

Revista Notarial **981** MAY AGO

Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires **2016**

Fundada el 1 de agosto de 1894 - Decana de América

Director

Eduardo Gabriel Clusellas

Comité de redacción y referato

Mariano Costanzo

Gastón R. di Castelnuovo

Elba Frontini

María Rosa del Milagro Martín

Nicolás Agustín Soligo Schuler

Marcela Haydée Tranchini de Di Marco

Marcelo Eduardo Urbaneja



Consejo Directivo 2016 / 2018

Presidente	Leopoldo Bernard
Vicepresidente 1°	Emilio Eduardo Ballina Benites
Vicepresidente 2°	Carlos María Morello
Secretario de Gobierno	Marcelo Néstor Falbo
Secretaria de Relaciones Institucionales y Cultura	Otilia del Carmen Zito Fontán
Secretario de Asuntos Previsionales	Juan Esteban Fal
Secretario de Aportes	Daniel Mayo
Secretaria de Relaciones Profesionales	Elba Frontini
Secretaria de Administración	María Silvina González Taboada
Tesorero	Bruno Maugeri
Protesorero	Ignacio Javier Salvucci
Consejeros	Leandro Horacio Atkinson María del Carmen Ayarra Martín Hernán Bruzzo Juan Ignacio Cavagna Alberto León de Cano Gastón Renato di Castelnuovo Ramiro María Flores Alejandro Alberto Glaría Pablo Carlos Guerrero María Cristina Iglesias Federico Lallement Juan Martín Méndez Delia María Miranda María Florencia Peries Paola Julieta Pierri Haydée Sabina Podrez Yaniz Federico José Rodríguez Acuña Nilda Cecilia Saling Patricia Elena Trautman María Luciana Villate
Decano Honorario del Notariado Bonaerense	Natalio P. Etchegaray

Delegaciones del Colegio de Escribanos

- AZUL** Marcela Marta Voiscovich (Vicepresidente 1° a cargo de la Presidencia)
Av. 25 de Mayo 545 - (B7300FXF) - Tel. (02281) 43-2998 - Fax 43-0313
- BAHÍA BLANCA** Marina Gabriela Arana
Belgrano 252 - (B8000IJF) - Tels. (0291) 452-2953 / 453-9849 - Fax 454-5624
- DOLORES** Jorge Ignacio Cambet
Buenos Aires 536 - (7100) - Tel. (02245) 44-7699 - Fax 44-3637
- JUNÍN** Walter César Schmidt
General Paz 28 - (B6000FKB) - Tel. (0236) 443-2509 - Fax 443-3799
- LA PLATA** Mirta Gladys Negrelli
Calle 48 N° 716 - (B1900AND) - Tel. (0221) 482-9601 - Fax 483-5484
- LOMAS DE ZAMORA** Alicia Noemí Broccardo
Avda. Meeks 420 - (B1832DEJ) - Tels. (011) 4244-1453 / 6403 / 6408 - Fax 4292-3359
- MAR DEL PLATA** Juan Manuel Area
Avda. Independencia 2190 - (B7600DIR) - Tel. / Fax (0223) 493-6612 / 495-3649
- MERCEDES** Miguel Ángel Queirolo
Calle 18 N° 730 e/ 29 y 31 - (B6600HJT) - Tel. (02324) 42-4738 - Fax 42-7480
- MORÓN** Diego Daniel de San Pablo
San Martín 283 - (B1708IHE) - Tel. / Fax (011) 4629-8658 / 4628-8243 / 4627-5093
- NECOCHEA** María Nélide Dómina
Calle 65 N° 2755 - (B7630HLY) - Tel. (02262) 43-1482 - Fax 42-5385
- NUEVE DE JULIO** Guillermo Martín Álvarez
Avda. Libertad 836 - (B6500EVV) - Tel. (02317) 42-2123 - Fax 42-4138
- PERGAMINO** Alberto Oscar Fernández
Leandro N. Alem 623 - (B2700LHM) - Tel. (02477) 42-3971
- SAN ISIDRO** Pablo Augusto Villola
Chacabuco 484 - (B1642CHF) - Tels. (011) 4743-2052 / 3629 - Fax 4732-0862
- SAN MARTÍN** Mariano Ignacio Socin
Calle 91 (San Martín) N° 1834 - (B1650BEF) - Tels. / Fax (011) 4752-6132
4713-0333 / 4755-5630
- SAN NICOLÁS** Eugenia Inés Zarranz
Calle de la Nación 219 - (B2900AAE) - Tel. (0336) 442-5821 - Fax 442-4522
- TANDIL** Juan Manuel García
Gral. Martín Rodríguez 453 - (B7000AOI) - Tel. (0249) 442-5734 - Fax 444-3422
- TRENQUE LAUQUEN** María del Rosario Paso
Avda. Leandro N. Alem 172 (B6400BBO) - Tel. (02392) 42-2105 - Fax 42-5970

Áreas y Comisiones Asesoras

PRESIDENCIA / *Leopoldo Bernard*

Comisión de Imprenta

Presidente: Alejandro Omar Etchart.
Miembros: Mercedes Rosa Pérez, Raúl Armando Olocco, Diego Ariel Hollmann, Juan Manuel Area, Rubén Diego Martín Cavagna, Carlos Federico Ballestrin, Analía Josefa Mangas y Braulio Adrián Gil.

Taller de Producción Gráfica

Universidad Notarial Argentina

Consejo Federal del Notariado Argentino

VICEPRESIDENCIA 1º / *Emilio Eduardo Ballina Benites*

Comisión de Bibliotecas

Presidente: Armando Luis Arcone.
Miembros: Silvia Beatriz Salem, Nilda Beatriz Rosa, Nora Mabel Georgieff, Carla Fiori, Ana Clara Diana, Graciela Beatriz Curuchelar y Lila Gimena Couso.

Comisión de Regularización Dominial

Presidente: Marcela Marta Voiscovich.
Miembros: Cecilia Cuitiño, Luis César Marinelli (h), María Isabel Ludevid, Esteban Bedoya, Selene Eva Posteraro Sánchez, Pedro Salvador Cozza, Julio Hernán Draque y Juan Luis Cadierno.

Comisión de Vivienda Social y Trabajo Oficial

Presidente: Ana Laura Bastián.
Miembros: Gustavo Pedro Cruz, Juan Pablo Berné, Consuelo Cerisola, María Delia González Gil, Liliana Olga Cossini, Florencia Gómez, Marcos María Badillo y Francisco Alejandro Chicote.

Departamento de Registros Especiales

Centro Institucional de Mediación

Biblioteca Jurídica Central "Dalmacio Vélez Sarsfield"

Fundación Editora Notarial

VICEPRESIDENCIA 2º / *Carlos María Morello*

Comisión de Bancos

Presidente: Jorge Alejo Pandini.
Miembros: Alejandro Nicolás Loyacono, Natalia Blasi Bucciarelli, Emmanuel Miguel Ojeda Georgieff, Daniela Paula Magnoni, Sebastián Mariano Dusserre, Julio Ricardo Graham, Silvia Gabriela Giler y Javier Fernando Delgado.

Comisión de Seguros

Presidente: Gonzalo Ricardo Arizmendi.
Miembros: Diego Gustavo Giacomelli, Ricardo Hugo Clavijo, Domingo José Bacchiega, Carlos María Insúa (h), María Cecilia Sardi, Nicolás Alejandro Ruzzante y Ramón Tabaré Canicoba.

Archivo de Actuaciones Notariales

Asesoría Notarial Personalizada

Departamento de Inspección General

Inspectores de Regularización Dominial

Tribunal de Regularización Dominial

SECRETARÍA DE GOBIERNO / *Marcelo Néstor Falbo*

Comisión de Asuntos Fiscales y Administrativos

Presidente: Nicolás César Máspoli.
Miembros: Fernando Esteban Lagae, María Susana Eyra Villar, María Cecilia Gutiérrez, Jorge Daniel Biglieri, Sebastián Lassalle, Brígida Gloria Raffo, Valeria Débora Bezruk y Jorge Horacio Concepción.

Comisión de Concursos

Presidente: Raúl Félix Martínez.
Miembros: Mariana Ronchetti, Virginia Hilda Baccini, Ignacio Daniel Fioramonti, Susana Rubí Brizuela, Claudio Federico Rosselli, María Cecilia López, Fabiana Balzano Scioletta y Estela María Zubiaurre.

Comisión de Derecho Registral

Presidente: Adriana Nélide Abella.

Miembros: Alejandra Cruz, Andrés Martínez (h); Carina Pérez Lozano, Mariela Gatti, Mariano Castelucci, Marcelo Eduardo Urbaneja, Zulma Aurora Dodda, Augusto Pablo Mariño Galasso y Esteban Pedro Morán

Grupo de Asesores Registrales

Coordinadora: Susana Mabel Surace.

Miembros: Mariángeles Lavin, Pablo Adrián Álvarez, María del Carmen Kiricos, Mónica Rosalía Corti, Mario Germán Bordenave, Viviana Rita María Pellegrino de Scotto Lavina, Carlos Martín Pagni, Luis Felipe Basanta, Sonia Mabel Cardozo, Verónica Estela Storti, Mariana Armendariz, Alfredo Ceferino Troilo Marcos, Ana Antonieta Lavecchia, Gabriela Alejandra Vaccaro, Milena García, Julio Sebastián Ugalde y Guillermo Borges.

SECRETARÍA DE RELACIONES INSTITUCIONALES Y CULTURA /

Otilia del Carmen Zito Fontán

Comisión de Derechos Humanos

Presidente: Marcela Viviana Spina.

Miembros: María Fernanda Cabeza, Estela María Falocco, René Carlos Casas, Lucas Martín Del Grosso, María Lucía Cajarville, Diana Andrea Sueldo, María Andrea Sánchez Negrete y Marta Mabel Inorreta.

Comisión de Extensión Cultural

Presidente: Kelina Dinet López.

Miembros: Norma Elena Sanz, Gabriela Cecilia Sabio, Elsa Susana Turdó, María Victoria Casas, Matías Scandroglio, Patricia Mónica Etchego-

yen, Verónica Galiana, Ariadna Florencia Eva Torchia y Anibal Heber Espinosa Viale.

Comisión de Personas Jurídicas

Presidente: Elina Inés Carreira.

Miembros: Osvaldo Natalio Togni, María Alejandra Borelli, Vilma Claudia Rosello, María Florencia Moussou, Diego Hernán Corral, Silvia Rosa Enseñat, Elisa Verónica Morello y Augusto Zuelgaray.

Convenio con la Fundación Æquitas**Personas jurídicas y Ente Provincial****SECRETARÍA DE ASUNTOS PREVISIONALES / *Juan Esteban Fal*****Comisión de Atención de la Salud**

Presidente: Pablo Alejandro Di Giano.

Miembros: Patricia Urbina, María Carolina Méndez, Fernando Alfredo Villagarcía, Marcia Inés Della Rosa, Cora Fidela Ocampo, María Florencia Segura, Guillermo Aníbal Longhi, Miguel Ángel Queirolo, Martín Guerrieri, María Nélide Dómina, Natalia Martínez Dodda, Nelly Olga López, Mónica Esther Saluppo, Evelyn Elke Steinhaus, Gustavo Alfredo Silva y Raúl Alberto Borges.

Miembros: Ada Gramolini, Laura Susana Montani, Susana María Wallace, Néstor José Zaccardi, Horacio Ramón Iribarren, Omar Agustín Piaggio y Rebeca Waisman.

Comisión de Préstamos y Turismo

Presidente: Pedro Abel Ilarregui.

Miembros: Eugenia Irene María Bagnoli, Martha Menéndez de Uria, María del Carmen Gaudino, Gustavo Emanuel Mittica, Fernando Volpe, Juan Pedro Calou, Daniel Cristian Franco y María del Rosario Paso.

Comisión de Jubilaciones y Subsidios

Presidente: Ana Lía Diana.

SECRETARÍA DE APORTES / *Daniel Mayo***Comisión de Aportes**

Presidente: Maximina Zabala.

Miembros: Eduardo José Bras, Joaquín Alberto Otero, Julia Alvarado, Alicia Noemí Broccardo, Soledad Daniela Hassan, Carlos Fabián Munin, Marina José Catania y Elena Silvia Ugalde.

Comisión de Interpretación de Arancel y Facturaciones Notariales

Presidente: María de los Ángeles Pablos.

Miembros: Verónica Echeverría, María Alejandra Valero, Alicia Susana Salvatore, César Mariano Carleschi Gil, María Emilia Chalela, María Fernanda Lorenzo Mendy, Silvia Rosa Martirelli y María Mercedes Braga Fusta.

SECRETARÍA DE RELACIONES PROFESIONALES / *Elba Frontini*

Comisión de Capacitación y Jornadas

Presidente: Norma Elena Ciuro de Castello.
Miembros: Maricel Hermida, Delfina Etchart, Sandra Fabiana Mazziotta, María del Pilar Llorens, Mónica Juana Bolontrade, Mariana Rospide, Julieta Ema Oriol y Carolina Elvira Boltiansky.

Comisión de Comunicaciones

Presidente: Adriana Myrtha Sosa.
Miembros: María Ana Mendía, Lorena Suanno, Gonzalo Matías Vásquez, María Eugenia Grebol, Paula Analía Ortiz de Zárate, Aurelio García, Patricia Edith Montes y Mariana Patricia Melchiori.

Comisión de Legislación y Jurisprudencia

Presidente: Franco di Castelnuovo.
Miembros: María Losardo, Karen Maína Weiss, Sebastián Justo Cosola, Santiago Falbo, Mariana Hefling, Andrea Fernanda Salvini, Karina

Vanessa Salierno, Elda Fernández Cossini y Eugenia Inés Zarranz.

Comisión de Noveles

Presidente: Sofía Teresa Scotti.
Miembros: Aldana Barrueco, Brenda Antollini, Santiago Martín Taborda, Agustín Carlos Omar, Andrés Esteban Sabelli, Bárbara María Ríos y María de las Mercedes Lynn Berecibar.

Sistema Orgánico de Información Notarial (SOIN)

Directora: Adriana Copes.
Subdirectora: Patricia Elena Trautman.

Boletín Informativo

Directora: Patricia Elena Trautman.
Colaborador: Emilio Eduardo Ballina Benites.

Revista Notarial

Director: Eduardo Gabriel Clusellas.

SECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN / *María Silvina González Taboada*

Comisión de Deportes y Recreación

Presidente: Juan Manuel Espil.
Miembros: Matías Manuel Castro, Fernando Agustín Pino, Fiorella Pía Cacace, Fernando Javier Larre, Joaquín Castro Feijóo, Juan Manuel García Migliaro, Luis María Flores y Jorge Antonio Corral Costoya.

Comisión de Personal y Administración

Presidente: Pablo Héctor Morrone.
Miembros: Gustavo Aníbal Bras, Eduardo Raúl Bertoglio, Marcela Elisabet Pizarro, Leticia Emma Garelo, Diego Daniel de San Pablo, Alfredo Patricio Street y Graciela Sanmarco.

TESORERÍA / *Bruno Maugeri*

Comisión Especial Registral

Titulares: Sebastián Sureda Lago, Gabriela Figueroa y Diego Luciano Carbajal.
Suplentes: Carlos Enrique Ressa, Esteban Rafael Tisnés y María Eugenia Monarca.

Cocozza, Fernando de Salas y Andrés Joaquín Cristóbal Passeggi Aguerre.

Comisión de Informática

Presidente: Pablo Oscar Galletti.
Miembros: Gastón Javier Bavera, Federico Travascio, Valeria Lourdes Dorantti García, Luciano José Loraschi, Rosario Zabala, María Natalia Sequeiro, Pablo Alexander Balero Reche y Enrique Javier Jonas.

Comisión de Finanzas

Presidente: Pablo Hugo Migueles.
Miembros: Esteban Rafael Morcillo, Julián Matías Castro, Jorge Alberto Mateo, Nicolás Cavagna, Maximiliano Molina, Salvador Antonio

PROTESORERÍA / *Ignacio Javier Salvucci*

Comisión de Hacienda

Florencia Squirru; Santiago Francisco Oscar Scattolini, Jorge Ignacio Cambet, Fernando Gabriel Sánchez, Marisa Alejandra Martín, Gustavo Martín Gortari, Juan Pablo González Fortini, Paula Mariana Marelló, Marcelo Eduardo Solari del Valle Ferrari, Mariano Costanzo, Eduardo Mario de Jesús Rivarola, Rubén Santiago Stradiot, Santiago Luis Vassallo, Guillermo Agustín Lagier, Teresa María de los Milagros Gasparín,

Silvia Marcolín de Raimondi y Eduardo Atilio Brizuela.

Comisión de Edificios

Presidente: Diego Leandro Molina.
Miembros: Julio César Antollini, Mabel Eulalia Rodríguez, Marta Catalina Loidi, María Beatriz Aguirre, Esteban Horacio Colabella, Pablo Augusto Villola, Mariano Martín Guerra y Mauricio Rodolfo Esponda.

Organismos Notariales

ARCHIVO DE ACTUACIONES NOTARIALES

CENTRO INSTITUCIONAL DE MEDIACIÓN

Directora: Nilda Cecilia Saling

Secretaria: Graciela Sanmarco

Tesorera: Norma E. Ciuro de Castello

CENTRO NACIONAL DE NÓMINA DE ESCRIBANOS Y DE ANOTACIÓN DE SANCIONES

Directora: Marta Raquel López

DEPARTAMENTO DE REGISTROS ESPECIALES

(Registro de Testamentos, Registro de Rúbrica de Libros de Consorcios de Copropietarios - Ley 13.512 y Registro de Actos de Autoprotección)

Directora: Marta Raquel López

Subdirectora: Claudia Maceroni

DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN GENERAL

Inspectora General interina:

Olga Haydée Arreseygor

Cuerpo de inspectores:

Beatriz Mercedes Albizuri, Juan Pablo

Alegre, Ana María Bucciarelli, Carlota

Caracciolo, María Cristina Catalano,

Francisco Alejo Roberto Domínguez

Journet, Silvia Elena Doratti, Federico

Ricardo Gastaldi, Julieta Glaría,

Oscar Rodolfo Leggeri, María Antonia

Maggi, Hilda Julia Manzanal, Luis

Alberto Milani, Virginia Milani, Horacio Tiburcio Molina, Ana María Oneto, María Teresa Pellegrini, Jorge Alberto Pollono, Martha Susana Torre y Gladys Edith Verzeri

FUNDACIÓN EDITORA NOTARIAL

Comité Ejecutivo

Presidente:

Leopoldo Bernard

Vicepresidente y Director Ejecutivo:

Emilio Eduardo Ballina Benites

Secretaria:

María Silvina González Taboada

Tesorero:

Bruno Maugeri

Vocales:

María del Pilar Llorens Rocha y

Eduardo Gabriel Clusellas

TRIBUNAL ESPECIAL DE CONTROL DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS RNRD

Miembros:

Silvia Marcolin

María del Rosario Paso

Osmar Ariel Pacho

Universidad Notarial Argentina



CONSEJO DIRECTIVO

Rectora

Cristina N. Armella

Vicerrectora

Adriana N. Abella

Secretaria

Malvina Julia Zalabardo

Prosecretario

Jorge Raúl Causse

Tesorero

Leopoldo Bernard

Vocales

Norberto R. Benseñor

Alejandro D. Míguez

Consejo Consultivo Honorario

Augusto Mallo Rivas

Néstor O. Pérez Lozano

Guardasellos

Jorge F. Dumón

Doctores Honoris Causa

Rafael Núñez Lagos (†)

José María Mustapich (†)

Carlos Alberto Pelosi (†)

Juan Vallet de Goytisolo (†)

Aquiles Yorio (†)

Alberto Villalba Welsh (†)

Carlos Cossio (†)

Ángel Martínez Sarrión (†)

Mauro Cappelletti (†)

Manuel Fraga Iribarne (†)

Augusto Mario Morello (†)

Eduardo M. Favier Dubois (P) (†)

Jorge Horacio Alterini

Luis Moisset de Espanés

Félix A. Trigo Represas (†)

Sedes:

Avda. 51 N° 435

(B1900AVI) La Plata

Calle Guido 1841

(C1119AAA) Buenos Aires

Organismos con sede en el Colegio

TRIBUNAL NOTARIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Período 2014 - 2016

Presidente:

Mirta Clara Bercovich

Miembros Titulares:

Elsa Susana Turdó de Das Neves Vargues

Alicia Rosa Maida de Vaccaro

Miembros Subrogantes:

María Cristina Iglesias

María del Carmen Ayarra

Víctor Adrián Stankievich

ASOCIACIÓN DE JUBILADOS Y PENSIONADOS NOTARIALES

Presidente: Adelina Consentino

Vicepresidente: Carlos Martín Queirel

Secretario: Juan Carlos Placente

Prosecretaria: Beatriz Alejandra López
Cafasso

Tesorero: Héctor Arsenio De Nardo

Protesorera: Raquel Norma Rodríguez

Vocales titulares: Romeo Di Piero, Dora
Rosa Mc Britton, Leyla Leonor Palumbo,
Alicia Beatriz Rabuffetti

Suplentes: Alicia Mabel Dentone, Nancy
Lucrecia Soria, Rubén Darío Barriviera,
Beatriz Gladys Castrillo.

Revisores de cuentas: Titulares: Amelia
Teresita Pérez Amendolara, Graciela An-
gela Laura Ruspil, Alba Graciela Micheletti

Suplentes: Juana Francisca Del Pino,
Beatriz Ercilia Damonte

REVISTA NOTARIAL ES MIEMBRO DE LA ASOCIACIÓN DE LA PRENSA TÉCNICA ARGENTINA

Distinciones recibidas:

Accésit al Premio APTA - RIZZUTO año 1967 en la Categoría Revistas Especializadas

Premio APTA - RIZZUTO año 1974 a la Mejor Publicación Científica Argentina

Premio APTA - RIZZUTO año 1995 a la Trayectoria en la Categoría Publicaciones Científicas

Segundo Accésit al Premio APTA - RIZZUTO año 1999 en la Categoría Publicaciones Científicas

Premio APTA - RIZZUTO año 2004 en Reconocimiento a la Trayectoria por sus 110 años de apari-
ción ininterrumpida al servicio del periodismo especializado

Primer Accésit APTA - RIZZUTO año 2008 en la Categoría Revistas pertenecientes a Instituciones

Segundo Accésit APTA-RIZZUTO año 2012 en la Categoría Tapas

Sumario **981**

mayo - agosto 2016

DOCTRINA	Unidades complementarias en el Código Civil y Comercial de la Nación	323
	<i>Marcela H. Tranchini</i>	
	Las obligaciones divisibles e indivisibles en el Código Civil y Comercial	337
	<i>Esteban Daniel Otero</i>	
	Instrumentos públicos en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina	353
	<i>Adriana N. Abella</i>	
	El balance en la Ley General de Sociedades	385
	<i>Daniel García</i>	
	Acerca de la inexistencia de "incapaces" de ejercicio en el derecho privado argentino	403
	<i>Alicia B. Rajmil</i> <i>Luis Rogelio Llorens</i>	
	Locación y leasing	417
	<i>Nicolás A. Soligo Schuler</i>	
	Conjuntos inmobiliarios	423
	<i>Marcelo de Hoz</i>	

CONGRESOS Y JORNADAS	En torno a la unipersonalidad y las sociedades no constituidas según los tipos previstos y otros supuestos. Panorama actual	437
	<i>Franco di Castelnuovo Elda Fernández Cossini</i>	
	La capacidad, la minoridad y el principio de razonabilidad notarial	487
	<i>Sebastián Justo Cosola</i>	
	Estatuto de disciplinamiento y capitulaciones	535
	<i>Karen M. Weiss Gastón A. Zavala</i>	
JURISPRUDENCIA	RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL NOTARIAL Presunta falta de ética	585
INFORMACIONES	XVIII Jornada del Notariado Novel del Cono Sur	595
	<i>Salto, Uruguay, 26 al 28 de mayo de 2016</i>	
	XXXII Jornada Notarial Argentina	603
	<i>Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 24 al 26 de agosto de 2016</i>	

Los conceptos vertidos en los artículos firmados representan la opinión de sus autores, no comprometiendo la posición institucional del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

Unidades complementarias en el Código Civil y Comercial de la Nación

Marcela H. Tranchini

SUMARIO: 1. Consideraciones generales. 2. Características de las unidades complementarias. 3. Consecuencias de la caracterización de las unidades. 4. Interpretación de las facultades del dueño respecto de las unidades complementarias. 5. Las cocheras como unidades complementarias (apuntes de teoría y práctica). 6. Reflexión final.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La unidad complementaria no estaba prevista en la ley N° 13.512 sino en reglamentaciones catastrales y registrales locales.

Es el caso de las cocheras, bauleras, depósitos e incluso lavaderos y tenderos. La unidad complementaria es un conjunto de superficies cubiertas, semicubiertas o descubiertas comunicadas entre sí, pero que carecen de la independencia de las unidades funcionales pues, precisamente, están destina-

das a servir las o complementarlas¹. En algunas demarcaciones se las designa con letras y en otras con números romanos.

Con el argumento de que la prohibición sólo surgía de las legislaciones locales y que a éstas les estaba vedado prohibir facultades del consorcista que debían estar consagradas en la normativa de fondo, en las transferencias de dominio o en la constitución de derechos reales se admitió la disposición de las unidades complementarias a terceros no propietarios de unidades funcionales y, a la inversa, que el propietario se desprendiera de la unidad funcional y mantuviera el dominio sobre su complementaria². Por nuestra parte sostuvimos que: “No se nos escapa que esta restricción administrativa de orden local, por su propia índole, encontraría un lugar adecuado en una futura reforma de la ley de fondo, pero no menos cierto es que ellas son asumidas por los particulares al otorgar el reglamento que, de tal manera, se autolimitan. Es el titular de dominio (o los condóminos) del terreno quien al decidir la afectación al régimen puede escoger si los sectores destinados a cocheras o a bauleras, serán configurados como unidades funcionales o complementarias, o aún si se ubicarán en sectores comunes, en la medida que se cumpla con los recaudos exigidos por las normas locales”³.

1 A título de ejemplo, la Dirección de Catastro de la Provincia de Entre Ríos, en sus “Normas para la ejecución de mensuras y su registro o aprobación documental ante la Dirección de Catastro”, Capítulo VI, da la siguiente definición de unidad complementaria: “...6. 1. 2. Definiciones: (...) d- Unidad Complementaria: Es el conjunto de superficies cubiertas, semicubiertas o descubiertas comunicadas entre sí, que por su naturaleza intrínseca, no pueden constituir una Unidad Funcional, ya que su uso debe complementar a alguna de estas últimas existentes en el edificio, debiendo forzosamente unirse a alguna o algunas de ellas para formar una unidad de dominio exclusivo. No pueden ser objeto de tal dominio por personas que no sean al mismo tiempo titulares dominiales de alguna Unidad Funcional. Por lo dicho anteriormente las Unidades Complementarias son las destinadas a Servicios accesorios de Unidades Funcionales...”

2 En contra, VILLARO, Felipe P. “Derecho Registral Inmobiliario”, en *Función Notarial*, tomo 2, Natalio P. Etchegaray coordinador, Astrea, 2010, pág. 239. Entendía sobre la base del régimen anterior, con argumento en el art. 1197 del Código Civil y art. 19 de la Constitución Nacional, que no se puede obligar al adquirente de una unidad funcional a que adquiera la complementaria asignada a ella, como tampoco exigir al transmitente de una unidad funcional a que la enajene a un tercero. No obstante la fuerza del argumento, aun antes de la sanción del Código Civil y Comercial sostuvimos que: “...la cuestión debe ser planteada desde otra óptica. En cuanto al enajenante, porque no puede desconocer el reglamento en el que se consignó la restricción de la unidad y que es parte integrante de su título. En cuanto al adquirente, por cierto que no está compelido a aceptar la unidad funcional junto con la complementaria y por tanto no le queda más que buscar otra alternativa en el mercado inmobiliario” (“Edificios con distintos destinos en materia de propiedad horizontal (con particular referencia a los espacios guardacoches)”, Lexis Nº 0003/015214, Suplemento Jurisprudencia Argentina, 24/11/2010).

3 TRANCHINI, Marcela H. En *Función Notarial*, Natalio P. Etchegaray coordinador, Astrea, 2010.

Si alguna duda cabía albergar antes de la sanción del código, parece que la cuestión ha quedado definitivamente clausurada con las categóricas disposiciones de los arts. 2039 y 2045.

El Código Civil y Comercial, siguiendo al proyecto de 1998⁴, luego de introducir el concepto de unidad funcional en el art. 2039, en el segundo párrafo aclara que: “La propiedad de la unidad funcional comprende la parte indivisa del terreno, de las cosas y partes de uso común del inmueble o indispensables para mantener su seguridad, y puede abarcar una o más unidades complementarias destinadas a servirla”.

Esa idea de que las unidades complementarias son aquellas que están al servicio de la unidad funcional, exhibe su principal consecuencia en el art. 2045, cuando aclara que: “La constitución, transmisión o extinción de un derecho real, gravamen o embargo sobre la unidad funcional, comprende a las cosas y partes comunes y a la unidad complementaria, y no puede realizarse separadamente de éstas”.

Decía JORGE ALTERINI, con relación a igual disposición del proyecto de propiedad horizontal de 1992⁵ que: “El objeto del derecho de propiedad horizontal, proyectado sobre la unidad funcional, abarca tanto las partes comunes como las unidades complementarias. Nadie podrá sostener seriamente ya que se puede negociar la unidad complementaria separadamente de la unidad funcional”.

Sin embargo, una norma incompatible con este esquema parece desprenderse del art. 2056, inc. k, que al referirse a las cláusulas que debe contener el reglamento, dispone sobre la: “...determinación de eventuales prohibiciones para la disposición o locación de unidades complementarias hacia terceros no propietarios”.

Este y otros temas (teóricos y prácticos) vinculados a las unidades complementarias trataremos en el presente, con la mira puesta en los cambios introducidos por la nueva codificación, tema al que nos referiremos en el presente estudio.

2. CARACTERÍSTICAS DE LAS UNIDADES COMPLEMENTARIAS

El propietario de una unidad funcional puede ser titular de una o más unidades complementarias, tal como se desprende del art. 2039. A su vez cada

4 El CCyC, según se expresa en los “Fundamentos”: “...tomó una cantidad de normas del Proyecto de 1998”. A su vez este proyecto sigue los lineamientos del proyecto de ley de propiedad horizontal de 1992, que fue incluido en el proyecto de la Comisión Federal de 1993.

5 ALTERINI, Jorge H. “La propiedad horizontal”, *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, abril-junio de 1993, N° 83, págs. 329 a 343.

unidad complementaria puede pertenecer en condominio a dos o más titulares de unidades funcionales, o incluso a todos ellos; en este caso no estamos frente a cosas y partes comunes⁶, sino frente a un condominio.

Sus características son:

a) En cuanto a su vínculo con la unidad funcional al momento de otorgar el reglamento

Estas unidades, aunque en vínculo inescindible con la unidad funcional, no se asignan necesariamente a una unidad funcional específica, sino que depende de lo que se acuerde en el reglamento. Así puede ocurrir que en el reglamento las unidades complementarias lo sean de determinadas unidades funcionales (por ejemplo, la unidad complementaria "A" lo es de la unidad funcional "Uno"; la unidad complementaria "B", de la unidad funcional "Dos", etc.), o que esa vinculación ocurra con posterioridad al otorgamiento de aquel cuando se adquiere una unidad funcional y una complementaria, por ejemplo: Pedro compra la unidad funcional "Uno" y la unidad complementaria "A". En suma, en el origen (reglamento de propiedad horizontal) pueden o no estar vinculadas a una unidad funcional determinada, aunque todo ello, claro está, depende de las regulaciones locales. Obsérvese que la nota que las normas catastrales piden colocar en los planos de propiedad horizontal, es la siguiente: "Las Unidades Complementarias detalladas en esta planilla no pueden ser objeto de un dominio exclusivo sino por titulares de alguna de las unidades funcionales del edificio. Esta circunstancia obligatoriamente deberá constar en el Reglamento de Copropiedad y Administración y ser transcripta en todas las escrituras traslativas de dominio". Es decir, se exige que pertenezcan a titulares de una unidad funcional, pero no a una determinada.

b) En lo que respecta al nexo jurídico con las unidades funcionales

Conviene distinguir la relación de "inseparabilidad" que media entre las partes privativas y comunes, del vínculo de "accesoriedad" que hay entre la unidad funcional y la complementaria.

Del art. 2037, que define a la propiedad horizontal a través de su objeto, se desprende claramente el vínculo entre las partes privativas y las partes comunes. El derecho real de propiedad horizontal recae sobre una unidad funcional

6 Conf. PAPAÑO, Ricardo J.; Kiper, Claudio M.; Dillon, Gregorio A. y Causse, Jorge A. *Derechos Reales*, tomo III, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990, pág. 21.

(parte privativa o exclusiva) consistente en pisos, departamentos, locales u otros espacios, y su proyección en las cosas y partes comunes (art. 2039). Las cuotas o partes ideales representan el derecho que se atribuye a cada propietario respecto de los sectores y partes comunes. El art. 2056, inc. f, alude a la "parte proporcional indivisa" en la propiedad horizontal⁷.

Ambos sectores conforman un objeto único en el que confluyen distintas facultades. La última parte del art. 2037 califica como interdependientes e inescindibles a las diversas partes del inmueble y a las facultades que sobre ellas tienen los propietarios.

La relación inescindible entre partes propias y comunes lleva a que en: "...la constitución, transmisión o extinción de un derecho real, gravamen o embargo sobre la unidad funcional" comprenda necesariamente a las cosas y partes comunes y no pueda realizarse separadamente de éstas (conf. art. 2045, segundo párrafo). Es lo que, en otros términos, disponía el tercer párrafo del art. 3º de la ley Nº 13.512.

La conformación de un objeto complejo pero único conduce a que sólo las partes privativas, por su aptitud para funcionar independientemente y pertenecer a propietarios distintos, tengan identidad registral y catastral propias. En cambio, las partes comunes -aunque descritas en el plano carecen de tales atributos- no tienen designación, como sí ocurre con las unidades funcionales o complementarias, y tampoco son objeto de matriculación en el registro de la propiedad.

De la vinculación entre la unidad complementaria y la funcional a la que sirve, no debe predicarse su inescindibilidad o inseparabilidad, sino el carácter accesorio de la primera con referencia a la unidad funcional a la que sirve.

La unidad complementaria es accesoria a la o las unidad/es funcional/es. Así están concebidas en las normas catastrales locales y en los planos de propiedad horizontal⁸, pues tienen por objeto asistir a las unidades funcionales añadiéndoles a éstas la posibilidad de mayores beneficios. Por ello los reglamentos contienen como restricción la nota que se indicó al comienzo, que debe reproducirse en el respectivo reglamento de propiedad horizontal, lo que impide a sus titulares transmitir las a personas ajenas al edificio.

Las unidades complementarias son accesorias en el sentido expuesto por el art. 230, primer párrafo del CCyC ya que, no obstante su individualidad, se hallan relacionadas de tal manera con las unidades funcionales que no es po-

7 Para profundizar sobre este tema remitimos a nuestro comentario a los arts. 2039 a 2043, en los que se desarrollan las características del objeto exclusivo y del objeto común.

8 A título de ejemplo, en la Provincia de Entre Ríos, las "Normas para la ejecución de mensuras y su registro o aprobación documental ante la Dirección de Catastro de Entre Ríos", capítulo VI.

sible concebirlas sin la existencia de éstas. Por ello es que un edificio puede estar sólo integrado por unidades funcionales pero nunca exclusivamente por unidades complementarias. Del mismo modo que el objeto exclusivo puede estar integrado sólo por una unidad funcional o una unidad funcional y una complementaria, pero no exclusivamente por una unidad complementaria.

c) En cuanto al carácter parcial de la accesoriedad. Actos jurídicos de los que pueden ser objeto las unidades complementarias

La accesoriedad predicada no es total, tal como sostuvimos en el régimen anterior (y ahora se desprende del art. 2056, inc. q): "...pues nada obsta a que el titular de la unidad complementaria -salvo que ello esté prohibido en el reglamento-, constituya derechos reales de disfrute o dé en arrendamiento o comodato la unidad complementaria a terceros ajenos al consorcio, sin hacer lo propio con su unidad funcional"⁹. En definitiva, se trata de la prevención que resulta del art. 230:

d) En punto a su identidad y determinación

Ahora bien, la accesoriedad impuesta a la unidad complementaria no implica en manera alguna negar su individualidad¹⁰, su carácter independiente, entendiendo por tal la aptitud para funcionar autónomamente de acuerdo a su destino. Por ello es que, al igual que las unidades funcionales, deben estar determinadas en el reglamento (art. 2056, inc. b) y corresponde asignarles una proporción de dominio (art. 2056, inc. f). Asimismo sus titulares tienen a su cargo el pago de expensas comunes (art. 2056, inc. k).

e) En cuanto a la registración

La registración de estas unidades tiene ciertas peculiaridades según la jurisdicción de que se trate. Así, el decreto N° 2080/80 (t.o. 1999) establece acertadamente que: "Las unidades complementarias no son susceptibles de ser registradas en forma independiente sino vinculadas como accesorias de

9 TRANCHINI, Marcela H. Ob. cit. Conf. SING, Víctor. "La unidad complementaria en el acontecer registral", *Revista del Notariado*, N° 818, págs. 769 a 780. HIGHTON, Elena I. *Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pág. 86.

10 HIGHTON, Elena I. y Wierzba, Sandra. En Areán, Beatriz. *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, tomo 5, Bueres, Alberto J. director, y Highton, Elena I. coordinadora, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, pág. 39. Refieren que la accesoriedad no implica negarle, a la cosa que reviste tal carácter, su individualidad.

una unidad funcional, con excepción del supuesto en el que se transmitan a quien fuere titular de una unidad funcional en el mismo edificio, o la adquiera simultáneamente. En tal caso, la unidad complementaria quedará asignada a la funcional de propiedad del adquirente” (art. 117). En suma, sin negarles identidad, por su carácter accesorio se las vincula técnicamente con determinada unidad funcional, practicando las notas respectivas. En cambio, el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires no calificaba la enajenación de la unidad complementaria en forma separada de la unidad funcional, ni menos, a la inversa. De tal manera, existe un sinnúmero de transmisiones en las que la unidad complementaria termina siendo de propiedad de terceros ajenos al consorcio, sea porque se les enajenó directamente o porque quien era titular de la unidad funcional se desprendió de ésta, manteniendo la titularidad de la unidad complementaria sin ya pertenecer al consorcio. Si la situación podía justificarse en el marco del régimen anterior, ahora debe adoptarse el criterio de la mayoría de las jurisdicciones locales que tienen similar postura a la del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal.

3. CONSECUENCIAS DE LA CARACTERIZACIÓN DE LAS UNIDADES

Como resultado de las características señaladas, debe colegirse que:

a) El titular de la unidad funcional no puede transmitirla sin hacer lo propio con la unidad complementaria, a menos que al mismo tiempo transmita ésta última a otro titular de una unidad funcional del mismo edificio, o la destine a complementar otra principal que ya tiene o adquiere en el mismo acto¹¹.

b) La unidad complementaria no puede transmitirse en forma independiente de la unidad funcional a la que accede, excepto para convertirse en complementaria de otra unidad funcional del edificio.

c) La unidad complementaria no puede hipotecarse en forma independiente de la unidad funcional ya que, en caso contrario, cabría la posibilidad de que en el juicio hipotecario sea adquirida por terceros ajenos al consorcio¹².

11 En este sentido, el art. 4° de la disposición técnico registral N° 2/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires dice: “A los efectos del artículo 2045 del C.Civ, se admitirá que la enajenación de la unidad funcional no comprenda la o las unidades complementarias que le acceden cuando estas se transmitan en forma previa o simultánea a favor del titular o titulares de otra unidad funcional del mismo edificio. Igual criterio se seguirá en el supuesto de previa o simultánea vinculación de la o las unidades complementarias con una unidad funcional cuyo dominio pertenezca al disponente”.

12 Así se resolvió que no procede la toma de razón en el registro de la propiedad inmueble de las hipotecas constituidas sobre los espacios destinados a guarda de automóviles

4. INTERPRETACIÓN DE LAS FACULTADES DEL DUEÑO RESPECTO DE LAS UNIDADES COMPLEMENTARIAS

Es de hacer notar que mientras el art. 2045 sigue a su fuente, en el proyecto de 1998, el inc. q. del art. 2056 es una novedad del nuevo código.

Ahora, si tratamos de componer el art. 2045 en cuanto dispone que la "constitución, transmisión o extinción de un derecho real, gravamen o embargo sobre la unidad funcional, comprende a las cosas y partes comunes y a la unidad complementaria, y no puede realizarse separadamente de éstas", con el inc. q del art. 2056 que exige que en el reglamento se determinen: "...las eventuales prohibiciones para la disposición o locación de unidades complementarias hacia terceros no propietarios", rápidamente se advierte una contradicción ya que la letra de este último parece admitir que mientras no se prohíba en el reglamento, el titular de la unidad complementaria puede "disponer" de ella a favor de un tercero no propietario de otra unidad funcional en el inmueble.

Ahora, hemos dicho que las unidades complementarias por su propia caracterización no pueden enajenarse en forma independiente de la unidad a la que acceden, a menos que se lo haga a favor de un propietario de otra unidad del inmueble. Tampoco pueden hipotecarse ni embargarse sin hacer lo propio con la unidad funcional. Sí, en cambio, admitimos derechos reales de disfrute o personales como la locación o el comodato.

El fundamento de esta diferenciación en cuanto a facultades prohibidas y permitidas radica en que las unidades complementarias nacieron como una respuesta a la necesidad de que algunas unidades sirvan a otras unidades del mismo inmueble, lo que conduce a que ellas no puedan ser de titularidad de terceros ajenos al consorcio. Esa necesidad que parte de la propia naturaleza de las unidades complementarias es atendida en el art. 2045. En cambio, en el inc. q del art. 2056 el legislador tuvo en miras satisfacer otra necesidad: la problemática específica que se da en el seno de los consorcios, respecto de la posibilidad de que terceros no propietarios usen y gocen de las unidades

ubicados en el sótano del edificio y sobre un baño que está en la planta baja del edificio sometido al régimen de la ley N° 13.512, por cuanto se trata de partes complementarias o accesorias de la cosa principal no susceptibles de ser hipotecadas (arts. 2º, 3º -apartado 3-, 4º, y 14 de la ley; y arg. art. 3110 CC). Además, como el consorcio ha establecido que esas unidades sólo pueden ser objeto de dominio exclusivo por los titulares de las unidades funcionales, si se advirtiera la constitución del citado gravamen podría ocurrir que resulte violada la citada norma, ya que en caso de ejecución cabría su adquisición por terceros ajenos al consorcio al venderse en subasta pública (CNCiv, Sala D, autos "Wuille-Bille, Horacio A.", La Ley, 10/7/1973, fallo N° 69.154, T. 151; *Revista del Notariado*, N° 730, julio-agosto de 1973, pág. 1587. Por el mismo fundamento tampoco podría embargarse separadamente de la unidad funcional a la que acceden.

complementarias y que han llegado a los tribunales¹³. La polémica se suscita entre el propietario que quiere arrendarlas y el consorcio que quiere resguardar la privacidad y seguridad del inmueble. Y entonces resolvió que si no está prohibido en el reglamento, esas facultades pueden ejercerse.

Es cierto que es criticable el uso de la palabra “disposición”, pues la facultad de disposición jurídica alude precisamente a la transmisión o constitución de derechos reales, que son los actos referidos en el art. 2045 a fin de prohibirlos respecto de la unidad funcional en forma separada de la complementaria.

De manera que cabe interpretar que las facultades a las que se refiere el inciso mencionado son las correspondientes a los derechos reales de disfrute, pero en manera alguna alcanza a la transmisión del dominio horizontal, consideración que se ve reforzada por el añadido de la locación, que es precisamente el que guarda paralelismo con ellos (particularmente con el usufructo) en el marco de los derechos personales. Admitir lo contrario, esto es, que si el reglamento lo permite pueden transmitirse a extraños al consorcio, significaría tanto como decir que las complementarias pueden funcionar por sí mismas, por lo cual dejarían de ser tales para equipararse justamente a las funcionales¹⁴.

13 “Recondo Guillermo Horacio c/ Consorcio de Propietarios Avenida Santa María de Tigre 6385 s/ cumplimiento de reglamento”, SCBA, 2/7/2010, confirma la sentencia de cámara que aceptó como razonable la limitación impuesta por el reglamento de copropiedad a la libre locación de las amarras de propiedad del actor: “...pues la urbanización de marras se encuentra sometida al régimen de propiedad horizontal y, por ende, al reglamento de copropiedad y administración del consorcio, a lo cual se aduna la naturaleza complementaria de las unidades a las que pertenecen las discutidas amarras, particularidades éstas que fueron debidamente recogidas por el tribunal para aceptar como razonable la limitación a la libre locación de tales amarras”.

14 Es coincidente la opinión de ALTERINI, Jorge H.; y Alterini, Ezequiel I. *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, tomo X, Nelson A. Cossari director, Ed. Thomson Reuters, en comentario al art. 2045: “Asimismo, se predica la misma inseparabilidad respecto de las unidades complementarias (v. gr., cochera o baulera) que pudieran ser anejas a la unidad principal. Es decir, que si la cochera o baulera están ligadas a otra unidad como complementaria de la misma no podrían realizarse los actos enunciados separadas de ésta.

Respecto de las unidades complementarias, esto no es del todo exacto, dado que el art. 2056, inciso q), reza que el reglamento de propiedad horizontal puede contener la determinación de eventuales prohibiciones para la disposición o locación de unidades complementarias hacia terceros no propietarios. En consecuencia, no habría óbice para que se constituyan derechos personales, e incluso reales, sobre la unidad funcional en favor de terceros consorcistas en forma separada de la unidad funcional. Incluso, de no haber prohibición y si la unidad complementaria tuviera características tales que permitan su separabilidad material es concebible la constitución de derechos reales de disfrute o personales respecto a terceros e incluso de anticresis”.

5. LAS COCHERAS COMO UNIDADES COMPLEMENTARIAS (APUNTES DE TEORÍA Y PRÁCTICA)

Utilizaremos indistintamente las expresiones cochera/s, espacio/s guardacoches y garaje, entendiendo por tales el sitio o lugar destinado a guardar uno o más automóviles en un inmueble sometido al régimen horizontal. En las normas catastrales la palabra más frecuente para aludir al destino de una unidad funcional o complementaria es “cochera/s”.

Dejando de lado el supuesto en que todo el edificio sometido al régimen horizontal esté dispuesto para cocheras establecidos como unidades funcionales, nos ocuparemos de aquellos que tienen un destino mixto (viviendas/oficinas/locales comerciales y cocheras).

El primer aspecto que debe considerarse es el relativo a su configuración desde el punto de vista del objeto del derecho real de propiedad horizontal. Así, los espacios guardacoches pueden estar configurados como: partes privativas, sean unidades complementarias o unidades funcionales; o como partes comunes, de uso común de todos los consorcistas, o de uso exclusivo de algunos de ellos.

Dado el límite de nuestro trabajo nos ocuparemos de las cocheras conformadas como unidades complementarias.

Pueden darse dos supuestos:

Primer caso

Unidades complementarias independientes entre sí y susceptibles de pertenecer a distintos consorcistas. Cada una generalmente tiene espacio para un automóvil (las normas municipales fijan sus medidas mínimas). Pueden pertenecer a distintos titulares siempre que lo sean también de unidades funcionales del edificio. Todas las unidades funcionales pueden tener como accesoria una complementaria o sólo algunas, si el número no es equivalente.

Este supuesto no presenta problemas desde el punto de vista del objeto pues cada espacio con el mencionado destino tiene entidad catastral y registral y se refleja en el reglamento como se indica a continuación:

“CLAÚSULA...: DESTINO DE LAS UNIDADES: Las unidades complementarias ‘A’ a ‘O’ a cocheras; las unidades funcionales dos a cuarenta y tres, a vivienda familiar; y la unidad uno, a local de negocio”.

Segundo caso

Unidad complementaria de grandes dimensiones que pertenece en condominio a todos o algunos de los consorcistas. Se trata de una unidad de gran

tamaño que tiene espacio para albergar un buen número de vehículos. Si bien puede pertenecer al titular de una unidad funcional, usualmente corresponden en condominio a todos o a algunos de los propietarios de unidades funcionales, de acuerdo a un número de espacios guardacoches.

En tales casos se adquieren partes indivisas. Si, por ejemplo, se adquiere una treinta y seis avas parte indivisa de una unidad con destino a cochera, debe entenderse que en ese ámbito hay espacio para treinta y seis automóviles.

Generalmente las cláusulas del reglamento lo consignan como de indivisión forzosa. Consideramos que el art. 2004 CCyC referido a la indivisión forzosa perdurable sobre accesorios indispensables, es plenamente aplicable al supuesto en estudio, pues se dan todos los requisitos impuestos en ella: a) dos inmuebles pertenecientes a propietarios distintos, en el caso los propietarios de las unidades funcionales; b) condominio sobre cosas accesorias: la unidad complementaria en condominio es accesorio a las unidades principales; c) afectación como accesorios indispensables al uso común: la unidad complementaria está destinada a las necesidades de las unidades funcionales, en interés de las cuales ella ha sido dejada indivisa (arg. art. 2714 CC). Las normas relativas al uso de este gran espacio suelen estipularse en un reglamento interno. Pero fuera de esas normas la organización básica de estas cocheras, debe establecerse en el reglamento.

A su vez consideramos tres variantes:

a. Caso de unidad sin asignación de lugares predeterminados para los vehículos

Este supuesto requiere de un reglamento interno que ordene el desplazamiento de los vehículos, pues su ubicación irá variando de acuerdo al orden de ingreso y, por lo regular, será necesario un dependiente de los condóminos para colocar y moverlos.

“CLÁUSULA...: UNIDAD GUARDACOCHES: La Unidad Complementaria... con destino cochera ubicada en el primer subsuelo podrá pertenecer a dos o más titulares de unidades funcionales del edificio y constituirá un condominio de indivisión forzosa de conformidad al artículo 2004 del Código Civil y Comercial de la Nación. Cada consorcista tendrá una porción indivisa no inferior a una treinta y seis avas parte. En ella podrán guardarse hasta treinta y seis automóviles de tamaño grande. Para el cómputo del voto de esta unidad en la asamblea sus condóminos deberán unificar representación; si no lo hicieren se calculará su participación en la proporción que le corresponde a la unidad complementaria con relación al valor del conjunto del edificio. Las expensas comunes y demás gastos que correspondan a esta unidad se cobrarán separadamente a cada condómino. La mora de alguno de ellos no

dará lugar a la aplicación de multas o intereses punitivos a los restantes, pero éstos responderán solidariamente por los gastos y expensas impagas y su actualización. Los condóminos otorgarán un reglamento interno por mayoría de condóminos en todo lo relativo al uso y goce de esta unidad”.

b. Caso de unidad con asignación de lugares establecidos para los vehículos

Se trata de una partición de uso y goce que se determina en un croquis o sobre el mismo plano de propiedad horizontal que se agrega a la escritura, de manera que no tiene entidad catastral ni registral; su reflejo registral es el de una unidad en condominio.

“CLÁUSULA... UNIDAD GUARDACOCHEAS: La Unidad Complementaria... con destino cochera ubicada en el primer subsuelo podrá pertenecer a dos o más titulares de unidades funcionales del edificio y constituirá un condominio de indivisión forzosa de conformidad al artículo 2004 del Código Civil y Comercial de la Nación. Cada consorcista tendrá una porción indivisa no inferior a una treinta y seis avas partes. Para cada parte indivisa se fija una parte material de uso y goce exclusivo de conformidad al artículo 1987 del Código mencionado, las que se individualizan en el croquis que se agrega y del que resultan las cocheras identificadas con los números 1 al 36, correspondiendo la guarda de un automóvil tamaño mediano por cada una de ellas. Se prohíbe ceder o transferir este derecho salvo a otros titulares u ocupantes de unidades del edificio. Para el cómputo del voto de esta unidad en la asamblea sus condóminos deberán unificar representación; si no lo hicieren se calculará su participación en la proporción que le corresponde a la unidad complementaria con relación al valor del conjunto del edificio. Las expensas comunes y demás gastos que correspondan a esta unidad se cobrarán separadamente a cada condómino. La mora de alguno de ellos no dará lugar a la aplicación de multas o intereses punitivos a los restantes, pero éstos responderán solidariamente por los gastos y expensas impagas y su actualización. Los condóminos otorgarán un reglamento interno por mayoría de condóminos en todo lo relativo al uso y goce de esta unidad. ESTA CLÁUSULA DEBERÁ CONSTAR OBLIGATORIAMENTE en las escrituras traslativas de dominio de las unidades funcionales en las que, además, se adquiera una parte indivisa de esta unidad complementaria con la asignación de la cochera que le corresponde.”

c. Caso de unidad con asignación de lugares establecidos para los vehículos a determinadas unidades funcionales

“CLÁUSULA... UNIDAD GUARDACOCHE: La Unidad Complementaria... con destino cochera ubicada en el primer subsuelo podrá pertenecer a dos o más titulares de unidades funcionales del edificio y constituirá un condominio de indivisión forzosa de conformidad al artículo 2004 del Código Civil y Comercial de la Nación. Cada consorcista tendrá una porción indivisa no inferior a una treinta y seis avas partes. Dicho espacio es adjudicado en USO EXCLUSIVO, de conformidad al croquis que se agrega y forma parte integrante de este Reglamento, a las siguientes Unidades Funcionales: Unidad Funcional 3, Cochera 1; Unidad Funcional 6, Cochera 2; Unidad Funcional 7, Cochera 3; Unidad Funcional 10, Cochera 4 (...) (*sigue la enumeración*) y Unidad Funcional 2, Cochera 36, correspondiendo la guarda de un automóvil tamaño mediano por cada una de ellas. Para el cómputo del voto de esta unidad en la asamblea sus condóminos deberán unificar representación; si no lo hicieren se calculará su participación en la proporción que le corresponde a la unidad complementaria con relación al valor del conjunto del edificio (*este último párrafo supone que el valor del voto en las asambleas corresponde al valor proporcional de cada unidad con relación al conjunto del edificio*). Las expensas comunes y demás gastos que correspondan a esta unidad se cobrarán separadamente a cada condómino. La mora de alguno de ellos no dará lugar a la aplicación de multas o intereses punitivos a los restantes, pero éstos responderán solidariamente por los gastos y expensas impagas y su actualización. Los condóminos otorgarán un reglamento interno por mayoría de condóminos en todo lo relativo al uso y goce de esta unidad. ESTA CLÁUSULA DEBERÁ TRANSCRIBIRSE OBLIGATORIAMENTE en las escrituras traslativas de dominio de las unidades funcionales comprendidas en el presente.”

6. REFLEXIÓN FINAL

Es evidente que los operadores jurídicos debemos sopesar las consecuencias que se desprenden de la inclusión de las unidades complementarias en el Código Civil y Comercial. La más importante, sin dudas, es que no puede sostenerse la posibilidad de transmitir la unidad complementaria a terceros ajenos al consorcio.

Doctrina

Debe asesorarse a quien va a someter a propiedad horizontal, entre otras cuestiones y sobre todo cuando de cocheras se trata, respecto del diverso tratamiento que resulta de configurarlas como unidades funcionales o como unidades complementarias, lo que dependerá de las características y de la ubicación del inmueble.

También, en el caso de complementarias, sobre todo las destinadas a cocheras, informar sobre la necesidad de prohibir en el reglamento de propiedad horizontal la constitución de derechos reales o personales de disfrute, si es que desean resguardar la privacidad y seguridad del inmueble

Si del título de propiedad del transmitente o del certificado registral resulta que una unidad complementaria está vinculada a la unidad principal que se desea enajenar, el notario debe asesorar sobre la necesidad de que la operación involucre a ambas, salvo que el transmitente lo sea de otra unidad del edificio.

La mayoría de los registros reflejan la vinculación de las unidades funcionales con las complementarias y ese es ciertamente, a partir de la sanción del nuevo código, el camino correcto.

Las obligaciones divisibles e indivisibles en el Código Civil y Comercial

Esteban Daniel Otero

SUMARIO: I. Introducción. II. Breves nociones generales. III. El criterio de divisibilidad. El objeto prestacional como núcleo de análisis. IV. La pluralidad de sujetos como presupuesto para la clasificación sobre la divisibilidad. V. Convenciones sobre divisibilidad e indivisibilidad de las obligaciones. VI. Relaciones subjetivas entre deudores y acreedores. VII. Epílogo.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la promulgación del nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) no se han desplegado aún conflictos que pongan en tela de juicio las disposiciones que regulan las obligaciones divisibles e indivisibles. Si bien puede apuntarse de modo apriorístico y con acierto que el tiempo transcurrido -apenas un año- no puede tomarse como una muestra definitiva o seria que pueda definir el acierto de las nuevas normas en la materia, lo cierto es que el esquema que incorpora el CCyC parecería en alguna medida ser superador por su técnica legislativa de su antecesor velezano. Es por eso que brevemente reflexionaremos sobre el marco y las principales disposiciones regulatorias correspondientes, a fin de que sirvan como un humilde aporte a un rápido y práctico entendimiento de sus efectos.

Para ello valdrá rememorar brevemente el marco antecedente que nos rigió durante ciento cuarenta y seis años, para luego adentrarnos en el régimen actual. A partir de la sanción del CCyC se innovó, en cierta medida, en la metodología para clasificar y regular algunos aspectos relacionados con el régimen obligacional. Así ocurrió con el tratamiento de las obligaciones divisibles e indivisibles. La novedad vino de la mano de su tratamiento en una sección especial, a diferencia del tratamiento que VÉLEZ había efectuado dentro del capítulo de “Obligaciones con relación a su objeto”.

II. BREVES NOCIONES GENERALES

Es sabido ya que la discusión sobre el objeto, su naturaleza y su extensión ha sido un tema cargado siempre de opiniones controvertidas, tanto en el ámbito de su relación con las obligaciones como en cuanto a su carácter de elemento esencial de los contratos. Así, la distinción sobre el objeto de las obligaciones, de las prestaciones y de los contratos como tres estamentos vinculados pero diferenciados, ha llevado a concluir en doctrinas bien diferenciadas (MOSSET ITURRASPE¹, STIGLITZ²). En ese orden de ideas, resulta saludable la política legislativa aplicada al nuevo ordenamiento, en tanto evita incurrir en este plano polémico, dando una entidad diferenciada al tratamiento de la divisibilidad de las obligaciones para desarrollar luego, a lo largo del articulado pertinente, una semblanza más integradora en cuanto a los efectos y su vinculación con la incorporación de los sujetos negociales en ese tratamiento.

No es que VÉLEZ hubiera equivocado el camino, ya que para entonces había hecho notar sus profundas diferencias con la doctrina francesa -que seguía las enseñanzas de POTHIER³-, por entender que esta última escuela incorporaba la intelectualidad como criterio de divisibilidad. De esta manera, siguió la enseñanza de FREITAS, quien a su vez había basado su postura en las leyes de partida y del derecho romano.

Es este tratamiento el que habilita también a que la divisibilidad se adecue más cabalmente sobre la base de distinción en relación con la prestación debi-

1 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, pág. 224.

2 STIGLITZ, Rubén. *Contratos Civiles y Comerciales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 325.

3 POTHIER, Robert J. *Tratado de las Obligaciones*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Oficial, México, 2002.

da⁴ (criterio objetivo), diferenciado totalmente del plano subjetivo de divisibilidad, es decir, sujeto en su clasificación a la voluntad de partes.

En virtud de los antecedentes brevemente expuestos, la ubicación y el tratamiento que el CCyC refiere para estas clases de obligaciones, podemos explorar y definir los siguientes aspectos sobre los criterios para determinar la divisibilidad obligacional y sus efectos, que tratamos a continuación.

III. EL CRITERIO DE DIVISIBILIDAD. EL OBJETO PRESTACIONAL COMO NÚCLEO DE ANÁLISIS

El criterio central de divisibilidad se asienta sobre el indispensable análisis del objeto prestacional. Como advertimos inicialmente, existen discrepancias sobre la conceptualización del objeto. Particularmente sostendremos nuestro análisis sobre la opinión que entiende que el objeto prestacional es el núcleo o eje sobre el cual gira la idea de divisibilidad, ya que es el contenido, y con ello la actividad que conlleva el cumplimiento obligacional donde se centra la aptitud para el fraccionamiento de la obligación. Es por esa aptitud señalada que, tal como lo afirman PIZARRO y VALLESPINOS⁵, la obligación puede ser clasificada como divisible o indivisible, es decir, pasible de ser fraccionada y como tal, con la posibilidad de ser cumplida parcialmente, en el primer caso; o inhábil para ser cumplida sino es de modo entero e íntegro, en el segundo supuesto.

Es por ello que bien apunta el art. 805 CCyC que la divisibilidad se determinará a partir de la susceptibilidad de las prestaciones de ser cumplidas parcialmente. En el mismo orden de ideas, pero en sentido inverso, a su vez el art. 813 CCyC señala que la indivisibilidad se constituye cuando el cumplimiento de la obligación no puede ser parcial. Puede verificarse que en ambas disposiciones se acude a la idea de *cumplimiento*, a la vez que ese cumplimiento es caracterizado o analizado desde el punto de su *aptitud*. Los dos conceptos señalados son esenciales para determinar el carácter eminentemente material que el código consagra como criterio de divisibilidad, a la vez que permite integrar, como se verá más adelante, el aspecto subjetivo integrativo de la clasificación, a la vez de comprender que el cumplimiento implica también *utilidad* en términos económicos y jurídicos. Dicho de otra manera, la materialidad no

4 LLAMBÍAS, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, tomo II-A, 7ª edición, Abeledo Perrot, actualizado por Patricio J. Raffo Benegas, Buenos Aires, 2012, pág. 405.

5 PIZARRO, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G. *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, tomo 1, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 522.

se limita solamente a la idea de dividir en porciones, de modo netamente aritmético, sino que de esa división resulte garantizada la entidad económica de la prestación. Por otro lado, la prestación así considerada resulta primordial como actividad que vincula al deudor con el acreedor⁶. De allí lo esencial de apuntar en la definición a la idea de *cumplimiento*.

Tal es la contundencia del concepto de divisibilidad que el art. 808 CCyC consagra además que cada parte divisible de la deuda constituye una prestación independiente de las restantes partes. Esta característica se extiende aun al caso de insolvencia de uno de los deudores, por lo que impedirá que los restantes deudores deban responder ante los acreedores por aquella.

En el mismo orden de ideas, a partir de lo expuesto, el art. 806 CCyC establece que para que la obligación sea divisible, deben concurrir los siguientes requisitos en relación a la prestación que constituye su objeto:

a) ser materialmente fraccionable, de modo que cada una de las partes tenga la misma calidad del todo;

b) no quedar afectado significativamente al valor del objeto, ni ser antieconómico su uso y goce.

Como puede apreciarse, ambos aspectos anticipados en este trabajo quedan consagrados normativamente de modo claro y bien delimitado. El primero apuntará a la homogeneidad como requisito. Esta se sintetiza en la calidad de las prestaciones parciales de modo que, como tales, sean identificables en ese aspecto con la prestación total. Es útil a tal fin acudir a la conceptualización que abrigaba el art. 2326 CC, en el que disponía en cuanto a la clasificación de cosas divisibles que eran aquellas que podían dividirse y a partir de ello: "...cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma". Por lo tanto, se pretende que la finalidad perseguida por el acreedor de obtener el entero de la prestación se cumpla cabalmente, sin por ello mutar su naturaleza o esencia prestacional. El criterio de divisibilidad atenderá entonces a la *aptitud* del objeto debido de ser satisfecho por partes, de manera que cada parte conserve proporcionalmente las cualidades e integre, en definitiva, el valor del todo⁷.

El art. 814 CCyC consagra este mismo aspecto, entendiendo a la obligación como indivisible cuando esta división material no es posible.

Además, al estar la noción de divisibilidad ligada inescindiblemente al aspecto material de la prestación, se descarta la posibilidad de definir esta cuali-

6 GROSSO, Giuseppe. *Las obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación*, traducido por Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981.

7 LLAMBÍAS, Jorge J. Ob. cit., pág. 406.

dad por el aspecto meramente ideal o intelectual; por lo que la obligación nunca será divisible por la sola determinación de las partes si no puede ser dividida materialmente.

Por otra parte, el inc. b del art. 806 CCyC descripto anteriormente completa el cuadro de requisitos ratificando que, además de la homogeneidad, la divisibilidad corresponde siempre que a partir de ella no quede afectada negativamente la prestación en términos económicos, es decir, evitando restar valor en términos patrimoniales a la prestación a raíz de la divisibilidad.

Asimismo, en materia de indivisibilidad se señalan supuestos particulares que el Código Civil y Comercial califica como indivisibles. Obviamente, por lo expuesto precedentemente, la nómina no puede interpretarse como taxativa sino más bien como casos de indivisibilidad especialmente considerados.

En ese sentido, el art. 815 CCyC especialmente señala como obligaciones indivisibles:

a) Prestaciones de dar una cosa cierta: el criterio de indivisibilidad se apoya y circunscribe al bien debido. En consecuencia, al ser el objeto de la prestación una cosa cierta, por su naturaleza se presume su indivisibilidad y como tal, el cumplimiento de la obligación de entrega se verificará por esa circunstancia. Debe entenderse, a *contrario sensu*, que si se pretendiera su parcialización, evidentemente la naturaleza de la prestación y su entidad económica quedaría resentida y afectado así su valor.

b) Prestaciones de hacer: la regla se sustenta en la idea del resultado o la actividad única. No obstante, la pauta no es siempre definitiva, ya que si está sujeta a medida, esta podrá parcializarse sin perder o disminuir su entidad económica pretendida (MACHADO⁸, POTHIER⁹).

c) Prestaciones de no hacer: la finalidad que persigue la obligación de no hacer no resiste un cumplimiento parcial, ya que ello acarrearía que implícitamente se ha incumplido la obligación completa mediante el hacer no querido. Por lo tanto, ese incumplimiento conllevará inevitablemente a entenderse como un incumplimiento total en cuanto a su finalidad, aun cuando pudiera afirmarse que no ha devenido de una actividad desplegada totalmente, al violar parcialmente la omisión obligada.

Sin perjuicio de lo expresado, la doctrina no ha sido uniforme al analizar la posibilidad de clasificar las obligaciones de no hacer. BORDA¹⁰ explica que

8 MACHADO, José O. *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, tomo III, 2ª edición, Librería e Imprenta Europea, Buenos Aires, 1919, pág. 179.

9 POTHIER, Robert J. Ob. cit.

10 BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 452 y 453.

si bien es natural suponer el carácter indivisible de este tipo de obligaciones, no podría descartarse excepcionalmente algún supuesto particular en el que la omisión obligada revista caracteres de divisibilidad. Para ello se remite al comentario de VÉLEZ a la nota del art. 671, en el que toma dos ejemplos mencionados por MARCADÉ y por SAVIGNY.

La regla señalada se define entonces sobre una de las interpretaciones posibles que se habían desarrollado en doctrina, en relación al alcance de la indivisibilidad de este tipo de obligaciones y su disposición emanada del art. 685 CC.

d) Obligaciones accesorias, si la principal es indivisible: resulta del efecto propio de la aplicación de los efectos de la obligación principal, sobre los de la accesoria.

No obstante, en una relación inversa, cuando la relación de indivisibilidad proviene de la obligación accesoria, no se aplica esta disposición. El caso típico que puede experimentarse usualmente se verifica cuando la obligación principal constituida por una suma dineraria -obligación divisible- queda garantizada accesoriamente por una hipoteca constituida a esos efectos, en cuyo caso esta última, por disposición de ley, reviste el carácter de indivisible (art. 2191)¹¹. Así, se ha decidido judicialmente al disponerse que: "Cada uno de los condóminos puede ser demandado y condenado sólo por su deuda, pudiendo exigir la división de la misma si es requerido por el todo, pero si los condóminos hipotecaron conjuntamente, responde como tercero hipotecante por la deuda de los otros (conf. art. 2689 del Cód. Civil)"¹².

Un apartado especial merece el análisis de la denominada indivisibilidad impropia (art. 824 CCyC). La razón de ser de esta particular clasificación se vincula con uno de los caracteres esenciales de esta especie de obligaciones, que es la imposibilidad material de cumplir parcialmente con la prestación, con la particularidad de que para su efectivo y cabal cumplimiento sea necesaria la actividad parcial de cada uno de los deudores obligados. Por lo tanto, no bastará con que uno de los deudores cumpla con su propia prestación, ya que esta siempre estará limitada jurídicamente a la parte de la que es titular por su relación con el objeto de la prestación. Así, la imposibilidad jurídica que le impedirá hacerlo se traducirá en la necesidad de que, a su vez, cada uno de los restantes deudores cumpla con su parte parcial para que el cumplimiento sea total en cuanto a su finalidad económica y jurídica. De ese modo, la indivisibilidad estará presente en tanto y en cuanto el cumplimiento parcial no alcance para determinar su finalidad en sentido estricto. Por eso se afirma que, por un lado, la obligación debe cumplirse íntegramente y de allí su indivisibilidad;

11 Cámara Nacional Civil, Sala C, 26/10/1999, RCyS, 2000-2008.

12 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II, 22/06/2004, Abeledo Perrot, N° 14/134078.

pero para ello será indispensable que cada uno de los deudores, por su relación inherente a una parte indivisa, cumpla con su parte, sin que esa actividad pueda ser suplida por el cumplimiento del resto. Por eso, la obligación quedará incumplida si esta no es satisfecha por la totalidad de los deudores en su proporción¹³. Es esa la entidad y la clasificación de impropia de esta indivisibilidad, ya que así no podrá entenderse por cumplida con la obligación¹⁴. POTHIER llega a la misma conclusión¹⁵ sin clasificarla con esa denominación, sino a partir de un cumplimiento conjunto de todos los deudores.

Tampoco podrá afirmarse que la obligación es divisible, ya que los criterios de divisibilidad dispuestos en el art. 805 y conc. resultan totalmente inaplicables¹⁶.

De allí que ante el reconocimiento de ambos planos (la indivisibilidad y la imposibilidad de cada deudor de cumplir más allá de su parte en la obligación total, que exige un cumplimiento conjunto) lleva a considerar a la mencionada indivisibilidad como impropia.

La obligación de escriturar puede constituirse como un caso típico, a veces, de este supuesto de indivisibilidad impropia en el caso de que los vendedores condóminos deudores de esta prestación queden situados en este cuadro de situación, ya que por un lado cada uno de ellos puede cumplir solamente por la parte que se corresponde con su porción indivisa, pero por otro lado la prestación resulta indivisible debido a que no puede sostenerse verazmente que al comprador le sea económicamente viable y que deba conformarse con la escrituración parcial de las proporciones de los deudores que cumplan. Sin duda alguna en este supuesto la prestación de escriturar afectará directamente la finalidad pretendida del acreedor. Es decir, la escrituración parcial de cada parte indivisa no representará en su proporción, el valor total que obtenga el acreedor sobre la eventual escrituración de la totalidad del inmueble. La Cámara Nacional de Apelaciones de Bahía Blanca tuvo oportunidad de decidir esta cuestión en este orden de ideas: "Siendo la obligación de escriturar, una obligación de hacer (arts. 625, 1185, 1187 CCiv.; 510 y 511 CPCC. Bs. As.) ella conforme el art. 680 código de fondo resulta una obligación indivisible de que las que se califican como impropias o imperfectas, pues para su cumplimiento se requiere la concurrencia de todos los compradores y de todos los vendedores al acto escriturario"¹⁷.

13 Cámara Nacional Civil, Sala H, 08/11/2001, La Ley, 2002-C, 493.

14 PIZARRO, Ramón D. Ob. cit., pág. 552.

15 POTHIER, Robert J. Ob. cit., pág. 193.

16 Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 18/06/2008, DJ, 2008-II-2114.

17 Cámara 1º de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala I, 27/04/2007, "Sánchez, Alberto v. Krujosk, Oscar y otra", Abeledo Perrot N° 70040956.

Finalmente, aun cuando ni el Código Civil ni el actual CCyC determinen reglas de preeminencia o sobre cuál de ambas clasificaciones (divisibilidad / indivisibilidad) resulta ser el principio, es importante la corriente doctrinaria que afirma que la divisibilidad de las obligaciones resulta ser el principio, y la indivisibilidad la excepción. Entre ellos, BORDA¹⁸ explica este principio justificando que, determinada la divisibilidad como regla general, sólo corresponde a partir de ello distinguir dos excepciones: la indivisibilidad y la solidaridad. La primera de las excepciones apunta a su fuente legal y se asienta sobre la aptitud material y la segunda se despliega en el marco subjetivo de la relación que, como tal, puede ser pactada por las partes o bien indicada normativamente. Anteriormente¹⁹ ya habíamos anticipado que no coincidimos en un todo con esta apreciación, en cuanto a la inclusión de la solidaridad como una excepción a la divisibilidad, no tanto por sus efectos, sino por la diferencia que existe entre el concepto de indivisibilidad y solidaridad, que no son coincidentes en sus fuentes y, en consecuencia, ambas clasificaciones se reservan efectos singulares para cada una que no son reproducibles recíprocamente.

IV. LA PLURALIDAD DE SUJETOS COMO PRESUPUESTO PARA LA CLASIFICACIÓN SOBRE LA DIVISIBILIDAD

La regulación de las obligaciones así consideradas centra el criterio de divisibilidad sobre un plano netamente objetivo e integrado en el análisis del objeto prestacional. Sin embargo, esta clasificación tiene utilidad en tanto y en cuanto la división pueda ser invocada en un escenario de pluralidad de sujetos entre quienes pueda designarse cada porción o parte de obligación dividida (cuando se trata de obligaciones divisibles), o bien para determinar la imposibilidad de dividir la obligación ante el mismo esquema de pluralidad de sujetos en el plano deudor y/o acreedor (caso de indivisibilidad). Es decir, de poco sirve determinar el carácter divisible o indivisible de la obligación cuando tanto deudor como acreedor son singulares, por cuanto en tal caso la obligación deberá ser cumplida enteramente por el único deudor a favor del único acreedor.

Por eso se afirma que aun cuando la obligación pudiera ser determinada como divisible en cuanto a su materia, no podría en cambio ser invocada como tal cuando no exista pluralidad en los sujetos.

Esto ocurre porque ambos aspectos de la obligación -objeto y sujetos- generan una inevitable interrelación entre la prestación y las personas que se in-

18 BORDA, Guillermo A. Ob. cit., pág. 453.

19 OTERO, Esteban D. En *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 3, 1^o edición, Astrea-FEN, Eduardo Gabriel Clusellas coordinador, Buenos Aires, 2015, pág. 807.

volucran en el cumplimiento de uno a favor del otro. Por lo tanto, estos planos no se pueden divorciar totalmente en la prestación cuando esta se concibe a partir de los sujetos que la conforman y/o invocan.

De esa inteligencia surge la regla dispuesta en el art. 807 CCyC que reconoce esta interrelación y permite la clasificación sobre divisibilidad solamente para el caso de pluralidad de sujetos. Para ello, la regla determina que ante la singularidad de deudor y acreedor no podrán invocarse los efectos de la posible divisibilidad de la obligación. Por lo tanto, aun cuando la obligación pueda ser entendida como divisible, si el deudor y el acreedor son singulares, no podrán invocarse unilateralmente por el deudor los efectos naturales de la divisibilidad, ya que implicaría violar -ante la falta de acuerdo del acreedor- el principio de integridad del pago consagrado en el art. 869 CCyC.

