles a título oneroso efectuado por el poseedor de la herencia, no habiéndose comprobado que el comprador hubiera tenido mala fe, es inconvencional, debiendo reglarse la situación de los herederos perjudicados mediante el juego de las indemnizaciones prevista en el art. 3430 del CCiv. en su última parte, quedando al margen de toda cuestión el adquirente del inmueble” (Cám. Civ. y Com. de Pergamino, 2011).

- Un heredero que no se presente en el proceso sucesorio y no se expide sobre la aceptación o renuncia de herencia, tiene aún el derecho de opción por el plazo legal de 10 años desde la apertura de la sucesión.
- El coheredero que se presenta en el sucesorio, acredita su vínculo y denuncia a los restantes herederos (se dan por cumplidas las notificaciones a los que no se presentaron), se encuentra en posesión de la herencia y es reconocido judicialmente por declaratoria de herederos: es un heredero legitimado a disponer de la herencia.
- El tercero que contrata con el heredero aparente (el heredero que se presentó en el sucesorio tiene declaratoria de herederos y posesión de la herencia, pero comparte rango con otros herederos que aún no se presentaron) a título oneroso y posee buena fe, puede repudiar cualquier acción de los herederos aún no presentados o que mantienen su derecho de opción.
- La buena fe del adquirente se compone de: a) la consulta al asiento registral, con fundamento en el artículo 22 de la Ley 17801; b) el estudio de títulos de los antecedentes; c) la constatación del estado posesorio a fin de prevenir que eventuales poseedores, en virtud del boleto de compraventa, puedan alegar un mejor derecho sobre el inmueble.

7. Bibliografía

- BORDA, Guillermo A. (1975). *Tratado de derecho civil: sucesiones* (t. 1, 4ª ed.). Perrot.
- LORENZO DE FERRANDO, María R. (1988). [Comentario a los artículos 3313 y 3314]. En J. J. Llambías y M. J. Méndez Costa (dirs.), *Código Civil anotado: doctrina, jurisprudencia* (t. 5-A, pp. 112-118). Abeledo-Perrot.
- MEDINA, Graciela y ROLLERI, Gabriel. (2018). *Derecho de las sucesiones*. Abeledo Perrot.
- PÉREZ LASALA, José L. (2014). *Tratado de sucesiones: parte general* (t. 1). Rubinzal-Culzoni.
- ROLANDO, Carlos H. (1988). [Comentario a los artículos 3430]. En J. J. Llambías y M. J. Méndez Costa (dirs.), *Código Civil anotado: doctrina, jurisprudencia* (t. 5-A, pp. 394-399). Abeledo-Perrot.
- SABENE, Sebastián E. (2020). *Sucesiones*. Hammurabi.
- ZANNONI, Eduardo A. (1999). *Manual de derecho de las sucesiones* (4ª ed.). Astrea.

Lecturas recomendadas:

- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. (2024). Petición de herencia. Acción de los herederos. *Revista Notarial*, (1000). 65-107. <https://www.colescba.org.ar/portal/?revista=peticion-de-herencia-accion-de-los-herederos>.
- HERRERA, María M. L. (2010). Subrogación real. *Revista del Notariado*, (900). 189-198.
- PELOSI, Carlos A. (1968). Artículo 1277 del Código Civil: cuestiones relativas al consentimiento. *Revista del Notariado*, (700). 738-767.

Jurisprudencia:

- Cám. 2ª Civ. y Com. de La Plata Sala II. (13/06/2016). "Jardines Sardiñas, María Caridad c/ Pavan, Carmen Zulema s/ petición de herencia". <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=141625>.
- Cám. 3ª Civ. y Com. de Paraná Sala II. (28/12/2012). "Maydana, Leonardo s/ sucesorios". *La Ley Online* (AR/JUR/72611/2012).
- Cám. Civ. y Com. de Azul. (07/04/2022). "S. L. y otros c/ T. E. F. y otros s/ petición de herencia". *Microjuris* (MJ-JU-M-136778-AR|MJJ136778).
- Cám. Civ. y Com. de Corrientes Sala IV. (03/06/2009). "Ramírez, Victorina s/ suc.". *La Ley Online* (AR/JUR/23635/2009).
- Cám. Civ. y Com. de Gualaguaychú Sala I. (21/04/2016). "Z., A. J. c/ C., J. F. y otro s/ ordinario acción de petición de herencia". *El Derecho* (ED-DCCCXXIX-69).
- Cám. Civ. y Com. de Junín. (01/09/2020). "Z. M., O. J. c/ B., H. O. s/ acción reivindicatoria". *El Derecho* (ED-CMXXVI-291).
- Cám. Civ. y Com. de Lomas de Zamora Sala II. (13/06/1996). "Gómez, Matilde C. v. Ayre, Juan C.". *La Ley Online* (AR/JUR/4865/1996).
- Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata Sala I. (14/10/2021). "Mouriño, Serafín Ramón y otro/a s/ sucesión ab-intestato". *La Ley Online* (AR/JUR/173002/2021).
- Cám. Civ. y Com. de Pergamino. (24/02/2011). "Abati, Raúl José c/ Álvarez, Oscar Alberto s/ incidente (excepto los tipificados expresamente)". *Microjuris* (MJ-JU-M-63096-AR|MJJ63096).
- CNCiv. Sala J. (28/09/2005). "Caroiso, Martha H. y otros v. Caso de Sangregorio, María J. F. y otro". *La Ley Online* (AR/JUR/4066/2005).

Acuerdo de gestación por sustitución*

Damasia Verni**

RESUMEN

Los mayores avances de la humanidad han surgido del desarrollo científico. Negar su existencia o temer su evolución no ofrece soluciones ni permite construir una sociedad más justa e informada. Sin embargo, un progreso sin límites éticos, bases jurídicas y marcos normativos puede resultar gravemente perjudicial. Toda vida en comunidad exige reglas claras que encuadren el ejercicio de la libertad individual en armonía con el bienestar colectivo. En este marco, la gestación por sustitución plantea uno de los desafíos más urgentes y controvertidos para el derecho contemporáneo. La ausencia de regulación específica genera una evidente laguna normativa y, con ella, inseguridad jurídica. El objetivo es analizar la validez jurídica de los acuerdos de gestación por sustitución instrumentados por escritura pública, identificar las herramientas legales hoy disponibles para otorgarles eficacia y examinar los criterios doctrinales, jurisprudenciales y normativos más relevantes.

PALABRAS CLAVE

Gestación por sustitución; voluntad procreacional; acuerdo gestacional; filiación; artículo 562 CCCN; interés superior del niño; práctica notarial; turismo reproductivo.

Sumario: 1. Introducción. 2. Técnicas de reproducción humana asistida. 3. Encuadre jurídico. 3.1. Constitución Nacional. 3.2. Ley 26862 de Reproducción Médicamente Asistida. 3.3. Proyecto de código civil y comercial de la Nación. 3.4. Código Civil y Comercial de la Nación. 3.5. Tratados internacionales. 4. Doctrina. 4.1. Voluntad procreacional como fuente legítima de filiación. 4.2. Naturaleza jurídica del acuerdo y límites de la homologación. 4.3. ¿Altruismo o modalidad onerosa? 4.4. Necesidad de una legislación específica. 4.5. Principales críticas

* El presente trabajo se elaboró sobre la base del dictamen presentado en 2025 en el Ciclo de Perfeccionamiento Profesional del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (art. 35 Ley 404). Fue recomendado para su publicación por el coordinador del módulo Familia y Sucesiones, Esc. Julio C. Capparelli.

** Escribana adscripta del Registro Notarial 894 (CABA). Abogada (UBA). Investigadora pública en criminalística y ámbito carcelario en EE. UU. (Office of the Public Defender, Florida). Master of Science in Criminal Justice Administration (Lynn University).



doctrinarias. **5.** Jurisprudencia y su proyección notarial. **5.1.** El aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **5.2** Los tribunales argentino frente al artículo 562 del CCCN. **5.3.** Críticas y salvaguardas: desigualdad y autonomía. **5.4.** La Corte Suprema de Justicia en 2024. **6.** Derecho comparado **7.** Conclusiones. **8.** Bibliografía.

"No al temor que desaconseja la acción, sino al que anima a ella"
(Jonas, 1995, p. 305-306)

1. Introducción

La gestación por sustitución (GS) –también conocida como vientre subrogado o maternidad subrogada, entre otras denominaciones– es una técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad que carece de una regulación normativa específica en el derecho argentino.

A diez años de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), donde ya se advertía la necesidad de su reglamentación, persiste la ausencia de un marco jurídico claro que garantice *certeza, seguridad y protección* efectiva de los derechos fundamentales de las partes, en especial del niño nacido bajo esta modalidad.

La realidad de nuestro país, y del mundo, demuestra una utilización creciente de esta técnica, que permite que parejas sin posibilidad de concebir o gestar –ya sea por razones médicas o biológicas, o por tratarse de matrimonios igualitarios– puedan acceder a constituir una familia.

Si bien la GS es objeto de intensas discusiones, tanto bioéticas como jurídicas, sus beneficios científicos resultan indiscutibles. Lo verdaderamente necesario y urgente es *establecer un límite razonable que nos permita beneficiarnos de los avances de la ciencia y de la tecnología sin comprometer la esencia misma del ser humano.*

2. Técnicas de reproducción humana asistida

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) surgen como resultado de los avances en la medicina reproductiva, con el objetivo de mejorar la salud física y psíquica de las personas que enfrentan dificultades para concebir.

La infertilidad¹ constituye hoy un problema de salud global que afecta a un porcentaje significativo de la población. Las TRHA comprenden distintos tratamientos médicos que se emplean para lograr un embarazo. En términos generales, se clasifican en técnicas de baja (inseminación intrauterina) o de alta complejidad (fertilización *in vitro*, donación y criopreservación de gametos y embriones), según el grado de intervención médica y manipulación de gametos o embriones.

Dentro de estas últimas se encuentra la GS, que implica un acuerdo por el cual una mujer (la gestante) consiente en llevar adelante un embarazo en beneficio de otra persona o pareja (los comitentes), con la intención de que sean estos quienes ejerzan la filiación del niño nacido (Reproducción Asistida ORG, s.f.).

3. Encuadre jurídico

En Argentina, la GS se enmarca en una compleja estructura jurídica, donde confluyen diversos derechos fundamentales y principios rectores del derecho moderno. Una interpretación armónica e integral del marco normativo –complementada con los aportes de la doctrina y la jurisprudencia– permite concluir que la práctica *no está prohibida* y que, en determinadas condiciones, resulta *jurídicamente admisible*.

3.1. Constitución Nacional

Su viabilidad encuentra sustento en el principio de autonomía de la voluntad (arts. 19 y 75 inc. 22] de la Constitución Nacional [CN]), que reconoce a las personas la capacidad de decidir libremente sobre su cuerpo, su salud reproductiva y su proyecto de vida.

El principio de buena fe (art. 1197 CC y art. 9 CCCN) garantiza transparencia y previsibilidad en los acuerdos entre la gestante y los comitentes, exigiendo conductas leales y responsables, orientadas a preservar los derechos de todas las partes intervinientes.

Estos principios se complementan con derechos fundamentales: a la salud, a la igualdad, a formar una familia, a la no discriminación y al acceso al progreso científico (art. 42 CN y tratados de derechos humanos con

1. La infertilidad diagnosticada médicamente puede ser definida como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico después de determinado lapso de tiempo.

jerarquía constitucional²). De allí que, ante la *ausencia de una prohibición expresa*, la GS resulte *jurídicamente admisible* a la luz de la CN. Sin perjuicio de ello, su implementación tensiona derechos personalísimos: a disponer del propio cuerpo, a la identidad, y a la dignidad. Esto impone una cuidadosa ponderación en la práctica y en la instrumentación notarial de los acuerdos.

3.2. Ley 26862 de Reproducción Médicamente Asistida

Sancionada el 5 de junio de 2013, garantiza el acceso integral a las TRHA, reconociendo el derecho de toda persona mayor de edad que otorgue su consentimiento informado, sin distinción de sexo, estado civil u orientación sexual.

Además, dispone la cobertura integral obligatoria por parte del sistema de salud (público, obras sociales y prepagas) e incorpora estas prácticas al Programa Médico Obligatorio (PMO), debiendo la autoridad de aplicación –el Ministerio de Salud de la Nación– regular y supervisar su implementación. La ley también establece la creación de un registro único de establecimientos habilitados para realizar estas técnicas, asegurando así la calidad y seguridad de los servicios prestados.

Si bien la ley no regula la GS, el reconocimiento del derecho al acceso a las TRHA constituye el punto de partida normativo para considerar jurídicamente admisible esta práctica.

3.3. Proyecto de código civil y comercial de la Nación

El proyecto de 2012 preveía una regulación expresa en el artículo 562, centrada en el consentimiento previo, libre e informado de todas las partes y en la homologación judicial del acuerdo (Presidencia de la Nación, 2012, p. 140)³. La filiación se atribuía a los comitentes, siempre que se cumplieran ciertos requisitos vinculados al interés superior del niño, a la capacidad y a la salud de la gestante. Esta última no debía haberse sometido a más de dos procedimientos previos, y debía tener, al menos, un hijo propio. Más allá de la imposibilidad médica de los comitentes, el aporte de gametos debía ser por, al menos, uno de ellos. También se exigía la ausencia de retribución económica y la intervención judicial previa a la transferencia embrionaria.

2. Ver desarrollo en la sección 3.5. de este trabajo.

3. Elevado por el Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación el 07/06/2012 (Mensaje 884/12).

La supresión de esta norma en el texto definitivo del CCCN dejó a la GS sin regulación específica, lo que generó un vacío legal que persiste hasta hoy y que condiciona la labor de los operadores jurídicos, en particular del notariado al momento de documentar acuerdos.

3.4. Código Civil y Comercial de la Nación

El análisis normativo de las TRHA dentro del CCCN exige partir de los derechos personalísimos. El artículo 55 reconoce la posibilidad de disponer de ellos, siempre que no se vulnere la ley, la moral o las buenas costumbres, requiriéndose un consentimiento expreso, de interpretación restrictiva y libremente revocable. La regla general es la libertad individual, limitada por la dignidad y la integridad humana. En la misma línea, el artículo 56 prohíbe actos de disposición sobre el propio cuerpo que ocasionen un daño o disminución permanente, salvo cuando persiguen fines médicos orientados al mejoramiento de la salud propia o, excepcionalmente, de terceros.

El mero deseo de un individuo de disponer de partes de su cuerpo como si se tratase de simples objetos no basta para legitimar tales actos, si esto causa una disminución permanente de su integridad, como sería la venta de un órgano, por ejemplo.

La norma es clara al permitirlos como excepción, en caso de mejoramiento de la salud de la persona, como el caso de la amputación de una pierna gangrenada, o la salud de otra persona, como, por ejemplo, la donación de órganos. En este contexto, la GS puede ser concebida como una *excepción legítima*, al contribuir al bienestar psíquico y a la realización del proyecto de vida de quienes carecen de posibilidad de concebir o gestar. La restricción de acceso a esta técnica podría configurar una vulneración de derechos fundamentales, especialmente en materia de salud integral, noción respaldada por la Ley 26862, y la Ley 26529 sobre derechos del paciente y la definición de salud de la OMS, adoptada por el Estado argentino.

En materia de filiación, el artículo 529 define el parentesco como vínculo jurídico fundado en la naturaleza, la adopción, la afinidad o las TRHA, y el artículo 558 reconoce tres fuentes equivalentes de filiación: naturaleza, TRHA y adopción, todas con idénticos efectos jurídicos, limitadas por la prohibición de vínculos múltiples.

El Capítulo 2 está dedicado especialmente a las reglas generales relativas a la filiación por TRHA. En su artículo 560, exige el *consentimiento previo, libre e informado*, otorgado antes del procedimiento y renovado en cada implantación.

El artículo 561 impone su instrumentación por escrito y su *protocolización notarial* o certificación sanitaria, admitiendo revocación hasta la concepción o implantación del embrión.

El mayor debate se centra en el artículo 562 que establece que los nacidos por TRHA son hijos de quien dio a luz, y de quien prestó el consentimiento en los términos precedentes, debidamente inscripto en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Finalmente, el artículo 575 reafirma que la filiación deriva del consentimiento válido, y que los donantes de gametos no adquieren vínculo jurídico alguno, salvo impedimentos matrimoniales.

En las TRHA el eje central de la filiación es la *voluntad procreacional* que se exterioriza mediante el consentimiento, quienes tienen la voluntad de procrear, o ser padres, con independencia del material genético aportado. Esto implica un reconocimiento claro a la voluntad procreacional, por sobre la genética o biológica, reforzando el concepto de familia construida desde la voluntad.

Para el notariado, esta previsión abre la posibilidad de diseñar *acuerdos en escritura pública*, en los que el consentimiento previo, informado y libre de las partes se convierta en la herramienta esencial para dotar de *validez jurídica* y *eficacia práctica* al instituto.

3.5. Tratados internacionales

Los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional brindan un marco clave para analizar la GS. Entre ellos, se destaca el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (1966),⁴ que reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (art. 12), comprendiendo el derecho a “gozar de los beneficios del progreso científico” (art. 15). En consonancia, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”) (1988)⁵ establece el derecho de toda persona a “gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico” (art. 14.1.b.), lo que ha sido interpretado como aplicable a la posibilidad de acceder a tratamientos de fertilidad como la GS: “el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación

4. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16/12/1966 en su Resolución 2200 A (XXI). Entrada en vigor: 03/01/1976. Aprobado en la Argentina por Ley 23313.

5. Adoptado por la Organización de los Estados Americanos el 17/12/1988. Entrada en vigor: 16/11/99. Aprobado en la Argentina por Ley 24658.

con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho" (CIDH, 2012, § 150)⁶.