En esencia, esta imposibilidad para el deudor singular se confirma en el espíritu de la propia esencia de la divisibilidad, ya que si se entendiera a aquel como habilitado a invocar esa divisibilidad, la misma sería útil solamente si existiera consentimiento del acreedor para parcializar el cumplimiento en términos temporales o de plazos y que, como tal, constituye un pacto ajeno al esquema de divisibilidad aludido, por su fuente.

De lo contrario, fuera de ese esquema sería impensable cualquier otra invocación por el deudor sobre la divisibilidad, ya que en todos los casos la partición de la obligación siempre daría como resultado el entero de su cumplimiento por la individualidad del único deudor. Por eso, se ha expresado que: "La divisibilidad o indivisibilidad de la prestación posee importancia cuando concurren una pluralidad de acreedores o deudores, pues si existe un solo deudor y acreedor carece de trascendencia"²⁰.

V. CONVENCIONES SOBRE DIVISIBILIDAD E INDIVISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES

Lo expuesto hasta ahora no impide que las partes de la relación obligacional, cuando hay pluralidad en alguna de sus formas de integración (deudora, acreedora o ambas), puedan convenir o pactar sobre la base distributiva de la divisibilidad (o indivisibilidad) de la obligación.

Así, cuando las obligaciones son divisibles, el art. 808 CCyC consagra el principio de igualdad en la división prestacional. Esta regla contiene en su esencia la supletoriedad de su propia naturaleza, ya que se asienta sobre la suposición de la falta de disposiciones diferentes en el título constitutivo de la deuda.

20 DÍEZ-PICAZO, Luis y Guillón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, 6ª edición, ed. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 161.

Obviamente esta ausencia en la relación particular reafirma como solución residual la división de la deuda en partes proporcionalmente iguales, tanto desde el plano deudor como desde el acreedor.

Por lo tanto, cumplidos los requisitos de divisibilidad que expone el art. 806 CCyC y no encuadradas las partes en el supuesto de inaplicabilidad del art. 807, deudores y acreedores podrán acordar diferentes proporciones para la división de la prestación obligada (art. 958 CCyC). Esta diferencia proporcional en tal caso deberá surgir del título constitutivo. Si bien nada aclara sobre la forma requerida para ella, entendemos que al ser la regla supletoria la división en partes iguales, quien quisiera invocar una proporcionalidad diferente deberá acreditarlo debidamente, estando la prueba de la alegación a su cargo.

Asimismo, analizada la situación desde el plano de la indivisibilidad, la cuestión tiene una solución coherente al espíritu antes dispuesto. En este sentido, el art. 814, inc. b, consagra el carácter indivisible de la obligación por acuerdo de partes, o sea, cuando es convenida.

Detengámonos brevemente en esta hipótesis. Sin duda alguna queda fuera de discusión que, como presupuesto, toda convención sobre indivisibilidad deberá fundarse y aplicarse en un supuesto de relación obligacional a la que legalmente le cabría la categoría de divisible. Por lo tanto, la obligación será considerada idealmente como indivisible. Esta primera afirmación parece obvia y hasta necesariamente evidente, pero el mismo inciso antes señalado determina que, ante la duda sobre el alcance de la convención -entre si esta da el carácter indivisible o solidario a la obligación-, debe interpretarse como regla la solución por la solidaridad. Por lo tanto, será siempre importante determinar que el pacto de indivisibilidad quede claramente redactado y que verse sobre una obligación que naturalmente sería divisible si no existiera acuerdo en contrario, ya que de otro modo, el posible pacto de indivisibilidad sobre una obligación naturalmente ya indivisible podría ser interpretado como solidario.

A su vez, como señalamos precedentemente, esta solución es totalmente coherente con lo normado sobre regulación convencional de las obligaciones divisibles, ya que así como pueden mutar las proporciones de divisibilidad, podría ocurrir como jurídicamente lógico que con el mismo sentido integrador se permitiera que ese pacto de proporcionalidad llegara al punto extremo de la indivisibilidad, es decir, del entero de la prestación.

Obviamente, este pacto de indivisibilidad podría ser eventualmente limitado total o parcialmente si eventualmente la ley dispusiera su indivisibilidad (art. 814, inc. c), aun cuando esto no será una regla absoluta y, en todo caso, quedará a las resultas del carácter supletorio o indisponible de la norma que así lo determine.

VI. RELACIONES SUBJETIVAS ENTRE DEUDORES Y ACREEDORES

Según resulte en el caso de cada relación obligacional -su divisibilidad o indivisibilidad- se pueden advertir diferentes relaciones subjetivas. Estas parten de las pautas supletorias antes definidas, pero no quedan delimitadas a esos específicos efectos, pudiendo darse situaciones particulares disímiles e igualmente legales y eficaces. Las analizaremos brevemente:

a) El deudor de obligación divisible que asume personalmente el pago de la totalidad de la deuda: aun cuando la obligación sea clasificada como divisible, nada impide que uno de los deudores voluntariamente asuma el cumplimiento de la obligación divisible por el todo. En este caso, no podrá personalmente invocar la divisibilidad frente a los acreedores, pero mantendrá el derecho al reintegro por la parte proporcional de cada uno de los codeudores que le reconoce el art. 810 CCyC.

b) Derecho al reintegro del deudor que paga más de lo que correspondía a su parte de la obligación divisible: este derecho surge en dos situaciones reguladas (art. 810 CCyC). La primera, que el deudor conociera que su pago era en exceso de la parte proporcional que le correspondía por efecto de la divisibilidad; o, la segunda, que hubiera abonado demás porque cree ser el deudor del todo o porque el acreedor ya percibió la demasía.

En el primer supuesto, se aplicarán supletoriamente las reglas de la subrogación (arts. 914 y sgts. CCyC). Por lo tanto, el deudor que cumple otra parcialidad que no es la que se le ha impuesto, es tercero respecto de la relación jurídica entre el acreedor de esa prestación parcial y la del deudor que tenía a su cargo el cumplimiento originario, sobre todo porque cada prestación parcial se considera independiente de las restantes (art. 808 CCyC). En consecuencia, el deudor que cumple en exceso pasa a ocupar el lugar del acreedor originario y puede invocar frente al otro deudor todos los derechos y acciones que aquel tenía contra este (arts. 918 y 919 CCyC).

En el segundo caso, en cambio, pueden encontrarse a su vez dos posibles situaciones que quedan alcanzadas por la regulación del inciso: por un lado, que el deudor crea serlo inexactamente por el todo o más de lo que le corresponde cuantitativamente por su porción; y por otro, la situación en la que el deudor cree cancelar la obligación que ya fue cumplida anteriormente, por lo que el acreedor ya había percibido el crédito por esa cuantía. Es evidente entonces que en ambos supuestos no hay causa que sustente el mentado cumplimiento en demasía por el deudor, por lo que deberá aplicarse así la regulación sobre pago indebido (arts. 1796 y sgts. CCyC).

Una situación similar puede llevar a que uno de los acreedores hubiera cobrado demás, en detrimento de la porción de los restantes acreedores. De

allí que el art. 811 CCyC disponga que aquel deberá participar al resto en lo percibido demás, de acuerdo a las reglas reguladas en materia de solidaridad (art. 841 CCyC).

Al mismo criterio de solidaridad se acude también para la regulación del derecho de contribución entre los deudores, cuando la obligación fuera indivisible (art. 820 CCyC).

La inteligencia de la norma deja entrever claramente la distinción clara que el Código Civil y Comercial hace entre los efectos de la divisibilidad y la solidaridad. Esa diferenciación no impide la aplicación supletoria de uno de los mecanismos regulatorios (solidaridad), en casos determinados de divisibilidad. Del mismo modo que lo señalado, esta dinámica normativa se consagra en la regla que dispone que cuando una obligación es divisible y además solidaria, se aplicarán las reglas sobre solidaridad y, específicamente ya en ellas, las que correspondan a la solidaridad activa o pasiva, según dónde se ubique la relación de pluralidad subjetiva. En el mismo orden de ideas, la indivisibilidad nos llevará a una aplicación subsidiaria directa de las normas sobre solidaridad (art. 823 CCyC).

En el terreno de la indivisibilidad obligacional, entonces, cada uno de los acreedores tendrá derecho de percibir el todo a cualquiera de los deudores (art. 816 CCyC). No es éste un escenario de inevitable solidaridad, sino de la calidad propia de la prestación que, al no poder dividirse, no puede menos que cumplirse totalmente. Esa relación de cumplimiento por entero conlleva la facultad de cada deudor de hacerlo lógicamente por el todo (art. 817 CCyC). La explicación a esta consecuencia la señalaba ya VÉLEZ SANSFIELD en su nota al art. 668 CC remitiendo lo desarrollado a lo que sostenía MARCADÉ. Por lo tanto, la facultad del acreedor plural se relaciona con el todo, no por su calidad subjetiva en la relación obligacional, sino por el carácter indivisible y totalizador de esta última. A este fenómeno jurídico se lo denomina *concentración*²¹. Por eso sostiene POTHIER que: "...de aquí nace otra diferencia entre la indivisibilidad y la solidaridad. No procediendo esta de la cualidad de la cosa debida, sino del hecho personal de los codeudores que han contratado cada uno toda la obligación, no solamente esos codeudores son deudores de la cosa por el total, sino que también son deudores *totaliter*"²². A *contrario sensu*: "...tratándose de un litisconsorcio facultativo nada exige la concurrencia indefectible de la totalidad de los sujetos múltiples, salvo la voluntad del acreedor, a quien en la hipótesis de pluralidad de deudores de obligación divisible le asiste el derecho a reclamar a sólo uno o algunos de los codeudores, sin que pueda ser obligado a recabar

21 LLAMBÍAS, Jorge J. Ob. cit., pág. 444.

22 POTHIER, Robert J. Ob. cit., pág. 197.

la citación al pleito de todos ellos, por no haber disposición legal que obligue a la demanda conjunta, sin perjuicio de la eventual limitación que se derive en torno a la oponibilidad de la cosa juzgada”²³.

Por ello también, a partir del cumplimiento específico de un deudor a favor de uno solo de los acreedores, nacerá el derecho del primero a exigir la contribución del resto de los deudores por el valor proporcional que correspondía a cada uno (art. 820 CCyC), como ocurre por ejemplo en el ámbito inmobiliario en la obligación de pago por expensas comunes de una unidad funcional sujeta a condominio²⁴. Para el segundo (el acreedor) nacerá la obligación de participar al resto de los acreedores en términos de valor por cada una de sus respectivas porciones (art. 821 CCyC).

No obstante, otro claro distingo con el régimen de solidaridad se encuentra en el tratamiento de la mora o responsabilidad de un deudor, que no podrá ser invocada a los restantes (art. 819 CCyC) en su perjuicio, así como por otra parte, si bien cualquier acreedor puede liberar a los deudores por medio de la percepción del pago total, será necesaria la unanimidad de los acreedores para extinguir voluntariamente la obligación por transacción, dación o remisión. En estas dos situaciones puede verificarse una clara diferencia con el régimen de solidaridad.

La concentración o efecto totalizador de la obligación indivisible siempre mantendrá, no obstante, su naturaleza y raíz objetiva, relacionada necesariamente con la prestación y no precisamente con la cualidad subjetiva del compromiso. De allí que, incumplida la obligación indivisible, habilitará el correspondiente resarcimiento, el cual como ente genético obligacional de carácter dinerario será divisible pese a su antecedente en contrario, siempre y cuando -claro está- esa obligación a su vez no hubiera sido pactada como solidaria²⁵, marcando aquí otra diferencia en ambos planos de clasificación.

Por otra parte, vale también relacionar la clasificación sobre la divisibilidad de la obligación con la mancomunación como principio presuntivo de la relación plural subjetiva. La solución sobre responsabilidad de cada deudor ya referida más arriba es una clara consecuencia de ello. Por eso puede afirmarse que la indivisibilidad no presume la solidaridad, por lo que en principio (art. 828) debe presumirse el carácter mancomunado de toda obligación, aun la indivisible. Así: “...hay una importante diferencia entre la noción de solidaridad con la de indivisibilidad. En este segundo caso, a diferencia del primero, prima la no susceptibilidad de parcelar la prestación, situación que se mantiene frente a la

23 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 28/05/2003, Abeledo Perrot, N° 14/87872.

24 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala I, 23/11/2010, Abeledo Perrot, N° 70066487.

25 LLERENA, Baldomero. *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, tomo II, Casavalle, Buenos Aires, 1887, pág. 424.

muerte de un coacreedor o de un codeudor solidario. Ello no influye en el funcionamiento de la obligación indivisible, estando los respectivos herederos precisados a reclamar o satisfacer, según el caso, la totalidad de la prestación”²⁶.

Por eso, no puede concluirse que una obligación indivisible en mora pueda extenderse a los restantes, lo que en definitiva ocurrirá en cambio por imperio de la eventual solidaridad que a su vez revistiera la obligación (art. 838 CCyC).

Finalmente, en materia de prescripción, en coherencia con la naturaleza prescricional que funda el criterio de clasificación sobre la divisibilidad, cuando la obligación es indivisible, una vez que esta opera como modo extintivo de la acción, podrá ser invocada por cualquiera de los deudores frente a cualquiera de los acreedores (art. 822 CCyC). En efecto, la indivisibilidad hace que la prescripción declarada alcance a la obligación completa²⁷ sin que las partes puedan pactar lo contrario cuando ese carácter tenga su fuente legal o por la naturaleza de la prestación, creando entonces un vínculo con efectos subjetivos más intensos que la solidaridad.

En definitiva, en este último punto de análisis resulta coherente lo dispuesto en cuanto a los efectos supletorios impuestos en el art. 823 CCyC sobre la aplicación residual de las reglas de las obligaciones solidarias, ya que mientras que con las reglas específicas principales sobre indivisibilidad se apunta a regular esos extremos, en lo que no sea objeto de regla especial sobre la materia, de modo supletorio se acudirá a la normativa de las obligaciones solidarias que por naturaleza serán siempre menos gravosas, evitando así la colisión de posibles e indeseadas normas contradictorias para la materia.

VII. EPÍLOGO

A partir de la breve reseña sobre los caracteres, requisitos y efectos de las obligaciones divisibles e indivisibles, puede sostenerse que mediante una adecuada y correcta armonización se ha alcanzado un sistema normativo en la materia que, a primera intención, parece no encontrar lagunas ni superposiciones de reglas que dificulten la tarea interpretativa.

Por otra parte, la nueva ubicación como clasificación autónoma, a la vez de estar integrada con los esquemas de solidaridad y mancomunación en cuanto a la clasificación subjetiva, permite que la aplicación subsidiaria de un sistema en

26 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala II, 18/11/2003, Abeledo Perrot N° 14/132837.

27 “La suspensión de la prescripción tiene efectos personales, incluso si las obligaciones son solidarias, salvo el caso de las obligaciones indivisibles” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 08/03/2005, “Laboratto, Liliás C. v. Asociación Empleados de Comercio de Azul”, Abeledo Perrot N° 70017413).

el otro complete el abanico de efectos disponibles como broche de la compleja relación interna que se da en cuanto a los efectos de este tipo de obligaciones, tanto entre los deudores y los acreedores -en cada uno de sus frentes-, como en su interrelación plural.

Quedará por verse, con el inevitable transcurso del tiempo, si estas primeras palabras de reflexión sobre esta cuestión confirman estas tempranas percepciones, o bien si nos muestra nuevas situaciones que a la luz de esta flamante codificación merezcan ser reinterpretadas o, aun más, modificadas legislativamente.

Instrumentos públicos en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

Adriana N. Abella

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Enumeración de los instrumentos públicos en el art. 289. 3. Requisitos de validez. 4. Incompetencia en razón de las personas. 5. Presupuestos de validez. 6. Proyección de las normas analizadas en el documento notarial. 7. Circulación del instrumento público. 8. Invalidez del instrumento público por defecto de forma. 9. Testigos en los instrumentos públicos. 10. Eficacia probatoria del instrumento público. 11. Incolumidad formal. 12. Documento público electrónico.

1. INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial de la Nación regula los instrumentos públicos en el libro primero, "Parte General"; título IV, "Hechos y Actos Jurídicos"; capítulo 5, "Actos Jurídicos"; sección 4, "Instrumentos Públicos".

Los autores del anteproyecto dicen en los fundamentos que se consagra la incolumidad formal del instrumento público y se impone una serie de exigencias para su existencia y eficacia.

Es instrumento público el autorizado por un oficial público o agente investido para el ejercicio de la función que actúa en los límites de la competencia, observando las solemnidades que establece la ley, el cual es dotado de fe pública.

Doctrina

A. Clasificación

La doctrina se pronuncia por las siguientes clasificaciones:

Según el agente

1) Instrumentos públicos administrativos

1. De derecho privado: son los autorizados por funcionarios designados para autenticar determinados actos en la esfera de su competencia -verbigracia, actas de registro del estado civil, instrumentos notariales de cónsules y ministros-.

2. De derecho público: son los autorizados por funcionarios a los que la administración pública ha designado para autenticar actos de su competencia -verbigracia, certificados y actas administrativas, expedientes administrativos-.

2) Instrumentos públicos judiciales

Que autoriza el actuario o secretario del juzgado -verbigracia, actas y copias de sentencias-.

3) Instrumentos públicos notariales: cuyo autor es el notario -verbigracia, escrituras, actas, certificaciones-.

La jurisprudencia ha resuelto que: "Tienen carácter de instrumento público no sólo aquellos realizados y firmados por las partes ante los funcionarios públicos, sino también los actos levantados por funcionarios legalmente competentes para hacerlo"¹.

En cuanto a su contenido

1) Documentos administrativos

Resuelven una petición de servicio público y del poder público.

2) Documentos judiciales

Son las sentencias que dirimen controversias y las copias y certificados expedidos por el secretario del juzgado.

1 SCBA, 30/12/1988, autos "Tello de Meneses, Oscar Tomás. Robo y homicidio", f. 35.993.

3) Documentos notariales

Son los instrumentos públicos de mayor importancia para los particulares ya que la intervención del notario garantiza la declaración de voluntad libre en las relaciones jurídicas de derecho privado y previene el litigio².

B. Declaraciones que contiene

Advertimos la importancia que tiene distinguir las declaraciones que contienen los instrumentos públicos.

1) *El instrumento público con contenido de derecho público* contiene una declaración de voluntad derivada de un funcionario público y por ello es indubitada y posee plena eficacia.

2) *El instrumento público con contenido de derecho privado* recepta dos clases de declaraciones: 1) las que efectúa el oficial público, y 2) las declaraciones realizadas por los particulares, que se pueden referir a: a) hechos propios del compareciente y constituyen una confesión, b) hechos ajenos y constituyen un testimonio, y c) las declaraciones sobre actos jurídicos.

2 Ver ABELLA, Adriana; Regis, Ariel. En *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo I, ed. Astrea-FEN, Gabriel Clusellas director, Buenos Aires, 2015. Abella, Adriana. *Derecho Notarial. Derecho Documental*, ed. Zavalía, 2^o edición, Buenos Aires, 2010. Armella, Cristina. *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*, jurisprudencia agrupada y comentada, año 1998. Armella, Cristina. En *Código Civil Comentado*, tomo 2-C, Alberto Bueres y Elena Highton coordinadores, Hammurabi, Buenos Aires, 1999. Highton, Elena; Vitale, Angélica; Abreut, Liliana; Blanco Lara, Ricardo. *La función Notarial en la comunidad globalizada*, ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005. Larraud, Rufino. *Curso de Derecho Notarial*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1966. Orelle, José María. *El acto notarial*, ed. La Ley, Buenos Aires, 2008. Pelosi, Carlos A. *El documento notarial*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1987. Cifuentes, Santos E. *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y Concordado*, tomo IV, ed. Astrea, en Belluscio, Augusto C. director y Zannoni, Eduardo A. coordinador, Buenos Aires, 1982. Cosola, Sebastián. *Forma y prueba del acto*, en *Código civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo 1, La Ley, Rivera, Julio C.; y Medina, Graciela directores, Buenos Aires, 2014. Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil. Parte general*, editorial Perrot, Buenos Aires, 1968. Orelle, José. "De los Instrumentos públicos", en *Código Civil y Leyes complementarias*, tomo 4, 3^o reimpresión, ed. Astrea, Belluscio, Augusto director; Zannoni, Eduardo coordinador, Buenos Aires, 2001. Núñez Lagos, R. "La fe pública", *Revista de Derecho Notarial*, N^o 17 y 18, Madrid, 1957. Núñez Lagos, Rafael. *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1968. Rivera, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, tomo 2, Abeledo-Perrot, 5^o edición, Buenos Aires, 2010. Lacruz Berdejo, José Luis. *Parte general*, Librería Bosch, Barcelona, 1974. Zinny, Mario. *Instituciones de derecho privado*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2008. Zinny, Mario A. *El acto notarial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990.

2. ENUMERACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS EN EL ART. 289

Según el art. 289 CCyC son instrumentos públicos:

a) Las escrituras públicas y sus copias o testimonios

Las escrituras públicas son los instrumentos extendidos en el protocolo de un escribano público o notario, u otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contiene uno o más actos jurídicos.

Las copias o testimonios de la matriz son instrumentos públicos con las características propias del documento público notarial, dotados de validez, eficacia y fuerza ejecutoria. Ella posibilita la circulación del documento. El código admite la sinonimia entre los vocablos *copias* o *testimonios* a fin de terminar con la polémica entre la palabra "copia" que consignan las leyes notariales -al referirse a esta clase de reproducciones- y la palabra "testimonio" que es la utilizada en la práctica forense y notarial³.

b) Los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes

Este inciso comprende a los documentos que mencionan las leyes orgánicas notariales, distintos de las escrituras y las actas reguladas en el código nuevo (verbigracia, las certificaciones, los certificados, los cargos, etc.). También los instrumentos consulares, los administrativos (verbigracia, asientos de registros públicos, certificados, etc.) y los instrumentos judiciales.

c) Los títulos emitidos por el estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme las leyes que autorizan su emisión

Quedan así comprendidos los títulos que son instrumentos oficiales emanados de funcionarios cuyo contenido no es propio de la fe pública, pero por su jerarquía gozan de una presunción de legitimidad y de autenticidad que los habilita para su inclusión en este cuerpo legal como instrumentos públicos. Sin duda ello facilita su circulación y da la credibilidad y la solvencia que merecen los receptores.

3 Las escrituras públicas y las actas y copias están reguladas en el código en la sección 5º, capítulo 5, título IV, del libro 1, en los arts. 299 al 312.

3. REQUISITOS DE VALIDEZ

El CCyC, en el art. 290, enuncia los requisitos de validez del instrumento público en dos incisos:

1) Actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial

La competencia es una aptitud funcional atribuida a un sujeto u órgano para entender con plena eficacia en un asunto dado. BIELSA sostiene que la competencia: "...denota un poder legal atribuido al órgano del Estado o de otra institución por él reconocida, para actuar, decidir o ejecutar en un poder (constitucional) un órgano, sea jurisdiccional o no"⁴. Para CARNELUTTI la competencia es la extensión de poder que pertenece o compete a cada oficio o profesión⁵. El inciso en análisis se refiere a la competencia del oficial público en razón de la materia y del territorio. Para determinar la competencia en razón de la materia, la doctrina sigue dos corrientes, una por exclusión y otra por inclusión. La competencia por razón del territorio es límite de ejercicio de la función pública en un ámbito geográfico.

El funcionario público debe estar investido por la autoridad competente para el ejercicio efectivo de las funciones, ya que sus atribuciones provienen de la ley.

Carecen de validez los instrumentos públicos extendidos por el oficial público fuera de sus atribuciones y fuera de la competencia territorial asignada para el ejercicio de sus funciones, *excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella*.

2) Son requisito las firmas del oficial público, de las partes y, en su caso, de sus representantes; si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos

El código contempla la exigencia de la firma del oficial público como requisito de validez del instrumento. En relación a la firma de las partes, o en su caso de sus representantes, ella es indispensable cuando hay declaración de su voluntad y así manifiestan su conformidad con el contenido del instrumento⁶.

Se regula la firma a ruego en caso que las partes o sus representantes -en su caso- no firman por sí.

4 BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*, tomo 2, Depalma, Buenos Aires, 1947.

5 CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, ed. Jurídica Europea Americana, Buenos Aires, 1959.

6 Se ha inspirado el legislador en el art. 988 del Código Civil derogado.

4. INCOMPETENCIA EN RAZÓN DE LAS PERSONAS

Conforme el art. 291: "Es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asuntos en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad sean personalmente interesados".

En orden a preservar la imparcialidad que debe regir en el ejercicio de la función pública, la ley determina la invalidez del instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados.

LLAMBÍAS, siguiendo a los comentaristas franceses sostiene que se trata de una incapacidad relativa⁷. BORDA dice que es una incompatibilidad por interés directo o parentesco⁸. Para BENSEÑOR se trata simplemente de una prohibición legal o una incompatibilidad semejante a la que tienen los notarios para el ejercicio del comercio o la abogacía⁹. CARMINIO CASTAGNO sostiene que la prohibición contenida en la norma no se dirige al órgano y se trata de una inhabilidad en concreto, el caso configurado es de ilegitimación del agente. Agrega que la ilegitimación es objetivo-relativa (asunto en que él estuviere personalmente interesado) y subjetivo-objetivo-relativa (asunto en que sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados¹⁰). Para PELOSI la prohibición impuesta al notario por el art. 985 CC -hoy art. 291 CCyC con innovaciones que analizaremos-, fundada en el principio de imparcialidad, es un supuesto de incompetencia por razón de las personas que puede ser juzgada por las reglas de la falta de legitimación. Nada obsta a denominarla incompetencia por razón de las personas, aunque el supuesto abstracto de la norma se refiere también al interés personal del autorizante¹¹.

El código en el art. 291, con acertado criterio y respondiendo a sus fines, innova en los siguientes aspectos: 1) incluye expresamente al cónyuge del oficial público; 2) incluye expresamente al conviviente del oficial público; 3) determina que la prohibición de actuar comprende a los parientes consanguíneos

7 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Ob. cit., tomo I, ed. Perrot, 1980, n° 1643.

8 BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*, "Parte General".

9 BENSEÑOR, Norberto. "El interés personal del escribano o de sus parientes. Problemática del art. 985, CC", Seminario Laureano Arturo Moreira, mayo de 2001, tomo II, pág. 7.

10 CARMINIO CASTAGNO, José C. "Teoría general del acto notarial", *Revista del Notariado*, 1973, pág. 17.

11 PELOSI, Carlos A. "El art. 985 del CC", *Revista del Notariado*, N° 723. En igual sentido *Tratado de derecho notarial registral inmobiliario*, ed. Ad Hoc, Armella, Cristina directora, Buenos Aires, 1998.

dentro del cuarto grado y afines hasta el segundo; 4) suprime las excepciones del art. 985 del Código Civil, relativas “a si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas”.

5. PRESUPUESTOS DE VALIDEZ

El art. 292 dice: “Es presupuesto de validez del instrumento que el oficial público se encuentre efectivamente en funciones. Sin embargo, son válidos los actos instrumentados y autorizados por él antes de la notificación de la suspensión o cesación de sus funciones hechos conforme a la ley o reglamento que regula la función de la que se trata. Dentro de los límites de la buena fe, la falta de los requisitos necesarios para su nombramiento e investidura no afecta el acto ni al instrumento si la persona interviniente ejerce efectivamente un cargo existente y actúa bajo la apariencia de legitimidad de su título”.

Para el ejercicio de la función pública el funcionario debe ser investido para el acto. La investidura es el acto administrativo emanado de la autoridad pública competente en la materia mediante el cual el funcionario es puesto en funciones y le otorga la potestad de dar fe.

El acto impone, además de la constancia de admisión, la delimitación de la competencia territorial; y la material deviene de la ley.

La jurisprudencia ha resuelto que: “Los instrumentos públicos son nulos si el oficial público ha perdido su capacidad, como si actúa sin competencia, o cuando no se han llenado las formas legales exigidas de manera que la inobservancia del requisito surja patente del mismo instrumento”¹².

A. Validez de los actos otorgados antes de la notificación del cese de la función

Sin embargo, son válidos los actos instrumentados y autorizados por el funcionario público antes de la notificación de la suspensión o cesación de sus funciones hechos conforme a la ley o reglamento que regula la función de que se trate (art. 292 CCyC, primera parte).

12 SC Mendoza, sala Civil y Comercial, I, 4/7/1984, ED 24/9/1984.

B. Inversión mal concedida o con alguna irregularidad

Por la seguridad jurídica, la ley establece la eficacia plena de los instrumentos que emitiera el oficial público si fue puesto en funciones mediando un procedimiento irregular.

La solución responde a que los particulares no tienen que exigir la acreditación de la designación del funcionario a quien requieran, ni controlar el proceso de discernimiento del cargo público que ejercen. Por el principio de la buena fe, si la persona interviniente ejerce efectivamente un cargo existente y actúa bajo la apariencia de legitimidad del título, no se afecta ni al acto ni al instrumento, por la apariencia.

6. PROYECCIÓN DE LAS NORMAS ANALIZADAS EN EL DOCUMENTO NOTARIAL

Como todo instrumento público, el notarial debe reunir ciertos requisitos que son esenciales para su validez:

- 1) Intervención del notario.
- 2) Capacidad del notario, designado e investido para el ejercicio de la función notarial.
- 3) Competencia: en razón de la materia, del territorio, de las personas y del tiempo.
- 4) Observancia de un rito jurídico o solemnidades prescriptas por la ley¹³.

En las condiciones enunciadas, el notario debe intervenir en el ámbito de la competencia en razón de la materia, del territorio, de la persona y del tiempo, según lo regulado en el Código Civil y Comercial y en las leyes orgánicas notariales.

A. Competencia en razón de la materia

La competencia notarial, como dijimos, es límite de ejercicio toda vez que la norma determina el derecho o inhibición para que un notario actúe en ciertos asuntos.

13 ABELLA, Adriana. *Derecho Notarial. Derecho Documental*, Zavallía, 2ª edición, Buenos Aires, 2010, págs. 350 y sgts.

Podemos decir que la competencia material del notario comprende todos los actos que no están asignados por la ley a otros funcionarios.

Las leyes orgánicas notariales del país enumeran los actos en que puede intervenir el notario y así dicen que puede constituir instrumentos notariales en razón de la materia, de interés jurídico privado de las personas, extendiéndose a contenidos patrimoniales, en actos entre vivos o de última voluntad. Tal interés debe provenir de relaciones jurídicas fundadas en voluntades convergentes o concurrentes y en hechos jurídicos, o en relaciones tanto de voluntad como de ciencia.

En esa panorámica el notario es competente para: *recibir, interpretar y, previo asesoramiento sobre el alcance y efectos jurídicos del acto, dar forma legal y conferir autenticidad a las declaraciones de voluntad y de verdad de quienes rogaren su instrumentación pública; comprobar, fijar y autenticar el acaecimiento de hechos, la existencia de cosas o el contenido de documentos percibidos sensorialmente que sirvieren o pudieren servir para fundar una pretensión en derecho, en tanto no fueren de competencia exclusiva de otros funcionarios públicos instituidos al efecto; fijar declaraciones sobre notoriedad de hechos y tenerla por comprobada a su juicio, previa ejecución de los actos, trámites o diligencias que estimare necesarios para obtener ese resultado; legitimar por acta de notoriedad hechos o circunstancias cuya comprobación pueda realizarse sin oposición de persona interesada, en procedimiento no litigioso; redactar y extender documentos que contengan declaraciones de particulares y expresiones del escribano autorizante con forma de escrituras públicas, actas, copias testimoniadas o simples, certificados y documentos protocolares o extraprotocolares, que tengan el carácter de instrumento público conforme las disposiciones del Código Civil y Comercial, y a las leyes orgánicas notariales.*

B. Competencia en razón del territorio

En el ejercicio de su función específica y a efectos de dotar a los instrumentos de la fe pública notarial, los notarios sólo pueden actuar dentro de los límites de su distrito o territorio, quedándoles vedado en consecuencia constituirse para el desarrollo de su actividad fideifaciente fuera de él, bajo pena de nulidad del acto autorizado en tales condiciones.

El notario es profesional en todo el territorio de la república pero el ejercicio de la función fedataria compete dentro de su distrito sin importar el domicilio de quienes comparecen, el lugar de cumplimiento del acto que documenta, ni el de ubicación de los bienes objeto de los actos y contratos documentados.

Las leyes orgánicas notariales argentinas determinan la competencia territorial en algunos casos en un distrito único que coincide con el territorio de toda la provincia o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en otras existe distrito plural, en correspondencia a la división de los departamentos o municipios de la región. Se admite la prórroga de la competencia en determinados casos expresos y legales siempre dentro de la misma provincia.

C. Competencia en razón de las personas

El código en el art. 291 *innova en los siguientes aspectos*:

- 1) incluye expresamente al cónyuge del oficial público;
- 2) incluye expresamente al conviviente del oficial público;
- 3) determina que la prohibición de actuar comprende a los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado y afines hasta el segundo;
- 4) suprime las excepciones del art. 985 del Código Civil, relativas “a si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas”.

Ningún notario puede autorizar instrumentos que contengan disposiciones a su favor, o de su cónyuge o de su conviviente, o de alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

La prohibición de la norma está dirigida a todos los actos del notario, se trate de actas o escrituras públicas, y en actuación protocolar o extra-protocolar.

El notario emite el juicio previo a su intervención y existe presunción de su competencia y en el supuesto de un compareciente con apellido idéntico, es de buena técnica, pero no es imprescindible, dejar constancia del juicio en el texto escriturario.

1) Tratándose de personas jurídicas

BENSEÑOR dice: “La eliminación, lisa y llana, de la excepción contenida en el artículo 985 ‘si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas’, no supone que, *a contrario sensu*, pueda sostenerse que a partir de la vigencia del nuevo ordenamiento serán inválidos los asuntos otorgados por una persona jurídica en que cualquiera de los designados sea parte o tuviere participación (...) Es absolutamente definitorio el artículo 141 cuando define a las personas jurídicas como todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación, las cuales son pro-

lijamente enunciadas en el artículo 148. Además, el artículo 143 se rotula 'Personalidad diferenciada' y consagra el principio de que la persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros (...) Por lo demás, el artículo 154 exige que la persona jurídica tenga un patrimonio, que, por supuesto, no es de los integrantes ni aun cuando ellos hayan aportado los bienes que lo componen (...) La circunstancia de que en algunos supuestos expresamente previstos en el Código Civil y Comercial y en la legislación especial los miembros de la persona jurídica respondan por las obligaciones de ésta no implica desvirtuar la personalidad diferenciada reconocida ni la separación patrimonial atribuida. *La participación de cualquiera de los indicados en el artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación como accionistas, socios, asociados o integrantes de los órganos de personas jurídicas no ocasiona la invalidez de los actos que instrumenten estas.* El interés de que cualquiera de los integrantes de la persona jurídica disponga sobre los actos de esta nunca es directo, categórico y decisivo como para revestir la condición de estar 'personalmente interesados', exigida por el artículo 291. *Excepcionalmente, en aquellas sociedades en que los socios respondan en forma personal por las obligaciones sociales, habrá que considerar en cada caso concreto si el asunto instrumentado compromete los intereses personales de aquellos a los efectos del artículo 291 del Código Civil y Comercial (cfr. art. 56, Ley 19.550 y art. 160 Ley 24.522)"*¹⁴.

CARMINIO CASTAGNO advierte que: "...el art. 985 como el art. 291 utilizan la expresión 'personalmente interesados', evidenciando la firme decisión de negar valor a todo instrumento que en tales condiciones se otorgue y de tal modo evitar un eventual conflicto de intereses (...) Habiéndose suprimido en el artículo 291 del Código Civil y Comercial la excepción dispuesta por el artículo 985 *in fine* del Código Civil, la ilegitimación tipificada en aquel precepto comprende el caso antes excluido y sus interpretaciones ampliatorias"¹⁵.

Para D'ALESSIO la eliminación de la referencia del art. 985 CC a la actuación de sujetos en calidad de representantes de sociedad anónima derogado se corresponde con las distintas interpretaciones que sostenían que correspondía a todas las personas jurídicas, mientras que otros la limitaban a las sociedades anónimas: "El principio contenido en el art. 143 que establece con claridad que las Personas Jurídicas tienen una personalidad distinta a la de sus miembros, permite interpretar que la supresión que se comenta implica habilitar la actua-

14 BENSEÑOR, Norberto. "Las prohibiciones del artículo 291 del Código Civil y Comercial, con relación a las personas jurídicas", *La Ley*, suplemento del 1/1/2015, págs. 1 a 7.

15 CARMINIO CASTAGNO, José C. "Qué dice el Artículo 291 del Código Civil y Comercial", *La Ley*, suplemento del 18/9/2015.

ción del funcionario en los casos en que sus parientes actúan en representación o aun como socios de PJ dado que el interés nunca será personal sino de la PJ¹⁶. Compartimos este criterio por los fundamentos mencionados¹⁷.

2) Sanción legal por defecto de incompetencia en razón de la persona

Fue conclusión en el plenario del II Congreso Internacional del Notariado Latino, en el tema "Nulidad por razones instrumentales", que: "...se trata de nulidad absoluta, con aplicación en todos los casos de la conversión".

La jurisprudencia ha resuelto que: "Las escrituras otorgadas por el escribano son nulas de nulidad absoluta, desde que actuó como parte interesada -a través de terceros por interpósita persona- y como funcionario fedatario"¹⁸.

3) Escribanos que actúan en el mismo registro

Para la doctrina y la jurisprudencia, la incompetencia en razón de las personas comprende a los notarios que actúan dentro del mismo registro, sean adscriptos, interinos, suplentes o subrogantes.

Debe considerarse al registro como una unidad y, por lo tanto, ninguno de los notarios que lo integran debe autorizar un acto en que cualquiera de ellos, su cónyuge o conviviente, o sus parientes dentro del grado que determina la ley estén personalmente interesados. Como advierte VILLALBA WELSH, una prohibición originaria de carácter individual se extendió vía doctrinaria personalizándola en el registro con fundamento en una cuestión ética¹⁹.

Esta postura fue sostenida por consultas evacuadas por los colegios profesionales considerando que una de las principales obligaciones y deberes de los escribanos autorizantes es su imparcialidad. Por ello resulta aconsejable que dichos funcionarios se abstengan de autorizar actos en los cuales éstos puedan tener algún interés, por insignificante que sea, en la escritura que autorizan.

La jurisprudencia resolvió: "La incompetencia que prevé el artículo 985 CC no sólo impide al escribano de registro actuar como tal en asuntos en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados, sino

16 D'ALESSIO, Carlos M. En *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo II, ed. Rubinzal Culzoni, Ricardo Lorenzetti director, comentario al art. 291, Buenos Aires, 2015.

17 Ver ABELLA, Adriana; y Regis, Ariel. En *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, Eduardo Gabriel Clusellas coordinador, comentario al art. 291, nota.

18 CNCiv, Sala F, ED 98/202.

19 VILLALBA WELSH, Alberto. "Incompetencia en razón de las personas", *Anales del Notariado Argentino*, tomo 3, 1964.

que también obsta para que lleve dichos asuntos para ser instrumentados y autorizados ante su propia oficina aunque circunstancialmente sean atendidos por un suplente”²⁰.

4) Poderes a favor de parientes

La jurisprudencia resolvió que: “Es nula la escritura pública en que se otorga poder a un hijo de escribano, el hecho de que el otorgamiento del poder sea un acto unilateral del mandante no varía la solución, porque si bien es posible separar materialmente el acto de otorgamiento, de la aceptación que presta el mandatario generalmente fuera de la escritura, el motivo ético que inspira el artículo 985 CC, no admite distinción alguna”²¹.

D. Competencia en razón del tiempo

Para una corriente doctrinaria la competencia en razón del tiempo es requisito de validez del instrumento público y ésta se extiende desde el momento en que el oficial público es investido de la función hasta que sea suspendido o cese en ella, hechos que ocurren según la ley o reglamento que regula la función de que se trata. PELOSI dice que a su juicio se trata de incompatibilidad y no de incapacidad, y es aceptable también la tesis según la cual importa un problema de legitimación²².

La cesación en las funciones puede ser temporal -verbigracia, licencia, suspensión-, definitiva de hecho -verbigracia, la muerte, la expiración del término asignado, el límite de la edad que señale la ley-, definitiva por un acto del funcionario -verbigracia, renuncia, jubilación voluntaria, pérdida de las condiciones requeridas-, o por actos de otros funcionarios -verbigracia, cesantía, condena criminal con inhabilitación temporal o definitiva-.

E. Las firmas del autorizante y las partes

Las firmas del autorizante en las escrituras acredita autoría y la de los requirentes presencia y consentimiento en las escrituras públicas. En las actas, la firma del notario acredita autoría y la de los requirentes presencia y conformidad con lo narrado. Además, como el notario no puede actuar de oficio, la firma también prueba el requerimiento formulado.

20 CNCiv, Sala C, 17/3/68, RN 780-1779.

21 JA, tomo 54, pág. 376.

22 PELOSI, Carlos A. *El documento Notarial*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 126.

Doctrina

Las formas de firmar pueden ser de los más variados tipos, caracteres, rayas, trazos o expresiones gráficas en general.

La firma a ruego es la que realiza el sujeto instrumental a petición del rogante, por no saber o por no poder firmar. El firmante a ruego, según alguna doctrina, es mandatario del rogante sólo para estampar la firma, ya que el consentimiento lo manifiesta por su presencia en el acto. Otra corriente de opinión entiende que es testigo o ejecutor de una operación material.

Con lo dicho según los sujetos, la firma en las escrituras públicas reviste una triple afirmación: la de los otorgantes, la de los testigos y la del notario interviniente. Unos y otros al suscribirlo le dan el respectivo pronunciamiento que emana de su persona y que varía según el carácter en que intervienen.

En caso de firma a ruego en las escrituras, el rogado puede firmar por más de un compareciente siempre que integre la misma parte.

El art. 305, inc. f), CCyC se refiere expresamente a la escritura pública y dice que debe contener la firma de los otorgantes, la del escribano y la de los testigos si los hubiera; y el art. 309 del mismo código establece la nulidad de la escritura en caso de falta de firma del escribano y de las partes, de la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir, y la firma de los testigos del acto cuando su presencia sea requerida.

Es opinión de la doctrina que si la escritura pública contiene más de un acto, y falta una de las firmas de la parte en uno de esos actos, la invalidez será parcial, en concordancia con una de las clasificaciones de las ineficacias que contiene el Código. Con esta interpretación el instrumento no queda invalidado totalmente, y se convalida y rescata el acto que contiene todas las firmas, respetando el efecto respecto a quienes han firmado. También se ha dicho que el instrumento no es nulo si la firma que falta es de alguna de las personas que no son parte en el acto.

Es nuestra opinión que es de buena técnica jurídica exigir la sanción focalizada en el defecto específico y no sobre la totalidad.

F. La investidura para el ejercicio de la función notarial (art. 292)

El notario debe estar investido para el ejercicio de la función notarial, ya que sus atribuciones provienen de la ley y esta exige requisitos determinados sin los cuales carece de la potestad de dar fe.

La idoneidad comprende un conjunto de formalidades y requisitos establecidos por la constitución, la ley o el reglamento según el caso²³.

23 ABELLA, Adriana. *Derecho Notarial. Derecho Documental*, pág. 43.

La investidura es el acto administrativo emanado de la autoridad pública competente en la materia, mediante el cual se pone en funciones al funcionario y se le otorga la potestad de dar fe. Ese acto contiene además la constancia de admisión y la delimitación de la competencia territorial, ya que la competencia material deviene de la ley. Pero por el acto administrativo de investidura el notario no adquiere la aptitud para el ejercicio de la función notarial, ya que además debe cumplir con otros requisitos legales complementarios que determinan las leyes orgánicas notariales para la asunción del cargo en un registro notarial. Ellos son: 1) declarar bajo juramento no estar comprendido en el régimen de incompatibilidades ni inhabilidades; 2) estar matriculado, según algunas leyes orgánicas notariales; 3) prestar juramento en audiencia especial ante la autoridad del colegio; 4) afianzar el cumplimiento de sus obligaciones; 5) registrar firma y sellos en el colegio.

Las inhabilidades y las incompatibilidades determinadas en las leyes orgánicas notariales tienen su fundamento en el deber de imparcialidad, la aptitud del notario y la dedicación a la función.

Son causas de inhabilidad, determinadas en las leyes orgánicas, las referidas a características personales del sujeto que atentan contra la eficacia del ejercicio o lesionan o pueden lesionar la dignidad del notariado.

Las causas de incompatibilidad tienden a garantizar la dedicación exclusiva y la imparcialidad en el ejercicio de la función.

7. CIRCULACIÓN DEL INSTRUMENTO PÚBLICO

En la Constitución Nacional, en su art. 7º, se estatuye la plena fe a nivel nacional de los instrumentos públicos, cualquiera sea el lugar donde se hayan autorizado, y dice: "Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás, y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos y los efectos legales que producirán".

En ese orden el art. 293 CCyC dice: "Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece este Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado".

No existe duda de que un instrumento público extendido en el país, goza de plena fe en todo el territorio de la república. La finalidad de la norma es establecer la libre circulación de los instrumentos públicos, y así también se considera el derecho de los usuarios y consumidores resguardado por los arts. 16, 42 y 43 de la Constitución Nacional, y los arts. 1092 y sgts. del código.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en varias oportunidades sobre la invalidez de las leyes que en defensa de la jurisdicción imponen trabas a la circulación de los instrumentos públicos²⁴.

Claro que por la seguridad jurídica se exige la legalización del instrumento, medio por el que se afirma su existencia material, y que la firma y sello del funcionario coincide con los registrados en la entidad certificante. Advertimos que la legalización no influye sobre el contenido ni condiciona ni afecta el valor de fe pública del que está dotado, pero es indispensable para el instrumento público expedido fuera de la jurisdicción en que deba hacerse valer²⁵. La legalización opera en torno a la autenticidad externa del instrumento público en general, y de la escritura pública, en particular.

En consecuencia, se ha establecido la obligación de legalizar los instrumentos públicos para que puedan circular con total eficacia fuera del ámbito espacial de su autorización, por todo el territorio de la República Argentina, como así también en el ámbito internacional.

Existe una primera legalización para que el documento circule dentro del país²⁶. Si el documento debe circular en el extranjero, deben agregarse las legalizaciones que correspondan según el país receptor; y si ese país ha ratificado a la convención de La Haya, se suprime la cadena de legalizaciones y sólo es exigible la apostilla.

Circulación internacional de documentos otorgados en protocolo electrónico

La existencia de documentos digitales en ciertos países -de mayor avance tecnológico -lleva a la problemática de su eficacia en otros países. Desde el punto de vista de la circulación internacional, vemos positiva la solución de legislaciones de otros países en las que se regula el otorgamiento de actos en soporte protocolo electrónico, y el trámite de registración por vía y soportes digitales, pero el "testimonio" o "primera copia" tanto del acto (su contenido) como de su inscripción, según las leyes se puede o debe realizar en soporte

24 Ver fallos "Zemba de Fiamberti c/ FFCC del Estado", 183:765; "FFCC del Estado", 186:97; "Helena Roca de Victorica c/ Pcia. De Buenos Aires", 195:144; "Molina, Isaac c. Pcia. de Buenos Aires", 308:2588; "Pinto c/ Pcia. de Buenos Aires", 311:2593; "Tortorola c. Pcia. de Buenos Aires", 313:147; "Abud c. Pcia. de Bs. As.", 314:1186.

25 ABELLA, Adriana. *Derecho Notarial...* cit., págs. 286 y sgts.

26 Tratándose de documentos notariales, la legalización de la firma y del sello del notario la realizan los colegios de escribanos, que son la autoridad competente que actúa a requerimiento del notario interviniente o del interesado.

papel, con lectura directa para el receptor, sin necesidad de recurrir a procesadores digitales. Tal vuelco en un instrumento soporte papel bajo firma de un funcionario fedante, asegura su lectura directa facilitando su guarda en el país de destino -mediante protocolizaciones o incorporaciones a registros públicos- y permite las legalizaciones internacionales que resulten pertinentes.

En los casos en que las leyes de cada país regulen la utilización de un protocolo electrónico, entendemos conveniente que se permita la expedición de un instrumento público en soporte papel que transcriba el documento digital, sus inscripciones y actos complementarios de eficacia por el propio notario que tiene a su cargo el referido protocolo, o al que la ley autorice para realizar tales reproducciones, a fin de superar la falta de reconocimiento o reglamentación de los documentos digitales en el lugar de cumplimiento.

8. INVALIDEZ DEL INSTRUMENTO PÚBLICO POR DEFECTO DE FORMA

El art. 294 CCyC dice: “Defecto de forma: Carece de validez el instrumento público que tenga enmiendas, agregados, borraduras, entrelíneas y alteraciones en partes esenciales, si no están salvadas al final.

El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes”.

En su primer párrafo el artículo regula la invalidez del instrumento público que tuviese enmiendas, agregados, borraduras, entrelíneas y alteraciones en partes esenciales, si no están salvadas antes de las firmas requeridas.

Es necesario que las anomalías en el texto del instrumento que enumera la norma *afecten a partes esenciales y que sean salvadas de puño y letra del oficial público antes del otorgamiento. Son partes esenciales la fecha, el lugar, los nombres de las partes, las cantidades y cosas que se individualizan si fueren esenciales para el acto instrumentado. Será el juez quien decida en cada caso. El salvado debe ser con letra legible, dentro de los márgenes del instrumento.*

La formalidad exigida es en resguardo de la adulteración del instrumento, que ocurre cuando el cuerpo o instrumento en sí mismo es adulterado materialmente en todo o en parte.

La jurisprudencia resolvió: “Si los interlineados que presenta la escritura base de la ejecución y que dieron sustento a la excepción de falsedad, han sido salvados por el escribano en la forma prevista por el art. 1001 del Código Civil, gozan de la presunción de autenticidad que emana de los instrumentos públicos, que sólo puede ser destruida mediante el proce-

dimiento previsto en el art. 993 del Código Civil. Siendo ello así, pierde relevancia la circunstancia de que dichos interlineados fueran realizados por otra persona diferente del escribano y con una máquina computadora distinta utilizada para la redacción del cuerpo principal del documento. Si el documento no consigna que se firma en momentos distintos, se trataría de una falsedad ideológica, cuyo planteo está vedado en el proceso ejecutivo, sin perjuicio de que pueda invocarse en ulterior proceso de conocimiento con amplitud de debate y prueba”²⁷.

En el segundo párrafo del art. 294 CCyC: “El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes”.

Con lo dicho, la conversión del instrumento público tiene lugar en los supuestos de nulidad del instrumento por no reunir las formas legales²⁸.

El nuevo código -al igual el código velezano- admite la alternativa de la conversión para la conservación del negocio siempre que la voluntad de las partes sea la de mantener el instrumento como privado, hacer valer el acto y demandar el otorgamiento y la autorización del instrumento público para que alcance su eficacia. Para la conversión deben concurrir los requisitos siguientes: a) que el acto emane de un oficial público, y b) que esté firmado por las partes.

9. TESTIGOS EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS

El art. 295 CCyC dice: “Testigos inhábiles. No pueden ser testigos en instrumentos públicos:

- a) las personas incapaces de ejercicio y aquellas a quienes una sentencia les impide ser testigo en instrumentos públicos;
- b) los que no saben firmar;
- c) los dependientes del oficial público;
- d) el cónyuge, el conviviente y los parientes del oficial público dentro del cuarto grado y segundo de afinidad. El error común sobre la idoneidad de los testigos salva la eficacia de los instrumentos en que ha intervenido”.

Gramaticalmente testigo es tanto la persona que da testimonio de un hecho o lo atestigua, como la que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de un acto. En consecuencia es lógico que el rasgo del testigo en los instrumentos sea su idoneidad.

Debemos distinguir al testigo instrumental que tiene como función perci-

27 CNCiv., Sala E, 14 de abril de 2000, “Villeneau Olivera, Evonne Marlene c. Viva, Oscar Pascual s/ ejecución hipotecaria”, ED, 188-547.

28 Ver BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª edición, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, traducido y concordado por Martín Pérez, pág. 379.

bir un hecho, del testigo procesal que tiene por función representar el hecho por él percibido.

La ley pretende obtener un refuerzo de la seriedad que merece el acto a instrumentarse ya que para la doctrina el testigo instrumental brinda apoyo al principio de la fe pública que goza el instrumento y garantiza la imparcialidad del oficial público.

Siguiendo normativas generales, el artículo indica por no inclusión, la suficiente habilidad para ser testigo en los instrumentos públicos, y simplifica la nómina del art. 990 del Código Civil. Enumera como inhábiles: a. las personas incapaces de ejercicio y aquellas a quienes una sentencia les impide ser testigo en instrumentos públicos; b. los que no saben firmar; c. los dependientes del oficial público; d. el cónyuge, el conviviente y los parientes dentro del cuarto grado y segundo de afinidad del oficial público.

Los dos primeros incisos se refieren a la habilidad personal del testigo; los dos últimos tienen en cuenta al oficial público, el cónyuge y el conviviente, y sus parientes, con fundamento en la imparcialidad.

La presencia del testigo idóneo es un elemento de forma del instrumento y la inhabilidad del testigo ocasiona la nulidad. Según el último párrafo del artículo es eficaz el instrumento si existiere un error común sobre *la idoneidad* del testigo que ha intervenido respondiendo al principio de conservación.

Testigos en las escrituras y actas

En la panorámica notarial el otorgamiento de actos en presencia de testigos obedecía a una realidad histórica actualmente superada. Compartimos que la presencia de testigos instrumentales conspira contra el secreto de los actos pasados ante el notario, y por ello se suprimió por la ley N° 15.875 su presencia en el otorgamiento de las escrituras públicas, con la excepción del testamento por acto público.

Los escribanos públicos dan fe de los actos pasados en su presencia con total prescindencia del comparendo de testigos. Los testigos instrumentales pueden ser solicitados en las escrituras públicas por las partes, por el notario o por la ley. El código suprime los testigos de conocimiento.

En el caso de las actas notariales, los testigos pueden ser requeridos por el notario o por el requirente, y con su presencia adquieren directo conocimiento del hecho o acto instrumentado y además en determinados casos, su capacidad o aptitud legal facilita la reconstrucción del hecho.

Tratándose de testamento por acto público, el código amplía la enumeración de *testigos inhábiles* y, además de los enunciados en el artículo en análisis, incluye a los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y el conviviente

del testador; los albaceas, tutores y curadores designados en el testamento, y los beneficiarios de alguna de las disposiciones (art. 2481)²⁹.

10. EFICACIA PROBATORIA DEL INSTRUMENTO PÚBLICO

El mundo jurídico está dividido entre dos campos: normas y hechos. Únicamente ciertos hechos son los que interesan al derecho y esos hechos son fuente de los derechos subjetivos. Del hecho jurídico interesa al derecho la existencia, la persistencia o prueba y la valoración o eficacia, bien de la existencia o bien de su prueba.

La prueba de los hechos se relaciona directamente con el instrumento y su calidad. El valor probatorio del instrumento no depende sólo ni tanto de las virtudes representativas cuanto de la credibilidad del autor. Más credibilidad mayor fuerza probatoria.

El art. 296 CCyC regula la eficacia probatoria de los instrumentos públicos. Los hechos representados en el instrumento público no son más que la correspondencia entre lo que observó el oficial público interviniente, frente a la situación jurídica motivo de documentación y los que él ejecuta.

La autenticación equivale a certificación oficial. La palabra autenticación, en un sentido genérico, es la acción de garantizar mediante un acto oficial la certeza de un hecho, convirtiéndolo en creíble públicamente.

El legislador ha sustraído al discernimiento del juez la comprobación de certeza del hecho o acto jurídico contenido en el instrumento público, mientras no sea impugnado por acción de falsedad.

Para que el instrumento público sea reconocido como tal, las condiciones de oficial público, capacidad, competencia y observancia de las formalidades deben concurrir sin limitaciones o excesos que graviten desvirtuando la validez instrumental.

La autenticidad sólo se confiere al documento en condiciones regulares, o sea, al que no muestra vicios materiales que por su gravedad puedan autorizar al tribunal a rechazarlos sin acción previa de falsedad.

29 Sobre los testigos en los testamentos por acto público, para alguna parte de la doctrina sirven para garantizar la libertad del testador, para asegurar la realización de las formalidades y para robustecer la fe que da el escribano sobre las declaraciones de última voluntad insertas en el testamento. En nuestra opinión no se necesita de los testigos ya que la intervención del notario y su actuación son suficiente para garantizar la autonomía de la voluntad y libertad del testador, y el cumplimiento de las solemnidades testamentarias; la presencia de testigos testamentarios es inoperante y si se conserva es más por tradición que por la razón (arts. 2479 a 2481).

La autenticidad del instrumento público se constituye *a priori* y el instrumento público tendrá la fuerza de auténtico hasta la sentencia que pronuncie su falsedad.

A. Hechos auténticos y autenticados

Cuando estudiamos el valor probatorio del instrumento es importante distinguir de su contenido:

- 1) Que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él;
- 2) Los hechos que ante el oficial público pasaron y fueron percibidos por sus sentidos;
- 3) Los hechos manifestados por el oficial público, propios del mundo interior;
- 4) Las declaraciones de las partes sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimiento y enunciaciones de hecho directamente relacionadas con el objeto principal del acto instrumentado.

Según el inc. a) del art. 296, *hacen plena fe que se ha realizado el acto, la fecha y el lugar, y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él. La plena fe sólo se destruye por querrela de falsedad.*

En cuanto al contenido de las declaraciones de las partes sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimiento y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario; advertimos el hecho material de haberse efectuado la declaración y el contenido de ella. Ello debido a que, tratándose de hechos autenticados, es auténtico el hecho de haberse efectuado la declaración, pero el contenido de las declaraciones y las enunciaciones directamente relacionadas con el objeto principal del acto instrumentado son atacables por prueba en contrario.

Por su parte, el concepto de adulterar -como conducta típica de falsificación documental-, se construye a partir del requerimiento que ella recaiga sobre un documento auténticamente verdadero, produciendo el efecto de variar su tenor o atribuyéndolo a persona distinta de quien lo ha expresado³⁰. Una

30 Ver HERRERA. "Uso de documento adulterado", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 2, 1969, pág. 252. VALOTTA. "Comentarios sobre jurisprudencia", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 4, 1968, pág. 70. En principio, la adulteración tiene que recaer sobre el documento mismo. Por ello -sin perjuicio de que constituya la mecánica de otro delito, por ejemplo contra la propiedad- es dudoso que falsifique (en el

falsedad no tiene potencia de dañar si no tiene potencia de engañar, si no imita la verdad; por ende la imitación de la verdad es en extremo indispensable para la criminalidad de la falsedad documental.

Tales principios han sido recogidos por la jurisprudencia nacional a partir del requisito típico de la posibilidad de causar perjuicio: "...la falsificación intrínseca y materialmente considerada debe ser la expresión de una creación imitativa de algo jurídicamente trascendente". Por lo tanto: "...no requiere que se llegue a una imitación perfecta del documento auténtico; para afectar la fe pública basta con la creación de un instrumento con apariencia de verdadero..."³¹.

B. Falsedad instrumental

El planteo de la falsedad del instrumento puede ser: 1) en todo o en parte; 2) por falsedad externa o por falsedad interna o del contenido del documento; 3) por las menciones de los hechos que el oficial anuncia cumplidos por él o pasados ante él, así como del hecho de las declaraciones de las partes.

La falsedad externa se refiere al cuerpo o instrumento en sí mismo, adulterado materialmente en todo o en parte. Es la contracara de la autenticidad corporal. La falsedad interna o intrínseca es la referida al contenido sustancial, ideológico o inmaterial del documento. Es la contracara de la autenticidad ideológica.

C. La fe pública en el documento notarial

La seguridad de las relaciones jurídicas particulares exige necesariamente de la seguridad de su prueba. En el notariado de tipo latino la dación de fe se completa con el asesoramiento, la legalidad, la legitimación, la configuración y cubre la cuota de seguridad que la sociedad reclama.

La prueba del hecho y del acto resulta siempre asegurada, ya que el protocolo, custodiado por el notario primero y por el archivero después, protege la conservación del documento.

El documento auténtico es continente del hecho documentado y el hecho perdura y trasciende. El notario munido de la fe pública autentica los hechos de su evidencia. La autenticación se verifica por la percepción directa de los hechos, autenticación notarial típica que se refiere a aseveraciones de presencia,

sentido del tipo): "...quien obtiene fotocopias de originales con 'papelitos' superpuestos que reemplazan el nombre y apellido del titular por el del imputado" (CFed. BB, 22/12/1989, DJ, 1990-676).

31 CNFed, sala Crim. y Corr., 19/4/1974, LL, 155-417; y JA, 23-1974-23.

porque el escribano manifiesta haber apreciado los hechos directamente por los sentidos. Debe existir correspondencia entre lo percibido por sus sentidos y lo plasmado objetivamente en el documento.

El acto notarial está dotado de fe pública notarial, personal e indelegable y requiere de cuatro fases: 1) *fase de evidencia*, requiere que el autor del documento perciba los hechos a través de sus sentidos o narre los hechos propios; 2) *fase de solemnidad*, exige que el acto de evidencia se produzca en un acto solemne regulado en cuanto a sus formalidades, que dan garantía de la percepción, expresión y conservación del hecho histórico; 3) *fase de objetivación*, requiere que el hecho percibido sea plasmado en un objeto, pasarlo de la dimensión acto a la dimensión documento; 4) *fase de coetaneidad* entre el hecho de la evidencia, que implica que entre el acto y la actividad documentadora exista simultaneidad.

El despacho de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991 fue: "La fe pública es creencia impuesta por la ley. En cuanto tal, ella sujeta a todo el mundo, incluido el juez, a creer en la autenticidad del documento y en la veracidad del notario. Para las partes, los terceros y el juez, el documento notarial debe considerarse probado; el documento es obra del notario, lo narrado por el notario ha tenido lugar donde, cuando y como éste lo narra. La fe pública *no se extiende* a la validez de los hechos documentados, a la sinceridad de las declaraciones realizadas ante el notario, al temor o violencia o error que pudieran sufrir las partes al declarar.

La autenticidad externa produce fuerza probatoria formal de su genuinidad y autoría por los elementos materiales. *La autenticidad corporal* es: correspondencia exacta con la matriz cuando se trata de copias; signos formales que le acrediten como documento público de la especie a que pertenece, especialmente el que determina que su autor es el funcionario público en ejercicio de la función. Conservación e integridad documental.

La autenticidad interna: hace plena fe de la verdad del hecho histórico, y de su exacta correlación con lo visto, oído y narrado por el notario.

Como resultado de su potestad autenticante si el notario actúa dentro de su competencia y observa las formalidades prescriptas, el documento lleva una verdad impuesta o certeza sobre lo que se dice o se narra en el texto, y constituye la prueba por antonomasia prevista por el legislador, en el proceso o fuera de él, que incluso se sustrae a la valoración del juez mientras una sentencia definitiva en proceso civil o penal no declare su falsedad.

La fe pública no asegura la eficacia del acto, la sinceridad de las manifestaciones, la legalidad del acto, ni la legitimidad.

Procesalmente se distingue entre la verdad impuesta, la verdad supuesta y la verdad puesta. Son verdad impuesta, prueba tarifada por la ley, las declara-

ciones del notario contenidas en el documento respecto de los hechos y actos que han sido cumplidos por él, o que han pasado en su presencia, y el hecho de la declaración de las partes ante el notario. Los instrumentos públicos gozan de plena fe respecto de las partes y demás sujetos intervinientes en el acto, como con relación a terceros. La plena fe sólo se destruye por redargución de falsedad. Las declaraciones del notario que respondan a apreciaciones subjetivas en la constatación de hechos no hacen plena fe. La autenticidad ideológica o de contenido se refiere a la existencia material de los hechos que el oficial público declara como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia. La acción de falsedad es la que puede destruir el valor de autenticidad o de fe pública que tiene en algunos aspectos la escritura pública. La eficacia probatoria del documento no varía, se trate de una escritura pública, un acta notarial o la mera certificación de firmas”.

Auténtico es el hecho realizado por el notario y los hechos que hubiesen pasado en su presencia. En las declaraciones efectuadas por las partes del negocio documentado, es auténtico el hecho de la manifestación de las partes frente al notario, pero la sinceridad de las enunciaciones directamente relacionadas al hecho o acto pueden ser atacadas por simple prueba en contrario, por acción de simulación. Las cláusulas enunciativas que no están relacionadas con el negocio y resultan ser meras enunciaciones que efectúan las partes valen como principio de prueba por escrito.

La existencia de los hechos producidos en presencia del notario o pasados en su presencia, o ejecutados por él, es atacable por la acción de argución de falsedad del instrumento público, que puede intentarse por acción civil o criminal. Se puede plantear la falsedad instrumental en todo o en parte, considerando el instrumento en sí mismo; por falsedad externa y por falsedad interna o del contenido del documento.

Fue conclusión en el III Congreso Internacional del Notariado Latino que ninguna acción de responsabilidad podrá ser ejercida contra un notario como consecuencia de la oposición a un acto que haya otorgado sin llamárselo a intervenir en el juicio a fin de permitir salvaguardar efectivamente sus derechos y legítimos intereses, evitándose así, en consecuencia, que se le imponga la autenticidad de cosa juzgada como un resultado al cual no sólo ha permanecido extraño sino que inclusive ha podido ignorar.

Los juicios que realiza el notario de capacidad, legitimación, legalidad, no están amparados por la fe pública. No gozan de plena fe. Todo juicio de valor que emita el notario no necesita ser argüido de falso. Sólo debe ser atacado por simple prueba en contrario.

D. Juicio de notoriedad

Es relevante distinguir el proceso que realiza el escribano público a efectos de formar un juicio de notoriedad a solicitud de un requirente, mediante informaciones, pruebas, citaciones, etc. Ese juicio se diferencia de la autenticación que implica una operación instantánea, fruto de la evidencia, cosa que no ocurre en el acto de notoriedad, por ello éste no puede tener el mismo valor, pues se fundamenta en testimonios ajenos, no en el propio del escribano, quien se limita a formular una conclusión que ha de guardar una ilación lógica con las pruebas aportadas, pero sin que pueda garantizar de una manera absoluta la autenticidad del contenido de las mismas pruebas. Por ello se mantiene hasta tanto un juicio ordinario no lo impugne.

11. INCOLUMIDAD FORMAL

El art. 297 del CCyC dice: “Los testigos de un instrumento público y el oficial público que lo autorizó no pueden contradecir, variar ni alterar su contenido, si no alegan que testificaron u otorgaron el acto siendo víctimas de dolo o violencia”.

Esta disposición no hace más que proteger la fe pública que emana del instrumento público y garantiza su eficacia probatoria, impidiendo que los testigos y el oficial público que lo autorizó puedan variar o alterar su contenido.

La incolumidad formal del instrumento no admite declaración contraria a los contenidos auténticos documentados que proceden del autorizante o de los testigos del acto, si no alegan que testificaron u otorgaron el acto siendo víctimas de dolo o violencia.

Los documentos notariales son instrumentos públicos autorizados por el notario competente observando las formalidades legales y por ello impregnados de la fe pública en algunos de sus contenidos. En las condiciones expresadas el notario y los testigos no pueden contradecir, variar ni alterar el contenido del documento que autoriza.

12. DOCUMENTO PÚBLICO ELECTRÓNICO

Advertimos que se habla indistintamente de documentos o instrumentos como si fueran términos sinónimos, cuando responden a conceptos diferentes, ya que si bien en todos los casos existe una finalidad informativa que es propia de todo documento y que implica que tiene por objeto enseñar una

cosa, se trate en la esfera de los hechos o en el campo del derecho. CARNELUTTI opina que en sentido etimológico documento es una cosa que *docet*, o sea que lleva en sí la virtud de hacer conocer. Esta virtud se debe a su carácter representativo, por eso, documento es una cosa que sirve para representar otra. La documentación es una operación representativa de la declaración de voluntad. La representación es siempre obra de un hombre, el documento, más que una cosa, es un *opus* (resultado de un trabajo).

El documento, cosa, formado en presencia de un hecho, está destinado a fijar de modo permanente su representación verbal o figurativa, de modo que pueda hacerlo conocer a la distancia de tiempo³². El documento no es sólo una cosa sino una cosa que representa a otra. Por documento se entiende toda representación objetiva del pensamiento, la que puede ser material o literal. Son documentos materiales, entre otros, las marcas, los signos, las contraseñas, etc. Son documentos literales las escrituras destinadas a constatar una relación jurídica, y ellos se reservan el nombre de instrumentos³³.

El instrumento puede ser examinado desde distintos puntos de vista. Desde una óptica estructural, está sujeto a una materialidad, construido por un *corpus* -representación material- y una grafía, y en la correlación entre la materialidad y el espíritu, el elemento intelectual o docente. Si bien se consideró que la base esencial del documento escrito estaba constituida por el elemento sobre el cual se escribía -así desde los antiguos egipcios se aceptaban como soportes materiales, accesibles a la vista y al tacto, los papiros, piedra, cuero, papel-, con la electrónica esa concepción ha cambiado y son posibles los instrumentos cuya constitución material carece de los anteriores elementos. Elevado tal instrumento a la calidad de jurídico, este tendrá un valor. Tal valoración le otorgará un grado de eficacia propia en el mundo del derecho.

En Argentina se sancionó la ley de firma digital N° 25.506 y no sólo se incorporó la noción de *documento digital* o *electrónico*. La analizaremos seguidamente. El documento público electrónico puede incluirse en la categoría de instrumento público cuando emana de un ordenador perteneciente a la administración pública, operado por un funcionario público, u operador del derecho a cargo de una función pública, en la medida en que para su emisión se respeten los recaudos reglamentarios que aseguren su inalterabilidad y autenticidad.

A. El instrumento electrónico en el CCyC

Téngase en cuenta que la persona humana puede prestar su conformidad bajo el principio de libertad de formas y utilizar la que estime conveniente (art.

32 CARNELUTTI, Francesco. *La proba civile*, Buenos Aires, 1955, págs. 182 y sgts.

33 ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal civil y comercial*, Ediar, 2ª edición, Buenos Aires, 1975, pág. 392.

284 CCyC). Si lo hace por escrito, la misma puede tener lugar por instrumento público o por instrumento particular firmado -se lo distingue como instrumento privado- o no firmados (art. 287 CCyC).

El art. 286 del CCyC dice: “Expresión escrita: La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado en texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”.

Y el art. 287 dice: “Los instrumentos particulares pueden estar firmados y no firmados. Si lo están, se llaman instrumentos privados.

Si no lo están, se los llama instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información”.

Expresión escrita y el soporte

Con lo dicho, la expresión escrita puede tener lugar por instrumento público o por instrumentos particulares firmados o no firmados, salvo los casos en que determinado instrumento sea exclusivamente impuesto³⁴.

Hay *expresión escrita, en cualquier soporte*, siempre que el contenido pueda ser representado como texto inteligible aunque su lectura requiera la intervención de medios técnicos.

La norma es flexible, de modo que cuando se refiere a la expresión escrita acepta todas las tecnologías. Y debido a su constante evolución *se establecen principios esenciales a partir de los cuales los tribunales y operadores jurídicos podrán considerar que existe expresión escrita y firma, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible*, aunque su lectura exija medios técnicos, a fin de satisfacer los principios generales³⁵.

Recordamos que son más las operaciones y actos jurídicos que a diario se realizan mediante instrumentos sin firma que los que la exigen³⁶. Así también comercialmente son admitidos los libros de comercio no firmados según el art. 212, ley N° 19.550 modificado por ley N° 22.903. Las tarjetas de crédito son

34 El código adopta la solución del proyecto de unificación de 1998 y su tratamiento se concentra en un solo texto.

35 Se advierte la influencia de la ley modelo de comercio electrónico de UNCITRAL, que se sustenta en tres pilares: a) la legibilidad, b) inalterabilidad, y c) autoría.

36 Ver DÍAZ DE GUIJARRO. “La impresión digital en los instrumentos privados” en JA, tomo 50, pág. 85. Boffi Boggero. En *Enciclopedia*, Ob. cit., pág. 202; y el anteproyecto de 1954, en su art. 288.

utilizadas en cajeros automáticos y otro tipo de máquinas, y la firma que lleva la tarjeta de crédito es puesta al solo efecto de permitir al comerciante el cotejar las firmas³⁷. Todo ello mucho antes de la sanción del código.

Por el segundo párrafo del art. 286 del código, *la expresión escrita puede hacerse constar en cualquier soporte siempre que su contenido sea representado con texto inteligible*.

Así es que el documento electrónico regulado debidamente se transforma en un instrumento útil al servicio de lo jurídico, con ciertas características: 1) es emitido o generado a través de un sistema electrónico; 2) sólo puede hacerse público mediante tecnología informática; 3) no puede ser conocido por el usuario si no se le da a conocer los sistemas de seguridad que lo protege; 4) carece de materialidad; 5) está sujeto y garantizado por medidas de seguridad a través de sistemas de redes³⁸.

En relación al derecho procesal, el art. 378 CPCCN acepta un sistema mixto de apreciación de la prueba. La disponibilidad de los medios de prueba es la situación idónea en que se halla un instrumento de prueba para ser requerido por el juez o los litigantes en vista a su posterior utilización en juicio. Las partes podrán disponer o el juez podría pedir de oficio la producción de un medio de prueba aunque no esté legalmente previsto en tanto no afecten la moral y las buenas costumbres ni los principios generales del derecho.

La jurisprudencia ha resuelto antes de la entrada en vigor del nuevo código que: "No obstante la carencia de firma del e-mail, tal como lo regula el art. 1012 del CC para la configuración de un instrumento privado, la Cámara resuelve que lo mismo no impide que sea considerado como 'instrumento particular no firmado' y podrá ser tomado como principio de prueba por escrito todo en los términos de los artículos 1190, inc. 2) y 1191 del CC"³⁹.

37 ARRILLAGA, José Ignacio. "La tarjeta de crédito", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, setiembre de 1981, págs. 784, 787, 795 y 797.

38 En las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se concluyó que: "...en la labor judicial debe primar la amplitud de criterio para valorar la fuerza probatoria de la prueba informática. El valor probatorio de los documentos electrónicos, digitales o informáticos, debe ser apreciado por el Tribunal ponderando entre otras pautas, los usos del tráfico, la conducta precedente y posterior de las partes, y la razonable convicción que pueda alcanzarse sobre su autoría, legibilidad e inalterabilidad de acuerdo a los métodos utilizados para su creación y transmisión a terceros. Los medios informáticos, electrónicos, o digitales no son instrumentos pero sí documentos que constituyen principio de prueba por escrito conforme las normas indicadas. Y su eficacia debe ser admitida expresamente si se garantiza que su contenido resulta inalterable y auténtico".

39 CNCiv., Sala I, 2005/8/11, "Leone, Jorge N. c/ Maqueira, Jorge S.", LL 14/12/2005.

B. La firma en los instrumentos en el CCyC y su proyección en el documento electrónico

El art. 288 dice: “La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo.

En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”.

En el nuevo código la firma consiste en el nombre del firmante o un signo, pero se reconoce el avance de la tecnología y en consecuencia la firma manuscrita en los instrumentos no puede considerarse el único medio ni siquiera el más confiable para lograr el objetivo de seguridad, y se ha admitido recurrir a otros medios que resulten de mayor seguridad al momento de verificar la autenticidad y la autoría⁴⁰.

Según se expresa en los fundamentos que se acompañaron al anteproyecto del código: “...en cuanto a la firma, su efecto propio, es la asunción del texto, es decir de la declaración de voluntad, tal como se proyecta. Y se agrega en un párrafo referido a los instrumentos generados por medios electrónicos que ya figura en el proyecto de 1998 y así se está en consonancia con la ley 25.506 de firma electrónica, de acuerdo a la cual -si bien luego se consignan excepciones- (...) cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia”.

Ley de firma digital

La ley N° 25.506, sancionada y publicada en diciembre de 2001⁴¹, establece consideraciones generales sobre: la firma digital, el documento digital y el

40 Ver ZANNONI, Eduardo A. “Simulación o apariencia de la firma”, *La Ley*, 14/1/1964, menciona la existencia de un concepto subjetivo y otro objetivo de la firma. Subjetivamente la firma es el testimonio de la voluntad dado por escrito y objetivamente es firma todo trazo inserto voluntariamente con ese fin. Quien así procede, aunque no estampe su firma habitual, si el trazo pretendió ser una firma deberá atenerse a las consecuencias de la declaración de voluntad así suscripta. Quien simula o aparenta firmar está objetivamente firmando.

41 El decreto reglamentario N° 2628/2002 regula: consideraciones generales, autoridad de aplicación, comisión asesora para la infraestructura de firma digital, ente administrador de firma digital, sistema de auditoría, estándares tecnológicos, revocación de certificados digitales, certificadores licenciados, autoridades de registro, disposiciones para la administración pública nacional.

documento electrónico, los certificados, el certificador licenciado y la autoridad de aplicación.

Doctrinariamente se sostiene que la firma electrónica constituye el género dentro del que puede distinguirse la firma digital -como una especie de mayor rigurosidad tecnológica en relación a su seguridad e infraestructura-. Conforme con la definición legal se entiende por firma digital el 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. La firma electrónica es descripta como el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, la que carece de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital.

Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo.

En el caso de la firma digital, sólo hay que invocarla y, de proceder, hace plena prueba, gozando los documentos firmados digitalmente de dos presunciones: *autoría e integridad*. La autoría se refiere a que la firma pertenece al titular, y por ende éste no podrá repudiar lo firmado. La integridad se refiere a que el documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma, que no necesariamente implica que el contenido no pueda ser visto por terceros.

Con lo dicho, la diferencia fundamental entre ambos documentos -el electrónico y el digital- radica en el valor probatorio atribuido a cada uno de ellos, ya que la firma digital -de ser verificada correctamente- goza de las presunciones de autoría e integridad, salvo prueba en contrario que deberá aportar quien pretenda desvirtuar tales presunciones. En cambio, la firma electrónica carece de tales presunciones y en consecuencia si ella fuera desconocida corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

Ciertos requisitos deberá reunir una firma digital para ser considerada legalmente válida y son: a) haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante; b) ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado según el procedimiento de verificación correspondiente; c) que dicho certificado haya sido emitido por un certificador licenciado o por una autoridad extranjera reconocido en los mismos términos y condiciones exigidos en la ley y en sus normas reglamentarias. Además, la firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, siendo que tal proceso debe permitir identi-

ficar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma⁴².

C. Conclusión

La ley N° 25.506/2001 reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica, pero *excluye expresamente determinados actos* en su art. 4º que dice: “Las exclusiones expresas legales son: a) las disposiciones por causa de muerte; b) los actos jurídicos del derecho de familia; c) los actos personalísimos en general; d) 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”.

Como dijimos, la inserción de la firma en un instrumento permite individualizar al sujeto que la suscribe y además implica conformidad del firmante con el contenido. Quien estampa su firma al pie de un instrumento reconoce con ella su contenido, adhiere a las conclusiones que en él se expresan, vuelca, en fin, su conformidad. Con la sanción de la ley de firma digital se otorga reconocimiento y validez legal al documento electrónico y la firma digital. A la firma digital que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento, utilizada en los instrumentos generados por medios electrónicos, se la equipa-

42 Por el decreto N° 724/2006: “Las entidades y jurisdicciones pertenecientes a la Administración Pública Nacional podrán ser certificadores licenciados, emitir certificados para agentes y funcionarios públicos y particulares, tanto sean personas físicas como jurídicas. Dichos certificados deberán ser provistos en forma gratuita. En aquellas aplicaciones en las que la Administración Pública Nacional interactúe con la comunidad, solamente se admitirá la recepción de documentos digitales firmados digitalmente utilizando certificados emitidos por certificadores licenciados o certificados extranjeros reconocidos en los términos del artículo 16 de la Ley 25.506.

(...) Incorpórase al Anexo I del Decreto N° 2628 del 19 de diciembre de 2002, la siguiente definición: ‘18. TERCERO USUARIO: persona física o jurídica que recibe un documento firmado digitalmente y que genera una consulta para verificar la validez del certificado digital correspondiente’.

(...) Incorpórase como artículo 34 bis del Decreto N° 2628 del 19 de diciembre de 2002, el siguiente texto: ‘Aceptación por parte de terceros usuarios de documentos electrónicos firmados digitalmente. Los terceros usuarios que sean personas jurídicas que implementen aplicaciones que requieran firma digital, tienen la facultad de definir las características y requerimientos que deben cumplir las Políticas de Certificación, a los efectos de aceptar documentos electrónicos firmados digitalmente utilizando certificados digitales amparados por dichas Políticas. Dichas características y requerimientos deben ser manifestados previamente en forma clara y transparente a los titulares de certificados que pretendan operar con ellos’.

(...) Modifícase el texto del artículo 1º inciso b) del Decreto N° 2628 del 19 de diciembre de 2002 por el siguiente: ‘Artículo 1º inciso b): Firma electrónica basada en certificados digitales emitidos por certificadores no licenciados en el marco de la presente reglamentación’.

ra con la firma manuscrita. En un documento digital (según el art. 6º de la ley N° 25.506): a) existe presunción de autoría⁴³, y b) presunción de integridad⁴⁴.

Según el Código Civil y Comercial, en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método para identificarla y ese método asegura razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento (art. 288, último párrafo). La definición de firma no se encierra en una tecnología existente a la fecha, sino que se ha preferido una noción amplia que comprende la tecnología actual como la que pueda crearse en el futuro. Ello porque el código es un cuerpo de leyes con vocación de permanencia y estabilidad.

El cumplimiento de la exigencia legal de conservar documentos, registros o datos, conforme a la legislación vigente en la materia, podrá quedar satisfecho con la conservación de los correspondientes documentos digitales firmados digitalmente.

Los documentos, registros o datos electrónicos deberán ser almacenados por los intervinientes o por terceros confiables y aceptados por los intervinientes durante los plazos establecidos en las normas específicas. Se podrán obtener copias autenticadas a partir de los originales en formato digital firmado digitalmente. La certificación de autenticidad se hará de conformidad a los procedimientos legales vigentes para el acto de que se trate, identificando el soporte del que procede la copia.

43 Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma.

44 Si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume -salvo prueba en contrario- que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma.

El balance en la Ley General de Sociedades*

Su interpretación

Daniel García

En nuestro comentario al art. 326 CCyC mencionamos en forma escueta la sección IX de la ley N° 19.550, modificada por la ley N° 22.903 de la hoy denominada ley general de sociedades (en adelante, LGS). Nos pareció sustancial en aquel comentario dejar por lo menos insinuada la relevancia de la sección IX de la ley por su importancia práctica y su aplicación obligatoria, interpretada conjuntamente con la resolución técnica N° 9 (normas particulares de exposición contable para entes comerciales, industriales y servicios) de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas.

La pretensión de nuestro comentario fue la de despertar en el notariado el interés práctico que tiene en su desempeño profesional la posibilidad de leer e interpretar un balance, tema íntimamente vinculado con el derecho asociativo. Basta recordar el art. 186, integrante del capítulo dos del código referido a asociaciones civiles cuando expresa: "Normas supletorias. Se aplican supletoriamente las disposiciones sobre sociedades en lo pertinente".

La lectura e interpretación de un balance tiene por fin tener un criterio propio, que no excluye la consulta al profesional que lo confecciona para poder evaluar su contenido y proyección y ofrecer a nuestros requirentes un panorama más completo sobre la situación económica, financiera y jurídica que el mismo nos puede señalar. La ley general de sociedades nos plantea la necesidad de encontrar información en el balance, la que podemos obtener y analizar

* La elaboración del presente trabajo contó con la colaboración del contador Carlos Mayolo.

del mismo sin temor a equivocarnos. Por ejemplo, el art. 32 de la ley, referido a sociedades controladas, nos remite necesariamente al balance en su segundo párrafo: "Tampoco puede una sociedad controlada participar en la controlante, ni en sociedad controlada por ésta por un monto superior, según balance, ni de sus reservas, excluida la legal". Como veremos en los artículos de la ley que analizaremos, obtendremos la información necesaria para ubicar el dato indispensable para un correcto asesoramiento. La ley nos remite en distintas oportunidades al balance, como por ejemplo en la causal de disolución del inciso quinto del art. 94, referido a la pérdida del capital social en el proceso liquidatorio que impone la obligación de los balances anuales y el balance final de distribución, cuando se procede al aumento del capital social por capitalización de reservas o cuando el aumento por capitalización de ganancias o por aportes irrevocables a cuenta de aumento del capital social: todos los datos necesarios deben estar registrados en el balance. Ello sucede en la transformación, fusión o escisión de sociedades, entre otros supuestos.

Corresponde por lo menos dejar señalado que el tan utilizado aporte irrevocable para futuros aumentos del capital social -como la capitalización de ganancias realizadas y líquidas-, postergando el pago de dividendos en efectivo, es fundadamente objetado por la doctrina y por parte de la jurisprudencia.

Lo que hemos querido señalar en el párrafo anterior, aunque sea brevemente, es el hecho frecuente de que se pone al notario frente al balance y que el mismo nos debe suministrar una información que se pueda conocer e interpretar y al mismo tiempo se puedan encontrar los datos necesarios para la instrumentación del acto que el requirente nos solicita.

Sin embargo, antes de introducirnos en los artículos de la ley, nos parece necesario precisar a qué documentación nos referimos cuando utilizamos la palabra balance. Para el CCyC un balance debe como mínimo informar sobre el estado de situación patrimonial y sobre el estado de resultados, dejando como voluntario incluir el estado de origen y aplicación de fondos (flujo de fondos) y el estado de evolución del patrimonio neto, que también son parte del balance (como lo son las notas y anexos del mismo -art. 65 LGS-). Nos parece que la síntesis correcta referida a las cuatro partes enumeradas la da VÍTOLO cuando expresa: "...a este conjunto de documentos se lo conoce como balance general"¹.

Tenemos entonces una obligación legal de incorporar al balance dos informaciones y la posibilidad de incorporar otras dos, más las notas y anexos, lo que integra el balance general. Corresponde mencionar que de acuerdo con la resolución técnica número 9 ya citada, es necesario que el balance contenga también el rubro de evolución del patrimonio neto y estado de flujo y efectivo.

1 VÍTOLO, Daniel. *Manual de sociedades*, Editorial Estudio, pág. 233.

El balance no es un documento neutro o meramente estadístico: existe tal como lo apuntáramos en nuestro comentario al CCyC relacionado con la política del balance, es decir que el balance tiene una finalidad que es parte de la estrategia de la empresa uni o pluripersonal y desentraña, con la información a la vista, cuál es el objetivo con el que se confeccionó, por lo que la intención de quienes lo aprobaron requiere entonces una lectura atenta.

El balance generalmente contiene información que nos permite desentrañar el móvil de su redacción sin pretender agotar la casuística, porque es sencillamente inagotable. Podemos analizar el activo corriente: si el mismo tiene como su mayor ingreso cheques de terceros y no hay ninguna previsión, siendo la previsión una suma que expresada entre paréntesis actúa como reserva ante la posible falta de pago de esos valores, marcaría un criterio demasiado optimista y alejado de la realidad. Si en cambio en el activo corriente se incluyen amortizaciones de bonos soberanos, no tendría mayor sentido una previsión. En el caso ejemplificado nos encontramos con un balance que nos quiere dar a entender que la empresa tiene buenas posibilidades en el ejercicio siguiente por el ingreso de importantes sumas de dinero. Un lector atento podría interpretar que la falta de una previsión razonable de un porcentaje de la suma que proyecta cobrar, nos pondría frente a un panorama de optimismo exagerado y de difícil realización.

Tenemos, los notarios en general, el hábito de atenernos al contenido del balance, de verificar si el mismo ha sido presentado ante el Consejo Profesional de Ciencias Económicas y de darlo por dato suficiente. Sin embargo, el art. 68 de la LGS nos impone la necesidad de la aprobación por el órgano competente en forma previa a la aprobación y distribución de dividendos. No siempre solicitamos, ante un balance cuya información habremos de utilizar, la documentación que informa sobre la aprobación del mismo por la autoridad competente según el tipo social. Sin embargo tal dato es importante, por cuanto el balance puede haber sido desaprobado -cosa poco frecuente-, o bien aprobado con observaciones o reservas por parte de quienes válidamente estaban en condiciones de opinar sobre el mismo. Es cierto que el balance informa sobre un hecho pasado, que con suerte dentro de los cuatro meses luego del cierre del ejercicio queda confeccionado y que posteriormente se somete a la consideración de quienes en cada caso corresponda; pero puede suceder que el mismo haya merecido observaciones. Para ser prácticos tomemos el siguiente ejemplo: en una sociedad anónima se plantea por un grupo de accionistas la capitalización de la totalidad de las ganancias del ejercicio sin dar las explicaciones claras y circunstanciadas a las que se refiere el art. 66, incs. 3 y 4 de la LGS. Otro grupo se opone y solicita que se distribuyan los dividendos en efectivo. Puesto el tema a votación, se impone la primera iniciativa por una escasa mayoría. El grupo minoritario deja sentado su derecho de reclamar

judicialmente el derecho a la percepción del dividendo por haber sido este y no otro el motivo de inversión en acciones de la sociedad. El balance como tal queda aprobado pero sujeto a un reclamo judicial fundado, cuyo resultado puede modificar sustancialmente el contenido del balance aprobado. Tal información sólo surge del acta respectiva donde se aprobó el balance observado. Teniendo en cuenta lo determinado por el art. 69 es necesario conocer el acta de aprobación del balance que se somete a nuestra consideración.

Previo a iniciar la lectura del balance general, es menester señalar algunas consideraciones básicas requeridas. En primer lugar por el último párrafo del art. 62 de la LGS que señala: "Los estados contables correspondientes a ejercicios completos o períodos intermedios dentro del mismo ejercicio, deberán expresarse en moneda constante". Por su parte, la resolución técnica N° 8 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas que se aplica en todo el país, fija dos criterios importantes para interpretar los estados contables. El concepto de moneda homogénea, introducido en el capítulo segundo, inc. b, "Aspectos Generales" y el inc. e de la misma norma, referida a "información comparativa". Por su parte, en la exposición de motivos de la ley N° 22.903 expresa: "Se procura superar el concepto aritmético formal del balance de ejercicio o los correspondientes a períodos intermedios dentro de un mismo ejercicio, basados en el criterio histórico, estableciendo que deberán expresarse en moneda constante, tal como acaece respecto de ciertos sectores de la actividad empresarial".

Cuando se habla de moneda homogénea lo asimilamos al concepto de moneda constante, que es aquella cuyo valor adquisitivo no cambia con el transcurso del tiempo. Es decir que una determinada cantidad de esa moneda comprará en cualquier momento la misma cantidad de bienes y servicios. Resulta obvio en nuestro país, cuya economía tiene un fuerte componente inflacionario, que el concepto de moneda constante u homogénea es en los hechos prácticamente utópico. El análisis se complica aún más por las siguientes circunstancias fácticas: el decreto del poder ejecutivo nacional N° 664/03 instruye a todos los organismos de control a no aceptar estados contables que no respeten el artículo de la ley N° 23.928 (ley de convertibilidad). En la práctica implica la imposibilidad de reexpresar las cifras de los estados contables para reflejar, de una manera lo más cercana a la realidad, la pérdida del valor adquisitivo de la moneda motivada por el proceso inflacionario.

Otra resolución técnica de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (FACPCE) autoriza en principio a incluir el ajuste por inflación, pero para lograr tal expresión es necesario cumplir con el siguiente requisito: la tasa acumulada de inflación en tres años, considerando el índice de precios

internos al por mayor elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), debe alcanzar o sobrepasar el cien por ciento. Esta exigencia, a la fecha (junio de 2016), no se ha verificado, situación por el momento agravada por la falta de estadísticas de dicho ente.

Por lo tanto, realizar un análisis comparativo del ejercicio en consideración frente al ejercicio anterior resulta una tarea imposible si nos atenemos a la información que los estados contables proporcionan.

En el inc. e de la misma resolución se menciona el otro requisito, ya insinuado en el párrafo anterior. Allí se indica: “Los importes de los estados contables básicos se presentarán en dos columnas. En la primera se expondrán los datos del período actual y en la segunda la información comparada”. La comparación, tratándose de ejercicios completos, se realiza con el ejercicio anterior. Ahora bien, una comparación con valores nominales, es decir sin ajuste por inflación, es impracticable. Una forma imperfecta de acercarnos a una comparación medianamente aceptable es fijar por medios propios o por informe de terceros a una tasa promedio de inflación del ejercicio anterior y aplicarla a los importes expresados. El resultado no tendrá precisión alguna pero nos dará al menos una aproximación para comparar los montos que el estado contable nos entrega.

Corresponde entonces introducirnos en el análisis puntual de las normas que regulan la materia.

El art. 62 de la LGS en su segundo párrafo dice: “Las sociedades de Responsabilidad Limitada cuyo capital alcance el importe fijado por el art. 299 inc. 2º, y las sociedades por acciones deberán presentar los estados contables anuales regulados por los arts. 63 a 65 y cumplir el art. 66”.

Art. 63: se inicia el texto con un subtítulo entre corchetes que expresa “balance” y acto seguido se refiere al balance general cuando lo que va a describir el artículo es el estado de situación patrimonial. Justo es señalar que la FACPCE, en la resolución ya mencionada en el inc. c, ap. 1 dice: “...estado de situación patrimonial o balance general”. Entendemos como lo señalamos al comienzo de este comentario que la opinión de VITOLO de dar el nombre de balance general a la totalidad de los estados contables, con sus notas y anexos, es la más acertada, porque de hecho cuando se analiza toda la documentación mencionada se entiende que tenemos frente a nosotros el balance general.

El inciso primero se refiere al activo y se desarrolla el concepto en ocho apartados, si bien la mención se limita al término “activos”. Podemos definir el concepto expresando que hay activo corriente si, al momento de cierre de un ejercicio, hay efectivo u operaciones que son convertibles en dinero en un plazo inferior a doce meses, contados desde la fecha de cierre del ejercicio económico, mientras que el activo no corriente son los activos que correspon-

den a bienes y derechos que no son convertidos en efectivo por la empresa dentro del año y permanecen en ella durante más de un ejercicio.

El apartado a) menciona al dinero en efectivo y otros valores caracterizados por similares principios de liquidez, certeza y efectividad; y la moneda extranjera. Otros valores se refieren, en enumeración meramente ejemplificativa, a cheques posdatados con fecha de vencimiento dentro del período de doce meses, contratos de ejecución sucesiva, pagarés, inversiones en plazo fijo bancario, etc. El lector del balance debe estar atento a la existencia de previsiones que en cada caso se incluyan en el activo. Las previsiones son partidas expresadas entre paréntesis y que tienen por objeto prever la posible incobrabilidad del crédito mencionado en forma total o parcial, un plazo fijo bancario de corto plazo seguramente no tendrá previsión alguna, pero una abultada cartera de cheques de terceros sin duda merece la inclusión de la mencionada previsión. Las tenencias en moneda extranjera deben convertirse en moneda nacional al tipo de cambio oficial del último día del cierre del ejercicio.

El apartado b) incluye básicamente los créditos provenientes de la actividad social. Refleja la actividad dentro del objeto social e incluye en esencia los bienes de cambio, mercaderías, materias primas necesarias por la actividad empresarial, productos en proceso de elaboración, mercaderías ya elaboradas que permanezcan en depósito. Es importante recordar que el balance debe ser transcrito en el libro de inventario y balance y que este libro no puede ser reemplazado por medios electrónicos. Por lo tanto, la verificación de los rubros que menciona debe estar incluida en el inventario de realización anual. La expresión del valor asignado a mercaderías en elaboración, materias primas o mercadería en depósito no realizada debe estar referida a los precios de plaza en cada etapa del proceso de producción para reflejar fielmente el activo de la empresa. Recordamos que bienes de cambio son aquellos productos o mercaderías que, siendo la actividad habitual de la empresa, tienen rotación constante; y bienes de uso son aquellos destinados en forma permanente a la actividad empresarial.

El apartado se refiere también al caso de las empresas controladas, controlantes o vinculadas, que deben expresarse por separado.

Se deben incluir los créditos litigiosos. En este caso es de toda prudencia que el activo corriente contenga una previsión de importancia por el carácter del crédito. Todo crédito litigioso debe tener en cuenta la posible falencia del deudor, sea por un posible concurso o bien por la declaración de quiebra directa o indirecta del mismo. En general, los créditos litigiosos no se incluyen en el activo corriente por el hecho frecuente de la demora en sede judicial. Sin embargo tal criterio debe aplicarse en forma particular en cada caso, sea porque hay un posible acuerdo de pago previo a la sentencia o porque una obligación concursal deba cumplirse dentro de los doce meses computados, como se dijo. Un caso concreto es el crédito que se origina por un acuerdo concursal que implica la previa verificación del crédito y el

posterior acuerdo de pago debidamente homologado. Estos acuerdos incluyen en general formas de pago con quitas y de cumplimiento sucesivo que pueden exceder el plazo de doce meses. En ese caso sólo deben incluirse los pagos pactados dentro de dicho plazo, los intereses si estuvieran convenidos y prudentemente una previsión por posible incumplimiento que derivaría en una quiebra indirecta del deudor. Los vencimientos que superen el plazo de doce meses se incluirán en el activo no corriente.

Termina el apartado con una frase que menciona “cualquier otro crédito”. Tal mención es sobreabundante ya que el activo debe incluir precisamente los mismos.

El último párrafo del apartado referido a las provisiones lo consideramos comentado en los párrafos precedentes. Sin embargo deben expresarse claramente los descuentos y bonificaciones que se diferencian de las provisiones, ya que no se trata de una falta de certeza en el cobro de un crédito sino de un procedimiento de técnica comercial de la empresa que precisamente procura la correcta percepción de un crédito mediante el otorgamiento de una ventaja al deudor.

El apartado c) se refiere a los bienes de cambio. Estos bienes son los destinados a la comercialización que deben estar expresados en forma separada, como lo señala el texto, de manera que permita al lector del balance tener una idea clara del futuro de la empresa por lo menos en el ejercicio siguiente -que en verdad es el ejercicio vigente-, ya que entre el cierre del ejercicio, la elaboración y la aprobación del balance transcurren en general varios meses. La importancia de expresar separadamente los bienes de cambio permite hacer una evaluación del futuro inmediato de la empresa. Así por ejemplo, si se observa que las materias primas esenciales para la elaboración de la producción es baja y la mercadería en depósito es muy alta, puede estimarse una etapa de dificultades para la empresa, acentuada si el flujo de fondos del ejercicio es deficitario.

El apartado d) en verdad habría que comenzar a leerlo por el final, ya que se trata en general de inversiones ajenas a la explotación de la sociedad. El apartado hace una mención meramente ejemplificativa de ese tipo de inversión. Las mismas tienen su origen en inversiones por excedentes de dinero de la empresa y su inversión supone mantener el valor del mismo y lograr liquidez ante alguna necesidad de inversión. No debe confundirse este tipo de inversiones con las reservas de la sociedad, aun las de libre disponibilidad. El objeto de este tipo de inversiones -como dice la ley “ajenas”- tiene el fin señalado, liquidez y mantenimiento del valor adquisitivo. Si bien el apartado habla de explotación y no de objeto, cabe formularnos la siguiente pregunta: si se trata de operaciones ajenas a la explotación no contenidas en el objeto social, su concreción, ¿debe ajustarse al procedimiento que legitima ese tipo de operaciones conforme lo determina la misma ley? El inc. 3º del art. 11 de la LGS establece que el objeto debe ser preciso y determinado.

¿Sería entonces una inversión ajena a la explotación no contemplada en el objeto social un acto objetable y por lo tanto merecedor de una impugnación asamblearia? ¿Quedaría solamente legitimada una operación financiera como la que describe el apartado sólo si estuviese contemplada dentro del objeto social? Entonces, una sociedad que tiene por objeto la actividad metalúrgica, que cuenta con un exceso de efectivo y que adquiere acciones de otra sociedad que tiene pendiente el pago de dividendos e imprevistamente la sociedad emisora cae en quiebra y no satisface el pago de los dividendos, ¿podría en tal caso la tenedora que insinúa su crédito correr el riesgo de no verificarlo como tenedor de acciones porque actuó por fuera del objeto social? Una interpretación tan rigurosa del objeto social que limite el tipo de inversiones que el mismo texto legal prevé significa una obstrucción grave al desenvolvimiento de la empresa. Es más, en la práctica es muy improbable que alguien que tiene un excedente de dinero lo conserve en caja con la consecuente desvalorización y una buena gestión del órgano de administración implicaría dar circulación a dichos importes con el fin ya señalado. Si así no fuese, puede no ser aprobada la gestión del administrador por la pérdida sufrida. RICHARD y MUIÑO, al referirse a este inciso y respondiendo a los interrogantes planteados, dicen: "Las inversiones, que son colocaciones realizadas con el ánimo de obtener una renta u otro beneficio, que sean susceptibles de fácil realización pero que no pertenecen al objeto social y, por ende, no forman parte de la estructura normal de comercialización de la sociedad"². El requisito sería entonces que dichas operaciones no sean habituales ni se conviertan en la actividad principal de la empresa, sino que, siendo ajenas a su objeto, se realicen en forma no habitual y con el objeto de preservar el valor adquisitivo de sus excedentes. Claramente se trata de una situación de hecho que corresponde evaluar en cada caso.

El apartado e) se refiere a los bienes de uso con sus amortizaciones acumuladas. Todos los bienes (como máquinas, herramientas, instalaciones, inmuebles, etc. -bienes de uso-) se deterioran por el transcurso del tiempo y por el uso que se haga de las mismas. Ello genera su amortización, es decir, una disminución de su valor de origen que es acumulativa y tal amortización debe constar en el balance.

El apartado f) se refiere a los bienes inmateriales que, dice el texto, deben calcularse por su costo menos sus amortizaciones. La amortización es el procedimiento contable por medio del cual el valor del bien, utilizado por la sociedad, es repartido como gasto durante todos los años que abarca la vida útil del mismo. El tema de los bienes inmateriales es absolutamente complejo en cuanto a la determinación de su valor. Tales bienes son por ejemplo una marca, el valor llave de una empresa, las patentes de invención, las concesiones, etc. Es cierto que una concesión tiene un costo inicial y dicho costo debe estar sometido a la amortización,

2 *Derecho Societario*, Ed. Astrea, pág. 262.

como todo otro bien. Pero bienes inmateriales, como el caso de una marca, ¿qué valor tienen? ¿Se puede determinar el mismo sin que dicho valor sea arbitrario? Tengamos en cuenta que debe calcularse por su costo. Por lo tanto, todo valor que se adjudique a esa marca tendrá ese carácter por lo menos en su origen. También es de advertir que una empresa de muchos años de existencia y con una marca exitosa e impuesta en el mercado, como tal constaría como amortizada en su totalidad; sin embargo quizás sea lo más valioso que tiene la empresa.

Por lo tanto al leer el balance debemos estar atentos para no sobrevalorar ni infravalorar los bienes inmateriales.

El apartado g) menciona "gastos y cargas que se devenguen en futuros ejercicios". Aquí se introduce el concepto de acto devengado, cuyo objeto básico es imputar al balance del ejercicio los actos realizados durante el mismo más allá de que se hicieran efectivos o se concretaran con posterioridad al mismo. El caso práctico sería la venta realizada en los últimos días previos al cierre del ejercicio pero cuyo cobro por contrato se efectivizará con posterioridad a su cierre. Tal operación deberá ser incluida en el balance en consideración y si no se cobra, deberá realizarse la corrección correspondiente.

El apartado h) hace una mención genérica al incluir en el activo corriente o no corriente según corresponda a todo rubro que corresponda incluir en el activo. El término "rubro" sugiere bienes, mercaderías, materias primas que sean utilizadas en el giro normal y habitual de la empresa. En verdad todas las operaciones se incluyen tanto en el activo o en el pasivo corriente o no corriente y su inclusión sólo depende de la característica del hecho económico que la produce, por lo tanto la mención no es necesaria, ya que todo lo que corresponda al activo no puede estar en otro lado que en él mismo.

El siguiente paso es analizar el pasivo que, tal como el activo, es corriente o no corriente con el mismo criterio aplicado al activo.

En el punto 2 apartado a) se mencionan en primer lugar las deudas, debiendo separarse por su origen, y se reitera la necesaria individualización en el caso de sociedades controlantes, controladas o vinculadas. Luego agrega a los debentures emitidos por la sociedad y los dividendos a pagar, así como a las deudas previsionales o fiscales. Es necesario en este punto hacer una referencia al tema de los dividendos a pagar. Cuando se adquieren acciones de una sociedad, el objetivo principal es el obtener una ganancia que básicamente puede originarse en dos motivos distintos: el cobro de dividendos o el incremento del valor de la acción para proceder a su venta ante una ganancia razonable esperada. Este último caso tiene un fuerte componente especulativo de suerte variada, pero el problema de los dividendos -que obviamente los adeuda la sociedad a los tenedores de acciones en proporción a sus tenencias-, es motivo de frecuentes choques de intereses dentro del mismo grupo de accionistas. Es frecuente que con el objeto de impulsar la actividad de la empresa, la totalidad de los accionistas o quienes logren predominar en

la asamblea resuelvan, al aprobar el balance, capitalizar las ganancias, o para mejor decir, aumentar el capital social en base al rubro dividendos a distribuir y, como consecuencia, emitir las acciones correspondientes en una proporción que necesariamente debe respetar la proporción de la tenencia anterior a tal resolución. Este procedimiento es denominado habitualmente como "pago de dividendos en acciones", contemplado en el art. 66, inc. 4, y art. 189 de la LGS. Este procedimiento ha sido resistido a tal punto que el Dr. NISSEN considera inconstitucionales los artículos mencionados³. Lo indudable es que el dividendo líquido y exigible es un crédito que tiene el accionista frente a la sociedad, por eso su ubicación en el pasivo puede frustrar tal expectativa y suele generar serios conflictos intrasocietarios. Corresponde aquí señalar la obligatoriedad de las resoluciones que tome la asamblea actuando conforme a la ley y al estatuto, principio establecido en el art. 233, segundo párrafo, de la LGS. Más allá de las precisas observaciones que contiene el trabajo mencionado, es habitual que las sociedades utilicen este procedimiento para autofinanciarse y en muchos casos evitar altas tasas que se pagan si se recurre al crédito bancario. Sin embargo corresponde señalar que los aumentos de capital basados en los denominados aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital, capitalización de ganancias, distribución de utilidades mediante la entrega de acciones, son de utilización frecuente pero motivan conflictos y tensiones que culminan en los estrados judiciales.

Cierra el apartado indicando mostrar otros pasivos devengados. Si bien hemos explicado brevemente lo que implica el término devengado, el texto ratifica que toda operación realizada dentro del período que considera el ejercicio debe calcularse en el pasivo aunque su efectivo cumplimiento se concrete fenecido el mismo.

El apartado b) ordena incluir las provisiones por eventuales posibles obligaciones que debe enfrentar la sociedad. Una expresión tan genérica sólo autoriza a mencionar algunos ejemplos para su comprensión, por caso: una inspección iniciada por la autoridad fiscal que pueda arrojar resultado negativo, o conflictos con el personal que puedan derivar en despidos, o accidentes laborales que generen posibles obligaciones, la posible no renegociación de un crédito bancario. En estos casos las provisiones deben estar individualizadas rubro por rubro.

El inc. c) contiene una expresión tan amplia que es difícil de definir, pero se advierte la utilización del término rubro. Comercialmente el término se asimila al concepto de mercadería específicamente utilizada en una actividad determinada. Si se trata de una librería, se puede considerar un rubro las resmas de papel, pero no la reparación de un techo. Lo cierto es que el texto aspira a que

3 *La Capitalización de utilidades en las Sociedades Anónimas*, Ed. Ad Hoc, pág. 55.

no queden posibles reclamos que influyan en el pasivo y no estén consignados en estado de resultados.

El apartado d), al figurar en el pasivo rentas percibidas por adelantado u otro tipo de ingresos que correspondan a ejercicios siguientes, parece aplicar un criterio inverso al del acto devengado, ya que en el ejercicio siguiente, sino hubiese objeción, deberán pasar del pasivo al activo corriente o no corriente según el ejercicio al que deba imputarse la renta percibida.

En el punto segundo del artículo en consideración, los apartados de la a) a la d), se refieren a la inclusión en el pasivo tanto del capital como de las reservas, los aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital, capitalización de ganancias y utilidades de ejercicios anteriores no distribuidas. Estos últimos rubros, si bien son habituales, generan distintas y encontradas interpretaciones. El texto legal impone la obligación de la inclusión del capital en el pasivo. En realidad se trata de un pasivo no exigible pero como señalan SASOT BETES y SASOT: "...tal carácter no debe extremarse la nota hasta el límite de pretender que jurídicamente no es una deuda potencial. La incorporación patrimonial que el accionista hace a la sociedad le da una titularidad sobre la aportación que perdura durante toda la vida de aquella. El capital es un valor intangible y debe representar en el balance mencionado las acciones ordinarias y las de otras clases y los supuestos del artículo 220, que se refiere al excepcional caso de la adquisición de las acciones por la misma sociedad"⁴.

El apartado b) se refiere a las reservas, a las revaluaciones y a las primas de emisión. La reserva legal está contemplada en el art. 70 de la LGS y su inclusión en el contrato social -por lo menos en las sociedades anónimas- es un dato exigido por la autoridad de contralor. Basta recordar que las reservas se deben descontar de las ganancias líquidas y realizadas y por un mínimo del cinco por ciento de las mismas hasta alcanzar un mínimo del veinte por ciento del capital social y, en caso de disminución, deben recomponerse en forma previa a la distribución de dividendos. El art. 189 LGS prevé la capitalización de reservas. Obviamente sin afectar las legales, como señaláramos anteriormente, el procedimiento de aumento del capital social por capitalización de reservas suele acarrear conflictos intrasocietarios, ya que en general el grupo dominante de accionistas -que como consecuencia tiene la administración de la sociedad-, aspira mediante el procedimiento de capitalización a lograr la disponibilidad de aquellos fondos a cambio de la distribución de acciones, que necesariamente se distribuirán a prorrata de las tenencias respectivas.

La revaluación de los activos es un procedimiento de técnica contable que tiene por objeto dar un valor real a los mismos y la prima de emisión contem-

4 *Sociedades Anónimas. Las Asambleas*, Ed. Ábaco, pág. 389.

plada en el art. 202 de la LGS es un procedimiento cuyo objeto es capitalizar a la sociedad. La ley sanciona con la nulidad la emisión bajo la par con la excepción de la ley N° 19.060 (sociedades autorizadas a cotizar en bolsa).

Se emite con prima cuando la sociedad tiene una marcha exitosa y se considera injusto la posible incorporación de nuevos accionistas con condiciones similares o parecidas a los ya existentes. Es como un sobreprecio para participar en plenitud en la vida societaria, sin que ello implique una posición de mejora en la distribución de dividendos o los derechos políticos que otorga.

En el apartado c) se mencionan las utilidades de ejercicios anteriores. Siendo tales utilidades líquidas y exigibles se convierten en un crédito que tiene el accionista para reclamar a la sociedad y por lo tanto es una deuda. Nos remitimos al comentario ya realizado cuando nos referimos a la capitalización de ganancias. Obviamente si hay pérdidas no pueden constar en otro lugar que en el pasivo.

El apartado reitera la expresión "todo otro rubro", acepción amplísima ya comentada en el inciso c) del punto primero.

Separadamente, en el punto tercero incluyen en el pasivo bienes en depósito, avales y garantías, documentos descontados y toda otra cuenta de orden. La enumeración corresponde a bienes que no son de la sociedad y por lo tanto sujetos a su devolución conforme se determine en el contrato vigente. Si el objeto de la sociedad es precisamente el depósito de bienes de terceros, deben figurar en el pasivo. El problema técnico que se plantea es la forma en que expresa contablemente esa situación, que el mismo apartado indica como toda otra cuenta de orden, es decir una cuenta por cada depositante o cliente.

Con respecto a la presentación en general, los conceptos de activo y pasivo corriente y no corriente ya fueron explicitados.

En cuanto al apartado b), menciona que tanto derechos u obligaciones documentados deberán mostrarse separadamente tanto si tienen garantía real u otras. De gran utilidad en estos casos es remitirse a las notas y anexos que informan o debieran informar sucinta pero detalladamente tales operaciones. Nos remitimos al comentario del art. 65.

El apartado c) referido a moneda extranjera tanto del activo como del pasivo deberán mostrarse por separado y a moneda constante. Si el balance informa una canasta de monedas deben las mismas expresarse divisa por divisa.

El apartado d) prohíbe la compensación de las distintas partidas, solución lógica y sin excepciones porque tal procedimiento quitaría claridad al estado de situación patrimonial.

Corresponde cerrar el comentario al artículo dejando constancia de un principio básico en el estado de situación patrimonial cual es: activo menos pasivo igual a patrimonio neto.

Art. 64: estado de resultados. VERÓN expresa: "El estado de resultados resume y esquematiza el desarrollo del ejercicio completando e integrando, por medio de la cuenta ganancias y pérdidas el balance general y dando razón a las variaciones patrimoniales, producidas respecto del ejercicio anterior, con lo cual muestra esencialmente conforme a la tendencia contemporánea, la gestión social"⁵. La información que suministre este estado es esencial para los accionistas y fundamentalmente para posibles inversores que, por medio de la información ofrecida -básicamente la determinación referida a si el ejercicio produjo ganancias o pérdidas-, tomen la decisión de invertir o no en la empresa. Este artículo, siguiendo el criterio del art. 63, no define qué es el estado de resultados, sino que hace una mención de todos los datos que debe proporcionar el mismo. En la medida en que se analicen los distintos apartados del texto, el lector deberá tener suma precaución en determinar -o tratar de hacerlo- cuál es la "política del balance", por cuanto hay muchos rubros que pueden tener que ver con el fin propuesto. No es infrecuente que con el objeto de disminuir el impacto fiscal se incluyan gastos, retribuciones al directorio, honorarios, etc., cuyo objeto sea el disminuir la ganancia del ejercicio. Una forma de determinar si realmente existe una exageración intencionada de dichos rubros es el análisis comparativo con el ejercicio anterior. Recordemos que uno de los principios básicos de una contabilidad bien llevada es la uniformidad de criterios. Por lo tanto, comparando los datos del ejercicio en análisis con los del ejercicio anterior es posible determinar si hay o no intencionalidad en los datos que ofrece este estado.

El punto primero del artículo en el apartado a) dice que en el mismo deben constar el producido de las ventas o servicios agrupados por tipo de actividad. Del total se deducirá el costo de las mercaderías o productos vendidos o servicios prestados con el fin de determinar el resultado.

Esta información arroja un resultado bruto que, con las deducciones previstas en los otros apartados, dan el resultado neto. Cuando se habla de tipo de actividad se refiere a empresas con objeto múltiple, donde cada información referida a un costo de mercadería o servicio prestado debe darse por separado, teniendo presente que al final del artículo se reitera la misma indicación que en el art. 63: "No podrán compensarse las distintas partidas entre sí".

Sigue el articulado mencionado todos los rubros que de alguna manera inciden en el texto inicial que son los que permiten obtener el resultado neto. Así, en el apartado b) se deducen los gastos ordinarios de administración, de comercialización, de financiación y otros que corresponde cargar al ejercicio. Se

5 *Reformas al régimen de sociedades comerciales*, Ed. Astrea, pág. 106.

reitera el criterio de una mención enunciativa. Lo cierto es que cada actividad que la empresa desarrolle dentro de su objeto puede contener rubros que ameriten su inclusión como componentes de los gastos. En tal caso deben estar claramente determinados en el estado de resultados para que los mismos tengan certeza y claridad.

Los incisos uno al nueve mencionan todos aquellos rubros que deben expresarse si se produjeran, ya que es posible que alguna de las situaciones señaladas sea accidental y por lo tanto aplicable a un solo ejercicio, por ejemplo una campaña publicitaria. Deducidos todos los gastos que estos incisos mencionan, se obtendrá el resultado neto del ejercicio.

Se hace posteriormente una mención al caso en que no se hagan constar algunos de estos rubros total o parcialmente. Se refiere a los nueve incisos anteriores por formar parte de costos ya estimados en bienes de uso, de cambio u otros rubros del activo. Si así fuera, el directorio u órgano de administración deberá obligatoriamente informar dicha circunstancia en la memoria. Dicha explicación, para que sea veraz, deberá ser detallada en cada caso.

Los incisos c) y d) incluyen dos casos particulares: el primero, ganancias y gastos extraordinarios; y el segundo, los ajustes por ganancias o gastos de ejercicios anteriores. Como ejemplos del primer caso se puede mencionar como una ganancia extraordinaria una fuerte devaluación de la moneda frente a una posición que la empresa haya constituido en moneda extranjera, y gastos del mismo carácter los daños producidos por un incendio que afecte el normal funcionamiento de la empresa y no se encuentre cubierto debidamente por los seguros. En ambos casos y con identificación precisa, se deben incluir en el estado de resultados.

Luego el artículo se refiere al modo de presentación y de las ganancias o pérdidas del ejercicio para llegar al resultado neto, resultado al que adicionará el resultado de ejercicios anteriores.

El resultado neto es consecuencia de aplicar todas las indicaciones que el mismo artículo menciona y no es otra cosa que el resultado del ejercicio positivo o negativo. Tal dato es de vital importancia tanto para los socios como para terceros y debe ser sometido por lo menos a dos visiones que no tienen por qué coincidir. Por un lado, desde la óptica del administrador que determina la "política del balance" y cuál es el objetivo final de su redacción; y por otra parte, la de los socios que no son administradores y los terceros, que deben realizar una meticulosa evaluación del mismo para interpretar el objetivo de aquel criterio político y en consecuencia dejar sentada su opinión. En el caso de los socios, en la asamblea que considerará el balance y los terceros que evaluarán el resultado ofrecido para invertir en la empresa, deberán determinar su capacidad de endeudamiento ante la tramitación de un crédito o incluso ante el interés fiscal comprometido en el mismo.

En el punto segundo se hace una breve mención al tercer elemento que compone el balance general que es el “estado de evolución del patrimonio neto” y lo muestra como complemento del mismo. Tal vinculación refleja los cambios que ocurrieron durante el ejercicio. Todos los rubros señalados en el estado de resultados se reflejan en el patrimonio neto.

El art. 65 trata sobre las notas complementarias. Las notas complementarias son parte del balance general y contienen la información desagregada y ampliada de los estados contables. Las notas y sus anexos permiten profundizar el contenido de los estados contables, por lo tanto, cuanto mayor información contengan las mismas, más claridad y comprensión ofrecerán sobre la documentación en análisis. A manera de recomendación práctica se puede afirmar que, cuando se procede a la lectura del balance y el mismo nos informa de la existencia de una nota o anexo, se debe ir directamente a su lectura para tener una cabal comprensión del rubro en análisis. La resolución técnica Nº 9 ya aludida sobre el punto recomienda: “La información complementaria, que forma parte integrante de los estados básicos, debe contener todos los datos que, siendo necesarios para la adecuada comprensión de la situación patrimonial y de los resultados del ente no se encuentren expuestos en el cuerpo de dichos estados”.

El artículo hace enumeración enunciativa que desarrolla en dos incisos: el primero está referido a las notas y el segundo a los cuadros anexos.

VERÓN, en su obra ya citada, sistematiza tal enunciación y dice: “Las notas complementarias que deben formularse se refieren a: 1) bienes de disponibilidad restringida; 2) activos del costo de los bienes de cambio; 3) criterio de valuación y método de determinación del costo de los bienes de cambio; 4) revaluación o devaluación de activos; 5) cambios de procedimientos contables o de confección de los estados contables; 6) acontecimientos u operaciones ocurridas entre la fecha de cierre del ejercicio y la memoria de los administradores; 7) operaciones con sociedades controlantes, controladas o vinculadas; 8) restricciones contractuales para distribución de ganancias; 9) monto de avales y garantías; 10) cuentas de orden; 11) contratos celebrados con los directores y 12) monto no integrado del capital social” (Ob. cit., pág. 114).

El apartado a) se refiere a bienes de disponibilidad restringida, es decir, bienes afectados directamente a la explotación de la empresa como maquinarias, materias primas. En el apartado b) se refiere a los gravámenes que afecten a bienes incluidos en el balance: es importante tener en cuenta que no sólo debe expresar el gravamen, sino la obligación que garantizan. No es lo mismo la existencia de una hipoteca sobre un bien de la empresa a favor de una sociedad controlante o incluso a favor de un director de la sociedad, que un gravamen a favor de una entidad crediticia, por cuanto los extremos legales a cumplir son distintos en cada caso.

Doctrina

El apartado c) se refiere al criterio de valuación de los bienes de cambio: recordemos que la documentación contable debe preservar el criterio de la uniformidad en la información y los métodos aplicados para su determinación con el objeto de poder realizar un análisis comparativo de los distintos ejercicios, por lo tanto toda modificación en ese sentido debe estar explicitada en las notas.

El apartado d) requiere la explicación en caso de revaluación o devaluación de activos y el efecto que pudiese tener en los resultados del ejercicio. Corresponde señalar que la aplicación de tales criterios está regida por las normas contables en cuanto a su forma y contenido e incluso tienen incidencia en tales criterios las normas impositivas.

El apartado e) referido a cambios de procedimientos, nos remite a lo expresado en el apartado c).

El apartado f) se refiere al período que abarca desde la fecha de cierre del ejercicio a la memoria de los administradores, que en ese lapso se pueden producir hechos que -como dice la norma- sean significativos y que puedan incidir en el resultado del ejercicio. Explicamos ya el criterio del principio del acto devengado, es decir que una operación celebrada en los días previos al cierre del ejercicio cuyo cumplimiento efectivo deba producirse con posterioridad a dicha fecha y el mismo no se cumple por las razones que fuera -siempre y cuando sea significativo-, deben ser señalado en las notas aun con posterioridad a la fecha de cierre y previo a la aprobación del ejercicio por la autoridad societaria. Este procedimiento tiene carácter excepcional y referido a casos particulares. No corresponde por este medio introducir modificaciones en los estados contables que para su corrección deben ajustarse a otros procedimientos.

El apartado g) menciona operaciones con sociedades controlantes, controladas o vinculadas; tal información debe darse por separado, es decir, caso por caso.

El apartado h) se refiere a restricciones contractuales para distribución de ganancias. Existen restricciones legales a tal distribución, como el caso de pérdida del capital social, las pérdidas de ejercicios anteriores que impidan distribuir ganancias, o la no aprobación por parte de la asamblea del balance general. Pero también pueden existir y así debe constar en las notas, acuerdos contractuales que impongan algún tipo de restricción, por ejemplo una cláusula estatutaria que incremente el monto de las reservas más allá de las estrictamente legales.

El apartado i) se refiere a obligaciones a favor de terceros. La nota deberá contener una explicación. Si bien es cierto que el texto menciona su brevedad, la misma no debe atentar con una clara comprensión del compromiso, que puede incidir seriamente en la marcha de la empresa. Por ejemplo, en el caso de la cancelación de documentos descontados, cuando los mismos correspondan a un solo librador y los montos sean relevantes, ya que en caso de fracasar su cobro, las consecuencias pueden ser serias para la empresa.

El apartado j) nos remite directamente al cumplimiento del art. 271 de la LGS a cuyo texto nos remitimos.

El apartado k) impone la obligación de distinguir el capital suscrito del capital integrado y si corresponde deberá mencionar las distintas clases de acciones. Entendemos que deben mencionarse también las emisiones sobre la par y los bonos de goce, la remisión al art. 220 de la ley tiene por objeto determinar en cuál de los tres incisos del mencionado artículo se encuentra comprendida dicha tenencia. La ley considera excepcional la tenencia de la sociedad de sus propias acciones y si bien no impone término para su enajenación, es de buena práctica consultar las notas del ejercicio anterior para determinar qué actitud asume el órgano de administración respecto de las mismas.

El punto dos se refiere a cuadros anexos. El apartado a) se refiere a los bienes de uso, maquinarias, mercaderías, materias primas y el objeto del mismo es lograr una demostración lo más correcta posible de la evolución en la justipreciación de los mismos durante el ejercicio y los motivos de los aumentos o disminución de valor y el destino contable de los mismos.

El apartado b) tiene el mismo objeto que el anterior pero referido a los bienes inmateriales.

El apartado c), sobre inversiones en títulos valores y participaciones en otras sociedades: en la primera parte se refiere a la necesidad de una clara identificación tanto del valor como del emisor de los mismos -por ejemplo debentures-; en la segunda parte advierte que si el aporte o participación fuese del cincuenta por ciento o más del capital de la sociedad o de la que se participa, deberá acompañar los estados contables de esta que exige el título 9 de la LGS. Es de singular importancia tal exigencia, ya que por vía del anexo se debe incorporar el estado contable de otra sociedad que obviamente deberá cumplir con los requisitos legales, incluyendo la aprobación del órgano correspondiente. No es suficiente la información que se limite a mencionar el estado de resultados de la otra sociedad, que sólo tendrá validez cuando los porcentajes sean entre el cinco y el cincuenta por ciento, donde sí será válida la información del resultado. El último párrafo se refiere a otras inversiones que bien pueden ser acciones, títulos soberanos -en cuyo caso se deberá informar sobre los criterios de su valuación-.

El apartado d) habla de provisiones y reservas. Tal información deberá informar de sus variaciones durante el ejercicio y sus características, por ejemplo si las reservas son solamente las legales, si exceden las mismas, si son de libre disponibilidad o no.

El apartado e), referido a mercaderías o productos vendidos, deberá detallar todas las variaciones sufridas durante el ejercicio sobre su valor y existencia debiendo incluirse el costo de producción, siendo esencial la información de los bienes de cambio al cierre del ejercicio. Se refiere a los servicios y limita su expresión

a los prestados. También se deberá informar la evolución de los mismos dentro del ejercicio y el objetivo es conocer el costo de la prestación de dichos servicios. De esa forma, teniendo el dato de lo vendido y el costo de la prestación, se puede determinar el beneficio o pérdida en forma correcta.

El apartado f), referido a moneda extranjera, impone una cuenta para cada tipo de moneda expresando su monto y clase y el cambio vigente a la fecha de cierre del ejercicio, que deberá ser expresado en moneda argentina. Recordemos lo referido al concepto de moneda constante.

El art. 66 se refiere a la memoria. La misma no forma parte del balance; sin embargo debe contener información que se refiere directamente al mismo. Más allá de que la memoria deba informar sobre los acontecimientos salientes del ejercicio fenecido y deba insinuar el proyecto de la empresa para el ejercicio vigente, en los incs. 3 y 4 del art. 66 se hace expresa mención a temas que necesariamente se vinculan al balance. En efecto el inciso tercero exige que se expliquen las razones por las cuales se propone la constitución de reservas y dicha explicación debe ser clara y circunstanciada. Y el inciso cuarto exige explicar las causas, detalladamente expuestas, por las que se propone el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que en efectivo. En ambos casos la información exigida está directamente vinculada a la información que el balance entregue: si el mismo arroja pérdidas ningún sentido tiene proponer la constitución de reservas u otra forma de distribuir lo que no existe. El problema suele suscitarse si algún socio o grupo de los mismos, generalmente minoritarios, que tiene la expectativa lógica de percibir, cuando corresponda, las ganancias del ejercicio ven frustrada la misma por la voluntad mayoritaria de constituir reservas o de abonar los dividendos mediante la entrega de acciones. En tales circunstancias lo que queda sometido a discusión es el carácter de "clara y circunstanciada" constitución de reservas o si fueron realmente "detalladamente expuestas" las razones para el pago de dividendos en otra forma que no sea efectivo. La carga de la prueba del cumplimiento de tales extremos está en cabeza de quien las objeta, tarea de por sí compleja.

Las normas comentadas son de aplicación tanto para las sociedades denominadas abiertas -contempladas en el art. 299, inc. 2- como a las sociedades cerradas o de familia, que son las más frecuentes en el ejercicio de nuestra profesión. Tal asimilación ha sido criticada por la doctrina y, desde nuestro punto de vista, con razón. La inclusión en el CCyC de la sociedad unipersonal profundiza la necesidad de una adecuación normativa que contemple la realidad de la actividad societaria.

Acerca de la inexistencia de “incapaces” de ejercicio en el derecho privado argentino

Alicia B. Rajmil
Luis Rogelio Llorens

“Toda la dificultad de las sociedades modernas estriba en tener que pensar y vivir la igualdad sin negar las diferencias”.
Alain Supiot¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Las contradicciones acerca de la existencia o no de personas “incapaces” de ejercicio. III. El origen de la confusión: llamar “incapaces” a quienes carecen de discernimiento. IV. Consectarios.

I. INTRODUCCIÓN

A un año de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por la ley N° 26.994 ninguno de sus regímenes ha despertado la producción de doctrina tan abundante que tratara de explicarlo como el de capacidad de ejercicio de las personas humanas.

¹ *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Siglo XXI Editores, pág. 13.

En nuestra opinión, si bien el nuevo régimen constituye un avance, resulta contradictorio al no haber concluido la evolución tendiente a acabar con el binomio “capacidad-incapacidad”, iniciada con la incorporación en 1968, en el Código Civil de entonces, del régimen de los inhabilitados.

De tal manera, esa evolución se inició con anterioridad a los requerimientos que en la materia imponen ahora las convenciones internacionales (especialmente la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

Intentaremos en este breve trabajo señalar las contradicciones, explicar sus orígenes y cuáles serían las adecuaciones conceptuales necesarias para la aplicación acabada de los requerimientos de las mencionadas convenciones dentro de un régimen armónico.

II. LAS CONTRADICCIONES ACERCA DE LA EXISTENCIA O NO DE PERSONAS “INCAPACES” DE EJERCICIO

A) Las normas vigentes que niegan la existencia de “incapaces” de ejercicio

1.- La *Convención Internacional de los Derechos del Niño*² en el art. 12, garantiza al niño, sin señalar pautas etarias fijas en caso alguno, la posibilidad de expresar libremente su opinión en todos los asuntos que lo afecten e impone el deber de tener debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Por su parte, el art. 5º confiere al niño el ejercicio progresivo de los derechos. Es lo que la doctrina especializada denomina principio de “autonomía progresiva”.

MIGUEL CILLERO BRUÑOL sostiene que la convención es portadora e inspiradora de una doctrina que considera al niño como un pleno sujeto de derecho, dejando atrás la imagen de niño objeto de representación, protección y control de los padres o del estado³.

2 Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20/11/1980, aprobada por la República Argentina a través de la ley nacional N° 23.849, sancionada el 27/09/1990. Forma parte de nuestro plexo normativo constitucional desde su última reforma en 1994.

3 CILLERO BRUÑOL, Miguel. “Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de principios”, *Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, N° 234. También disponible en versión online en: www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf. Al respecto cita a Bobbio, N. *Igualdad y Libertad*, Ed. Paidós, Barcelona, 1993, págs. 72 y sgts.: “Por igualdad jurídica se entiende habitualmente la igualdad a ese particular atributo que hace a todo miembro del grupo social, también del infante, un sujeto jurídico, es decir, un sujeto dotado de capacidad jurídica”.

2.- La *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*⁴, cuyo primer artículo determina que las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, y entre sus principios sostiene: "...la autonomía individual incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas" (art. 3°). El art. 12 diseña con claridad el régimen de capacidad jurídica de las personas al reafirmar que: "...las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica y que gozan de su capacidad jurídica 'en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida'". Obliga a los estados partes a adoptar: "...las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica". Se refiere a "salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos". Y agrega que: "...esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial..."

Sobre el art. 12 ha dicho la Asamblea General de Naciones Unidas: "Toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo o indirecto para declarar la incapacidad jurídica entra en conflicto con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el párrafo 2 del artículo 12"⁵.

Por su parte, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su observación general N° 12, advierte que todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, aun las más intensas, deben

4 La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo fueron aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Fue ratificada por nuestro país el 21/5/2008 por ley N° 26.378. La ley N° 27.044, sancionada el 19 de noviembre de 2014, le otorgó jerarquía constitucional.

5 Asamblea General de Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009, estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, pág. 16, citado por María Silvia Villaverde: "Tutela procesal diferenciada de las personas con discapacidad: Claves para su reforma", "1. Tutelas procesales diferenciadas-II", *Revista de Derecho Procesal*, 2009, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, págs. 287 a 328.

estar basadas en la voluntad y las preferencias de las personas⁶, lo que implica evidentemente el ejercicio de derechos por la persona involucrada.

3.- La *Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*⁷ en su art. 1° , *in fine*, consigna: "En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación". De donde resulta que viola esta disposición cualquier sentencia que declara la "incapacidad" de una persona, afectando los derechos que las disposiciones legales le confieren de expresar su opinión y de que ella sea debidamente tenida en cuenta.

4.- La ley N° 26.061⁸, que no ha sido derogada por la sanción del nuevo código, dispone en su art. 1°: "...tiene por objeto la protección integral de los derechos de *las niñas, niños y adolescentes* que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar *el ejercicio* y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte".

Algunos de los casos en que la ley confiere a las personas menores el ejercicio de sus derechos lo hace sin límites de edad, de donde se deduce que en ningún supuesto existen entre ellos "incapaces" absolutos.

Así, el art. 2° dispone que las: "...niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos". Y agrega que: "Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles".

El art. 3° refiere al interés superior del niño y dispone: "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de

6 "Los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones pueden ser de muchas formas diferentes, entre ellas la tutela plena, la interdicción judicial y la tutela parcial. Sin embargo, todos esos regímenes tienen determinadas características comunes: pueden describirse como sistemas en los que: i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque solo sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no es la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el 'interés superior' objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su voluntad y preferencias propias", observación general N° 12.

7 Suscripta en la República de Guatemala el 8/6/1999, aprobada por la ley N° 25.280.

8 Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada el 28/9/2005.

derecho; b) *el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta*; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural...”.

Luego: el art. 19: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad. Este derecho comprende: a) Tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y *ejercerlo* bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos; b) *expresar su opinión* en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela; c) *expresar su opinión* como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, *en todos los procesos judiciales y administrativos* que puedan afectar sus derechos...”.

El art. 23 refiere a la libre asociación y dispone que: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho de asociarse libremente con otras personas, con fines sociales, culturales, deportivos, recreativos, religiosos, políticos, laborales o de cualquier otra índole, siempre que sean de carácter lícito y de conformidad a la legislación vigente. Este derecho comprende, especialmente, el derecho a: a) *Formar parte de asociaciones, inclusive de sus órganos directivos*; b) *Promover y constituir asociaciones conformadas exclusivamente por niñas, niños, adolescentes o ambos, de conformidad con la ley*”.

Luego, el art. 24 les confiere: “...derecho a: a) *participar y expresar libremente su opinión* en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”.

El art. 27 obliga a los organismos del estado, quienes: “...deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) *a ser oído ante la autoridad competente* cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) *a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta* al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá

asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) *a participar activamente en todo el procedimiento*; e) a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”.

En ningún caso la ley fija límites etarios.

5.- La ley N° 26.657⁹, que mantiene su vigencia en las normas que a continuación citaremos, a pesar de la derogación de otras por la misma ley que sancionó el nuevo código, en su art. 1° dispone que: “La presente ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y *el pleno goce de los derechos humanos* de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. Así, su art. 7° confiere a todas: “...las personas con padecimiento mental los siguientes derechos: (...) k) *Derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades...*” y su art. 10 dispone que: “...rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley. Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión”.

Finalmente, el art. 22: “La persona internada involuntariamente o su representante legal, tiene derecho a designar un abogado”, de donde resulta que esa persona no es absolutamente “incapaz”, toda vez que puede designar a su letrado.

6.- Ley N° 26.529 (modificada por ley 26.742)¹⁰: conforme con su art. 2°, inc. e): “Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente

9 Derecho a la Protección de la Salud Mental, sancionada el 25/11/2010.

10 Ley N° 26.529, Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Historia clínica y Consentimiento Informado. Sancionada: 21/10/2009, modificada por ley N° 26.742, sancionada el 9/5/2012. Decreto reglamentario N° 1089 del 5 de julio de 2012. El art. 2°, inc. e), del decreto dispone: “Los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley N° 26.061. Para los casos presentados por la vía de protección de personas, conforme lo establecido en los artículos 234 a 237 del Código Procesal Civil y Comercial, deberá prevalecer en idéntico sentido el mejor interés del paciente, procurándose adoptar el procedimiento más expedito y eficaz posible que atienda su competencia y capacidad...”.

su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”¹¹.

Aquí tampoco se fija un límite etario.

7.- Normas del propio CCyC: en un aparente intento de adecuarse a las convenciones citadas, el propio art. 23 CCyC dispone que: “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”. Y “limitaciones” exige una: “Línea real o imaginaria que separa dos terrenos, dos países, dos territorios”¹²; esto es, una separación entre la “capacidad” y la “incapacidad”. De donde se deduce que calificar a una persona de “incapaz” es eliminar ese límite que exige la ley.

Por su parte, la representación legal de los menores de edad se encuentra acotada por los principios que rigen la responsabilidad parental según el art. 639 del código: a) interés superior del niño; b) autonomía progresiva del hijo, conforme sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores; c) derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez¹³.

Por su parte, el art. 104 del nuevo código determina que se aplican a la tutela los principios generales de la responsabilidad parental, motivo por el cual estos principios son de aplicación también -con las adecuaciones imprescindibles- a las personas con restricciones a su capacidad de ejercicio a causa de adicciones o alteraciones mentales (art. 32).

B) Normas que sancionan la existencia de “incapaces” de ejercicio

1.- A pesar de la tajante redacción del art. 23, el siguiente artículo expresa: “Artículo 24 - Personas incapaces de ejercicio. Son *incapaces* de ejercicio: a. la persona por nacer; b. la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c. la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión”.

11 Sobre la posibilidad de los menores de edad y de las personas con restricciones al ejercicio de su capacidad de otorgar directivas anticipadas (art. 60 CCyC) ver la opinión de los autores en *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo I, Eduardo Gabriel Clusellas coordinador, Ed. Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, págs. 229 y sgts.

12 <http://dle.rae.es/?id=NKZgeLY>

13 Nótese que en esta norma se habla de: “...características psicofísicas, aptitudes y desarrollo (...) edad y grado de madurez...”, sin fijar tampoco un límite etario preciso.

2.- Más adelante, el: "Artículo 32 - Persona con capacidad restringida y con *incapacidad* (...) Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la *incapacidad* y designar un curador".

3.- Consecuentemente, muchos otros artículos refieren también a la *incapacidad* de ejercicio con relación a la persona humana. Ejemplos: arts. 33, 36, 43, 44, 45, 46, 47, 60, 74, 100, 101, 103, 109, 110, 120, 135, 138, 139, 140, 176, 245, 249, 250, 255, 295, 458, 477, 582, 603, 674, 675, 695, 830, 885, 976, 1000, 1195, 1323, 1329, 1333, 1353, 1404, 1441, 1461, 1469, 1474, 1478, 1494, 1522, 1535, 1549, 1576, 1611, 1668, 1678, 1745, 1746, 1799, 1844, 2281, 2297, 2331, 2371, 2467, 2481, 2528, 2531, 2543, 2546, 2550, 2561, 2563, 2615, 2617, 2640 y 2641.

4.- La ley N° 26.994, que sancionó el código, mantiene la designación de *incapaces* en la ley N° 19.550 y en otras disposiciones legales.

III. EL ORIGEN DE LA CONFUSIÓN: LLAMAR "INCAPACES" A QUIENES CARECEN DE DISCERNIMIENTO

Del análisis precedente resulta que las contradicciones son evidentes. También cabe deducir que seguramente estas contradicciones se originan (como decíamos al inicio) en una evolución conceptual en la materia que no se encuentra plasmada acabadamente en la legislación sancionada.

En nuestra opinión la solución a estos desajustes se encuentra en la afirmación vertida en algunos fallos por el maestro LLAMBÍAS, quien sostiene: "No se debe confundir en esta laya de cuestiones la capacidad con el discernimiento. La capacidad es la aptitud del sujeto para ser titular de relaciones jurídicas (capacidad de derecho) o para ejercer por sí mismo los derechos propios (capacidad de hecho). El discernimiento es la cualidad o facultad del sujeto por la cual conoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente"¹⁴.

También sostuvo: "Dado que la capacidad es asunto que maneja la ley, resulta desacertado emplear la expresión 'incapacidad natural' o 'incapacidad accidental', pues tratándose de sujetos que carecen de aptitudes

14 CNCiv., Sala A, septiembre 13, 962, "K., J. I. c C. P., A.", en LL, tomo 109, pág. 233.

psíquicas suficientes, ellos seguirán siendo capaces hasta que la ley, y no la naturaleza o el accidente, los declare incapaces”¹⁵.

En igual sentido expresa ZANNONI: “He aquí la fuente inicial de equívocos. Cuando se alude al demente (se refiere al ‘incapaz’ declarado del art. 141 del CC de Vélez Sarsfield), no necesariamente se está aludiendo a quien, jurídicamente, se presume en estado de demencia; también puede referirse a quien de hecho sufre, en forma permanente o transitoria, de una alteración psíquica que le impide asumir un estado de idoneidad para entender y para querer (...) La carencia de discernimiento para la ejecución de actos jurídicos constituye, por una parte, el fundamento de la incapacidad de obrar, y por la otra, sea permanente o no en el sujeto, una causa de anulabilidad del acto otorgado en esas condiciones”¹⁶.

Los operadores jurídicos e innumerables normas vigentes incurren, aún hoy, en la utilización de vocablos derivados de “capacidad” para referirse a personas que sólo carecen del discernimiento apropiado para celebrar actos jurídicos y que no se encuentran comprendidas en “limitaciones expresamente previstas” (art. 23)¹⁷ que reducen su capacidad de ejercicio.

Empero, la importancia de la distinción se torna especialmente patente y trascendente si tenemos en cuenta la diferencia de tratamiento que impone la ley para los actos jurídicos otorgados con falta de discernimiento o con falta de capacidad.

Así, para el primer supuesto, el art. 45 dispone que: “Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia *pueden ser declarados nulos*, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a. la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b. quien contrató con él era de mala fe; c. el acto es a título gratuito”.

En cambio, para el supuesto de carencia de capacidad el art. 44 dispone: “*Son nulos* los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida

15 Voto en autos “M. de H. de A., M. L. y otros c. R., A. y otros”, CNCiv., sala A, septiembre 20 de 1960, La Ley, 101-232.

16 Conf. ZANNONI, Eduardo A. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Ed. Astrea, 3ª reimpresión, Buenos Aires, 2004, pág. 243. Ver también: Llorens, Luis Rogelio. “La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad?”, LL, 14/9/2007, pág. 1.

17 Pese a la confusa redacción del art. 23 CCyC, esas “limitaciones expresamente previstas” son: a) en el caso de los menores: las leyes que restringen la capacidad por falta de madurez; b) en el caso de las personas mayores “de trece años que padece una adicción o una alteración mental...” (art. 32 CCyC) y de los pródigos (art. 48 CCyC): la sentencia fundada en ley. También cabe referir a los penados en las condiciones determinadas por el art. 12 del Código Penal.

que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

Entendemos que ha llegado el tiempo de advertir insistentemente en que la capacidad de ejercicio es una categoría jurídica y que la existencia de discernimiento y sus grados es sólo una cuestión de la naturaleza que el operador jurídico debe considerar.

De donde resulta inapropiada la redacción del art. 261, incs. b) y c), CCyC en tanto dispone que: “Es involuntario por falta de discernimiento: a. el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón; b. el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años; c. el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales”.

Afirmamos que la redacción es inapropiada porque la ley no puede enmendar a la naturaleza. El discernimiento, entendido como: “...la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias”¹⁸ no se adquiere a determinada edad porque así lo disponga la ley. Hay personas que maduran su psiquis de manera muy temprana y otras que nunca lo logran.

Por eso creemos que la redacción correcta del mencionado artículo hubiera sido la siguiente: “Es involuntario por falta de discernimiento el acto de quien, al momento de realizarlo, carece de la razón o de la madurez intelectual suficiente para comprender y valorar el acto y sus consecuencias”¹⁹.

Sin perjuicio de lo dicho, en atención a la parte final del inc. c) y a los arts. 1º y 2º del código²⁰, se impone una interpretación flexible de los rígidos límites de la edad que determina el art. 261, acorde con los principios de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la ley Nº 26.061 en la materia.

La confusión entre capacidad de ejercicio y discernimiento no es sólo terminológica. Al no aceptarse ella conceptualmente en plenitud, resulta imposible comprender que la *capacidad* para ejercer determinados derechos *per se* no le puede ser vedada a persona alguna. Distinto es que la naturaleza le permita o no efectivamente ejercerlos, esto es, que tenga el *discernimiento* necesario y pueda exteriorizarlo de manera apropiada.

18 CIFUENTES, Santos; Rivas Molina, A.; y Tiscornia, B. *Juicio de Insania y otros procesos sobre la capacidad*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pág. 49.

19 Esta propuesta de modificación del art. 261 CCyC fue acogida en un proyecto de ley presentado el 30 de noviembre de 2016 en la Cámara de Diputados de la Nación por los diputados Hugo María Marcucci, Martín Osvaldo Hernández y Mario Domingo Barletta. Tramita en expediente 8494-D-2016, trámite parlamentario Nº 179 (30/11/2016). Ver: <http://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=193463>

20 Que remiten como fuente e interpretación de las normas a las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados por nuestro país.

De allí que el ordenamiento jurídico resulte contradictorio. Destacada es la incompatibilidad entre los arts. 23 y 24 ya citados. El primero afirma que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, con los límites impuestos por el ordenamiento jurídico; mientras que el siguiente afirma la existencia de “incapaces” de ejercicio. En su inc. b) categoriza de esa manera a la persona que no cuenta con la edad y el grado de madurez suficiente y remite a la sección segunda del mismo capítulo que específicamente se refiere a la persona menor de edad.

En dicha sección el art. 26 abona las contradicciones normativas que venimos señalando. En efecto, comienza estableciendo una aparente regla general al afirmar que la representación legal es “el” medio en virtud del cual los menores de edad ejercen sus derechos. En igual sentido el segundo párrafo de la norma dispone: “No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”. Se advierte aquí una clara inversión de la regla general de capacidad sostenida en el art. 23, ya que se habilita la utilización de los criterios de edad y madurez suficiente sólo en los casos autorizados por la ley. Pareciera que en materia de minoridad la incapacidad continúa siendo la regla. Sin embargo, acorde con el principio general del art. 23, la norma debería reconocer que la persona menor de edad pueda ejercer sus derechos por sí misma, *con las excepciones previstas en la ley y que la representación legal es sólo el medio válido para subsanar la falta de capacidad de ejercicio del niño, niña y adolescente cuando fuere necesario*.

Inclusive, es incorrecto afirmar como lo hace el art. 23, que: “...toda persona humana puede ejercer por sí sus derechos”, ya que hay personas que no pueden ejercerlos en modo alguno pues sus condiciones naturales se lo impiden. Son quienes carecen de discernimiento en la mayor medida imaginable.

Lo correcto es afirmar que “Toda persona humana tiene derecho a ejercer por sí sus derechos con las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico”. Es decir, toda persona humana tiene capacidad para hacerlo. No existen “incapaces” absolutos. Y la persona lo hará en tanto y en cuanto la naturaleza no la prive de los dones necesarios para ello (tenga discernimiento) y no se encuentre dentro de un supuesto de *limitación* a su capacidad.

En nuestro ordenamiento jurídico existen normas (ejemplo del art. 639) que otorgan a *todas* las personas el derecho a ejercer por sí mismas determinados derechos, ejercicio que no le puede ser quitado de manera alguna.

El nuevo código establece en algunas oportunidades los supuestos en los que una edad cronológica determinada adjudica capacidad suficiente. Ejemplos: art. 25: “Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de

edad que cumplió trece años”; art. 26: “A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”. Se trata de una cuestión de constatación numérica biológica.

En cambio, en otras oportunidades el código de hogaño utiliza parámetros abiertos: “edad y madurez suficiente”, “edad y grado de madurez suficiente”. Se trata de casos en los que el operador jurídico, el funcionario judicial o administrativo o el representante legal deberán controlar que la persona menor de edad tenga el discernimiento necesario para el acto.

Por ello, en nuestra opinión, las expresiones “edad y grado de madurez suficiente” y similares podrían haber sido sustituidas por “discernimiento suficiente”, expresión más clara y con antiguo linaje jurídico. Y por supuesto, el art. 261 que ya comentamos no debería establecer un límite fijo para adquirirlo. *Es una ficción poco feliz de la ley.*

Así, el código podría haberse limitado a establecer edades fijas para ciertos actos y para otros requerir el discernimiento necesario, que deberá evaluar la autoridad de control pertinente. Todo ello en base al derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta²¹.

De la misma manera, en cuanto a la persona involucrada en un proceso de restricción a la capacidad de ejercicio, el CCyC contiene normas que no admiten la categoría de “incapaces absolutos”. Así, el derecho a participar en el proceso (arts. 31, inc. e, y 36), a solicitar la restricción de sus propias facultades (art. 33), a ser entrevistado personalmente por el juez (art. 35) con el evidente fin de ser escuchado con absoluta inmediatez y, una vez dictada la sentencia, a solicitar su revisión (art. 40). Resulta clave en esta regulación el sistema de apoyos que se dispone en los arts. 32 y 43, el cual no debería coexistir con un sistema de sustitución en la adopción de decisiones como el que sostiene el art. 32, en su último párrafo.

IV. CONSECTARIOS

- La Convención de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otras, exigen la formulación de un régimen de capacidad de ejercicio de todas las personas humanas adecuado a sus contenidos.

21 “El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan”, observación general N° 12 del año 2009, párrafo 21.

- Ellas demandan que a toda persona humana se le reconozca el ejercicio por sí misma de determinados derechos (capacidad de ejercicio), más allá de la existencia o no de aptitudes naturales en esa persona para que pueda llevar a cabo ese ejercicio (discernimiento); de donde resulta que debe eliminarse la categoría de "incapaces".

- La capacidad de ejercicio que toda persona tiene, más allá de deficiencias mentales o intelectuales²² o de su falta de madurez o de otras condiciones -tales como adicciones, prodigalidad, consecuencias de sentencias penales, etc.- que no le pueden nunca ser quitadas, se vincula principalmente con el derecho a expresar su opinión y a que esa opinión sea debidamente tenida en cuenta²³.

- La ley debe desistir de imponer sus condiciones a la naturaleza. Por tanto, así como no determina cuándo las personas mayores tienen discernimiento para determinados actos, tampoco debe pretender fijar cuándo las personas adquieren la madurez suficiente para tener discernimiento. Tener o no tener discernimiento es una cuestión de la naturaleza y no de la ley.

- Un régimen de capacidad acorde a los postulados de las convenciones internacionales debe concordar con la milenaria aseveración: "La realidad es la única verdad".

22 Conf. art. 2° CDPD.

23 Párrafo aparte merecen las personas por nacer: podría argumentarse que en tal situación es imposible que exterioricen en modo alguno su voluntad y que, por tanto, son "incapaces absolutos". El razonamiento es erróneo. Del *nasciturus*, por una cuestión propia de la naturaleza, no podemos conocer voluntad alguna, lo que lo torna en una persona carente del discernimiento apropiado, no sólo porque no podemos comunicarnos con él, sino también por su falta de madurez. Pero teóricamente, si en el futuro los avances de la ciencia nos permitiesen conocer alguna exteriorización de voluntad suya, esa voluntad debería ser tenida en cuenta tal como lo exigen disposiciones legales que hemos citado. Por tanto, más allá de que carece de discernimiento, no es "incapaz" pues si de hecho emitiese alguna exteriorización de voluntad, ella debería ser tenida en cuenta.