En materia de filiación, tanto la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)(1989)⁷ como la jurisprudencia internacional han reconocido el derecho del niño a la identidad, a la nacionalidad y a conocer a sus padres. Ello impone al Estado el deber de asegurar *vínculos filiatorios claros y seguros* en los casos de GS. A nivel europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sido claro al afirmar que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950)⁸ impone a los Estados respetar la vida privada y familiar de las personas (art. 8); en los casos "Mennesson c. Francia" y "Labassee c. Francia" determinó que las prohibiciones automáticas al reconocimiento de filiaciones provenientes de GS realizadas en el extranjero eran contrarias al interés superior del niño y vulneraban su derecho a la identidad (TEDH, 2014a, 2014b).

Los tratados internacionales refuerzan la admisibilidad de la GS, siempre que se aseguren los principios de igualdad, dignidad, interés superior del niño y seguridad jurídica, ofreciendo sustento para que el notariado documente acuerdos compatibles con estándares internacionales de derechos humanos.

4. Doctrina

El análisis jurídico se ha centrado en torno a tres ejes principales: la voluntad procreacional como fuente de filiación, la naturaleza jurídica de los acuerdos de gestación y el debate entre modelos altruistas y onerosos.

4.1. Voluntad procreacional como fuente legítima de filiación

Una de las tesis más desarrolladas en la doctrina entiende a la voluntad procreacional como fundamento autónomo de la filiación en los TRHA. Herrera, Kemelmajer y Lamm (2013) sostienen que la voluntad procreacional es una fuente autónoma de filiación en el marco de las TRHA, y que debe ser tutelada por el derecho en igualdad de condiciones frente a los

6. Ver un desarrollo más amplio del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sección 5 del presente trabajo.

7. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20/11/1989 en su Resolución 44/25. Entrada en vigor: 02/09/1990. Aprobado en la Argentina por Ley 23849.

8. Adoptado por el Consejo de Europa el 04/11/1950.

vínculos biológicos o adoptivos. Este enfoque se sustenta en los derechos fundamentales a la autonomía personal, a fundar una familia y a acceder a los beneficios del progreso científico, todos con reconocimiento en la CN y los tratados internacionales de derechos humanos.

La voluntad procreacional cumple una doble función: por un lado, *protege al niño* al permitir su inscripción inmediata como hijo de quienes efectivamente desearon su nacimiento, evitando soluciones artificiales como la adopción de integración del propio hijo biológico; y por el otro, *otorga seguridad jurídica a los comitentes y a la gestante*, fijando de antemano los efectos filiatorios del acuerdo.

En la práctica notarial, este principio obliga a que el consentimiento previo, libre e informado quede plasmado en la escritura pública con la mayor precisión posible, exteriorizando la voluntad procreacional y las cláusulas que la resguardan.

4.2. Naturaleza jurídica del acuerdo y límites de la homologación

La doctrina debate la naturaleza jurídica del acuerdo de GS. Mientras algunos autores lo consideran un contrato civil o negocio jurídico de familia, otros resaltan que es una figura jurídica atípica, que involucra derechos personalísimos y no puede ser homologada judicialmente como cualquier otro contrato.

Un fallo citado por Muzio concluye que

[La] homologación pretendida implicaría adentrarse en aspectos altamente individuales, que en realidad no pueden ser controlados y, por lo tanto, no son susceptibles de ser impuestos por la fuerza o sancionados en caso de incumplimiento. (Muzio, 2024, sección 2).

La jurisprudencia ha optado por considerar estos acuerdos como prueba de consentimiento, pero no como fuente obligatoria de derechos y deberes exigibles coactivamente (Juzg. de Familia 5ª Nom. de Córdoba, 2024)⁹.

Para el notariado, esta discusión resalta la necesidad de que el acuerdo quede plasmado en escritura pública, como acto jurídico que documenta voluntades, fija efectos y ofrece seguridad jurídica, siempre en resguardo del orden público y del interés superior del niño.

9. Ver sección 5 de este trabajo.

4.3. ¿Altruismo o modalidad onerosa?

Un eje especialmente polémico es la *retribución económica* a la gestante. Mientras sectores conservadores denuncian la cosificación del cuerpo femenino y la mercantilización del nacimiento, otros autores proponen una visión centrada en el consentimiento informado y señalan que la GS es una realidad; pretender soslayarla, ocasiona que los más vulnerables sean los principales perjudicados ante el silencio legal.

Notrica (2018) sostiene que “la falta de regulación es funcional, justamente, a la explotación que tanto les preocupa [...] a los detractores de la GS” (pp. 254-255). En este sentido, se propone distinguir entre:

- 1) GS altruista: La gestante no recibe compensación, salvo el reconocimiento simbólico del acto solidario. Si bien no se discute la moralidad de este accionar, se advierte que la presión afectiva o social puede enmascarar desigualdades estructurales (Notrica, 2018, p. 259-260).
- 2) GS con compensación económica razonable: Busca retribuir gastos y esfuerzos vinculados al embarazo (tratamientos médicos, transporte, pérdida de ingresos, salud física y psíquica). No supone un “precio”, sino un resarcimiento equitativo que reconoce el sacrificio de la gestante. El derecho reconoce las liberalidades y gratificaciones, que no son solo del que las recibe sino también de aquellos que las proveen (Notrica, 2018, p. 261).
- 3) GS onerosa o comercial: La gestante recibe una contraprestación monetaria por el servicio de gestar. Notrica no descarta su validez jurídica, siempre que esté regulada para evitar abusos, y sostiene, citando a Lamm, que

El cumplimiento de un contrato de gestación por sustitución puede implicar la ejecución de una convención en la que nada se entrega, sino que, simplemente, se cumplen prestaciones de hacer. (2018, p. 260)

Rechaza que esta forma implique automáticamente cosificación, ya que la mujer puede decidir libre y conscientemente asumir esa prestación, sin ser tratada como objeto.

Coincido con la postura que desplaza la gratuidad u onerosidad del eje del debate, lo decisivo es la existencia de autonomía real, consentimiento informado y un marco legal que garantice condiciones de igualdad. *Prohibir no protege, cuando la realidad impone su utilización, regular sí.*

4.4. Necesidad de una legislación específica

La doctrina coincide en que la regulación de la GS es una deuda (Zalazar, 2024). La inseguridad jurídica alcanza a los comitentes, a la mujer gestante y de manera prioritaria, a los niños. La jurisprudencia ha buscado proteger la identidad y el interés superior del niño, pero se enfrenta con el obstáculo del artículo 562 del CCCN, que impone el parto como determinante exclusivo de la maternidad, generando contradicciones con la voluntad procreacional.

La doctrina aboga por una ley que reconozca la GS como práctica válida y regulada, establezca modalidades, exija consentimiento libre, informado y protocolizado, priorice la voluntad procreacional y el interés superior del niño, y evite la clandestinidad, el turismo reproductivo y las desigualdades sociales.

4.5. Principales críticas doctrinarias

Las principales críticas advierten sobre la *cosificación* de la mujer gestante, al ser su cuerpo instrumento para fines reproductivos ajenos, y del niño al concebirlo como objeto contractual, afectando al orden público. Se enfatiza la vulnerabilidad de mujeres en contextos socioeconómicos desfavorables, donde la necesidad económica puede condicionar el consentimiento. Asimismo, se advierte sobre el *turismo reproductivo transfronterizo*, que dificulta controles estatales, y sobre la intervención de agencias intermediarias, que pueden convertir la práctica en un *mercado de servicios reproductivos*, cercano a la trata de personas (Binetti, 2023, p. 45-68).

Incluso, un sector de la doctrina sostiene que la GS es un contrato inmoral y nulo por tener un objeto ilícito y contrario a las buenas costumbres. Bajo esta corriente, se observa, por ejemplo, a Zannoni, quien argumenta sobre la explotación de la mujer, el objeto ilícito que pasa a ser el niño y el útero de la gestante, entre otros (2006, p. 413).

5. Jurisprudencia y su proyección notarial

La jurisprudencia ha delineado los contornos jurídicos de la gestación. Cada caso resuelto refleja las tensiones entre el CCCN, las garantías constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos.

5.1. El aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica”, declaró que una prohibición absoluta –que había estado vigente desde el 2000 en Costa Rica por decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de ese país– de la fecundación *in vitro* constituía una restricción desproporcionada y discriminatoria que afectaba los derechos a la vida privada, a fundar una familia y a la igualdad (CIDH, 2012, § 2 y § 316).

La Sala Constitucional de la Corte consideró al *embrión* humano como persona desde la concepción, equiparando concepción con fecundación, y que, en consecuencia, no debía tratarse como objeto para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, ni conservado en congelación. Prohibió la fecundación *in vitro* por ser una técnica que expone a los embriones a un riesgo desproporcionado de muerte. Rechazó la idea de que esta pérdida sea comparable a la que ocurre en la naturaleza, ya que en la fecundación *in vitro* las manipulaciones son conscientes (CIDH, 2012, § 76).

Por su parte, la CIDH corrige esta interpretación, afirmando que “concepción” no es lo mismo que “fecundación”. Esta última implica la implantación del embrión en el útero, y sólo después de la implantación empieza a operar la protección del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)¹⁰. Además, enfatizó que, si bien se deben tomar medidas para proteger la vida prenatal, estas no pueden traducirse en la negación de otros derechos fundamentales, especialmente cuando afectan al núcleo de la vida privada y familiar (CIDH, 2012, § 310–313). Este giro tuvo un impacto decisivo: habilitó la legitimidad de las TRHA y colocó el acceso a ellas dentro del ámbito protegido por los derechos a la vida privada, a la salud y a fundar una familia.

5.2. Los tribunales argentinos frente al artículo 562 del CCCN

El artículo 562 del CCCN constituye el gran obstáculo normativo, que fija el parto como criterio determinante de la maternidad, desconociendo la voluntad procreacional. Numerosos tribunales han declarado la inconstitucionalidad de esta disposición, privilegiando el interés superior del niño y el consentimiento informado de las partes, y sosteniendo que, en casos de GS, la filiación deriva de la voluntad procreacional y no del mero hecho biológico del parto, y debe reconocerse como fuente autónoma de filiación.

10. Suscrita en San José de Costa Rica el 22/11/1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Aprobada en la Argentina por Ley 23054.

5.2.1. Primacía del interés superior del niño

En “H. M. y otros/ medidas precautorias” (Juzg. de Familia 7 de Lomas de Zamora, 2015), una pareja acudió a la justicia con el objeto de que se reconociera legalmente la filiación de una niña que estaba por nacer mediante la técnica de GS. La mujer solicitante presentaba una enfermedad congénita que le impedía llevar adelante un embarazo, motivo por el cual su hermana accedió voluntariamente a gestar el embrión conformado con los gametos de ambos comitentes.

La pareja solicitó la inscripción de la niña como hija de ambos comitentes –aportantes genéticos– y no como hija de la gestante, que no tenía voluntad de asumir la maternidad. El juez de familia hizo lugar a la petición y declaró la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del artículo 562 del CCCN, por entender que dicha norma no contempla adecuadamente los casos de GS, al atribuir la maternidad exclusivamente a quien da a luz, desconociendo la voluntad procreacional debidamente expresada mediante consentimiento informado. Se argumentó que tal disposición no resulta compatible con la CN ni con los tratados internacionales de derechos humanos, ya que imposibilita ejercer en plenitud derechos fundamentales como el derecho a formar una familia, a la igualdad, a la identidad y a no ser discriminado, especialmente en contextos de vulnerabilidad. Se remarcó que la filiación derivada de TRHA constituye una fuente autónoma y válida de filiación, en igualdad de condiciones y efectos que la filiación por naturaleza o por adopción, y se encuentra limitada a dos vínculos filiales como máximo. Esta forma de filiación constituye una garantía primaria del derecho a la voluntad procreacional. Asimismo, se enfatizó que el interés superior del niño debe ser el eje rector del análisis jurídico, y que respetar la voluntad procreacional de todos los intervinientes garantiza una filiación acorde con la *realidad afectiva, genética y volitiva*.

El fallo también reflexionó sobre una posible discriminación estructural: toda vez que el artículo 2634 del CCCN admite el reconocimiento de vínculos filiatorios establecidos en el extranjero, negar ese reconocimiento dentro del territorio nacional afecta en mayor medida a aquellas personas o parejas que no cuentan con los recursos económicos para realizar estos tratamientos fuera del país.

Por último, se señaló que la falta de regulación genera incertidumbre jurídica, sufrimiento emocional y obliga a iniciar procesos judiciales posteriores al nacimiento para regularizar una situación que podría evitarse si existiera un marco legal claro, instando a que el legislador regule esta práctica cuanto antes.

En “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento” (CNCiv. Sala H, 2018), el tribunal fundamentó su decisión en el artículo 558 del CCCN. La sentencia destacó que una inscripción basada exclusivamente en el hecho biológico del parto *tergiversaría la identidad del niño* vulnerando su derecho a conocer la verdad sobre su origen. Además, rechazó la adopción de integración como alternativa válida, al considerar que esta no extinguiría la responsabilidad parental de la mujer gestante y que tampoco ofrece el mismo grado de certeza ni plenitud en los derechos y deberes parentales que una inscripción directa basada en la voluntad procreacional.

No todos los tribunales, sin embargo, han acompañado esta línea.

5.2.2. Jurisprudencia restrictiva: prevalencia del carácter imperativo del artículo 562 y el orden público

En “F., R. R. c/ G. P., M. A.” (CNCiv. Sala K, 2020), la postura mayoritaria se inclinó por aplicar estrictamente el artículo 562, priorizando su *valor normativo, teniendo carácter imperativo* y formando parte del *orden público*, no pudiendo ser desplazada por acuerdos privados entre particulares, negando en consecuencia el emplazamiento filial solicitado. Si bien hubo disidencias que defendieron la interpretación evolutiva y la centralidad de la voluntad procreacional, la sentencia refleja la persistente inseguridad jurídica que rodea a la GS.

Se sostuvo que la GS onerosa no encuentra amparo en el ordenamiento, en consonancia con los términos del artículo 17 del CCCN, que excluye del comercio a los derechos sobre el cuerpo humano y solo admite su disposición cuando responde a un valor afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, conforme lo prevean las leyes especiales¹¹. Por último, expresó que la vía jurídica sugerida para quienes deseen asumir la parentalidad en estos casos es la adopción con control judicial (arts. 630 y ss., CCCN).

En el plano notarial, este tipo de resoluciones obligan a introducir en los acuerdos cláusulas específicas que adviertan sobre el control judicial posterior, recordando a las partes que la inscripción registral dependerá de la interpretación de cada magistrado. La escritura, entonces, no asegura por sí sola la filiación, pero sí constituye prueba plena del consentimiento otorgado, requisito indispensable para futuras acciones judiciales.

¹¹. Artículo 17, CCCN: “Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”.

5.3. Críticas y salvaguardas: desigualdad y autonomía

Otros pronunciamientos han subrayado los riesgos de explotación y desigualdad estructural en los acuerdos, especialmente cuando la gestante se encuentra en situación de vulnerabilidad. Allí, la justicia enfatizó que el consentimiento debe ser plenamente libre e informado, y que no puede ocultar condicionamientos económicos o presiones sociales (CNCiv. y Com. Fed. Sala I, 2022; Juzg. Fam. Córdoba, 2023).

En “W., B. - C., L. E. - R. T., D. S. s/ solicita homologación” (Juzg. Fam. Córdoba, 2023), la justicia rechazó la homologación de un acuerdo al considerar que la mujer gestante no prestó un consentimiento informado, libre, pleno ni autónomo, y que la práctica estuvo motivada principalmente por razones económicas, en un contexto de *alta vulnerabilidad socioeconómica*. Los fundamentos principales del fallo consideran que el consentimiento de la gestante estuvo afectado por multiplicidad de conflictos y problemas de índole socioeconómico que atraviesa, y observa en la técnica una forma de salir de ello. Su expresión en audiencia –“haré lo que digan ellos”– fue interpretada como signo de sumisión y falta de autonomía.

Asimismo, se destacó la *falta de lazos previos* entre la gestante y los comitentes (ni parentesco, ni amistad), y que la relación tenía un *carácter netamente contractual y comercial*, desprovisto de la vocación altruista que debería caracterizar esta práctica. El fallo remarcó una *profunda desigualdad* entre las condiciones sociales, culturales y económicas de la gestante respecto de los comitentes. Dicha asimetría fue entendida como incompatible con una práctica que requiere igualdad de condiciones y garantías mínimas para todas las partes. No se verificaron cuidados básicos en salud mental, ni existencia de obra social o asistencia psicológica para la gestante. Además, no se aportó un consentimiento informado adecuado respecto de los riesgos físicos, emocionales y legales involucrados en la técnica. Para el tribunal, lo planteado no constituía un verdadero proyecto parental conjunto ni solidario, sino una *prestación obligacional* basada en necesidad económica, lo que desvirtúa el sentido de la GS.

En este sentido, la escritura notarial debe prever instancias de asesoramiento, certificados médicos que acrediten la salud psíquica y física y la comprensión integral del acto por parte de la gestante. El control de legalidad ejercido por el notario se convierte así en un obstáculo contra posibles impugnaciones por lesión a la dignidad humana.

5.4. La Corte Suprema de Justicia en 2024

En un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) de fines del año 2024, la postura mayoritaria del máximo tribunal se inclinó por la literalidad del artículo 562, rechazando la inscripción de dos padres comitentes y reafirmando que la madre es la mujer que da a luz. La disidencia, sin embargo, sostuvo la necesidad de reconocer la voluntad procreacional y de armonizar el Código con los tratados internacionales de derechos humanos.

Una pareja casada, constituida por dos hombres, recurrieron a la técnica de GS. Una mujer, sin aportar material genético, gestó voluntariamente un embrión fecundado con gametos de uno de los comitentes. Una vez nacido, el niño fue inscripto como hijo de uno de los padres biológicos y de la mujer gestante, conforme al artículo 562 del CCCN. Los comitentes solicitaron judicialmente desplazar a la gestante del estado de madre y reconocer jurídicamente la copaternidad, inscribiendo al niño como hijo de ambos hombres. La gestante se allanó plenamente a la pretensión. Sin embargo, la Cámara Civil rechazó la demanda, y la CSJN confirmó ese rechazo por mayoría, con voto en disidencia del ministro Maqueda.

Los argumentos de la mayoría (ministros Lorenzetti, Rosatti y Rosenkrantz) giran en torno a la *aplicación estricta del artículo 562 del CCCN, sosteniendo que se trata de una norma de orden público*, siendo que los nacidos por TRHA son hijos de quien da a luz y de quien presta consentimiento previo, informado y libre, no modificable por contrato. Además, articulan que:

la circunstancia de que no se haya regulado la gestación por sustitución [...] no importa la existencia de un vacío legal ni la obligación estatal de reconocer un vínculo filiatorio de un modo diferente al previsto en el art. 562 del Cód. Civ. y Com., pues no cabe apartarse del principio primario de la sujeción de los jueces a la ley, ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por este. (CSJN, 2024, voto del ministro Rosenkrantz, § 14)

El voto mayoritario considera que la regulación específica sobre GS fue eliminada durante el debate legislativo del CCCN, lo que muestra que el legislador optó por no regularla todavía.

Por su parte, la postura disidente considera que no debe desconocerse la realidad socioafectiva y biológica del niño por atenerse a una literalidad legal que no contempla su situación. La ley debe interpretarse en armonía con los tratados de derechos humanos, el derecho a fundar una familia, el derecho a la identidad del niño y el principio de no discriminación deben prevalecer (CSJN, 2024, voto del ministro Maqueda, § 16 y 19).

Sin embargo, a pesar del reciente pronunciamiento de la CSJN, los primeros meses del año 2025 pusieron de relieve que su decisión no ha generado un lineamiento vinculante para los tribunales inferiores. Lejos de consolidar una doctrina uniforme, las resoluciones más recientes evidencian que la jurisprudencia continúa oscilando entre posturas garantistas y restrictivas.

En febrero de 2025, un tribunal de familia en la Provincia de Tucumán declaró la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCCN, autorizando la inscripción del niño directamente como hijo de los comitentes. El decisorio priorizó la voluntad procreacional (art. 558, CCCN) y subrayó la necesidad de tutelar los derechos de la mujer gestante mediante garantías efectivas: controles médicos y psicológicos, ausencia de coacción económica y respeto de su autonomía personal (Poder Judicial de Tucumán, 2025).

Sin embargo, en marzo de 2025 un juzgado en la Provincia de Santa Fe rechazó declarar inaplicable o inconstitucional el artículo 562 en el caso concreto, confirmando que quien da a luz es madre legalmente, incluso si ha manifestado que no pretende asumir esa condición, y enfatizando que correspondería al legislador regular expresamente la GS para habilitar un criterio distinto. Además, remarcó que

no resulta posible soslayar la doctrina de la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia en el sistema argentino o el principio del stare decisis, que manda a seguir lo ya decidido, salvo que se invoquen nuevas y fundadas razones a las consideradas por el Máximo Tribunal, que demuestren el error del precedente y la inconveniencia de mantener su aplicación en el caso concreto. (Juzg. Unip. Familia 9 de Rosario, 2025)

6. Derecho comparado

El derecho comparado revela una marcada heterogeneidad normativa, que permite agrupar a los Estados en tres grandes posturas: prohibitiva, permisiva restringida (altruista) y permisiva amplia (incluyendo la GS comercial).

Los países que prohíben la GS son Alemania, Chile, España, Japón, Francia, Finlandia, Suecia e Italia. Se posicionan bajo una concepción del orden público, centrado en la defensa de la dignidad humana. Francia, por ejemplo, prohíbe todo convenio de este tipo y lo castiga penalmente: "todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo" (Ley 94-653, art. 16-7 del Código Civil). Sin embargo, a partir de los fallos "Mennesson c. Francia" y "Labassee c. Francia" (TEDH, 2014a, 2014b),

el Estado francés se vio obligado a reconocer parcialmente filiaciones extranjeras, para no vulnerar derechos fundamentales. Se trata, por tanto, de un modelo que mantiene la prohibición interna, pero se ve matizado por exigencias convencionales europeas.

En línea similar, España establece que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio” y que “la filiación [...] será determinada por el parto” (Ley 14/2006, art. 10). El Tribunal Supremo de España reforzó esta prohibición al negar el reconocimiento de filiaciones constituidas en el extranjero por contratos de GS, por considerarlas contrarias al orden público español. No obstante, introdujo un matiz: en situaciones de hecho consolidadas, donde el niño se encuentra integrado en un núcleo familiar estable, puede admitirse su protección en resguardo del interés superior del menor, aunque sin alterar la nulidad del contrato (TSE, 2022).

Alemania y Suiza también imponen prohibiciones tajantes, con sanciones penales y rechazo a toda forma contractual. En Italia, la Ley 40/2004 prohíbe la GS, y la reforma aprobada en octubre de 2024 fue aún más lejos al sancionar penalmente a ciudadanos italianos que recurran a la GS en el extranjero, con penas de prisión y multas millonarias. De este modo, Italia reafirma una concepción estricta de orden público centrado en la indisponibilidad del cuerpo humano y en la prevención de cualquier forma de mercantilización de la gestación.

Por otro lado, los Estados que regulan la GS altruista priorizan un modelo que limita los riesgos de explotación, pero permite el ejercicio de la voluntad procreacional bajo condiciones estrictas. En Reino Unido y Canadá prohíben la GS comercial, pero permiten acuerdos altruistas supervisados, con sanciones penales para quienes promuevan la gestación como un negocio. Australia, Grecia, Israel, Uruguay y Brasil adoptan modelos similares, con requisitos médicos, lazos de parentesco, edad límite y ausencia de contraprestación lucrativa.

Otros países han adoptado un enfoque intermedio, permitiendo la GS en su modalidad altruista, bajo estrictas condiciones que buscan limitar riesgos de explotación. En el Reino Unido, la Surrogacy Arrangements Act prohíbe la intermediación comercial, pero admite acuerdos altruistas, supervisados por la autoridad judicial, con la posibilidad de que la filiación se reconozca a favor de los comitentes mediante una “*parental order*”. Canadá sigue una lógica similar: prohíbe la remuneración de la gestante, aunque permite el reembolso de gastos razonables (atención médica, transporte, pérdida de ingresos). En Australia, Grecia, Israel, Uruguay y algunos estados de Brasil, la GS altruista se encuentra regulada, pero condicionada a requisitos médicos,

lazos de parentesco, edad límite o número de procedimientos. Este modelo busca equilibrar la autonomía reproductiva con la prevención de abusos, poniendo el acento en el consentimiento informado y en la protección de la gestante (Laffite, 2021).

Un tercer grupo de países admite incluso la GS con compensación económica, bajo sistemas regulados. Ucrania constituye un caso emblemático: permite la GS comercial siempre que exista vínculo genético con al menos uno de los comitentes, y no prohíbe expresamente los pagos, lo que consolidó un verdadero mercado internacional.

Rusia e India también han permitido históricamente la GS comercial, aunque en este último país la ausencia de una legislación clara ha derivado en situaciones de explotación y en la necesidad de recientes restricciones (Agüero y Cascallares, 2024).

En Estados Unidos y México, la regulación es estatal: mientras jurisdicciones como California o Sinaloa permiten y regulan contratos de GS incluso comerciales, otros estados, como Arizona o Querétaro, los prohíben, generando un fenómeno de turismo reproductivo interno.

El análisis internacional evidencia que la GS no admite respuestas uniformes. Los sistemas prohibitivos priorizan el orden público y la dignidad humana, pero se ven tensionados por exigencias de derechos humanos y por la necesidad de dar respuesta a la realidad social. Los modelos altruistas buscan conjugar el respeto a la autonomía con el control de riesgos de explotación, mientras que los sistemas amplios ponen el acento en la libertad contractual, aunque enfrentan críticas por la mercantilización de la gestación.

Para el notariado argentino, esta diversidad ofrece enseñanzas valiosas. La práctica comparada demuestra que la ausencia de regulación no elimina la GS, sino que la desplaza hacia la clandestinidad o al extranjero, generando desigualdades y mayor vulnerabilidad. Frente a este escenario, el instrumento notarial puede y debe diseñarse como un marco de seguridad jurídica preventiva: asegurando que el consentimiento sea libre e informado, que la gestante no se encuentre en situación de explotación y que el interés superior del niño quede protegido desde su gestación hasta su inscripción registral.

7. Conclusiones

Argentina se ha abstenido de pronunciarse de manera expresa sobre la validez, la eventual prohibición y los parámetros de la GS. Ese silencio

normativo ha alimentado un intenso debate bioético, judicial y doctrinario. La jurisprudencia evidencia la incertidumbre: algunos tribunales han autorizado la GS, priorizando la voluntad procreacional por sobre el viejo aforismo romano "*mater semper certa est*"; otros, en cambio, se atienen a la literalidad de la ley e invocan la posible vulneración de derechos fundamentales y del orden público. A esta discusión se suma la reciente resolución de la jueza María de los Ángeles Pascual, de la Provincia de Córdoba, que declaró la situación de adoptabilidad de un bebé nacido mediante esta técnica (Unidad de Jueza 1 de Córdoba, 2025)¹².

Casos como este exigen prudencia, pero no deberían opacar el contexto más amplio en el que la GS se inserta, la discusión no puede cerrarse en el riesgo.

Hay, además, un dato estructural que no puede soslayarse: Argentina atraviesa una marcada caída demográfica. La tasa de natalidad se redujo casi a la mitad entre 2000 y 2023, y las proyecciones indican que para 2025 todas las jurisdicciones del país estarán por debajo del nivel de reemplazo generacional, estimado en 2,1 hijos por mujer (INDEC, 2025; Ministerio de Salud de la Nación, 2024). A esta caída se suma la postergación de la paternidad, lo que incrementa la incidencia de dificultades biológicas para concebir entre quienes deciden formar una familia más tarde. En este contexto, la GS constituye una herramienta más que puede contribuir, junto con el resto de las TRHA, a que la sociedad en su conjunto se beneficie de los avances científicos, favoreciendo el nacimiento de más niños en un escenario de retracción demográfica sostenida.

El punto clave no es impedir su uso, sino proteger a todas las partes involucradas y prevenir los delitos que pueden derivarse de su práctica descontrolada, desde el abandono de personas hasta la explotación reproductiva, tal como ocurre en cualquier otro ámbito de la vida social. Y eso se logra, como en toda materia sensible, con normas claras, mecanismos de prevención y sanciones disuasivas frente a los abusos, sin desconocer la realidad.

La realidad es tangible: la GS existe, el vacío legal no ha eliminado su práctica y, en consecuencia, seguirá existiendo. La experiencia económica muestra que allí donde hay prácticas sociales hay mercados y, como tales, deben ser regulados por el Estado, entendido en sus tres poderes, no desconocidos bajo una ceguera institucional que desatiende las demandas ciudadanas.

12. El bebé fue rechazado por la madre comitente de nacionalidad francesa y la gestante manifestó que no podía criarlo.

En este escenario, el notariado cumple un papel insoslayable. La escritura pública, lejos de ser un mero receptáculo de voluntades, es una herramienta de seguridad jurídica y de prevención de conflictos. Permite asegurar un consentimiento previo, libre e informado; verificar la capacidad de las partes; e incorporar cláusulas que eviten la cosificación, regulen compensaciones razonables y dejen constancia de asesoramiento previo y evaluaciones médicas y psicológicas. Su finalidad es que el instrumento no encubra explotación ni vulneraciones de derechos, sino que se inserte en una práctica controlada, transparente y jurídicamente válida, resguardando ante todo la dignidad y el interés superior del niño.

Los acuerdos deberán prever cláusulas específicas que adviertan sobre el eventual control judicial posterior, recordando que la inscripción registral dependerá de la interpretación de cada magistrado. La escritura no asegura por sí sola la filiación, pero sí constituye prueba plena del consentimiento, elemento indispensable para futuras acciones judiciales. Mientras no exista una ley específica, todo acuerdo notarial deberá contemplar expresamente la incertidumbre acerca de su eficacia registral. El escribano, en consecuencia, debe advertirlo a las partes y prever la intervención judicial como paso necesario para el reconocimiento filiatorio.

Hasta tanto el legislador salde la deuda de una regulación integral y clara, será la práctica notarial –en diálogo constante con la jurisprudencia más reciente– la que trace los márgenes de lo posible y lo válido.

En ese marco, la tarea verdaderamente impostergable es trazar parámetros de contención que hagan posible el uso responsable de la biotecnología preservando, sin concesiones, la dignidad y la identidad de la persona.

8. Bibliografía

- AGÜERO, Norberto O. y CASCALLARES, Jonathan A. (2024). Gestación por sustitución: la voluntad procreacional como fuente filial. *Revista Derecho de Familia*, (114). 117-129. [AR/DOC/579/2024].
- BINETTI, L. (2023). La gestación por sustitución: controversias jurídicas y bioéticas. *Revista Jurídica de Derecho Privado*, 31(2), 45-68.
- HANS, Jonas. (1995). *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Herder.
- HERRERA, Marisa, KEMELMAJER, Aída y LAMM, Eleonora. (2013, 11/07). Gestación por sustitución en Argentina: inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional. *La Ley*, (t. 2013-D). 195-206. [AR/DOC/2573/2013].
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS [INDEC]. (2025, 20/11). Dossier estadístico de niñas, niños y adolescentes. INDEC. https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/poblacion/dossier_nnya_11_25.pdf

- LAFFITTE, Sofía. (2021). Gestación por sustitución: la necesaria regulación con enfoque de derechos. *Revista Código Civil y Comercial*, (6). 61-73. [AR/DOC/1668/2021].
- MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN. (2024). Natalidad y mortalidad. Argentina. Año 2023: síntesis estadística. Dirección de Estadísticas e Información en Salud (DEIS), Serie 5, Nº 67. <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/31-10-sintesis-estadistica2023.pdf>
- MUZIO, Florencia M. (2024, 15/08). Gestación por sustitución: pedido de homologación de ¿acuerdo de voluntades? y autorización para la realización de la práctica. *Microjuris.com* (MJ-DOC-17883-AR; MJD17883). <https://aldiaargentina.microjuris.com/2024/08/15/doctrina-gestacion-por-sustitucion-pedido-de-homologacion-de-acuerdo-de-voluntades-y-autorizacion-para-la-realizacion-de-la-practica/>
- NOTRICA, Federico. (2018). Los débiles argumentos contrarios a la gestación por sustitución. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 15(48). 245-265. <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5289>
- PRESIDENCIA DE LA NACIÓN. (2012). *Proyecto de código civil y comercial de la Nación: mensaje del Poder Ejecutivo Nacional Nº 884/2012*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación-Infojus. <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1522>
- PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN. (2025, 12/02). La Justicia dispuso que un matrimonio pueda tener un bebé a partir de la gestación subrogada. *Poder Judicial de Tucumán*. <https://www.justucuman.gov.ar/direccion-comunicacion/noticia/fuero-de-familia-la-justicia-dispuso-que-un-matrimonio-pueda-tener-un-bebe-a-partir-de-la-gestacion-subrogada>
- YUBA, Gabriela. (2020, noviembre). Gestación por sustitución: una deuda pendiente. Enfoque desde el diálogo de fuentes. Erreius, <https://www.justierradelfuego.gov.ar/wp-content/uploads/2020/11/COMENTARIO-gestacion-sustitucion-DIALOGO-FUENTES.-Yuba.pdf>
- ZALAZAR, Claudia E. (2024). La legislación sobre la gestación por sustitución en Argentina: una deuda pendiente de regulación frente a derechos de distintos vulnerables. *Revista Derecho y Salud*, 8(9). 17-25. [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)01](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)01)
- ZANNONI, Eduardo A. (2006). *Derecho de familia* (t. 2, 2ª ed.). Astrea.