Locación y leasing

Nicolás A. Soligo Schuler

LOCACIÓN

La legislación del contrato de locación en el Código Civil y Comercial ha tenido como criterios fundamentales la simplificación y la unificación de normas dispersas. Ha compendiado en cuarenta artículos (1187 a 1226) la extensa regulación contenida en 129 normas del Código Civil derogado más algunas leyes especiales (ley N° 21.342 y ley N° 23.091).

El concepto del art. 1187 caracteriza a este contrato como aquel en el cual una de las partes se obliga a otorgar el uso y goce temporario de una cosa, mientras que la otra se compromete a abonar un precio en dinero. La definición abandona así toda vinculación histórica con los contratos de locación de obra y de servicio, que han sido regulados por separado.

El segundo párrafo de la norma remite a la regulación de la compraventa en todo lo atinente al consentimiento, precio y objeto del acuerdo de voluntades. Por tal razón, resulta aplicable a la locación la prohibición de indexar, que continúa vigente en nuestro ordenamiento a causa del art. 7° de la ley N° 23.928 (sustituido por la ley N° 25.561). Respecto del precio en moneda extranjera, es aplicable el art. 765 con toda la doctrina y la jurisprudencia desarrollada al respecto.

El art. 1188 impone la forma escrita para los contratos de locación que versen sobre cosas registrables, universalidades que las incluyan y partes materiales de inmuebles, junto con las prórrogas y las modificaciones respectivas.

En relación con la representación, el art. 1191 exige facultades expresas para locar por más de tres años, a diferencia del Código Civil derogado, que requería poder especial para alquilar por más de seis años (art. 1881, inc. 10). Para el cobro de alquileres anticipados por más de tres años, la norma citada requiere facultad expresa. Sin embargo, el art. 375, inc. k, incurre en una contradicción normativa, ya que reduce dicho término a un año. Se aconseja investir al apoderado de facultades para cobrar alquileres anticipados

por más de tres años cuando así lo desee el poderdante, por tratarse de la exigencia normativa más restrictiva y para poder así superar la contradicción entre ambos artículos.

La locación se transmite activa y pasivamente por causa de muerte (art. 1189), aunque los continuadores de la locación destinada a habitación prevalecen sobre los herederos (art. 1190) en el caso de abandono de la cosa o de fallecimiento del locatario, y siempre que se trate de personas con ostensible trato familiar durante un año. Se incluyen tanto las uniones convivenciales como los supuestos de personas con parentesco lejano, quienes conviven para reducir gastos o aquellos convivientes que no cuenten con los requisitos para calificar su relación como unión convivencial (por ejemplo, un conviviente que tiene el impedimento de ligamen).

La regulación del destino de la cosa está prevista en el art. 1194, que impone al locatario usarla conforme lo acordado en el contrato o según ciertas normas supletorias. Si el destino es mixto, se aplican las normas habitacionales. Cuando la locación está destinada a vivienda, no puede requerirse del locatario: el pago de alquileres anticipados por períodos mayores a un mes, depósitos en garantía por cantidad mayor al importe de un mes de alquiler por cada año de locación o el pago de valor llave o equivalentes (art. 1196). Se trata de valiosas disposiciones que estaban anteriormente contenidas en los arts. 6° y 7° de la derogada ley N° 23.091.

El art. 1195 protege a las personas incapaces o con capacidad restringida que se encuentren bajo la guarda, asistencia o representación del locatario, pues consagra la nulidad de toda cláusula que excluya o impida el ingreso a las mencionadas personas, aunque el locatario o sublocatario no habite el inmueble. En cambio, el art. 1504 CC sólo contemplaba la protección de menores en este sentido.

Los plazos legales del contrato se regulan en los arts. 1197, 1198 y 1199. El plazo máximo es veinte años para el destino habitacional y cincuenta años para los restantes usos, mientras que el plazo mínimo es dos años para cualquier destino. Las excepciones a este último se encuentran contempladas en el art. 1199, cuyo último párrafo consagra una innovación muy importante: aquellos contratos que tengan una finalidad determinada que deba cumplirse en un tiempo menor. Por ejemplo, puede alquilarse un inmueble durante el lapso que dure la convalecencia de un familiar, aunque sea inferior al plazo mínimo legal. Notarialmente, esta norma consagra la posibilidad de pactar una locación breve con el destino de que el vendedor permanezca en el inmueble enajenado para realizar o terminar la mudanza.

Respecto de las obligaciones de las partes, no se suprime ninguna de las previstas en el código derogado. El locador debe: a) entregar la cosa (art. 1200); b) conservarla con aptitud para el uso convenido (art. 1201); y c) pagar las mejoras necesarias efectuadas por el locatario (art. 1202). El locatario está obligado a: a) no alterar el destino de la cosa (art. 1205); b) conservarla en buen estado (art. 1206); c) efectuar las mejoras de mero mantenimiento (arts. 1207 y 1934, inc. c); d) restituir la cosa al término del contrato (art. 1210); y e) pagar el alquiler (art. 1208), las cargas y contribuciones que graven su actividad (art. 1209). Dentro de las novedades normativas más destacables, se ha previsto la vía ejecutiva tanto para el cobro del alquiler como para las demás prestaciones de pago periódico según el contrato, como -por ejemplo- las expensas bajo el régimen de propiedad horizontal. Esta cuestión no estaba prevista expresamente bajo la ley anterior y había generado jurisprudencia contradictoria. También se ha previsto expresamente que el inquilino debe entregar las constancias de los pagos efectuados en razón de la relación locativa, atinentes a la cosa o a los servicios que tenga (art. 1210, segundo párrafo).

En cuanto a la responsabilidad del locatario por incendio, se ha suprimido la presunción *juris tantum* del código anterior acerca de que éste era caso fortuito. Bajo el régimen actual, el inquilino responde por incendio y debe probar el *casus* para eximirse (art. 1206).

El régimen de mejoras que puede efectuar el inquilino se ha simplificado notablemente, pues la regla actual es que se permiten sin alterar la sustancia o la forma, salvo que exista prohibición contractual. Tampoco pueden efectuarse si el inquilino ha sido intimado a restituir la cosa (art. 1211). Este último puede reclamar las mejoras necesarias al locador y las reparaciones urgentes, las que puede realizar directamente a costa del locador con previo aviso por cualquier medio. En cambio, no puede reclamar las mejoras útiles y de mero recreo (art. 1934, incs. d, e y f), pero tiene la facultad de retirarlas, salvo pacto en contrario, si la separación le brinda algún provecho y no genera daño a la cosa.

La cesión y la sublocación han sufrido modificaciones sustanciales. La cesión se refiere necesariamente a toda la cosa (art. 1213) y sólo puede efectuarse con consentimiento del locador, a diferencia del Código Civil derogado que la permitía, excepto pacto en contrario (art. 1583).

Actualmente la sublocación sólo puede tener por objeto una parte material de la cosa (art. 1214). El inquilino puede celebrarla cursando un preaviso por un medio fehaciente, con indicación del sublocatario, siempre y cuando el locador no se oponga por un medio fehaciente dentro de los diez días. En cambio, el régimen derogado permitía sublocar, salvo pacto en con-

trario, el precio no podía ser superior al veinte por ciento del alquiler y podía comprender no sólo una parte material, sino también la totalidad de la cosa.

La extinción del contrato de locación ha sido prevista en forma detallada a partir del art. 1217. Se han derogado las posibilidades de resolver por oscurecimiento del inmueble (art. 1204) y con motivo de construir una mayor superficie cubierta.

El cumplimiento del plazo extingue naturalmente la locación (art. 1217). Si las partes continúan pasivamente la relación contractual, cualquiera de ellas puede rescindirla (art. 1218). Se reitera la solución prevista en el art. 1622 del Código Civil derogado y, por tanto, el vencimiento no provoca la tácita reconducción del contrato.

La frustración del uso o goce extingue el contrato (art. 1203, similar al art. 1522 del Código derogado), según el principio general del art. 1031.

La resolución resulta imputable al locatario en los siguientes supuestos: a) cambio de destino; b) falta de conservación de la cosa o abandono; y c) falta de pago durante dos períodos consecutivos (art. 1219). La intimación previa al desalojo por un plazo no inferior a diez días sólo se ha conservado respecto de la locación destinada a vivienda (art. 1222), a diferencia del régimen anterior que abarcaba cualquier destino (art. 5º de la ley 23.091).

La resolución por culpa del locador se verifica ante la falta de conservación de la cosa para el uso y goce convenido o el incumplimiento de la garantía de evicción o vicios redhibitorios (art. 1220).

El locatario está facultado a resolver anticipadamente el contrato a partir del séptimo mes de vigencia a través de una notificación fehaciente. Se ha derogado el preaviso de sesenta días del art. 8º de la ley Nº 23.091, aunque resulta conveniente estipularlo contractualmente para evitar una rescisión unilateral sorpresiva. En la resolución anticipada, la indemnización al locador es idéntica a la prevista en el régimen derogado (art. 1221).

Si se trata de una locación con plazo inferior al mínimo, el locatario puede resolverla en cualquier momento abonando al locador una indemnización invariable de dos meses de alquiler.

En cuanto al desalojo, el art. 1223 ha previsto un plazo mínimo unificado no inferior a diez días para la ejecución de la sentencia.

La fianza locativa ha sido prevista como en el régimen derogado (art. 1225). Sin embargo, por aplicación de normas atinentes a la protección de la vivienda (arts. 456 y 522), será usual en la práctica solicitar el asentimiento del conviviente inscripto o del cónyuge del fiador cuando éste ofrece la titularidad de su vivienda como indicador de solvencia económica, pues el hogar sólo puede ser ejecutado por deudas que hayan sido contraídas conjuntamente por ambos cónyuges o convivientes, o por uno con asentimiento del otro.

LEASING

La regulación del contrato de *leasing* repite la prevista en la ley N° 25.248, con pequeñas correcciones gramaticales.

Se mantiene la forma de escritura pública cuando el leasing tiene por objeto inmuebles, buques o aeronaves (art. 1234, primer párrafo), aunque lamentablemente se ha perdido la oportunidad de reformular el conflictivo segundo párrafo del art. 8° de la ley anterior, que se ha vertido casi textualmente en la segunda parte del actual art. 1234 y que regula la inscripción del contrato. En este sentido, la doctrina tuvo vacilaciones interpretativas en relación con la aplicación del régimen de prioridades contenido en la ley nacional registral, pues la literalidad de la norma parece consagrar la oponibilidad del contrato en forma retroactiva a la fecha de entrega del bien.

Como hemos sostenido bajo el régimen anterior, debe interpretarse que la inscripción retroactiva a la fecha de la entrega del bien sólo se refiere a las cosas muebles no registrables o *software*. Respecto de los inmuebles rige plenamente el sistema de prioridades establecido por la ley N° 17.801 (reserva de prioridad y retroprioridad), como ha concluido la 39 Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2015).

En relación con la determinación del precio de ejercicio de la opción de compra (art. 1230), en razón de la aplicación supletoria de las normas de la compraventa (art. 1250, *in fine*), se permite incorporar el valor de mercado como un valioso elemento de cálculo a la fecha efectiva de la opción. Esta novedad se origina en la derogación de la prohibición de pactar como precio el valor venal respecto de inmuebles (art. 1353, Código Civil derogado).

Conjuntos inmobiliarios

Marcelo de Hoz

SUMARIO: 1. Conjuntos inmobiliarios. 1.1. Consideraciones previas. 1.2. Concepto y supuestos que abarca. 1.3. Elementos tipificantes. 1.4. Marco legal. 1.5. Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. 2. Tiempo compartido. 3. Cementerios privados.

1. CONJUNTOS INMOBILIARIOS

1.1. Consideraciones previas

Si bien el título VI del libro IV del Código Civil y Comercial de la Nación se denomina “Conjuntos inmobiliarios” en general, el mismo abarca en realidad tres capítulos de los cuales sólo el primero se refiere a los conjuntos inmobiliarios *propriamente dichos*, regulados por los arts. 2073 al 2086. En los otros dos capítulos se regulan dos nuevos derechos reales: el tiempo compartido y los cementerios privados. El conjunto inmobiliario entonces ha sido consagrado como un nuevo derecho real autónomo principal sobre cosa propia que se ejerce por la posesión (art. 1887, inc. e).

1.2. Concepto y supuestos que abarca

En cuanto a su conceptualización se puede observar una cierta confusión entre la denominación del nuevo derecho real y el objeto inmueble sobre el que recae, ya que en la definición se ha optado por enunciar sus posibles configuraciones prácticas en virtud del destino adoptado, más que señalar las facultades, poderes o prerrogativas que confiere a sus titulares. En su primer artículo (el art. 2073) se realiza una enumeración no taxativa de los supuestos compren-

didados dentro del concepto de “Conjuntos Inmobiliarios”, abarcando barrios cerrados, barrios privados, clubes de campo, parques empresariales, industriales, tecnológicos, náuticos, pueblos privados, barrios de chacras, incluyendo expresamente aquellos destinados a usos mixtos. Es decir que la normativa propuesta abarca toda clase de desarrollo urbanístico independientemente del fin o destino que tenga (vivienda, laboral, empresarial, de investigación, mixto) y de la mayor o menor cantidad de servicios o prestaciones que desarrolle. La norma nos da un marco normativo general a distintas manifestaciones cuyos fines y servicios son regulados por cada uno de los conjuntos inmobiliarios en sus respectivos reglamentos. Algo similar ocurre con el régimen de la propiedad horizontal, es decir que dicho régimen legal es aplicable tanto a un edificio destinado a vivienda, oficinas o a cocheras, al que ofrece múltiples *amenities*, como a los que sólo comparten un pasillo común.

1.3. Elementos tipificantes

Del art. 2074 surge otra enumeración, también de carácter ejemplificativa, que confirma el marco regulatorio general, estableciendo los elementos esenciales tipificantes que caracterizan a todos estos conjuntos inmobiliarios, regulados bajo una misma normativa, a saber: cerramiento, existencia de partes comunes y privativas, estado de indivisión forzosa y perpetua de lo común, e interdependencia entre lo común y lo privativo, necesidad del otorgamiento del reglamento del conjunto inmobiliario que regule la vida del emprendimiento, necesaria obligación de los propietarios de contribuir con los gastos y cargas comunes y existencia de una entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios.

1.4. Marco legal

Con relación al marco legal propuesto, en el art. 2075, por una parte la ley señala que aquellos aspectos que hacen a la zonificación, dimensión, usos, cargas y demás cuestiones urbanísticas serán regulados por las respectivas leyes administrativas locales y, por otro lado, establece que todos los conjuntos inmobiliarios deberán someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el título V del libro IV, es decir, que se aplicarán las disposiciones del derecho real de propiedad horizontal con las modificaciones que se estudian en este título, conformando entonces un derecho real de propiedad horizontal especial. Entendemos que al regular los aspectos de derecho de fondo, según la presente normativa del código unificado, permite aclarar jurisdicciones y competencias legislativas. De esta manera, las provincias y municipios regularán como corresponde los aspectos que hacen a sus debi-

das competencias, como las leyes de uso del suelo, las zonificaciones de sus áreas (urbanas, suburbanas, rurales), la ejecución de obras de infraestructura y prestación de servicios esenciales (agua, energía, cloacas, residuos) que determinarán los requisitos de factibilidad y prefactibilidad exigidos para el funcionamiento de un conjunto inmobiliario. Pero en lo que respecta al derecho de fondo, la normativa se encuentra circunscripta al derecho real de propiedad horizontal especial en principio o, a secas, en subsidio. En consecuencia, la/s normativa/s provincial y/o municipal ya no se ocupará/n a los efectos de llenar vacíos legislativos existentes, de legislar sobre aspectos que hacen al derecho de fondo (tales como establecer la posibilidad de constituir derechos reales sobre unidades funcionales en construcción cumplidos determinados requisitos -decreto N° 2489/63 de la Provincia de Buenos Aires-), o de señalar la estructura jurídica que debe utilizarse para la configuración contractual de un club de campo (decreto N° 9404/86 de la Provincia de Buenos Aires) o de establecer que el terreno no es elemento necesariamente común para aplicar la propiedad horizontal a un barrio cerrado (decreto N° 947 de la Provincia de Buenos Aires). Si bien toda esta normativa facilitó la escrituración de los lotes, parcelas o unidades de los conjuntos inmobiliarios, no era la idónea para resolver cuestiones de fondo, ahora previstas en esta legislación.

Con relación a su encuadre jurídico, el artículo ha sido reformado de su versión original donde se permitía la estructuración de la figura como derechos personales o con la combinación de derechos reales y personales. La actual redacción es clara y precisa: estamos frente a un nuevo derecho real (conjunto inmobiliario) al que se le aplica la normativa de otro derecho real (propiedad horizontal) en todo aquello que sea compatible. Los numerosos antecedentes doctrinarios, los congresos y las jornadas que han tratado el tema del marco jurídico aplicable a estas urbanizaciones se han pronunciado en forma sistemática a favor de la regulación de los conjuntos inmobiliarios dentro del marco de los derechos reales, sea creando un nuevo derecho real o mediante la aplicación del régimen de la propiedad horizontal modificada (Jornadas Nacionales de Derecho Civil, años 1987, 1993 y 2009).

Esta opción legislativa acertada no implica que dentro de la estructura real del derecho puedan coexistir derechos personales a los fines de regular las múltiples relaciones a que da lugar esta figura, especialmente con relación a los aspectos asociativos de la misma.

1.5. Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes

El art. 2075, último párrafo, establece la adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes, organizados como derechos personales o con la combinación de derechos reales y personales. Esta normativa también fue modifi-

cada de su versión original, en donde nada se preveía en cuanto a la necesidad de adecuación. Con relación a este tema, pensamos que los derechos de propiedad existentes e incorporados definitivamente y perpetuamente en el patrimonio de todos y cada uno de los titulares de los lotes, parcelas o unidades en los distintos conjuntos inmobiliarios preexistentes, no deberán adecuarse ni ser alterados, canjeados o modificados por esta nueva normativa.

Entendemos que no correspondería adecuación alguna de los derechos preexistentes, por las siguientes razones:

a. Derechos patrimoniales definitivamente adquiridos y constitucionalmente protegidos, por ser situaciones jurídicamente consolidadas (art. 17 CN, art. 7º CCyC y jurisprudencia).

b. Aplicación del principio de irretroactividad de las leyes (art. 7º).

c. Interpretación a favor del consumidor (art. 7º).

d. Falta de plazo y procedimiento para el cumplimiento de la obligación de adecuación.

e. Falta de sanción para el caso de incumplimiento.

f. Los actuales esquemas jurídicos están permitidos por el derecho de fondo.

g. Altos costos impositivos, modificación planimétrica, catastral y cartular.

Unanimidad.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, “adecuar” es: “Adaptar algo a las necesidades o condiciones de una persona o de una cosa”. Y si pensamos qué es lo que se necesita adaptar en las múltiples estructuras urbanísticas no sometidas al régimen de la ley N° 13.512, básicamente evidenciamos que se trata del régimen de cobro de los gastos comunes. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial tuvo oportunidad de expedirse en un fallo plenario “Barrio Cerrado Los Pilares c/ Álvarez, Vicente Juan Alfonso s/ Ejecutivo” (Expediente N° 27.434/2008) donde se estableció que las expensas en los clubes de campo o barrios cerrados subdivididos por geodesia no son ejecutivas ni constituyen título ejecutivo válido entre las partes. Esta problemática es la que llevó al legislador a configurar a las expensas como título ejecutivo en los conjuntos inmobiliarios, eliminando así la necesaria referencia a la aplicación analógica de la ley N° 13.512 para la procedencia de la vía ejecutiva. Entonces, ¿cuál es la solución para los emprendimientos preexistentes? Entendemos que la mencionada adecuación es el procedimiento necesario para adaptar aquellas estructuras jurídicas a los requerimientos actuales. La adecuación entonces puede ser viable en aquellos aspectos reglamentarios y operativos previstos en la actual normativa que hagan al mejor funcionamiento del complejo y que los coloque en un pie de igualdad con los conjuntos inmobiliarios constituidos a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, principalmente frente a la posibilidad del cobro ejecutivo de las

contribuciones necesarias para la vida del sistema. La adecuación podrá ser voluntaria, caso en el que los propietarios se pondrán de acuerdo en adaptar el régimen del emprendimiento a los nuevos requerimientos de la legislación de fondo, mediante la modificación de sus reglamentos; o también podrá ser forzada, por el requerimiento de alguno de sus propietarios frente a la inacción de los otros. Esta adecuación operativa y funcional deberá instrumentarse en una reforma de reglamento por escritura pública e inscribirse en el respectivo registro de la propiedad inmueble.

El Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, a través de la orden de servicio N° 45 interpretó que la adecuación que prevé el Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 2075 de las formas de dominio preexistentes, resulta en esta instancia de cumplimiento imposible y no será en consecuencia objeto de calificación registral hasta su regulación por norma específica. Por ello, las transmisiones, modificaciones, constituciones y extinciones de derechos reales relacionadas con parcelas subdivididas por plano aprobado por geodesia se seguirán calificando en la forma de estilo. Asimismo interpretó que los planos de subdivisión por geodesia aprobados con anterioridad al 1º de agosto de 2015 implican una situación jurídica consumada, por lo cual continuarán registrando mutaciones de derechos reales sobre dichas parcelas y no se requerirá ratificación alguna, sin perjuicio de la redacción del correspondiente reglamento de propiedad horizontal especial conforme a las normas de fondo. Finalmente, con relación a los planos de subdivisión por geodesia posteriores al 1º de agosto de 2015, aplicarán el mismo criterio en tanto y en cuanto estuvieran aprobados por el organismo competente.

Con relación a los planos aprobados para someter el inmueble al régimen de conjuntos inmobiliarios, en su registración se les aplicará la normativa referente al derecho real de propiedad horizontal con las diferencias que impone el derecho real de conjunto inmobiliario; principalmente el terreno sobre el cual se asienta cada unidad no es terreno común sino parte privativa.

Asimismo se hace referencia a la posibilidad de que la unidad privativa esté construida o en proceso de construcción y se pregunta sobre la continuidad o no de la aplicación del decreto N° 2489/63, arts. 6º y 6º bis, incorporados por el decreto N° 947/2004, cuando en realidad dicha reglamentación local resulta innecesaria, ya que la viabilidad del estado constructivo surge de la misma ley de fondo y dicho estado resulta indiferente porque el terreno ya es parte del derecho real sobre la unidad privativa. Para el caso de los conjuntos inmobiliarios, al ser el terreno parte privativa, es lógico que sea indiferente para la normativa de fondo el estado constructivo de la unidad privativa, ya que la relación de sujeto titular del derecho real con el objeto -unidad privativa- es la misma que tiene

el titular del derecho real de dominio; es decir que por el principio de accesión su dominio se extiende “desde el cielo hasta el infierno”, considerando las restricciones al dominio legalmente impuestas y la normativa reglamentaria administrativa.

Vemos cómo el art. 2076 del Código Civil y Comercial de la Nación configura la propiedad horizontal especial y elimina uno de los obstáculos existentes hasta ahora para la aplicación del régimen de la propiedad horizontal a los conjuntos inmobiliarios: el terreno como elemento “necesariamente común”. Al considerar al conjunto inmobiliario como una propiedad horizontal especial, se permite dentro del concepto de “especial” que sólo sean necesariamente comunes aquellas partes del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación, a los efectos de dar cumplimiento a uno de los requisitos esenciales de la propiedad horizontal que es la salida a la vía pública en forma directa o indirecta por espacios comunes.

Asimismo, siguiendo la normativa de la propiedad horizontal, determina como comunes a todas las cosas, lugares, bienes y servicios de aprovechamiento común y a aquellos calificados como tales por el respectivo reglamento. Por último ratifica el criterio de considerar como cosa o parte común en todos aquellos casos en donde no ha existido una específica determinación sobre su calificación.

Otros aspectos sobre los cuales se puede trabajar la adecuación tienen que ver con el régimen de admisión y exclusión, y el régimen sancionatorio. El derecho de preferencia, también llamado derecho de tanteo, consagrado en el art. 2085 del Código Civil y Comercial, es la facultad que se reserva el vendedor de readquirir la cosa, en caso de que el comprador decida transferirla por cualquier título, ofreciendo idénticas condiciones que los terceros interesados en adquirir el bien. Las condiciones para que funcione el pacto son: a) que el vendedor decida vender o dar en pago la cosa y b) que el comprador ofrezca las mismas condiciones. El comprador-vendedor no puede perjudicarse económicamente por el funcionamiento de este pacto. El derecho de preferencia deberá pactarse como cláusula especial dentro del reglamento de propiedad horizontal, estableciéndose asimismo sus características y condiciones de ejercicio, que por lo general se traducen en su intransmisibilidad, indivisibilidad e inoponibilidad a terceros, y el plazo para ejercerlo deber ser de caducidad, a cuyo vencimiento se produce la pérdida del derecho del vendedor, salvo mala fe. El pacto de preferencia no tiene efectos reipersecutorios en caso de transferencia del bien a un tercero, sino que funciona en el ámbito de los derechos reales. De allí la importancia de su ejercicio en un plazo determinado a cuyo vencimiento la transferencia operará sin ninguna limitación. Este artículo trae a consideración un tema que dio lugar a mucha polémica, como es el derecho de admisión para ser titular de un lote o unidad funcional en un determinado

conjunto inmobiliario. La normativa establece una pauta clara y precisa para su ejercicio: se pueden prever limitaciones pero nunca impedir su libre transmisión y a título de ejemplo del ejercicio de derecho de admisión establece el derecho de preferencia en la adquisición de la unidad funcional que salga a la venta, a favor de los otros propietarios de unidades o del mismo consorcio de propietarios del complejo.

Si bien hablamos de la posibilidad de limitar las transmisiones por medio de este derecho de preferencia aconsejado por la ley, no habría obstáculo para utilizar otro medio de limitación, siempre que el mismo: a) no impida u obstaculice seriamente dicha transmisión, y b) no responda a conceptos discriminatorios o arbitrarios basados en razones de raza, religión, sexo, política o condición social.

Los criterios utilizados por las autoridades del complejo deberán reflejar razonabilidad y fundamento, expedirse en términos prudenciales y, por supuesto, permitir su revisión judicial.

El art. 2086 plantea otro de los temas que podrán ser objeto de adecuación ya que lo prevé la legislación de fondo y no se deberá recurrir a procedimientos contractuales de dudosa validez. Por lo general, los actuales conjuntos inmobiliarios tienen previsto un poder disciplinario a ser ejercido por las autoridades competentes del complejo por el que se aplican determinadas sanciones ante faltas graves o reiteradas de los titulares de las unidades que lo integran. Dichas sanciones, en la mayoría de los casos, consisten en apercibimientos, amonestaciones, multas y suspensiones en el uso de los espacios, lugares y bienes comunes. La discusión puede darse en la aplicación de sanciones que revisten cierta gravedad, tales como la suspensión definitiva en el uso de lo común o la exclusión del propietario obligándolo a la venta forzada de su unidad funcional, ya que esta clase de sanciones estaría vulnerando la esencia de este nuevo derecho real (que se basa en la relación inescindible entre lo común y lo privativo) o afectando directamente el derecho de propiedad constitucionalmente protegido. Cualquiera sea la sanción aplicable por los organismos competentes del barrio en ejercicio del poder disciplinario reglamentariamente otorgado, la misma deberá guardar proporcionalidad, congruencia y razonabilidad con la falta cometida; deberá permitir la debida defensa administrativa dentro del proceso reglamentariamente previsto; y por último, deberá recurrir a la revisión judicial de la decisión tomada.

Otro sector de la doctrina entiende que la adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes constituye un supuesto de retroactividad de la ley -una excepción al art. 7º- y en el caso debería demostrarse judicialmente que se encuentran afectados los derechos constitucionalmente adquiridos.

El Código Civil y Comercial de la Nación configura un todo que debe ser interpretado conforme al sistema de las fuentes, consagrado en los arts. 1º

y 2º, en donde los operadores del derecho debemos afrontar el problema teniendo en miras los intereses generales de la sociedad, que son hoy los principios de derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y en la Constitución Nacional. El principio de aplicación de la ley en el tiempo se debe complementar e integrar con otros. La teoría de ROUBIER consagrada en el art. 7º del Código Civil y Comercial de la Nación permite la aplicación inmediata de la ley a las relaciones o situaciones jurídicas no consolidadas, no agotadas, haya o no proceso judicial en marcha; y no a las situaciones consolidadas¹. El ejemplo más clásico de situación jurídica consolidada es la que se entabla entre el sujeto y el objeto en materia de derechos reales. El derecho real adquirido bajo la vigencia de una ley crea una situación jurídica consumada, por lo cual la nueva ley sólo se podrá aplicar a su ejercicio. "Si un derecho real adquirido con anterioridad tiene cambios en su régimen, a su ejercicio se le aplica la nueva ley desde que rige..."². La forma del ejercicio del derecho real es lo que se deberá adecuar al nuevo derecho real que configura el conjunto inmobiliario, no su estructura constitutiva primigenia. El ejercicio de este derecho adquirido bajo la vieja ley deberá ser conforme a las normas que regulan el ejercicio del derecho real de propiedad horizontal especial establecido como único marco regulatorio de los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos. La falta de oponibilidad de situaciones configuradas bajo la órbita de los derechos personales será complementada y subsanada con la publicidad e inscripción del reglamento que necesariamente deberá dictarse por unanimidad en todos los casos y con la escritura de adecuación operativa, ajustando aquellos institutos que en la vieja configuración se estructuraron bajo formas de dudosa validez.

2. TIEMPO COMPARTIDO

Esta figura jurídica se encontraba regulada en su totalidad por la ley N° 26.356, promulgada el 18 de marzo de 2008 bajo la denominación: "Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido". Asimismo, con fecha 22 de mayo de 2014 se dictó la respectiva reglamentación por el decreto N° 760/2014. La unificación legislativa derogó expresamente los capítulos III (constitución del sistema), IV (con-

1 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda Parte. Análisis de doctrina y jurisprudencia*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2016, pág. 34.

2 PERALTA MARISCAL, Leopoldo. "Cuándo aplicar el Código Civil y el Código Civil y Comercial. Aproximación teórico práctica", LL, 28/3/2016, AR/DOC/479/2016, pág. 1.

tenido del contrato), V (administración) y IX (extinción del sistema) de la ley N° 26.356, dejando vigentes los capítulos no derogados, por lo que la actual regulación deberá conjugarse con ambas normativas. La ley N° 26.356 permitía configurar el tiempo compartido como derecho real o como derecho personal. Estableció el procedimiento para la comercialización de períodos de uso de inmuebles afectados al sistema turístico de tiempo compartido, dotándolo de una serie de normas de protección al usuario del sistema para evitar y prevenir en el futuro los abusos de posición dominante que se daban en el mercado de comercialización de este tipo de figura.

En el tiempo compartido nos enfrentamos a la hipótesis en la que el titular del derecho, mediante el pago de un precio en dinero, puede usar y gozar en forma periódica, exclusiva y alternada, durante un cierto período de tiempo ubicado en el año calendario o a ubicar (flotante), de un ámbito espacial determinado o determinable (departamento, casa, cabaña) o de una cosa mueble u otro bien, sin alterar su sustancia y al mismo tiempo puede aprovechar los servicios e instalaciones que se ofrecen como accesorios integrantes del sistema para su disfrute.

El objeto del tiempo compartido es más amplio que el consagrado en la ley N° 26.356, ya que no se limita a inmuebles, sino que se extiende a otros bienes cuyo alto costo justifique o aconseje un disfrute compartido, como por ejemplo cosechadoras, sembradoras, helicópteros, yates, aparatología médica de alta complejidad, casas rodantes, etc. Asimismo podría referirse a bienes que no sean cosas, tales como marcas y patentes e infraestructuras industriales. Tampoco se limita al uso residencial turístico, sino que puede utilizarse la figura para otros destinos como por ejemplo cocheras, consultorios, oficinas profesionales, locales comerciales, actividades industriales o empresariales. Por lo tanto, el tiempo compartido actualmente regulado amplía tanto el objeto sobre el que puede recaer el derecho, como el destino o finalidad del mismo, siempre y cuando permitan su uso periódico y por turnos.

En todos los casos, independientemente del bien objeto del sistema y su destino, la afectación al régimen del tiempo compartido será siempre necesaria y requerirá por lo menos de un acto expreso del titular de los bienes y del emprendedor (en caso de que no coincidan), que según la naturaleza de los mismos se exigirá en escritura pública (en caso de bienes inmuebles) o en instrumento privado con firmas certificadas o bien formularios provistos por los correspondientes registros (como por ejemplo el registro de la propiedad automotor o el registro de marcas y patentes).

En concordancia con la clasificación de las cosas que el código recepta en el art. 1890, la escritura pública de afectación o el instrumento privado con firmas certificadas se inscribirá en los registros respectivos según la naturaleza de los bienes, como condición *sine qua non* previa a todo anuncio, ofrecimiento

o promoción de comercialización de los derechos de tiempo compartido, ya que la inscripción produce importantes efectos para el afectante propietario, para el emprendedor y para los terceros interesados en la adquisición del derecho.

La inscripción del instrumento de afectación en el respectivo registro genera un sistema de protección a los futuros adquirentes, similar a lo que sucedía en la comercialización de las unidades funcionales a construir previstas en el régimen de prehorizontalidad de la ley N° 19.724, o en el art. 12 de la propia ley N° 26.356, lo que produce dos efectos principales:

1) la imposibilidad para el titular de dominio de modificar el destino para el cual se afectó el bien; y 2) la configuración de una verdadera protección jurídica de los derechos adquiridos por los usuarios del sistema sobre los bienes afectados e inscriptos, los que no podrán ser alterados o disminuidos por sucesos particulares o universales ni por terceros acreedores del propietario o del emprendedor, ni siquiera en caso de concurso o quiebra. Frente a la falencia del empresario, los adquirentes con contratos inscriptos podrán oponer sus contratos a la quiebra del vendedor.

La protección del futuro adquirente se ve reforzada por lo establecido en el art. 2100: "Relación de consumo. La relación entre el propietario, emprendedor, comercializador y administrador del tiempo compartido con quien adquiere o utiliza el derecho de uso periódico se rige por las normas que regulan la relación de consumo, previstas en este Código y en las leyes especiales".

Considerando que se mantiene vigente la posibilidad de su configuración como derecho real o personal, en caso de estructurarlo como derecho real su ejercicio sobre la cosa se halla limitado por un pacto convencional de asignación del uso y goce -ya sea periódico o por turnos- de los bienes que integran la relación real, destacando que el derecho real despliega todas sus facultades y consecuencias exclusivamente en el período pactado. Dichos pactos de asignación de uso y goce deben configurar cláusulas de transcripción obligatoria en las escrituras de adquisición del derecho real de tiempo compartido y los períodos de uso y goce asignados a cada titular deberán tener vocación registral a los efectos de su oponibilidad *erga omnes*.

Cabe aclarar que, en caso de configurar el tiempo compartido como un derecho real, debe pensarse en un condominio de indivisión forzosa perdurable con partición de uso y goce, cuyos pactos de asignación de uso configuran la medida del ejercicio del derecho real y obtienen la suficiente publicidad mediante la inscripción en el registro correspondiente según la naturaleza de los bienes. Finalmente agregamos que, a diferencia de lo que ocurre con los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos, al derecho real del adquirente de tiempo compartido se le aplican las normas generales sobre derechos reales y *no las particulares del derecho real de propiedad horizontal*.

3. CEMENTERIOS PRIVADOS

Cabe señalar que en la caracterización de este nuevo derecho real se reitera la confusión del objeto con el concepto del mismo. El derecho real creado es el de sepultura, al que la legislación se referirá en los arts. 2106 y sgts., y especialmente en el art. 2112, y no el cementerio privado; que es la estructura jurídica organizativa donde el derecho real tendrá lugar.

Se deja expresamente establecido que el capítulo 3 se refiere a inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos, diferenciándose así de los cementerios públicos cuya titularidad dominial pertenece a los municipios y son regidos por normas del derecho administrativo local. Sin perjuicio de ello, los cementerios privados se hallan especialmente sometidos al contralor público en todos aquellos aspectos que hagan a la policía mortuoria y a la salud e higiene públicas.

El derecho real de sepultura es un derecho real autónomo sobre cosa propia, principal y que se ejerce por la posesión, tal como lo establece el art. 1887, inc. f), del Código Civil y Comercial de la Nación. Así su titular, en virtud de la relación directa e inmediata que tiene sobre la parcela, podrá inhumar los restos humanos de quien él disponga, hasta la dimensión máxima establecida en el reglamento y podrá efectuar las exhumaciones, reducciones y traslados de acuerdo con la normativa privada y pública pertinente. Asimismo podrá realizar construcciones de bóvedas, sepulcros y monumentos funerarios de conformidad a las pautas establecidas en el respectivo reglamento de propiedad y uso del cementerio, y podrá utilizar los servicios comunes que son una característica distintiva de este tipo de emprendimientos (oratorios, parques, capillas). Entendemos que, por el destino especial de estos bienes, no podrán ser objeto de derechos reales de uso, usufructo, locación o comodato.

Se consagra un nuevo derecho real, el de sepultura, al que se le aplican las normas generales sobre derechos reales, a diferencia de lo establecido para los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos, a los que se les aplica supletoriamente la normativa del derecho de propiedad horizontal, en todo lo que no esté especialmente desarrollado en el título VI.

Entendemos que no es posible configurar un cementerio privado bajo el régimen de la propiedad horizontal, especial o no, ya que su configuración ha sido establecida como derecho real autónomo sobre cosa propia, cuyas características esenciales tipificantes se encuentran enunciadas en el capítulo 3, hallándose las partes y los lugares comunes al servicio de las partes privativas en afectación perdurable. Así los titulares del derecho real de sepultura tendrán posibilidad de acceder al cementerio por las vías comunes y a su parcela en los horarios indicados en el reglamento de uso del cementerio y a utilizar los

oratorios, los servicios, los parques y las instalaciones, y lugares comunes según las condiciones establecidas en dicho contrato. De esta forma, las vías de acceso y las partes donde se presten servicios comunes pertenecerán al titular afectante del cementerio y se resolverá la inescindibilidad entre parte privativa (parcela) y partes comunes mediante la configuración de servidumbres perpetuas, gratuitas y reales. El mantenimiento de las vías de acceso, de los servicios comunes y del sostenimiento y la conservación en general del cementerio se aseguran mediante el pago de una contribución periódica que deberá abonar el titular del derecho, quien asimismo deberá adicionarle los impuestos, las tasas y las contribuciones que se fijen sobre su parcela, ya que la misma tiene individualidad jurídica, identificación parcelaria propia, individualización catastral y partida inmobiliaria independiente.

La ley establece un sistema tuitivo en este caso disponiendo la afectación del inmueble al destino de cementerio privado mediante escritura pública e inscripción en el registro de la propiedad inmueble según la jurisdicción de los bienes, conjuntamente con el reglamento de administración y uso del cementerio, para su oponibilidad. Dicha afectación y las futuras transferencias de dominio de las parcelas objeto del derecho real de sepultura darán origen desde el punto de vista registral a la apertura de las futuras matrículas de las parcelas.

Cabe destacar que la habilitación municipal configura el límite para el titular de dominio para su desafectación y cambio de destino así como también para gravarlo con derechos reales de garantía. Parece lógico y justificado que estos importantes efectos no corran a partir de su sola afectación, como sucedía en el caso del tiempo compartido, sino que requiera de la autorización y habilitación municipal correspondiente por la mayor ingerencia, contralor y poder de policía que el municipio ejerce sobre esta clase de actividad.

Al igual que lo establecido para el tiempo compartido, la relación entre el titular del derecho a la sepultura y el administrador del cementerio se rigen por las normas que regulan la relación de consumo al amparo de los principios y régimen tuitivo de la ley N° 24.240, el sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo previsto por la ley N° 26.993, y las propias y exhaustivas normas sobre el consumidor consagradas en el presente cuerpo normativo en el título III, libro III.

El derecho a la disposición de los restos mortales es un derecho personalísimo protegido por normas de derecho nacional e internacional de alto sustrato religioso y moral, por ello las características especiales que confluyen en este derecho justifican que el mismo quede circunscripto en un régimen tuitivo que comprende la necesaria afectación del inmueble por escritura pública -imposibilitando su disposición para otro destino-, la aplicación de las normas que

regulan la relación de consumo -ajustando la relación del titular del derecho de sepultura y el administrador del cementerio, en especial en lo relativo a la necesaria prestación de los servicios del cementerio- y las normas de derecho administrativo nacional, provincial y municipal relativas a la policía mortuoria.

En torno a la unipersonalidad y las sociedades no constituidas según los tipos previstos y otros supuestos. Panorama actual*

*Franco di Castelnuovo
Elda Fernández Cossini*

SUMARIO. I. Introducción. II. Desarrollo. II.1. Nociones de unipersonalidad. II.2. Sección cuarta del capítulo 1 de la ley N° 19.550. II.3. La responsabilidad de la sociedad y de los socios en los nuevos supuestos incorporados por la LGS. III. Conclusión. IV. Bibliografía. V. Ponencias.

I. INTRODUCCIÓN

La ley N° 26.994 vigente a partir del 1º de agosto de 2015¹ deroga, entre otras normas, el Código Civil y el Código de Comercio de la Nación; sanciona el Código Civil y Comercial de la Nación² y modifica, también entre otras normas, la ley N° 19.550 (ley de sociedades comerciales, en adelante LSC). En cuanto a esta última, que es la que nos ocupará en el presente, se realizan, a nuestro juicio, dos cambios sustanciales: la incorporación de la noción de

1 Conforme a la ley N° 27.077.

2 En adelante CCyC.

* Trabajo galardonado con el Primer Premio en el marco de la XXXII Jornada Notarial Argentina, celebrada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre el 24 y el 26 de agosto de 2016. Corresponde al tema 3.

Congresos y Jornadas

unipersonalidad, y la modificación del régimen regulatorio de la atipicidad societaria y de aquellas sociedades incluidas en la sección IV del capítulo 1 de la ley³. Estas modificaciones no son meros cambios técnicos puntuales, sino que son transversales a todo el derecho societario y generan un verdadero cambio de paradigma que obliga a modificar muchas de las pautas interpretativas que rigieron históricamente la materia. Son, sin lugar a dudas, la materialización de una política legislativa, tal vez no del todo coherente en algunas ocasiones, que implica un cambio valorativo de los principios del derecho societario.

El notario, como operador del derecho, tiene la difícil tarea de asesorar -conforme la dimensión del capital involucrado en una operación, la dinámica que requiera el desarrollo de un emprendimiento económico, etc.- acerca de la conveniencia de la constitución o no de una sociedad, del sometimiento a un tipo social u otro para que dicho esquema operativo le reporte los mayores beneficios posibles al requirente e indirectamente a la economía en general, y con ello al bien común.

En el presente, analizaremos qué herramientas incorpora la nueva redacción de la ley N° 19.550 y si nos obliga a reformular o no, antiguas soluciones según el cambio de principios que para nosotros conlleva.

II. DESARROLLO

II.1. Nociones de unipersonalidad

Casi todas las legislaciones de derecho comparado aceptan de alguna forma la limitación de responsabilidad de los empresarios o comerciantes particulares, ya sea aceptando la constitución de sociedades por un solo socio o permitiendo la conformación de un patrimonio de afectación⁴.

3 En adelante sección IV a secas.

4 En Francia, la ley N° 85.697 del 11 de julio de 1985 creó la *Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée* (EURL). Se trata de una persona jurídica diferenciada de la persona de su socio y su estructura y funcionamiento es relativamente similar a nuestra sociedad de responsabilidad limitada. Por su parte, en los arts. L526-6 a L526-21 del *Code Commerce* se regula al *Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée* (EIRL) que no configura una persona jurídica distinta a la del socio, sino que el empresario, a través de una declaración crea un patrimonio de afectación diferenciado del suyo propio. En España, la ley N° 2 del 23 de marzo de 1995 (vigente hasta el 1° de septiembre de 2010) viabilizó la constitución y funcionamiento de sociedades de responsabilidad limitada unipersonales. A partir del 1° de septiembre de 2010 entró en vigencia el Real Decreto Legislativo 1, del 2 de julio de 2010, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de sociedades de capital previendo

En nuestro país, históricamente tanto las sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio de 1859/62 y posteriormente en el Código de Comercio de 1889, como las sociedades civiles reguladas en el título VII de la sección tercera, del libro segundo del Código Civil de 1869 -vigente desde 1871-, demandaban la pluralidad de socios para su constitución. Además, el legislador decimonónico veía con disvalor el fraccionamiento de patrimonios por lo que no permitía, por ejemplo, la constitución de fideicomisos.

En el año 1972 se sancionó la ley N° 19.550, llamada entonces ley de sociedades comerciales⁵, que modifica el régimen societario del Código de Comercio. Sin embargo, mantiene la necesidad de pluralidad para la constitución de las sociedades comerciales: "Se admite, por definición, la posible participación de dos o más partes que asumen, todas ellas, tanto derechos como obligaciones"⁶.

Esta exigencia de pluralidad era consecuencia de la noción de que si una sola persona -física o jurídica- creaba un nuevo sujeto de derecho, fraccionaba su patrimonio personal vulnerando la garantía de sus acreedores sin la necesidad de dividir las ganancias o beneficios económicos que surgieran de

la sociedad unipersonal en el capítulo III que pasan a poder ser responsabilidad limitada o anónimas. En Alemania, la ley de sociedades de responsabilidad limitada -*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*- establece en la sección 1 que una sociedad de responsabilidad limitada puede ser fundada por una o varias personas. En Italia el DL N° 6/2003 modificó el capítulo V del título V del libro V del Código Civil e introdujo: "...una sección dedicada a los 'patrimonios destinados a un negocio específico'" en virtud de los cuales la sociedad puede constituir uno o más patrimonios separados desde el punto de vista jurídico respecto del patrimonio unitario (no destinado) de la sociedad, que además prevé un: "...contrato relativo al financiamiento de un específico negocio" que propende al pago total o parcial de la financiación misma con los ingresos provenientes del patrimonio destinado" (conf. Dasso, Ariel A. "El mundo societario actual: La limitación de responsabilidad y el giro a la sociedad unipersonal", *Las reformas al derecho comercial en el proyecto del código civil y comercial de la nación*, Legis, 2012, pág. 306). En América Latina, Colombia por ley N° 222 de 1995 incorporó al Código de Comercio -en sus arts. 71 a 81, la empresa unipersonal por la cual una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil. Una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica. Además, por ley N° 1258 de 2008 creó la sociedad por acciones simplificada que podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes. Además, la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal es aceptada en Suiza, Austria, Checoslovaquia, Liechtenstein, Dinamarca, Holanda, Portugal, Bélgica y Luxemburgo, siendo lícitas en el derecho inglés para las *public* y las *private companies*, incluso por las Directivas de la Comunidad Económica Europea (conf. Richard, Efraín Hugo. "La sociedad unipersonal", en *Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, Aspectos relevantes-Análisis Doctrinario*, Editorial Errepar, 2015, pág. 4).

5 En adelante, LSC.

6 Exposición de motivos de la ley N° 19.550, capítulo I, sección I, punto 1.

la actividad social con otras personas -físicas o jurídicas-, lo que sí acontece al existir pluralidad. Es decir, se atomiza el riesgo pero se concentran las ventajas, lo que viabilizaría situaciones fraudulentas.

Sin embargo, la realidad del tráfico mercantil llevó a que muchos comerciantes o empresarios, con la intención de limitar su responsabilidad, recurrieran a la constitución de sociedades llamadas de cómodo: "...en las cuales si bien participan dos sujetos como socios, en la realidad, es sólo uno el que aporta el capital inicial, goza de los beneficios y soporta las pérdidas"⁷, lo que generó interminables debates doctrinarios y jurisprudenciales, y marchas y contramarchas en las resoluciones de los organismos registrales. Dada esta situación existieron varios intentos académicos y legislativos que pretendieron la incorporación de soluciones para el empresario individual en nuestro ordenamiento, pero nunca lograron efectivización legislativa⁸. En cuanto a la posibilidad de creación de patrimonios de afectación, recién en el año 1994 se receptó en nuestra legislación el contrato de fideicomiso a través de la ley N° 24.441. Sin embargo, dadas sus exigencias, que exceden la intención del presente, también requiere la pluralidad de partes para su conformación.

II.1.a. La unipersonalidad en la legislación anterior a la ley N° 26.994

A pesar de los antecedentes descriptos, en la legislación anterior al dictado de la ley N° 26.994 se preveían algunos supuestos de sociedades unipersonales:

a) Sociedades del Estado

Conforme el art. 2° de la ley N° 20.705: "...las sociedades del Estado⁹ podrán ser unipersonales y se someterán, en su constitución y funcionamiento, a las normas que regulan las sociedades anónimas (SA), en cuanto fueren compatibles con las disposiciones de la presente ley".

b) Unipersonalidad derivada en la LSC

En todos los casos en que hubiese reducido a uno el número de socios, el art. 94, inc. 8, disponía que la sociedad se disolvería, a menos que en el

7 ACEVEDO, Lucas H. S. "Aspectos trascendentes del tratamiento de las sociedades unipersonales en el Proyecto de incorporación a nuestro ordenamiento", publicado en: DJ13/11/2013, 101, Cita Online: AR/DOC/3389/2013.

8 El primer proyecto al respecto surgió en el año 1940 -seguido de muchos otros, ninguno de los cuales prosperó-.

9 Aquellas que: "...con exclusión de toda participación de capitales privados, constituyan el Estado Nacional, los estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto o las sociedades que se constituyan en orden a lo establecido por la presente ley, para desarrollar actividades de carácter industrial y comercial o explotar servicios públicos" (conforme art. 1° de la ley N° 20.705).

plazo de tres meses se recompusiese la pluralidad. Es decir que admitía la subsistencia transitoria de la sociedad unipersonal. Durante ese lapso, el socio único respondía solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales.

c) Cramdown

“El régimen del art. 48 de la ley 24.522 admite aún hoy la posibilidad de que la totalidad del paquete accionario o de las cuotas sociales de la sociedad concursada sometida a *cramdown* le sea transferido a un solo acreedor (...) era posible que el 100% del capital social de la SA o SRL quedase en cabeza de un acreedor (que de este modo se convierte en socio único)”¹⁰.

d) Decreto N° 677/2001 de régimen de transparencia de la oferta pública

En el caso de que una SA cotizante en bolsa quede sometida a un control “casi total” se permite la unipersonalización societaria por dos caminos: “...i) por un acto voluntario del controlante casi total (persona física o jurídica, en el carácter de socio, que disponga al menos del 95 % del volumen accionario, sea en forma directa o a través de otras sociedades controladas), a quien le confiere el derecho de realizar ofertas de adquisición a los minoritarios por sus participaciones accionarias a un precio equitativo, y ii) por un acto por el cual algún accionista minoritario (art. 25) fuerce al mayoritario a adquirir la totalidad de las acciones en manos de la minoría”¹¹. El art. 29 de dicho decreto establece que: “...respecto de las sociedades bajo control casi total que hayan sido objeto de la declaración de adquisición reglada en el presente artículo, no regirá lo dispuesto en el art. 94 inc. 8, de la 19.550 y sus modificaciones”.

e) Ley N° 26.831 de Mercado de Capitales

Regula el régimen de participaciones residuales en el mercado de capitales en sus arts. 91 a 95, los que prácticamente reproducen el sistema del decreto indicado en el punto anterior.

II.1.b. Código Civil y Comercial de la Nación

El CCyC en su libro primero, título II, capítulo 1, regula una “parte general” de la persona jurídica. Según los fundamentos del anteproyecto, la intención del legislador ha sido permitir que lo que denomina “microsistemas normativos” -como el de la ley N° 19.550- sean autosuficientes, pero

10 GARCÍA VILLALONGA, Julio C. “La Sociedad Unipersonal -antecedentes, justificación y alcances-”, LL, 2016-A, 648, cita online: AR/DOC/4164/2015, pág. 2.

11 *Ibidem*.

se establece la parte general como complementaria de aquellos con un específico orden de prelación de normas -art. 150 CCyC, que analizaremos más adelante-.

En lo que resulta pertinente para el presente, debemos mencionar que el art. 141 CCyC define a las personas jurídicas como: "...todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones...". Es decir que al regularse la persona jurídica como "género" no se exige la plurilateralidad para su formación o existencia¹², lo que debe ser tenido en cuenta como pauta interpretativa.

II.1.c. Ley General de Sociedades¹³

El anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012, tal como fue presentado por la comisión redactora, proyectaba el art. 1º LGS con el siguiente texto: "Hay sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. Si el tipo social prevé dos clases distintas de socios, los socios deben ser dos o más". De ello derivaba que se aceptaba que cualquier tipo societario pudiera ser unipersonal, con la única excepción de aquellas sociedades cuyo tipo exige dos clases diferenciadas de socios, como las en comandita y de capital e industria.

Posteriormente, el poder ejecutivo nacional (en adelante, PEN) realizó trascendentes modificaciones al anteproyecto. Finalmente, en el año 2014 se sancionó la ley N° 26.994 que incorpora la noción de unipersonalidad en el derecho societario argentino con dichas reformas.

II.1.c.1 Unipersonalidad originaria

El art. 1º LGS modifica la definición misma de sociedad indicando que: "Habrá sociedad si una o más personas...". Así, establece como regla general la posibilidad de nacimiento de la sociedad a partir de una única voluntad.

La naturaleza jurídica del acto fundacional societario se ha entendido históricamente en nuestro país -tras arduos debates en la materia- como "contrato plurilateral de organización". Es decir, se ubicaba dentro del ámbito del contrato

12 Lo que resulta lógico, dado que la noción de persona jurídica es más amplia que la de cada especie -como la sociedad-.

13 La ley N° 26.994 modifica la denominación de la ley N° 19.550, que pasa a llamarse ley general de sociedades -en adelante LGS-.

-acto jurídico bilateral por antonomasia- por lo que la necesidad de más de una voluntad se volvía imperativa.

Pese a algunas críticas¹⁴, en el ordenamiento hoy vigente no caben dudas de que la sociedad unipersonal es una sociedad, dado el texto expreso del art. 1º LGS ya citado. Lo que vuelve a convertirse en objeto de debate es la naturaleza jurídica del acto constitutivo de esta especie de sociedad.

En este sentido, se ha dicho que: "...si se acepta la categoría del contrato plurilateral de organización esencialmente como un acto de creación de una estructura jurídica que, a partir de esa creación, funcionará por sí misma, dotada de personalidad y de la organización jurídica para formar y expresar su voluntad, con socios que se relacionan directamente en cuanto a sus derechos y obligaciones con esa estructura, no se ve inconveniente lógico para que se siga llamando contrato plurilateral de organización al acto jurídico de su creación, aunque haya sido celebrado por una sola persona en lugar de una pluralidad de ellas"¹⁵. Por nuestra parte, preferimos no considerar el acto fundacional de una sociedad unipersonal como contrato. Primero por la misma definición de este como acto jurídico bilateral -art. 957 CCyC-, pero además, porque si bien el contrato fundacional societario tiene características particulares que lo distinguen del resto, no resulta extraño a la aplicación de las normas generales del consentimiento contractual. Algunas de ellas devendrían directamente inaplicables, pero otras podrían llegar a resultar contradictorias para posteriores interpretaciones.

Sí compartimos la noción de que este acto emanado de una única voluntad no pierde su potencial plurilateralidad (ya que la aplicación del principio de personalidad diferenciada -art. 143 CCyC- permite que al producirse el nacimiento de la persona jurídica, esta se independice de quien o quienes concurren a fundarla), por lo que nada obsta a que se incorporen nuevas voluntades al sujeto de derecho creado sin que este pierda su esencia.

Es por ello que consideramos que la naturaleza jurídica del acto fundacional de una sociedad unipersonal es una declaración unilateral de voluntad de carácter organizativa con vocación plurilateral.

14 CURÁ, José María y Carreira González, Guillermo. "La tipicidad societaria en el Proyecto de Reforma del Código", suplemento 07/08/2014, Enfoques, septiembre de 2014, cita online: AR/DOC/2759/2014, pág. 3: "Cabe objetar la inclusión como tipo societario (de la SAU) de algo que no es sociedad, término que da por sentada la existencia de pluralidad de personas, con base en acto de estricta naturaleza contractual...".

15 MANÓVIL, Rafael M. "Algunas de las Reformas al Régimen Societario en el Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (1º serie, 2º época), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, volumen LVII-50, pág. 253. El autor sugiere, sin embargo, no utilizar el término contrato, sino una estructura plurilateral de organización.

II.1.c.1.i. Tipo societario exigido

El segundo párrafo del art. 1º LGS, tal como quedó redactado tras la modificación incorporada por el PEN, establece expresamente que la sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima (en adelante, SA).

Es decir, la sociedad unipersonal es una sociedad. El único tipo social que ésta podrá adoptar es el de la SA. Pareciera innecesario aclararlo, sin embargo, será importante en las reflexiones siguientes entender claramente que el “tipo” social no es la unipersonalidad sino el carácter de anónima. A *contrario sensu*, no se podrá adoptar ningún otro tipo societario: sociedad colectiva (en adelante, SC; art. 125 LGS), en comandita simple (en adelante, SCS; art. 134 LGS), de capital e industria (en adelante, SCI; art. 141 LGS), responsabilidad limitada (en adelante, SRL; art. 146 LGS) y en comandita por acciones (en adelante, SCA; art. 315 LGS).

Se admite unánimemente -y por lógica- que aquellos tipos que requieren de dos clases de socios para funcionar -SCI, SCS y SCA- nunca hubieran podido ser el traje de una sociedad unipersonal y así lo establecía el anteproyecto, tal como lo adelantáramos, dado a que es propio de ellas la existencia de dos clases diferentes de socios imposibles de fusionarse en una única persona.

Sin embargo, se ha cuestionado si resulta ventajoso elegir un único tipo social excluyente y, en tal caso, si el tipo más adecuado es el de la SA.

Por nuestra parte, preferíamos la solución propuesta en el anteproyecto. Pero de haberse elegido limitar la constitución a un solo tipo, adherimos a la mayoría de la doctrina que considera que hubiere sido preferible exigir la adecuación al tipo SRL ya que: “...garantiza una mayor transparencia en la actuación del ente y en la relación con los terceros, dado que el cambio de único socio -es decir en caso de transmisión por cualquier título de las cuotas sociales representativas del capital social- importa la modificación del contrato social y requiere de publicación e inscripción en el Registro Público¹⁶ de donde, en su actuación en el mercado, independientemente de quien resulte estatutariamente representante legal, al tener que remitirse al contrato de sociedad y sus modificaciones, el tercero conocerá -por exhibición del contrato o por su inscripción en el Registro Público- quien es el real y actual titular del 100 % del capital social”¹⁷. Este procedimiento no ocurre del mismo modo

16 Entendido como el antiguo Registro Público de Comercio.

17 VÍTOLO, Daniel R. “La sociedad unipersonal: idas y venidas en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Derecho Privado, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, volumen 2012-2, pág. 184. En el mismo sentido Dasso, Ariel A. *El mundo societario actual...* cit., pág. 308.

en la SA, pues no importa modificación estatutaria bastando la anotación de cambio de titularidad en el registro de acciones al que el tercero no puede acceder.

II.1.c.1.ii. Aspectos constitutivos

Como la sociedad unipersonal debe ajustarse al tipo SA, deben aplicarse al acto constitutivo las normas generales: lo previsto en el art. 11 LGS y las exigencias específicas de este tipo social -sección V del capítulo II LGS¹⁸.

En cuanto a su *denominación*, manda el art. 164 LGS que: "...puede incluir el nombre de una o más personas de existencia visible y debe contener la expresión (...) 'sociedad anónima unipersonal', su abreviatura (Soc. Anon. Unip) o la sigla S.A.U.". Resulta llamativo que en el texto finalmente sancionado se haya eliminado el segundo párrafo del mismo artículo de la LSC, que bajo el título de "omisión: sanción", hacía responsables ilimitada y solidariamente a los representantes de la sociedad juntamente con esta por actos que se celebren con omisión de la identificación del tipo social. Es decir que si se prescinde de la identificación del tipo, no se prevé ninguna sanción. Ello resulta criticable dado que la finalidad de la exigencia es que los terceros conozcan el tipo social y de ese modo, entre otros caracteres, el alcance de la responsabilidad societaria y de su extensión a los socios.

Por otro lado, compartimos la opinión de que hubiera sido preferible que la expresión "unipersonal" en lugar de ser considerada como parte de la denominación fuera entendida como un aditamento: "...que debe agregarse cuando esté presente la unipersonalidad y que puede retirarse al tiempo de recomponer su pluralidad"; pudiendo el órgano de administración: "...agregarlo o suprimirlo de acuerdo a las circunstancias, bajo apercibimiento de asumir responsabilidad solidaria por las obligaciones contraídas"¹⁹. De este modo, no se requeriría una modificación del contrato cada vez que una sociedad incorporara un nuevo socio, dándole mayor flexibilidad.

En cuanto al *capital social*, conforme el art. 186 LGS: "...debe suscribirse totalmente al tiempo de la celebración del contrato constitutivo. No podrá ser inferior a pesos cien mil (...) 3º) En las Sociedades Anónimas Unipersonales el capital debe integrarse totalmente...". La misma exigencia sostienen el art.

18 Por ejemplo, constitución por instrumento público y por acto único o por suscripción pública (conforme al art. 165 LGS).

19 BENSEÑOR, Norberto R. "La Sociedad Unipersonal", en LXXI Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira, 9 y 10 de junio de 2016, pág. 20.

187 y el art. 11, inc. 4, LGS. Por lo que en el caso de las sociedades anónimas unipersonales (en adelante, SAU) no se podrá integrar sólo una parte (con un mínimo del veinticinco por ciento) y el saldo dentro de un plazo no mayor a dos años. Compartimos además la opinión de que: "...esta exigencia también se mantiene, cuando medie aumento de capital"²⁰.

II.1.c.1.iii. Constitución de una SAU por otra SAU

El art. 1º LGS *in fine* manda: "La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal".

La letra de la norma impone la prohibición al momento de la constitución de la sociedad. Nada dice sobre el control sobreviniente de una SAU en otra de estas sociedades. En este sentido se han esgrimido dos posturas. Una sostiene que nos hallamos ante una cuestión de orden público societario, por lo que cabe aplicar al caso la interpretación doctrinaria que se elaboró en relación al art. 123 de la ley N° 19.550 en relación a las sociedades constituidas en el extranjero que: "...comprende, no solo la fundación de una nueva sociedad en la República, sino también la adquisición de participación en una sociedad local ya existente, pues la misma razón legal rige ambos supuestos. Caso contrario bastaría soslayar la etapa fundacional de una sociedad y recurrir a la llamada 'compra' de sociedades ya constituidas (...) para sustraerse a la aplicación de una norma en la que está comprometido el interés público"²¹. Con esta interpretación se ha justificado que la intención del legislador: "...ha sido impedir que durante toda su existencia, la totalidad de las acciones de una SAU pueda estar en manos de otra sociedad de estas características"²²; y por ello debe entenderse que: "...la prohibición no sólo abarca su aspecto genético ('constitución') sino también su aspecto derivado o posterior ('participación') (...) se mantiene no sólo cuando un accionista ha adquirido todas las acciones

20 *Ibidem*. En el mismo sentido, Urbaneja, Aldo Emilio. "Ley General de Sociedades N° 19.550, T.O. 1984", en LXIX Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira, 4 y 5 de junio de 2015, pág. 49.

21 VÍTOLO, Daniel R. "La sociedad constituida en el extranjero que no se encuentra inscripta en la República Argentina. Sociedades extranjeras", *El Derecho*, Buenos Aires, pág. 73; citado por Bittar de Duralde, Amara y Mantegani, Silvia. En "Apuntes sobre sociedades extranjeras", *Revista Notarial*, N° 89, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, Córdoba, 2008, pág. 62.

22 HAGGI, Graciela y Nissen, Ricardo. "Necesarias modificaciones en materia de sociedades unipersonales: Alcance de la incapacidad de una sociedad unipersonal de integrar otra sociedad de esta naturaleza y el caso de la disolución de la sociedad por reducción a uno del número de socios", *Las reformas al derecho comercial en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*, Legis, 2012, pág. 266.

de la sociedad sino cuando en virtud de una reducción del capital social (o incluso amortización) la sociedad deviene en unipersonal”²³.

En sentido opuesto se sostuvo que es necesario interpretar restrictivamente el término “constituir” empleado en el art. 1º LGS. Para esta postura es inaplicable el razonamiento jurisprudencial y doctrinario respecto del art. 123 de la ley Nº 19.550 porque este versa sobre el cumplimiento de formalidades registrales que hacen al conocimiento de la comunidad jurídica en la que se inserta la sociedad constituida en el extranjero para participar en la vida de sociedades argentinas. En cambio, en la hipótesis bajo análisis, la prohibición resulta una “genuina incapacidad de derecho no susceptible de interpretación extensiva o analógica” y que: “...cuando la propia LGS se quiere referir a una situación permanente y no a un acto, lo dice expresamente. Ejemplo de ello es el nuevo art. 30 LGS que al limitar la capacidad de las sociedades anónimas y en comandita por acciones, dice que ‘sólo pueden *formar parte* de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada’”²⁴.

La norma tampoco se refiere a la participación indirecta de una SAU en otra SAU, esto es que una SAU sea controlante de otra SA de constitución plural, que a su vez sea la única socia de otra SAU.

Una postura aplica a la cuestión el juego de los arts. 32 y 33 LGS²⁵ considerando que: “...teniendo en cuenta los fines que la ley procuró con dicha prohibición y que los efectos no queridos por la ley también podrían lograrse con la participación indirecta, parece razonable que en el esquema de participaciones societarias no sería aconsejable que una sociedad unipersonal participe indirectamente (a través del control de otra sociedad) en otra sociedad anónima unipersonal”²⁶.

En sentido contrario se sostuvo que: “...se trata, otra vez, de la aplicación extensiva de una incapacidad de derecho (...) más allá de que el tema no tiene conexión con el control societario, el art. 33 LGS no impide la cadena de controlantes y controladas (...) En consecuencia (...) a falta de norma que disponga algo diferente, la situación sobreviniente de participación de una sociedad unipersonal en otra no produce ninguna modificación en su status regular previo”²⁷.

23 MOLINA SANDOVAL, Carlos A. *Sociedades anónimas unipersonales*, publicado en: La Ley, 09/12/2014, cita online: AR/DOC/4408/2014, pág. 5.

24 MANÓVIL, Rafael M. “Las sociedades devenidas unipersonales”, publicado en RCCyC, octubre de 2015, 19/10/2015, cita online: AR/DOC/3342/2015, pág. 12.

25 Y las consecuencias que de ellos derivan, como: la presentación; la información complementaria de estados contables anuales, consolidados y confeccionados con arreglo a los principios de contabilidad generalmente aceptados y a las normas que establezca la autoridad de contralor (conforme al art. 62 LGS).

26 MOLINA SANDOVAL, Carlos A. Ob. cit., pág. 6.

27 MANÓVIL, Rafael M. Ob. cit., pág. 12.

Congresos y Jornadas

Como contrapartida, el art. 30 LGS sí resulta indiscutidamente aplicable a la SAU que sólo podría formar parte de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, además de cualquier contrato asociativo.

Vale aclarar que el tema bajo análisis sólo resulta aplicable a las sociedades constituidas en la República Argentina y no en el extranjero, ya que para estas continúa rigiendo el art. 118 LGS que conservó el mismo tenor que en la LSC.

Por último, cualquier persona -física o jurídica- puede constituir más de una SAU ya que no se establece ninguna prohibición ni limitación al respecto.

II.1.c.1.iv. Fiscalización estatal permanente

Una de las modificaciones más relevantes realizadas por el PEN al régimen de la sociedad unipersonal planteado por el anteproyecto ha sido incorporarlas al art. 299 LGS en su inc. 7º, sometiéndola así, sin distinción de composición o cuantía de capital, a la fiscalización estatal permanente. Ello implica que deben tener sindicatura plural colegiada en número impar (art. 284, párrafo segundo, LGS) y directorio plural en forma obligatoria (art. 255, párrafo segundo, LGS). Por lo tanto, se requerirán como mínimo nueve personas para conformar una SAU: tres directores, tres síndicos titulares y tres síndicos suplentes, siempre que el único socio quiera integrar el directorio. Caso contrario se requerirán diez personas²⁸. La convocatoria a asambleas -del único socio- debe publicarse además en un diario de circulación general (art. 237 LGS).

Cierto sector de la doctrina entendió esta resolución como adecuada: "...a fin de contar con un mayor seguimiento por parte del organismo de control que evite o disminuya la posibilidad de que se haga un ejercicio abusivo de esta figura"²⁹.

Sin embargo, la opinión mayoritaria consideró excesivo y contraproducente este agregado ya que, al resultar compleja y costosa para el emprendedor de escaso capital, inhibe la posibilidad de utilización de esta figura para la pequeña y mediana empresa³⁰.

28 URBANEJA, Aldo Emilio. *Ley General...* cit., pág. 49.

29 TORASSA, Gustavo J. *Informe sobre los aspectos más relevantes en materia de sociedades comerciales*, en Lafferriere, Jorge Nicolás. "Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial", informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, *El Derecho*, 2012, pág. 7.

30 ARALDI, Liliana y Baigorria, Mariana. "Las sociedades unipersonales y las pymes en el proyecto de reforma del nuevo código civil", en *Las reformas al derecho comercial en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*, Legis, 2012, pág. 319: "Haber pensado la unipersonalidad solo para la SA y someter a las sociedades unipersonales a un capital predeterminado y al control del art. 299 LSC, resulta ser un corsé al que tendrán que

Compartimos la noción de que, así delineada, la utilización de la SAU será útil para dos situaciones: “En primer lugar, el de la subsidiaria totalmente integrada de una empresa extranjera que, al contar con la figura de la SAU, podrá ser la única socia fundadora de una sociedad local (filial) sin verse sometida a los riesgos ‘de agencia’ que derivarían de la necesidad de contar con otro socio local y en segundo término, para las empresas nacionales de cierta envergadura, o las que ya están sometidas al art. 299 LS (con tres síndicos y tres directores), la posibilidad de establecer unidades de negocios con patrimonios y personalidad jurídica diferenciada”³¹.

II.1.c.1.v. No adopción del tipo exigido

Se ha sostenido que la LGS contempla las sociedades unipersonales únicamente como anónimas sometidas a fiscalización estatal permanente por lo que no quedan alcanzadas por la sección IV de la LGS³².

No compartimos esta opinión. Por un lado porque, como mencionáramos, la nueva redacción del art. 1º LGS permite interpretar que la “pluralidad societaria” ya no determina la existencia de la sociedad.

La exigencia de adopción del tipo SA con los demás requisitos bajo análisis no hace a la existencia de la nueva persona jurídica sino que hace simplemente a la configuración de la tipicidad. Vale mencionar además que la ley Nº 26.994 también ha modificado la sección III del capítulo 1 de la LGS, estableciendo en el art. 17 que en caso de infracción al cumplimiento de alguno de los requisitos esenciales tipificantes: “...la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo”. Al contrario del régimen de la LSC, ya no son castigadas con la sanción de nulidad: la sociedad existe sólo que no produce los efectos propios de su tipo -el más relevante de todos ellos si se quiere, la limitación de responsabilidad-. Es decir, la sociedad unipersonal nacerá en su acto constitutivo. Podrá limitar su responsabilidad, sólo si se ajusta al tipo SA exigido por la ley.

ajustarse las sociedades unipersonales que quieran limitar su responsabilidad, sistema que no fue pensado para el emprendedor individual sino para las concentraciones de capitales”.

31 FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. *Panorama del Derecho Comercial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, en <http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/panorama-del-derecho-comercial-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/> p. 5.

32 CURÁ, José María. “De las Sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II Ley General de Sociedades - novedad legislativa a la zaga del Registro Público de Comercio”, en *Doctrina Societaria*, tomo XXVIII, Editorial Errepar, marzo de 2016, Nº 340, pág. 215.

Congresos y Jornadas

Por otro lado, podría esgrimirse como argumento que las normas de la sección IV hacen referencia en sus textos al “contrato” constitutivo y no al “acto” constitutivo -lo que podría dar lugar a la interpretación de que exige pluralidad-. Sin embargo, consideramos que esto se trata, si se quiere, de una mera desprolijidad que no acarrea consecuencias jurídicas y que se ve replicada no sólo en todos los artículos no reformados por la ley N° 26.994 que continúan aludiendo al “contrato”, sino también en varias normas sí modificadas por ella como los arts. 11, inc. 2; 16; 28; y 186; etc., que resultan indudablemente de aplicación al acto constitutivo de una SAU.

Por lo tanto, con abundante doctrina³³, sostenemos que una sociedad unipersonal constituida bajo otro tipo social -que no sea SA- o una SAU que no cumplimente con todas las exigencias de la ley, genera el nacimiento de una sociedad válida sujeta al régimen de la sección IV. Sin dudas: “... podrá lograr las autorizaciones fiscales para operar (v.gr., clave única de identificación fiscal) y podrá inscribirse en los distintos tributos sin ninguna limitación”³⁴.

II.1.c.2. Unipersonalidad derivada

II.1.c.2.i. Eliminación del inc. 8 del art. 94 LSC. El art. 94 bis LGS

La ley N° 26.994 modifica el inc. 8 del art. 94 de la ley N° 19.550 que establecía “la reducción a uno del número de socios” como causal de extinción de la sociedad. Agrega, además, el art. 94 bis que: “La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de TRES (3) meses”.

La primera parte del artículo establece, a nuestro juicio, el principio general en la materia. Esta redacción armonizada con la nueva redacción de los arts.

33 Conclusiones del tema 3 de la 39 Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, del 25 al 28 de noviembre de 2015): “La sociedad anónima unipersonal que no cumpla sus requisitos típicos, constituirá una sociedad de la Sección IV del Cap. I de la LGS”; Vítolo, Daniel R. *La sociedad unipersonal...* cit., pág. 191; Benseñor, Norberto R. *La Sociedad Unipersonal...* cit., pág. 21; Moro, Emilio F. “La sociedad unipersonal: diseño normativo en la ley 26.994 y principales situaciones problemáticas que puede dar lugar su actuación”, en RCCyC, octubre de 2015, 19/10/2015, cita online: AR/DOC/3423/2015; Duprat, Diego. “Sociedad unipersonal en la Ley General de Sociedades”, en Alegría, Héctor, *Revista Código Civil y Comercial*, año 1, N° 1, julio 2015, La Ley, pág. 221; Manóvil, Rafael M. *Las sociedades devenidas...* cit., pág. 7.

34 MOLINA SANDOVAL, Carlos A. *Sociedades anónimas...* cit., pág. 3.

1º y 94 LGS indica, para nosotros, que la sociedad no se extingue al quedar reducido a uno el número de sus socios.

Esto ha llevado a la doctrina a determinar que existe -además de la unipersonalidad originaria relatada en los acápites anteriores- otra clase de unipersonalidad: la derivada, que consiste en que una sociedad que nació plural por algún motivo vio reducido a uno el número de sus socios y devino, por lo tanto, unipersonal.