Lecturas recomendadas:

- CAPPARELLI, Julio C. (2023). El contrato de gestación por sustitución. *La Ley Online*, AR/DOC/1671/2023.
- GIOVIO, Eleonora. (2024, 07/11). Cada vez hay más madres por ovodonación: ¿cómo es este proceso y cómo les afecta? *El País*. <https://elpais.com/sociedad/2024-11-07/madres-por-ovodonacion-dudas-culpa-tabus-y-duelo-genetico.html>
- HOLZER, María J. (2019). La gestación por sustitución en Argentina [trabajo de investigación]. Universidad Siglo 21. <https://repositorio.21.edu.ar/server/api/core/bitstreams/f84fead2-a92f-4560-b49a-ad08656f9387/content>
- LAFFERRIÈRE, Jorge N. (2012). Algunas normas sobre bioética. En J. N. Laferrière (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo código civil y comercial 2012* (pp. 117-126). El Derecho-Universidad Católica Argentina. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2866/1/algunas-normas-sobre-bioetica-lafferriere.pdf>
- MARRAMA, Silvia. (2022, 10/05). Contratos de maternidad subrogada: la justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos. *La Ley*. 5-8 [AR/DOC/1514/2022]. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/13941>
- MOUZO, Jessica. (2024, 04/07). Cuando la cigüeña viene del laboratorio: anatomía de la ciencia que alumbró los primeros bebés probeta. *El País*. <https://elpais.com/salud-y-bienestar/2024-07-04/cuando-la-ciguena-viene-del-laboratorio-anatomia-de-la-ciencia-que-alumbro-los-primeros-bebes-probeta.html>

- REPRODUCCIÓN ASISTIDA ORG. (s.f.). ¿Qué es la gestación subrogada? – Definición, tipos e indicaciones. *Reproducción Asistida ORG*. <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada>
- TEITELBAUM, Horacio. (2014). Gestación por sustitución. *Revista Notarial*, (978). 849-862.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. (2023, 04/04). 1 in 6 people globally affected by infertility. *World Health Organization*. <https://www.who.int/news/item/04-04-2023-1-in-6-people-globally-affected-by-infertility>

Jurisprudencia:

- CSJN. (05/03/2022). “Portal de Belén – Asociación Civil sin fines de lucro c/ Ministerio de Salud de la Nación s/ amparo”. *Fallos*, 325:292. (en SAIJ: <https://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-portal-belen-asociacion-civil-sin-fines-lucro-ministerio-salud-accion-social-nacion-amparo-fa02000003-2002-03-05/123456789-300-0002-0ots-eupmocsollaf>)
- Cám. Nac. Civ. y Com. Fed. Sala I. (22/03/2022b). “S., E. R. y otro c/ Dirección de Obra Social Servicio Penitenciario Federal s/ amparo de salud”. *La Ley Online*, AR/JUR/32428/2022.
- Cám. Nac. Civ. y Com. Fed. Sala I. (23/03/2022a). “S. M. D. y otros c/ A., S. S. s/ inscripción de nacimiento”. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/13941>
- CNCiv. Sala H. (15/03/2018). “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”. *La Ley Online*, AR/JUR/5414/2018.
- CNCiv. Sala K. (28/10/2020). “F., R. R. y otro c/ G. P., M. A. s/ impugnación de filiación”. *La Ley Online*, AR/JUR/54740/2020.
- Corte Interam. DD. HH. (28/11/2012). “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica” serie C Nº 257. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- CSJN. (22/10/2024). “S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación”. *Fallos*, 347:1527 [AR/JUR/159004/2024].
- Juzg. Civ. de Personas y Familia de 5ª Nom. de Salta. (20/05/2024). “F., A. E.; D., O. L.; P., Y. B. s/ autorización judicial”. *Poder Judicial de Salta*, <https://www.justiciasalta.gov.ar/es/prensa-detalle/autorizan-una-gestacion-por-subrogacion>
- Juzg. de Familia de 1ª Nom. de Córdoba. (07/06/2023). “W., B. - C., L. E. - R. T., D. S. s/ solicita homologación (Ley 10305)”. *La Ley Online*, AR/JUR/105288/2023.
- Juzg. de Familia 5ª Nom. de Córdoba. (15/08/2024). “D. C., E. H y otros - autorizaciones” expte Nº 11679090. *Microjuris Argentina al Día*, <https://aldiaargentina.microjuris.com/2024/08/15/doctrina-gestacion-por-sustitucion-pedido-de-homologacion-de-acuerdo-de-voluntades-y-autorizacion-para-la-realizacion-de-la-practica/>
- Juzg. de Familia Nº 7 de Lomas de Zamora. (30/12/2015). “H. M. y otros/ medidas precautorias - art. 232 CPCC”. *La Ley Online*, AR/JUR/78614/2015.
- Juzg. de Familia de 10ª Nom. de Tucumán. (s.f.). [no se publican los autos]. <https://www.justucuman.gov.ar/direccion-comunicacion/noticia/fuero-de-familia-la-justicia-dispuso-que-un-matrimonio-pueda-tener-un-bebe-a-partir-de-la-gestacion-subrogada>
- Juzg. Nac. Civil Nº 102. (18/05/2015). “C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/ impugnación de maternidad”. *La Ley Online*, AR/JUR/12711/2015.
- Juzg. de Familia Nº 8 de La Plata. (27/04/2020). “D., J. E. y otro/a s/ Autorización judicial”. <https://www.justierradelfuego.gov.ar/wp-content/uploads/2020/11/COMENTARIO-gestacion-sustitucion-DIALOGO-FUENTES.-Yuba.pdf>
- Juzg. Unip. de Familia Nº 9 de Rosario. (07/03/2025). “F., M. R. M. y otros s/ medida autosatisfactiva”. *Colectivo Derecho Familia*. https://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2025/05/Juzgado-Unipersonal-de-Familia-N%C2%B0-9-de-Rosario-07_03_2025.pdf

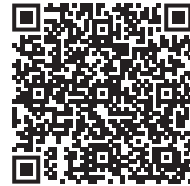
- Trib. Eur. DD. HH. (26/06/2014a). "Mennesson v. France" caso N° 65192/11. *Hudoc - European Court of Human Rights*. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179>
- Trib. Eur. DD. HH. (26/06/2014b). "Labassee v. France" caso N° 65941/11. *Hudoc - European Court of Human Rights*. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180>.
- Trib. Sup. de España Sala de lo Civil en pleno [TSE]. [Sentencia N° 277/2022. ECLI:ES:TS:2022:1153]. Centro de Documentación Judicial del Poder Judicial español, ROJ STS 1153/2022; *vLex España*, : <https://vlex.es/vid/899711887>.
- Unidad de Jueza N° 1 del Trib. de Gestión Asociada de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de Córdoba. (22/07/2025). "M., B. L. - control de legalidad (Ley 9944 - art. 56)". Sentencia N° 7. Disponible en: <http://fallos.diprargentina.com/2025/09/m-b-l-s-control-de-legalidad.html>

Blockchain al banco

La seguridad jurídica marca el límite

Daniela M. Celentano*

VER FALLO



RESUMEN

Se analiza el pronunciamiento de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en autos “Garantizar SGR c/ Medsurgical Argentina SA y otros s/ ejecutivo” (expte. 17874/2025), cuyo eje radica en determinar si un documento firmado electrónicamente –a través de la plataforma Signatura Connect– y presentado como prueba en el proceso habilita la vía ejecutiva directamente o, por el contrario, si resulta necesario prepararla. El análisis del fallo profundiza en las diferencias entre la firma electrónica y la firma digital; menciona diferentes corrientes jurisprudenciales vinculadas; plantea los efectos eventuales que hubiera traído la certificación notarial de las firmas en el caso en cuestión; y aborda la idea de la existencia de un puente notarial como nexo entre las personas y las tecnologías a los fines de garantizar la seguridad jurídica en el entorno digital.

PALABRAS CLAVE

Firma digital; firma electrónica; vía ejecutiva; seguridad jurídica; puente notarial.

Sumario: 1. Los hechos. 2. Firma electrónica vs. firma digital: qué indica la jurisprudencia. 3. Implicaciones de la intervención notarial en materia de economía procesal y seguridad jurídica. 4. Bibliografía.

1. Los hechos

Recientemente, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos caratulados “Garantizar SGR c/ Medsurgical Argentina SA y otros s/ ejecutivo” (expediente 17874/2025), se pronunció acerca de la firma electrónica y su aptitud para habilitar la vía ejecutiva.

*Escribana (CABA, mat. 5733) y abogada con orientación notarial y registral (UBA). Especialización en derecho informático en curso (UBA). Diplomada en smart contracts y economía digital (UBA y U. de Salamanca). Codirectora de la *Revista Jurídica-Notarial* (IJ Editores). Vicepresidenta de la Com. Innovación y Tecnologías del CECBA.



La actora (Garantizar SGR) promovió juicio ejecutivo contra Medsurgical Argentina SA y otros, donde reclama una suma de dinero que pagó al Banco BBVA Argentina SA en su carácter de fiadora de las obligaciones asumidas ante la entidad financiera por la demandada. Como prueba, la actora presenta el contrato de garantía recíproca con el que sustenta la demanda, documento suscripto con la firma electrónica a través de la plataforma Signatura Connect. Esto planteó, desde el inicio, un desafío procesal significativo para la parte actora.

Como era de preverse, el juez de grado ordenó preparar la vía ejecutiva, conforme al artículo 526 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), citando a los codemandados para el reconocimiento de las firmas. Ante esto, la actora interpuso recurso de apelación, argumentando que no correspondía preparar la vía sino proceder directamente con la ejecución, dada la normativa especial de las sociedades de garantía recíproca (SGR) y la naturaleza de la firma utilizada. Concretamente, conforme expuso la actora, el documento fue suscripto a través de Signatura Connect,

“una plataforma que permite aplicar firma electrónica avanzada (o compleja) con la emisión de un certificado, utilizando la tecnología blockchain”, mecanismo que, afirmó, “...demostrar(ba) la autoría de la firma inserta en el documento, a través de un proceso de validación de identidad que usa los datos de AFIP (clave fiscal - esta opción fue la elegida por GTZ), la integridad del mismo y fecha cierta”.

La Cámara analizó la normativa del CPCCN, la Ley de Firma Digital y la normativa específica de las SGR, y determinó:

Dicho instrumento [el contrato de garantía recíproca] constituiría un documento privado cuya presunta firma electrónica, si bien escindida del cuerpo del documento que dicen suscribir y desmaterializada, resulta potencialmente susceptible de ser reconocida judicialmente, por lo que en tales condiciones, dentro de esta etapa inicial del proceso y sin perjuicio de las defensas que pudieran eventualmente oponer la accionada, esta Sala estima procedente adecuar el procedimiento a seguir en autos a las nuevas tecnologías que lucen pactadas y aceptadas entre las partes, al amparo de la normativa que se invoca y ordenar la preparación de la vía ejecutiva en los términos de los arts. 525, 526 y ss. CPCCN.

La Sala resolvió desestimar el recurso interpuesto por la actora y confirmar la decisión del juez de grado, manteniendo la orden de citar a los codemandados para que reconozcan las firmas electrónicas, antes de continuar con la ejecución.

2. Firma electrónica vs. firma digital: qué indica la jurisprudencia

El eje de la cuestión radica en si el documento suscripto electrónicamente habilita la vía ejecutiva, o bien, si es necesario preparar la vía. El hecho de que se haya utilizado una plataforma con anclaje con *blockchain* no convierte al documento suscripto con firma electrónica en un título ejecutivo; por ende, el análisis es el mismo.

En su análisis, el tribunal distingue la firma digital de la firma electrónica, receptando las definiciones que surgen de la Ley de Firma Digital 25506¹. Ambas figuras están reguladas por la Ley 25506. La firma digital está definida en su artículo 2:

Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la Autoridad de Aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes.

Por su parte, la firma electrónica fue receptada de forma residual en su artículo 5:

Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

Esta cuestión se viene debatiendo desde antiguo y hoy se reitera. El problema radica en que, al momento de configurar un negocio, se debe considerar tanto la seguridad informática como la seguridad jurídica. Sin embargo, en reiteradas ocasiones, esta última se ve relegada, o bien, se pretende suplir la carencia de un adecuado marco jurídico con herramientas informáticas.

La jurisprudencia con un criterio similar en favor de la preparación de la vía ejecutiva, revocando la resolución recurrida por medio de la cual se dispuso que las actuaciones tramitaran por las normas del proceso sumario, ha sostenido:

1. Sancionada el 14/11/2001. Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 14/12/2001.

No puede perderse de vista que, como ya hace un tiempo ha dicho este Tribunal, las nuevas tecnologías han generado en forma disruptiva nuevos paradigmas, tendencias y cambios a los que la justicia y sus operadores deben adaptarse; que los novedosos métodos de adquisición de créditos que vienen imponiéndose en la sociedad nos obligan a adoptar una mirada abarcadora de las distintas realidades que puedan presentarse, en tanto es elocuente que tales cambios inciden e incidirán sobremanera en el desenvolvimiento de las operaciones civiles y comerciales de todos los órdenes, desde las más complejas hasta las más sencillas y cotidianas de consumo masivo [...] Se trata de la consagración de la tesis amplia en la interpretación de los conceptos sobre firmas en instrumentos electrónicos, que impone un análisis desde lo dispuesto por el art. 319 del CCyC cuando establece que el valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y lo narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen. (Cám. Civ. y Com. de Lomas de Zamora Sala I, 2025)

Esta corriente citada se orienta hacia una postura, a nuestro criterio, más acorde a la realidad actual. De acuerdo con ésta, se acepta la firma electrónica; sin embargo, es necesaria la preparación de la vía ejecutiva debido a que no están dadas las condiciones para que el instrumento suscripto con firma electrónica esté encausado en alguno de los títulos ejecutivos que enumera el artículo 523 (CPCCN). Si bien ésta es la postura mayoritaria, existe alguna jurisprudencia que, aún, se inclina en contra, habiéndose tenido por no presentado un escrito judicial suscripto mediante *signature pad* o *ipad pencil*:

Los escritos judiciales deben ser suscriptos previamente de manera ológrafa por el patrocinado y luego deben ser escaneados y presentados electrónicamente a través del Portal de Gestión de causas con usuario y contraseña del abogado inscripto en la matrícula, es decir, con firma electrónica [...] la presentación realizada con patrocinio letrado solo admite la firma electrónica del abogado mas no así la de su patrocinado, que necesariamente requiere la firma ológrafa de puño y letra del patrocinado en el soporte físico [...] la falta de firma del patrocinado convierte al acto en inexistente e insusceptible de ratificación, convalidación o confirmación posterior. (CNCom. Sala B, 2025)

A mi entender, esta última postura jurisprudencial, mucho más restrictiva, se aleja de la actual realidad y de lo prescripto por la normativa vigente – desde hace ya veinticinco años– en materia de firma electrónica, citada *ut supra*. La firma electrónica tiene reconocimiento normativo; no obstante, en caso de ser desconocida por su titular, quien la invoca deberá acreditar

su validez al no contar con la presunción del artículo séptimo de la citada norma.

Cabe aquí hacer un paréntesis: aunque toda la jurisprudencia relacionada suele tratar la firma realizada sobre un dispositivo electrónico –que permita la captura de esta– puesta por la mano de su autor como una modalidad de firma electrónica², adherimos a la postura que asegura es una firma ológrafa (JNA, 2023)³ independientemente del soporte utilizado. Aun así, esta requerirá estar certificada notarialmente si se pretende cumplir con la exigencia del artículo 523 del CPCCN.

Por otra parte, la firma electrónica no invierte la carga probatoria –como sí lo hace la firma digital–. Por ello, si es desconocida, se deberá evaluar, en cada caso, qué soporte se utilizó, cuál ha sido el método de identificación y autenticación de identidad del firmante, la seguridad informática y jurídica de la que gozó el proceso de firma, la trazabilidad, la inalterabilidad del documento, entre otras cuestiones. Ergo, se necesitará la intervención de peritos que realicen informes técnicos acerca de las cualidades del soporte utilizado y del proceso de firma. Además, en el caso de utilizarse una firma ológrafa digitalizada –aquella realizada en un pad por la mano de su autor–, se podrán peritar los datos biométricos conductuales que aporta la firma (presión, inclinación, aceleración, velocidad, acimut, etc. [Organización Internacional de Normalización - ISO], 2021, pp. 5-8) y que fueron capturados por el dispositivo utilizado. Todo ello, si la firma fuere desconocida, deberá evacuarse en un proceso de conocimiento pleno, dado que este goza de mayor amplitud probatoria, a diferencia del proceso ejecutivo.

En este mismo orden de ideas, en el fallo que aquí se analiza, si bien el tribunal ordenó la preparación de la vía, también señaló que, si los codemandados desconociesen los términos del documento “dada la estrechez cognoscitiva del proceso ejecutivo y el hecho de no estar prevista dicha contingencia por la ley ritual vigente”, las partes deberían acudir a un proceso de conocimiento pleno con mayor amplitud probatoria. Es decir: como sería necesario un peritaje –en este caso, informático–, y esto rompe con la secuencia natural del proceso ejecutivo, deberá optarse por un proceso de conocimiento pleno.

Ahora bien, la necesidad de acudir a un proceso de conocimiento implica una demora considerable, incluso al momento de la ejecución de lo acordado. Entonces, ¿hasta qué punto es conveniente firmar electrónicamente sin

2. Por ello se la ha referido de esa manera aquí.

3. El despacho de mayoría en la 34 Jornada Notarial Argentina (Mar del Plata, 2023) se manifestó en el sentido de que “la firma ológrafa en soporte digital es firma ológrafa” (JNA, 2023, p. 3).

certificación notarial, si vemos que puede traer aparejadas todas estas demoras *a posteriori*?

En un caso similar, con la misma parte actora (Garantizar SGR), el tribunal se inclinó por la postura contraria, admitiendo la vía ejecutiva, sin preparación previa:

Siendo que los instrumentos base de esta acción han sido celebrados con las formalidades autorizadas por la reglamentación y por la ley que regula la actividad le reconoce la calidad de título ejecutivo (art. 70 de la ley 24467 y art. 523 inc. 7 CPCC), no hay razón para no acceder a la intimación de pago en el modo pretendido. (CNCom. Sala E, 2025)

En este último caso, el juez de primera instancia había ordenado la preparación de la vía ejecutiva. Ante ello, la actora promovió el recurso de apelación contra la decisión del *a quo*; la Cámara admitió el recurso y revocó la decisión apelada admitiendo la calidad de título ejecutivo del instrumento suscripto con firma electrónica, debido a la normativa específica de las SGR. En el fallo que aquí analizamos, no tuvo la misma suerte Garantizar SGR y tanto el juez de primera instancia como la Cámara se inclinaron por lo prescripto por la normativa general del CPCCN y la Ley de Firma Digital.

Ahora bien, en ambos supuestos –es decir, tanto en la utilización de firma electrónica, como en la de firma digital– la sola firma del individuo no acredita que este goce de discernimiento, ni que tenga legitimación para otorgar el acto en cuestión. La firma digital, además, es escindible del sujeto firmante, una cuestión no menor. En cambio, la firma ológrafa (digitalizada o no) no puede ser prestada, robada o perdida. Por ende, en todos los casos, la certificación notarial de las firmas de las partes es siempre la opción más completa y adecuada para garantizar la seguridad jurídica de todo el proceso de firma y de los derechos de los contratantes. Además, ciertamente, es lo exigido por el CPCCN para que el título traiga aparejada la ejecución.

3. Implicaciones de la intervención notarial en materia de economía procesal y seguridad jurídica

Hace ya varios años que el notariado porteño –al que, gradualmente, se le añaden otras demarcaciones– cuenta con las herramientas necesarias para certificar firmas ológrafas puestas en documentos electrónicos, ya sea de forma presencial o a distancia⁴. Un procedimiento sencillo y seguro

4. En el año 2021 el notariado porteño incorporó el SDF, un sistema digital de firmas que permite: 1) certificar firmas ológrafas digitalizadas a distancia en documentos electrónicos; 2) certificar

–a nivel jurídico e informático–. Las certificaciones notariales de firmas en documentos electrónicos son un servicio disponible actualmente y al alcance de quien lo requiera a los fines de poder dar cumplimiento con lo establecido por la norma.

En virtud de ello, el documento electrónico presentado como prueba en el caso podría perfectamente haber estado suscripto por las partes con certificación notarial de firmas (y a distancia, si así lo deseaban). Esto es, precisamente, lo que habría sido necesario para que el documento presentado como prueba resultara suficiente *per se*, sin la necesidad de preparar la vía ejecutiva, a los fines de dar cumplimiento con lo establecido por el artículo 523 (CPCCN). La falta de certificación notarial implicó que el documento suscripto deba ser reconocido judicialmente antes de su ejecución, tal como lo ordenó el juez de grado y ratificó la Cámara.

En el contexto actual de inmediatez, propia del entorno digital, la celeridad no debe confundirse con la precariedad; la verdadera celeridad jurídica es la que optimiza tiempos en materia de economía procesal.

En definitiva, el error aquí no estuvo en la utilización de la tecnología *blockchain*; por el contrario, los documentos notariales digitales también tienen anclaje en *blockchain*.⁵ El error fue la ausencia de un puente notarial que conecte esa seguridad informática con la seguridad jurídica (para un desarrollo de este concepto, ver Celentano, 2023).

¿Qué implica la existencia de un *puente notarial*? La función notarial como tal es una función pública, es decir, existe una delegación de autoridad por parte del Estado con el fin de satisfacer necesidades humanas. Esa delegación se materializa a través de los registros notariales asignados a los notarios, quienes se constituyen en custodios de los mismos. Por ende, la función notarial implica una función social *per se*.

Esta función ha ido mutando a lo largo del tiempo: han mutado los servicios que se prestan; existen servicios que hoy son requeridos, pero que antes eran impensables, como los vinculados a las tecnologías (v. g., actas

firmas ológrafas digitalizadas en documentos electrónicos con presencia física ante el notario; 3) certificar firmas a través de un libro de requerimientos digital, en este último caso el instrumento privado se encuentra en formato papel y las firmas a certificar se estampan ciertamente sobre el papel, siendo digital únicamente el acta de requerimiento del libro de requerimientos. En los casos 1) y 2) la persona estampa su firma en un documento electrónico (instrumento privado cuyas firmas se pretenden certificar) ante el escribano, ya sea con presencia física o mediante una videoconferencia con el escribano; todo el proceso se realiza en una plataforma del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. En la Provincia de Buenos Aires, desde el año 2024, existe también una plataforma de actuación notarial a distancia (PAND), que permite certificar firmas ológrafas digitalizadas a distancia en documentos electrónicos por videoconferencia.

5. Los documentos notariales digitales expedidos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen anclaje en la *Blockchain Federal Argentina*.

de sitios web, redes sociales, o servicios de oráculos en *smart contracts*); han mutado los diferentes roles que cumplimos y los deberes que se nos han asignado, como el vinculado a la prevención de lavado de activos; también han mutado las herramientas que se utilizan para prestar esos servicios, así como los entornos en los que trabajamos: hoy convivimos con entornos híbridos, es decir, en muchas ocasiones todavía actuamos en papel, pero, en otras, ya se ha mutado a lo digital por completo con documentos nativos digitales.

En este sentido, al notariado –en su carácter de garante de la seguridad jurídica– se le presenta continuamente el desafío de proporcionar herramientas que permitan a las personas desenvolverse de forma segura en los entornos digitales, los cuales se encuentran en constante cambio.

En definitiva, contar con ese puente notarial implica tener un nexo entre las personas y las tecnologías para garantizar que, además de la seguridad informática, también estén resguardados la seguridad jurídica y los derechos de las personas al interactuar en los entornos digitales. La clave es: seguridad informática más seguridad jurídica. De lo contrario, ¿cómo podríamos saber si la persona que se encuentra detrás de un dispositivo tiene discernimiento, si se encuentra en un estado de vulnerabilidad, si comprende aquello a lo que se compromete, si está legitimada para otorgar el acto en cuestión?

Regresemos al fallo que aquí nos convoca: la exigencia normativa de la certificación notarial para contar con un título ejecutivo está encausada, precisamente, en todo esto. Ergo, la certificación notarial, tanto en los documentos papel, como en los documentos electrónicos, no debe entenderse como un obstáculo a la celeridad del tráfico, sino como el puente indispensable entre la seguridad informática y su correlato con la seguridad jurídica.

4. Bibliografía

- 34 JORNADA NOTARIAL ARGENTINA [JNA]. (2023). *Conclusiones de la comisión tema II: el documento público digital y digitalización de los registros de bienes y de personas humanas y jurídicas* [despacho de jornada]. Consejo Federal del Notariado Argentino, Mar del Plata, Argentina. https://www.colescba.org.ar/portal/wp-content/uploads/2023/05/34JNA_DESPACHO-tema-II.pdf
- CELENTANO, Daniela M. (2023). El notariado y la vulnerabilidad digital, ¿puente o cornisa? En R. Burgueño (dir.), *Innovación e inclusión digital; enfoque jurídico notarial: una mirada disruptiva* (pp. 105-133). Di Lalla.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE NORMALIZACIÓN. (2021). *ISO/IEC 19794-7:2021: tecnología de la información, formatos de intercambio de datos biométricos: parte 7 datos de series temporales de firma*. <https://www.iso.org/obp/ui/es/#iso:std:iso-iec:19794:-7:ed-3:v1:en>

Lecturas recomendadas:

- DEL RÍO, Mariela P., GISSARA, Karina y LUKASZEWICZ, Sonia. (2023). *Las tecnologías como herramientas al servicio del notariado* [ponencia presentada en congreso]. 34 Jornada Notarial Argentina, Mar del Plata, Argentina. Consejo Federal del Notariado Argentino.
- JARA, Miguel L. (2025, 09/05). *Dilemas en torno a la firma electrónica*. Errepar. <https://documento.errepar.com/actualidad/dilemas-en-torno-a-la-firma-electronica-20250509170427680>
- LAMBER, Néstor D. (2021). Documento digital. Certificación notarial de firmas electrónicas (no digitales). *Cuaderno de Apuntes Notariales*, XVII(200). 21-30.

Jurisprudencia:

- Cám. Civ. y Com. de Lomas de Zamora Sala I. (11/03/2025). "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ C. R. A. s/ cobro ejecutivo" (*Mesa de Entradas Virtual de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*, <https://mev.scba.gov.ar/login.asp>).
- CNCom. Sala A. (15/12/2025). "Garantizar SGR c/ Medsurgical Argentina SA y otros s/ Ejecutivo" expte. 17874/2025 (*Sistema de Consulta Web del Poder Judicial de la Nación*, <https://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam>).
- CNCom. Sala B. (17/03/2025). "Gambarin, Nicolás Gastón c/ United Airlines Inc. y otro s/ sumarísimo" (*Sistema de Consulta Web del Poder Judicial de la Nación*, <https://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam>).
- CNCom. Sala E. (03/07/2025). "Garantizar SGR c/ Onda Pets SA s/ ejecutivo" expte. 1383/2025 (*Sistema de Consulta Web del Poder Judicial de la Nación*, <https://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam>).

Reflexiones sobre las condiciones de validez formal de testamentos otorgados en el país ante consulados extranjeros

VER FALLO



María Elsa Uzal*

RESUMEN

Se analiza el fallo dictado en la causa “Cortés Carpintero José s/ sucesión testamentaria” (CNCiv., Sala A, 2025), relativo a la validez formal de un testamento otorgado por un ciudadano español domiciliado en Argentina ante el Consulado General de España en Buenos Aires. Se afirma que un testamento otorgado por un nacional español ante el Consulado no es un testamento hecho en territorio argentino a los fines de determinar su forma, aunque físicamente se haya otorgado en Buenos Aires. Considera que la actuación consular se desarrolla dentro de un ámbito de “extraterritorialidad funcional”, derivado de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que permite al cónsul ejercer funciones notariales conforme al derecho del Estado que envía, con validez para ese Estado. En consecuencia, no corresponde aplicar las formas argentinas previstas en el art. 3634 CC para los testamentos otorgados en la República (regla *locus regit actum*) que no contemplan el supuesto excepcional de un testamento otorgado ante un consulado extranjero en el país. Por ello, no cabe la exigencia de las solemnidades previstas para el testamento por acto público argentino. Sin embargo, se sostiene que ese testamento puede ser examinado como un testamento otorgado en el extranjero y que, desde ese punto de vista, el testamento resulta válido. El fundamento es que, una vez calificado el acto como otorgado “en el extranjero”, a efectos conflictuales resulta aplicable el art. 3638 CC, que favorece la validez del testamento mediante conexiones alternativas (*favor testamentii*). Esa norma permite reconocer eficacia a un testamento otorgado conforme a la ley de la nacionalidad del testador. Como el causante era español y testó ante un cónsul español, corresponderá aplicar el derecho español –el Código Civil español y la legislación gallega autorizan el otorgamiento del testamento consular abierto, sin testigos; formas que el instrumento cumplía plenamente–.

* 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.



Se propone una recalificación conflictual del acto. Aunque el testamento fue materialmente otorgado en Buenos Aires, debería ser tratado como un testamento extranjero si se lo invoca así, exclusivamente, a los fines de determinar la ley aplicable a su forma, dada la naturaleza de la función consular y el régimen de la Convención de Viena, sin perjuicio de que la sucesión continúa rigiéndose por el derecho argentino.

PALABRAS CLAVE

Sucesión testamentaria internacional; testamento consular; forma testamentaria; extraterritorialidad funcional; derecho internacional privado; Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; *favor testamentii*; *locus regit actum*; recalificación conflictual; función notarial consular.

Sumario: 1. Introducción. 2. El caso. 2.1. El recurso y el dictamen del fiscal de Cámara. 2.2. La sentencia de Cámara. 3. Análisis de la sentencia. Diversas cuestiones para considerar. 3.1. La validez del testamento. 3.2. Validez formal del testamento: ley aplicable y distinciones. 3.3. Las oficinas consulares. El testamento otorgado en el Consulado argentino como forma argentina extraordinaria para testar. Encuadre indebido de la sentencia de primera instancia. 3.4. ¿Contempla nuestro derecho la posibilidad de un testamento otorgado en nuestro país ante un consulado extranjero? En el presente caso, ¿era aplicable el artículo 3634 CC al testamento consular? 3.5. El derecho aplicable al caso según el fallo de Cámara. 3.6. Perspectiva del derecho aplicable al caso. 4. El derecho aplicable a la validez formal del testamento en el caso bajo examen. 4.1. Si el testamento otorgado en un consulado extranjero en el país es un instrumento otorgado en el extranjero, ¿qué derecho se aplica? 4.2. La cuestión del derecho extranjero aplicable y su prueba. 5. Consideraciones finales: validez sustancial del testamento. 6. Corolario. 7. Bibliografía.

1. Introducción

El caso “Cortés Carpintero, José s/ sucesión testamentaria” (CNCiv. Sala A, 09/06/2025, Expte. 84778/2024), que aquí analizaremos, nos brinda una nueva oportunidad de reflexionar acerca del derecho aplicable a la validez de los testamentos otorgados por un extranjero, en la Argentina, ante un consulado de su país, cuando la consideración se plantea dentro de la solución que exigen sucesiones internacionales en nuestros tribunales. Para ello, cabe detallar las circunstancias del hecho que precedieron al fallo.

2. El caso

Los autos “Cortés Carpintero” llegaron a estudio de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala A con motivo del recurso de apelación deducido contra la resolución de primera instancia –del 18 de marzo de 2025– que declaró que el testamento acompañado a la causa no resultaba válido en cuanto a sus formas. Ese instrumento había sido otorgado por un ciudadano español, domiciliado en Argentina, en la sede del Consulado de España en la Ciudad de Buenos Aires el 21 de marzo de 2012, con intervención del cónsul adjunto en funciones notariales de ese país, y fue agregado a la causa mediante presentación inicial del 28 de octubre de 2024.

De las constancias del sistema de consultas web del Poder Judicial de la Nación¹ surge que el sucesorio testamentario de José Cortés Carpintero (fallecido el 14 de octubre de 2018) fue incoado por María del Carmen Cortés Rivera, en su carácter de cesionaria de los derechos hereditarios que le correspondían a su padre, Roberto Cortés Carpintero, quien resultaba ser hermano del causante. Dicha cesión, acreditada en la causa, se otorgó a través de una escritura pública de mejora con entrega de bienes, consistió en la transmisión irrevocable en pleno dominio de cuantos derechos le pudieran corresponder al cedente en la sucesión testada o intestada de su hermano, a favor de su hija, y fue otorgada en Redondela (Galicia, España), el 15 de octubre de 2018. Al momento de la cesión, el cedente dio cuenta del fallecimiento de su hermano y dijo ignorar la existencia de testamento y de descendientes. Allí se manifestó que el acto era conforme a la ley de derecho civil de Galicia relativa a pactos sucesorios y que el bien cedido se imputaba a la legítima de la parte adquirente. Asimismo, que el *de cujus* era viudo, sin descendencia, y que se ignoraba la existencia de testamento.

La peticionante relató estos antecedentes, pero indicó, además, que el 21 de marzo de 2012 el causante había otorgado un testamento público consular –en la sede del Consulado de España en la Ciudad de Buenos Aires–, denunciando ser viudo en segundas nupcias, sin descendientes e instituyendo a su hermano Roberto Jesús Cortés Carpintero –el cedente– “como único heredero y [que] le sustitu[ía] por sus descendientes”. En consecuencia, solicitó que se declarara la validez, en cuanto a sus formas, del testamento acompañado, de lo cual devendría su legitimación; e, igualmente, denunció la existencia de tres bienes inmuebles en el país.

Corrida vista a la fiscal de primera instancia, esta, en su dictamen, sostuvo que, de acuerdo con el artículo 3636 del Código Civil de Vélez (CC),

1. <https://scw.pjn.gov.ar/>.

que ella entendió aplicable al caso conforme el artículo 2472 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), se requería para la validez del testamento –otorgado por acto público ante el cónsul de una nación extranjera– la presencia de dos testigos para su validez formal. Bajo esta perspectiva y al no haberse dado cumplimiento con ello, sostuvo que:

el testamento consular otorgado por el causante no ha sido [realizado] en presencia de los dos testigos exigidos por la norma, por lo cual no es válido en cuanto sus formas lo que así debe ser declarado. (v. dictamen 16390/2024; fs. web 28/28)

La actora expresó su oposición al contenido del mentado dictamen. Precisó que las actuaciones versaban sobre un testamento consular que no se encontraba, ni se encuentra, expresamente determinado por la norma de fondo. Sostuvo que era erróneo aplicar el artículo 3636 del Código Civil al testamento presentado, por cuanto no se trataba de un testamento otorgado por un argentino en el extranjero, sino de un testamento otorgado por un extranjero ante el consulado de su país y, por ello, se debía aplicar la normativa referida a testamentos otorgados en el extranjero conforme la Convención de Viena del año 1963. También invocó la ley extranjera que entendió aplicable al caso –la ley gallega, la ley nacional española y el Reglamento de la Unión Europea en la materia–. Expresó que, de acuerdo con dicha normativa, el testamento debía ser declarado válido.

El *a quo* no aprobó el instrumento en cuanto a sus formas y, para denegar la aprobación del testamento, y siguiendo el dictamen fiscal, sostuvo que el Código Civil –aplicable al caso–, en su artículo 3636, requería “para la validez del testamento otorgado por acto público ante el cónsul de una nación extranjera la presencia de dos testigos, requisito de forma para su validez” (v. fs. web 38/38). Bajo esta perspectiva, concluyó que, sin la presencia de testigo alguno, “el testamento no [podía] ser declarado válido al faltarle uno de sus recaudos esenciales” (ibidem).

2.1. El recurso y el dictamen del fiscal de Cámara

Se agravió la Sra. Cortés Rivera de que no se hubiese declarado válido el instrumento con el único argumento de no haber testigos presentes en el acto. Indicó que sólo se tuvo en cuenta de forma aislada el artículo 3636 CC. Expuso que tanto la Fiscalía de primera instancia como el juez de grado únicamente efectuaron una lectura y análisis sesgados de dicho artículo y que, conforme al derecho internacional, el consulado, sus delegaciones y lo que allí dentro ocurriese, debían ser comprendidos

como si hubiesen ocurrido en aquel territorio o Estado por tener idéntica forma. Sostuvo que ni siquiera se había mencionado el artículo 3638 CC, el cual estipula que

El testamento del que se hallare fuera de su país sólo tendrá efecto en la República si fuese hecho en las formas prescriptas por la ley del lugar en que reside, o según las formas que se observan en la Nación a que pertenezca, o según las que este código designa como formas legales.