Más allá del principio general, la norma no es feliz en el resto de su redacción ya que no determina claramente qué sucede con la sociedad ante esta vicisitud. Entendemos que conviene distinguir cuatro situaciones distintas:

1) Unipersonalidad derivada en una SA: las SA plurales devenidas unipersonales deberán cumplir con la exigencia de adecuar la denominación social a la exigencia del art. 164 LGS³⁵ y cumplir con el régimen impuesto por el art. 299 LGS si no fueran sociedades plurales ya sometidas al régimen de fiscalización estatal permanente.

2) Unipersonalidad derivada en las SCI, SCS o SCA: en este caso, la cuestión se torna más compleja, ya que el transcripto art. 94 bis LGS impone la transformación "de pleno derecho" de las sociedades que tienen dos clases de socios en SAU si no se decidiera otra solución³⁶ en el término de tres meses.

Normalmente la transformación requiere el cumplimiento del complejo procedimiento previsto por la sección X del capítulo I -arts. 74 a 81- de la ley N° 19.550 con el objetivo de que el mismo no permita excusar la responsabilidad de los socios de la sociedad transformada salvo inexistencia de oposición por parte de los acreedores.

En contraposición, la noción "de pleno derecho" implica que la producción de un determinado efecto jurídico: "...es independiente o prescindente de la voluntad y de la acción del o de los sujetos comprendidos o alcanzados por tal efecto, de manera tal que, acaecido el hecho, conjunto de hechos o actos previstos por la ley, como presupuesto de la causación *ipso iure* de ese efecto, él se produce inexorable e irresistiblemente"³⁷.

Por lo tanto, la transformación de pleno derecho sería una especie de transformación "automática". No se alcanza a comprender qué sucedería con los requisitos que estas sociedades no cumplan con respecto a los exigidos para la SAU (capital social totalmente integrado, sindicatura

35 Que, recordemos, no impone sanción.

36 Recomponer la pluralidad, determinar la liquidación, etc.

37 ROMERO, Raúl J. "La enigmática Sección III del Capítulo I de la Ley General de Sociedades", publicado en SJA 2015/12/02-3, pág. 9.

colegiada e impar, denominación, etc.). Además, y más relevante aun, resulta saber qué ocurriría respecto a los acreedores sociales, ya que recordemos que una de las clases de socios de cada uno de estos tipos sociales responde solidaria e ilimitadamente. Por lo tanto, al limitarse automáticamente la responsabilidad con el nuevo tipo SAU, el acreedor -al menos hacia el futuro- estaría viendo modificada la entidad del patrimonio que es su garantía.

Se ha sostenido que: "Lo que aquí se produce *ipso iure* no es, jobviamente!, la transformación, sino el ingreso del ente societario en una suerte de estado jurídico semejante al estado de disolución. Y aquí también, como en tal estado, el ente societario puede, finalmente, extinguirse o no"³⁸.

También se ha dicho que: "...aunque la figura de la transformación de pleno derecho no está legislada, ello significa que pasados los tres meses de la reducción a un socio 'se le aplicarán directamente, en sus relaciones internas como externas, las normas de las sociedades anónimas unipersonales, sin necesidad de ningún acto societario interno ni registración alguna'"³⁹.

Sin embargo, por nuestra parte, preferimos adherir a la opinión de que, en la práctica: "...por más que así lo declame la ley, no existe la transformación de pleno derecho, atento a que una transformación requiere instrumentalidad, modificación estatutaria, emisión de acciones para representar el capital, previsiones orgánicas e integración de cargos, situaciones que no pueden ser suplidas de pleno derecho"⁴⁰. Por lo tanto la frase de pleno derecho resulta de cumplimiento imposible⁴¹.

En el mismo sentido, los organismos registrales imponen para el caso "de pleno derecho" los mismos requisitos que para cualquier otra transformación societaria: la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, DPPJ) en el art. 158 de la disposición N° 45/2015 -ubicado en la sección VI, "Reorganización Societaria"- prevé los requisitos formales para el trámite de la transformación societaria y en su inc. g concluye: "Igual criterio se aplicará, respecto de los requisitos, en el supuesto previsto en artículo 94 bis de la Ley General de Sociedades N° 19.550".

38 *Ibidem*.

39 NISSEN, Ricardo A. "Debe limitarse la constitución y actuación de las sociedades unipersonales incorporadas a nuestra legislación a las 'Sociedades Anónimas Unipersonales', en *Los aspectos empresarios en el nuevo Código Civil y Comercial de La Nación*, II Congreso Nacional e Internacional, Mar del Plata, marzo de 2015, págs. 36 y 37, citado por Manóvil, Rafael M., *Las sociedades devenidas...* cit., pág. 18, nota 54.

40 BENSEÑOR, Norberto R. *Ob. cit.*, pág. 22.

41 RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M. "Personas Jurídicas", en LXIX Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira, 4 y 5 de junio de 2015, pág. 11.

Por su parte, la resolución N° 7/2015 de la Inspección General de Justicia (en adelante, IGJ) establece: “Transformación de pleno derecho (artículo 94 bis, Ley N° 19.550) Artículo 202 - La transformación de pleno derecho en sociedades anónimas unipersonales de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria establecida por el artículo 94 bis de la Ley N° 19.550, luego de vencido el plazo de tres (3) meses sin recomponerse la pluralidad de socios, no obstante los efectos de pleno derecho asignado por la ley citada, requerirá iniciar el procedimiento de transformación ante este Organismo...”.

Otra cuestión que no resulta clara es si el plazo de tres meses indicado por la norma es un plazo suspensivo o resolutorio: “Si se considera suspensivo, la transformación no operaría hasta su vencimiento. Si fuera resolutorio debería considerarse operada la transformación, la cual podría quedar sin efecto de adoptarse otra solución”⁴².

3) Unipersonalidad derivada en las SRL o SC: la norma guarda silencio respecto a la reducción a uno del número de socios para estas sociedades.

La redacción del art. 94 bis LGS resultaba lógica en el texto del anteproyecto -antes de ser modificado por el PEN- que no imponía un solo tipo social para las sociedades unipersonales y prohibía únicamente la adopción de los que requieren dos clases de socios. Por lo que en este sistema cualquier otra sociedad que deviniera unipersonal continuaba indiscutiblemente con su vida normal. Sin embargo, actualmente, con los cambios introducidos ya relatados que permiten únicamente la adopción del tipo SA, nos encontramos para las SRL o SC devenidas unipersonales con cuatro posturas interpretativas:

a) Estarían condenadas a la liquidación conforme lo prescripto por el art. 163, inc. g, CCyC en el que se establece que: “...la persona jurídica se disuelve por: (...) la reducción a uno del número de miembros, si la ley especial exige pluralidad de ellos y ésta no es restablecida dentro de los tres meses”⁴³.

NISSEN fundamenta esa solución con la interpretación de que dicha norma reviste carácter imperativo sumado a que el art. 150 CCyC establece que: “...las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; (...) c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este

42 BENSEÑOR, Norberto R. Ob. cit., pág. 22.

43 NISSEN, Ricardo A. “Estudios sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas jurídicas”, ED, 07/07/2015, numeral 5. Hace suya esta interpretación Perciavalle, Marcelo. *Ley General de Sociedades Comentada*, Erreius, Buenos Aires, 2015, págs. 178 y 179. Todo ello conf. García Villalonga, Julio. Ob. cit., nota 41.

Título...". Es decir que, al no existir norma expresa en la legislación societaria, se aplica la norma imperativa del ordenamiento general.

Recordemos que las leyes imperativas son aquellas cuyo contenido es de orden público y por ello no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes: "El carácter imperativo o supletorio de la ley depende de la determinación del propio legislador. Cuando este nada ha declarado, el intérprete debe decidir el punto atendiendo a la finalidad de la norma. Si se ha establecido para satisfacción del bien común o del interés público, la ley es imperativa, pero si se ha instituido en mira de un interés particular se ha de concluir, en principio, que la ley es meramente interpretativa y que puede ser dejada de lado por aquellos cuyo interés ella resguarda"⁴⁴. No se advierte en este caso, en qué sentido la disolución de la persona jurídica es conducente al bien común, dado que la continuación del funcionamiento del ente es lo que resulta provechoso -económicamente- para la sociedad. Esto se refleja claramente en el art. 100 LGS que establece el principio de conservación: "...en caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad", que ha sido reafirmado con la reforma de la ley N° 26.994, por lo que se mantiene más vigente que nunca. Por ello, creemos que el art. 163, inc. g, CCyC no es de orden público.

Por otro lado, entendemos que la LGS no guarda un silencio absoluto en la materia. El art. 1º LGS dice que: "...habrá sociedad si *una* o más personas..." y el art. 163, inc. g, CCyC requiere que la ley especial exija pluralidad. En este caso, la ley especial no la exige. Además, el art. 94 bis LGS sienta un principio general: "La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución".

Por lo que por aplicación del art. 150, inc. c, CCyC, la LGS prevalece y en este caso, la SRL o la SC no se extinguen⁴⁵.

Insistimos en la idea de que la reforma incorporada por la ley N° 26.994 implica un verdadero cambio de paradigma en cuanto a la unipersonalidad y que la pluralidad de socios ya no es un requisito esencial para la existencia de una sociedad.

Además, compartimos la opinión de que "un trato diferenciado tal⁴⁶ carecería de todo fundamento y, en consecuencia, agraviaría patentemente a las garantías constitucionales de igualdad y razonabilidad"⁴⁷.

44 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, tomo I, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1973, pág. 57.

45 En similar sentido, MANÓVIL, Rafael M. Ob. cit., pág. 5. Benseñor, Norberto R. Ob. cit., pág. 23.

46 Entre los tipos SRL y SC, y los demás tipos sociales.

47 ROMERO, Raúl J. Ob. cit., pág. 8.

b) El único socio debería transformarlas en SAU mediante el sistema clásico de transformación, o de lo contrario, disolverse⁴⁸.

No cabe duda de que el único socio puede optar por transformar la sociedad o disolverla. También puede optar por recomponer la pluralidad o adoptar cualquier otra solución legal. Sin embargo, la norma no lo compele a ello -recordemos que la transformación “de pleno derecho” está prevista sólo para las SCI, SCS y SCA- y lo que resulta trascendente desentrañar no es lo que el único socio puede hacer sino lo que ocurre con la sociedad ante su inacción.

c) Para un importante sector de la doctrina⁴⁹, a la que adherimos, quedarían incluidas en la sección IV que, como veremos, permite incluir varios supuestos que no encajan exactamente con los tipos legales previstos por no cumplir ciertos requisitos.

Sin embargo, para varios autores esta postura: “...tropieza con el inconveniente, derivado de la letra de la ley y de lo dicho por la doctrina respecto de las normas que se sustituyen: las disposiciones de esta sección se aplican a la etapa constitutiva de la sociedad, nunca a situaciones sobrevinientes...”⁵⁰.

No compartimos esta opinión. A nuestro juicio la sección IV de la LGS implica un régimen de aplicación remanente no asimilable axiológicamente

48 García Villalonga adjudica esta postura a la IGJ. Sin embargo, a nuestro criterio, el organismo adhiere a la postura que entiende que quedarían incluidas en la sección IV de la LGS tal como se menciona más adelante.

49 RICHARD, Soledad. “La Sociedad Simple en la Ley General de Sociedades”, en *Estudios de Derecho Empresario. Escuela Comercialista de Córdoba y sus proyecciones. Volumen Especial. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Córdoba, 2015, pág. 68; Molina Sandoval, Carlos A., *Sociedades anónimas... cit.*, pág. 3; Richard, Efraín Hugo. *La sociedad unipersonal... cit.*, pág. 13; Solari Costa, Osvaldo. *Modificaciones de la Ley 26.994 a la Ley de Sociedades*, La Ley, 2015-C, 888, Enfoques, junio de 2015, cita online: AR/DOC/1450/2015; Duprat, Diego A. J. y Marcos, Guillermo A. “Sociedades anómalas, informales, atípicas, simples o residuales”, publicado en *La Ley*, 7/7/2015, cita online: AR/DOC/1779/2015, pág. 3; Moro, Emilio F. *La sociedad unipersonal... cit.* y art. 203 de la resolución N° 7/2015 de la Inspección General de Justicia: “En los restantes tipos sociales plurilaterales no mencionados por el artículo 94 bis de la Ley N° 19.550 en que opere la reducción a uno del número de socios, en caso de no recomponerse la pluralidad de socios dentro del plazo establecido por el mismo artículo, deberá resolverse: a. su transformación voluntaria como sociedad anónima unipersonal, debiendo cumplirse con los mismos recaudos establecidos en el artículo anterior, excepto que se trate de una sociedad anónima en cuyo caso sólo procederá la reforma de sus estatutos en lo que corresponda adecuar y, en su caso, la correspondiente designación de administradores y órgano de fiscalización plural, aplicándose a tal efecto lo requerido por estas Normas en cada supuesto o; b. su disolución y nombramiento de liquidador, aplicándose a tal efecto lo requerido por estas Normas. En caso de incumplimiento a lo dispuesto en el presente, se considerará a la sociedad bajo el régimen de responsabilidad establecido para las sociedades de la Sección IV...”.

50 MANÓVIL, Rafael M. Ob. cit., pág. 11. Benseñor, Norberto R. Ob. cit., pág. 23. Vítolo, Daniel Roque. *La Ley de Sociedades Comerciales reformada por la ley que sancionó el Código Civil y Comercial*, La Ley, 27/10/2014, cita online: AR/DOC/3838/2014, pág. 4.

al derogado, por lo que puede aplicarse tanto a situaciones de constitución como a sobrevivientes. Nos referiremos a esta cuestión con más detalle en la segunda parte del presente.

d) Continúan plenamente vigentes según las reglas de su tipo y sin necesidad de recomponer la pluralidad. El principal defensor de esta postura es RAFAEL M. MANÓVIL, quien al descartar las soluciones expuestas en los puntos a), b) y c) del presente por los argumentos allí referenciados, concluye que: "...en ausencia de otros argumentos jurídicos que puedan ser invocados (...) las SC y SRL devenidas unipersonales, siguen su vida jurídica regidas por las normas propias del tipo y por su contrato social, en forma inalterada e ininterrumpida"⁵¹.

Todo el debate en esta materia se debe a una laguna legal nacida de la apresurada incorporación de los cambios realizados por el PEN, que no consideró que la modificación del art. 1º LGS -incorporando la restricción del acogimiento al tipo SA- dejaba un vacío relativo a los demás tipos sociales que no requerían pluralidad de socios en el art. 94 bis LGS. Por lo que antes de continuar, debemos manifestar que es imperativa una reforma legislativa a este artículo que aclare todas estas cuestiones.

Sin embargo, dada la laguna normativa, debemos recurrir a las demás pautas interpretativas que nos brinda el ordenamiento. Conforme el art. 2º CCyC, la ley debe interpretarse: "...teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades (...) de modo coherente con todo el ordenamiento". Se establece para la interpretación del derecho el principio de coherencia: "La interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto"⁵². En este caso no podemos partir de las palabras de la ley, ya que justamente guarda silencio en la materia. Pero analizando el sistema de la unipersonalidad en su totalidad, consideramos que la intención del legislador ha sido, lamentablemente, beneficiar con la limitación de responsabilidad únicamente a las sociedades unipersonales que se ajusten al tipo SA y además cumplan con los demás requisitos exigidos legalmente -integración de la totalidad del capital, directorio plural, sindicatura plural, etc.-. Por lo que una interpretación finalista del ordenamiento nos obliga a descartar la solución propuesta en este punto.

51 MANÓVIL, Rafael M. Ob. cit., pág. 11. En el mismo sentido Benseñor, Norberto R. Ob. cit., pág. 24, nota 10.

52 LORENZETTI, Ricardo Luis. En Lorenzetti, Ricardo Luis (director); De Lorenzo, Miguel Federico; Lorenzetti, Pablo (coordinadores). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo I, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, pág. 34, comentario al art. 1º.

Con un criterio similar se ha sostenido que, de ser válida una SRL unipersonal: "...a quien quisiera beneficiarse con tal figura le bastaría con conseguirse un incapaz para celebrar con él un contrato de sociedad y, elípticamente, obtener una solución que la ley no le concede de manera directa"⁵³.

Tangencialmente debemos mencionar que, dada la relevancia de la inscripción en materia societaria en cuanto a la consecución de efectos del tipo social, mientras los organismos registrales no cambien la postura que sostienen en relación al art. 94 bis LGS, no podrá dejarse constancia registral del carácter único del socio así devenido por lo que no resultará posible la aplicación práctica de la postura esbozada en este punto.

4) La unipersonalidad derivada en las sociedades de la sección IV

En este caso se ha dicho que a las sociedades de la sección IV no: "...les es aplicable la excepción que contempla el artículo 94 bis LGS en caso de reducción a uno en el número de socios, puesto que, al no estar comprendidas estas sociedades en alguno de los tipos del Capítulo II, no pueden recurrir a la transformación que contempla el artículo 74 LGS, que exige que la sociedad se encuentre regularmente constituida"⁵⁴.

No compartimos esta afirmación. En principio, como ya mencionamos, entendemos que el art. 94 bis LGS no contempla ninguna excepción. El inc. 8 del art. 94 LSC fue derogado y el art. 94 bis LGS plantea justamente un principio general: la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución. La transformación -se acepte o no como de "pleno derecho"- es imperativa únicamente para las SCS, SCA y SCI. Ni los restantes tipos sociales ni las sociedades que no se ajusten a ningún tipo están obligados a ninguna clase de transformación, por lo que la aplicación del art. 74 deviene irrelevante⁵⁵. Por lo tanto, a nuestro juicio, una sociedad simple devenida unipersonal continuará existiendo plenamente con la aplicación de los principios de responsabilidad del único socio que analizaremos en la tercera parte del presente.

53 ROMERO, Raúl J. Ob. cit., pág. 8.

54 FRENQUELLI, Marcela C. y Peretti, Martín L. "Adquisición de bienes registrables por parte de las sociedades comprendidas en la Sección IV de la Ley General de Sociedades", Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, volumen N° 922, 2015, Buenos Aires, pág. 68.

55 Por motivos de extensión, optamos por no referirnos a la posibilidad o no de transformación de una sociedad "no típica". Recordamos solamente que ha sido un tema debatido en doctrina y que, jurisprudencialmente, algún fallo permitió la transformación de una sociedad de hecho en una SRL (CApel Civil y Comercial, San Isidro, 23/3/1976, autos "Uniplast S.R.L.", ED, 68-425).

II.2. Sección cuarta del capítulo 1 de la ley N° 19.550

En la redacción originaria de la ley N° 19.550, la sección IV del capítulo 1 se titulaba “De la sociedad no constituida regularmente”. En esta se incluían las denominadas sociedades irregulares y de hecho⁵⁶. Se reconocía personalidad jurídica a estas sociedades. Personalidad que la misma exposición de motivos calificaba como “precaria y limitada”⁵⁷: “...lo primero porque habrán de disolverse cuando cualquiera de los socios lo requiera (art. 22); lo segundo porque ella no producirá la plenitud de sus efectos normales”⁵⁸. En líneas generales, el sistema originario de la ley era sancionatorio y propendía la adopción de un tipo social inscripto en pos de la seguridad jurídica⁵⁹.

En el año 1983 la ley N° 22.903 introdujo a la LSC el instituto de la regularización.

Del juego de la ley N° 19.550 en su primigenia redacción con la modificación de la ley N° 22.903 surge a grandes rasgos un sistema en el que el contrato social era inoponible entre los socios y frente a terceros⁶⁰. Los socios respondían en forma solidaria por las obligaciones sociales, sin beneficio de excusión y sin tomar en cuenta las limitaciones del contrato social. Podían ser demandados la sociedad o los socios, o algunos de ellos en forma indistinta o conjunta. La sentencia contra la sociedad podía

56 “El proyecto no ha podido dejar de contemplar el arduo problema de las sociedades irregulares y de hecho a fin de darles una regulación. Lo contrario hubiera significado apartarse de la realidad, ignorando, como ya lo señalara Vivante, toda una tupida red de negocios que cotidianamente se desenvuelven en su torno” (exposición de motivos de la ley N° 19.550, capítulo I, sección IV, punto 1).

57 Esta noción generó arduos debates doctrinarios que excederían el presente. Por nuestra parte, adherimos a la postura que entiende que la personalidad se tiene o no se tiene y que no debe confundirse con la capacidad. “Es inadmisibles e impracticable la graduación de la personalidad jurídica” (Benseñor, Norberto R. *Reorganización Societaria*, III Asamblea Ordinaria, 2009, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 17 y 18 de diciembre de 2009, Consejo Federal del Notariado Argentino, pág. 17).

58 Exposición de motivos de la ley N° 19.550, capítulo I, sección IV, punto 1.

59 ROITMAN, Horacio; Aguirre, Hugo y Chiavassa, Eduardo. *Manual de sociedades comerciales*, La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 15. Recordemos que el tipo social es: “...una especie de menú de diversas estructuras normativas para organizar la sociedad, que los socios pueden elegir de acuerdo a sus conveniencias”. Implica una limitación a la libertad contractual, pero históricamente se ha fundamentado como ventajoso en cuanto a los beneficios que pueden aportar a la seguridad jurídica, ya que encuadrar al ente en un marco con características básicas predispuestas permite a quienes se asocian y a quienes contratan con la sociedad conocer las características y funcionamiento del ente, el alcance de su responsabilidad, de su administración y representación, etc.

60 MANÓVIL, Rafael M. Ob. cit., pág. 245: “Calificada doctrina reaccionó contra esta extrema severidad, particularmente porque este último rasgo, contrario al principio general de la fuerza obligatoria de los contratos, podía ser visto como un premio a la mala fe de quien no quisiera cumplir con sus obligaciones”.

ejecutarse contra los socios. Ni la sociedad ni los socios podían invocar entre sí, ni respecto de terceros, defensas o derechos nacidos del contrato. En las relaciones con terceros cualquier socio representaba a la sociedad sin necesidad de poder o de autorización expresa. Cualquier medio de prueba era admitido para acreditar la existencia de la sociedad. Las relaciones entre acreedores sociales y acreedores individuales de los socios: "...aún en caso de quiebra, se reglaban del mismo modo que para sociedades regulares. Es decir, sobre el patrimonio social los acreedores sociales se cobraban antes que los acreedores individuales, pero los acreedores sociales concurrían con los de los socios sobre el patrimonio de éstos"⁶¹. Era objeto de debate la posibilidad de que las sociedades irregulares o de hecho adquirieran bienes registrables. Cualquier socio podía exigir la disolución de la sociedad en cualquier momento. La disolución podía evitarse si la mayoría de los socios resolvían acceder al proceso de regularización de la sociedad con derecho de receso para aquellos socios que se hubiesen opuesto, liquidándose de conformidad con el art. 92 LSC. La liquidación de la sociedad se realizaba conforme a lo pactado y a las disposiciones legales que regulaban las sociedades regulares.

Se consideraban incluidas en esta sección a las: "...sociedades de hecho, aquellas cuya nota característica consistía en la falta de un contrato social plasmado por escrito y las sociedades irregulares propiamente dichas que incluían: a) sociedades instrumentadas conforme a uno de los tipos regulados por la ley pero no inscriptas en el Registro Público de Comercio, b) sociedades inscriptas en el Registro Público de Comercio a las que les falta algún requisito esencial tipificante, c) sociedades inscriptas en el Registro Público de Comercio a las que les falta algún requisito esencial no tipificante y d) sociedades declaradas así judicialmente como consecuencia de simulación, aplicación de la teoría de la penetración, etc."⁶².

La LGS, por su parte, titula a esta misma sección como "De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos".

La reforma en esta sección ha significado un giro axiológico de ciento ochenta grados. Si bien algunos conceptos se mantienen, la gran mayoría de ellos -los más relevantes sin lugar a dudas- han sido completamente modificados. Revisaremos los principales.

61 MANÓVIL, Rafael M. *La modificación de las sociedades irregulares y de hecho*, Revista de derecho privado y comunitario, tomo 2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 366.

62 VERÓN, Alberto V. *Sociedades comerciales*, tomo 1, Astrea, Buenos Aires, pág. 153. Citado por Belmaña, Ricardo J. y Bergoglio, Remo M. "Apuntes sobre sociedad de hecho en el marco de las reformas introducidas por la Ley 26.994 al Título IV de la Ley 19.550", Foro de Córdoba, Año XXV, N° 178, 2015, pág. 19.

Congresos y Jornadas

II.2.a. Denominación de las sociedades de la sección IV

Ante la eliminación de denominación de alguna de estas sociedades en el articulado de la sección, mucho se ha debatido sobre cómo corresponde designarlas.

Se ha dicho que es una cuestión de importancia ya que: "...una clara identificación de las mismas permitirá conocer a los terceros con quién contratan al momento de vincularse con estas sociedades y saber cuál es el régimen legal que les es aplicable"⁶³. Por nuestra parte, entendemos que al momento de su constitución la sociedad no necesariamente va a indicar en su denominación su pertenencia a esta categoría⁶⁴, por lo que en todos los casos el tercero contratante deberá indagar con mayor profundidad las características de la misma para garantizar su seguridad al contratar. De todos modos, sí consideramos que hubiera sido más claro o prolijo que la misma LGS identificara este tipo de sociedades.

En doctrina se habla de sociedades "libres"⁶⁵, "residuales"⁶⁶, "no regulares"⁶⁷, "informales"⁶⁸, sociedades generales o sociedades de la sección IV. Sin embargo, el término más aceptado hasta ahora ha sido el de "sociedad simple" o "simple sociedad"⁶⁹, denominación que proviene de la *societa semplice* del derecho italiano.

II.2.b. Supuestos incluidos

Una importante cuestión en cuanto a la sección IV es su ámbito de aplicación. El art. 21 de la LGS manda que se regirán por lo dispuesto en esta sección:

- 1) la sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del capítulo II,

63 NISSEN, Ricardo. Ob. cit., pág. 203.

64 Piénsese, por ejemplo, en los casos en que se pretende la creación de una sociedad sujeta a un tipo social que luego no se inscribe. Claramente su denominación va a enunciar el tipo social escogido, que no será operativo justamente por la falta de inscripción.

65 VÍTOLO, Daniel R. Ob. cit., pág. 5.

66 ROITMAN, Horacio. "Las sociedades", en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Julio C. Rivera director, citado por Nissen, Ricardo. Ob. cit., pág. 203, nota 5.

67 RICHARD, Soledad. "El régimen de las sociedades no regulares en el Proyecto de Reforma", *Doctrina Societaria y Concursal*, N° 296, Errepar, Buenos Aires, 2012, pág. 621.

68 FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. Ob. cit., pág. 5.

69 VÍTOLO, Daniel R. Ob. cit., pág. 1; RICHARD, Soledad. Ob. cit.; Nissen, Ricardo y Rodríguez Acquarone, Pilar. "Necesarias modificaciones que deben hacerse al régimen de las sociedades incluidas en los artículos 21 a 26 de la ley 19550, según el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial, con especial referencia a las sociedades de hecho", en *Las reformas al derecho comercial en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*, Legis, 2012, volumen U, pág. 335.

- 2) la sociedad que omita requisitos esenciales,
- 3) la sociedad que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley.
Además, conforme el art. 17 LGS, quedan regidas también por esta sección:
- 4) la sociedad que omita requisitos esenciales tipificantes, y
- 5) la sociedad que comprenda elementos incompatibles con el tipo legal.

Entendemos a grandes rasgos que los supuestos 1, 4 y 5 se encuentran vinculados entre sí dado que configuran supuestos de *atipicidad* ya sea por defecto o por exceso: "...por omisión de requisitos esenciales tipificantes o porque han incorporado algún elemento incompatible con el tipo"^{70 71}.

En cuanto al supuesto 2, consideramos que se refiere a los requisitos esenciales no tipificantes⁷², puesto que los tipificantes quedarían abarcados en el supuesto anterior.

Por último, el supuesto 3, como veremos, debe interpretarse con un sentido amplio de la palabra formalidad que incluya la forma propiamente dicha y, además, la inscripción registral.

II.2.b.1. Sociedades civiles

Con la sanción de la ley N° 26.994 quedan derogados los arts. 1648 y siguientes del Código Civil que preveían y regulaban las sociedades civiles. Además, no se regulan expresamente ni en el Código Civil y Comercial ni en la LGS.

Una postura doctrinaria entiende que la sociedad civil no podría incluirse en la sección IV porque no encuadra dentro del concepto de "sociedad" del art. 1º de la ley N° 19.550 que exige que: "...los aportes se apliquen 'a la producción o intercambio de bienes y servicios...'", mientras que en la sociedad civil tal exigencia no existe limitándose la regulación a disponer que se persiga 'el fin de

70 RICHARD, Soledad. "El régimen de las sociedades de la Sección IV en la Ley General de Sociedades", Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, volumen 92, año 2015, Córdoba, pág. 46.

71 BENSEÑOR, Norberto R. *Reorganización Societaria...* cit., pág. 9. Los requisitos tipificantes son aquellos que permiten distinguir un tipo social de otro. Normalmente se considera que lo son aquellos consignados en el primer artículo de cada capítulo de la ley N° 19.550 dedicado a cada tipo social, que bajo el título de "Caracterización" enuncian su configuración y la responsabilidad de sus socios. Otras cuestiones que hacen a la configuración de un tipo surgen de los órganos característicos necesarios para su funcionamiento y de la representación del capital social (partes sociales, cuotas o acciones).

72 Aquellos contenidos generales que debe reunir el instrumento constitutivo de toda sociedad. Se considera como tales a los previstos en la parte general de la ley, especialmente en el art. 11.

obtener una utilidad apreciable en dinero que dividirán entre sí...’ los socios”⁷³. Siguiendo un razonamiento similar, se ha dicho que: “...toda asociación de dos o más personas, con fines de lucro, donde haya aportes para obtener utilidades de su aplicación, pero sin explotar una empresa no es sociedad y queda subsumida en algunas de las figuras de los ‘contratos asociativos’, que en el código son contratos sin personalidad jurídica (arts.1442 a 1478). En definitiva, a partir de la ley 26.994, las sociedades no se denominan más ‘comerciales’ pero deben ser todas ‘empresarias’”⁷⁴.

En sentido opuesto, se ha dicho que aun cuando el concepto “para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios” esté: “... ausente del Art. 1648 Cód. Civ. no quiere decir en modo alguno que se prevea una sociedad cuyas utilidades deriven de algo diferente que la muy genérica y amplia noción de producir o intercambiar bienes o servicios (...). Por lo tanto (...) se habrá pues ampliado el horizonte de las sociedades civiles, pero no se habrá generado una situación en que éstas no puedan subsistir en las mismas condiciones en que hoy funcionan”⁷⁵.

Por nuestra parte, adherimos a esta última opinión y consideramos además que posiblemente la razón por la cual no se han previsto específicamente las sociedades civiles como tales, se deba a que en la unificación de los derechos civil y comercial el legislador pretendió quitar estos adjetivos de la misma ley Nº 19.550 y de las demás instituciones -por ejemplo el discutible cambio de denominación de Registro Público de Comercio por Registro Público a secas-. El hecho de que la ley ya no se denomine “de sociedades comerciales” implica a nuestro juicio que serán regidas por ella todas las sociedades -de derecho privado-, incluso las civiles. Nótese además que si la ley exigiera carácter empresario de la sociedad, podría haberla denominado ley de sociedades empresariales -o empresarias o cualquier otro adjetivo pertinente- y no lo hizo, por lo que consideramos que no era la finalidad de la norma. A partir de la unificación

73 VÍTOLO, Daniel R. “Las sociedades civiles, irregulares y de hecho en el Proyecto de Código”, La Ley, 2012-D, 1216, cita online: AR/DOC/3415/2012, pág. 5.

74 FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. *Panorama...* cit., pág. 4.

75 MANÓVIL, Rafael M. “Las sociedades de la sección IV del Proyecto de Código”, LL, 24/10/2012, pág. 4. En el mismo sentido: “Si bien coincido con el criterio de que toda sociedad, como requisito de existencia y como condición esencial para gozar de personalidad jurídica, debe desarrollar una actividad, enmarcada dentro de la fórmula ‘producción o intercambio de bienes y servicios’ a la que alude el art. 1º de la ley 19.550 y de cuyo resultado sus integrantes pretenden obtener ganancias, no concuerdo con la conclusión en que esa actividad deba ser de tal magnitud que implique incluirla dentro del concepto de ‘empresa’, más allá de la ambigüedad que para el derecho argentino supone este concepto”. Nissen, Ricardo. *Curso de Derecho Societario...* cit., pág. 207; y Richard, Soledad. *El régimen de las sociedades...* cit., pág. 47.

del derecho privado, la polaridad "civil-comercial" ya no debe entenderse tan estricta o excluyentemente como en el ordenamiento derogado.

Creemos pertinente aclarar que las sociedades civiles existentes antes de la entrada en vigencia de la ley N° 26.994 que se hubieren constituido por escritura pública continuarán existiendo como tales y se regirán por lo establecido en su estatuto. Las que no hubieren cumplido con el requisito de la forma escritura pública, se regirán por la sección IV de la LGS⁷⁶. De cualquier modo, como veremos, el régimen de la sección IV en cuanto a oponibilidad, responsabilidad, etc., es muy similar al de las sociedades civiles, por lo que no generará consecuencias gravosas.

A partir de la entrada en vigencia de la ley N° 26.994 quien quiera constituir una sociedad con el objeto de las antiguas sociedades civiles podrá encuadrarlas dentro de la sección IV LGS.

II.2.b.2. Sociedades irregulares

La LGS no se refiere expresamente a este tipo de sociedades. Parte de la doctrina las considera incluidas en el supuesto del art. 21 LGS que se refiere a aquellas sociedades que incumplan con las "formalidades" exigidas por la ley.

VÍTOLO considera que la irregularidad societaria se aplica en aquellos casos en que una sociedad constituida según alguno de los tipos del capítulo II de la ley N° 19.550 no ha sido inscrita en el registro público de comercio, conforme la manda del art. 7° de dicha Ley y que: "...la inscripción en el Registro Público de Comercio para adquirir la 'regularidad' en modo alguno es una 'formalidad', pues es algo que no se conecta con la 'forma' del acto, ni tampoco con el 'modo de ejecutar el acto'. La regularidad se vincula con la 'oponibilidad' y con los 'efectos' del acto constitutivo o del contrato"⁷⁷. Por lo que en la LGS se mantiene la noción de regularidad pero no se prevé qué sucede en caso de "irregularidad" societaria.

En primer lugar e históricamente, para la mayoría de la doctrina la solución legal para los vicios de fondo era la nulidad⁷⁸, y para las omisiones formales, la irregularidad. Por ello, este supuesto no se limitaba exclusivamente a las sociedades que no hubieran logrado la inscripción registral⁷⁹.

76 En el mismo sentido: conclusiones del tema 3 de la 39 Jornada Notarial Bonaerense.

77 VÍTOLO, Daniel R. *Las sociedades civiles, irregulares...* cit., pág. 3.

78 Como mencionáramos, la ley N° 26.994 también ha modificado la sección III de la ley N° 19.550, por lo que en algunos supuestos la sanción de nulidad se reemplaza por la aplicación de la -no tan sancionatoria- sección IV.

79 ROITMAN, Horacio; Aguirre, Hugo y Chiavassa, Eduardo. Ob. cit., pág. 118, nota 2. Sólo a modo de ejemplo, son sociedades irregulares aquellas que presentan vicios en la instrumentación del acto jurídico (sólo en la instrumentación, ya que -al menos

Congresos y Jornadas

En materia societaria se ha dicho que: "...la forma, como requisito global, abarca tanto el acto constitutivo como la publicidad impuesta por la ley hasta llegar a la regularidad"⁸⁰.

Compartimos con VÍTOLO la noción de que la registración no está incluida en la forma del acto jurídico en sentido estricto. Sin embargo, el art. 21 LGS se refiere a formalidad y esta no es sinónimo absoluto de la palabra forma. Además, esta palabra no tiene un concepto unívoco, aceptándose muchas veces nociones bastante amplias de la misma⁸¹.

Lo expuesto nos lleva a sostener la inclusión de las "sociedades irregulares" en el tercer supuesto del art. 21 LGS y contenerlas en el ámbito de la sección IV⁸².

II.2.b.3. Sociedades de hecho

En el régimen de la LSC se denominaba sociedad de hecho a la "sociedad que funciona como tal sin haberse instrumentado" a la cual el derecho le reconoce virtualidad por imperio de la necesidad que se deriva de la realidad misma⁸³. Debían tener objeto comercial y normalmente su funcionamiento requería la inscripción ante algunos organismos fiscales que les exigían para llevar a cabo ciertos trámites la redacción de un breve contrato escrito bastante precario. Esta práctica generó un debate doctrinario en cuanto a si este instrumento las convertía en sociedades irregulares o en sociedades atípicas -nulas conforme el art. 17 LSC-

Cierto es que la LGS no se refiere expresamente a estas sociedades. Por ello, se ha entendido que como se mantiene la redacción del art. 4º de la ley Nº 19.550 y se suprime del art. 21 la referencia a "las sociedades de hecho con objeto comercial" que contenía la LSC, éstas no podrían incluirse dentro de la sección

en el sistema de la LSC: "los vicios en el contenido del acto constitutivo son causal de nulidad"), como la falta de ratificación o certificación de firmas en el instrumento privado, algún defecto en la escritura pública del contrato constitutivo como la falta de la firma de alguna de las partes o del notario o la falta de constitución por acto único de la SA mediante instrumento público, etc.

80 *Ibidem*.

81 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los Contratos*, Buenos Aires, Zavallía Editor, 2006, pág. 320. Por ejemplo, se ha agrupado como "forma" de publicidad a aquella: "...serie de procedimientos, de los cuales -*lato sensu*- puede decirse que cumplen una función integrativa a los efectos de que el contrato se vuelva oponible a terceros".

82 En el mismo sentido: MANÓVIL, Rafael M. *Ob. cit.*, pág. 9. Nissen, Ricardo. *Curso de Derecho Societario...* *cit.*, pág. 210; Favier Dubois (h), Eduardo M. *Panorama...* *cit.*, pág. 5; Duprat, Diego A. J. y Marcos, Guillermo A. *Ob. cit.*, pág. 1; Richard, Soledad. *Ob. cit.*, pág. 47.

83 ROITMAN, Horacio; Aguirre, Hugo y Chiavassa, Eduardo. *Ob. cit.*, pág. 119.

IV porque: "...a pesar de que mencionan dentro de los supuestos abarcados aquellas sociedades en las cuales 'se incumpla con las formalidades previstas en esta ley' pareciera referirse sólo a contratos celebrados por escrito"⁸⁴, dado que los "beneficios" mencionados en dicha sección sólo podrían efectivizarse mediante la instrumentación del acto constitutivo⁸⁵. En sentido opuesto, se ha sostenido que el concepto substancial de contrato no debe confundirse con el documento que lo instrumenta y que: "...la ausencia de instrumento escrito constituye uno de los vicios formales que hacen que la sociedad quede expresamente incluida en el ámbito de aplicación de la normativa proyectada para la Sección IV del Capítulo I de la LSC"⁸⁶.

Por nuestra parte compartimos esta última noción, sumado a que el texto del art. 23 LGS establece que: "...la existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba".

Por lo tanto, la sociedad de hecho existirá como sociedad simple aun sin contrato constitutivo escrito, y su existencia y oponibilidad podrá valerse de otros medios de prueba -por ejemplo, la invocación específica de la misma en un contrato celebrado por la sociedad en el que así se consigne o el acto de reconocimiento previsto para la adquisición de bienes registrables-.

II.2.b.4. Sociedades unipersonales que no adoptan el tipo SA

Nos remitimos al punto c.1.v de la primera parte del presente

II.2.b.5. Sociedades de la sección IV derivadas

Como brevemente mencionáramos, una postura doctrinaria entiende que la sección IV se aplica únicamente a las sociedades en el momento de su constitución por lo que sólo podrían existir sociedades simples originarias y nunca derivadas.

Por nuestra parte, no compartimos esta opinión, en principio porque a diferencia de lo que ocurría en la LSC en donde esta sección se titulaba "De la

84 VÍTOLO, Daniel R. *Las sociedades civiles, irregulares...* cit., pág. 4.

85 En similar sentido: NISSEN, Ricardo y Rodríguez Acquarone, Pilar. *Necesarias modificaciones...* cit., pág. 337.

86 MANÓVIL, Rafael M. Ob. cit, pág. 10. En el mismo sentido: "Entendemos que las 'formalidades' cuyo incumplimiento la ley castiga con su inclusión en la Sección IV se refieren a las que comprenden la totalidad del iter constitutivo o formativo de una sociedad". Lo que abarcaría la inexistencia del contrato escrito constitutivo. Belmaña, Ricardo J.; y Bergoglio, Remo M. *Apuntes...* cit., pág. 21. Favier Dubois (h), Eduardo M. *Panorama...* cit., pág. 5; Duprat, Diego A. J. y Marcos, Guillermo A. *Sociedades anómalas...* cit., pág. 2; Richard, Soledad. *El régimen de las sociedades...* Ob. cit., pág. 47.

sociedad no constituida regularmente”, en la LGS se titula “De las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y *otros supuestos*”⁸⁷. Esto implica que más allá de la primera mención casuística del art. 21 LGS (justamente, la sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II) se recogen también los demás supuestos enunciados en el mismo artículo y en el art. 17 LGS; y algunos de estos pueden acaecer en cualquier momento de la vida societaria.

Se ha mencionado que durante la vigencia de la LSC la doctrina no admitía la posibilidad de que una sociedad devenga irregular. Más allá de que existen algunas opiniones contrarias a esta afirmación, a nuestro juicio deviene irrelevante, porque la nueva sección IV además de sus diferencias técnicas con la redacción anterior implica un giro valorativo en la materia. Es por ello -repetimos- que se produce un verdadero cambio de paradigma del régimen societario.

En la nueva visión presentada por la LGS, esta sección resulta de aplicación como categoría “residual” o “remanente” para todos aquellos casos en los que no se haya previsto una regulación, sanción o solución legal expresa.

Es por ello que a nuestro humilde criterio las sociedades “devenidas” simples existen y más específicamente aun, este debería ser el régimen aplicable a las SRL o SC que vieron reducido a uno el número de sus socios.

II.2.c. Oponibilidad del instrumento constitutivo

En cuanto a los aspectos constitutivos de las sociedades simples la LGS no prevé formalidad alguna. Además, como ya mencionáramos se permite cualquier medio para probar su existencia. Sin embargo, por cuestiones de practicidad y por los beneficios que conlleva en cuanto a la oponibilidad que seguidamente analizaremos, consideramos que resulta recomendable la redacción de un contrato constitutivo por escrito. En este sentido, la escritura pública resulta un instrumento idóneo porque en ella confluyen el asesoramiento previo prestado por el notario, la fehaciencia de su contenido, la posibilidad de guarda y expedición de segundas o ulteriores copias, etc.

En cuanto a la oponibilidad, al contrario de la LSC, la LGS: “...ha vuelto a principios del derecho común del cual se había autoexcluido”⁸⁸. Así, la nueva redacción del art. 22 manda: “El contrato social puede ser invocado entre los socios. Es oponible a los terceros sólo si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria y también puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores”.

87 El subrayado es nuestro.

88 RICHARD, Soledad, *El régimen de las sociedades...* cit., pág. 53.

Entre socios, rige plenamente el efecto vinculante previsto en el art. 959 CCyC⁸⁹. En cuanto a los terceros, la sociedad o los socios podrán oponérselos sólo si aquellos han tenido conocimiento efectivo del contrato al momento del nacimiento de la obligación. Esto puede realizarse suscribiendo el co-contratante una copia del contrato constitutivo o declarando expresamente en el contrato que se celebre que conoce la existencia y el contenido del instrumento que da nacimiento a la sociedad.

En principio, la sociedad o los socios no podrán oponer el contrato a sus acreedores involuntarios. Sin embargo, estos sí podrán invocarlo contra la sociedad, los socios y los administradores, de resultarles beneficioso, si llegan a conocerlo.

Veremos que los supuestos mencionados a continuación -administración y representación societaria, disolución, etc.- son un derivado del principio de oponibilidad aquí descripto. Es sin dudas una muestra más del cambio axiológico que significó la reforma de la ley N° 26.994 en esta materia.

II.2.d. Representación

En materia de administración y representación social, los socios de una sociedad simple tienen total libertad para establecer sus órganos sociales ya que no deben ajustarse al “molde” de ningún tipo social y las normas del contrato constitutivo son plenamente invocables entre ellos.

En cuanto a las relaciones con terceros, manda el segundo párrafo del art. 23 LGS que: “...cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato, pero la disposición del contrato social le puede ser opuesta si se prueba que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica”.

En este aspecto se ha dicho que: “Es un contrasentido: por una parte, las sociedades de hecho no tienen contrato que pueda exhibirse y, por la otra, si se exhibe el contrato, éste y las reglas y limitaciones relativas a la administración y representación se hacen oponibles a los terceros, con lo cual la indistinta representación por cualquier socio deja de ser aplicable”⁹⁰. Entendemos que si bien asiste razón a la crítica esbozada en cuanto a las sociedades de hecho, consideramos en cuanto al resto que el artículo se refiere a la prueba del carácter de socio y no del carácter de administrador de la sociedad. Si en el contrato constitutivo no se pactó ninguna previsión en cuanto a la administración o representación, para poder contratar con la sociedad el tercero debería asegurarse

⁸⁹ Llamado fuerza obligatoria en el régimen velezano. Estaba previsto en el art. 1197 del Código Civil.

⁹⁰ MANÓVIL, Rafael M. *Algunas de las Reformas...* cit., pág. 246.

el carácter de socio de su co-contratante a través de la exhibición del instrumento para garantizarse que efectivamente está contratando con dicho ente -lo que no resultaría posible para la sociedad de hecho por lo que deberán tomarse otros recaudos para la prueba-.

Sin lugar a dudas el contrato constitutivo funcionará como documentación habilitante del carácter invocado, en principio, para el otorgamiento de cualquier acto jurídico, más allá de las reservas que corresponden para la adquisición de bienes registrables.

Compartimos la opinión de que: "A falta de normativa específica prevista contractualmente en relación a sus órganos sociales, le serán aplicables las normas previstas en el Título II del CCC referido a la persona jurídica, tal como dispone el artículo 150 de dicho cuerpo normativo"⁹¹.

II.2.e. Adquisición de bienes registrables

El art. 26 LSC establecía que: "...las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, inclusive en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad regular, excepto respecto de los bienes cuyo dominio requiere registración". Esto llevó a entender a una gran parte de la doctrina, que las sociedades irregulares o de hecho no podían ser titulares de bienes registrables. Sin embargo, otro sector doctrinario lo entendía admisible y el registro de la propiedad del automotor efectivamente inscribía este tipo de bienes a nombre de esta clase de sociedades. Todo lo cual generaba una situación bastante irregular.

En el nuevo ordenamiento previsto por la LGS, el art. 23, en su tercer párrafo, manda: "Bienes registrables. Para adquirir bienes registrables la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad". Y por si fuera necesario, a mayor abundamiento, el art. 26 LGS modificó su última parte por "incluso con respecto a los bienes registrables", no cabiendo entonces ninguna duda acerca de la viabilidad de estas adquisiciones en el régimen vigente.

La adquisición de bienes por parte de las sociedades de la sección IV, tanto en la LSC como en la actualidad, despierta la desconfianza de cierta parte de la doctrina que entiende que, dada la falta de contralor del órgano inscriptor en esta clase

91 RICHARD, Soledad. *El régimen de las sociedades...* cit., pág. 56.

de sociedades, se puede dar lugar a fraudes por parte de quienes la conforman, poniendo bienes a nombre del ente para eludir a los acreedores individuales de los socios. Nosotros entendemos que, lamentablemente, la intervención del registrador no es suficiente para evitar maniobras fraudulentas, dado que nada obsta a que una sociedad perfectamente constituida e inscripta no opere en el mercado y sea una mera pantalla para la despatrimonialización de sus integrantes. Es por ello que consideramos que no corresponde interpretar la norma con excesiva rigidez, debiendo tomarse los mismos recaudos que el notariado acostumbra evaluar para cualquier sociedad, es decir: acreditar su existencia -que a nuestro juicio incluye la identidad de sus socios- y las facultades de su representante, con particular atención en el contenido del contrato escrito si existiere.

En cuanto a la efectiva operatividad de la sociedad en el mercado, excede la evaluación del notario -y del registrador-, por lo que deberá recurrirse a las otras herramientas -entre ellas, la inoponibilidad de la persona jurídica⁹²- que otorga el ordenamiento.

II.2.e.1. Acto de reconocimiento

El art. 23 LGS exige un acto de reconocimiento que debe acreditar: la existencia de la sociedad, todos los que la integren en carácter de socios, la proporción en que participan los socios en la sociedad y las facultades de su representante.

A nuestro juicio, debe diferenciarse el acto de reconocimiento del acto constitutivo. Éste es -naturalmente- el que da nacimiento a la sociedad. Aquel, en cambio, presupone una sociedad ya existente y, valga la redundancia, la reconoce.

El acto de reconocimiento autónomo al acto constitutivo será de utilidad para aquellas sociedades que no tienen estatuto escrito, que lo tienen pero redactado de forma tan precaria que resulta insuficiente para acreditar los extremos exigidos por la norma⁹³, o en el caso de que quien se presente en representación de la sociedad a los fines de requerir la registración no coincidiera con el designado administrador o representante legal en el acto constitutivo.

92 NISSEN, Ricardo. *Curso de Derecho Societario...* cit., pág. 205. Recordemos que: "Uno de los supuestos más habituales en torno a la aplicación de la doctrina de la personalidad jurídica lo constituyen, precisamente, las sociedades sin actividad, sólo titulares de bienes registrables (CNCom, Sala C, 10/5/95, 'Ferrari Vasco c/ Arlington S.A. y Otra s/Sumario'; CNCom, Sala C, 'Laffont, Jorge R. y otro c. Yosemite S.A. s/ordinario') o aquellos entes que no han tenido actuación orgánica interna (CNCom, Sala C, 15/8/06, 'Pardini, Fabián C. c/ Compañía Fredel S.R.L. y otros s/ordinario')".

93 Típico caso de los contratos de media carilla de extensión -y de escaso contenido- suscriptos únicamente a los efectos de obtener la clave fiscal ante los organismos tributarios.

Congresos y Jornadas

La forma legalmente exigida es la escritura pública o instrumento privado con firmas certificadas. Doctrinariamente se ha entendido que si el acto constitutivo de la sociedad simple cumple con estas formalidades, debe exceptuarse la exigencia de un acto de reconocimiento⁹⁴.

Entendemos que para el acto fundacional bastará con el cumplimiento de cualquiera de las dos formas indistintamente, ya que la ley no exige ninguna formalidad para la constitución de la sociedad simple. En cambio, para el acto de reconocimiento autónomo, consideramos aplicable el art. 1017, inc. c, CCyC⁹⁵; por lo que, si el acto de adquisición debe instrumentarse por escritura pública, el acto de reconocimiento también debería instrumentarse así.

La última parte del párrafo del art. 23 LGS aquí reseñado establece que: "El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad". Esta redacción ha provocado discrepancias en cuanto a si las proporciones deben constar en el acto de reconocimiento o si deben inscribirse en el asiento registral. Por nuestra parte compartimos la opinión de que: "...la indicación debe constar en el acto de reconocimiento y no en las constancias de inscripción"⁹⁶.

II.2.e.2. Bienes inmuebles

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la disposición técnico registral N° 14/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble establece que será materia de calificación la acreditación de: la existencia de la sociedad, las facultades de su representante y el nombre y la proporción de quienes afirman ser sus socios.

"El reconocimiento exigido por el art. 23 de la Ley General de Sociedades podrá surgir del mismo documento, de la referencia al contrato constitutivo y sus eventuales modificaciones, o a cualquier otro instrumento otorgado con anterioridad que cumpla con los requisitos establecidos en la norma y que permita su identificación".

Es decir, el registrador porteño toma en cuenta a aquellas sociedades que no tienen contrato constitutivo al permitir que del propio acto de adquisición surja la existencia de la sociedad. A la inversa, en el caso de que sí exista contrato constitutivo con las formalidades legales exigidas, no será necesario un

94 NISSEN, Ricardo. *Curso de Derecho Societario...* cit., pág. 218. Manóvil, Rafael M. *La modificación...* cit., pág. 418: "Si existe contrato social escrito y está dotado de estas formalidades, éste puede servir como acto de reconocimiento".

95 "Art. 1017.- Escritura pública. Deben ser otorgados por escritura pública: (...) c) todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública...".

96 MANÓVIL, Rafael M. *La modificación...* cit., pág. 418.

nuevo otorgamiento, lo que resulta absolutamente práctico, sin menoscabar la seguridad jurídica.

Por último, indica que: "El asiento se practicará a nombre de la sociedad, consignándose expresamente que se trata de una sociedad de la sección IV, el número de la CUIT, y los datos relativos al instrumento donde conste el acto de reconocimiento". Agrega en sus considerandos que: "...será la sociedad la titular del bien registral, por lo cual la publicidad que compete a este Registro se cumple con la registración de esa titularidad del dominio y no con la de las participaciones que en la sociedad pudieran corresponder a los socios. Además, la mutabilidad que pueda sufrir la integración de los socios que conforman el ente no altera que el dominio pertenezca a la sociedad, por lo cual -más allá de su constancia documental- carece de sentido la toma de razón de sus datos filiatorios y proporción de su participación".

En la Provincia de Buenos Aires, por su parte, a la fecha no se ha dictado ninguna disposición técnico registral en la materia, pero la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad Inmueble ha esbozado algunos lineamientos en la orden de servicio N° 45 que establece que el registrador deberá calificar los siguientes aspectos: "El acto de adquisición debe instrumentarse por escritura pública (art. 1017 CCC)". Si se refiere a la adquisición de un bien inmueble, no cabe ninguna duda, tanto para las sociedades de la sección IV como para cualquier otro caso, exceptuándose únicamente esta forma en cuanto a la subasta judicial.

"El Notario deberá dejar constancia en el documento que tuvo a la vista el contrato social, que comparecieron a celebrar el acto la totalidad de los socios y, si actúa un representante, consignar que todos los socios ratifican su actuación". El registrador exige en todos los casos el contrato social escrito. No prevé la posibilidad de que se perfeccione el acto de reconocimiento en el mismo acto de la adquisición.

Luego plantea dos opciones: que todos los socios concurran a otorgar el acto de adquisición -y el notario deje constancia de que concurrieron en su totalidad- o⁹⁷ que concorra un representante de la sociedad (entendemos que por representación orgánica -si así se hubiera estipulado en el contrato constitutivo- o voluntaria) debiendo el notario consignar que todos los socios ratifican su actuación. Consideramos que el verbo adecuado no es ratificar, dado que la ratificación se otorga con posterioridad a la realización del acto y en este caso suponemos que el registrador la requerirá anterior o simultáneamente al acto de

97 En rigor de verdad, el texto de la orden de servicio dice "y", pero entendemos que se trata de un error involuntario ya que no tendría sentido la doble imposición de que concurran todos los socios más el representante.

Congresos y Jornadas

adquisición⁹⁸, por lo que la exigencia versará en que todos los socios presten su conformidad para el acto específico.

Continúa diciendo la orden de servicio: "En el testimonio y en las minutas rogatorias deberá surgir la proporción que cada socio tiene en la sociedad, pero ésta no se publicitará en el asiento (posibilidad de gran cantidad de socios con diversos porcentajes, lo que dificultaría la registración)". Se exige que las proporciones consten necesariamente en el instrumento continente del acto de adquisición -poco serviría que consten en el testimonio y no en la matriz- y en las minutas rogatorias. Surge claro de la norma que no se publicitará la proporción de cada socio en la sociedad, lo que -insistimos- consideramos correcto. No surge del texto, sin embargo, si se anotarán o no los datos filiatorios de los socios, aunque teniendo en cuenta el último párrafo de la orden de servicio: "La titularidad debe publicitarse a nombre de la sociedad, consignando todos los datos que surjan del título, fundamentalmente el domicilio social y CUIT", entendemos que se publicitará -correctamente- a nombre de la sociedad, sin consignar los datos de los socios que la integran.

II.2.e.3. Automotores

Por su parte, el digesto de normas técnico-registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor no modifica esencialmente su criterio con respecto al que sostenía durante la vigencia de la LSC. En su capítulo I, "Solicitudes Tipo"; sección 2ª, "Requisitos a Cumplimentar"; el art. 4º manda que cuando se trate de sociedades de la sección IV: "...se deberá completar una Solicitud Tipo con los datos de la sociedad y su clave única de identificación tributaria (C.U.I.T.) suscripta por cualquiera de los socios. En los supuestos en que se trate de una inscripción inicial o una transferencia a favor de una de esas sociedades, se deberá acompañar con carácter de minuta tantas Solicitudes Tipo como número de socios, consignando los datos personales de cada uno de ellos y la proporción en que participan los socios en tal sociedad, las que podrán ser suscriptas por cualquiera de los socios". Entendemos que necesariamente esta disposición debe complementarse con el art. 1º de la sección 3ª, "Representantes Legales", del capítulo IV, "De los Peticionarios y la Forma de Acreditar Identidad o Personería", que establece: "Personas Jurídicas: (...) 3) Sociedades no constituidas regularmente de los tipos autorizados por la Ley General de Sociedades (artículo 21 - Capítulo I - Sección IV de la Ley 19.550 modificada por Ley 26.994): en las relaciones con terceros cualquiera

98 Más allá de que también pueda otorgarse con posterioridad al mismo en caso de haberse omitido.

de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato. Para adquirir bienes registrables la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad. Se seguirá el mismo criterio establecido en el punto 1⁹⁹.

II.2.e.4. Aeronaves

En cuanto a la adquisición de aeronaves, el Código Aeronáutico prevé: "Art. 48. Para ser propietario de una aeronave argentina se requiere: (...) 3) Si se trata de una sociedad de personas, de capitales o asociaciones, estar constituida conforme a las leyes argentinas y tener su domicilio legal en la República". Dada la letra de este artículo, el Registro Nacional de Aeronaves interpreta que pueden ser propietarias de aeronaves únicamente las sociedades regulares -hoy llamadas "Constituidas conforme a los tipos del Capítulo II LGS"-, por lo que no acepta la inscripción para las que no lo son. El fundamento de esta interpretación se basa en la especialidad de este tipo de bienes que más allá de su valor económico o de los daños que puedan provocar ante terceros, tienen un mecanismo operacional muy particular que normalmente exige recaudos muy severos de control para la seguridad, no sólo jurídica, sino del tráfico aéreo en general. De cualquier modo, este código data del año 1967, momento en que ni siquiera se había sancionado la ley N° 19.550, mucho menos sufrido las modificaciones que estamos comentando, por lo que sería recomendable analizar en profundidad la necesidad o no de una efectiva actualización del mismo.

II.2.e.5. Buques y artefactos navales

En cuanto a estos bienes, el Registro Nacional de Buques no ha dictado aún una ordenanza específica en la materia. En la práctica se exige la acreditación de la existencia de la sociedad -mediante contrato constitutivo con las formalidades exigidas o acto de reconocimiento autónomo- y calificación de las facultades del representante legal. Para ello se exigen los mismos recaudos que para las demás personas jurídicas -aún denominadas en la ordenanza como personas de existencia ideal- conforme lo normado en la ordenanza N° 2 del año 2005 (DPSN).

⁹⁹ El punto 1 mencionado se refiere a los requisitos exigidos para las SA que habitualmente el notario tiene en cuenta en la práctica cotidiana.

Congresos y Jornadas

II.2.e.6. Caballos pura sangre de carreras

En este caso, la ley N° 20.378 -que regula el caso específico de los equinos, reglamentada por el decreto nacional N° 4827/73- y la ley N° 22.939 -genérica para todo tipo de ganado- establecen el efecto constitutivo de la inscripción de la transferencia de estos animales en los respectivos registros genealógicos aprobados por el Ministerio de Agricultura y Ganadería¹⁰⁰, que por resolución N° 288/2013 reconoce como Registro Genealógico y Selectivo de las razas de animales de *pedigree* de la especie equina, árabe y anglo árabe, al que organiza y administra el "Stud Book Argentino" del Jockey Club Argentino.

El reglamento del Stud Book en su art. 55 admite la titularidad de estos animales a nombre de personas humanas o jurídicas, y en su art. 56 establece que la transferencia de la propiedad debe ser solicitada mediante los formularios que la institución proporciona en los que se consignará el nombre de las partes intervinientes, el del ejemplar cuya transferencia se efectúa, fecha y lugar de la operación, como asimismo: "...toda información que sea requerida". Dicha información se establece a través de resoluciones emanadas de la comisión del Stud Book. En el caso de las sociedades simples se exige de modo similar que en el punto anterior que el notario¹⁰¹ deje constancia de la acreditación de la existencia de la sociedad -mediante manifestación de haber tenido a la vista el contrato constitutivo con las formalidades exigidas o acto de reconocimiento autónomo- y calificación de las facultades del representante.

II.2.f. Disposición de bienes registrables

En cuanto a la disposición de un bien registral que ya se encuentre bajo la titularidad de una sociedad simple, la norma nada dice. Entendemos que el acto de reconocimiento opera con la necesidad de justificar la existencia de la sociedad y de quienes la conforman. Una vez "probados" esos extremos al momento de la adquisición no debería volver a requerirse. La necesidad de otorgamiento de un acto, no ya de reconocimiento sino de autorización de venta del bien, dependerá de las normas generales aplicables a cualquier acto de disposición societario y, por supuesto, de lo estipulado en el contrato social al respecto.

¹⁰⁰ Posteriormente Ministerio de Agricultura Ganadería y Pesca.

¹⁰¹ En el acto de certificación de firmas en el formulario. En el supuesto de que la sociedad simple adquiriera a título de donación, será de aplicación el art. 1552 CCyC.

Consideramos, además, que al requerirse para la adquisición la identificación de los socios y sus porcentuales de participación, si el elenco de estos ha variado, al realizarse un acto de disposición convendría realizar el encadenamiento de titularidades en el carácter de socios de aquellos que adquirieron con aquellos que resultan socios al momento de la disposición, a los efectos preventivos para evitar fundamentalmente algún supuesto de evicción. De cualquier modo, insistimos, lo consideramos conveniente, mas no obligatorio. Esta evaluación corresponde al notario y no debería ser objeto de calificación registral. A los efectos del tracto sucesivo registral bastará que quien transmita sea la misma sociedad que adquirió.

II.2.g. Subsanación

Como mencionáramos anteriormente, la ley N° 26.994 elimina de la ley N° 19.550 el concepto de regularización y el nuevo art. 25 LGS permite que cualquier sociedad, incluida en la sección IV, sea pasible de subsanación, sin definirla.

“Si el legislador hubiera querido mantener el criterio actualmente previsto para adecuar el funcionamiento de la ley 19.550, hubiera mantenido la figura de la ‘regularización’ (...) pero como ese concepto ha sido reemplazado por el de ‘subsanación’ cabe interpretar que el proyectado artículo 25 de la Ley 19.550 ha querido algo distinto, que lamentablemente no lo ha explicado, de modo que no encontramos otra manera de ver las cosas que asimilar el concepto de ‘subsanación’ al de regularización previsto por la vigente ley 19.550”¹⁰².

La norma prevé que la subsanación puede llevarse a cabo durante el plazo de duración previsto en el contrato. En cuanto a ello se ha dicho que la norma excluye a: “...aquellos entes que no pudieren exhibir un contrato social con un plazo de duración determinado, tal como acontece en las sociedades de hecho...”¹⁰³. No compartimos dicha opinión dado que entendemos que la norma se refiere a que sólo puede subsanarse la sociedad mientras “vive”, pues si tuviera un plazo de vigencia y este hubiera expirado habría que recurrir a otros institutos tendientes a su extinción o reconducción, mas no a su subsanación.

El acuerdo de subsanación según la letra de la norma debe ser unánime, pero entendemos que nada obsta a que en el contrato se pacte la posibilidad de subsanar conforme determinada mayoría o incluso que se

¹⁰² NISSEN, Ricardo y Rodríguez Acquarone, Pilar. *Necesarias modificaciones...* cit., pág. 338.

¹⁰³ NISSEN, Ricardo. *Curso de Derecho Societario...* cit., pág. 225.

pacte la imposibilidad de someterse al proceso de subsanación, dado que no es una materia de orden público al no protegerse ningún interés superior.

La norma dispone que a falta de unanimidad la subsanación se ordene judicialmente. No prevé ninguna mayoría para solicitarla, por lo que bien podría un único socio concurrir a sede judicial. El juez puede suplir la falta de acuerdo, sin imponer mayor responsabilidad a los socios que no lo consientan y además el socio disconforme podrá ejercer derecho de "receso"¹⁰⁴ dentro de los diez días de quedar firme la sentencia judicial. Todo ello implicaría que la subsanación podría imponerse como decisión minoritaria, no teniendo la mayoría de los socios que no la pretenden más opción que adaptarse al tipo social adoptado o retirarse de la sociedad, lo que no resulta una solución demasiado justa; sobre todo en un sistema que contrariamente al de la LSC no tiene tintes sancionatorios. Se impone, más que nunca, la necesidad de prudencia y razonabilidad en los pronunciamientos judiciales.

II.2.h. Disolución. Liquidación

En el último párrafo del art. 25 LGS se prevé el sistema de disolución y liquidación de las sociedades de la sección IV.

En cuanto a la disolución, se permite a cualquier socio solicitarla siempre que no medie estipulación escrita del pacto de duración. Nuevamente, se hace relevante la existencia de un contrato escrito que contenga en este caso el plazo de duración de la sociedad -conforme el inc. 5 del art. 11 LGS-. En aquellos casos en que la sociedad no tenga contrato escrito podrá solicitarse en cualquier momento. El socio que decide la disolución deberá notificar fehacientemente -carta documento o acta notarial- la decisión a todos los socios. Los efectos de la disolución¹⁰⁵ se producirán de pleno derecho entre los socios a los noventa días de la última notificación. Es decir que los socios tendrían un plazo de noventa días para decidir otra solución sin que la decisión disolutoria afecte a terceros.

Por último, expresa el art. 25 LGS que: "Los socios que deseen permanecer en la sociedad, deben pagar a los salientes su parte social". La norma se refiere expresamente a que los socios remanentes paguen a los socios salientes, lo que no resulta del todo claro ya que: "...quien debería reembolsar a los mismos su parte en la compañía no es otra que la misma sociedad, pero nunca puede la ley 19.550 obligar a los socios no disolventes

104 VÍTOLO, Daniel R. *La Ley de Sociedades...* cit., pág. 9: "No se trata de un supuesto estricto de 'receso' sino de una 'exclusión', instituto que difiere sustancialmente de aquél".

105 *Ibidem*. Es decir la disolución misma, pues la disolución es un "instante".

a adquirir las participaciones sociales de quienes pretenden desvincularse de la compañía”¹⁰⁶.

En cuanto a la liquidación dice el último párrafo del art. 25 LGS que se regirá por las normas del contrato y de la ley.

II.3. La responsabilidad de la sociedad y de los socios en los nuevos supuestos incorporados por la LGS

La limitación de responsabilidad es una de las cuestiones más trascendentes en el ámbito societario y sin lugar a dudas una de las más relevantes a tener en cuenta por el notario al momento del asesoramiento de sus requirentes en pos de la adopción de una u otra modalidad o tipo societario.

II.3.1. Responsabilidad del único socio en la SAU

Como ya mencionamos, en este caso el tipo social es la SA. A la responsabilidad del único socio de la SAU se le aplicarán las mismas reglas que a los socios de las SA plurales. Es decir que la SAU permite la limitación de responsabilidad del único socio al capital suscripto.

El capital social es: “...la garantía indirecta de los acreedores sociales y la contrapartida de la limitación de responsabilidad. Por eso es relevante en las sociedades de responsabilidad limitada y no en las de responsabilidad ilimitada”¹⁰⁷. Al constituirse una persona jurídica unipersonal se produce un “fraccionamiento del patrimonio” de la persona humana o jurídica “socio”, que pasará a tener dos patrimonios -o uno fraccionado- bajo su órbita de control.

Al permitirse la limitación de responsabilidad del único socio, este podría contraer deudas imputables, por ejemplo a la sociedad, aumentando el pasivo en la universalidad del patrimonio social -bajo su control-, y acumular sus activos en su patrimonio personal, es decir, fuera del alcance de los acreedores de aquella, pero sirviéndose plenamente de ellos. En los casos de sociedades plurales se entiende que la existencia de diferentes socios, que recibirán beneficios o sufrirán las pérdidas, articula -al menos en teoría- un sistema de contrapesos de control que evitaría este tipo de accionar.

A primera vista, la unipersonalidad requiere más cautela para evitar abusos. Consideramos que es por ello que el legislador exige en este caso la integración total del capital al momento del acto constitutivo y -según nuestra opinión- al

¹⁰⁶ NISSEN, Ricardo. *Curso de Derecho Societario...* cit., pág. 229.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M. *Personas Jurídicas...* cit., pág. 13.

momento de producirse un aumento de capital: para intentar otorgar una garantía más firme a los posibles acreedores sociales ya que, al menos al momento de la constitución de la sociedad, el capital es igual a su patrimonio. Además de permitir la integración diferida se corre el -muy probable- riesgo de que el único socio no se “autointime” a integrar lo debido. Sin embargo, como en cualquier otro caso, esto no es garantía suficiente para evitar la infracapitalización¹⁰⁸ o la insolvencia a lo largo del resto de la vida societaria, ni por supuesto, las maniobras fraudulentas que pueda intentar el único socio.

Obviamente, al ser personas de derecho distintas, la persona humana o jurídica “socio” puede, sin ningún inconveniente, contratar con la persona jurídica “SAU” conformada únicamente por él. Por lo que un importante sector de la doctrina ha criticado que la LGS no contemple: “...una norma donde se establezca que los créditos del socio único respecto de la sociedad quedan subordinados a los créditos de los demás acreedores sociales”¹⁰⁹. En respuesta a esta afirmación se ha sostenido que “la subordinación de los créditos de los socios no es propia sólo de la sociedad unipersonal: los mismos fundamentos existirían para establecerla respecto del o de los controlantes de una sociedad pluripersonal”¹¹⁰.

Devendrá de suma utilidad el instituto de la inoponibilidad de la persona jurídica previsto en el art. 54 LGS -ahora incorporado para todas las personas jurídicas en el art. 144 CCyC- y además, el principio de buena fe como pauta interpretativa¹¹¹.

II.3.2. Responsabilidad de los socios en las sociedades de la sección IV

La LGS plantea una reforma significativa en esta materia para las sociedades de la sección IV.

En primer lugar, debemos analizar el beneficio de excusión previsto en el art. 56 LGS. Este instituto implica a grandes rasgos imponer al acreedor social la obligación de intentar cobrar su crédito primero con el patrimonio de la sociedad. Si el patrimonio social alcanza para saldar la totalidad de la deuda no se le reclamará más nada al socio, pero si alcanza sólo para saldar la deuda parcialmente, se le reclamará al socio únicamente el remanente impago¹¹².

108 Falta de concordancia evidente y notoria de gran proporción entre la cifra estática e intangible que figura en el estatuto social como capital social y el flujo de los fondos o gastos de la sociedad.

109 ARALDI, Liliana y Baigorria, Mariana. Ob. cit., pág. 318.

110 MANÓVIL, Rafael M. *Algunas de las Reformas...* cit., pág. 250.

111 Recordemos que el CCyC lo incorpora normativamente no sólo en materia contractual -art. 961 CCyC-, sino también en su parte general -art. 9º CCyC-.

112 Por aplicación subsidiaria del art. 1583 CCyC, previsto para el contrato de fianza.

Al respecto se ha dicho que el art. 56 LGS admite la excusión "para las sociedades regularmente constituidas"¹¹³. No compartimos esta opinión. Primero porque la letra de la norma nada distingue al respecto y luego porque el art. 23 conforme a la redacción de la LSC consignaba que los socios de las sociedades irregulares o de hecho no podrían invocar el beneficio del art. 56. Si el legislador lo excluía expresamente es porque, de no hacerlo, hubiera resultado de aplicación. En la redacción de la LGS, el art. 56 se mantuvo intacto. La nueva sección IV no se refiere a la materia y en el resto de la normativa no existe ninguna prohibición al respecto. Por ende para nosotros es legalmente aplicable el beneficio de excusión, lo que implica que los socios de las sociedades simples tendrán responsabilidad subsidiaria -no directa-.

En segundo lugar, el art. 24 LGS impone que frente a terceros los socios responden como obligados simplemente mancomunados y en partes iguales.

La obligación simplemente mancomunada -prevista en los arts. 825 y 826 CCyC- es aquella en que: "...habiendo pluralidad de deudores y/o de acreedores, cada uno de ellos debe cargar con la cuota parte del crédito que le corresponde o tiene derecho a pretenderla"¹¹⁴. Es decir, se produce un fraccionamiento del vínculo: cada deudor debe pagar su cuota parte de la deuda o -en su caso- cada acreedor puede reclamar sólo su cuotaparte del crédito, a diferencia de las obligaciones solidarias en las que cualquier deudor debe -a pedido del acreedor- pagar la totalidad de la deuda, pudiendo luego ejercer el derecho de repetición contra sus codeudores que no han cumplido. Según el art. 826 CCyC los efectos de la obligación simplemente mancomunada se rigen por lo previsto para las obligaciones divisibles¹¹⁵ o indivisibles¹¹⁶ según su objeto.

Sentada la regla general de la mancomunación, el art. 26 LGS prevé la posibilidad de pactar la solidaridad de los socios con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción en la mancomunación.

Debemos resaltar que la norma no posibilita la limitación de la responsabilidad: la excepción es a los fines de agravarla -es decir, pasar de la mancomunación a la solidaridad- o de cambiar las proporciones en la mancomunación.

En el primer caso pueden plantearse dos supuestos: que los socios prevean la solidaridad con la sociedad, lo que generaría una responsabilidad directa del socio o que los socios prevean la solidaridad entre sí, es decir, primero se aplica

113 NISSEN, Ricardo. *Curso de Derecho Societario...* cit., pág. 223.

114 ALTERINI, Atilio Aníbal; Ameal, Oscar José y López Cabana, Roberto M. *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, pág. 519.

115 Aquellas susceptibles de cumplimiento parcial (art. 805 CCyC).

116 Aquellas no susceptibles de cumplimiento parcial (art. 813 CCyC).

el beneficio de excusión en cuanto al patrimonio social y, en defecto de su alcance, todos los socios responden por el todo adeudado remanente.

En el segundo caso, los socios pueden pactar que no responderán por partes iguales sino en distintas proporciones. No se impone ninguna limitación al respecto por lo que será aplicable *inter partes* la autonomía de la voluntad. Sin embargo, entendemos que no será posible diferenciar las proporciones en un total para un socio y nada para el otro porque ello implicaría la desaparición de la mancomunación respecto de este último.

El art. 26 LGS requiere que esas situaciones excepcionales surjan:

1) "...de una estipulación expresa respecto de una relación o conjunto de relaciones", es decir, de una cláusula que así lo determina en un contrato celebrado entre la sociedad y otro contratante. Esta hipótesis resultará inaplicable frente a los acreedores involuntarios de la sociedad. A nuestro juicio será de aplicación restrictiva en caso de que el cocontratante de la sociedad carezca de libertad contractual, es decir, se halle desprovisto de algún poder de negociación que le hubiera podido permitir acotar los riesgos de la contratación u obtener determinadas garantías¹¹⁷.

2) "...de una estipulación del contrato social, en los términos del art. 22"; es decir, que se pacte la solidaridad en el contrato y este resulte oponible a terceros conforme las normas ya analizadas. Una vez más resulta conveniente a los efectos prácticos la configuración del contrato constitutivo en forma escrita. En cuanto a los terceros, entendemos que deberá ponderarse la libertad de contratación del cocontratante, es decir, la facultad de decidir contratar o no y, en caso de sí hacerlo, determinar con quién¹¹⁸ para interpretar la efectiva oponibilidad del contrato.