Y, a su vez, sostuvo que

el mencionado artículo otorga distintas alternativas, entre ellas, analizar si el testamento del que se hallare fuera de su país tendrá efecto en la República Argentina, por ejemplo, si se efectuó conforme las formas de la Nación a la que pertenece. (v. fs. web 41/45)

Pidió que se analizase e interpretase la normativa española. Sostuvo que el testamento en discusión era completamente válido en cuanto a sus formas, no solo para la Comunidad Gallega, sino también para el Estado español y para la Unión Europea en su totalidad. Manifestó que ello también tenía sustento en lo dispuesto por el artículo 3635 del Código Civil que disponía que:

“Cuando un argentino se encuentre en país extranjero, está autorizado a testar en alguna de las formas establecidas por la ley del país en que se halle. Ese testamento será siempre válido, aunque el testador vuelva a la República, y en cualquiera época que muera”. (ibidem)

Señaló que, para garantizar la seriedad del acto o asegurar la libertad del testador, la presencia del notario era suficiente. Asimismo, sostuvo que, tal como ocurrió con las escrituras, los testigos tendrían que ser suprimidos también para el testamento, salvo que el escribano decidiese su presencia por circunstancias particulares, o bien que el propio testador lo requiriese. Finalmente, se agravó por la falta de tratamiento de la petición de aplicación de ley extranjera.

El valioso y muy fundado dictamen de la Fiscalía de Cámara examinó el marco normativo de aplicación. Refirió la Ley 17081 sobre Relaciones Consulares, que aprobó la Convención de Viena de 1963 y fue suscripta por la República Argentina el 24 de abril de 1963 –también invocada por la apelante en sus fundamentos–. En su artículo 5, esta establece que:

las funciones consulares consistirán en: [...] f) actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares, y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor.

En este sentido, considerando los principios de reciprocidad e igualdad entre Estados que rigen el derecho internacional privado, y de acuerdo con las funciones notariales que la Convención de Viena establece, estimó que correspondía reconocer los documentos extendidos por Estados extranjeros –con relación a sus nacionales– dentro de los consulados o embajadas, con la misma condición y efectos que los extendidos en su propio territorio. Y que, sobre las bases de “reciprocidad” y de “tolerancia”, así como se afirma que el testamento consular previsto por nuestro ordenamiento está enderezado a permitir que el individuo “teste como si lo hiciera en pleno territorio argentino”, recíprocamente se deberían admitir los testamentos celebrados en condiciones análogas en representaciones consulares extranjeras, salvado, obviamente, del orden público interno. Por todo ello, sostuvo que el testamento de autos debía “reputarse como extendido en el extranjero” y, en consecuencia, procedía

recurrir a la ley del país del cual el testador es nacional y ante cuyas autoridades consulares se había extendido el testamento, a fin de verificar su validez en cuanto a las formas. (v. dictamen 1401/2025; fs. web 55/63)

En esa línea de ideas, pasó a examinar el Código Civil de España y, teniendo en cuenta que el causante tenía nacionalidad española y vecindad civil gallega, se citó también la Ley de Derecho Civil de Galicia N°2/2006 en materia de testamentos. Así concluyó que el testamento había sido extendido válidamente, de conformidad con lo previsto en la legislación española, la que prevé expresamente la posibilidad de que los españoles que se encuentren en país extranjero otorguen testamento ante el funcionario diplomático o consular de España que ejerza funciones notariales en el lugar del otorgamiento –sujeto este, en sus formalidades, a lo establecido por la propia ley española, que no prevé como regla la presencia de testigos–.

2.2. La sentencia de Cámara

El tribunal de alzada, con el fin de analizar las formas del instrumento agregado en la causa, señaló que correspondía acudir a las normas previstas en el Código Civil –ordenamiento vigente al momento en que se celebró tal acto (conf. art. 3625 del CC, y el art. 2472 del CCCN)–. Y destacó que el artículo 3634 del Código Civil disponía que “los testamentos hechos en el territorio de la República deben serlo en alguna de las formas establecidas en este Código, bien sean los testadores argentinos o extranjeros”; y que los artículos 3635 al 3638 CC regulaban distintos supuestos y vicisitudes relativos a testamentos

celebrados en el extranjero. Por considerarla errónea, cuestionó la resolución de primera instancia que aplicó el artículo 3636 CC y sostuvo que, para la validez formal del testamento, resultaba menester la presencia de dos testigos ante el cónsul de la nación extranjera. Señaló que esa norma aludía al testamento hecho por un argentino, o por un extranjero domiciliado en Argentina, ante la autoridad consular de nuestro país en una nación extranjera, situación que no resultaba aplicable al caso.

En cambio, mediante la cita de la doctrina, decidió que era aplicable el artículo 3634 CC que exigía que los testamentos celebrados en nuestro territorio deban serlo en alguna de las formas establecidas en el código de fondo ya que, consagrando la regla *locus regit actum*, esa norma rige los testamentos “por la ley del lugar en que se otorgaron”. De ahí extrajo que no era admitida la validez de los testamentos que no se ajusten a las formas previstas en nuestra legislación y que fueran redactados en representaciones extranjeras. Se sostuvo, también con cita de la doctrina, que Vélez impuso dicha regla porque el nuestro es un país de inmigración, previniendo contra testamentos otorgados ante las representaciones diplomáticas extranjeras.

Sin embargo, a mayor abundamiento, y por vía de hipótesis, la Sala también abordó, la posibilidad de que se entendiera que el acto jurídico en cuestión se había otorgado en territorio extranjero, por haber participado la autoridad consular española en Buenos Aires. Empero, dado que el último domicilio del causante y los bienes denunciados se ubicaban en la Argentina, entendió que el *derecho sustancial* aplicable a la sucesión era la ley argentina: esto, a la luz de lo dispuesto por los artículos 10 y 11 del Código Civil que indican aplicable nuestra legislación, en particular respecto de inmuebles y muebles registrables, normas imperativas que no son disponibles por la autonomía de la voluntad de las partes.

Indicó que no obstaba a ello el hecho de que la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares –aprobada por Ley 17081– estableciera que dentro de las funciones consulares se encuentra la de actuar en calidad de notario. Dado que tal facultad lo es “[...] siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor” (conf. art. 5, inc. f), estimó claro que el instrumento agregado como tal no reunía los recaudos de forma exigidos por nuestra legislación. Esto debido a que el artículo 3654 del Código Civil disponía que “el testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar”; y que la ausencia de testigos en el acto jurídico acompañado impedía la aprobación formal del testamento, a la luz de lo dispuesto por el juego de los artículos 3634 y 3654 del Código Civil.

Por todo ello, *confirmó la resolución en tanto no declaró válido el testamento en cuanto a sus formas*, sellando la suerte adversa del recurso.

3. Análisis de la sentencia. Diversas cuestiones para considerar

3.1. La validez del testamento

Cualquier sucesión testamentaria implica el previo examen de la validez del testamento que la sustenta. Ello impone distinguir, por un lado, la consideración de la validez formal del título, punto que involucra tanto las formas como sus formalidades o solemnidades; y, por el otro, la validez sustancial que comprende el contenido mismo de sus disposiciones, la validez intrínseca y efectos del testamento.

Las formas atañen las diversas maneras de testar que autoriza la ley. En nuestro derecho corresponden, por un lado, a las formas ordinarias que, en el Código Civil, eran: el testamento ológrafo, el testamento por acto público, el testamento cerrado, y ahora, en el CCCN: el testamento ológrafo, el testamento por acto público. Y, por el otro, a las formas extraordinarias: el testamento aeronáutico (art. 85, Código Aeronáutico) y el testamento consular (arts. 3636, CC, y 2646, CCCN) porque los testamentos especiales han sido derogados –marítimo, militar y en el caso de una epidemia– (Ferrer, 2015, p. 646. Las formalidades o solemnidades son los requisitos formales que se deben cumplir para que se configuren válidamente cada una de las formas de testar.²

Si la sucesión testamentaria presenta circunstancias multinacionalizadoras, como en el caso que nos ocupa –causante extranjero con domicilio en el país, testamento en consulado extranjero, herederos del extranjero, bienes en el país–, es aplicable el derecho internacional privado argentino. Este, en materia sucesoria y respecto del testamento, contiene reglas sobre la capacidad para testar –aspecto que aquí no se encuentra en discusión–, y sobre la forma del testamento y su validez sustancial. Respecto de estas últimas cuestiones se impone la interrogación por el derecho aplicable a unas y a otras, distinguiéndolas; pues, si bien el caso se centra fundamentalmente en un pronunciamiento sobre la primera de ellas, en la solución dada también se ha filtrado la segunda cuestión.

2. Por ejemplo, en la actualidad, el artículo 2477(CCCN): “Requisitos. El testamento ológrafo debe ser íntegramente escrito con los caracteres propios del idioma en que es otorgado, fechado y firmado por la mano misma del testador”. Y el artículo 2479(CCCN): “Requisitos. El testamento por acto público se otorga mediante escritura pública, ante el escribano autorizante y dos testigos hábiles, cuyo nombre y domicilio se deben consignar en la escritura”.

3.2. Validez formal del testamento: ley aplicable y distinciones

Cabe recordar que el artículo 3625 CC, a fin de determinar la validez formal del testamento, contenía una norma relativa al ámbito temporal de la norma de aplicación que permitía su individualización, precisando el momento crítico en que la misma debía ser determinada. Asimismo, disponía:

La validez del testamento depende de la observancia de la ley que rija al tiempo de hacerse. Una ley posterior no trae cambio alguno, ni a favor ni en perjuicio del testamento, aunque sea dada viviendo el testador.

Esa regla, que también hoy es reproducida, más brevemente, en el artículo 2472 CCCN, establece que la ley vigente al tiempo del acto de testar (2012) rige la forma del testamento. A través de un corte espacio-temporal preciso, la norma contiene una pauta de determinación de solución del denominado “conflicto móvil”, en el caso de variación de las posibles leyes aplicables a este punto; pauta que es proporcionada por nuestro derecho interno en *principio* aplicable, igualmente, a casos de derecho internacional privado.³

Cabe preguntarse ahora cuál es esa ley vigente al momento del otorgamiento –2012– a la que remite la norma. Tanto el Código Civil de Vélez vigente en nuestro país en el año 2012 como el CCCN contemplan la validez formal y distinguen si el testamento fue otorgado en el país o en el extranjero. De acuerdo con el artículo 3634 CC, los testamentos hechos en el territorio de la República debían serlo en alguna de las formas establecidas en ese Código –independientemente de si los testadores eran argentinos o extranjeros–, regla que ya consagraba el principio del *locus regit actum* y que hoy reitera el artículo 2473 CCCN: se impone, por consiguiente, la ley local, sin distinguir entre la nacionalidad de los otorgantes.⁴

Por otro lado, ambos cuerpos legales contemplan puntualmente el problema de la forma del testamento otorgado fuera del país. De modo similar a como lo había reglado Vélez en los artículos 3635 y 3638 CC,⁵ ahora

3. Sobre el problema del “conflicto móvil”, ver Uzal, 2016, p. 111. Si el derecho extranjero aplicable contuviese una norma específica de aplicación temporal, a ella debería estarse.

4. CCCN. Artículo 2473: “Requisitos formales. El testamento puede otorgarse sólo en alguna de las formas previstas en este Código. Las formalidades determinadas por la ley para una clase de testamento no pueden extenderse a las de otra especie. La observancia de las solemnidades impuestas debe resultar del mismo testamento, sin que se pueda suplir por prueba alguna”.

5. Artículo 3635 CC: “Cuando un argentino se encuentre en país extranjero, está autorizado a testar en alguna de las formas establecidas por la ley del país en que se halle. Ese testamento será siempre válido, aunque el testador vuelva a la República, y en cualquiera época que muera.”

Artículo 3638 CC: “El testamento del que se hallare fuera de su país, sólo tendrá efecto en la República, si fuese hecho en las formas prescriptas por la ley del lugar en que reside, o según las

lo hace el artículo 2645 CCCN, aunque abandona la distinción relativa a la nacionalidad del testador –si es argentino o extranjero–.

Los argentinos pueden testar, en país extranjero, según las formas establecidas por la ley del lugar del otorgamiento (art. 3635, CC; art. 2645 CCCN), y también pueden hacerlo ante un cónsul argentino siguiendo las pautas de los artículos 3636 y 3637 CC, y en la actualidad del artículo 2646 CCCN. La posibilidad de testar ante un consulado argentino se ha extendido, en todos los casos, a los extranjeros domiciliados en la Argentina (art. 3636, CC; art. 2646, 1º párr., CCCN).

El nuevo Código también otorga validez en la República al testamento conferido en el extranjero, según las formas exigidas por la ley del domicilio, de la residencia habitual, o de la nacionalidad del testador al momento de testar, o por las formas legales argentinas (art. 2645, CCCN). En cambio, para el anterior Código, la posibilidad de testar en el extranjero en las formas prescriptas por la ley de la nacionalidad o residencia del testador, o según las formas del derecho argentino, parecían restringidas al testamento otorgado por extranjeros fuera del país de su nacionalidad (art. 3638, CC).

Esas normas disponen, en definitiva, que el testamento otorgado en el extranjero es válido en la República según si es realizado utilizando:

- a) las formas exigidas
 - a. por la ley del lugar de su otorgamiento,
 - b. por la ley del domicilio,
 - c. de la residencia habitual,
 - d. de la nacionalidad del testador al momento de testar o
- b) las formas legales argentinas.

Se ha mantenido, pues, conforme a lo normado en el artículo 2645 CCCN, la regla que favorece la validez formal de los testamentos otorgados en el extranjero. Ello se logra a través de una norma de conflicto con elecciones múltiples de derecho aplicable, contenidas en un punto de conexión no acumulativo–alternativo que prescribe, a tal fin, la aplicación indistinta de las leyes del lugar de otorgamiento, del domicilio, de la residencia habitual o de la nacionalidad del testador al momento de testar. Asimismo, incluye las formas argentinas ordinarias (ológrafo o por acto público –antes, también cerrado–) y las formas extraordinarias (consular, aeronáutico).

formas que se observan en la Nación a que pertenezca, o según las que este código designa como formas legales.”

Se advierte, así, la finalidad del legislador, coincidente con la norma análoga del Código Civil de Vélez, orientada materialmente a favorecer la validez del testamento. Se trata de la llamada regla "*favor testamenti*".

3.3. Las oficinas consulares. El testamento otorgado en el Consulado argentino como forma argentina extraordinaria para testar. Encuadre indebido de la sentencia de primera instancia

El testamento consular está previsto como una forma argentina extraordinaria, pues es un acto formalizado en una sede consular argentina en el extranjero.

Cabe recordar que las Convenciones de Viena de 1961 (Relaciones Diplomáticas) suscripta por la República Argentina el 18 de abril de ese mismo año, aprobada el 14 de septiembre de 1963 por Decreto-ley 7672, y de 1963 (Relaciones Consulares) suscripta por la República Argentina el 24 de abril de 1963, y aprobada por Ley 17081 en 1966, establecen el marco legal para la interacción entre Estados. Aunque ambas buscan facilitar la comunicación internacional, se diferencian principalmente en la naturaleza de su representación y en el alcance de sus protecciones.

La misión diplomática (embajada) representa al Estado en su totalidad ante el Estado receptor. Tiene un carácter predominantemente político y de negociación a nivel gubernamental. La oficina consular representa la administración pública del Estado que él envía, para gestionar asuntos técnicos y de servicios. Sólo cuando un funcionario es asignado a la sección consular de una misión diplomática, su nombramiento se remite al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor que emitirá un exequatur. El artículo 3 de la Convención sobre Relaciones diplomáticas dispone que ninguna disposición de la Convención se interpretará de modo que impida el ejercicio de funciones consulares por la misión diplomática.

La Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares reconoce, a favor de los Estados, las funciones de sus cónsules para actuar protegiendo los intereses del Estado que envía y de sus nacionales en el Estado receptor, ya sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional. Entre otras, se encuentra la facultad de actuar en calidad de notarios, de funcionarios del registro civil o en funciones similares, y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan a las leyes y los reglamentos del Estado receptor (art. 5, inc. a), f), etc.). También se atribuyen y reconocen facilidades, privilegios, inviolabilidad de locales e inmunidades relativos a las oficinas consulares y a los funcionarios, entre otras facultades.

Las embajadas suelen ubicarse en la capital y tienen jurisdicción sobre todo el país. Los consulados suelen establecerse en diversas ciudades según la necesidad y operan dentro de una circunscripción consular delimitada (Lee, 1961, pp. 8-22, 164-167). No se podrá establecer una oficina consular en el territorio del Estado receptor sin su consentimiento; la sede de la oficina consular, su clase y la circunscripción consular, las fijará el Estado que envía y serán aprobadas por el Estado receptor (art. 4, Convención sobre Relaciones Consulares).

El término *cónsul*, *funcionario consular* se refiere, entonces, a toda persona a quien las autoridades competentes del territorio receptor le otorguen un *exequatur*, una autorización provisional o de otro tipo para el desempeño de sus funciones como agente de un Estado en el territorio de otro Estado. Un cónsul no está acreditado ante un gobierno, sino que recibe instrucciones de su propio gobierno para desempeñar, con la autorización de otro gobierno, ciertas funciones en el territorio de este último. Estas funciones se describen como aquellas que un Estado puede ejercer en interés de sus nacionales, de su comercio o en relación con la administración de sus leyes en el territorio de otro Estado. Las funciones consulares se centran en la asistencia a nacionales, funciones administrativas y de asistencia, expedición de documentos (pasaportes, visas), funciones notariales, asuntos técnicos y de servicios –y el fomento de relaciones comerciales y económicas para ello-. Los funcionarios consulares gozan de inmunidad por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones oficiales (inmunidad funcional sólo por actos oficiales como una prolongación del territorio nacional en el extranjero). La inviolabilidad personal es limitada, generalmente, ante delitos graves.