3) "...de las reglas del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales". Interpretamos aquí también "formales" en sentido amplio, que incluye la falta de inscripción registral aunque no sea la forma propiamente dicha del acto.

En el caso de que se haya intentado conformar una SC, todos los socios responderán solidariamente.

En caso de que se hayan intentado conformar una SCI, una SCS o una SCA, entendemos que los socios capitalistas y comanditados responderán en forma solidaria -tal como lo hubieran hecho de haberse accedido al tipo social- mientras que los socios industriales o comanditarios responderán en forma mancomunada, ya que de haberse accedido al tipo no hubieran agravado su responsabilidad sino que la hubieran limitado.

117 Tal vez no en cuanto a la solidaridad que probablemente lo beneficie, pero sí en cuanto a las proporciones en la mancomunación que pueden beneficiarlo o perjudicarlo.

118 Situación normalmente excluida en las relaciones de consumo monopólicas o cuasimonopólicas.

Recordemos que doctrinariamente siempre se ha dicho que, dada la gravedad de sus consecuencias, la solidaridad debe ser expresa y no se presume, aun cuando se admitan amplios medios de prueba. Por lo tanto, debe interpretarse restrictivamente y a estos últimos debería aplicárseles el régimen general de mancomunación.

Si lo que se intentó constituir fue una SRL o un SA, los socios no responderán limitadamente, ya que como mencionáramos el art. 26 LGS sólo plantea la posibilidad de agravamiento. Sin embargo, dadas sus características, tampoco responderán solidariamente sino sólo en forma mancomunada como se prevé como regla general.

Resultará relevante la determinación de cuándo se puede considerar abandonado el *iter* constitutivo de la sociedad, dado que para el caso de que una sociedad se encuentre en formación conforme los arts. 183 y 184 LGS, los administradores o incluso los socios podrían llegar a responder ilimitada y solidariamente, en contraposición a una sociedad simple que pretendió asumir un tipo con responsabilidad limitada que responderá en forma mancomunada.

Un supuesto no previsto expresamente en el texto de la norma, pero que resulta de la interpretación armónica del ordenamiento, es que la: "...responsabilidad mancomunada se mantendrá mientras no se altere la funcionalidad de la sociedad, pues en supuestos especiales como los previstos en los artículos 144 o 167 *in fine* del CCC y artículos 54 *in fine* o 99 de la LGS se generaría responsabilidad solidaria por las obligaciones insatisfechas".

Resultará interesante también analizar qué ocurre con la posibilidad de extensión de la quiebra de la sociedad al socio. El art. 160 de la ley N° 24.522¹¹⁹ la prevé para los socios que tengan -o hayan tenido- responsabilidad ilimitada.

Se han sostenido tres teorías sobre el significado de socios ilimitadamente responsables: la tesis restrictiva o contractualista, que limita la aplicabilidad de la hipótesis contemplada en el precepto a los socios que originariamente tuvieron ese tipo de responsabilidad; la tesis amplia, que comprende no sólo los socios que originariamente contrajeron responsabilidad ilimitada sino también a otros supuestos de ilimitación previstos en el ordenamiento societario (arts. 54, incs. 1 y 2; 28; 29; 59; etc.); y por último la tesis intermedia, en la que la idea de ilimitación

119 Art. 160: socios con responsabilidad ilimitada. La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscripto en el registro público de comercio y que sean justificadas en el concurso. Cada vez que la ley se refiere al fallido o deudor, se entiende que la disposición se aplica también a los socios indicados en este artículo.

resarcitoria alude al socio a quien aunque no hubiese asumido dicha responsabilidad ilimitada la ley impone la obligación de responder con todo el patrimonio por todo el pasivo social¹²⁰.

Como el régimen de la LGS no prevé la solidaridad, se ha dicho que: "El deudor en una obligación simplemente mancomunada responde en forma limitada"¹²¹. Por lo que no corresponderá en este caso la aplicación del art. 160 de la ley de concursos y quiebras¹²² (en adelante, LCQ).

Por nuestra parte, disentimos con esta interpretación, ya que entendemos que la limitación de responsabilidad implica que el socio responda únicamente hasta el monto del capital suscrito, es decir, no con todo su patrimonio; lo que sí ocurre en caso de ilimitación y esto no se modifica con el régimen de aplicación del beneficio de excusión o de la mancomunación. El primero implica una postergación temporal: el acreedor debe primero excutir el patrimonio social y si no es suficiente para el cumplimiento total de la obligación aun así puede dirigirse contra el del socio. El segundo implica una fragmentación en las proporciones de cumplimiento: el acreedor no puede demandar a cada socio por el todo, sino sólo por la parte que le corresponde según su participación, pero aun respecto a esta puede dirigirse contra el patrimonio del socio.

Vale distinguir también que el nuevo régimen permite a los socios optar entre un régimen de responsabilidad mancomunado o solidario, lo que claramente lo convierte en un régimen vinculado directamente con la supletoriedad y la eficacia de la autonomía de la voluntad. En cambio, a nuestro juicio, la limitación de responsabilidad es una cuestión excepcional -sólo viable en los casos específicamente permitidos por la ley- y de absoluto orden público. El hecho de que únicamente ciertos tipos la ostenten es una decisión de política legislativa directamente vinculada a la seguridad jurídica. Por ello consideramos que la responsabilidad de los socios de las sociedades simples continúa siendo ilimitada durante la vigencia de la LGS y resulta de aplicación el art. 160 LCQ.

En conclusión, como principio general: "Se pasó de la anterior responsabilidad ilimitada, directa (no subsidiaria) y solidaria a una responsabilidad también ilimitada, aunque subsidiaria y mancomunada, por partes iguales"¹²³.

120 Conforme BELMAÑA, Ricardo J. y Bergoglio, Remo M. *Apuntes... cit.*, pág. 24.

121 *Ibidem*, pág. 28.

122 MOLINA SANDOVAL, Carlos A. "Programación patrimonial en la empresa familiar", *La Ley*, 08/09/2015, cita online: AR/DOC/2986/2015, pág. 7: "...la quiebra de la sociedad simple no importará la extensión de quiebra de sus socios (art. 160, LCQ), salvo que se haya pactado expresamente la solidaridad".

123 RICHARD, Soledad. *El régimen de las sociedades... cit.*, pág. 52.

11.3.3. La responsabilidad del socio único de una sociedad simple

Si bien este supuesto puede llegar a generar alguna confusión consideramos que es relevante distinguir: "...que 'personalidad' no implica limitar responsabilidad sino dividir patrimonios"¹²⁴.

Esto implica que el socio de una sociedad simple unipersonal puede oponer el beneficio de excusión previo, dado que su patrimonio y el de la sociedad son autónomos de igual manera que en la sociedad simple plurilateral.

Podrá también agravar su responsabilidad pactando la solidaridad, no ya con otros socios sino con la sociedad, convirtiéndose en responsable directo (no subsidiario)¹²⁵.

En cuanto al orden de prelación de los acreedores sociales y los del único socio, deberán aplicarse las mismas pautas interpretativas que para la SAU.

11.3.4. Aplicación de la ley en relación al tiempo

El cambio del sistema de una extensión de responsabilidad a otra puede generar dudas sobre cómo deberían responder los socios en ciertos casos.

En este sentido se ha dicho que el régimen de mancomunación previsto en la LGS no se aplica a las obligaciones contraídas durante la vigencia de la LSC porque, primero, las partes pueden pactar libremente someterse a un régimen de solidaridad o mancomunación y, conforme al último párrafo del art. 7º CCyC, las leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución y además: "La solidaridad o mancomunidad integra la relación jurídica; no se trata de una mera consecuencia; por lo tanto, las obligaciones que nacieron como solidarias bajo la ley anterior no se convierten en mancomunadas por la entrada en vigencia de una ley que las individualiza como meramente mancomunadas"¹²⁶.

Esta interpretación se encuentra en consonancia con abundante jurisprudencia y doctrina dictada durante la vigencia de la LSC en los casos en que la modificación de la responsabilidad se efectúa por transformación

124 RICHARD, Efraín H. "En torno a la no personificación de las sociedades de hecho", en *Las Reformas al Derecho Comercial en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*, Legis, 2012, volumen U, pág. 354.

125 El art. 1800 CCyC consagra a la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones en los casos previstos por la ley o por los usos y costumbres. Entendemos que en este caso tiene fuente legal.

126 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 179.

Congresos y Jornadas

societaria¹²⁷ o de regularización¹²⁸. De este modo, si alguien contrató con una sociedad de responsabilidad ilimitada, no puede por un cambio legislativo ver reducida la garantía de su acreencia únicamente al capital social suscrito. A nuestro juicio, ya sean las obligaciones de ejecución única o instantánea, o de duración continuada o periódica, siempre debe analizarse la cuestión de acuerdo al momento de nacimiento de la obligación.

Vale mencionar que este criterio es el que se ha comenzado a aplicar jurisprudencialmente¹²⁹.

III. CONCLUSIÓN

Es indudable que el régimen de la sección IV conforme la LGS ha desvirtuado muchos de los beneficios de la tipicidad. En el sistema sancionatorio de la LSC, la constitución de una sociedad informal no resultaba recomendable para quien requiriera plena seguridad jurídica. Es por ello que en algunas ocasiones se podía llegar a proponer la constitución de una sociedad colectiva que, con el mismo régimen de responsabilidad, otorgara certezas en cuanto a su oponibilidad, organicidad, etc. Sin embargo, en el régimen actual se consagran mayores beneficios a las sociedades simples que a las SC, las que sin dudas devendrán menos habituales aún. A pesar de esto, en líneas generales consideramos beneficiosos los cambios introducidos, dado que implican un reconocimiento pleno de la personalidad de estos entes.

Será función del notario prestar acabado asesoramiento en la materia, ponderando fundamentalmente los beneficios del contrato escrito y los recaudos convenientes a tener en cuenta en él -en cuanto a su oponibilidad, a la posibilidad de consignar una estructura orgánica y el régimen de administración, consignar el plazo de duración de la sociedad considerando su relevancia para la viabilidad de la solicitud de disolución, consignar o no el mecanismo de subsanación, las mayorías para él requeridas, los mecanismos de liquidación y fundamentalmente el alcance y las proporciones en la responsabilidad-.

127 Si una sociedad en la que sus socios respondían ilimitadamente -por ejemplo, una SC- se transforma en una que permite la responsabilidad limitada como una SA.

128 Sociedad de hecho o irregular que adoptaba un tipo social que limitaba la responsabilidad de sus socios.

129 Cámara de Apelaciones de Junín, autos "Barbieri Graciela c/ Proyecto Educat. Esc. del Alba SRL, Schiavi Olga Mabel y San Miguel Irene Alcira s/ Cobro Ordinario Sumas Dinero", 22/09/2015; Cámara Contencioso Administrativo de Mar del Plata, autos "Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Galera Mellberg Claudio y Raschilla Ángel Gabriel S. de H. s/ Apremio Provincial", 16/06/2016.

Insistimos en que la escritura pública resulta una forma extremadamente beneficiosa para lograr estos alcances.

En cuanto a las sociedades unipersonales, el pequeño y mediano empresario individual encontrará sumamente gravosa y engorrosa la constitución de una SAU, que tal como está prevista, será sólo de utilidad para grandes estructuras societarias.

Entendemos a aquellos que tienen sus reservas en cuanto a la cuestión. Sin embargo, consideramos que, lamentablemente, la plurilateralidad no impide las maniobras fraudulentas y que, además, no debe legislarse desde la patología.

Asimismo, cuando el ordenamiento no recepta las necesidades sociales, se suelen buscar otros caminos para lograr los objetivos legalmente ignorados, lo que muchas veces genera resultados más disvaliosos aun que los que se intentaron evitar. Por ello, propugnamos un cambio legislativo en la materia.

IV. BIBLIOGRAFÍA

La bibliografía utilizada fue aquella recomendada por la coordinación y la citada específicamente en cada nota al pie de página.

V. PONENCIAS

V.1. De lege lata

- Las sociedades pueden ser constituidas válidamente por una o por varias personas -humanas o jurídicas-.

- El único tipo social que puede adoptar una sociedad unipersonal es el de SA.

- Si no se ajusta a este o no cumple con las demás exigencias previstas en la ley, será una sociedad unipersonal simple -regida por las normas de la sección IV-.

- La naturaleza jurídica del acto fundacional de una sociedad unipersonal es una declaración unilateral de voluntad de carácter organizativa con vocación plurilateral.

- Las SRL o SC no se extinguen al reducirse a uno el número de sus socios. Se aplica a las mismas el régimen previsto en la sección IV de la LGS.

- Quedan incluidas en la sección IV de la LGS: las sociedades civiles, las sociedades irregulares, las sociedades de hecho, las sociedades unipersonales

Congresos y Jornadas

que no adoptan el tipo SA y las sociedades simples plurilaterales que vieron reducido a uno el número de sus socios.

- En principio, los socios de las sociedades simples tienen responsabilidad ilimitada, subsidiaria (no directa) y mancomunada.

- El acto de reconocimiento previsto en el art. 23 LGS es autónomo del acto constitutivo de la sociedad.

V.2. De lege ferenda

- Se impone una reforma legislativa en materia de unipersonalidad que permita la posibilidad de limitación de responsabilidad en forma más flexible para que pueda servir como herramienta para la pequeña y mediana empresa.

La capacidad, la minoridad y el principio de razonabilidad notarial*

Argumentación de la teoría de la personalidad humana a partir del art. 3º del Código Civil y Comercial de la Nación

Sebastián Justo Cosola

SUMARIO: 1. Ponencia. 2. Los fundamentos de las ponencias. Palabras introductorias. 3. Propuesta de desarrollo de la presente ponencia. 4. La doctrina notarial anticipatoria. 5. El origen. La función y la interpretación notarial del derecho. 6. Las tesis que sustentaron la función notarial hasta nuestros días. 7. Las tesis de la función notarial en la actualidad (y el necesario complemento constitucional). 8. Recepción académica de la persona física y de la capacidad antes de la reforma. ¿Cómo nos formamos para ejercer el derecho notarial? 9. La consideración de la persona física más el sistema rígido de capacidad es igual a la suspensión del juicio de capacidad notarial. 10. Persona humana y capacidad en la actualidad. 11. La consideración de la persona humana más el sistema flexible de capacidad es igual a la concreción del juicio de capacidad notarial en las primeras audiencias. 12. Recepción académica del derecho de menores o estado de minoridad. ¿Cómo hemos receptado las enseñanzas para ejercer el notariado? 13. Las niñas, niños y adolescentes en el derecho actual. 14. El notario frente al nuevo derecho privado. 15. Claves del nuevo ejercicio del derecho notarial: la importancia del título preliminar del CCyC. 16. El principio de razonabilidad y la recepción notarial (art. 3º CCyC). 17. ¿Qué es la razonabilidad? 18. ¿Qué es entonces la razonabilidad notarial? 19. Conclusión: la razonabilidad notarial aplicada a la teoría de la personalidad humana. 20. Bibliografía.

* Trabajo galardonado con el Premio Especial “150º Aniversario del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en el marco de la XXXII Jornada Notarial Argentina, celebrada en la Ciudad de Buenos Aires, entre el 24 y el 26 de agosto de 2016. Corresponde al tema 1.

Congresos y Jornadas

1. PONENCIA

a) No existe pauta rígida de ningún tipo aplicable por el notario dentro de la teoría de la personalidad humana -salvo en los casos justificables legislativa y jurisprudencialmente-;

b) La personalidad se impone a la capacidad: por esta razón la recepción notarial de un *opus* determinado incluye el control de la misma;

c) La capacidad en sede notarial se presume directa o indirectamente, y aunque no tenga reflejo documental, la misma se asume como proyectada a través de la manifestación de la voluntad del requirente;

d) No existe incapacidad proyectada hacia el derecho de los niños, las niñas y los adolescentes, salvo que la misma surja de la ley o de una sentencia judicial;

e) La recepción de la voz de las niñas, los niños y los adolescentes por parte del notario es una obligación inherente a su actuación profesional fedataria;

f) El deber de oír y escuchar al niño, niña o adolescente es necesario y oportuno en sede notarial;

g) Velar por la sujeción del mejor interés o interés superior en la escribanía se compadece con la no realización del acto (abstención notarial) si el notario toma en cuenta la voluntad negativa frente al hecho o acto a documentar por parte del niño, niña o adolescente;

h) El límite de la voluntad, en sede notarial y en materia de capacidad en general, lo conforma el principio de seguridad jurídica;

i) En cada caso puntual y concreto, el notario debe escoger la mejor solución posible para documentar, y esa situación le impone proteger el resultado justo;

j) La aplicación del principio de razonabilidad notarial se relaciona con el deber de ponderación;

k) Al ponderar, el escribano escoge la mejor solución posible entre las opciones que le brinda la teoría constitucional del derecho privado, que le permite escoger lo justo desde el amplio abanico de las fuentes del derecho aceptadas por el CCyC.

2. LOS FUNDAMENTOS DE LAS PONENCIAS. PALABRAS INTRODUCTORIAS

“Somos conscientes de que todo cambio, pese a su imperatividad, conlleva un determinado costo social. A menudo, para algunos, dicho cambio resulta traumático y desorientador. Ello se hace patente en juristas que, en vez de asumir una científica actitud crítica ante el ordenamiento normativo, adoptan una posición decididamente conservadora, partidaria del inmovilismo legal o, a los

más, de parciales enmiendas que no comprometan la estructura legal vigente que objetiva y consagra una cierta valoración, una particular visión del mundo. Toda reforma implica no sólo y necesariamente un remozamiento técnico, una puesta al día en lo que a progresos científicos se refiere, sino que puede también comportar un determinado viraje ideológico”¹.

Un año ha transcurrido desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de La Nación en nuestro país (en adelante, CCyC), y tal circunstancia histórica no puede menos que motivarnos a intentar realizar algunas reflexiones que deben alejarse de lo problemático de las discusiones que se han efectuado tanto antes como después de su entrada en vigencia, para acercarse a la posibilidad de ofrecimiento de nuevas propuestas frente a lo ya acontecido y definido.

Sobre esto, una aclaración inicial: pensamos que volver a tratar temas que ya han sido por demás considerados en los últimos tiempos, tan generales en su contenido y tan especiales para nuestra institución -como son los que hoy ocupan nuestra atención en el seno de la comisión destinada a tratar el tema general de la *personalidad humana*-, la cuestión tanto de la *capacidad* como de la incidencia de la *minoridad* en sede notarial, no presenta una mayor relevancia que la de su ordenación a través de un estudio temporario y espacial, tanto desde las fuentes consultadas como de los tiempos en que las mismas se han ido sucediendo y publicando. Si a ese estudio concluido se le presentara un cuadro comparativo relacionando conceptos con el anterior régimen legal, la ecuación de la evolución del derecho en esta disciplina quedaría por demás demostrada y nuestra actuación subsistiría al menos sujeta a los parámetros legales que tanto desde la ley como desde la experiencia se nos viene imponiendo con los clásicos libros de formularios.

De manera evidente y precisa en estos dos temas referidos, el nuevo cuerpo legal no ha hecho más que proyectar -aunque con algunos bemoles interesantes- lo que ha planteado en líneas generales tanto el malogrado proyecto de unificación legislativa de 1998², como las doctrinas y la jurisprudencia de al menos los últimos veinte años, todas generadas a partir de la reforma constitucional acontecida a fines del siglo pasado, tan presente y tan vigente hoy más que nunca entre todos nosotros. De esta manera, las *reglas generales de*

-
- 1 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004, pág. 12.
 - 2 Proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el Código de Comercio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 22 y sgts. (fundamentos del libro segundo proyectado, referido a las personas humanas en materia de capacidad y estado de minoridad).

capacidad que han asimilado las codificaciones *iberoamericanas* a través de los tiempos -omnicomprensivas del denominado derecho de menores- vienen presentando notables cambios de *interpretación* motivados esencialmente por la innegable influencia que proyecta sobre las mismas la continua ratificación de *tratados, declaraciones y principios internacionales*, muy independientemente de su tratamiento con/sin jerarquía constitucional³. Se nos ocurre entonces que un aporte valioso para esta jornada notarial argentina puede ser el que intente precisar, en los dos temas mencionados y dentro de la teoría de la *personalidad humana* -y a los que trataremos prácticamente en conjunto-, un acercamiento a establecer cómo puede y cómo debe ser la elaboración notarial del derecho en nuestros días, teniendo en cuenta no sólo todos los aportes que ya se han escrito y que están ya publicados (con sus discusiones y sus soluciones -muchos de los cuales serán citados en el presente trabajo-), sino también el cambio de paradigma jurídico al que debe el jurista actual posicionarse.

El nuevo derecho privado constitucionalizado presenta una diferente argumentación por parte del jurista en los temas que hoy ocupan nuestra atención, y a no dudarlo: el método de aplicación es y debe ser absolutamente diferente al establecido en el Código Civil de VÉLEZ SANSFIELD (en adelante, CC). Las primeras justificaciones de lo que afirmamos se comprueban desde lo elemental, como es el tema de la cuestión terminológica:

a) La denominación *persona humana* (reemplaza a la *persona física* o de *existencia visible*);

b) La referencia a la *capacidad progresiva* (reemplaza al régimen estricto y rígido de *capacidad/incapacidad* al que estábamos acostumbrados a aplicar);

c) La mención de *los niños, las niñas y los adolescentes o menores de edad* (en reemplazo de la simple alocución referida a los *menores*, mucho más relacionada con la doctrina de la situación irregular para estar dentro de los cánones de la doctrina de la protección integral, tesis que sustenta el derecho actual).

En los tiempos actuales, la pregunta que deberíamos hacernos los notarios es la siguiente: ¿qué es lo más trascendente que el derecho notarial, en el marco de la función y a través de su creación principal -el documento- puede aportar a las necesidades del hombre y de la mujer problematizados de los tiempos en que vivimos?

Esto tiene que ver con la indudable mutación que el derecho presenta, trasladándose cada vez más frecuentemente desde el paradigma científico hacia el paradigma artístico. Muy a pesar de que por los tiempos actuales algunas

3 Conf. ARMELLA, Cristina N. y Cosola, Sebastián Justo. *Abordaje teórico-práctico del adelantamiento de la mayoría de edad. Ley 26.579, Ad Hoc*, Buenos Aires, 2011, pág. 19.

doctrinas minoritarias siguen discutiendo el tema con cierta vehemencia, lo cierto es que la cientificidad del derecho, relacionada con la seguridad indubitable de la norma, ha sido puesta en jaque en nuestro país al menos, desde cuatro puntos de vista:

a) La mencionada reforma constitucional del año 1994 y la incorporación de la teoría de los derechos humanos al ámbito local al nivel de principio y no de mera fuente del derecho;

b) La publicación en sintonía de leyes trascendentes de *derechos humanos* que *positivizaron* los temas propuestos genéricamente por los tratados (protección integral de los niños, niñas y adolescentes; salud mental; lavado de activos, entre tantas otras);

c) Las sentencias tanto de la *Corte Suprema de Justicia de La Nación* como de los tribunales inferiores, al menos de los últimos treinta años, que desconocen la seguridad de la norma cuando la misma, en el caso concreto, colisiona con los derechos humanos fundamentales;

d) La puesta en vigencia del CCyC, definido como un código de principios destinado a definir los grandes principios y valores del derecho privado, a través del diálogo de fuentes⁴.

El derecho científico (ciencia del derecho) afirma paradigmas rígidos de contemplación de situaciones inamovibles y suficientes para los casos allí contemplados. No requiere de análisis de casos puntuales y específicos, sino que requiere de aplicación legal directa cuando los casos se encuadran en determinada situación jurídica existente (o preexistente). La seguridad de la ley así, desconoce la situación puntual de los hombres o de las mujeres implicados en el asunto para poder así considerar todos los casos como comunes o similares. Esa seguridad, propia del *iluminismo* y de la *escuela de la exégesis*, está lejos de ser considerada por el nuevo tratamiento del derecho y con él, con el nuevo paradigma jurídico que nos rige ahora *normativamente*.

¡Esto no significa que el jurista debe desconocer la ley⁵! Sino que debe comprender que, en la actualidad, el objeto del derecho es tan heterogéneo e indeterminado que el mismo ya no es sólo una ciencia o sólo una técnica⁶.

4 Conf. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Presentación del Proyecto*, en *Código Civil y Comercial de La Nación (Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011)*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, pág. 12.

5 TOLLER, Fernando M. *Sistema de citas y redacción en derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2016, págs. 34 y conc. Para ver el alcance, y el trabajo actual y cotidiano del oficio del jurista.

6 Conf. DEL CARRIL, Enrique. "Interpretación, neoconstitucionalismo y ética profesional", en *Ética de las profesiones jurídicas (Abogados, jueces, notarios)*; Cosola, Sebastián Justo; Del Carril, Enrique Horacio; Montesano, Luis; Finn, Santiago. Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, pág. 55.

Carece de algo sustancial que le da razón de ser y es eso precisamente el arte del derecho, la creación del derecho fundada en las fuentes y en la justicia, que el jurista crea o debe crear para alcanzar un óptimo, y más que ello, el mejor resultado que pueda alcanzar.

De ahí que el derecho artístico (arte del derecho) postule una solución diferente y acorde a los tiempos actuales. Al analizar los casos puntuales, el jurista debe recurrir en la búsqueda de la solución a un amplio abanico de fuentes (no solamente la ley) y, con ello, la prevalencia se centra no tanto en cumplir con el postulado científico sino con cumplir lo justo para cada uno. El jurista ya no interpreta la norma, la voluntad del legislador, la historia del derecho, sino que argumenta el caso con todas las fuentes que a su lado tiene para alcanzar un resultado justo: *constitución y tratados internacionales con jerarquía constitucional, constituciones provinciales, tratados internacionales sin jerarquía constitucional, leyes nacionales, leyes estatales, ordenanzas municipales, sentencias judiciales, sistemas formularios, fuentes menores de procedimiento (en nuestro caso, las disposiciones técnico registrales o las órdenes de servicio), opiniones académicas*, etc. Este es el nuevo ámbito del derecho. Este derecho es el que ha incorporado el nuevo CCyC. En un análisis más generalista, diríamos en sintonía con RODOLFO VIGO que el cambio en esencia radica en una clara mutación desde la *ley hacia el derecho*⁷, o más precisamente en el traspaso desde el *estado de derecho legal* hacia el *estado de derecho constitucional*⁸.

3. PROPUESTA DE DESARROLLO DE LA PRESENTE PONENCIA

En este trabajo intentaremos realizar una somera descripción de la función notarial tal cual hoy la conocemos y la ejercemos, precedida por lo que para este ensayo se nos ocurre que puede llamarse la *doctrina notarial anticipatoria*, que es una clara referencia a la responsabilidad del notariado que *se adelanta* a estudiar los temas en los que se percibe un determinado cambio. De ahí en más haremos una brevísima recorrida por las doctrinas sobresalientes que hemos estudiado tanto en el tema de *capacidad* como en el tema de *menores*, para continuar con una revisión de los nuevos aportes a la luz de la reforma. Luego de ello, nuestros esfuerzos se van a dirigir hacia la demarcación simple y sencilla del significado del principio de razonabilidad establecido en el nuevo cuerpo legal y de ahí, su proyección hacia la función notarial, para luego

7 Conf. VIGO, Rodolfo Luis. *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2005.

8 Conf. VIGO, Rodolfo Luis. "Prólogo" a la obra de Alfonso SANTIAGO (h). *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, págs. 9 y sgts.

finalmente poder llegar a determinar el *opus* notarial actual en materia de la *personalidad*, relacionado con la ciencia, con el arte y con la técnica, desde la ley, desde el derecho y desde la Constitución Nacional.

4. LA DOCTRINA NOTARIAL ANTICIPATORIA

Sucede que en muchas situaciones la vida de ejercicio nos obliga a aplicar un reduccionismo funcional hacia las cuestiones técnicas, que son las que actualmente ocupan toda nuestra atención, sin pensar que el resguardo del derecho en el documento notarial a través de la seguridad (jurídica estática más dinámica), la justicia (voluntad) y la verdad jurídica (fe pública) tiene que ver con la consolidación del aspecto sustantivo del derecho (paz), en donde el derecho formal únicamente opera como principio rector de la seguridad jurídica en su aspecto dinámico⁹. En este sentido, una norma de procedimiento equipara su valoración con una norma iusfundamental y así el ejercicio notarial pierde todo su esencial cometido, que es declarar el derecho, o mejor dicho, en asegurar que suceda la *biología de los derechos en la normalidad*¹⁰, haciendo uso esencialmente del *cavere valletiano*¹¹, esto es, de proyectar un derecho sustantivo que se aleje del virtual o del potencial conflicto.

Desde esa misma generalidad y desde el fugaz acontecer cotidiano, también solemos no tener siempre presente que académicamente el notariado siempre ha dado respuestas concretas frente a las grandes reformas del derecho argentino. En materia de *minoridad*, por ejemplo, el propio colegio anfitrión de las presentes XXXII Jornadas Notariales Argentinas organizó y llevó a cabo hace exactamente dos décadas, una fantástica mesa redonda, dirigida por JUAN TRAVIESO, denominada: “La protección del menor en la Constitución reformada”. En aquella oportunidad, y con soluciones no tan dispares a las que la doctrina actualizada hoy formula, se estableció la necesidad de respetar por sobre todas las cosas a los postulados constitucionales por sobre las leyes positivas y vigentes, incluso frente al hoy derogado CC en la mencionada materia¹². Se enfrentaba entonces -y notarialmente- a la cuestión de la *minoridad* del CC

9 COSOLA, Sebastián Justo. *Los valores rectores del documento notarial y la convivencia de las publicidades jerarquizadas (Fundamentos notariales para el nuevo derecho privado argentino)*, Tesis Doctoral no defendida (en revisión), Buenos Aires, 2016, inédita.

10 Conf. MONASTERIO GALÍ, Antonio de. *Biología de los derechos en la normalidad y de su representación*, Ediciones de la Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1966.

11 Conf. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. *Manuales de metodología jurídica*, tomo III, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, págs. 254 y sgts.

12 Conf. TRAVIESO, Juan Antonio. *La protección del menor en la Constitución reformada*, mesa redonda del 11 de junio de 1996, Comisión de Derecho de Familia de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Colegio de Escribanos de Capital Federal, Biblioteca, Caja 21-5.

frente al nuevo enfoque constitucional. Y con ello la cuestión rígida del *derecho de menores* impuesta por el mencionado cuerpo de leyes y sus consecuentes reformas comenzaba a ser discutida y revalorada desde otros distintos y novedosos enfoques. Recién un año después de esas deliberaciones, las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil trataron acabadamente el tema de la protección de los menores en la Constitución Nacional, aportando las primeras soluciones a los posibles conflictos por la reciente *constitucionalización* del derecho de menores¹³, muchas de las cuales -abultadas y con el sustento de la jurisprudencia que por aquel entonces era escasa- son las que en la actualidad se reiteran en los aportes académicos de excelentísimo nivel. Todo esto teniendo en cuenta además que alguna doctrina anticipatoria posterior a esos acontecimientos, pero anterior a las sucesivas reformas legislativas que luego se sucedieron, comenzó a acentuar el énfasis académico de la flexibilidad del régimen en las emancipaciones por declaración de voluntad -emancipación volitiva por habilitación de edad- y en aquellas emancipaciones especiales que surgen de leyes específicas¹⁴. Todo esto se explicaba desde una realidad tanto legislativa como cultural, tal cual lo afirma CARLOS GATTARI: “Después de la ley 17.711 que modificó el Código Civil en 1968, la actuación de los menores de edad en el instrumento notarial se ha expandido en una casuística rica de contenidos”¹⁵. Y de esta manera, autores como CRISTINA ARMELLA¹⁶, ADRIANA ABELLA¹⁷, RUBÉN LAMBER¹⁸ y NATALIO ETCHEGARAY¹⁹, entre tantos otros, han tratado el tema de la *minoridad* en el intento por alejarse de la regla rígida de capacidad que por aquellos entonces los sometía. En la actualidad contamos además con formidables estudios teóricos que, independientemente de pertenecer a la esfera del viejo cuerpo legal hoy derogado, ayudan a comprender de la mejor

13 XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires y Universidad Católica de Argentina, Buenos Aires, 1997, en *Congresos y jornadas nacionales de derecho civil*, La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 170 y sgts.

14 Conf. LAMBER, Rubén Augusto. *La escritura pública*, tomo II, FEN, La Plata, 2003, págs. 68 a 81.

15 Ver GATTARI, Carlos Nicolás. *Los menores en el instrumento notarial*, Colección Práctica Notarial, tomo VI, Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 5.

16 Conf. ARMELLA, Cristina N. (directora). *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, tomo II, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, págs. 569 a 572. El capítulo pertenece a María Verónica Scoccia.

17 Conf. ABELLA, Adriana Nélica. *Derecho Notarial*, Zavalía, Buenos Aires, 2005, págs. 242 a 251.

18 Conf. LAMBER, Rubén Augusto. *La escritura pública*, tomo II, FEN, La Plata, 2003, págs. 31 a 35, y 68 a 81. También trata el tema en la obra *Derecho Civil Aplicado*, Colección Función Notarial 3, dirigida por Natalio Pedro Etchegaray, Astrea, Buenos Aires, 2010, págs. 53 a 96.

19 Conf. ETCHEGARAY, Natalio Pedro. *Escrituras y actas notariales*, 5° edición, Astrea, Buenos Aires, 2010, págs. 110 a 119.

manera posible el desarrollo diario del derecho práctico notarial -*techné*-²⁰.

Algo similar es lo que ha ocurrido con la cuestión del análisis del atributo de la *capacidad*, antes en la persona física y hoy dentro de la teoría de la *personalidad humana*. Desde siempre fue este tema una preocupación para el notariado²¹, que ha incluso ofrecido soluciones desde la unión de instituciones gremiales y científicas²². Frente a la actual instauración del CCyC, similar esfuerzo realizan el Consejo Federal del Notariado Argentino y la Universidad Notarial Argentina, dictando cursos y jornadas por todo el país²³. En fin, ya más cerca en el tiempo, y sólo por citar a algunos de nuestros académicos, NATALIO ETCHEGARAY²⁴, RUBÉN LAMBER²⁵, CRISTINA ARMELLA²⁶, CARLOS GATTARI²⁷, JOSÉ MARIA ORELLE²⁸, y ADRIANA ABELLA²⁹ se preocuparon por establecer algunas coordenadas en materia de *capacidad* relacionadas con los nuevos derechos y en casi todos los casos, sin cita directa a la *Carta*

20 Conf. COLOMBO, Silvina del Valle. *El universo de la representación legal de los menores*, Revista Notarial, Nº 956, 2007, pág. 419.

21 Los primeros autores nacionales, como Carlos Emérito González, José María Mustapich y Argentino Neri, por ejemplo, trataron acabadamente el tema en sus encumbradas obras.

22 Conf. ALLENDE, Alberto G. *Ley 17.711. Aplicación en la actividad notarial*, Consejo Federal del Notariado Argentino y el Instituto Argentino de Cultura Notarial (hoy Academia Nacional del Notariado), Imprenta Mennah, Buenos Aires, 1968, págs. 20 y sgts.; SPOTA, Alberto G. *Curso sobre temas de derecho civil*, publicación del Instituto Argentino de Cultura Notarial, Buenos Aires, 1971. Por citar sólo dos claros ejemplos: en primer lugar, el libro del Consejo Federal del Notariado Argentino y del Instituto Argentino de Cultura Notarial, que en esfuerzo conjunto se editó con el fin de analizar el impacto de la reforma de la ley Nº 17.711/68 del entonces Código Civil en temas trascendentes, como la presente comisión y coordinación hoy estudia. En segundo término, también el aporte de la institución que hoy es la Academia Nacional del Notariado, editado a su propio coste, que contiene los cursos ofrecidos en la propia sede del Colegio de Escribanos de la Capital Federal -hoy Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires-; en ese entonces dictados por el recordado Alberto Spota. En estos dos aportes nada más, los temas de capacidad de la persona física y de los menores ocupan desarrollos por demás de trascendentes, y son prueba contundente del aporte notarial a los cambios repentinos y por demás de relevantes del derecho nacional.

23 Sólo estos ejemplos bastan para dejar demostrado a las claras que el notariado únicamente puede avanzar y consolidarse si los esfuerzos académicos y políticos se unen y se proyectan hacia el objetivo común de lograr alcanzar la excelencia del profesional al que dirigen sus servicios.

24 Conf. ETCHEGARAY, Natalio Pedro. *Escrituras y actas notariales*, Astrea, Buenos Aires, 2010, págs. 108 a 112.

25 Conf. LAMBER, Rubén A. *La escritura pública*, tomo II, FEN, La Plata, 2003, págs. 58 a 81.

26 Conf. ARMELLA, Cristina N. "De las escrituras públicas", en Alberto J. Bueres y Elena I. Highton, *Código Civil Comentado*, tomo 2 C, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, págs. 89 y 90.

27 Conf. GATTARI, Carlos N. *Manual de Derecho Notarial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, págs. 99 y 100.

28 Conf. ORELLE, José M. O. *Actos e instrumentos notariales*, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 109.

29 Conf. ABELLA, Adriana N. *Derecho Notarial*, Zavalía, Buenos Aires, 2010, pág. 414.

Magna, pero relacionada indirectamente con ella. Todo ello sin tener en cuenta que CARLOS PELOSI³⁰ ya se adelantaba a precisar la función notarial en materia de representación y capacidad tal cual hoy la ejercemos -mucho antes que la *noticia* de la reforma constitucional aconteciera-, lo mismo que el genial MARIO ZINNY desde otras perspectivas³¹.

De manera que desde todos los ángulos posibles -hoy claramente identificados como fuentes del derecho-, el notariado, receptor de esas inquietudes, se debe encontrar relativamente satisfecho. Sin embargo, esa relatividad a la que nos referimos, se origina en la imperiosa necesidad de plantearse otro ejercicio de la función notarial, cercano a las necesidades de los hombres y de las mujeres problemáticos de nuestros días, que nos dirige a pensar que otro paradigma de argumentación al que estamos acostumbrados a aplicar es posible y más que ello en la actualidad: hasta necesario e indispensable. Existe una infinidad de ejemplos a los que recurrir para explicar el nuevo rol del notario frente al derecho y frente a la sociedad, y claramente los temas de *capacidad* y *los de minoridad* son algunos de los que se presentan como ejemplares para proyectar las nuevas explicaciones de la concreción del método de ejercicio notarial.

5. EL ORIGEN. LA FUNCIÓN Y LA INTERPRETACIÓN NOTARIAL DEL DERECHO³²

De acuerdo al programa presentado, en esta parte de la ponencia intentaremos justificar nuestro pensamiento actual de ejercicio. *¿Por qué los notarios ejercemos el derecho con la mirada fija en la ley escrita y por qué nos cuesta tanto argumentarlo desde las otras fuentes del derecho?* Existe una respuesta a ello y para comprenderla basta con realizar un somero repaso de nuestra historia académica.

De esta manera, comencemos por recordar que uno de los axiomas más importantes del *derecho notarial formal* que aún subsiste en nuestros días con notoria influencia es el que fuera referido oportunamente por el inolvidable RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, a cuyos legados siempre resulta grato recurrir aún hoy, en búsqueda de respuestas que puedan realmente hacer frente a los avatares cotidianos. Por aquellos entonces, el encumbrado maestro afirmaba lo siguiente:

30 Conf. PELOSI, Carlos A. *El documento Notarial*, Astrea, Buenos Aires, 1987, págs. 76 y sgts.

31 Conf. ZINNY, Mario A. *El acto Notarial (Dación de fe)*, Depalma, Buenos Aires, 2000, págs. 1 y sgts.

32 Conf. COSOLA, Sebastián Justo. "El Título preliminar del Código Civil y Comercial de La Nación y la función notarial (Tesis sobre la argumentación Notarial del Derecho)", especial para Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

“En el principio fue el documento. No hay que olvidarlo. El documento creo al notario, aunque hoy el notario haga el documento”³³. Desde aquí que resulte imposible para nosotros imaginar un *derecho notarial* que no tenga como eje central de discusión la teoría del *instrumento* o del *documento* analizados desde todas sus perspectivas y proyectados hacia todos sus efectos (en especial, los probatorios y los ejecutivos).

Tengamos también presente que la *función notarial documental* viene siendo explicada por la doctrina especialista a lo largo de nuestra relativamente corta historia como *disciplina autónoma del derecho* desde los más variados enfoques, siempre teniendo en cuenta que el puntapié inicial del estudio del *derecho notarial* tanto en su faz *formal* como *sustantiva* se produce a partir de la declaración del *III Congreso Internacional del Notariado Latino* celebrado en París allí por el año 1954. Por esas épocas comenzaba a florecer el *derecho notarial* para llegar al desarrollo actual tal cual hoy lo conocemos. Empezaba a independizarse incluso *atrevidamente* tanto del *derecho civil* como del *derecho de procedimientos*, contra las voces de los juristas de la época que no aceptaban que la visión jurídica que aportaba el escribano a través de su función *componedora* fuera muy distinto al que se profundizaba tanto desde el estudio de la *forma* como elemento del acto jurídico en la parte general del derecho privado, como del estudio de la *jurisdicción voluntaria* propia del *derecho procesal*, siempre relegada a las últimas bolillas del programa de estudios de las carreras de grado. El *derecho notarial* era ya una realidad innegable. Ya no había dudas acerca de su existencia, pero sí había otras originadas en el análisis tanto de su contenido como de su proyección. Así, la primera doctrina notarialista argentina no lograba ponerse de acuerdo en resaltar el objeto esencial de su misión. Por aquellos tiempos, hablar de derecho y de disciplinas autónomas obligaba a quien lo afirmaba a consolidar la teoría de los objetos en derecho³⁴. Ocurrían en nuestro medio las primeras demostraciones científicas del derecho, donde el intento por concretar lo empírico sobre lo metafísico se imponía ante todo y frente a todo³⁵; donde el derecho, asimilado a la ley, se valoraba por el *ser* (sea esta norma, sea esta conducta) y no por el *deber ser*. La norma postula, es el

33 Conf. NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *Hechos y derechos en el documento público*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1950, pág. 2.

34 El derecho, para poder consolidarse como *ciencia*, debía *justificar* tanto un objeto como un método propio, y esto se trasladaba a las disciplinas autónomas que trataban didácticamente de interpretar ciertas parcelas del derecho (o parcelas de la realidad del derecho), porque siempre debe tenerse en cuenta que el derecho es siempre una sola ciencia, un solo arte y una sola técnica.

35 Épocas de esplendor del positivismo y, con ello, de exaltación de las teorías científicas. De ahí que los programas de estudio universitarios hayan destacado en las primeras bolillas la importancia de la disciplina, sus fundamentos, su relación con otras ramas, su evolución histórica, etc.

objeto esencial; el hombre cumple la norma a través de la acción o a través de la omisión³⁶. Y más allá de ello: también la norma describe la conducta del hombre, porque el hombre antes que norma es acción en *interferencia intersubjetiva*³⁷. Entre esos parámetros se entendía el derecho y debe reiterarse: *ley y derecho eran palabras intercambiables*.

Sea como fuere pero dentro de estos cánones, el derecho, para ser creíble, para ser obedecido y captado por los tribunales y por las doctrinas magistrales, tenía que presentar un objeto de indudable apreciación científica, que pudiera hacer valorar su aspecto comprobable casi matemáticamente. En esa época se dio esplendor y nacimiento al *derecho notarial*. Y en la búsqueda de esos elementos para la fundación científica del derecho notarial, la doctrina de ese entonces se preguntaba: ¿qué misión relevante cumple el escribano en el seno de la sociedad?

6. LAS TESIS QUE SUSTENTARON LA FUNCIÓN NOTARIAL HASTA NUESTROS DÍAS

A partir de esa premisa, las búsquedas de los elementos fundacionales del *derecho notarial* fueron copiosas y abundantes a lo largo del notariado mundial, y los aportes académicos fueron realmente dignos de elogio y consideración. Así pasaron a formar parte de nuestros fundamentos de existencia y fortaleza, por citar sólo algunos ejemplos, los siguientes:

- a) La tesis de la fe pública -de naturaleza eminentemente procesalista-, planteada originariamente por EDUARDO COUTURE³⁸;
- b) las referentes al profesionalismo y no profesionalismo de la actividad notarial en desarrollo de EDUARDO BAUTISTA PONDÉ³⁹;
- c) la tesis de las funciones inescindibles del derecho notarial español

36 Conf. KELSEN, Hans. *Teoría General del derecho y del Estado*, traducido por Eduardo García Maynez, Imprenta Universitaria, México, 1949, págs. 3 y sgts.; *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1946, págs. 19 y sgts.; y *Teoría pura del derecho*, traducido por Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 2007, págs. 83 y sgts.

37 Conf. COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1944, págs. 114 y sgts.

38 Conf. COUTURE, Eduardo J. *El concepto de fe pública (Introducción al estudio del derecho notarial)*, Fas, Rosario, 2005.

39 Conf. PONDÉ, Eduardo Bautista. *Tríptico Notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1977, págs. 227 y sgts.

de ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS⁴⁰ y en nuestro país de CRISTINA NOEMÍ ARMELLA⁴¹ -componedoras del tema del funcionario público-, las mismas que en la actualidad pueden ser revisadas según los interesantes aportes de GABRIEL VENTURA⁴²;

d) la tesis que defiende como objeto esencial del derecho notarial a la *teoría general del instrumento público* en trabajos por demás de elogiosos entre tantísimos otros, de RAFAEL NÚÑEZ LAGOS⁴³ y ENRIQUE GIMÉNEZ-ARNAU⁴⁴ en España; y en nuestro país, de CARLOS EMÉRITO GONZÁLEZ⁴⁵ y RUBÉN AUGUSTO LAMBER⁴⁶;

e) las que postulan la esencia de la forma en la función fedante como por ejemplo, los aportes de JOSÉ MARÍA MUSTAPICH⁴⁷, ALBERTO VILLALBA WELSH⁴⁸ y CARLOS PELOSI⁴⁹, sólo por citar algunos de los casos más frecuentes en el estudio de nuestra disciplina.

De esta manera, puede seguirse el análisis hacia el infinito, pasando revista de cada noble teoría que haya intentado justificar la existencia del derecho notarial y con él, de la función que realiza y cumple el escribano dentro del denominado oficio del jurista. Aunque dispares, siempre el eje de tratamiento tuvo su esplendor teniendo en cuenta el *instrumento* o el *documento notarial*, y desde allí se fundamentó la *jerarquía notarial del derecho*. En resumen, siempre el notariado valoró mucho más el producto que la elaboración anterior. El resultado era más importante que la indagación anterior. La importancia de la

40 Conf. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad", en *Escritos Jurídicos*, tomo II, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, págs. 213 y sgts.

41 Conf. ARMELLA, Cristina Noemí. "De las escrituras públicas", en Alberto J. Bueres (director); Elena I. Highton (coordinadora), *Código Civil y normas complementarias*, tomo 2 C, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 67.

42 Resulta verdaderamente ilustrativa la conferencia de Gabriel Ventura denominada "La Actividad Notarial en el nuevo Código Civil y Comercial", en <https://www.youtube.com/watch?v=memG2MXdDig> (último acceso: 02/06/2016).

43 Conf. NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Colección Biblioteca Notarial, N° 3, Gaceta Notarial, Lima, 2013. Estudio preliminar de Sebastián Justo Cosola.

44 Conf. GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique. *Derecho Notarial Español*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1964 (volúmenes I y II) y 1965 (volumen III).

45 Conf. GONZÁLEZ, Carlos Emérito. *Teoría General del Instrumento Público (Introducción al Derecho Notarial Argentino y Comparado)*, Ediar, Buenos Aires, 1953.

46 Conf. LAMBER, Rubén Augusto. *La escritura pública*, FEN, La Plata, 2003 a 2006. Los primeros dos volúmenes (2003) se refieren al derecho notarial formal, mientras que los dos siguientes (2006) están proyectados para la aplicación del derecho notarial sustantivo.

47 Conf. MUSTAPICH, José María. *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, Ediar, Buenos Aires, 1955 a 1957.

48 Conf. VILLALBA WELSH, Alberto. *El derecho notarial a la luz de la teoría egológica*, Ediciones de la Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1967, pág. 24.

49 Conf. PELOSI, Carlos A. "El derecho notarial como derecho autónomo", en *Los anales del notariado argentino*, tomo 2, volumen VII, publicación del Instituto Argentino de Cultura Notarial, Buenos Aires, 1975, pág. 46.

institución se justificaba con la exhibición del documento con efectos ejecutivos y probatorios, y no tanto por la labor notarial previa de elaboración del derecho teniendo en cuenta no sólo la letra de la ley, sino toda la circunstancia que al hombre o mujer requirente, otorgante o compareciente envolvía la situación jurídica determinada.

7. LAS TESIS DE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN LA ACTUALIDAD (Y EL NECESARIO COMPLEMENTO CONSTITUCIONAL)

Con las líneas antecedentes perseguimos el fin de demostrar que las primeras teorías por nosotros esbozadas en el inicio del estudio del *derecho notarial* son las que sirvieron para dar fuerza al desarrollo de la disciplina y especialmente, del *documento notarial* como hoy lo conocemos: en el impulso de la ciencia (*scientiae*) y con un amplio desarrollo en la técnica (*techne*). Por ello las estudiamos oportunamente y por ello hoy las celebramos. Pero si tan solo esas teorías fueran lo suficientemente fuertes en la actualidad como para acompañar la evolución del derecho proyectada en nuestro país, con la instauración y puesta en vigencia del CCyC *que normativamente constitucionaliza el derecho privado actual*, este humilde aporte no tendría razón suficiente ni para ser ni para nacer. La determinación negocial del derecho exhibida a través del producto que cumple con las expectativas sugeridas en las letras de los códigos (el documento elaborado) no puede hoy prevalecer si desde su contenido se proyecta una injusticia.

De acuerdo a lo antedicho, en la actualidad y en nuestra opinión, la prevalencia de lo científico sobre lo artístico en sede notarial -y desde cualquiera de las teorías aludidas, sea una de ellas o varias de ellas en forma de complemento- no puede de ninguna manera sostenerse sino responde a una clara cuestión esencial de *forma prescripta*. Cuando la *forma jurídica* se impone como misión a tener en cuenta por el jurista notario para el nacimiento, la consolidación, la transmisión o la constitución de un derecho -de cualquier naturaleza-, no puede esta sobrevalorarse y mucho menos evitarse. Inclusive, avanzando hacia lo más profundo, diremos sin ningún temor que al notariado el único resabio científico que le queda disponible es el uso de la forma tal cual está prescripta en las leyes. La forma impuesta tiene que ver con el valor seguridad, la misma que engendrada en el seno de la escribanía presupone, sin lugar a dudas, a los valores de verdad (fe) y de justicia (voluntad), tres valores que, consolidados, determinan y afirman la paz. Por eso es relevante y por ello se mantiene como

un postulado casi contrario al que proyecta todo el nuevo ordenamiento⁵⁰. Es decir que solamente la forma en el derecho obliga al hombre y a la mujer de nuestros días a creer que únicamente en ese ámbito podrán alcanzar los derechos que le fueran concedidos o cumplir con los deberes que le fueran impuestos. La forma presume el hecho, orienta la conformación del mismo y brinda seguridad. Ese es el *modelo científico notarial actual* y que debe sostenerse y resguardarse: la interpretación de los casos que llegan a la notaría están limitados a la creación a la forma impuesta para ese caso específico (no hay lugar a discusión en materia de donaciones de inmuebles, por ejemplo, a su otorgamiento por instrumento privado).

Fuera de la forma impuesta, el notario es quien debe crear el derecho con todas las fuentes que tiene a su alcance. Inclusive puede contribuir con lo *justo* cumpliendo con las formas pero introduciendo en ellas manifestaciones que hacen a lo *justo de cada uno*, de cada caso en particular, cumpliendo con la máxima de ULPiano que ordena al derecho ser *ars boni et aequi* (-el derecho como- arte de lo bueno y de lo equitativo), pero siempre resguardando la *forma impuesta* y nunca en contra de la misma, porque precisamente esa es la garantía de la *seguridad jurídica notarial*.

Cumplir con el derecho formal era tarea relativamente sencilla con un código decimonónico, rígido en sus apreciaciones, defensor del orden público por sobre la voluntad individual o colectiva, limitado en teoría de la argumentación y alcanzado por la teoría de interpretación estricta que, en todo caso, ordena estudiar qué quiso decir la ley o el legislador en vez de analizar qué necesita el hombre o la mujer para que el derecho cumpla con su cometido. En un código de esas centenarias características, el fundamento de la obligatoriedad de la ley es una necesidad que impone la seguridad jurídica de manera uniforme y general, aun ante quienes por ignorancia puedan desconocerla⁵¹. La ley, en sentido material entonces, como regla social obligatoria establecida por la autoridad pública⁵², se aplica sin dudas y a través de criterios como el gramatical o el lógico, y únicamente cuando la misma, adecuadamente interpretada en sus palabras y en su espíritu, no ofrece solución para el caso concreto, cabe la libre

50 Si el jurista debe alcanzar lo justo en cada caso particular recurriendo al amplio espectro del diálogo de fuentes, un filósofo del derecho no dudaría en preguntarse: ¿la seguridad del derecho que postula una determinada norma formal no atenta contra la justicia? La aplicación de la norma, aunque proyectada, puede incluso generar una injusticia.

51 Conf. LLAMBIAS, Jorge Joaquín (y colaboradores). *Código Civil Anotado*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, pág. 11.

52 Conf. LAVALLE COBO, Jorge E. En Augusto César Belluscio (director) y Eduardo A. Zannoni, *Código Civil y Leyes complementarias*, tomo 1, 5° reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 6, comentarios al título preliminar (art. 1º).

interpretación científica que dirige a la elucidación analógica, a los principios del derecho⁵³, entre otras fuentes reconocidas en el CC. Si recordáramos aquí al profesor JULIO CUETO RÚA, diríamos que por aquellos entonces las fuentes del derecho eran consideradas como los criterios de objetividad que disponen jueces, abogados y juristas para alcanzar las respuestas de la vida⁵⁴; son instancias a las que acuden los juristas para imputar consecuencias jurídicas a un determinado hecho acaecido⁵⁵, habiéndose dado a la ley la categoría de ser la más importante fuente del derecho⁵⁶.

En este panorama, la regla rígida de capacidad en sede notarial -que arrastra al derecho de los menores-, siempre fue de sencilla aplicación y concreción. Asumíamos entonces quiénes eran los capaces, quiénes los incapaces; sabíamos de clasificaciones -de hecho, de derecho, lo absoluto y lo relativo en la incapacidad de hecho pero no en la de derecho-, entre otras cosas relevantes. La regla era sencilla, casi matemática. No hay lugar a dudas en la interpretación de un sistema rígido que valora al género humano por su condición negocial y no por su capacidad de esgrimir y afirmar la voluntad y la libertad. En definitiva, la teoría de las personas físicas o de existencia visible se ubicaba dentro de lo que antes hemos denominado *forma prescripta*. Un sistema rígido que hay que cumplir por cuanto la forma impuesta protege al acto, y lo que es más relevante: le brinda, por el solo hecho de su ejecución formal, tanto la validez como la vigencia. En la actualidad, este método de concreción del derecho no puede imponerse. Se sostenía sí, con la legislación anterior y con ciertos paradigmas pasados que hemos aprendido de los grandes maestros del derecho civil, que nos terminaron por confirmar que el sistema que hoy se denomina *teoría de la personalidad humana*, salvo en escasas excepciones, era rígido y al que había que sujetarse en razón del control, de la protección y en nuestro caso, de la seguridad jurídica, como veremos a continuación.

Tengamos presente que la doctrina en general ha venido advirtiendo el cambio de paradigma del derecho privado. De esta manera, y mucho antes de tener noticias de la creación de la comisión de elaboración del entonces anteproyecto de CCyC, el maestro santafesino JORGE MOSSET ITURRASPE comenzaba por generar la inquietud por conocer un nuevo derecho privado proyectado desde la *carta magna*⁵⁷. Se despojaba MOSSET en esa obra de la cuestión de la dicotomía -no permitir que la esfera de lo público llegue a lo privado y vicever-

53 *Ibidem*, págs. 86 y sgts., comentarios al título preliminar (art. 16).

54 Conf. CUETO RÚA, Julio. *Fuentes del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, pág. 18.

55 *Ibidem*, pág. 20.

56 *Ibidem*, pág. 35.

57 Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Derecho civil constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011.

sa-, aferrándose al concepto de paradigma, entendiendo al mismo como una tutela del derecho público en relación a los derechos fundamentales de los hombres que se irradian de/hacia el derecho privado⁵⁸. Fuera del país, los aportes de civilistas notables como el ya mencionado CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, incluso desde posiciones iusfilosóficas asumidas, no dejan espacios para duda en estos temas tan trascendentes⁵⁹. SESSAREGO hablaba de estos temas mucho antes de que fueran siquiera tenidos en cuenta por la jurisprudencia dominante⁶⁰. Forjada la inquietud, en la actualidad, autores como HORACIO ROSSATTI no dudan en proyectar el nuevo ordenamiento jurídico privado en/desde el derecho constitucional⁶¹. Ya no debe preguntarse el jurista entonces acerca de la conveniencia o no conveniencia del constitucionalismo del derecho privado, que es una realidad innegable, sino en advertir si el nuevo cuerpo normativo unificado recepta o no recepta los principios constitucionales o, en palabras del autor, *el espíritu y el texto* de la constitución⁶². En los tiempos que corren, las modernas doctrinas abocadas al logro de la obtención de reconocimientos de derechos, de garantías y de libertades en general, son explicadas a través del *neoconstitucionalismo*⁶³, que en la precisa explicación de ENRIQUE DEL CARRIL viene a revalorizar la trascendencia de la Carta Magna. La misma deja entonces de ser una mera referencia normativa, para erigirse como: "...un baremo de toda actuación que quiera considerarse conforme a derecho"⁶⁴.

8. RECEPCIÓN ACADÉMICA DE LA PERSONA FÍSICA Y DE LA CAPACIDAD ANTES DE LA REFORMA. ¿CÓMO NOS FORMAMOS PARA EJERCER EL DERECHO NOTARIAL?

Dentro de las primeras explicaciones referidas a la teoría de la forma prescripta, destaquemos algunos de los clásicos aportes académicos mediante los cuales hemos aprendido y ejercido el derecho notarial hasta la entrada en vi-

58 *Ibidem*, pág. 13.

59 Conf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho y persona*, Astrea, Buenos Aires, 2015.

60 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas* cit.

61 Conf. ROSSATTI, Horacio. *El código civil y comercial desde el derecho constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016.

62 *Ibidem*, pág. 13.

63 Conf. VIGO, Rodolfo Luis. *Neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones* (en prensa). Adelanta Rodolfo Luis Vigo algunas precisiones e imprecisiones en torno a la presente denominación, en el prólogo a la obra de Alfonso Santiago (h), *En las fronteras...* cit.

64 Conf. DEL CARRIL, Enrique Horacio. "Interpretación, Neoconstitucionalismo y Ética profesional", en *Ética de las profesiones jurídicas: abogados, jueces, notarios*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, págs. 37 y 38.

gencia del CCyC y, antes que ello, ante ciertos casos puntuales y específicos que se nos imponían desde leyes especiales concretas.

En el clásico tratado de derecho civil, GEORGES RIPERT y JEAN BOULANGER⁶⁵ comenzaban por afirmar lo siguiente: “La personalidad jurídica del ser humano comienza con su nacimiento. Sin embargo, un niño simplemente concebido puede ser titular de derechos...”⁶⁶. Más adelante, los autores que han sido la base de los fundamentos de los estudiosos del derecho civil que todos hemos aprendido, insistían en que hasta el momento del nacimiento, el niño no tiene vida distinta⁶⁷. Sin embargo, según lo reafirman los autores, por *derogación de la regla* la criatura no nacida ya es capaz para adquirir derechos⁶⁸, pero para ello deben darse dos condiciones: que el niño nazca vivo y que además sea viable⁶⁹. La primera cuestión está relacionada con el examen de viabilidad, que excede los planteos de este trabajo. Pero la segunda cuestión es absolutamente relevante, por cuanto nos conecta incluso con el tema de la capacidad: “Viable quiere decir capaz de vivir; *vitae habilis*. Es así que no se debe tener en cuenta a los niños normalmente formados, pero que nacen antes de término, en un momento en que el desarrollo de sus órganos no está lo suficientemente adelantado como para permitirles vivir, ni tampoco a los niños monstruosos, en los que la vida se detiene en el momento en que se corta el cordón umbilical”⁷⁰.

En cuanto a la capacidad, los mismos han entendido que la misma es una medida que persigue un fin de protección a la persona que el *legislador considera inepta*⁷¹. Y de nuevo en materia de menores, vuelven a afirmar: “...el menor está protegido a causa de su debilidad intelectual”⁷².

En nuestro país, los primeros aportes realizados asimilaban el concepto de persona con el concepto de sujeto. Consideraban a la personalidad únicamente por su ubicación dentro de la teoría de las relaciones jurídicas. No importaba la persona y sus derechos, sino su función dentro de la estructura de la rela-

65 Conf. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 1988, pág. 310.

66 *Ibidem*.

67 *Ibidem*, tomo II, La Ley, Buenos Aires, 1988, pág. 3.

68 *Ibidem*.

69 *Ibidem*, pág. 4.

70 *Ibidem*.

71 *Ibidem*, tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 437.

72 *Ibidem*, pág. 440. Y agregan a este párrafo: “...(la incapacidad del menor) no es la misma en cualquier edad. Si un joven de veinte años no puede realizar un acto jurídico, ello no ocurre solamente porque no puede comprender su alcance. En efecto; a causa de la instrucción que recibió puede comprenderlo mucho mejor que un hombre de treinta años pero ignorante. Lo que ocurre es que ese menor está colocado bajo la autoridad de su padre o de su tutor. Su incapacidad asegura la autoridad de su protector legal”.

ción jurídica⁷³. Y en referencia a los seres monstruosos a los que se referían los autores franceses citados, autores como EDUARDO BUSSO no dudaban en explicar que cualquiera que sea la modificación o alteración del ente esto no le quita la capacidad de derecho, *siempre que tenga signos característicos de humanidad*⁷⁴. Ciertamente es que la referencia a *seres monstruosos* tiene que ver con las creencias y las exigencias del derecho romano al que hemos reconocido como fuente en estos temas, muy a pesar de que la norma expresa de las personas físicas o de existencia visible reconozca como fuente directa el proyecto de FREITAS. Sin embargo, no debe interpretarse literalmente esta expresión en el presente trabajo, por cuanto, si así se lo hiciera, la cita no tendría mayor relevancia que la de ser un acontecimiento histórico del derecho. Debe interpretarse a la luz de los últimos años: asimilar la monstruosidad o los signos no característicos de humanidad a la cuestión tanto estética⁷⁵ como de discapacidad es definitivamente no asumir que en la actualidad el derecho de la personalidad no solamente se integra con la cuestión de la capacidad, sino con la idea de los derechos de personas con discapacidad asumidos por nuestro país mediante ley N° 26.378⁷⁶ y que cuenta en nuestro país con muy buenos aportes interpretativos⁷⁷.

Ya posteriormente puede afirmarse que la recepción del concepto de la persona tenía su correlato en el propio CC, definiéndose consecuentemente por la más alta doctrina como un ente dotado de la aptitud para adquirir derecho y contraer obligaciones⁷⁸. Sin embargo, tanto JORGE LLAMBÍAS como GUILLERMO BORDA adhirieron oportunamente a considerar -desde análisis iusfilosóficos sensacionales- que la persona natural es, desde la biología, el hombre, y desde el derecho, un ente con ciertas capacidades de actuación, de ejercicio y de consolidación de derechos⁷⁹. Hay así igualdad de los hombres en cuanto a ser

73 Conf. NIETO BLANC, Ernesto E.; Laje, Eduardo J.; Yungano, Arturo R. y Sánchez Urite, Ernesto A. *Curso de Derecho Civil*, "Primera parte", Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1981, págs. 67 y sgts.

74 Conf. BUSSO, Eduardo G. *Código Civil Anotado*, tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1944, pág. 405.

75 Consultar: CAVALLÉ CRUZ, Alfonso. "El derecho a la belleza", en AAVV, *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, N° I, Segunda Época, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, págs. 127 a 144. Para analizar en profundo la cuestión estética desde el propio concepto de valor (y la no discriminación).

76 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm> (último acceso: 26/07/2016).

77 Conf. ZITO FONTÁN, Otilia del Carmen (coordinadora). *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2014.

78 Conf. LLAMBÍAS, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, tomo I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1991, pág. 245; Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 243.

79 LLAMBÍAS, Jorge J. Ob. cit., págs. 246 y 247; Borda, Guillermo A. Ob. cit., págs. 243 a 244.

considerados personas, pero no teniendo en cuenta su capacidad⁸⁰. Desde esta concepción, la iusfilosofía les permite a los autores aclarar los conceptos del centenario codificador argentino. Mientras que para LLAMBÍAS la caracterización de las personas de existencia visible como entes que presentan signos característicos de humanidad sin distinción de cualidades o accidentes es absolutamente pueril⁸¹, BORDA recurre al concepto de ficción para explicar porqué el derecho supone o no supone que una persona puede presentar pensamiento o voluntad⁸².

Es esta la percepción general de la persona y de la capacidad que ha proyectado el derecho desde la enseñanza del CC, acorde con su génesis decimonónica y salvo autores como JULIO CÉSAR RIVERA (que han tratado el tema de manera similar⁸³, pero dando un amplio espacio al desarrollo tanto de la persona física y de los avances científicos relacionados con la genética⁸⁴, como de los derechos personalísimos⁸⁵), todos los demás civilistas han optado por describir el sistema de capacidad en las personas físicas como un sistema rígido que no permitía excepciones frente a los casos previstos legislativamente y que no daban lugar a doble o triple interpretación. Así era el derecho civil argentino, y así lo interpretamos y aprendimos, al menos hasta la jurisprudencia disidente de los últimos años y a la publicación de leyes especiales que fueron preparándonos para el cambio de paradigma que nos ocurriera directamente con la puesta en vigencia del CCyC.

80 LLAMBÍAS, Jorge J. *Código Civil Anotado*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, pág. 142.

81 LLAMBÍAS, Jorge J. *Tratado de derecho civil...* cit., pág. 249. El autor se refiere a pueril, teniendo en cuenta que la definición se relaciona con los antiguos prejuicios sobre la existencia de monstruos o prodigios que podían nacer del cuerpo de la mujer.

82 BORDA, Guillermo A. Ob. cit., pág. 564. Dice el autor: "Cuando la ley considera y trata al hombre como persona, ella no le confiere la personalidad, pues no hace sino reconocer y confirmar una personalidad preexistente. Por el contrario, cuando el derecho otorga la capacidad jurídica a un ser que en realidad no tiene ni pensamiento ni voluntad, no es sino por una ficción que lo hace; esa ficción consiste en admitir que ese ente piensa y quiere, aunque, en verdad, sea incapaz de hacerlo. Por una razón de conveniencia o de interés económico o social, el derecho los considera como si fueran personas".

83 Conf. RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, págs. 415 y conc.

84 *Ibidem*, págs. 379 y sgts.

85 Confr. RIVERA, Julio César. "Personas de existencia visible", en César A. Belluscio y Eduardo A. Zannoni, *Código Civil y Leyes Complementarias*, tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2005, págs. 268 y sgts.

9. LA CONSIDERACIÓN DE LA PERSONA FÍSICA MÁS EL SISTEMA RÍGIDO DE CAPACIDAD ES IGUAL A LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO DE CAPACIDAD NOTARIAL

La actuación notarial frente al juicio de capacidad en las escrituras públicas, con temor y con desasosiego, cada vez que se ponía a este en duda, hizo pensar que quitar esa obligación de ejercicio de la legislación especial podía alejar al escribano de un claro supuesto de responsabilidad. Es así que de algunas de las nuevas leyes especiales de ejercicio de la función se desprende que el deber notarial de juzgar la capacidad de otorgamiento es deslucido y, más que ello: deja de ser relevante. La respuesta a nuestras inquietudes siempre estuvo a nuestra disposición en el propio CC, en artículos⁸⁶ y notas específicas absolutamente aclaratorias⁸⁷, sin embargo el temor de ejercicio ha sido más fuerte frente a la interpretación de ciertos fallos contradictorios.

El análisis del caso de la regla de capacidad que hemos esbozado sucintamente en las líneas antecedentes, basta para advertir que nos encontramos en la actualidad con una nueva proyección del mencionado atributo. En efecto, aquella regla rígida de capacidad que comprendía un sistema de ley dedicado a la protección del incapaz sin tener en cuenta nada que se relacione con su voluntad, definitivamente hoy no encaja en la propia noción de derecho, por cuanto debe necesariamente complementarse con los principios emergentes de una civilización que en general reconoce una impostergable influencia de los derechos humanos a la hora de establecer las defensas de aquellas personas con capacidades limitadas o restringidas en razón de la edad o de la enfermedad, y en relación con su proyección en la vida jurídica en general.

86 Dos eran los artículos esenciales a tener en cuenta: el art. 993: "El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia"; y el art. 3616: "La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario. Al que pidiese la nulidad del testamento, le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones; pero si el testador algún tiempo antes de testar se hubiese hallado notoriamente en estado habitual de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lúcido".

87 Nota al art. 993 (parte propedéutica): "Se habla de los hechos que por su oficio debe conocer el oficial público en el acto de extender el instrumento; pero si un escribano, por ejemplo, dice que las partes o el que otorga el acto estaba en su pleno juicio, esta aserción no hace plena fe, y admite prueba en contra". Nota al art. 3616 (parte propedéutica): "El estado de demencia como un hecho puede probarse por testigos, aunque el escribano haya expresado en el testamento que el testador se hallaba en su perfecta razón, pues que los escribanos no tienen misión para comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan. Sus enunciaciones valederas son únicamente las relativas a la sustancia misma del acto y a las solemnidades prescriptas".

A no dudar de lo siguiente: la regla de capacidad ha presentado una interpretación restrictiva siempre: en todas las situaciones jurídicas que ocurran, simples o complejas, ante una cuestión dudosa de falta de capacidad, debe de estarse siempre al cuidado o provecho del incapaz, sin tener en cuenta su voluntad; sólo la afirmación de un derecho que ordena, que protege, que controla, que preestablece y que restablece las conductas a seguir. Pero hoy el paradigma ha cambiado, ha mutado de perspectiva. Quizás para siempre.

10. PERSONA HUMANA Y CAPACIDAD EN LA ACTUALIDAD

Corresponde evaluar a las concepciones tradicionales sobre la persona física o de existencia visible citadas en relación con las modernas tendencias que se sustentan claramente, en una posición diferente. La única diferencia clave para entender el paradigma -alejados del análisis de la cuestión terminológica- radica en comprender que ya no puede existir, sobre la *personalidad humana*, una teoría rígida de atributos, sino que todo se ordena en base a la valoración de la voluntad y de la libertad del hombre y de la mujer, que inclusive hasta en los casos hasta hace poco indiscutidos, se le es permitido actuar con apoyos determinados y específicos.

Los verdaderos cambios del derecho privado, los más trascendentes, viene diciendo hace tiempo el maestro CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, son los que ocurren en la consideración de la persona como sujeto que incluso merece ser estudiado y comprendido antes que el propio ser⁸⁸. Desde una filosofía de la existencia, SESSAREGO plantea un tema que no deja lugar a dudas en el cambio de paradigma -y muy independientemente de que estemos o no de acuerdo con esta posición iusfilosófica-: "(Todo) supone otorgar a la vida humana una radical preeminencia. La comprensión del ser humano es el instrumento para acceder a la comprensión del ser en general"⁸⁹. Esta posición es refrendada oportunamente desde un valorable ensayo publicado en el clásico homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield que ha llevado adelante la Academia Nacional del Derecho de Córdoba⁹⁰.

Desde la Universidad Católica Argentina se nos enseña, por otro lado, un estatuto ontológico y funcional de la *personalidad humana*. De esta forma, mientras que DANIEL HERRERA analiza en su tesis doctoral la persona y la proyección de los

88 Conf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho y persona* cit., pág. 5.

89 *Ibidem*.

90 Conf. ESPINOZA-ESPINOZA, Juan. "Propuesta para un redimensionamiento del denominado derecho general de la personalidad", en AAVV, *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, tomo I, Academia Nacional del Derecho de Córdoba, Ediciones El Copista, Córdoba, 2000, págs. 225 a 341.

derechos humanos sobre su estructura -en el intento por determinar dónde es que radica el soporte donde se asientan los derechos y los deberes fundamentales de la misma⁹¹-, JORGE LAFFERRIERE presenta un análisis formidable y comparativo de la noción de persona en el derogado CC y en el vigente CCyC. Y así concluye: mientras que en el CC la personalidad se desprende de la capacidad, determinando que el ser humano es una persona cuando no presenta, desde su concepción, distinción de cualidades (se es persona por tener capacidad), para el CCyC todo ser humano es persona sin tener en cuenta para nada las cualidades y accidentes a que se refería la legislación anterior⁹². Se revaloriza entonces el concepto de persona en la legislación actual, por cuanto la personalidad no es creada ni otorgada por el estado, sino que la misma le viene al mismo, entre otros caracteres interesantes, por su dignidad⁹³. Esa dignidad que en relación a la persona comenzaba a considerarse desde la celebración del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba allí por el año 1969⁹⁴. Esa misma dignidad que, según RODOLFO VIGO y DANIEL HERRERA, conforma un concepto inherente al propio de la persona humana en los tiempos actuales y la moderna legislación así lo ha receptado⁹⁵. También ELENA HIGHTON es contundente al afirmar lo antedicho: “El CCC da una vuelta copernicana a tal concepción (se refiere a la tesis del CC en donde la personalidad se desprende de la capacidad), ya que se tiene capacidad por ser persona, la preexistencia de la persona es condición necesaria para ser titular de derecho. En la era y en el Código de los derechos humanos es persona todo ser humano por el solo hecho de serlo y haber nacido tal. No es un ente, sino una persona humana y así se la denomina en este código”⁹⁶.

Desde otras posiciones, MARISA HERRERA confirma el estatuto de la persona humana desde una noción absolutamente acabada de la capacidad, entendiendo que es principalmente la posibilidad de actuar en libertad sin limitación alguna salvo

91 Conf. HERRERA, Daniel A. *La persona y el fundamento de los derechos humanos*, Educa, Buenos Aires, 2012, pág. 42.

92 Conf. LAFFERRIERE, Jorge N. “La persona humana en el Código Civil y Comercial. Consideraciones generales”, en Gabriel Limodio (editor), *Derecho y persona humana en el Código Civil y Comercial*, Educa, Buenos Aires, 2016, pág. 220.

93 *Ibidem*, pág. 227.

94 Conf. PLONAVICH, María Cristina. “Los derechos de la personalidad y su protección legal”, en AAVV, *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927-1937-1961-1969)*, tomo I, Academia Nacional del Derecho de Córdoba, Advocatus, Córdoba, 2009, págs. 193 a 217.

95 Conf. VIGO, Rodolfo L. y Herrera, Daniel A. “El concepto de persona humana y su dignidad”, en *Personas Humanas*, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, págs. 11 y sgts.

96 Conf. HIGHTON, Elena I. “Capacidad de los menores de edad”, en *Personas Humanas*, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, págs. 199 y 200.

por causas graves que no son dispuestas en razón de la propia persona, sino de ciertos y determinados hechos y actos⁹⁷. NICOLÁS REVIRIEGO concuerda con LLAMBÍAS en que precisamente es el ser humano el que no necesita definición en un cuerpo legal en razón de su trascendencia⁹⁸, mientras que en el código comentado de EDUARDO GABRIEL CLUSELLAS se afirma con razón, siguiendo a TOBIAS, que la noción de persona humana, en sintonía con los fundamentos esgrimidos del proyecto del año 1998, no se define porque la misma noción proviene de la naturaleza y por consiguiente es anterior a la ley⁹⁹.

Todo lo antedicho puede resumirse en el primer aporte realizado en el inicio de las reflexiones académicas del propio JOSÉ TOBIAS, quien realizando una coherente afirmación cuando el actual CCyC era por entonces sólo un proyecto, expresó lo siguiente: “Se tiene capacidad porque se es persona y no a la inversa: es la existencia de ésta el antecedente necesario para ser titular de intereses, derechos y deberes”¹⁰⁰.

11. LA CONSIDERACIÓN DE LA PERSONA HUMANA MÁS EL SISTEMA FLEXIBLE DE CAPACIDAD ES IGUAL A CONCRECIÓN DEL JUICIO DE CAPACIDAD NOTARIAL EN LAS PRIMERAS AUDIENCIAS

Nos preguntamos entonces en el tiempo presente, si es posible escindir a la persona de la capacidad. Así, de los estudios comparativos de los últimos años, puede afirmarse que ya prácticamente no quedan dudas acerca de la posibilidad de asimilar el concepto de capacidad y de persona. Este reconocimiento por parte de destacada doctrina¹⁰¹ se refuerza con la doctrina que ema-

97 Conf. HERRERA, Marisa. “Persona Humana”, en Ricardo L. Lorenzetti (director), *Código Civil y Comercial de La Nación comentado*, tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, pág. 106.

98 Conf. REVIRIEGO, Nicolás. “Comienzo de la existencia”, en Julio C. Rivera y Graciela Medina (directores), Mariano Esper (coordinador), *Código Civil y Comercial de La Nación comentado*, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2014, pág. 114.

99 Conf. BARBERO, Daniel O. “Persona humana”, en Eduardo G. Clusellas (coordinador), *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo I, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, pág. 76.

100 Conf. TOBIAS, José W. “La persona humana y el proyecto”, en Julio C. Rivera (director), *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de La Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 57.

101 Conf. D’ANTONIO, Daniel H. *La ley 26.579 -mayoría de edad- y la capacidad de los menores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, págs. 14 y 15. De ahí la cita a Alfredo Orgaz: “Personalidad jurídica y capacidad jurídica son expresiones equivalentes: persona es quien tiene capacidad, quien tiene capacidad es, por esto mismo, persona”. Y también la cita a una concepción iusnaturalista en el clásico tratado de derecho civil alemán de Karl Larentz: “La capacidad jurídica está dada previamente al derecho positivo, y

na de la Corte Suprema de Justicia de La Nación¹⁰². En el CCyC esa situación de escisión también es poco probable, por cuanto de la regla general resulta que¹⁰³:

a) la capacidad de ejercicio en la persona humana se presume aun cuando la misma se encuentre en un establecimiento asistencial;

b) las limitaciones son únicamente de carácter excepcional y la intervención estatal siempre tendrá carácter interdisciplinario;

c) ante un caso absolutamente excepcional, deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y de las libertades.

Si nuestros pensamientos tuvieren razón de ser, al notario actual en ejercicio del derecho positivo vigente le resultaría absolutamente imposible separar la persona de la capacidad. Y por esa razón poco importa que el juicio de capacidad esté o no esté referido en las leyes de ejercicio, porque al documentar un hecho o un derecho por voluntad de quien lo requiera la tesis de la personalidad incluye, en las primeras audiencias, la aceptación expresa o tácita de que el *opus* notarial puede ser llevado adelante a través de la consolidación de los atributos en la persona requirente. En alguna ya lejana oportunidad el notario hispano CÁNDIDO PAZ-ARES realizó una formidable investigación asumiendo que es el notario y únicamente el notario el *guardabarreras*, el *gatekeeper* de la legalidad¹⁰⁴. Para este autor la función notarial es similar a la que realiza un ingeniero transaccional que tiene la función de *crear el derecho* (en el campo de derecho privado) y también la de controlar la legalidad como *realizador del derecho* (en el campo del derecho público)¹⁰⁵. Esta caracterización notarial de protector o guardabarreras de la legalidad hoy queda diminuta si no la complementa con la actividad protectora de la voluntad. Sigue siendo el notario el guardabarreras, pero su función actual va mas allá que la de simplemente controlar la legalidad. Debe controlar la legalidad y además debe tutelar la voluntad. En esa tutela, se encuentra la protección de los derechos constitucionales en cada operación que se realice o se otorgue ante su presencia, teniendo en cuenta especialmente, como elemento esencial y primario de análisis de ejercicio, la cuestión de la personalidad humana con todo lo que ella conlleva.

¿Por qué razón entonces negar el juicio de capacidad? Todo lo contrario, debe asumirse que a la luz de la normativa vigente la sola comparecencia y su

también la capacidad de obrar es un atributo que corresponde a la persona conforme a su naturaleza...".

102 Fallos 179:113.

103 Art. 31 CCyC.

104 Conf. PAZ-ARES, Cándido. *El sistema Notarial. Una aproximación económica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1995, pág. 89.

105 *Ibidem*.

aceptación por parte del notario supone que la teoría de la personalidad humana está asumida y protegida, y que desde el mismo momento de las operaciones de ejercicio se debe inferir la tutela de la persona por parte del profesional del derecho a cargo de una función pública. Si la capacidad se supone en todos los casos (hasta en los casos extremos que tanto a nosotros nos han preocupado durante todo el tiempo de vigencia del CC) y ante ciertos casos puntuales y de excepción el nuevo ordenamiento autoriza la consolidación de *apoyos* (no sustituyendo la voluntad, sino todo lo contrario) para complementarla y para *consolidarla* en un hecho o un acto determinado previsto en el CCyC o en una ley especial, alejarse de ella invocando cuestiones técnicas o de ejercicio meramente formal parece no ser prudente.

La pregunta entonces que puede ahora mismo imponerse es la siguiente: ¿cómo volvemos a ejercer el juicio de capacidad sin temor teniendo en cuenta todo lo preceptuado en el CCyC, que entre otros bemoles, se refiere directamente a la sanción de nulidad de los actos realizados por una persona considerada incapaz?

Declarada no operativa la exigencia del CCyC que ordena la nulidad de los actos realizados por persona incapaz o con capacidad restringida que se oponen a lo que determina una sentencia que ha sido inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, o con posible declaración de nulidad si los mismos resultan lesivos al incapaz que al momento del otorgamiento tenía enfermedad ostensible o se enfrentó con un cocontratante de mala fe, o simplemente dispuso de un acto a título gratuito, la cuestión de la capacidad en sede notarial se vuelve especial y absolutamente relevante, sin ningún temor de ejercicio técnico, ni mucho menos de manifestación documental del mismo, por cuanto sigue siendo -como siempre lo fue- un análisis notarial que se enrola tanto en la actividad notarial protectora de la legalidad y (hoy más que en ningún otro momento) también protector de la voluntad y en tutela de la buena fe que el CCyC exige en muchos de los casos especialmente previstos como norma, y que asume como principio especial en el título preliminar (art. 9º).

En resumen, deben tenerse en cuenta especialmente en este sentido las conclusiones que se fueron dando en orden, de al menos las siguientes tres reuniones relevantes:

a) la 41º Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires¹⁰⁶;

106 https://www.colegio-escribanos.org.ar/noticias/capacitacion/2015_07_07_41-Convencion-Notarial-Conclusiones.pdf (último acceso: 25/07/2016).

b) las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil¹⁰⁷;

c) la 39 Jornada Notarial Bonaerense¹⁰⁸.

De las mismas se desprende que:

a) la actuación notarial no se ve modificada por la normativa del CCyC;

b) la exigencia de control de certificados específicos expedidos por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas no es obligatoria;

c) Tanto la declaración de incapacidad como las restricciones a la capacidad tienen una finalidad tuitiva y no se dirigen a limitar el ejercicio de los derechos fundamentales sino a complementarlos;

d) la designación de los apoyos por parte del juez únicamente tienen función de asistencia y no reemplazan la voluntad del interesado, porque la capacidad jurídica se presume y toda restricción constituye una excepción;

e) la declaración de incapacidad queda absolutamente reservada para los casos de excepción; únicamente en estos casos el juez puede nombrar un curador con facultades de representación, pero siempre con la obligación de revisar la sentencia por tiempo determinado;

f) la exigencia de inscripción de la sentencia es adecuada, pero se necesita estructurar un sistema de registros públicos acorde con las exigencias de la seguridad jurídica.

Ese sistema rígido de conceptos relacionados con la persona física y sus capacidades limitadas mediante ley ha mutado absolutamente. El nuevo sistema exige al jurista una adecuación a la realidad y consecuentemente a la verdad de lo que acontece de acuerdo al derecho.

12. RECEPCIÓN ACADÉMICA DEL DERECHO DE MENORES O ESTADO DE MINORIDAD. ¿CÓMO HEMOS RECEPTADO LAS ENSEÑANZAS PARA EJERCER EL NOTARIADO?

Nuestro derecho siempre ha considerado a los menores en general como aquellas personas que no adquieren el juicio, ni el discernimiento, ni la madurez intelectual necesaria para gobernarse por sí mismas. Fue además siempre una presunción legislativa a partir de la consideración de una pauta objetiva que se impone a la persona que no adquiere ni juicio ni discernimiento¹⁰⁹, presunción

107 <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-01.pdf> (último acceso: 25/07/2016).

108 <http://www.jnb.org.ar/conclusiones/39JNB-conclusiones-tema5.pdf> (último acceso: 25/07/2016).

109 Conf. CÓRDOBA, Marcos M. "De los menores", Alberto J. Bueres, Elena I. Highton, *Código Civil Comentado*, tomo I, 3ª reimposición, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pág.

que también encuentra motivos de orden social¹¹⁰. Esta situación es la que explica y fundamenta que el régimen de los menores se asimile y se estudie en paralelo con el régimen de incapacidad. Sobre esto, explicaba ATILIO ALTERINI entonces que la ley formula una consideración abstracta: "...pues no toma en cuenta la voluntad psicológica del sujeto, sino la voluntad jurídica que le imputa"¹¹¹. Entonces al considerarse la capacidad como el grado o aptitud de una persona no sólo para ser titular de derechos y de deberes jurídicos, sino también para que la misma pueda ejercer todas las facultades que surgen, que emanan de esos derechos y cumplir con las obligaciones que resultan ser consecuencia de los deberes mencionados¹¹², la misma noción se trasladaba al tema de menores a los que necesariamente se unía al sistema de protección y de sustitución de la voluntad.

El régimen de minoridad así expuesto ha sido considerado en muchas de las obras clásicas de la *escribanía* que hoy conforman documentos históricos de indubitable valoración al momento de recurrir a las fuentes primigenias que marcaron un rumbo en la historia académica del derecho notarial. En España, por ejemplo, la clásica obra de MIGUEL FERNÁNDEZ CASADO incluye un interesante capítulo que trata la capacidad legal de los menores¹¹³. El tratamiento del tema en estudio también se encuentra en las célebres obras hispánicas de ENRIQUE GIMÉNEZ-ARNAU¹¹⁴, ELOY ESCOBAR DE LA RIVA¹¹⁵ y JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO¹¹⁶. En nuestro país, ARGENTINO NERI presenta el análisis del tema desde diversas perspectivas -capacidad y legitimación¹¹⁷, autorización¹¹⁸ o estudio de títulos¹¹⁹-, al

721. Similar orientación de la *pauta objetiva* en Julio César Rivera, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, 5ª edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pág. 439.

110 Ver RIVERA, Julio César. "De los menores", Augusto C. Belluscio, Eduardo A. Zannoni, *Código Civil Comentado*, tomo I, 5ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 505.

111 ALTERINI, Atilio Aníbal. *Derecho Privado. Primer Curso*, pág. 144, traído por Marcos M. Córdoba, Ob. cit, pág. 723.

112 Ver, entre otros, BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho civil. Parte General*, tomo I, 13ª edición, actualizado por Guillermo J. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2009, págs. 429 a 432.

113 Conf. FERNÁNDEZ CASADO, Miguel. *Tratado de Notaría*, tomo I, Imprenta de la Viuda de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1895, pág. 406.

114 Conf. GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique. *Derecho Notarial Español*, volumen II, Rialp, Universidad de Navarra, 1964, págs. 62 a 68.

115 Conf. ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy. *Tratado de derecho notarial*, Marfil S.A., Barcelona, 1957, págs. 306 a 308, y 321 a 325.

116 Conf. GONZÁLEZ PALOMINO, José. *Instituciones de derecho notarial*, tomo 1º, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1948, págs. 498 a 503.

117 Conf. NERI, Argentino. *Tratado teórico y práctico de derecho notarial. Escrituras y Actas*, tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1970, págs. 385 a 393.

118 Ibídem, tomo V, 1972, págs. 23 a 53.

119 Ibídem, tomo IV, 1971, págs. 448 a 456.

igual que CARLOS NICOLÁS GATTARI -teoría¹²⁰ y práctica¹²¹-. De manera más precisa, por ejemplo, puede leerse a JOSÉ MARÍA MUSTAPICH¹²².

13. LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL DERECHO ACTUAL

La evolución legislativa del derecho de menores en la República Argentina denota claramente *dos etapas de desarrollo*¹²³. La primera de ellas, llamada *de la situación irregular*, tiene su fundamento en el control de los menores y en cierta manera introduce el concepto de *exclusión, que ha sido asumido en explicación consecuente por la escuela crítica del derecho*¹²⁴. La segunda etapa es sustancialmente diferente¹²⁵. La doctrina actual, denominada doctrina de la *protección integral*, viene a reconocer una amplitud de derechos y garantías a los *niños, niñas y adolescentes*, ubicándolos no sólo en el rol de *personas*, sino además en la especial condición de *personas que requieren de un cuidado especial*, con amplio reconocimiento de derechos y cumplimiento de estrictas garantías en beneficio de los mismos. De hecho, autores como MAURICIO MIZRAHI no dudan además en advertir -en su última obra laureada recientemente por la Academia Nacional del Derecho de Buenos Aires- que en la evolución jurídica que se ha referido, hasta resulta positivo el cambio de denominación: ya no debemos hablar de *menores*, sino de *niños, niñas y adolescentes*¹²⁶. Una vez más,

120 Conf. GATTARI, Carlos Nicolás. *Manual de derecho notarial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 133.

121 Conf. GATTARI, Carlos Nicolás. *Práctica Notarial. Los menores en el instrumento notarial*, volumen 6, Depalma, Buenos Aires, 1992, págs. 5 a 113.

122 Conf. MUSTAPICH, José María. *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1955, págs. 355 a 60.

123 Conf. SOLARI, Néstor Eliseo. *El niño y los nuevos paradigmas*, La Ley, Colección Académica, Buenos Aires, 2006, pág. 6.

124 Ver desarrollo en ARMELLA, Cristina N. y Cosola, Sebastián Justo. *Abordaje teórico-práctico...* cit., págs. 37 y sgts.

125 Además de las ya referenciadas, pueden consultarse las siguientes obras que intentan ampliar los conceptos de esta segunda etapa con efectos en el derecho privado, excluidos los análisis del derecho penal: Beloff, Mary (coordinadora). *La protección de la infancia como derecho público provincial*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2008; D'Antonio, Daniel Hugo. *Convención sobre los derechos del niño -comentada y anotada-*, Astrea, Buenos Aires, 2001; Lloveras, Nora (directora); Bonzano, María de los Ángeles (coordinadora). *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, Alveroni, Córdoba, 2010; Grosman, Cecilia (dirección). *Los derechos del niño en la familia -discurso y realidad-*, Universidad, Buenos Aires, 2004; García Méndez, Emilio (compilador). *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes -Análisis de la Ley 26.061-*, 2º edición, Fundación Sur Argentina, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008; Romano, Carlos Antonio. *La niñez -orientaciones para la aplicación de la ley y los derechos de los menores de edad-*, Lajouane, Buenos Aires, 2009.

126 Conf. MIZRAHI, Mauricio L. *Responsabilidad Parental*, Astrea, Buenos Aires, 2015, pág. 4.

la cuestión terminológica resulta ser esencial para comenzar el tratamiento de un tema determinado.

Esta doctrina que antes surgía clara y precisa desde la interpretación de la *Convención de los Derechos de los Niños desde su acatamiento por nuestro país* y ni que hablar luego, desde su incorporación a la Constitución Nacional, ahora se positiviza en el derecho interno a través tanto de la ley de protección integral del año 2005¹²⁷, como en el actual CCyC. Recordemos que desde el propio *preámbulo* de la convención se considera que a la infancia le corresponden los mismos derechos y garantías que a los adultos, más una protección jurídica complementaria dada su extrema situación de vulnerabilidad. En los últimos años, las evoluciones académicas, legales y jurisprudenciales en relación al derecho de los menores han sido elocuentes.

Debe siempre tenerse presente que el CC establecía categorías de menores (los impúberes -hasta los 14 años- y los menores adultos -desde los 14 y hasta los 18-) y hoy el CCyC crea la categoría de adolescente (desde los 13 años y hasta los 18 años, con algunos derechos que emergen a partir de los 16 años, los que podrían incluso ser considerados como adolescentes "adultos")¹²⁸. En realidad, todas las categorizaciones establecidas de acuerdo a pautas rígidas (fijar una edad determinada para suponer que las personas humanas adquieren o no adquieren mayores aptitudes para ciertos actos específicos y determinados) no tienen tanta relevancia en los hechos¹²⁹. Sí es importante resaltar que los *niños, niñas y adolescentes* en nuestro país tienen el derecho de proyectar su voluntad y de que el jurista considere, en cada caso puntual y determinado, la edad y grado de madurez suficiente. Ese es el baremo que hay que tener en cuenta a la hora de precisar cuál es el alcance y la necesidad de las personas humanas que cuentan con minoría de edad. Tal cual lo confirma el citado MAURICIO MIZRAHI: "Es necesario advertir que la madurez y el juicio propio del niño o del adolescente no necesariamente tendrán que estar atados a una edad cronológica determinada; de modo tal que constituirá un error valerse ciegamente de la perimida calificación entre menores impúberes y adultos..."¹³⁰. En resumen, los autores en la actualidad se inclinan a considerar que los *niños, niñas y adolescentes* se encuentran en una inmejorable zona de protección que no incide en su voluntad, sino que al contrario, la refuerza. Los principios que el CCyC recepta en la materia

127 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm> (último acceso: 26/07/2016).

128 Conf. RIVERA, Julio C. y Crovi, Luis D. *Derecho Civil. Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, pág. 258.

129 *Ibídem*.

130 MIZRAHI, Mauricio L. *Responsabilidad Parental* cit., pág. 12.

en referencia tienen que ver con los aportes que se han venido elaborando tanto doctrinaria como jurisprudencialmente desde las interpretaciones de la Convención de los Derechos del Niño (primero adoptada y luego constitucionalizada) y de la ley N° 26.061 de Protección Integral de los niños, las niñas y los adolescentes, con su decreto reglamentario N° 415/06. De todos estos instrumentos se desprende un paradigma esencial para ser tenido en cuenta por el jurista que es el que afirma el reconocimiento *de los niños, de las niñas y de los adolescentes* como sujetos de derecho considerados dentro de la familia, o fuera de ella en su individualidad, pero perteneciendo a una comunidad, con todos los derechos y responsabilidades emergentes de los cuales pueden ellos aprovechar según su edad y grado de madurez¹³¹. Y todo esto amparado por un plus de derechos que se relaciona con el segundo principio que es el de la *protección especial*¹³², donde nuevamente la interpretación del *interés superior* juega un papel preponderante y esencial¹³³. Para ello, el estudio de la evolución del tema en estudio en las jornadas nacionales de derecho civil y en las jornadas notariales argentinas resulta ser autosuficiente y completo. Por una cuestión de espacio, resulta de imposible tratamiento en la presente ponencia, así que remitimos a los estudios efectuados oportunamente¹³⁴.

14. EL NOTARIO FRENTE AL NUEVO DERECHO PRIVADO

El nuevo CCyC nos ha impuesto, contrariamente a lo antes afirmado, un prototipo diferente al que estamos acostumbrados a evaluar en el ejercicio de la función notarial, y la presión que sufrimos y que se nos impuso es ineludible: su rápida e indiscutible puesta en vigencia. Esta nueva vigencia de un nuevo derecho de principios ahora *positivizado* en un nuevo cuerpo legal -porque ya existía reconocido en las demás fuentes del derecho que asumíamos cómodamente como *no obligatorias*- nos ha enfrentado a nosotros, seres formales por esencia, excelencia y naturaleza, frente a temas que jamás creímos que íbamos a tener que discutir y nuevamente valorar.

131 Conf. HERRERA, Marisa. *Manual de derecho de las familias*, Natalia De La Torre, Silvia Fernández (colaboradoras), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, pág. 37.

132 *Ibidem*.

133 *Ibidem*, pág. 39.

134 ARMELLA, Cristina N. y Cosola, Sebastián J. *Abordaje teórico práctico...* cit., págs. 59 a 78.

De esta manera y únicamente en lo que a esta ponencia interesa:

a) se termina la regla rígida de capacidad y ahora lo que impera es la regla de la capacidad progresiva: es más, el CCyC ordena que todos somos capaces, que se presume inclusive encontrándose la persona en un nosocomio y que la misma, contra todo, debe siempre presumirse;

b) finaliza el régimen estricto de los menores de edad, a quien la ley actual opta por denominar niños, niñas o adolescentes evitando la referencia simplemente a los menores -para despegarlos del sistema de control y acercarlos al sistema de protección integral-, lo que implica nada más ni nada menos que el notario debe oírlo y debe atender, dentro de los límites y de su competencia, a su interés superior igual que otro jurista, haciendo prevalecer, por sobre todas las cosas, *la edad y el grado de madurez suficiente*.

Este desarrollo debe dirigirnos a comprender que el nuevo derecho nos impone tener otra actitud frente al ejercicio profesional. Por primera vez en la historia de nuestra institución, el derecho formulario pasa a ocupar -y creo que muy felizmente- un segundo plano. Reducir la ardua tarea notarial de nuestros días a una cuestión meramente instrumental no hubiera resistido la reforma y sin lugar a dudas la institución notarial por primera vez hubiera estado fuera tanto del anteproyecto como del proyecto del poder ejecutivo nacional y como de la aprobación definitiva de la nueva codificación nacional. El notariado aporta algo más que el documento elaborado y la técnica de redacción al mundo actual. Por ello su importancia se encuentra reflejada en los artículos específicos y por ello la nueva función en el nuevo derecho debe asumirse con esmero, vocación y responsabilidad.

15. CLAVES DEL NUEVO EJERCICIO DEL DERECHO NOTARIAL: LA IMPORTANCIA DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CCYC

El CCyC es un código de principios y, en esta dirección, presenta un nuevo paradigma del derecho digno de elogio. Un código de baluartes exige una comprensión armoniosa de todo el cuerpo normativo, es más: exige la convivencia de reglas más normas, más principios a los que atribuye el carácter ya no de ley, sino de derecho. La comprensión del *título preliminar del nuevo CCyC* (en adelante TP) resulta ser esencial por cuanto, como enseña RICARDO LORENZETTI, el mismo debe ser concebido como una *puerta de entrada* al *Código Civil* y al resto del sistema jurídico¹³⁵. Todos sus artículos presentan un gran significado

¹³⁵Conf. LORENZETTI, Ricardo Luis. "Título preliminar", en Ricardo Luis Lorenzetti (director), *Código Civil y Comercial de La Nación Comentado*, tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, pág. 25.

valorativo; por ello un TP presenta una notable utilidad en el campo de la interpretación jurídica -o criterio de argumentación jurídica razonable-. Desde allí el notorio y necesario efecto expansivo que presenta, tanto para todos los casos que se contemplan en el cuerpo normativo como así también para los otros ámbitos normativos¹³⁶.

El cambio de modelo del nuevo derecho privado es innegable y absolutamente trascendente, de manera que este tema no puede no tener la importancia que merece. El jurista que pretenda comprender este nuevo *sistema de interpretación normativa* debe necesariamente recurrir y conocer las reglas del TP para determinar en cada caso lo justo de cada cual, en un amplio diálogo de fuentes. De aquí entonces que hablemos de la constitucionalización del derecho privado, precisamente porque ese amplio diálogo de fuentes se inicia desde la Constitución Nacional, y de allí que existan autores que se refieran, al hablar del alcance normativo de la constitucionalización del derecho privado, a que necesariamente hay que analizar básicamente dos dimensiones: la normativa y la dikelógica (o axiológica)¹³⁷. Así es entonces que puede afirmarse sin temor a equivocación alguna, que en gran medida el reconocimiento de la constitución como fuente del derecho es un reconocimiento que, en definitiva, dirige al jurista preparado a captar de su seno los principios, valores y derechos humanos que tienen capacidad de generar en él mismo, las respuestas y los interrogantes frente a los casos que se le planteen¹³⁸. El paradigma jurídico al que hemos estado hasta ahora acostumbrados a tener como guía o faro frente a los casos complejos (aplicación de la ley luego de la interpretación y de haber encontrado en ella "la respuesta adecuada") debe entonces mutar absolutamente hacia un criterio argumentativo de ejercicio jurídico (estudiar el "caso" con su variedad de fuentes, donde habrá siempre más que una respuesta y en el cual la delicada tarea jurídica es la de escoger de todas ellas cuál es la que se pretende que prospere o consienta)¹³⁹.

16. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y LA RECEPCIÓN NOTARIAL (ART. 3º CCYC)

La referencia a la razonabilidad de las sentencias que esgrimen los jueces en el art. 3º del TP está relacionada específicamente con el pensamiento

136 *Ibidem*.

137 Conf. RIVERA, Julio César y Crovi, Luis Daniel. *Derecho Civil. Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, pág. 8.

138 VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 28.

139 *Ibidem*.

de lo que se denomina como *razón práctica prudencial*¹⁴⁰. Definitivamente se argumenta que el juez debe resolver todos los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión que tiene que ser razonablemente fundada. Desde esta parte general, no hay razón posible para negar el principio de analogía en el oficio del jurista: los notarios debemos resolver los asuntos que llegan a nuestras notarías en argumentos proyectados en el documento que sean *razonablemente fundados*. El artículo en referencia puede ser dividido en dos partes bien diferenciadas:

a) el *deber de resolver* propio del juez, que es inalienable e inseparable de su persona salvo por causas que la propia ley le autoriza a esgrimir ante ciertos y determinados casos complejos (excusación);

b) la decisión que surja del deber de resolver debe ser fundada razonablemente, o como el artículo lo dice, *decisión razonablemente fundada*.

Interesa a este trabajo la segunda parte, por cuanto el notario se diferencia del juez en el deber de resolver (sería deber de aceptar el acto o hecho que pretende ser autorizado) en razón de que el mismo puede abstenerse de realizar el acto invocando simplemente el deber ético notarial de independencia. Suponemos entonces, para hablar de *razonabilidad notarial*, que el notario ha aceptado realizar el trabajo que se le ha encomendado, por cuanto lo cree dentro del marco de la legalidad integrada y del deber ético de la imparcialidad.

17. ¿QUÉ ES LA RAZONABILIDAD?

La referencia a la razonabilidad no puede escapar al análisis iusfilosófico. En este sentido, es JOHN FINNIS quien claramente se refiere a la justicia desde la exigencia de la *razonabilidad práctica*¹⁴¹. La *filosofía práctica* pretende retomar, en explicación de MASSINI CORREAS, la tradición clásica según la cual los fines y valores del obrar deben ser susceptibles de un conocimiento y de un control racional¹⁴². La razón humana, comenta VIGO, es una sola y la verdad siempre es adecuación a lo real¹⁴³. Funciona como teoría y como práctica. Como teoría, se propone únicamente la con-

140 Conf. RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. "Título Preliminar", en Julio C. Rivera, Graciela Medina (directores), Mariano Esper (coordinador), *Código Civil comentado*, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2014, versión digital Thomson-Reuters Review.

141 Conf. FINNIS, John. *Ley Natural y derechos naturales*, traducido por Cristóbal Orrego Sánchez, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 191.

142 Conf. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *Filosofía del derecho*, tomo I, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pág. 21.

143 Conf. VIGO, Rodolfo Luis. *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 29.

templación de la verdad y se aplica a las cosas que se ofrecen con la sola finalidad de la contemplación de lo real. Como práctica, la razón aprehende la verdad para dirigir una determinada acción del hombre, no es contemplar lo real, sino transformar lo real¹⁴⁴, por cuanto: "...el conocimiento práctico presupone el conocimiento teórico que lo funda y sobre el cual se apoya"¹⁴⁵. Por ello es que VALLET DE GOYTISOLO afirma que la *razón teórica, pura o especulativa* parte de algunos principios conocidos *a priori* que permiten deducir conclusiones lógicamente consecuentes, mientras que la *razón práctica* se refiere a los principios *a priori de la acción*, de donde surge que no son nuestras ideas las que deben adecuarse a las cosas, sino las cosas a nuestras ideas¹⁴⁶. De esta manera, el primer principio práctico de la ley natural ordena que *el bien ha de hacerse y el mal evitarse*, conjuntamente con los demás principios prácticos, son aprehendidos por evidencia ni bien se presenta la cuestión ética¹⁴⁷. La evidencia en el primer principio práctico hace alusión a proposiciones que por sí mismas son evidentes, lo que significa que no pueden ser sino percibidas como verdaderas por aquellos que alcancen a conocerlas en sus significados variables¹⁴⁸. Así, explica MASSINI que en todos los raciocinios prácticos que concluyen en los preceptos del derecho natural se encuentra presupuesto, implícita o explícitamente, el primer principio práctico que en contracción jurídica puede formularse como *lo justo ha de hacerse y lo injusto evitarse*¹⁴⁹.

La razón práctica, en resumen, se refiere puntualmente a la capacidad de utilización de la razón para guiar el obrar¹⁵⁰. Capacidad de guía de nuestra razón para dirigir nuestro obrar. Conteste con lo antedicho y nuevamente, *se debe perseguir lo bueno y se debe evitar lo malo*, es un principio general de la racionalidad práctica¹⁵¹. JOHN FINNIS es uno de los máximos expositores actuales del iusnaturalismo clásico¹⁵² y su obra es en la actualidad adoptada en varias naciones del derecho continental. Desde el notariado, fue JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL quien re-

144 *Ibidem*.

145 *Ibidem*.

146 Conf. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. "Más sobre temas de hoy", publicaciones de la Editorial Speiro, Madrid, 1979, pág. 4.

147 Conf. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, pág. 74.

148 *Ibidem*, pág. 75.

149 *Ibidem*.

150 Conf. GÓMEZ-LOBO, Alfonso. *Los bienes humanos. Ética de la Ley Natural*, Mediterráneo, Santiago de Chile, 2006, pág. 21.

151 *Ibidem*, pág. 20.

152 Conf. LEGARRE, Santiago; Miranda Montecinos Alejandro y Orrego Sánchez, Cristóbal (editores). *La lucha por el derecho natural. Actas de las Jornadas en Homenaje a John Finnis. A 25 años de la publicación de Natural Law and Natural Rights*, Cuadernos de extensión jurídica, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2006.

cogió parte trascendente de su doctrina, especialmente en lo referente a la duda acerca de la obediencia a la ley o a la moral¹⁵³.

En la actualidad RABBI-BALDI argumenta la importancia que el jurista (juez) debe deducir con una respuesta ponderativa (o de balance) entre derechos competitivos y cita a PERELMAN, que afirma que la razonabilidad es: "...una síntesis que combina la preocupación de la seguridad jurídica con la equidad, la búsqueda del bien común con la eficacia en la realización de los fines admitidos", de donde: "...más que al legislador, es al juez al que se confiará la realización de esa síntesis"¹⁵⁴. En los "Fundamentos" del CCyC se esgrime que el requisito de la razonabilidad se encuentra constituido por un estándar de control de la decisión judicial, castigando a aquellas resoluciones que arriban a resultados disvaliosos o antifuncionales.

18. ¿QUÉ ES ENTONCES LA RAZONABILIDAD NOTARIAL?

La *seguridad jurídica* conforma el interés de la agenda del jurista preocupado por el control de razonabilidad de las leyes. Si el derecho está conformado por reglas y por sus diferentes niveles de interpretación desde lo legislativo y desde lo ciudadano, dado el conflicto *en la interpretación del alcance de la norma*, habrá un juez que solucione la controversia¹⁵⁵ intentando alcanzar la racionalidad como método para evitar la arbitrariedad¹⁵⁶.

A esas alusiones debe agregarse que el derecho no sólo está compuesto de reglas, sino también de principios. De ahí es que se destaquen obras de indudable actualidad que vienen a comprobar que *la seguridad jurídica y la justicia son fundamentos de la legalidad y de la razonabilidad*¹⁵⁷.

153 DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco. *La deontología notarial* cit, pág. 16.

154 RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. "Titulo Preliminar" cit., versión digital Thomson Reuters Review.

155 Conf. CAÑAL, Diana Regina. "El contenido formal y sustancial del derecho: una contradicción aparente (Una mirada desde el derecho del trabajo)", Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, N° topográfico 253.521/2005, pág. 6.

156 *Ibidem*, págs. 8 y sgts.

157 Conf. SAGGESE, Roberto M. A. *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, págs. 60 y sgts; Cianciardo, Juan. *El ejercicio regular de los derechos*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, págs. 281 y sgts. También del mismo autor *Principio de proporcionalidad y concepto de derecho. Una aproximación desde la tesis del positivismo jurídico*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, pág. 57; y Clérico, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional argentino*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, págs. 23 y sgts.

La razonabilidad notarial impone al escribano el encontrar, entre el diálogo de fuentes, la mejor respuesta para el caso que se le plantea, ponderando soluciones, alternativas y decisiones para que el documento notarial no sea arbitrario ni injusto.

En este sentido, las líneas directrices de la concreción de la razonabilidad notarial pueden resumirse en las siguientes:

a) el obrar notarial parte de la idea del conocimiento y apunta al control racional;

b) ese conocimiento supone la idea que manda a que del mismo el notario extraiga conclusiones valiosas (razonabilidad teórica);

c) recepción de la voluntad de los requirentes adecuada al nuevo derecho (razonabilidad práctica);

d) arribo a un resultado justo (el bien debe hacerse, el mal evitarse);

e) aplicación de los conocimientos integrados con la equidad.

La aplicación del principio de razonabilidad no podría haberse efectuado jamás en sede notarial con la regla rígida de capacidad y con la consideración de los menores como sujetos de control y no como personas humanas que pueden reclamar y exigir, como cualquier otra, que su voluntad sea cumplida de acuerdo a su grado de madurez y no a la suposición rígida que una ley determine o disponga. Si el notario no pondera la capacidad de la persona humana que recurre a la notaría en búsqueda de respuestas, y si no pondera la voluntad del niño, de la niña o del adolescente por considerarla inmadura o inoportuna, estará incumpliendo el principio de razonabilidad notarial y consecuentemente estará generando una injusticia, propia de un código decimonónico y no de un código de principios. Un código de principios presenta pautas formidables de justicia, pero en ciertas circunstancias la diversidad normativa y la remisión constante a principios esenciales que se suponen más ligados a la condición de persona humana que a cuestiones técnicas de ejercicio, puede generar en algún acto específico alguna duda de aplicación jurídica concreta.

En un sistema decimonónico como el que teníamos hasta la puesta en vigencia del CCyC, las reglas o pautas de interpretación eran relativamente sencillas, incluso para el ejercicio de la función notarial:

a) ley posterior puede sobre la ley anterior;

b) ley especial puede sobre la ley general;

c) aplicación de los fallos plenarios;

d) concreción documental de los casos comunes de acuerdo a pautas tradicionalmente impuestas.

El nuevo código es absolutamente novedoso en esta materia y con su puesta en vigencia ya no quedan casos de interpretación de leyes especiales

modificadorias del régimen codificado, porque todo el cuerpo es novedoso y porque además se ha realizado en consonancia con las leyes que adelantaban el nuevo derecho y que se encuentran en un todo general de acuerdo con los nuevos artículos ya vigentes. Los criterios de interpretación, salvo en casos puntuales, son diferentes -al menos por ahora- a la hora de realizar o de crear el derecho documental. De ahí que pueda ocurrir que ante un caso determinado, en la función notarial de concreción del deber ético notarial de legalidad integrada se advierta o se avizore antes del acto documental algún posible conflicto en la aplicación de las normas vigentes, todas nacidas en un mismo acto y sin tanta jurisprudencia vigente -puede haber diferentes alcances interpretativos en las diferentes secciones del nuevo CCyC, teniendo en cuenta que no hay unidad en los aportes académicos de cada sección, ya que fueron varios los juristas que aportaron su saber y entender para su definitiva concreción-.

Si a eso sumamos la posiblemente conflictiva interpretación notarial del amplio abanico de fuentes desde una institución que se ha caracterizado por una orientación legalista por excelencia, la cuestión puede preocupar en demasía al notariado en su conjunto.

Pensamos que recurrir a las herramientas actuales que ofrece el derecho para la solución de conflictos puede ser una salida, al menos segura, para escapar a los casos que puedan plantear cierta dificultad en la aplicación de una norma u otra norma y, a su alrededor, de la concepción amplia de las fuentes auxiliares que confirmen la elección llevada adelante.

En los tiempos que corren, para escoger *la mejor solución posible* y así tratar al máximo de evitar el potencial conflicto del derecho, sobre todo en materia de derechos fundamentales¹⁵⁸, el jurista escoge, entre algunos otros métodos, el camino de la *ponderación*¹⁵⁹. Es así que, ante todo el jurista prudente no puede pensar que la aplicación del derecho que concreta en su labor no puede traer consigo problemas posteriores; si esto es así: "...la aplicación de normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente"¹⁶⁰. Podemos presumir que la aplicación de las normas vigentes cumple con el cometido del derecho, pero si así fuera, ¿por qué razón existen los conflictos una vez acaecido el hecho jurídico de acuerdo a la norma? Si la correcta y adecuada implementación de la norma fuera para nosotros la garantía de satisfacción del trabajo notarial bien realizado, no habría razones

158 Sobre este tema: CIANCIARDO, Juan. *El ejercicio regular de los derechos*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007.

159 ALEXY, Robert. *La construcción de los derechos fundamentales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, págs. 27 y sgts., para ver la respuesta a esas críticas y la conformación estructural de la teoría. El sistema de ponderación ha recibido ciertas críticas.

160 Conf. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Palestra, Perú, 2010, pág. 27.

para temer, en muchos casos, de ataques por falsedad, por simulaciones o por diferentes supuestos de la teoría de las ineficacias de nuestras propias escrituras realizadas no sólo con ética y nobleza, sino de acuerdo con la ley vigente.

Ponderar, para el escribano, debería consistir en una especie de balance; el balance que realiza de la aplicación de la norma que tendrá vida a partir de la voluntad en el documento para que el mismo nazca sin vulneración de derechos y respetando siempre la jerarquía normativa. Ponderar es para el notariado no superponer una norma inferior para lograr un cometido secundario en casos puntuales y específicos, cuando no quedara otra alternativa (por ejemplo, dar valor a una norma de procedimiento -disposición técnico registral- por encima de las normas superiores fundacionales del derecho). Lógicamente que la ponderación se realiza antes de la creación documental de acuerdo a lo expuesto por los requirentes y a lo que definitivamente decida realizar el/ la notario/a que acepta la rogación. Por eso no podría él/ella mismo/a, invocando la ponderación, desconocer las reglas notariales de trabajo cotidiano (en el caso planteado, no podría alguien realizar un acto desconociendo la técnica de inscripción por el solo hecho de invocar que podría estar vulnerándose un derecho determinado; en todo caso, a través de las reglas de este ensayo, podrá complementarse el documento para que la voluntad adquiera así dimensión en la publicidad cartular).

Cuando los casos que se plantean no pueden ocurrir en sede notarial, el deber ético de abstención es tan necesario como oportuno. La ponderación así se relega a aquellos casos puntuales que engloban protección de derechos fundamentales y que no pueden esperar a una solución en el tiempo precisamente porque de lo que se requiere es de la protección y tutela de un derecho que se encuentra en la normativa privada al amparo de la Constitución Nacional.

19. CONCLUSIÓN: LA RAZONABILIDAD NOTARIAL APLICADA A LA TEORÍA DE LA PERSONALIDAD HUMANA

En la fusión de la *ciencia* (función notarial) y la *técnica* (la confección del documento y especialmente, de la escritura pública) con el *arte* (los deberes éticos notariales aplicados) se encuentra esbozada la verdadera posición del *derecho notarial actual*. Debe quedar en claro que la más trascendente función notarial en la actualidad precede y antecede a la redacción de la escritura pública, ya que para llegar a ella se deben ejercer los deberes éticos notariales aplicados: *información, asesoramiento, consejo; imparcialidad, independencia* y deber integrado de *legalidad*, comprensivo de *normas, valores, reglas y prin-*

cipios que emergen de la Carta Magna y de los tratados de derechos humanos fundamentales y que se captan por evidencia. Como se encuentra descrito de manera clara y contundente en los fundamentos que la comisión redactora eleva oportunamente al Poder Ejecutivo del entonces anteproyecto de reforma, al referirse al conjunto de solemnidades de los documentos matrices:

“Todo ello demuestra que la esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia *erga omnes*”¹⁶¹.

Esta nueva tesis de argumentación notarial del derecho, hoy con el sustento del título preliminar en general, y en especial en la aplicación de la razonabilidad notarial, con el apoyo del CCyC y -más que ello- con los innegables fundamentos expuestos por la comisión elaboradora del nuevo cuerpo legal acerca de la función del escribano en la actualidad, puede comenzar a proyectarse cuál es la verdadera función, esencia y misión notarial actual dentro del ámbito del oficio del jurista. La misma tesis que reconoce como orígenes los fantásticos aportes de JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS¹⁶² (tesis de la función notarial creadora de derecho), los relevantes complementos de FRANCESCO CARNELUTTI¹⁶³ (tesis del notario como hombre de buena fe en el mundo del derecho), las sabias apostillas de EDUARDO J. COUTURE¹⁶⁴ (tesis de la fe pública como contenido introductorio al estudio del derecho notarial) y las concreciones fundamentales de nuestro genial e inolvidable maestro JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO¹⁶⁵ (concreción de una metodología en la determinación notarial del derecho *-caverere-*), hoy tiene que seguir adelante su evolución con el aporte de cada uno de nosotros. De nosotros depende la consolidación notarial de los derechos en la nueva sociedad jurídica.

Debe entonces reiterarse que si la función notarial fuera en la actualidad únicamente la documental, no tendría razón de ser la recepción legislativa en el nuevo cuerpo legal entre tantos medios de prueba indirectos que aun sin certeza, prueban los acontecimientos por el solo hecho de la simple exhibición. Aun

161 LORENZETTI, Ricardo Luis; Highton de Nolasco, Elena y Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Código Civil y Comercial de la Nación...* cit., pág. 543.

162 Conf. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946.

163 Conf. CARNELUTTI, Francesco. *La figura jurídica del notariado*, Reus, Madrid, 1954, págs. 14 y sgts.

164 COUTURE, Eduardo J. *El concepto de fe pública. Introducción al estudio del Derecho Notarial* cit.

165 Conf. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. *Manuales de metodología jurídica*, tomo III, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, págs. 231 y sgts.

con la cuestionable idea originaria de crear registros constitutivos de derechos que acercan más el sistema de seguros que al que estamos acostumbrados desde siempre a realizar -tan cuestionable que no pudo concretarse-, si la función notarial se considera fuerte en el CCyC es definitivamente porque no es sólo la documentación lo relevante en nuestro ejercicio. Somos nosotros los que en primera instancia y paulatinamente debemos reconocer este nuevo derecho y con él hacer realidad la argumentación notarial que sin violencia a las formas impuestas puede contribuir sanamente al desarrollo del derecho justo en un ámbito de paz, alejado de las controversias. Para ello debemos recurrir a los métodos que nuestra función autoriza, que son indudables para la sociedad en su conjunto, por los principios de autenticidad interna y externa, entre ellas:

a) declaraciones en las escrituras de cualquier manifestación o expresión de voluntad;

b) manifestaciones de las partes con contenido esencial de derechos humanos;

c) potenciación del asesoramiento, información y consejo;

d) aplicación del principio de legalidad integrada (reglas más normas, más principios, más valores);

e) dar a las escalas de jerarquía, validez y vigencia de las leyes el valor que realmente deben tener y presentar;

f) creación documental en base a cada caso en particular, cumpliendo acabadamente con el deber de rogación y recepción de las primeras audiencias.

Estas pautas conforman ni más ni menos que la aplicación razonable del derecho notarial en el documento. Es esta la manera que tenemos de crear el derecho sobre el documento. La teoría de la personalidad humana cuenta entonces con una clara recepción en sede notarial, que viene a presuponer una protección al hombre y a la mujer y, con ello, a la capacidad (legal o progresiva), que no es otra cosa que elevar la doctrina de la voluntad a los estándares que la han mantenido firme durante los últimos tiempos (justicia).

20. BIBLIOGRAFÍA

AAVV. *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, tomo I, Academia Nacional del Derecho de Córdoba, Ediciones El Copista, Córdoba, 2000.

AAVV. *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927-1937-1961-1969)*, tomo I, Academia Nacional del Derecho de Córdoba, Advocatus, Córdoba, 2009.

ABELLA, ADRIANA NÉLIDA. *Derecho Notarial*, Zavalía, Buenos Aires, 2010.

ALEXY, ROBERT. *La construcción de los derechos fundamentales*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2010.

Congresos y Jornadas

- ALEXY, ROBERT. *Teoría de la argumentación jurídica*, Palestra, Perú, 2010.
- ALLENDE, ALBERTO GASPAR. *Ley 17.711 - Aplicación en la actividad notarial*, Imprenta Mennah, Buenos Aires, 1968.
- ARMELLA, CRISTINA NOEMÍ y COSOLA, SEBASTIÁN JUSTO. *Abordaje teórico-práctico del adelantamiento de la mayoría de edad. Ley 26.579*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2011.
- ARMELLA, CRISTINA NOEMÍ. *De las escrituras públicas*, en ALBERTO J. BUERES y ELENA I. HIGHTON. *Código Civil Comentado*, tomo 2 C, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- ARMELLA, CRISTINA NOEMÍ (directora). *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, tomo II, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.
- BORDA, GUILLERMO A. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BUSO, EDUARDO. *Código Civil Anotado*, tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1944.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. *La figura jurídica del notariado*, Reus, Madrid, 1954.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946.
- CAVALLÉ CRUZ, ALFONSO. *El derecho a la belleza*, en AAVV, *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, N° 1, Segunda Época, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012.
- CIANCIARDO, JUAN. *El ejercicio regular de los derechos*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007.
- CIANCIARDO, JUAN. *Principio de proporcionalidad y concepto de derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009.
- CLÉRICO, LAURA. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional argentino*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.
- CLUSELLAS, EDUARDO GABRIEL (coordinador). *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo I, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015.
- COLOMBO, SILVINA DEL VALLE. *El universo de la representación legal de los menores*, Revista Notarial, N° 956, 2007.
- CÓRDOBA, MARCOS M. *De los menores*, en ALBERTO J. BUERES y ELENA I. HIGHTON, *Código Civil Comentado*, tomo I, 3° reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- COSOLA, SEBASTIÁN JUSTO. "El Título preliminar del Código Civil y Comercial de La Nación y la función notarial (Tesis sobre la argumentación Notarial del Derecho)", especial para Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires (en prensa).
- COSOLA, SEBASTIÁN JUSTO. *Los valores rectores del documento notarial y la convivencia de las publicidades jerarquizadas (Fundamentos notariales para el nuevo derecho privado argentino)*, tesis doctoral no defendida (en revisión), inédita, Buenos Aires, 2016.

- COSSIO, CARLOS. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Losada, Buenos Aires, 1944.
- COUTURE, EDUARDO J. *El concepto de fe pública (Introducción al estudio del derecho notarial)*, Fas, Rosario, 2005.
- CUETO RÚA, JULIO. *Fuentes del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971.
- D'ANTONIO, DANIEL H. *La ley 26.579 -mayoría de edad- y la capacidad de los menores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010.
- DEL CARRIL, ENRIQUE HORACIO. "Interpretación, neoconstitucionalismo y ética profesional, en *Ética de las profesiones jurídicas (Abogados, jueces, notarios)*, en COSOLA, SEBASTIÁN JUSTO; DEL CARRIL, ENRIQUE HORACIO; MONTESANO, LUIS; FINN, SANTIAGO; Ad Hoc, Buenos Aires, 2010.
- DELGADO DE MIGUEL, JUAN FRANCISCO. *Deontología notarial*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1992.
- ESCOBAR DE LA RIVA, ELOY. *Tratado de derecho notarial*, Marfil S.A., Barcelona, 1957.
- ETCHEGARAY, NATALIO PEDRO. *Escrituras y actas notariales*, 5ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2010.
- FERNÁNDEZ CASADO, MIGUEL. *Tratado de Notaría*, tomo I, Imprenta de la Viuda de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1895.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS. *Derecho de las personas*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS. *Derecho y persona*, Astrea, Buenos Aires, 2015.
- FINNIS, JOHN. *Ley Natural y derechos naturales*, traducido por CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
- GATTARI, CARLOS NICOLÁS. *Los menores en el instrumento notarial*, Colección Práctica Notarial, tomo VI, Depalma, Buenos Aires, 1988.
- GATTARI, CARLOS NICOLÁS. *Manual de Derecho Notarial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- GIMÉNEZ-ARNAU, ENRIQUE. *Derecho Notarial Español*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1964.
- GÓMEZ-LOBO, ALFONSO. *Los bienes humanos*, Mediterráneo, Santiago de Chile, 2006.
- GONZÁLEZ PALOMINO, JOSÉ. *Instituciones de derecho notarial*, tomo 1º, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1948.
- GONZÁLEZ, CARLOS EMÉRITO. *Teoría General del Instrumento Público (Introducción al Derecho Notarial Argentino y Comparado)*, Ediar, Buenos Aires, 1953.
- GRAJALES, AMÓS ARTURO y NEGRI, NICOLÁS. *Argumentación Jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 2014.
- HERRERA, DANIEL. *La persona y el fundamento de los derechos humanos*, Educa, Buenos Aires, 2012.

Congresos y Jornadas

- HERRERA, MARISA. *Manual de derecho de las familias*, NATALIA DE LA TORRE, SILVIA FERNÁNDEZ (colaboradoras), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015.
- HERRERA, MARISA. "Persona Humana", en RICARDO L. LORENZETTI (director), *Código Civil y Comercial de La Nación comentado*, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.
- HIGHTON, ELENA INÉS. *Capacidad de los menores de edad*, en *Personas Humanas*, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015, Nº 3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016.
- KELSEN, HANS. *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Losada, Buenos Aires, 1946.
- KELSEN, HANS. *Teoría General del derecho y del Estado*, traducido por EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, Imprenta Universitaria, México, 1949.
- KELSEN, HANS. *Teoría pura del derecho*, traducido ROBERTO J. VERNENGO, Porrúa, México, 2007.
- LAFFERRIERE, JORGE N. *La persona humana en el Código Civil y Comercial. Consideraciones generales*, en GABRIEL LIMODIO (editor), *Derecho y persona humana en el Código Civil y Comercial*, Educa, Buenos Aires, 2016.
- LAMBER, RUBÉN AUGUSTO. *La escritura pública*, tomo II, FEN, La Plata, 2003.
- LAMBER, RUBÉN AUGUSTO. *Derecho Civil Aplicado*, Colección Función Notarial 3, Astrea, Buenos Aires, 2010.
- LAVALLE COBO, JORGE E. "Comentarios al título preliminar (Art. 1)", en AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO (director) y EDUARDO A. ZANNONI, *Código Civil y Leyes complementarias*, tomo 1, 5º reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005.
- LEGARRE, SANTIAGO; MIRANDA MONTECINOS, ALEJANDRO; Y ORREGO SÁNCHEZ, CRISTÓBAL (editores). *La lucha por el derecho natural. Actas de las Jornadas en Homenaje a John Finnis. A 25 años de la publicación de Natural Law and Natural Rights*, Cuadernos de extensión jurídica, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2006.
- Congresos y jornadas nacionales de derecho civil*, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN y colaboradores. *Código Civil Anotado*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978.
- LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN. *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, tomo I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1991.
- LORENZETTI, RICARDO LUIS (director). *Código Civil y Comercial de La Nación comentado*, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.
- LORENZETTI, RICARDO LUIS. *Código Civil y Comercial de la Nación (Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012.
- LORENZETTI, RICARDO LUIS. *Título preliminar*, en RICARDO LUIS LORENZETTI (director), *Código Civil y Comercial de La Nación Comentado*, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.

- MASSINI CORREAS, CARLOS IGNACIO. *Filosofía del derecho*, tomo I, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- MASSINI CORREAS, CARLOS IGNACIO. *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Ábaco, Buenos Aires, 1999.
- MIZRAHI, MAURICIO L. *Responsabilidad Parental*, Astrea, Buenos Aires, 2015.
- MONASTERIO GALÍ, ANTONIO DE. *Biología de los derechos en la normalidad y de su representación*, Ediciones de la Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1966.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE. *Derecho civil constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011.
- MUSTAPICH, JOSÉ MARÍA. *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, Ediar, Buenos Aires, 1955-1957.
- NERI, ARGENTINO I. *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, tomo III (1970), tomo IV (1970) y tomo V (1972), Depalma, Buenos Aires.
- NIETO BLANC, ERNESTO; LAJE, EDUARDO J.; YUNGANO, ARTURO R.; y SÁNCHEZ URITE, ERNESTO. *Curso de Derecho Civil*, Primera Parte, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1981.
- NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Estudio Preliminar de SEBASTIÁN JUSTO COSOLA, Colección Biblioteca Notarial N° 3, Gaceta Notarial, Lima, 2013.
- NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Hechos y derechos en el documento público*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1950.
- ORELLE, JOSÉ MARÍA R. *Actos e instrumentos notariales*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- PAZ-ARES, CÁNDIDO. *El sistema Notarial. Una aproximación económica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1995.
- PELOSI, CARLOS A. "El derecho notarial como derecho autónomo", en *Los anales del notariado argentino*, tomo 2, volumen VII, publicación del Instituto Argentino de Cultura Notarial, Buenos Aires, 1975.
- PELOSI, CARLOS A. *El documento Notarial*, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- PONDÉ, EDUARDO BAUTISTA. *Tríptico Notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1977.
- Proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el Código de Comercio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO. *Título Preliminar*, en JULIO C. RIVERA, GRACIELA MEDINA (directores) y MARIANO ESPER (coordinador), *Código Civil comentado*, La Ley, Buenos Aires, tomo I, 2014.
- RIPERT, GEORGES y BOULANGER, JEAN. *Tratado de Derecho Civil*, tomos I, II (1988) y III (2005), La Ley, Buenos Aires.
- RIVERA, JULIO CÉSAR y CROVI, LUIS D. *Derecho Civil. Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

Congresos y Jornadas

- RIVERA, JULIO CÉSAR; MEDINA, GRACIELA (directores); y ESPER, MARIANO (coordinador). *Código Civil y Comercial de La Nación comentado*, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2014.
- RIVERA, JULIO CÉSAR. *De los menores*, en AUGUSTO C. BELLUSCIO, EDUARDO A. ZANNONI, *Código Civil Comentado*, tomo I, 5° reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005.
- RIVERA, JULIO CÉSAR. *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.
- RIVERA, JULIO CÉSAR. *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.
- RIVERA, JULIO CÉSAR. "Personas de existencia visible", en CÉSAR A. BELLUSCIO y EDUARDO A. ZANNONI, *Código Civil y Leyes Complementarias*, tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2005.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO. "El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad", en *Escritos Jurídicos*, tomo II, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.
- ROSSATTI, HORACIO. *El código civil y comercial desde el derecho constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016.
- SAGGESE, ROBERTO M. A. *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010.
- SOLARI, NÉSTOR ELISEO. *El niño y los nuevos paradigmas*, La Ley, Colección Académica, Buenos Aires, 2006.
- SPOTA, ALBERTO GASPAS. *Curso sobre temas de derecho civil*, Instituto Argentino de Cultura Notarial, Buenos Aires, 1971.
- TOBIÁS, JOSÉ W. *La persona humana y el proyecto*, en JULIO C. RIVERA (director), *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de La Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- TOLLER, FERNANDO M. *Sistema de citas y redacción en derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2016.
- TRAVIESO, JUAN ANTONIO. *La protección del menor en la Constitución reformada*, mesa redonda del 11 de junio de 1996, Comisión de Derecho de Familia de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Colegio de Escribanos de Capital Federal, Biblioteca, Caja 21-5.
- VALLET DE GOYTSOLO, JUAN BERCHMANS. *Manuales de metodología jurídica*, tomo III, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004.
- VALLET DE GOYTSOLO, JUAN BERCHMANS. *Más sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1979.
- VENTURA, GABRIEL. *La Actividad Notarial en el nuevo Código Civil y Comercial*, en <https://www.youtube.com/watch?v=memG2MXdDig> (último acceso: 02/6/2016).
- VIGO, RODOLFO LUIS. *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2005.

- VIGO, RODOLFO LUIS; y HERRERA, DANIEL A. "El concepto de persona humana y su dignidad", en *Personas Humanas*, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016.
- VIGO, RODOLFO LUIS. *Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.
- VIGO, RODOLFO LUIS. *Interpretación Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.
- VIGO, RODOLFO LUIS. "Prólogo" a la obra de ALFONSO SANTIAGO (h), *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.
- VIGO, RODOLFO LUIS. *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008.
- VILLALBA WELSH, ALBERTO. *El derecho notarial a la luz de la teoría egológica*, Ediciones de la Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1967.
- ZINNY, MARIO ANTONIO. *El acto Notarial (Dación de fe)*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- ZITO FONTÁN, OTILIA DEL CARMEN (coordinadora). *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2014.

Estatuto de disciplinamiento y capitulaciones*

*Karen M. Weiss
Gastón A. Zavala*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Orden público y autonomía de la voluntad. 3. Eficacia en el país de las convenciones celebradas en el extranjero. 4. Estipulaciones capitulares. 5. Régimen patrimonial primario. 6. Régimen patrimonial de las uniones convivenciales. 7. Forma instrumental de las convenciones y la función notarial. 8. Registración y publicidad. Publicidad formal. Técnica publicitaria. 9. Contratación entre cónyuges y excónyuges. 10. Divorcio y régimen de comunidad. 11. Disolución de la comunidad inter vivos y mortis causa. 12. Eficacia del acuerdo particionario conyugal -previo al divorcio-. 13. Ponencias.

1. INTRODUCCIÓN

La unión en matrimonio y la simple convivencia conllevan una noción sociológica fundamental, generadora de un sinnúmero de efectos económicos, culturales y normativos que caracterizan a la sociedad contemporánea. La sanción de la ley 26.618 modificó los requisitos del acto jurídico matrimonial tradicional que debía celebrarse entre hombre y mujer (172 CC), *aggiornándolo* a *contrayentes* sin mención de género. El Código Civil y Comercial de la Nación -en adelante, el Código o CCyC- reitera que el consentimiento conjunto de ambos contrayentes es indispensable para la existencia del matrimonio y destaca dentro del capítulo de “Principios de libertad e igualdad” del matrimonio que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir,

* Trabajo galardonado con el “Accésit” en el marco de la XXXII Jornada Notarial Argentina, celebrada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre el 24 y el 26 de agosto de 2016. Corresponde al tema 2.

excluir o suprimir la igualdad de derechos y las obligaciones de sus integrantes, y los efectos que éste produce; y concluye con la aclaración que puede ser constituido por “dos personas de distinto o igual sexo” -debió decir *género*.

Este encuadre liberador de los requisitos y efectos personales del matrimonio e incluso de la familia, evidencia un desajuste con la regulación conservadora que se mantuvo en cuanto a sus efectos económicos. Para BASSET, debería eliminarse toda regulación, asignar plena libertad a los cónyuges y establecer un sistema de separación cuyo único gravamen a las libertades individuales de disposición estuviera dado por la protección de los derechos de los niños¹.

El Código en esta temática evoluciona frente a su antecedente de 1869²: diagrama en su metodología normativa del segundo libro destinado a las relaciones de familia un título destinado al matrimonio, otro al régimen económico y otro a uniones convivenciales (además, otros cinco títulos que componen el libro).

Se destierra el desafortunado concepto de “sociedad conyugal”, brinda la posibilidad de optar entre dos regímenes patrimoniales *tasados* para el matrimonio y contempla un estatuto patrimonial de base, aplicable a cualquiera de los estatutos económicos o de disciplinamiento que rijan al matrimonio. Este régimen imperativo fija las contribuciones para la satisfacción de las necesidades económicas de la familia y genera una comunidad de intereses patrimoniales que limita de diversas formas la autonomía de la esfera de acción de los cónyuges.

Podemos definir al régimen patrimonial matrimonial como el conjunto de relaciones jurídicas de orden -o de interés- patrimonial que el matrimonio establece entre los cónyuges, y entre estos y terceros³.

Con la sola celebración del matrimonio, ante la ausencia de convención matrimonial, de manera subsidiaria rige el régimen de comunidad. En el Código originario este estatuto era imperativo: la voluntad de los cónyuges no incidía en su estructura ni en la fecha de entrada de vigencia, sólo se circunscribía a dar nacimiento al régimen o en la decisión de ponerle fin a la relación matrimonial que lo sustentaba -sin perjuicio de los supuestos de excepción para cambiarlo-

1 BASSET, Úrsula. “Régimen patrimonial del matrimonio” (en línea), en *Análisis del nuevo Código Civil y Comercial 2012*, El Derecho, Buenos Aires, 2012, en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/regimen-patrimonial-matrimonio-basset.pdf>.

2 El cambio era necesario: la sociedad contemporánea a Vélez Sarsfield, el contexto económico y las relaciones laborales y comerciales son diametralmente diferentes a las actuales.

3 En *Regímenes matrimoniales*, tomo XXII, Revista del Colegio de Abogados, 1944, pág. 242. Para Santiago Fassi, régimen patrimonial matrimonial es el sistema jurídico que rige las relaciones patrimoniales emergentes del matrimonio. En igual sentido Belluscio, Augusto C. *Regímenes matrimoniales*, Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XXIV, Buenos Aires, 1967, pág. 410.

Sin importar el régimen económico que se adopte, dos son los tipos de relaciones esenciales que deben preverse: las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, y de estos con los terceros. Internamente es esencial satisfacer los requerimientos fundamentales de orden económico que provoca la unión matrimonial: la contribución a los gastos comunes (sostenimiento del hogar, educación de los hijos, etc.) y la gestión de los bienes de cada uno de los cónyuges. En las relaciones con terceros, lo prioritario es mantener un adecuado equilibrio entre el interés patrimonial de cada cónyuge (o el de ambos) y el de quienes, con ellos, han establecido relaciones jurídicas de orden patrimonial⁴.

2. ORDEN PÚBLICO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Lejos del criterio restrictivo e imperativo sentado por VÉLEZ, el X Congreso Internacional de Derecho de Familia consideró que: “La autonomía de la voluntad no se contrapone con el orden público en el derecho de familia, sino que este último resulta un límite preciso y útil para la realización eficaz de aquella”.

No se menoscaba el orden público ni se afecta la seguridad jurídica por el solo hecho de darse cabida a la autonomía de la voluntad y permitir optar por un determinado régimen patrimonial que se ajuste a las aspiraciones de los contrayentes, siempre que no se alteren ciertos límites y principios (protección de la familia, hijos menores de edad o incapaces, derechos de terceros)⁵. Admitida la posibilidad de elección, se abre el interrogante sobre si él supone una inflexible y única regulación jurídica, o no.

La compatibilidad se presenta según la ley posibilite elegir entre dos o más regímenes alternativos específicamente regulados hasta contraer nupcias, impidiéndoles luego cambiarlo o establecer modificaciones; o hacer combinaciones entre los regímenes tipo, para introducir variaciones o para pactar un régimen distinto a los ofrecidos por la legislación local; o que una vez casados, puedan mutar de un régimen a otro -sin introducir alteraciones-

4 ZANNONI, Eduardo. *Derecho Civil. Derecho de Familia*, tomo 1, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 377.

5 Según GUAGLIANONE, Aquiles H. *Régimen patrimonial del matrimonio*, tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1968, pág. 18: “...el orden público matrimonial se empequeñece o agranda, se debilita o fortalece, según la legislación de que se trate...” y el grado de orden público del derecho matrimonial está en relación inversa con el campo de actuación de la autonomía de la voluntad.

La última de las variables expuestas que conjuga el consentimiento personal-matrimonial con el interés público es a la que adhirió el Código del año 2014. La faz pública se encuentra en la determinación de la estructura legal que diagrama el estado, en la que podrá posicionarse patrimonialmente cada matrimonio (especificándose en cada uno de ellos los derechos, deberes, cargas comunes, etc.) que imperarán en cada régimen económico y a través de la justicia se evaluará el cumplimiento al marco de ejercicio.

La autonomía de la voluntad oscilará en los contrayentes permitiéndoles escoger entre un estatuto económico matrimonial u otro, o simplemente no optar por ninguno para quedar enmarcados dentro del legal supletorio; y a los cónyuges, variar de régimen por considerar que equivocaron en su decisión u omisión inicial, o porque las circunstancias económico-matrimoniales que valoraron con anterioridad ahora son diferentes y consideran oportuno mutar de régimen.

Los cónyuges son los más capacitados para planear su futuro, organizarlo y proteger su patrimonio familiar. El estado no puede contemplar en su espectro jurídico la vida interna de cada matrimonio, prever su organización o administración hogareña, o si uno solo o ambos cónyuges serán los que aporten bienes para el mantenimiento del hogar, o evitar que ellos lo determinen; pero sí puede imponer ciertos límites que van desde el respeto al orden público, las buenas costumbres, la igualdad de los cónyuges, hasta la elaboración de un estatuto patrimonial primario en protección de la familia y su hogar. Expresa MEDINA: "...estaríamos en presencia de un sistema jurídico perverso si sólo se legislara para la mayoría y se impidiera a la minoría arbitrariamente la regulación de sus derechos"⁶.

El estatuto económico del matrimonio debe adecuarse a la laxa disciplina que la ley impone a la institución, pero el tono de imperatividad de sus normas debería sincerarse con la realidad de que el matrimonio civil, declinante por obra misma del legislador, no puede estar regulado respecto de sus aspectos económicos como en los tiempos de su esplendor⁷.

3. EFICACIA EN EL PAÍS DE LAS CONVENCIONES CELEBRADAS EN EL EXTRANJERO

Hasta la sanción de la ley N° 26.994, la República Argentina era el único miembro del Mercosur -y uno de los pocos en América- que vedaba la auto-

6 MEDINA, Graciela; Kanefsch, Mariana. *Autonomía de la voluntad y elección del régimen patrimonial matrimonial*, JA, 1999-III-958.

7 ZANNONI, Eduardo A. Ob. cit., 5º edición, 2006, pág. 585. Mazzinghi, Jorge Adolfo. *Revista Notarial* N° 902, pág. 189. XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Ídem en proyecto de la comisión designada por el decreto N° 468/92.

mía de la voluntad para escoger un estatuto de disciplinamiento matrimonial. El esquema de VÉLEZ -según ley Nº 2393- necesitaba una adecuación de las normas de derecho internacional privado a fin de evitar conflictos entre soberanías legislativas distintas que ya se habían suscitado⁸. La ley Nº 23.515 incorporó un “punto de conexión” fundamental (art. 163 CC) y unificó en el *primer domicilio conyugal* todo el régimen de bienes del matrimonio, incluyendo las convenciones matrimoniales. Así fueron aplicables en nuestro país las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero y también se posibilitó que esas convenciones sean celebradas aquí si el primer domicilio conyugal fijado en país extranjero las admitía y allí fuera aplicable la convención formalizada⁹.

El Código sancionado en el año 2014 prosigue con el lineamiento del art. 163 del Código Civil, en consonancia con los tratados de Montevideo de 1889¹⁰ y 1940. El art. 2625 establece que el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal, también aplicable para las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio, y que las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración¹¹. Si los cónyuges deciden cambiar su domicilio a este país, puedan hacer constar en “instrumento público” -el artículo no especifica cuál- su opción de aplicar el derecho argentino. Pensamos que la escritura pública cumple acabadamente con la garantía que la norma requiere para que el ejercicio de esta facultad no afecte el derecho de terceros.

Ese primer domicilio es el hecho que condiciona la aplicabilidad del régimen convenido, sin importar que luego muden el lugar de residencia del matrimonio, sea ocasional o constante. En virtud de esto, un matrimonio celebrado e instalado en nuestro territorio y que luego se radica en otro país que tuvie-

8 Goulart -ex presidente de Brasil- y su cónyuge, celebraron capitulaciones prematrimoniales, pactando separación de bienes. Ella, casada, adquiere un inmueble en Argentina y lo vende siendo viuda. El registrador capitalino denegó la inscripción definitiva de la escritura de venta por no considerar el inmueble como *propio* de la viuda (conf. art. 6º ley 2393), lo que fue confirmado por la Sala F de la CNCiv., 2/2/82 (ED, 99-676). Goldschmidt, Werner. *Derecho internacional privado referente al régimen de bienes en el matrimonio*, ED, 99-676, califica la resolución como visualmente acertada pero duda si el resultado es satisfactorio.

9 MAZZINGHI, Jorge A. *Convenciones matrimoniales. Régimen legal aplicable*, LL, 2004-D-1300. Destaca esta particularidad y califica de saludable la modificación. En igual sentido Rapallini, L.E. “Régimen internacional del patrimonio conyugal en el Código Civil Argentino”, *Revista Notarial*, Nº 951, pág. 619.

10 El art. 40 establece que las capitulaciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de su situación; mientras que el art. 41 prevé que dichas relaciones serán regidas por la ley del domicilio conyugal que los contrayentes hubieren fijado de común acuerdo *antes* del matrimonio.

11 El art. 2625 señala que, en caso de que no hubiera convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal -debió decir que no hicieran opción de régimen, ya que la convención prematrimonial puede contener otras previsiones-

se un régimen único podría celebrar convención matrimonial y cambiar de régimen económico.

El Tratado de Montevideo de 1940 aclara como límite al régimen de bienes convenido aplicable de fuente foránea según el primer domicilio conyugal, todo lo que sea de estricto carácter real que esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes. Esto no implica una contradicción, sino que conjuga el estatuto patrimonial matrimonial con aspectos de los bienes inmuebles distintos de aquellos que considera el régimen económico, y respeta la normativa local cuando estuviere en contradicción con la ley extranjera aplicable, por ejemplo la determinación de la calidad de los inmuebles, la capacidad para adquirirlos, modo de transferirlos, solemnidades que deben acompañarlos, etc. (así no podrían constituir en nuestro país un derecho real no reconocido por nuestra ley)¹².

Con respecto a la forma de las convenciones, continúa vigente el principio *lex loci regit actum*, por lo que se aplica la ley del lugar del otorgamiento del acto por ser un acto jurídico, mientras no se viole el orden público internacional.

4. ESTIPULACIONES CAPITULARES

4.1. Críticas

VÉLEZ SANSFIELD consideraba que en esta nación nunca se habían visto contratos de matrimonio, que no aparecían como necesarios y que podían conservarse las costumbres del país; eligió regular las convenciones matrimoniales con los contratos ordinarios (sección III del libro II)¹³. Pensamos que si no hubo costumbre a favor de las convenciones es porque el marco legal no lo permitía.

La distribución de la riqueza de los cónyuges no debe ser una cuestión a resolver por la ley, se trata de otorgar a las partes el derecho de convenir otra solución que resguarde la independencia de cada uno y no lo convierta, al mo-

12 Si los contrayentes celebran capitulación matrimonial en el extranjero, optan por el régimen de comunidad y además convienen por ejemplo la asignación de bienes *post mortem* -de conformidad a la ley extranjera-, se plantea el interrogante de si en nuestro país es factible declarar la nulidad parcial de la última estipulación. Consideramos la invalidez parcial (por lo dispuesto en el art. 389); la aplicación del régimen legal argentino limita como objeto de las convenciones “únicamente” los establecidos en el art. 446. No puede verse afectado el orden público interno.

13 El sistema del Código Civil limitó las convenciones al inventario de bienes propios, la reserva de administración por la esposa, las donaciones del marido a la mujer y las donaciones entre esposos para después de su fallecimiento. Nada más podía pactarse y menos aun, luego de celebrado el matrimonio (arts. 1218 y 1219). Vélez Sarsfield estructuró la sociedad conyugal como una suerte de contrato obligatorio; lo cierto es que siendo un régimen imperativo no se aviene con la idea de contrato.

mento de la ruptura, en un acreedor del patrimonio formado por las ganancias del otro¹⁴.

En el mismo sentido que el régimen anterior, los futuros esposos sólo pueden celebrar las convenciones que expresamente se permiten¹⁵, y no pueden prever cómo se solucionarán sus relaciones en caso de ruptura o fallecimiento (el art. 447 es determinante). Si los futuros esposos realizan una convención sobre otro objeto relativo a su matrimonio distinto a los autorizados por el art. 446, se verá afectada de nulidad, aunque relativa (conf. arts. 279, 386 y 388), ya que la sanción es en protección del interés de los esposos¹⁶.

Las convenciones matrimoniales son actos jurídicos familiares patrimoniales, acuerdos o pactos que en algunas ocasiones podrán constituir un contrato -como en el caso de los enumerados en los incs. c) y d) del art. 446-, o simplemente consistirán en una declaración de los futuros esposos con respecto a los bienes que cada uno lleva al matrimonio o las deudas que tuvieran -incs. a) y b) del mismo artículo-. Más allá de las restricciones legales, su naturaleza jurídica y su esencia están vinculadas a las estipulaciones contractuales, y en función de la definición del art. 957 CCyC, pueden caracterizarse como contratos. De allí que se les apliquen las normas generales en materia contractual¹⁷.

4.2. Convenciones atípicas

Las convenciones atípicas o no previstas por el sistema jurídico están prohibidas en el nuevo Código al decidirse por un sistema opcional restrictivo (similar al *numerus clausus*), ya que las convenciones antes del matrimonio únicamente pueden versar sobre determinados objetos (art. 446).

14 En España (art. 1381, ley N° 11/1981) los cónyuges tienen la obligación de informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y el rendimiento de la actividad económica que desarrollan. Es causal de disolución de la sociedad de gananciales su incumplimiento reiterado (art. 1393).

15 BASSET, Úrsula. Ob. cit.: "Dado que en las diversas subcomisiones se trabajó en forma separada, la regulación del matrimonio y sus consecuencias personales no responde en absoluto al perfil de matrimonio que subyace a la regulación de los efectos económicos. El desajuste es evidente".

16 En el mismo sentido que lo establecía el Código Civil en los arts. 1218, 953 y 1044.

17 Su efecto vinculante, el principio de buena fe, la posibilidad de someterlas a condiciones o plazos; o también de hacerles aplicables las normas sobre ineficacia y, en su caso, declarar la nulidad parcial si alguna estipulación transgrede el objeto reservado para las convenciones y si esta es separable del resto, manteniendo incólume el resto de la convención matrimonial.

4.3. Objeto

El régimen vigente amplía parcialmente el objeto tradicional de las convenciones matrimoniales. Los futuros cónyuges pueden pactar:

A. La designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio

Es un medio para preconstituir la prueba con relación al carácter de los bienes inventariados y así evitar cuestionamientos futuros¹⁸.

B. La enunciación de deudas

Es otra forma de acreditar su existencia y así, al momento de la extinción de la comunidad, se transforma en el derecho de recompensa que tiene el cónyuge si una deuda personal del otro fue solventada con fondos gananciales (arts. 489, 490 y 468).