En estos aspectos, como en otros, la Convención receptó la costumbre que ya regulaba la materia antes de su sanción y llevó así al ámbito convencional un principio aceptado previamente como norma consuetudinaria. En este marco, Argentina ya preveía en el Código Civil –y nuestro derecho lo autoriza– que, ante un ministro del Gobierno de la República, un encargado de negocios o un Cónsul, en ejercicio de facultades notariales internacionalmente reconocidas, se puedan emitir actos en consulados argentinos en el exterior con la aplicación de nuestras leyes. Emisión en beneficio de los nacionales argentinos o de aquellos que, siendo extranjeros, han hecho de Argentina su centro de vida, estableciendo su domicilio en ella (art. 2613, CCCN). Así, pueden otorgarse testamentos, por argentinos o extranjeros domiciliados en la Argentina, como forma extraordinaria del derecho argentino ante nuestros funcionarios consulares en el exterior, guardando la forma escrita y cumpliendo los requisitos y solemnidades que nuestra ley establece.

Las disposiciones antes contenidas en los artículos 3636 y 3637 del Código Civil de Vélez Sarsfield,⁶ fueron reproducidas fielmente en el artículo 2646 del CCCN:

Es válido el testamento escrito hecho en país extranjero por un argentino o por un extranjero domiciliado en el Estado, ante un ministro plenipotenciario del Gobierno de la República, un encargado de negocios o un Cónsul y dos testigos domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento, teniendo el instrumento la autenticación de la legación o consulado.

Además, se observa el resto de las solemnidades contempladas en dichas normas.

El Reglamento Consular Argentino, sancionado por el Decreto 8714 del año 1963, en su artículo 9 reproduce el artículo 5 de la Convención de 1963, con ciertas modificaciones destinadas a incorporar las disposiciones nacionales vinculadas con esta temática. Cabe destacar que, si bien nuestro país no adhirió a esta Convención sino hasta el año 1966, en 1963, al sancionarse el Reglamento y ya aprobado el texto de aquella para ser sometido a la firma de los Estados, se incorporaron sus prescripciones, coincidentes –en términos generales– con la normativa argentina previa en materia de funciones notariales de los cónsules (Oyarzábal, 2024, pp. 181-184; Trillo, 2005, pp. 73-80).

El Reglamento autoriza a los cónsules a realizar “todos los actos que según las leyes de la Nación pueden efectuar los escribanos públicos y ejercer las funciones administrativas inherentes a su cargo”. La Ley 20957 del Servicio Exterior, en su artículo 20, inciso c), dispone:

Los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación, a cargo de oficinas o secciones consulares pueden autorizar todos los actos jurídicos que según las

6. CC. Artículo 3636: “Es válido el testamento escrito hecho en país extranjero por un argentino, o por un extranjero domiciliado en el Estado, ante un ministro plenipotenciario del Gobierno de la República, un encargado de negocios, o un cónsul, y dos testigos argentinos o extranjeros, domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento, teniendo el instrumento el sello de la legación o consulado.”

Artículo 3637: “El testamento otorgado en la forma prescripta en el artículo precedente, y que no lo haya sido ante un jefe de legación, llevará el visto bueno de éste, si existiese un jefe de legación, en el testamento abierto al pie de él, y en el cerrado sobre la carátula. El testamento abierto será siempre rubricado por el mismo jefe al principio y al fin de cada página, o por el cónsul si no hubiese legación. Si no existiese un consulado ni una legación de la República, estas diligencias serán llenadas por un ministro o cónsul de una nación amiga.

El jefe de legación, y a falta de éste, el cónsul, remitirá una copia del testamento abierto o de la carátula del cerrado, al ministro de Relaciones Exteriores de la República, y éste, abonando la firma del jefe de la legación o del cónsul en su caso, lo remitirá al juez del último domicilio del difunto en la República, para que lo haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio. No conociéndose el domicilio del testador en la República, el testamento será remitido por el ministro de Relaciones Exteriores a un juez de primera instancia de la Capital para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe.”

leyes de la Nación corresponden a los escribanos públicos; su formalización tendrá plena validez en todo el territorio de la República.

Se advierte, sin embargo, que la legislación argentina no atribuye a los cónsules la facultad que admite la Convención en el inciso f) de su artículo 5 la cual prevé que estos funcionarios pueden actuar como oficiales de registro civil (Trillo, 2005).

Se ha señalado, además, que la función notarial que la legislación argentina confiere a los titulares de oficinas consulares argentinas (consulados generales, consulados, y secciones consulares de embajadas) otorga la facultad de realizar actas notariales o escrituras públicas, las cuales surten en la Argentina los mismos efectos que las tramitadas ante escribanos públicos argentinos.

La actividad notarial de los cónsules está contemplada en el artículo 299 y siguientes del CCCN (art. 997 y sigs., CC), en la Ley 1893 de administración de justicia en la Capital Federal, en la Ley 12990 de ejercicio profesional de escribanos (y las modificatorias en sus partes pertinentes), norma vigente en este ámbito (Trillo, 2005, p. 74),⁷ además del Decreto reglamentario N°26.655/1951, en el artículo 20 inciso c) de la Ley 20957 del Servicio Exterior de la Nación y en el artículo 245 del Reglamento consular.⁸

Las pautas reglamentarias para testar ante un consulado surgen de los artículos 264 a 268 del Reglamento Consular, y del capítulo XV (puntos 12 y 13) de sus Normas de aplicación. Como el nuevo CCCN no ha modificado la regulación de los testamentos consulares del Código Civil, la reglamentación del Reglamento Consular y de sus normas de aplicación no se ven afectadas.

Las actas notariales y escrituras públicas autorizadas por el cónsul argentino tienen en común que son actos llevados a cabo por una autoridad extraterritorial argentina, destinadas a surtir efecto, como principio general, en el territorio argentino y que, consiguientemente, su otorgamiento y validez se rigen por el derecho material argentino. Está claro que, en lo que

7. José María Trillo (2005, p. 74) señala allí que en algunos aspectos, también integra el Reglamento Consular, la Ley 12990. Ello es así al haberse convertido en provincia Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur, último territorio nacional, y al crearse, después de la reforma constitucional de 1994, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta, al asumir las funciones que antes ejercía el Congreso Nacional, como legislatura local de la Capital Federal, dicta la Ley 404 que suplanta en su ámbito jurisdiccional a la Ley 12990.

8. Para este punto seguimos en detalle Mario Oyarzábal (2024, pp. 181-184). Para el cumplimiento de esta función, y a tenor de las formalidades que rigen para los escribanos en el país, está previsto que cada representación argentina lleve un Libro de actas notariales que contenga un archivo ordenado de las escrituras matrices autorizadas durante el año, haciendo uno o más tomos foliados (art. 249, Reglamento Consular). La confección de las escrituras, conservación de las actas y responsabilidad de los cónsules se basan también en las respectivas responsabilidades de los escribanos argentinos, con los mismos efectos de las pasadas ante escribanos públicos argentinos.

aquí interesa, el testamento consular es una forma argentina extraordinaria de testar.

Así las cosas, es evidente que el caso de un testamento otorgado por un español, domiciliado en el país, ante el consulado español en Buenos Aires, es un supuesto que el derecho argentino no contempla porque es claramente distinto del caso de un extranjero domiciliado en el país, que testa ante un consulado argentino en el exterior, utilizando una forma que la ley argentina autoriza y que corresponde a la antes descripta.

En efecto, en nuestro caso, el testador, compareció ante el Cónsul adjunto de España en Buenos Aires quien, en uso de sus funciones notariales, verificó su identidad y capacidad en el acto; y el causante, luego de expresar que era viudo y carecía de descendientes, emitió de forma válida una disposición de última voluntad expresándola oralmente. Con arreglo a ella, se redactó la cláusula testamentaria instituyendo como único heredero a su hermano Roberto Cortés Carpintero o a quienes lo sustituyeran –en esa ocasión, todos domiciliados en España–, con el claro propósito de facilitarles la obtención de una declaratoria de herederos favorable conforme a su común derecho nacional. El funcionario español dio fe de ello en un instrumento público, rubricado y con el sello en tinta pertinente, que obra en el Protocolo de Instrumentos Públicos de ese Consulado General. Se libró copia con el número inserto en el documento a requerimiento del testador y se la presentó debidamente apostillada, como documento extranjero válido en el expediente.

En este marco legal es evidente, como bien lo señaló el tribunal de alzada, que *debía rechazarse el fundamento en el artículo 3636 CC como sustento de la decisión de primera instancia, pues el supuesto fáctico del caso es manifiestamente ajeno al previsto en dicha norma*. Tampoco cabe entender que esta última previsión legal pueda ser extensible por analogía, para imponer sus solemnidades, a un testamento consular extranjero en el país, como seguidamente se verá.

3.4. ¿Contempla nuestro derecho la posibilidad de un testamento otorgado en nuestro país ante un consulado extranjero? En el presente caso, ¿era aplicable el artículo 3634 CC al testamento consular?

La sentencia de alzada, luego de rechazar correctamente la pertinencia del artículo 3636 del Código Civil, entendió, sin embargo, que resultaba aplicable el ya citado artículo 3634 CC, el cual exige que los testamentos celebrados en nuestro territorio deban serlo en alguna de las formas establecidas en el Código de fondo –regla *locus regit actum*–.

Con ello, ha sostenido que el testamento de marras se trata de un testamento hecho en la Argentina, al cual, en materia de formas testamentarias y cualquiera sea la nacionalidad del testador, se le impone la ley argentina que pone a disposición del testador las tres formas testamentarias normales (art. 3622, CC). Por consiguiente, no se admitió que un extranjero teste ante su consulado en el país, con validez para nuestro país. Hace suyo como postulado que el artículo 3634 CC y la regla *locus regit actum* resultaban aplicables con una estrictez que no declina para los testamentos otorgados en la República, ni aun ante las representaciones diplomáticas extranjeras.

A la luz de los fundamentos vertidos precedentemente en torno a las funciones consulares y a su *status* internacional, entendemos que la conclusión debió ser otra. En efecto, está claro que el ordenamiento argentino no trató el testamento consular otorgado en nuestro país ante una legación extranjera, ni podría nunca haberlo hecho, toda vez que, como se ha expresado, un otorgamiento de esa naturaleza constituye un acto realizado en un ámbito que goza de un *status* internacional propio, con privilegios, inviolabilidad e inmunidad que escapan al imperio de la ley local, aun con el límite que impone el respeto de las leyes y reglamentos del Estado receptor (art. 55.1, Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares).

En efecto, esa expresión implica que, sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades, todas las personas que gocen de esos privilegios e inmunidades deberán respetar las reglas internacionalmente imperativas y los principios de orden público de las leyes y reglamentos del Estado receptor; y, a su vez, estarán obligadas a no inmiscuirse en los asuntos internos de dicho Estado. Esto no significa que deban aplicar las soluciones del derecho interno del Estado receptor y que no puedan apartarse de él, pues esto desvirtuaría una de las finalidades propias del instituto: la posibilidad de aplicar extraterritorialmente su propia legislación como Estado que envía en ciertos supuestos previstos.

En esta línea de ideas, Argentina –en ejercicio de las facultades reconocidas bajo el derecho internacional– ha contemplado y regulado el otorgamiento de testamentos consulares en sus delegaciones u oficinas consulares en el extranjero, bajo las formas y solemnidades del derecho propio, que considera formas locales plenamente válidas. Por consiguiente, no podría en modo alguno haber impedido o prohibido que otros Estados regulen, dentro de los servicios que brindan a sus nacionales y ciudadanos, el otorgamiento de testamentos, bajo sus formas nacionales y con las solemnidades que ellos estimen apropiadas y válidas de acuerdo a su derecho, ante sus respectivos consulados en el extranjero –en nuestro caso,

Argentina-. Esos otorgamientos deben ser leídos con un propósito ajeno a nuestro tráfico jurídico inmediato del Estado receptor, y con miras al tráfico jurídico propio del país autorizante y sus nacionales. Esa conclusión no logra ser conmovida con el argumento de ser, el nuestro, un país de inmigración. La facultad de legislar con ese alcance es, en todo caso, propia del Estado extranjero y, en la misma línea, pretender imponer nuestra legislación a la actuación de ese consulado constituiría una impropia e indebida intromisión de un Estado extranjero en el derecho de otro.

Los instrumentos así emitidos en un consulado extranjero constituyen, en todo caso, formas válidamente otorgadas conforme a las leyes de ese Estado extranjero y no deben ser calificados como testamentos otorgados en Argentina. Por lo tanto, no correspondía concluir en su invalidez por el solo hecho de no ceñirse a las formas argentinas ordinarias de otorgamiento, tal como ocurrió en la especie.

3.5. El derecho aplicable al caso según el fallo de Cámara

Dicha conclusión –que compartimos– fue abordada como hipótesis a mayor abundamiento en la sentencia de alzada. El fallo de Cámara, como ya se adelantó, examinó la posible validez del documento y asumió que se trataba de un acto jurídico otorgado en territorio extranjero, dada la intervención de la autoridad consular española en esta ciudad.

Sin embargo, a continuación, debido a que el último domicilio del causante se situaba en nuestro país y los bienes se ubicaban en la Argentina, se señaló que el derecho sustancial aplicable a la sucesión era la ley argentina

a la luz de lo dispuesto por los arts. 10 y 11 del Código Civil que indicaban aplicable nuestra legislación en particular respecto de inmuebles y muebles registrables, normas imperativas que no eran disponibles por la autonomía de la voluntad de las partes.

Acto seguido, expresó que no obsta a la anterior afirmación que la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares estableciese que dentro de las funciones consulares se encuentra la de actuar en calidad de notario, toda vez que tal facultad opera “siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor (conf. art. 5, inc. f)”. Y, en obvia referencia a la validez de un posible testamento otorgado por acto público, estimó que el instrumento agregado a la causa no reunía los recaudos de forma exigidos por nuestra legislación, pues el artículo 3654 CC disponía que “el testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar”. Entonces,

la ausencia de testigos en el acto jurídico acompañado en autos, extremo fáctico sobre el cual no existía controversia, impedía la aprobación formal del testamento bajo estudio.

Se decidió así, finalmente, confirmar la resolución apelada, por cuanto no había declarado válido el testamento acompañado *en lo que respecta a sus formas*.

3.6. Perspectiva del derecho aplicable al caso

Al ser tratado el testamento consular como un acto jurídico otorgado en territorio extranjero, es evidente que, si se lo invoca en un proceso local debe ser examinado como tal.

Antes advertimos que, en estos casos, el derecho internacional privado plantea dos cuestiones que deben distinguirse en función de su naturaleza: aquellas relativas a la forma del testamento extranjero, y las vinculadas a su validez sustancial. Ellas imponen interrogarse por el derecho aplicable a unas y a otras, lo que exige un análisis separado, al punto que puede hallarse un testamento formalmente *válido cuyo contenido sea inválido*. Cabe comenzar este análisis destacando la necesidad de distinguir:

- a) La validez formal del título: involucra tanto las formas como las formalidades o solemnidades que se deben cumplir para que se configuren válidamente cada una de las formas de testar. En nuestro caso, permite distinguir entre el derecho aplicable a los testamentos otorgados en el país y en el extranjero.
- b) La validez sustancial que involucra el contenido mismo de sus disposiciones: la validez intrínseca, nulidad y efectos del testamento que, conforme a lo dispuesto por el artículo 3612 CC, en la actualidad el artículo 2644 CCCN, por regla se rige por el derecho del domicilio del causante al momento de su fallecimiento. Sin embargo, respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se rige por el derecho argentino. Esta conclusión, hoy expresa en el texto legal, bajo el Código de Vélez se extraía, jurisprudencialmente, del juego entre el artículo 10 y el artículo 11 CC.⁹

9. También el artículo 2466 CCCN dispone hoy que el contenido del testamento, su validez o nulidad, se juzga según la ley vigente al momento de la muerte del testador.

De todo ello resulta que, en el caso que analizamos, el derecho sustancial aplicable al contenido de fondo de las disposiciones sucesorias es el derecho sucesorio argentino, de contenido imperativo por encontrarse aquí el último domicilio del causante, y por hallarse los bienes inmuebles en el país. Este aspecto lo afirma la sentencia en su tramo final –a pesar de no ser materia de debate en autos–, al expresar que el derecho sustancial, por ende, el aplicable al contenido de fondo del testamento, es el derecho sucesorio argentino; en consecuencia, refiriere que se trata de normas imperativas que no son disponibles por la autonomía de la voluntad de las partes. Luego, se refiere la calidad notarial de las funciones consulares y sostiene que tal facultad debe ejercerse “[...] siempre que no se oponga a las leyes y reglamentos del Estado receptor” (conf. art. 5, inc. f) de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares). Concluye que el instrumento agregado a la causa no reúne los recaudos de forma exigidos por el artículo 3654 del Código Civil que dispone que “el testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar”.

En esa conclusión se advierte una extrapolación impropia. Se asimiló el fundamento para aplicar el derecho argentino a la validez sustancial del testamento –en virtud de sus normas de contenido material y rango evidentemente imperativo (arts. 10, 11 y 3612, CC; y art. 2644, CCCN)–, con la justificación para aplicar ese mismo derecho a la validez formal de un testamento otorgado en el extranjero (art. 3638, CC). Al tratarse de cuestiones de diferente naturaleza que no se desprenden una de otra, esto conllevó a declarar la invalidez del testamento.

4. El derecho aplicable a la validez formal del testamento en el caso bajo examen

4.1. Si el testamento otorgado en un consulado extranjero en el país es un instrumento otorgado en el extranjero, ¿qué derecho se aplica?

De todo lo expresado precedentemente, surge que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963) –que regula el establecimiento de relaciones consulares, las funciones de los cónsules y la inviolabilidad de las sedes–, aunque no consagra una “*extraterritorialidad*” total, regula una “*extraterritorialidad funcional*” al reconocer el funcionamiento de la oficina consular con ciertas inmunidades funcionales específicas.

Los actos oficiales del cónsul son equivalentes a los actos de un Estado soberano (Dedk, 1968, p. 417). Para proteger a los nacionales del Estado que envía, o expedir documentos, ejercer funciones notariales y fomentar los lazos económico-culturales, se garantiza la inviolabilidad de la actuación consular y la protección de las oficinas consulares, pues los agentes locales no pueden penetrar en ellas sin consentimiento del jefe de misión; y sus archivos y documentos, son inviolables en cualquier momento y lugar.

Corolario de todo ello, el testamento otorgado ante la sede consular de España en el país por quien se identificó debida y válidamente como ciudadano de nacionalidad española y vecindad civil gallega, inscrito como residente en el Registro de Matrícula de Españoles; y constando sus circunstancias personales de sus propias declaraciones y del pasaporte vigente que exhibió –expedido en ese Consulado General– y con el que se identificó, debió ser considerado un instrumento otorgado en el extranjero: esto es, en el Estado que envió al agente consular ante el cual se lo emitió (España), en virtud del marco de *extraterritorialidad funcional específica* que lo reviste.

Para establecer entonces la ley aplicable a la validez formal de otorgamiento del acto efectuado en estas condiciones, en el extranjero, ya se ha señalado que resulta de aplicación el artículo 3638 CC, vigente al momento de su realización (art. 3625, CC). De acuerdo a este, el testamento otorgado en el extranjero, por un extranjero que testa fuera de su país sólo tendrá efecto en la República si fuese hecho “en las formas prescriptas por la ley del lugar en que reside, o según las formas que se observan en la Nación a que pertenezca, o según las que este código designa como formas legales”.

Es evidente que, a la luz de los puntos de conexión alternativos que proporciona la norma de aplicación, al ser el causante español, otorgante ante el Consulado General de España en Argentina, corresponderá examinar si esa disposición fue acorde con las formas de la nación a la que pertenece, esto es, el derecho español y lo que este prescribe para los testamentos emitidos en consulados de su país en el extranjero. Ello conduce a interrogarse por el contenido del derecho extranjero aplicable al caso que hemos identificado y su prueba.

4.2. La cuestión del derecho extranjero aplicable y su prueba

Con un enfoque realista de la cuestión, el artículo 2595 (inc. a), CCCN) dispone que, si un derecho extranjero resulta aplicable, el juez establece el contenido de ese derecho extranjero y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece. Ergo, los tribunales podrán investigar la legislación extranjera y aplicarla a la relación jurídica, materia del

litigio, sin perjuicio de que las partes puedan alegar su existencia y contenido (Batiffol y Lagarde, 1983, pp. 383-384).

Se ha dicho también en doctrina que la facultad de investigar y aplicar de oficio el derecho extranjero no es discrecional para el juez, y constituye un poder que debe ejercer razonablemente. Hemos sostenido que:

si el derecho extranjero resulta aplicable porque la materia es indisponible; si se lo ha invocado y no se lo ha probado o, incluso, si no se ha invocado el derecho extranjero, pero se han invocado institutos de los que resulta su aplicación, el juez posee entonces la atribución de establecer el contenido de ese derecho y está obligado a interpretarlo conforme a la teoría del uso jurídico. Por lo tanto, debe comprometer en ello su mayor esfuerzo, ya sea mediante la aplicación de oficio si lo conoce, o bien indagando a fin de obtener la información necesaria por los medios procesalmente habilitados. En esa tarea debe procurar arribar, con el mayor grado asequible de probabilidad, a la aplicación de esas normas que harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio, claro está, de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. La directiva final del texto legal, sin embargo, también es clara: si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino. Esta solución se ajusta a la idea de un sistema con reglas que proveen, normativamente, el complemento necesario para la convergencia y la armonía en el diálogo entre las posibles fuentes de aplicación. (Uzal, 2016, p. 125).

El juez deberá agotar los esfuerzos para investigar el derecho extranjero. El Tribunal puede requerir la colaboración probatoria de las partes, pero la norma parece haber dejado un grado de flexibilidad en la investigación oficial.

Sólo en caso de imposibilidad para establecer el derecho o de laguna, se justificaría aplicar las normas argentinas a la validez formal de un testamento otorgado en el extranjero. Si se piensa que el interés es la medida de las acciones, la prueba del derecho extranjero correrá por cuenta de quien está interesado en demostrar su existencia y contenido, satisfaciendo la información legalmente exigida.¹⁰ Y, por supuesto, en virtud del ya recordado principio *iura novit curia*, el tribunal siempre deberá aportar de oficio la información sobre el derecho extranjero, si lo conoce o le es asequible. El poder de investigar la ley foránea no puede desviarse de su fin razonable:

10. Ver lo dicho a propósito del caso "Sabaté Sas SA" en Uzal, 2005, pp. 49-70. Allí se refiere la posibilidad de que la prueba sea aportada, incluso por terceros -v.g., el síndico concursal- si contasen con la información; o bien, si ella ya ha sido adquirida para el proceso respecto de otras acreencias, por ejemplo, el juez puede expedirse fundadamente sobre el punto con esos elementos -así se hizo en el caso "Lapa"- . Nada obstaría, obviamente, para que fuesen las partes interesadas quienes acreditasen tal extremo si ello fuese de su interés.

La norma ha querido dejar espacio para una ponderada y razonable atención de las circunstancias del caso. La aplicación de oficio es la regla y la dosis de flexibilidad ha de ser mínimamente excepcional. (Boggiano, 1991, pp. 622-623)

En el caso, la cuestión vino solventada, muy precisamente, por las propias partes interesadas. La actora recurrente, en su presentación al cuestionar el dictamen de primera instancia y en sus memoriales, y luego la Fiscalía de la Cámara Civil en su dictamen, fundaron exhaustivamente su posición con una clara acreditación de la legislación española, gallega y europea aplicable al caso. Lo hicieron de manera completa, con citas que se han corroborado para el presente trabajo, pero que, sin embargo, no fue abordada por el tribunal en ninguna de sus instancias.

Se acreditó así que el Código Civil de España establece lo siguiente respecto al testamento hecho en el país extranjero:

Artículo 732. Los españoles podrán testar, fuera del territorio nacional sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen. También podrán testar en alta mar durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción a las leyes de la Nación a que el buque pertenezca. Podrán asimismo hacer testamento ológrafo, con arreglo al art. 688, aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento.

[...]

Artículo 734. También podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento, abierto o cerrado, ante el funcionario diplomático o consular de España que ejerza funciones notariales en el lugar del otorgamiento. En estos casos se observarán respectivamente todas las formalidades establecidas en las Secciones quinta y sexta de este capítulo.

Artículo 735. El Agente diplomático o consular remitirá, autorizada con su firma y sello, copia del testamento abierto, o del acta de otorgamiento del cerrado, al Ministerio de Estado para que se deposite en su Archivo.

De acuerdo a lo que prevé el artículo 734, y en lo pertinente, puede añadirse que la sección 5ª del mencionado cuerpo normativo extranjero, al referirse al testamento abierto, prevé:

Artículo 694. El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento. Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma Sección.

Artículo 695. El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por este el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho

que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad [...].

Artículo 697. Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:

1. Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.
2. Cuando el testador o el Notario lo soliciten.

Por otro lado, y teniendo en cuenta que el causante tenía nacionalidad española y vecindad civil gallega, también se ha probado que la Ley de Derecho Civil de Galicia Nº 2/2006 prevé:

Artículo 183. 1. El testamento abierto ordinario se otorgará ante notario, sin que sea necesaria la presencia de testigos. 2. El testamento se redactará en la lengua oficial en Galicia que el otorgante escoja.

Artículo 184. Como excepción, habrán de concurrir testigos al otorgamiento del testamento abierto ordinario cuando: 1.º Lo solicite el testador o el notario. 2.º El testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir.

Artículo 185. En los casos en que sea necesaria su presencia, los testigos serán al menos dos, debiendo tener plena capacidad de obrar, entender al testador y saber firmar.

Sin perjuicio de la normativa española respecto de las formalidades que deben respetar los testamentos en España y, por tanto, los otorgados en los consulados españoles, también se señaló que resultaba de aplicación el Reglamento (UE) 650/2012, del 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Y que la disposición transitoria de dicho reglamento estipula:

1. Las disposiciones del presente Reglamento se aplicarán a la sucesión de las personas que fallezcan el 17 de agosto de 2015 o después de esa fecha.
2. Cuando el causante hubiera elegido, antes del 17 de agosto de 2015, la ley aplicable a su sucesión, esa elección será válida si cumple las condiciones establecidas en el capítulo III.

El capítulo III relativo a la ley aplicable y a los efectos de los requisitos de forma del testamento, textualmente dispone:

Artículo 22. Elección de la ley aplicable. 1. Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento

del fallecimiento. 2. La elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa*, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo. 3. La validez material del acto por el que se haya hecho la elección de la ley se regirá por la ley elegida.

[...]

Artículo 27. Validez formal de las disposiciones *mortis causa* realizadas por escrito. 1. Una disposición *mortis causa* realizada por escrito será válida en cuanto a su forma si esta responde a la ley: a) del Estado en que se realizó la disposición o se celebró el pacto sucesorio; b) del Estado cuya nacionalidad poseyera el testador, o al menos una de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio, bien en el momento en que se realizó la disposición o en que se celebró el pacto, bien en el momento del fallecimiento [...].

En base a estas normas de aplicación acreditadas y luego de un cotejo de sus disposiciones, sólo cabe concluir que el testamento que aquí examinamos, calificado como instrumento otorgado en el extranjero por las razones expuestas, fue extendido de conformidad con las leyes del país de otorgamiento y, por ende, de acuerdo a lo previsto en la legislación española, que correspondía al país de la nacionalidad del causante.

En efecto, de las fuentes legales de aplicación resulta que en ellas se prevé expresamente la posibilidad de que los españoles que se encuentren en país un extranjero otorguen testamento ante el funcionario diplomático o consular de España, que ejerza funciones notariales en el lugar del otorgamiento, sujetando sus formalidades a lo establecido por la propia ley española. Igualmente, surge de esos textos legales que la legislación española aplicable no exige, como regla, la presencia de testigos para el otorgamiento del testamento abierto ordinario extendido ante notario o funcionario diplomático o consular de España, que ejerza funciones notariales en el estado extranjero, ni tampoco se presentan en el caso, ninguno de los supuestos de excepción que prevén esas normas.

Cabe señalar, a mayor abundamiento, que la doctrina sostiene, *en principio y como regla general, que las cuestiones formales no ofenden principios de orden público del derecho argentino*. Ello se concluye a poco que se reflexione sobre los casos en los que el legislador ha reconocido como obligaciones naturales (art. 515, inc. 3), CC) o como deberes morales (art. 728, CCCN), el cumplimiento voluntario, en equidad, de obligaciones que proceden de actos jurídicos que carecen de las formalidades exigidas por la ley para producir efectos civiles (Boggiano, 1991, p. 488; Uzal, 2016, pp. 148-149).

Como consecuencia de todo lo expresado y destacando la coincidencia con el dictamen del Fiscal de Cámara, estimo que, en tanto no surge del

testamento presentado que adoleciera de un defecto de forma que obste a su validez, y por ajustarse a lo prescripto por el artículo 3638 del Código Civil aplicable, *debió acogerse el recurso en el caso y declararse el instrumento formalmente válido*.

5. Consideraciones finales: validez sustancial del testamento

Luego de calificar el testamento consular que nos ocupa, otorgado por un nacional español en el Consulado General de España en nuestro país, *como instrumento otorgado en el extranjero*, de examinar la validez formal del mismo a la luz de las normas del derecho internacional privado argentino sucesorio, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 3638 del Código Civil y de conformidad a las reglas del Estado de la nacionalidad del otorgante y a las funciones notariales atribuidas al Cónsul adjunto de ese país –como lo prescriben las normas de aplicación–, hemos concluido que dicho testamento debió ser considerado *formalmente válido*. Una vez alcanzada la validez formal como premisa, sólo queda señalar que se impondría al tribunal abordar el examen de la *validez sustancial* del mismo instrumento, que involucra el *contenido de sus disposiciones*, su *validez intrínseca* y *efectos*.

En ese marco, surge que Roberto Cortés Carpintero (hermano del causante) otorgó una escritura pública de mejora con entrega de bienes. A través de este documento, cedió y transmitió a su hija, María del Carmen Cortés Rivera –quien expresamente aceptó y adquirió, en concepto de mejora y conforme a la Ley de Derecho Civil de Galicia–, el pleno dominio de cuantos derechos le pudieran corresponder en la herencia, ya sea testada o intestada, de José Cortés Carpintero. En dicho acto resultaron de aplicación las disposiciones de la Ley de Derecho Civil de Galicia relativas a pactos sucesorios. En especial, el cedente manifestó que el bien cedido en esa escritura, si se imputase a la legítima de la parte adquirente, era una cuestión que, en todo caso, correspondería ventilar en una eventual sucesión del cedente. Cabe acotar, sin embargo, que se denunciaron tres inmuebles situados en Argentina como únicos bienes del acervo hereditario y, al tener el causante su último domicilio en este país, poca utilidad tendría iniciar una sucesión del causante en España. Por ello, se intentó iniciar la sucesión testamentaria en Argentina.

Ya se ha expresado que, en lo que concierne la sucesión *mortis causae*, en el derecho internacional privado argentino aplicable, el artículo 2644 CCCN prevé que “la sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento”, y que “respecto de los bienes

inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino". Esta disposición obvia toda distinción entre la sucesión *ab intestato* y la testamentaria, y conserva la elección del derecho del último domicilio del causante, tanto para una como para la otra.¹¹ Asimismo, hemos sostenido que, de toda evidencia, aquí no se adopta una universalidad plena en cuanto al derecho aplicable pues, si bien se indica como derecho aplicable el derecho del domicilio del causante al momento de su fallecimiento, enseguida se establece que, respecto de los bienes inmuebles situados en el país, el derecho argentino es el que corresponde aplicar. Esta última disposición funciona como una norma de policía o internacionalmente imperativa, exclusiva y excluyente, respecto de la norma general de conflicto neutral. Y sólo resulta aplicable, reiteramos, a los inmuebles ubicados en la Argentina (Uzal, 2016, pp. 923 y ss.).

En nuestro caso, la determinación del derecho aplicable –tanto por el último domicilio como por la situación de los bienes–, converge hacia el derecho sucesorio argentino. Desde este ángulo, y sin adentrarnos en profundidad en un tema que excede el propósito de este trabajo, no se advierte, en principio, que el pacto sucesorio allegado, instrumentado por escritura pública conforme a la ley de lugar de celebración, afecte las disposiciones de orden sucesorio del derecho argentino, ni la disposición de derechos reales sobre los inmuebles involucrados situados en el país (ver art. 2649, CCCN).

No cabe agregar otras consideraciones, pues irían más allá del objeto de este ejercicio.

6. Corolario

El caso analizado nos ha permitido aportar nuevas reflexiones sobre las condiciones bajo las que cabe examinar, en el derecho internacional privado argentino, la validez de los testamentos otorgados en consulados extranjeros en nuestro país cuando son presentados en sucesiones testamentarias locales. Asimismo, este trabajo puso evidencia las exigencias de fondo y probatorias que este examen impone y trae consigo satisfacer. Finalmente, nos ha permitido advertir sobre la necesidad de evitar que la transposición de la validez sustancial sobre la validez formal nos desvíe hacia un razonamiento que puede generar confusiones aun en la doctrina.

11. Ya referimos que Vélez reiteraba el mismo principio en los artículos 3283 y 3612 del Código Civil para una y otra sucesión. Y, en el derecho de fuente interna, hoy se repite la idea en el artículo 2466 (CCCN) sobre la validez del testamento.

7. Bibliografía

- BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Paul. (1983). *Droit international privé* (t. 1). Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- BOGGIANO, Antonio. (1991). *Derecho internacional privado* (t. 1). Abeledo-Perrot.
- DEDK, Francis. (1968). Organs of states in their external relations: immunities and privileges of state organs and of the state. En M. Sorensen (ed.), *Manual of public international law* (pp. 381-468). Macmillan.
- FERRER, Francisco. (2015). [Comentario al artículo 2472]. En J. H. Alterini (dir. gral.), *Código Civil y Comercial Comentado: tratado exegético* (t. 11, pp. 646-647). La Ley.
- LEE, Luke T. (1961). *Consular law and practice*. Praeger.
- OYARZÁBAL, Mario J. A. (2024). *Derecho internacional privado para diplomáticos*. APSEN-CARI.
- TRILLO, José M. (2005). Funciones notariales de los cónsules argentinos: la ley 404 base para la reforma del reglamento consular. *Revista del Notariado*, (882). 73-80.
- Uzal, María E. (2005, 08/07). Apostillas sobre la reciprocidad en el artículo 4 de la ley de concursos, las transferencias de fondos y la prueba del derecho extranjero. *La Ley*, (t. 2005-D).
- (2016). *Derecho internacional privado*. La Ley.