C. Las donaciones que se hagan entre ellos

Este tipo de donaciones se rige por las normas relativas al contrato de donación y sólo tienen efecto si el matrimonio se celebra¹⁹. La convención prematrimonial es la oportunidad que tienen los contrayentes para hacerse donaciones, ya que luego de celebrado el matrimonio rige para ellos la prohibición del art. 1002, inc. d), CCyC si quedan sujetos al régimen de comunidad. Esta limitación no rige si su régimen es el de separación.

Si el matrimonio no se celebra, todas las donaciones -contenidas en la convención o fuera de ella, pero en miras al futuro matrimonio- podrán considerarse pagos sin causa y el donatario deberá restituir lo donado y sus accesorios.

Las donaciones que en razón del matrimonio futuro les efectuaran los terceros, también llevan implícita la condición de que el matrimonio se celebre y sea válido (art. 452); y si no se celebra, deberán restituirse al tercero los objetos donados.

El plazo de validez de la oferta de donación que un tercero haga a uno de

18 Principalmente en el proceso de liquidación de la comunidad (sobre la calidad propia de los bienes, en especial si son bienes no registrables -dinero, joyas, obras de arte-, en la cuantificación de las recompensas, etc.). De conformidad con el art. 466, se presumen gananciales los bienes al momento de la extinción de la comunidad, salvo prueba en contrario.

19 El art. 451 refiere a las donaciones efectuadas en la convención y el art. 452 a las donaciones efectuadas por terceros o entre novios fuera de la convención, con respecto a los efectos de las mismas frente a la celebración o no del matrimonio. Consideramos que la referencia del art. 451 es innecesaria ya que el art. 448 aclara que las convenciones matrimoniales sólo producen efectos a partir de la celebración del matrimonio y en tanto no sea anulado.

los novios o a ambos se fija en un año, transcurrido el cual queda sin efecto si el matrimonio no se celebra. La oferta puede ser revocada antes de ser aceptada.

D) La opción que los futuros esposos hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos

Los contrayentes sólo pueden optar como estatuto regulador de sus relaciones patrimoniales por el de separación de bienes; si no celebran capitulación prematrimonial, quedarán sujetos al régimen de comunidad.

4.4. Capacidad

Para celebrar las convenciones prematrimoniales y matrimoniales la capacidad se determina por la aptitud nupcial, y la general para otorgar actos de administración y disposición. Los sujetos de la convención matrimonial son los esposos mayores de edad con vínculo vigente²⁰. Como acto bilateral es suficiente que uno de los cónyuges sea incapaz para impedir su celebración.

Los *menores de edad* pueden contraer nupcias con autorización de sus representantes legales si tienen más de 16 años o con dispensa judicial si falta la mencionada licencia o si no han alcanzado la citada edad (arts. 404 y 645).

El art. 28 es el que limita los actos que el menor emancipado puede realizar, enumera aquellos que no puede ni aun con autorización judicial y, entre ellos, se encuentra el de hacer donaciones de los bienes que hubiere recibido a título gratuito (inc. b). Los menores que han sido autorizados judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención, ni optar por el régimen de separación de bienes (art. 450). El anteproyecto original preveía que todas las personas menores de 18 años debían solicitar autorización judicial para contraer matrimonio. Pero en el trámite parlamentario se introdujo la modificación que estableció las dos categorías de autorizaciones según que el menor de edad no haya cumplido los 16 años y que para casarse requiere dispensa judicial, y del menor de edad de 16 o 17 años, que podrá contraer nupcias con la sola autorización de sus representantes (art. 404). Este último supuesto no se encuentra contemplado en la restricción del art. 450, por lo que cabría interpre-

20 MEDINA, Graciela. *El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial*, DFyP, noviembre de 2012, 1/11/2012, 3. La edad de los contrayentes es una limitación tenida en cuenta por la mayoría de las legislaciones del derecho codificado aunque con variantes. En algunos países se impide la opción a los menores sin distinción, en otros se les permite optar por intermedio de su representante con homologación judicial, mientras que otros ordenamientos le impiden la opción a los menores de determinada edad.

tar que podrían celebrar convenciones matrimoniales optando por el régimen alternativo o efectuar donaciones al otro contrayente²¹.

No obstante este criterio, la doctrina mayoritaria considera que la prohibición de efectuar la opción por el régimen patrimonial y efectuar donaciones en la convención matrimonial es para todos los menores de edad que hayan contraído matrimonio, sea con autorización judicial o parental.

Dichas prohibiciones -taxativas- rigen hasta alcanzar la mayoría de edad y si los menores hubieran obtenido la autorización judicial para casarse siendo menores de edad y se casaran luego siendo mayores, la restricción no operaría²².

Ninguna limitación se ha previsto para los mayores de una determinada edad partiendo de la base de que la capacidad es la regla en materia de derecho civil²³.

4.5. Pluralidad de regímenes

Tanto el proyecto de reformas como el proyecto de Código Civil mantuvieron como régimen legal el de comunidad de ganancias. En el primero se permitió elegir entre el de separación de bienes y el de participación en las ganancias; en el segundo, la única opción es por el de separación de bienes²⁴. Podemos tomar diferentes criterios para clasificar los distintos regímenes patrimoniales, y podrá serlo por la inmutabilidad, según la normativa, la propiedad o gestión y administración de los bienes. Nos limitaremos aquí a los siguientes:

-
- 21 El Código Civil (art. 1222) permitía que los menores de edad pudieran hacerse donaciones en las correspondientes convenciones matrimoniales, concurriendo a su otorgamiento las personas de cuyo previo consentimiento necesitaba para contraer nupcias.
 - 22 En caso de que los menores, no obstante la prohibición, hubieran optado por el régimen de separación de bienes, la opción devendrá nula, los esposos quedarán sujetos al régimen de comunidad y una vez llegados a la mayoría de edad podrán confirmar el acto. La única convención que pueden celebrar es para casos de avalúo de bienes y deudas.
 - 23 Si la capacidad de personas de edad avanzada se reduce por disposición judicial por insuficiencia o debilitación de sus facultades psíquicas, podrá ser interdicta y la sentencia que la declare determinará la extensión y los límites de la interdicción; especificará los actos que pueda realizar por sí o con asistencia de apoyos considerando el sistema de incapacidad gradual.
 - 24 Las reformas previas han agregado al texto originario del Código Civil capas legislativas muchas veces incoherentes entre sí y cuya compatibilidad ha sido una tarea doctrinaria y jurisprudencial bastante ardua de lograr. Los regímenes matrimoniales vigentes son el resultado de los mayores cambios en relación a cualquier otro período histórico. La mayoría de las legislaciones contemporáneas sigue el principio de libertad de convenciones matrimoniales y como excepciones tenemos con régimen obligatorio único a: Bolivia; Rusia; República Federal de Yugoslavia; Hungría; algunos países socialistas del este; Portugal, que impone como régimen de separación a los matrimonios *in articulo mortis*; o por la edad de los contrayentes en el caso de Brasil, cuando el hombre tiene más de 60 años o la mujer más de 50. En todos los países existe uno de dichos regímenes que asume un predominio respecto de los restantes y termina por constituirse en un régimen nacional, dominante y tradicional en cada país.

4.5.1. Comunidad de ganancias

El espíritu societario lo anima; se caracteriza por una masa de bienes que pertenece a los esposos, quienes participarán de la buena o mala fortuna del matrimonio. En este régimen se forma una masa de bienes que al momento de la disolución se dividirá entre los cónyuges o entre uno y los herederos del otro. Hay una expectativa común sobre los bienes adquiridos. La titularidad sobre los bienes se vincula al régimen de administración y disposición, no se trata de copropiedad o condominio sobre ellos, y según su extensión determina distintos tipos de comunidad. El principio de administración separada lo establece el art. 469 CCyC y retrasa la formación de la masa común hasta que se liquide la comunidad. Es allí donde los cónyuges actualizan sus expectativas comunes sobre los bienes que la componen.

Según la extensión de la masa común (los bienes que integran la comunidad, el porcentaje a dividir a su finalización y la administración de la misma) se describen diferentes tipos de comunidad: *universal*²⁵, *restringida de muebles y ganancias*²⁶ y *restringida de ganancias*²⁷, que es el vigente en nuestro país.

4.5.2. Separación de bienes

Existe independencia patrimonial entre los cónyuges, el matrimonio no modifica la propiedad de los bienes (no hay masa común partible) y no da a los consortes expectativas comunes sobre los mismos. Cada uno conserva la propiedad de los bienes que poseía antes de la celebración de las nupcias y los que adquiera con posterioridad por título gratuito u oneroso. La ad-

25 Este régimen abarca todos los bienes que llevan los cónyuges al matrimonio y los que adquieran después, sin importar el origen. Hay responsabilidad común por las deudas que ellos contraigan. La proliferación de divorcios lo hace actualmente injusto e inaplicable.

26 Los bienes muebles llevados al matrimonio, los frutos de los bienes propios y las ganancias o adquisiciones que realicen los cónyuges durante el matrimonio, son comunes. Los bienes propios son los inmuebles que cada cónyuge lleva al matrimonio y las adquisiciones gratuitas que realicen durante la unión. Se forman tres masas de bienes: los bienes inmuebles propios de la mujer, los bienes inmuebles propios del marido, y los comunes o gananciales formados por los bienes muebles llevados al matrimonio o adquiridos luego y los inmuebles que no sean propios. Los bienes comunes se dividirán al terminar la comunidad entre los esposos, sin atención a su origen.

27 Todas las ganancias o adquisiciones a título oneroso que realicen los cónyuges durante el matrimonio y los frutos de los bienes propios son comunes. Son bienes propios los que sean llevados al matrimonio (sean muebles o inmuebles), o los adquiridos con posterioridad a título gratuito (herencia, legado o donación), o por permuta con otro bien propio o adquirido con el producido de la venta de un bien propio o por causa anterior al matrimonio. Hay tres masas de bienes: los propios del marido, los propios de la mujer, y los gananciales.

ministración y disposición es libre, salvo disposición de la vivienda familiar que forma parte del estatuto primario. Ambos cónyuges tienen exclusiva responsabilidad por las deudas contraídas, excepto las cargas del hogar y ciertos casos de responsabilidad común; no hay calificación de los bienes, ni derechos sobre los bienes del otro, ni derecho a las ganancias²⁸. Es el sistema que más se acomoda a la plena capacidad de la mujer, a la igualdad de aptitudes de los esposos para producir bienes sin la colaboración del otro.

El fallecimiento de uno de los cónyuges no altera el patrimonio del superviviente, lo mismo que el divorcio no involucra división patrimonial. Nuestro régimen sucesorio se encarga de otorgarle al superviviente un reconocimiento a la cooperación, al esfuerzo común y a la solidaridad al incluirlo como heredero de los bienes propios del causante, o permitir mejorarlo vía testamentaria.

4.5.3. Participación de ganancias

Durante la vida del matrimonio cada cónyuge mantiene la libre administración y disposición de sus bienes al igual que en el régimen de separación, pero es al momento de la disolución y a los efectos de equiparar las ganancias obtenidas que quien tuvo menos ganancias tiene un crédito contra el otro: hay un reparto de ganancias²⁹. Es el sistema que más prestigio ha adquirido en los últimos años, pero que no se ha impuesto por las dificultades que plantea el cómputo de los patrimonios inicial y final.

4.5.4. La opción de mutabilidad del régimen

El Código vigente³⁰ dispone que los contrayentes pueden elegir exclusivamente uno de los regímenes previstos; no pueden modificar el que eligen,

28 En muchas legislaciones se han atenuado las consecuencias de la separación a los efectos de proteger el patrimonio familiar común, restringiendo el poder de disposición o el destino final de estos bienes. Nació en el derecho romano, luego se desarrolló en los países del *common law*. Hoy es el régimen opcional en algunos países y en otros el legal básico.

29 Se valúan los bienes aportados al matrimonio, se comparan con los bienes del patrimonio al momento de la disolución y la diferencia entre esos valores da como resultado la pérdida o ganancia de cada uno durante el matrimonio, equiparándose las ganancias obtenidas.

30 En el código de Vélez los pactos prenupciales no podían ser modificados luego de celebrado el matrimonio (art. 1219 CC). Los motivos de esta inmutabilidad eran evitar que el marido abusara de su autoridad para imponer a su mujer que durante el matrimonio lo favoreciera con beneficios o ventajas, para seguridad de los terceros que efectuaban donaciones *propter nuptias* teniendo en mira la vigencia de un determinado régimen matrimonial elegido en el contrato original, y para que éstos no vieran alterada la garantía de sus créditos por cambios sobrevenidos.

crear uno o substraerse a régimen alguno³¹.

Las convenciones son facultativas, pueden modificarse antes de la celebración del matrimonio en cualquier momento que consideren y las veces que lo deseen, siempre que se ajusten a las disposiciones preestablecidas; como también dejarlas sin efecto y casarse sin convención alguna.

Luego de la celebración del matrimonio los cónyuges pueden cambiar el régimen patrimonial matrimonial aplicable (sea el de comunidad o el de separación -conf. art. 449-), pero debe transcurrir al menos un año desde la fecha de celebración del matrimonio (y no desde la fecha de la convención matrimonial anterior que incluyó la elección del régimen de separación de bienes, porque el artículo mencionado señala que dicho plazo se cuenta desde la aplicación del régimen y ello ocurre recién cuando el matrimonio es celebrado), o desde la aplicación del elegido si fuera con posterioridad. Los efectos de las convenciones se producen desde la celebración del matrimonio y siguen su suerte. El cambio de régimen lleva como consecuencia inmediata la extinción y cese del régimen anterior debido al reemplazo por el nuevo.

Las convenciones están sujetas a la primera condición que es la celebración del matrimonio válido. También pueden establecerse condiciones distintas siempre que no sean prohibidas, contrarias a la moral o a las buenas costumbres, o que dependan exclusivamente de la voluntad del obligado (conf. art. 344 CCyC). Se tendrán por no escritas las condiciones que afecten de modo grave las libertades de la persona (verbigracia, elegir domicilio o religión, o decidir sobre su estado civil, o cambiar o no de género -aunque esta última no esté incluida expresamente-). Las condiciones podrán ser suspensivas o resolutorias³².

Los futuros esposos pueden acordar sujetar el régimen de comunidad -como el de separación de bienes- a un plazo que no podrá ser menor a un año, ya que es el mínimo de vigencia de cualquiera de esos regímenes³³.

31 En el derecho español está permitido modificar, sustituir o pactar cualquier disposición relativa al mismo. En el régimen francés, análogo y anterior al español, los consortes pueden convenir estipulaciones especiales que deroguen el régimen.

32 Consideramos aplicables cláusulas donde se aceptan las condiciones suspensivas o resolutorias o los plazos -como en España-, por ejemplo: si se tienen o no hijos, si uno de los cónyuges llega a ejercer profesión u oficio, etc.

33 MEDINA, Graciela. Ob. cit.: en la doctrina española enseña Castán Tobeñas que: "...no parece haber inconveniente para admitir la validez del término inicial o final (...) si los cónyuges han acordado determinado régimen por cierto tiempo de duración, habrá que entender que antes del vencimiento del plazo estarán obligados a pactar de nuevo, y si no lo hacen, que regirá el legal; por el contrario, si acuerdan antes de casarse que el régimen que convienen solo regirá a partir de tal año de su matrimonio, ello equivaldrá a acogerse al régimen de gananciales hasta que llegue tal momento".

Pensamos con MAZZINGHI que una convención podría contener un pacto relativo a la explotación o al destino de un establecimiento luego de la muerte de uno de los cónyuges en el marco del art. 1010, segundo párrafo, y en tanto no se vean afectados los derechos de algún heredero legítimo. Ello aun cuando no fuere una estipulación permitida por el art. 446, que puede ser considerada de naturaleza contractual como un pacto sobre herencia futura permitido.

El acuerdo de cambio de régimen debe ser bilateral y no se permite la imposición del cambio por uno solo de los esposos.

No existe límite a la cantidad de veces que los esposos pueden modificar el régimen económico, únicamente que dicha modificación sólo puede ser practicada luego de transcurrido el plazo legal. Para cierta doctrina³⁴ debió existir un límite de cambios expreso para evitar la inseguridad jurídica que provocaría frente a terceros acreedores de los cónyuges, opinión que no compartimos³⁵.

El cambio de régimen no es en sí fraudulento, aunque responda a la motivación de proteger razonablemente el futuro del patrimonio de los esposos. Para que pueda ser calificado de fraudulento, el acreedor debe ser de causa anterior a la convención salvo que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores y que la convención haya causado o agravado la insolvencia del deudor, conociéndolo el otro cónyuge.

GARRIDO DE PALMA³⁶ sostiene que el notario tiene una actuación cautelar, de protección preventiva, que ha de procurar que la modificación del régimen de capitulaciones *post nupcias* sea en aras del interés genuino de la familia y sin perjudicar los derechos de terceros.

Las causas que podrían llevar a los cónyuges a optar por otro régimen podrían ser: a) alteración de la tipología familiar; b) modificación de la residen-

34 SAMBRIZZI, Eduardo A. "Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial", LL, 4/11/2014. Roveda, Eduardo G. *El régimen patrimonial del matrimonio*, pág. 349. *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Rivera, Julio C. director, Abeledo Perrot.

35 En igual sentido SOLARI, Néstor E. *La elección del régimen patrimonial en el nuevo Código Civil y Comercial*, Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, edición XLVI, año XIX, abril de 2015, pág. 18. Según Aída Kemelmajer de Carlucci. *Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas al código civil (Decreto N°468/92)*, JA, 1993-IV-842, podrían darse varias posibilidades en la legislación: a) plena libertad sin límites en cuanto al número de cambios, con régimen conveniente de publicidad (Dinamarca, Escocia, España, Finlandia, Francia, Israel, México, Noruega, Holanda, Suiza, Turquía, Alemania, Polonia); b) elegido un régimen en la convención nupcial, sólo puede cambiarse por el legal supletorio; c) inmutabilidad del régimen oportunamente elegido (Bélgica, Brasil, Uruguay, Japón, Sudáfrica y países de la denominada "África negra").

36 GARRIDO DE PALMA, Víctor M. "La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial", en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo IV, volumen 1º, Civitas, Madrid, 2001, pág. 213.

cia familiar; c) variación de circunstancias profesionales o actividades de uno u otro cónyuge; d) previsión de reveses de fortuna o de riesgos profesionales o políticos en la actividad de uno de ellos y el deseo de que el consorte no los comparta o sufra, separando patrimonios; e) discrepancias en la dirección económica del patrimonio familiar; f) disminución de la capacidad física o mental del cónyuge gestor del caudal común, o del que viniera rigiendo el suyo privativo; g) la separación de hecho de los cónyuges o su propósito de separarse o divorciarse³⁷.

El régimen patrimonial sólo puede modificarse por escritura pública y anotarse marginalmente en el acta de matrimonio para producir efectos frente a terceros (449). Justamente en miras a esa protección de los terceros es que se prevé que los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año a contar desde que lo conocieron. Este plazo de caducidad puede generar una inseguridad importante, ya que no se cuenta desde la anotación marginal sino desde que el acreedor conoció efectivamente la modificación.

5. RÉGIMEN PATRIMONIAL PRIMARIO

La igualdad en la solidaridad y en la dependencia recíproca da lugar a la aparición de un régimen primario, también llamado *estatuto patrimonial de base* o *estatuto fundamental*, en el que se pretende un equilibrio entre la libertad de los esposos y la protección mínima del grupo familiar, cualquiera sea el régimen secundario que hayan elegido. Es posible elegir este último, pero está prohibido derogar el primero. Se contemplan una serie de pautas inderogables comunes a todos los estatutos de disciplinamiento matrimonial con las que se pretende concretar la protección mínimamente indispensable a la institución familiar.

Estas normas de naturaleza imperativa, permanente y de orden público prevén un deber de contribución de los cónyuges a afrontar las cargas del hogar y los gastos propios de los hijos. Con respecto a la responsabilidad por la actividad de cada cónyuge según que la obligación se haya generado por el beneficio que produjo o que pudo producir para la familia, etc.³⁸, advirtiéndose

37 Conf. VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Las capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio en previsión de reveses de fortuna*, conferencia en la inauguración del XXV Curso de Perfeccionamiento de la Abogacía, sección de práctica jurídica.

38 El proyecto "Reformas al Código Civil" elaborado por la Comisión designada por decreto N° 468/92 como el "Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio", redactado por la comisión designada por decreto N° 685/95, también proponía una regulación fundamental o base.

Congresos y Jornadas

que fuera de los casos previstos -excepto disposición en contrario- ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro.

5.1. Deber de contribución

5.1.1. Objeto de la contribución

El Código fija cómo contribuirán los consortes a las necesidades económicas de la familia (entendida en sentido restringido a cónyuges e hijos) y del hogar.

5.1.1.1. Hogar

Debe entenderse como la sede de la familia, ya sea que resida en una vivienda construida sobre un inmueble propio de uno u otro cónyuge, o una edificación locada de manera constante u ocasional (habitación de un hotel o pensión), e incluso la residencia en una casa ambulante (circo o caravana)³⁹.

5.1.1.2. Hijos

Se introduce expresamente la asistencia y obligación alimentaria no sólo entre los cónyuges sino también hacia los hijos en común o a los hijos menores de edad, con discapacidad o capacidad restringida de uno de ellos que convivan en el hogar (art. 676). La contribución en el caso de los hijos comunes se extiende -en el caso de los incapaces- mientras dure la incapacidad; hasta los veintiún años, aún cuando no convivan con sus padres y siempre que no cuenten con recursos suficientes para proveérselos a sí mismos (art. 658); y subsistirá hasta los 25 años si prosiguen sus estudios o se capacitan en un arte u oficio (art. 663), siempre que no puedan sustentarse de manera independiente. El deber de contribución hacia los hijos de uno solo de los cónyuges, cesa si concluye la convivencia en el hogar común⁴⁰ y no se extiende al perfeccionamiento o a los estudios de los mayores de edad menores de veinticinco años.

39 MEDINA sostiene que el hogar puede ser normal o transitorio. Por ejemplo, cuando se traslada por motivos laborales, de enfermedad o estudio, y reside en un lugar que no es el habitual.

40 Conf. LAMBER, Néstor D. En *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 2, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, pág. 409. Esta obligación se correlaciona con la obligación alimentaria instituida al progenitor afín que vive con el progenitor biológico que tiene a su cargo el cuidado personal del niño, niña o adolescente (art. 676) y el deber de cooperar en su crianza y educación, realizar actos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones en caso de urgencia.

5.1.1.3. Familiares

El estatuto fundamental no comprende la manutención de otros familiares a cargo de uno de los cónyuges, pero destaca MEDINA que en el supuesto de que transitoriamente se encuentren en el hogar común, los gastos pueden ser considerados como propios del sostenimiento del hogar.

5.1.1.4. Alimentos

El art. 659 establece una enumeración -que consideramos meramente enunciativa- de las necesidades de los hijos que incluye la manutención, la educación, el esparcimiento, la vestimenta, la habitación, la asistencia, los gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio; pero que, ampliándolos a la familia comprende los bienes y servicios para cubrir las necesidades vitales como entretenimiento, transporte, suministros corrientes, servicio doméstico, reparaciones ordinarias.

5.1.2. Forma de la contribución

Basados en la igualdad entre los esposos, se regula la obligación de los cónyuges de contribuir con todo su patrimonio a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos sin importar cuál haya sido el origen de la deuda o el cónyuge contratante, y la forma de contribución lo será en proporción a sus recursos⁴¹.

El pasivo del régimen económico matrimonial tiene dos aspectos: *con qué bienes* responden los cónyuges frente a sus acreedores (obligación o "pasivo provisorio") y *quién* en definitiva soportará el peso de la deuda en la relación interna matrimonial (contribución o "pasivo definitivo"). En un principio la unidad de responsabilidad frente a los acreedores se vinculaba al régimen de unidad de administración en cabeza del marido (art. 1275 CC). La ley N° 11.357 (arts. 5º y 6º) introdujo la regulación de la responsabilidad de cada cónyuge frente a sus acreedores estableciendo su separación en función de la titularidad de los bienes: cada uno respondía por sus deudas con los bienes propios, y gananciales adquiridos y que administraba⁴², sin que los acreedores pudieran extender la responsabilidad a los del otro. Sólo en ciertos casos podía extenderse en

41 El art. 1300 CC fijaba que la contribución era proporcional a los bienes de cada cónyuge.

42 CNCiv, sala C, 28/11/1995, LL, 1996-C, 123. La responsabilidad por deudas es propia del cónyuge que las contrajo y afecta su patrimonio sin importar el carácter de los bienes.

Congresos y Jornadas

forma limitada a los frutos del patrimonio del que no contrajo la obligación (art. 6º), y este no podía impedir la ejecución íntegra de un bien ganancial de su cónyuge⁴³, limitación que hoy es superada por la solidaridad en la responsabilidad sólo en cuanto a las deudas enmarcadas en el deber de contribución primario.

5.1.2.1. Extensión

El límite de hasta dónde cada cónyuge responderá con todo su patrimonio en esta solidaridad familiar que impera en el estatuto fundamental frente a los acreedores, dependerá de evaluar y determinar una serie de elementos característicos sobre los que no hay uniformidad de opiniones. MEDINA sintetiza, en el fin del gasto, su razonabilidad en relación al *standard* de vida de la familia, que se trate de necesidades ordinarias y sean gastos usuales.

5.1.2.2. Proporción de la contribución de cada esposo

El aporte de uno y otro consorte no se regula desde el punto de vista económico, ni con la determinación de una cuota, sino con el aporte con el que deben contribuir a diario para el sostenimiento de las erogaciones habituales y propias de la convivencia familiar. Cada cónyuge contribuirá en la medida de sus recursos económicos. Estos aportes pueden ser tanto económicos como mediante el trabajo en el hogar o personal en general (colaborar en la actividad del otro), aunque lo complejo aquí es cuantificar el trabajo personal en el hogar (en el que inciden las capacidades físicas, espirituales, disponibilidad de tiempo).

5.1.3. Exigibilidad

El deber de contribución puede presentarse en su faz externa (relación con acreedores) o subsistir en la órbita interna de las relaciones entre cónyuges. A diferencia de la legislación anterior donde cobraban vigencia al tiempo de la disolución de la comunidad, ahora la exigibilidad es constante, ya que el cónyuge incumplidor puede ser demandado judicialmente por su consorte a cumplir con su deber de contribución (art. 455). No se establece el momento en el que puede ser pasible el reclamo, pero las características y naturaleza de la obligación harán a la inmediata y necesaria celeridad de la resolución judicial.

43 CNCom en pleno, 19/8/1975, "Banco de la Prov. Bs.As. c. Sztabinski, Simón", ED, 63-496.

5.1.4. Responsabilidad solidaria

El art. 461 CCyC rige el aspecto externo de las deudas de los cónyuges respecto de los acreedores y determina como principio general que: "...ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro" sea cual fuere el estatus económico. Pero también incorpora la *solidaridad* entre los cónyuges para responder con todo su patrimonio cuando las obligaciones sean contraídas por cualquiera de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos comunes y no comunes que convivan con ellos, además del sustento propio⁴⁴. Como se trata de una excepción al principio general, el criterio de interpretación es restrictivo y no puede extenderse a otros supuestos no contemplados expresamente. Estará a cargo del acreedor probar que la obligación asumida por uno de los cónyuges es para solventar cargas familiares⁴⁵. Es un caso de responsabilidad por deuda ajena y es concurrente; el acreedor no debe agotar los bienes del cónyuge contratante para luego realizar los bienes del otro⁴⁶.

5.2. Inejecutoriedad de la vivienda

La protección de la vivienda habitual de la familia es una de las novedades del nuevo código; supera al régimen de vivienda del art. 244, ya que no sólo se la protege de los actos de disposición que realice uno de los cónyuges o convivientes, sino que se la ampara de la agresión externa de los terceros

44 Atención de las necesidades del hogar se entiende: asistencia médica del grupo familiar, adquisición de muebles para el hogar, vestimenta para los hijos y los cónyuges, gastos de vacaciones familiares, la obligación contraída para la adquisición del inmueble donde se radica el mismo (el acreedor que no tiene garantía hipotecaria sobre el bien o es insuficiente, puede procurar el cobro de su acreencia de los frutos del otro cónyuge); si hay convivencia. La educación de los hijos abarca pago de aranceles de colegios, profesores particulares, compra de material escolar, gastos por actividades deportivas o recreativas. Conf. CNCiv., Sala C, diciembre 21-1995. LL, 1996-D, 467, el término hijos abarca los hijos comunes, los de un matrimonio anterior, extramatrimoniales de un cónyuge que integren y convivan con el grupo familiar. Con respecto a los ascendientes de uno de los esposos, los alimentos debidos obligarán al cónyuge del deudor cuando exista convivencia de aquellos con el matrimonio. Con relación a la conservación de los bienes comunes no hay coincidencia doctrinaria, pero la mayoría opina que se trata de los bienes gananciales de cualquiera de los cónyuges. Fleitas Ortiz De Rozas, Abel; y Roveda, Eduardo. *Régimen de Bienes del Matrimonio*, 2ª edición, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, La Ley, 2006, pág. 136. En caso de reparación de bienes propios sólo responde el cónyuge que contrajo la deuda, aunque se trate de una carga de la sociedad conyugal.

45 LAMBER, Néstor D. Ob. cit., pág. 461.

46 El cónyuge no contratante sólo discutirá si la deuda encuadra dentro del *deber de contribución familiar*, ya que no es parte en el juicio según la jurisprudencia.

acreedores. La razón de la protección es ponderar el derecho constitucional a la vivienda -incluido el matrimonio sin hijos-, presumiéndose el carácter familiar⁴⁷. Esta protección legal, no requiere el previo registro ni publicidad jurídica alguna.

5.2.1. Aplicabilidad

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio o de la inscripción de la unión convivencial, excepto que la deuda haya sido generada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el asentimiento del otro (arts. 456 y 522). Pero si la deuda de uno de los cónyuges se generó con anterioridad al 1º de agosto de 2015 -accidente automovilístico ocurrido el 1º de marzo de 2014- y el matrimonio se celebró en 2010 -época desde la cual residen en su vivienda familiar-, ¿habrá de primar el derecho constitucional a la vivienda o el derecho del acreedor anterior a la entrada en vigencia del nuevo Código que refleja específicamente la manda constitucional? A nuestro criterio, el derecho a la vivienda es un derecho constitucional fundamental del hombre, de vital necesidad de disfrutar de un espacio habitable y suficiente para desarrollar su personalidad que debe ser protegido⁴⁸. La claridad del precepto se empaña con la realidad práctica que deberá dirimirse en una prudente apreciación judicial entre ambos derechos constitucionales⁴⁹.

5.2.2. Extensión dinámica de la vivienda común

El concepto de vivienda familiar debe interpretarse en sentido amplio, dinámico e integral, resguardando *ministerio legis* el derecho sobre la vivienda

47 Coincidimos con Medina en que el inmueble puede ser ejecutado por deudas que deriven de tasas, contribuciones, expensas, obligaciones por reformas en el inmueble; ya que se entiende que ambos han asentido la prestación o la mejora o se han beneficiado con ella, porque hacen al sostenimiento del hogar familiar y los cónyuges responden solidariamente con su patrimonio.

48 En este sentido, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, segunda parte, Rubinzal Culzoni, 2016, pág. 136. Predica que el art. 456 también rige para las obligaciones contraídas antes del 1º de agosto de 2015, porque la vivienda familiar integra el bloque de constitucionalidad.

49 La Corte advierte que en la tensión entre los derechos constitucionales de propiedad y protección de la vivienda, el legislador no se ha desentendido de los derechos de ambas partes de la relación jurídica. Además de contemplar el del deudor a no verse privado de su vivienda por causa de la emergencia, procura que al percibir su crédito el acreedor sufra el menor perjuicio patrimonial posible en el contexto descripto. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra y otro s/ejecución hipotecaria", 15/03/2007, tomo 330, pág. 855.

y también el derecho a la vivienda. Así se entiende como vivienda la propia de uno de los cónyuges donde resida el hogar conyugal; el inmueble de propiedad de ambos o alquilado, prestado, usufructuado, entregado como parte de pago de un contrato de trabajo; el mueble, casa rodante o embarcación donde los cónyuges residan habitualmente; el lugar donde cada uno de ellos resida cuando han resuelto no cohabitar⁵⁰.

La singularidad de la protección no reside en que hayan de ser los cónyuges cotitulares de la propiedad o del inquilinato, sino en la indisponibilidad de los derechos de un esposo por voluntad unilateral. De modo que el cónyuge arrendatario no podrá extinguir el contrato por su sola voluntad o traspasarlo, cederlo en los casos que la ley o el pacto lo permiten, subarrendar, etc.

Este criterio dinámico de vivienda familiar no alcanza a viviendas o residencias alternativas o secundarias, como la casa de fin de semana o de vacaciones⁵¹.

5.2.3. Cosas muebles

La inejecutoriedad de la vivienda familiar incluye los muebles indispensables -ajuar y mobiliario de uso ordinario siempre que subsista como tal- frente a deudas contraídas luego de celebrado el matrimonio.

5.2.4. Prueba

Las primeras interpretaciones notariales -posición en la que nos enrolamos- sostienen que no es causa de observación del título del bien transmitido la ausencia de asentimiento si el cónyuge o conviviente titular del inmueble manifiesta que el mismo no constituye vivienda familiar⁵². Si eventualmente el cónyuge no titular cuestionase el acto, estará a cargo del disponente probar que dicho bien prescinde del asentimiento por no verse afectado el interés familiar.

50 MEDINA, Graciela. Ob. cit.

51 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La protección jurídica de la vivienda familiar*, Hamurabi, 1995, pág. 181. Señala que en la *Family Home Protection* irlandesa del 12/7/76, el término vivienda (*dwelling house*) incluye cualquier edificio, vehículo, nave, estructura móvil o inmóvil o parte de ellos, utilizados como vivienda, así como las porciones de terreno, jardines, etc., unidos a la misma y utilizados usualmente con la vivienda.

52 38 Jornada Notarial Bonaerense (2013). XXXIX Convención Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2012).

5.3. Asentimiento

El Código prevé un tratamiento diferencial para el asentimiento según las circunstancias: el asentimiento del cónyuge para enajenar o gravar bienes gananciales; el asentimiento del cónyuge o del conviviente para disponer los derechos sobre la vivienda familiar y de los muebles indispensables de ésta, o transportarlos fuera de ella; y el asentimiento del cónyuge o del conviviente para desafectar y cancelar la inscripción del inmueble del régimen de vivienda (art. 255).

Es una declaración de conformidad con un acto concluido por otro, una declaración de voluntad que no forma parte del supuesto de hecho del acto o negocio principal, sino que es condición jurídica para la validez de él. Quien lo presta no codispone ni asume responsabilidad ni deuda por ese acto; el único que dispone es el titular. Esto se advierte nítidamente en el art. 456 *in fine* cuando distingue según que el acto haya sido contraído: "...por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro". El cónyuge no titular no puede decidir sobre el acto de disposición porque no es parte en el negocio, no se solicita por él certificado de anotaciones personales para disponer, ni podrá exigir la mitad del producido de la venta si se trata de un bien ganancial, pues éste ingresará a la masa de administración del disponente. Sólo asiente o lo niega, o se podrá solicitar la venia judicial supletoria por el cónyuge titular.

Se exige el asentimiento para los actos *inter vivos* (no en disposiciones de última voluntad) que pretenda realizar el cónyuge titular del bien⁵³.

No hay imposición normativa en cuanto a la forma de su otorgamiento, podrá ser por instrumento público o privado, incluso podrá realizarse verbalmente (art. 262), pero se impone la escritura pública cuando el acto que lo requiera deba ser formalizado con esa forma (art. 1017). Puede ser otorgado simultánea o anticipadamente y revocado hasta el otorgamiento del acto de disposición (art. 459, primer párrafo, *in fine*)⁵⁴.

El *asentimiento anticipado* requiere contener no sólo el acto para el que se otorga, sino también sus elementos constitutivos (precio, plazos para el pago, entrega de la posesión, etc. -art. 457-). Junto con la restricción impuesta para que un cónyuge otorgue poder al otro para darse a sí mismo el asentimiento

53 CCivyCom. 1º de La Plata, Sala II, 13/6/72, ED, 44-543; CNCiv, Sala B, 7/5/96, LL, 1996-D-732. Los casos de expropiación o de ejecución forzada no quedan comprendidos en la previsión.

54 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala II, 29/8/69, ED, 33-598. Se ha admitido el asentimiento tácito si ambos cónyuges comparecen juntos a la escritura de constitución de hipoteca.

en los casos del art. 456 (art. 459), se busca evitar el asentimiento general anticipado⁵⁵.

5.3.1. Asentimiento y vivienda familiar

Se protege imperativamente la sede de la vivienda familiar con los muebles que la conforman y se deja de lado la denominación de hogar conyugal por no abarcar las uniones convivenciales. No se permite *disponer* de los derechos sobre la vivienda familiar y tampoco se admite transportar el mobiliario fuera de ella.

Disponer de los derechos sobre la vivienda es más abarcativo que actos de disposición, dado que engloba tanto actos de disposición de contenido real (venta, permuta, constitución de derechos reales de garantía), como también actos de disposición de tipo personal (locación, comodato, cesión de boleto).

Es intrascendente para proteger a la vivienda familiar la existencia de hijos menores o incapaces; es suficiente con el matrimonio -sin importar el régimen económico- o la unión convivencial inscripta y su habitación en el bien.

La protección de la vivienda procede sin importar que la titularidad del inmueble se encuentre en uno de los integrantes del matrimonio o de la unión, o en un tercero. El fin tuitivo integral de la familia se centraliza en la garantía constitucional del derecho de acceso a la vivienda, extendiéndose a cada uno de los muebles indispensables que la integran. Se evita de esta manera que uno de los cónyuges disponga forzosamente del bien sede familiar, eludiendo la restricción a la facultad de disponer impuesta, como también de las deudas reales o simuladas contraídas con posterioridad a la celebración del matrimonio por uno de ellos⁵⁶.

Distinto es el supuesto cuando lo que se pretende es la desmembración del dominio (constitución de usufructo, uso, habitación o servidumbre) ya que, si bien se exige este asentimiento para cuando se pretenda gravar o enajenar el bien, consideramos que es extensivo para estos casos si se afecta la vivienda familiar.

55 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala II, autos "Gg.A.M. c/M.H.T. s/Ordinario", 1/2/2016, MJ-JU-M96924-AR. Se sanciona la actitud fraudulenta de un cónyuge que pretende burlar las legítimas expectativas del otro cónyuge a participar en la división por mitades de los bienes gananciales.

56 MEDINA, Graciela. Ob. cit. Plantea el interrogante de si correspondería requerir este asentimiento cuando uno de los cónyuges va a vender el inmueble con reserva de usufructo pronunciándose en forma negativa, porque si bien el acto encierra un acto de disposición, la reserva de usufructo preserva los derechos sobre el bien.

5.3.1.1. Nulidad

En aquellos actos en los que se disponga sin el asentimiento previsto en el art. 456, el Código prevé la posibilidad de demandar su nulidad o la restitución de los muebles dentro del plazo de seis meses de haber conocido la situación⁵⁷; aclarándose que ese término de caducidad no puede extenderse más allá de los seis meses de haberse extinguido el régimen matrimonial.

Preocupa la situación jurídica dinámica en la que quedarán los inmuebles objeto de un acto dispositivo (venta) cuando el vendedor no cuente con el asentimiento previsto en el art. 456, en particular, cuando el primer adquirente lo vuelva a transmitir. Este asentimiento está impuesto no en protección del interés de un cónyuge regido por la comunidad de gananciales, sino en el interés supremo de la familia. Por ello se impone la sanción de nulidad por sí sola, que en un primer momento queda bajo el contralor del cónyuge -o conviviente- no titular del bien pero que en los casos de omisión, negativa injustificada o imposibilidad, el estado asume esa potestad y el órgano judicial pasa a desarrollar la función tuitiva.

El art. 392 incorpora una protección para ese subadquirente al establecer que todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. La autoridad judicial evaluará si la adquisición de ese tercero se realizó a título oneroso y de buena fe para conservarlo en su posición o si el acto fue a título gratuito o conocía que allí se encontraba la vivienda familiar -mala fe-, circunstancias por las que no se aplicará la protección del 392.

La omisión de prestar el asentimiento puede ser subsanada mediante la confirmación expresa que otorgue el cónyuge asintiente a través del acto instrumental que reúna las formas del acto que se sana (art. 394), con expresa mención de la causa de invalidez y de su voluntad de confirmarlo⁵⁸.

57 El art. 506 del proyecto del año 1998 fijaba un plazo de un año. En este caso, tratándose de bienes inmuebles o muebles registrables, transcurridos los 6 meses contados desde la venta inicial, creemos que debe considerarse suficiente la publicidad registral prevista en el art. 1893 y la posesión pacífica otorgada al subadquirente.

58 CNCom, Sala A, 23/11/76, ED, 73-229. Los actos de obligación no provocan por sí mismos la pérdida o gravamen de un derecho, sino que sólo obligan a ellos: sólo produce relaciones obligatorias. Se ha decidido que si se prevé que sería prestado en el momento de firmarse la escritura, constituye un contrato preliminar en el cual el titular ofreció el hecho de un tercero sin el cual no puede otorgarse válidamente la escritura.

5.3.1.2. Venia judicial

En caso de negativa injustificada a prestar el asentimiento o si el cónyuge está ausente, es persona incapaz o transitoriamente impedido de expresar su voluntad, se puede solicitar la venia judicial supletoria y el juez se limitará a dar su autorización si no está comprometido el interés familiar.

La autorización judicial sólo puede ser dada para que el cónyuge titular disponga, pero no es válida para autorizar al no titular a realizar el acto de disposición. La jurisprudencia ha coincidido en que cuando el acto prive al cónyuge o a sus hijos de la habitación, contraría el interés familiar y la autorización sólo procede si se otorga otro hogar de comodidad suficiente según el estándar de vida familiar⁵⁹.

El acto otorgado con esta autorización judicial no requiere ratificación posterior ni suscripción por parte del cónyuge que debió prestar el asentimiento. Es un acto eficaz y oponible al cónyuge.

La distinción que opera entre el asentimiento requerido en relación a la vivienda familiar y su mobiliario con el previsto en el art. 470, radica en que en este último caso el asentimiento se asimila a un control de mérito fundado en las expectativas a la participación común en los gananciales, a la disolución del régimen y a prevenir que un cónyuge pueda sustraer sin control alguno y deliberadamente bienes de significativo valor económico del haber común.

5.3.2. Asentimiento y bienes gananciales

Dentro del régimen de comunidad se busca proteger al cónyuge no titular de los bienes contra los actos del otro que por fraude, ignorancia o impericia, tiendan a disminuir el patrimonio ganancial en forma no razonable o lo pongan en peligro. Ello a diferencia del supuesto anterior analizado de la protección del interés familiar.

El art. 470 CCyC se presenta con un principio general, donde aclara que la administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido. Se requiere el asentimiento del otro para “enajenar o gravar”: a) los bienes registrables; b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del art. 1824; c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios; e) las promesas de los actos comprendidos en los

59 CNCiv., Sala C, 27/5/86, autos “M.J.M c. M.D.M.”, JA, 1986-IV-150.

incisos anteriores⁶⁰. Concluye el precepto con una remisión global a lo normado en los arts. 456 a 459, lo que apareja incluso la sanción legal de invalidez para los actos que se celebren sin el asentimiento conyugal.

5.3.3. *Asentimiento e indivisión postcomunitaria*

Todo acto de disposición que se refiera a los bienes gananciales enumerados no queda librado a la sola potestad del titular, sino que requiere el *asentimiento* del cónyuge, aun extinguida la comunidad, ya que durante la indivisión postcomunitaria si los excónyuges no acuerdan las reglas de disposición de los bienes indivisos, subsisten las relativas al régimen de comunidad (art. 482). Se impone -en esta etapa- la obligación de informar, con antelación razonable, la intención de otorgar actos que excedan la administración ordinaria.

5.3.4. *Asentimiento y poder*

¿Puede un cónyuge conferir poder especial al otro para que se otorgue a sí mismo el asentimiento previsto en el art. 470, cuando dicho poder contiene los elementos específicos y constitutivos del acto? La respuesta merece un análisis integral, aunque anticipamos nuestra respuesta afirmativa⁶¹. Literalmente, el art. 470 *in fine* nos remite genéricamente a los arts. 456 a 459. Una lectura apresurada del art. 459 nos conduciría a considerar la imposibilidad de admitirlo. Pero esta disposición se inicia admitiendo la posibilidad de otorgarse poderes -entre ellos- para ejercer facultades referidas al régimen matrimonial -permisión que corresponde sostener frente al art. 1002, inc. d⁶²- con la res-

60 Queda cerrada así la discusión de si se requiere el asentimiento para la celebración del boleto de compraventa. La CNCiv, Sala B, consideró al boleto como un acto de disposición (14/12/71, ED, 42-608). Pero en realidad hay que distinguir el boleto que obliga válidamente al cónyuge otorgante, quien deberá -al momento de la transferencia del dominio- obtener el asentimiento; y, si no lo obtiene y el tercero desconocía que era casado o falseó su estado, la obligación en este caso se resolverá. De igual forma, si se obligó a obtener el asentimiento, a excepción de que hubieran subordinado la transferencia de dominio a la obtención del asentimiento y luego no se obtiene. Si el cónyuge hubiera prestado el asentimiento en el boleto y luego se rehusara prestarlo al escriturar, el adquirente puede demandar la escrituración del asentimiento. Si no fue prestado en el boleto y se rehusara a darlo en la escritura, el adquirente tendrá la acción subrogatoria para lograr la venia judicial. Para otros, la acción en este último caso es directa.

61 En igual sentido, LAMBER, Néstor D. Ob. cit.

62 ALTERINI, Jorge. En *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2015, comentario al art. 459. Argumenta que la restricción del art. 1002, inc. d, no puede ser aplicable para casos expresamente permitidos; fundamenta que en el antiguo régimen el contrato de mandato entre cónyuges era uno de los pocos permitidos y que ahora el Código Civil y Comercial lo regula expresamente, sea expreso o tácito; y

tricción de que no se admiten para darse el asentimiento a sí mismo "...en los casos en los que se aplica el artículo 456". Es decir, fuera de este supuesto, el apoderamiento se encuentra admitido, lo que afirma el art. 375, inc. b, CCyC.

Se establece la imposibilidad de otorgarse poderes irrevocables entre ellos en este sentido, ya que la facultad de revocación no puede ser objeto de limitaciones; pero en el supuesto de que exista un tercero -por ejemplo, comprador-, se le puede conferir este tipo de poderes en virtud de lo previsto en el art. 380, inc. c.

Finalmente, se concluye como regla que el apoderado no está obligado a rendir cuenta de los frutos y rentas percibidos -salvo convención en contrario-.

6. RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES

Se contemplan los efectos jurídicos de las uniones convivenciales otorgándoles una regulación específica para todo el país, reconociéndoles el carácter de familia a esos vínculos afectivos y también jurídicos, coexistiendo a la par del modelo matrimonial familiar que ha dejado de ser la única forma relevante de desarrollo de un proyecto nacional⁶³. La unión convivencial se rige por el derecho del estado en donde se pretenda hacer valer (art. 2628).

Se posibilita la autorregulación de los intereses patrimoniales de los convivientes en base al principio de la autonomía de la voluntad consagrado⁶⁴. Quizás el fundamento para justificar la conformación contractual de un estatuto disciplinario patrimonial para una unión *more uxorio*, sea la eficacia que esa convención pueda tener para la liquidación de los intereses resultantes de esa unión, ya que

concluye en que se trata aquí de un supuesto de representación voluntaria y no estrictamente de contrato de mandato.

63 La base o fundamento de la regulación de esta institución ha sido la constitucionalización del derecho privado, asegurando el respeto a diferentes opciones de vida. Quienes optan por un sistema de organización familiar de tipo no matrimonial se autoexcluyen de la regulación legal derivada del matrimonio basando su vínculo familiar en la libertad y en la autonomía de la voluntad.

64 Podemos considerar a la unión convivencial, por defecto, como la existencia voluntaria de una comunidad de vida estable entre dos personas que no han contraído nupcias de conformidad a la legislación civil. Implica la independencia patrimonial de cada uno. No están regidos por ningún régimen económico típico. El Tribunal Supremo español en 1997 rechazó la aplicación analógica de las normas fundadas sobre matrimonio, y dijo: "...no se sabe qué clase de analogía es la que se invoca cuando ninguna obligación pesa sobre los convivientes que, en uso de su libertad, han optado por esta forma de unión, no sujetándose al cúmulo de derechos y deberes que componen el estado civil de casado. Es contradictorio que en el momento en que se disuelva la unión extramatrimonial se quiera la aplicación (ahora beneficiosa) de las normas sobre los efectos económicos de la desaparición de aquel estado cuando el matrimonio también se disuelve".

es utópico pensar en la continuidad de un régimen que nació y se conformó en base a una unión de sentimientos apartados de toda estructura formal⁶⁵.

Las uniones convivenciales registradas como aquellas que no se han registrado tienen la posibilidad de celebrar pactos y así diseñar su propio estatuto legal aunque con ciertas limitaciones impuestas (art. 513). El principio general lo encontramos en el art. 518 cuando señala que las relaciones económicas entre los integrantes de la unión se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia. Estos pactos son contratos -bilaterales, consensuales, formales- destinados a regular las relaciones entre los convivientes; deben ser realizados por escrito; y pueden prever un régimen de administración y disposición conjunta, separada o indistinta, todo lo relativo a la contribución de las cargas del hogar durante la vida en común, la atribución del hogar común, la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común -estos últimos en caso de ruptura-, ya sea por mitades o en forma desigual. Podrán recurrir a las normas prescriptas para la división de bienes de la comunidad como los cónyuges (las que regulan la partición de herencias, art. 508), aplicarlos a todos los bienes, excluir otros de dicha regulación, etc.⁶⁶. La enumeración del art. 514 es enunciativa, por lo que podrán incluir cuestiones que no sean solamente patrimoniales, gastos que sean ajenos a la vida familiar, ocupación de la vivienda común por el no titular luego de la ruptura por un plazo establecido, proporciones en la titularidad de los bienes que se adquieran más allá del origen de la adquisición, compensaciones económicas, crear su régimen económico, etc.

La escritura pública no está prevista como forma impuesta, pero consideramos que es conveniente por sus bondades y necesaria en pactos que invo-

65 El Alto Tribunal español (en sentencia de 21/10/1992) cuando permite acudir a alguno de los regímenes económico matrimoniales, exige que quede patentizado por pacto expreso o tácito que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que la sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial (*more uxorio*) por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por pacto expreso o por *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común), los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes algunos bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho.

66 LAMBER, Néstor. Ob. cit., pág. 601. En caso de fallecimiento de uno de los convivientes, si existiera un pacto de convivencia que hubiera adjudicado un inmueble al cónyuge superviviente, este provoca la exclusión del bien del acervo hereditario y la posibilidad de adjudicación del bien por el superviviente sin necesidad de tramitación del proceso sucesorio, ya que la adjudicación opera por el hecho de la muerte que provoca el cese de la convivencia, sin ser considerada una donación -ya que proviene de un convenio que reconoce el esfuerzo y aporte común-, por lo que tampoco es observable por no ser colacionable y por no estar sometido a ninguna condición resolutoria.

lucren bienes que requieran su registración (los registros públicos requerirán la escritura pública para cumplir con su rogación -art. 3º de la ley Nº 17.801, disposición técnico registral Nº 11/2016⁶⁷ del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires- y sin ella no podrán producir efectos frente a terceros); o conlleven restricciones a la libre disponibilidad⁶⁸ o derecho de oposición o asentimiento.

El régimen de estas uniones tiene un desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad mucho más amplio que el régimen matrimonial, ya que podrían pactarse participaciones desiguales. El Código no contempla las consecuencias del incumplimiento de los pactos por lo que podría ser aconsejable una cláusula que indique que se intimará judicialmente el cumplimiento o se dará por finalizada la convivencia y la unión o indicar que la parte cumplidora dejará de cumplir sus obligaciones, etc.⁶⁹.

Estos pactos podrían otorgarse cuando lo consideren oportuno, incluso antes del inicio de la convivencia -y lo será bajo condición suspensiva sujeta al reconocimiento de la unión convivencial, retrasando además la inscripción pertinente si hubiera bienes registrables, prever la inclusión de bienes adquiridos apenas iniciada la convivencia-; y luego, más allá, registrada o no la unión convivencial. Los mismos podrán ser modificados durante el curso de la unión, sin requerir un plazo mínimo de vigencia del pacto para poder ser modificado. Se rescinden por acuerdo de ambos, aun sin cese de la convivencia; pero el cese de la convivencia implica la extinción de pleno derecho de los efectos del pacto para el futuro.

A falta de regulación y como régimen supletorio el Código establece una administración y disposición separada de la propiedad de los bienes de cada uno de los convivientes, y la única restricción es la vivienda familiar (conf. art. 522).

67 El art. 13 de la disposición técnico registral Nº 11/2016 señala que serán susceptibles de registración las escrituras públicas o documentos judiciales que contengan pactos de convivencia, sus modificaciones, su rescisión y extinción, siempre que se refieran a bienes inmuebles.

68 ROVEDA, Eduardo G.; Giovannetti, Patricia S. "Pactos de Convivencia", en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rivera, Julio C.; y Medina, Graciela (directores); tomo II; La Ley; Buenos Aires; 2014; pág. 268. Se plantean la posibilidad de que el pacto incluya restricciones a la facultad de disponer de un bien inmueble por parte de alguno de los integrantes de la pareja y que el mismo deba registrarse; y concluyen en la necesidad de la escritura pública. En igual sentido Casabé, Eleonora. *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, pág. 139.

69 ROVEDA, Eduardo G.; y Giovannetti, Patricia S. Ob. cit., pág. 515. Consideran que también el deber de fidelidad recíproco podría ser incluido, incluso con cláusulas de resarcimiento por incumplimiento.

Estos pactos no podrán ser contrarios al orden público ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de sus integrantes⁷⁰, ni dejar sin efecto las disposiciones del llamado régimen primario (art. 515) que está dado por: la asistencia durante la convivencia (art. 519), la contribución a los gastos del hogar, la responsabilidad por las deudas frente a terceros -en ambos casos igual que a los cónyuges- (arts. 520 y 521). Este marco obligatorio se aplica a todas las uniones convivenciales, se encuentren registradas o no, a excepción de la protección a la vivienda que funcionará sólo ante las uniones convivenciales registradas. En caso de que el pacto incluya cláusulas contrarias a este marco obligatorio, las mismas se tendrán por no escritas.

La eficacia que podrían llegar a tener estos pactos, su modificación y su extinción, será *inter partes*, ya que para desplegar efectos frente a terceros será necesaria la inscripción del art. 511 y en el registro de bienes en su caso⁷¹. Creemos que esta previsión sólo tendrá trascendencia en aquellos casos en que se impongan restricciones a la disposición de los bienes de titularidad de uno de ellos, o que hayan pactado gestión conjunta de los bienes adquiridos durante la unión o cuando la titularidad de uno de ellos esté condicionada al cese de la convivencia.

Con respecto a los terceros, el ejercicio de buena fe de los derechos generará una apariencia y así, quienes contraten con los convivientes, lo harán como si fueran individuales sin importar los pactos, salvo su oponibilidad en caso de que proceda su registración.

Las normas sobre uniones convivenciales rigen para las uniones vigentes al 1º de agosto de 2015, es decir que si la unión convivencial se extinguió antes, no serían aplicables las reglas del Código Civil y Comercial de la Nación⁷².

70 Cláusulas que contraríen el art. 515 serían por ejemplo pactar el deber de fidelidad sólo para una de las partes o la prohibición de trabajar a uno de ellos.

71 CANTERO NÚÑEZ, Federico J. "Uniones de hecho", en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo IV, volumen 1º, Civitas, Madrid, 2001, pág. 411. Expresa que: "...las posibles inscripciones en los distintos Registros Administrativos de Uniones Civiles no son verdadero medio de publicidad frente a terceros. En esta situación, la eficacia sería meramente interna".

72 CNCiv, Sala J, 3/11/2015, "F., M.L. c/ N., R. H. s/ Disolución de sociedad", LL, 1/2/2016, AR/JUR/61316/2015. Se resolvió en un pleito iniciado antes de la vigencia del CCyC que la normativa aplicable era la de una disolución de una sociedad de hecho entre quienes habían convivido bajo el régimen del Código Civil. En otro caso se aplicaron las pautas del art. 518 CCyC para acoger la acción dirigida a dividir bienes que estaban en condominio, pero se rechazó el planteo respecto a los inmuebles que figuraban a nombre de uno de ellos y se dispuso que ante la inexistencia de pactos se aplican las normas del art. 528 CCyC. Tuvo por cierto que existió entre ellos un acuerdo para proceder en el sentido de adquirir unos bienes a nombre de uno y otros a nombre de otro, ya que tener a los

Con respecto a la capacidad para celebrar este tipo de actos, el Código no le reconoce efectos a los pactos -ni a las uniones convivenciales- celebrados por menores de edad (art. 510, inc. a.). Los incapaces de ejercicio (art. 24) dependerán de la restricción que surja de la sentencia respectiva.

A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, ya que no se establece un régimen supletorio. De allí la trascendental importancia de las previsiones en el pacto convivencial y que sean otorgados por escritura pública, ya que al cese de la convivencia y al momento de proceder a la distribución de los bienes, podrán las partes otorgar una escritura de adjudicación por cese de la unión convivencial cuya causa será el pacto previo donde haya sido previsto, requiriendo los certificados registrales correspondientes. Podrán asimismo reconocer el aporte o esfuerzo compartido al momento de la adquisición, mejoras, mayor valor en los bienes, etc.

En caso de que dicha distribución de bienes no hubiera sido prevista en el pacto -o no hubiera pacto-, las partes podrían otorgar escritura de adjudicación de bienes a los efectos de proceder a la distribución de los adquiridos durante aquella, ya que no existe límite de tiempo para efectuar esa convención y podría ser otorgada en forma simultánea a la adjudicación.

Finalmente se unifican las soluciones jurisprudenciales construidas en torno al reclamo de los bienes posruptura y se sienta la regla básica de adjudicación en cabeza del titular registral, sin perjuicio de dejar expeditas las vías que marcan los principios generales como enriquecimiento sin causa, interposición de personas, y otros como el fraude, la inoponibilidad de la persona jurídica, etc.⁷³.

7. FORMA INSTRUMENTAL DE LAS CONVENCIONES Y LA FUNCIÓN NOTARIAL

Para la autorización de un documento que contenga una convención, el notario interviniente habrá de interpretar la voluntad de los comparecientes, analizará las causas que los conducen hasta esa instancia y asesorará sobre las implicancias, efectos y consecuencias del acto a otorgar. Si el acuerdo se celebra entre contrayentes, corresponde denominarlos convenciones prema-

bienes adquiridos durante la vigencia de la unión, en partes iguales sin más, sería asimilar la unión convivencial al régimen patrimonial matrimonial (Cámara 1° Civil, Minas, Paz y Tributaria de San Rafael, 9/9/2015, LL, Gran Cuyo, febrero de 2016, pág. 95; AR/JUR/29558/2015).

73 HERRERA, Marisa. En Lorenzetti, Ricardo Luis. *Código Civil y Comercial Comentado*, tomo III, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2015, pág. 371.

trimoniales, nupciales o entre contrayentes; mientras que las convenciones entre cónyuges son aquellas que sólo modifican el régimen patrimonial que rige el matrimonio⁷⁴.

El funcionario del registro del estado civil y capacidad de las personas deberá, en el acta de matrimonio (art. 420), dejar constancia de si los contrayentes han celebrado capitulaciones matrimoniales, si han optado por el régimen de separación y, en caso afirmativo, fecha y registro notarial en el que se otorgó⁷⁵.

La convención prenupcial relativa al régimen patrimonial matrimonial debe realizarse por escritura pública (art. 446), al igual que su modificación. En caso de incumplimiento, dicha convención es inválida por aplicación del art. 285 que establece que: "...el acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad..."

Para MAZZINGHI⁷⁶, postura que compartimos, el concepto de solemnidad relativa respecto a las convenciones remite a lo prescripto en los arts. 1018 y 285 CCyC, por lo que si las partes extienden una convención en instrumento privado, la convención no es perfecta ni plena, pero tiene valor y faculta a cualquiera de las partes a reclamar de la otra el cumplimiento de la formal legal. Si la convención es anterior al matrimonio, el firmante del instrumento privado tiene la opción de no casarse o exigir cumplir la forma. Pero si esa convención se realiza durante el matrimonio para cambiar de régimen, la firma del instrumento privado obliga a las partes a extender la escritura respectiva. Con acierto, el Código no exige homologación judicial de la convención otorgada en escritura notarial -el proyecto de reformas y proyecto de Código Civil sí lo preveían⁷⁷.

74 La designación y avalúo de los bienes, y la enunciación de deudas y de donaciones no pueden formar parte de una convención posterior a la celebración del matrimonio.

75 En el régimen de Vélez, la forma para la celebración de convenciones matrimoniales se regía por la que establecía la ley del lugar de su celebración (art. 1205 CC). El art. 1223 CC -concordante con el art. 1184, inc. 4º- establecía que las convenciones matrimoniales debían hacerse en escritura pública, *so pena de nulidad*, según el valor de los bienes o si se constituyeren derechos sobre bienes raíces, sino era suficiente formalizarla por instrumento privado. Para un sector de la doctrina la forma notarial era constitutiva (*ad solemnitatem*), es decir que no existía la convención si faltaba la escritura. También lo habían propuesto las comisiones creadas por los decretos N° 468/92 y N° 685/95. Considerar a la escritura como forma *ad probationem* podría haber significado la posibilidad de que los cónyuges pudiesen reclamarse entre sí el cumplimiento de la forma, después de celebrado el matrimonio, en violación al art. 1219 CC.

76 MAZZINGHI, Jorge A. M. *Las convenciones matrimoniales*, RCCyC, diciembre de 2015, 16/12/2015, 41, cita online: AR/DOC/4259/2015. Sambrizzi, Eduardo A. *Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial*. La Ley, 4/11/2014, 1, cita online: AR/DOC/3941/2014, para quien la falta de otorgamiento de escritura pública, provoca la nulidad aunque de carácter relativo, porque sólo está en juego el interés de las partes.

77 KIPER, Claudio. *Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, pág. 319. Se deja así de lado la posibilidad de modificar

Como causales de la nulidad de la convención *in totum* encontramos las siguientes: 1) falta de asistencia al acto de ambos o uno de los contrayentes, por sí o por medio de apoderados especiales; 2) vicio de forma; 3) incapacidad de alguno de los cónyuges o ambos; 4) otorgamiento de la convención antes del plazo de un año desde el principio de vigencia del régimen anterior, legal o convencional; 5) vicios del consentimiento (error, dolo o violencia).

No son causales de nulidad, sino de caducidad de contrato válido y no producirá efectos, la falta de celebración ulterior del matrimonio o si se lo declara nulo⁷⁸. Si la convención es declarada nula, se considera que los cónyuges están casados sin capitular.

El Código deja de lado los requisitos particulares que debe contener la escritura pública de convención -como lo hacía el art. 1225 CC-, por lo que aquellos serán los de las escrituras públicas en general (art. 305).

8. REGISTRACIÓN Y PUBLICIDAD. PUBLICIDAD FORMAL. TÉCNICA PUBLICITARIA

Las convenciones posteriores a la celebración del matrimonio que modifiquen el régimen, para que produzcan efectos frente a terceros, deben anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. El notario autorizante tiene la obligación de inscribirla en el registro civil y capacidad de las personas⁷⁹, mencionándose el número de escritura en que se instrumentó, la fecha, folio y registro notarial ante el cual pasó, y el régimen patrimonial en el que se encuentra el matrimonio. El registrador sólo habrá de calificar la forma pero no el contenido. Pensamos que podrían las partes asumir la responsabilidad de su inscripción.

En la convención anterior al matrimonio no se encuentra el notario obligado a efectuar los trámites inscriptorios porque existe imposibilidad material y jurídica de hacerlo y son los contrayentes quienes deben declarar al momento

también las convenciones por medio de homologación judicial con previa audiencia con el juez en forma separada, quien debía oír a las partes con asistencia letrada.

78 SAMBRIZZI, Eduardo A. Ob. cit., La Ley 4/11/2014. En cambio, interpreta que en el caso de que los esposos fueran de buena fe y de conformidad con los arts. 428 y 429 CCyC, el matrimonio anulado produce todos los efectos del matrimonio válido con respecto al cónyuge de buena fe hasta el día que se declare su nulidad. Los arts. 1238 a 1240 CC dejaban a salvo los derechos del cónyuge de buena fe en el matrimonio putativo.

79 En el mismo sentido se expidió la 39 Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2015). El art. 51 de la ley N° 26.413 establece la inscripción por nota de referencia en las actas de matrimonio en el registro del estado civil y capacidad de las personas.

de contraer nupcias que han celebrado convención matrimonial y, en su caso, si han optado por el régimen de separación (conf. art. 420 incs. i y j). No se prevé que pueda efectuarse la opción simultáneamente con la celebración del matrimonio⁸⁰. Entre las partes y quienes hubieran participado del acto, produce efectos desde el momento de su celebración por el principio de buena fe que rige todas las relaciones patrimoniales⁸¹.

Debe anotarse por nota marginal el régimen patrimonial adoptado y su posterior mutación -convencional o judicial-. La publicidad cartular y la de las copias expedidas no son suficientes como para solidificar un sistema eficaz de información a terceros y su oponibilidad. La implementación de un registro especial -como algunos países europeos⁸²-: no consideramos que sea el remedio más apto⁸³.

Esta publicidad meramente *indicativa* es eficaz en un sistema en el que se puede optar entre regímenes económicos preestablecidos por la ley, ya que no se publicita el contenido de la convención. La eficacia protectora de quien confía en las constancias del registro civil se limita a la inoponibilidad de lo no inscripto⁸⁴.

El tercero tiene que ser de buena fe -desconocer el cambio de régimen- y haber adquirido sus derechos con anterioridad a la modificación (no meras expectativas). Son terceros los acreedores de los cónyuges (con crédito a término o condicionado) y los que hayan adquirido de ellos derechos reales.

80 Los fundamentos del anteproyecto señalan que la elección entre los dos regímenes se realiza por escritura pública antes de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del registro de estado civil y capacidad de las personas, lo que no surge del articulado sancionado.

81 Así se encuentra previsto en el régimen francés, que establece en su art. 1397 que: "...el cambio homologado tiene efecto entre las partes a partir de la fecha de la resolución judicial y frente a terceros tres meses después que el cambio sea inscripto en el margen del acta de matrimonio. En ausencia de esta mención el cambio no es opuesto a los terceros salvo que en el acto celebrado con los terceros los esposos manifiesten que han modificado su régimen".

82 Conf. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. "La publicidad en el régimen económico del matrimonio", Revista de Derecho Privado, abril de 1984, Madrid, pág. 365: "...después de la ley del 1º de julio de 1959 Alemania instituyó un registro de capitulaciones matrimoniales; Suecia desde el Cód. matrimonial de 1920; Noruega desde 1927; Holanda desde julio de 1956; y Portugal desde su nuevo Código". Además de la inscripción de la convención en el acta de matrimonio, otras legislaciones han previsto su inscripción en el registro de la propiedad o de comercio. Así, por ejemplo, el Código Civil español en su art. 1333 dispone que: "...si las convenciones o sus modificaciones afectaran a inmuebles se tomará razón en el Registro de la Propiedad".

83 El despacho de la Comisión V de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995), declaró: "...las modificaciones al régimen patrimonial del matrimonio requieren un régimen de publicidad adecuado, siendo insuficiente el que actualmente se practica".

84 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "Las deudas de una persona casada cuando se producen modificaciones en el régimen patrimonial del matrimonio", Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 12, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996, pág. 75.

Si bien la dispersión geográfica de las oficinas del registro civil no es realmente adecuada, se justifica la anotación en el mismo por la naturaleza del acto⁸⁵ y el registro de tipo personal. Habrá que implementar una nueva técnica, la forma de practicar los asientos, “ordenar sus índices”⁸⁶ para proporcionar una información ágil a los terceros. El punto medular de la cuestión radica en publicitar el régimen adoptado en la convención prematrimonial o su cambio posterior y consagrar frente a terceros, la presunción de que la falta de publicidad de un régimen convencional significa que el régimen es el legal supletorio⁸⁷. Se logrará así evitar la utilización de las convenciones o mutaciones en perjuicio de terceros de buena fe. No se garantiza la certidumbre del asiento, ya que pueden existir modificaciones posteriores aún no mencionadas (*publicidad negativa*)⁸⁸.

El tercero de buena fe es cualquier persona que entable una relación jurídica con los cónyuges y, por no haber intervenido en las convenciones matrimoniales, no tiene información de las alteraciones al régimen⁸⁹; y si la tuviera, habría que probar su conocimiento para destruir la presunción de buena fe.

Consideramos inadecuado al registro de la propiedad inmueble o de bienes como medio publicitario para dar a conocer el régimen patrimonial del matrimonio por ser ajeno a su naturaleza; sólo admitimos la mención del régimen matrimonial del titular registral como publicidad complementaria (ejemplo: disposición técnico registral N° 11/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires) consignando en el asiento registral el régimen patrimonial que hubiese pactado el titular adquirente del inmueble o derecho inscripto⁹⁰; o toda capitulación que incida en el patrimonio del titular registral o de su cónyuge -según su régimen patrimonial- y la publicidad de la decisión (verbigracia, adjudicación de un inmueble en la partición de la comunidad por mutación de régimen)⁹¹.

85 Igual en España, BELLO JANEIRO, Domingo. “Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial”, Revista Jurídica del Notariado, N° 7, Madrid, 1993, pág. 39, quien cita a Rojas Montes.

86 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Lineamientos...* cit., JA, 1993-IV-842.

87 Conf. arts. 463 y 449 *in fine*.

88 ZAVALA, Gastón A. *Registración y publicidad del régimen patrimonial matrimonial*, ponencia presentada en la XV Jornada Nacional de Derecho Civil, Mar del Plata, 1995.

89 Conf. SOTO BISQUERT, Antonio. “La publicidad del régimen matrimonial de bienes”, Revista de Derecho Privado, tomo 51, Madrid, 1967, pág. 517.

90 Se hace constar en el registro de la propiedad el régimen patrimonial matrimonial del titular registral en relación a *ese* bien al momento de adquirirlo o el cambio posterior. El art. 1317 CC español dispone que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará los derechos adquiridos por terceros (arts. 1401 y 1402). Si la capitulación afecta a inmuebles, se tomará razón en el registro de la propiedad (art. 1333).

91 MAGARIÑOS BLANCO, Victorio. “Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por separación y derechos de los acreedores”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 548, Madrid, pág. 52.

La conveniencia de ingresar convenciones matrimoniales a registros especiales, como el registro de la propiedad (*publicidad material*), es asignarle autosuficiencia a la publicidad formal frente a casos singulares (transferencia de inmuebles -o muebles registrables- con efectos frente a terceros *registrales*); y agiliza la actividad del registro de la propiedad al prescindir de la presentación del documento cada vez que el titular registral otorgue actos dispositivos⁹².

Consideramos oportuna su mención en el asiento inmobiliario registral por apreciar que este registro ofrece una mayor seguridad jurídica dinámica, tanto por su organización como por la costumbre de consultarlo cuando se pretende la celebración de algún acto jurídico o la adquisición de algún derecho sobre bienes raíces. El asiento registral será eficaz protegiendo sólo al tercero *-registral-* interesado en ese bien *-verbigracia,* el constituyente de un derecho real- pero no será eficaz frente al tercero ligado al cónyuge por derechos personales.

Sería oportuna⁹³ la exigencia de la previa inscripción en el registro de estado civil y capacidad de las personas a la toma de razón en el registro de la propiedad y así evitar el planteo de inconvenientes por la oponibilidad o inoponibilidad por no haber sido mencionada la convención en el registro civil y sí en el de la propiedad. Y, en el caso inverso, cuando se hubieran otorgado capitulaciones mencionadas en el registro civil que tengan alguna incidencia sobre un inmueble y que no figuren en el registro de la propiedad, será irrelevante frente a los terceros (civiles) acreedores del/de los cónyuge/s la falta de toma de razón en el registro de la propiedad, pero si fuesen terceros registrales, adquirirá trascendencia la fecha del asiento de las convenciones en el registro inmobiliario⁹⁴.

No desconocemos la falta de practicidad de exigir una partida de matrimonio actualizada cada vez que un cónyuge desee realizar un acto que la requiera, sumado a que los registros que llevan estas inscripciones son provinciales.

Tampoco ignoramos la validez temporal de estas partidas: la modificación del régimen actual patrimonial sólo podría realizarse luego de transcurrido un año desde el nacimiento o modificación del mismo, y esto sería un dato a tener en cuenta, pero pensemos que luego de ser expedida una partida y hasta

92 PRESA DE LA CUESTA, Alfonso. "Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 564, Madrid, 1984, pág. 1222.

93 Art. 5º de la disposición técnica registral N° 11/2016 de la Provincia de Buenos Aires. Art. 266/6 del Reglamento del Registro Civil español, desde 1986.

94 Conf. MAGARIÑOS BLANCO, Victorio. Ob. cit., pág. 56.

que llega a manos de algún oficial interviniente, se podría registrar un cambio de régimen. Esto generaría conflictos que deben ser previstos estableciendo un sistema nacional registral de expedición en plazos breves y una vigencia temporal de dichas certificaciones que permita dar seguridad al tráfico jurídico.

9. CONTRATACIÓN ENTRE CÓNYUGES Y EXCÓNYUGES

En el Código Civil la regla general era la libertad de contratar de personas capaces y esto incluía a los cónyuges⁹⁵. La incapacidad de derecho para contratar en ciertos contratos expresamente prohibidos se fundaba en la naturaleza que implicaba una alteración del régimen patrimonial del matrimonio o del carácter de los bienes, o que resultaban de ellos relaciones jurídicas, derechos u obligaciones incompatibles con las características de la relación matrimonial.

El proyecto de unificación de los códigos civil y comercial, adhiriendo a un sistema de gestión patrimonial *no imperativo*, permitía que los cónyuges eligieran el régimen que creyeran más conveniente y se eliminaban todas las prohibiciones específicas para contratar entre ellos. La limitación en la posibilidad de elegir sólo entre dos regímenes económicos se veía flexibilizada por esa libertad, ya que a través de contratos los esposos podían cambiar el carácter propio o ganancial de los bienes en el régimen de comunidad, aumentar sus deberes en orden a la contribución de los gastos o a la distribución de los bienes, con lo cual indirectamente se podían configurar regímenes intermedios. Al tratarse el proyecto en el congreso, si bien se mantuvo la posibilidad de pactar el régimen patrimonial, se agregó al art. 1002 el inc. d), que establece la prohibición de contratar en interés propio a los cónyuges bajo el régimen de comunidad. Flagrante contradicción si se lo evalúa con la facultad que el art. 449 brinda a los cónyuges de mutar al régimen de separación de bienes.

Coincidimos con CASABÉ⁹⁶ en que, frente a esta situación debemos interpretar que las normas especiales que permiten la contratación entre cónyuges, prevalecen sobre la inhabilidad especial consagrada en el art. 1002, inc. d), al igual que las marcadas en los arts. 459 -poder de un cónyuge a otro-, 474 -mandato tácito-. Asimismo los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo, incluso las reguladas en la sección IV, capítulo I de la ley general de sociedades.

95 Dijo la Cámara Nacional Civil, Sala D, que: "...si no existe una prohibición expresa o si el fundamento del contrato no repugna a los principios legales en que se funda el régimen patrimonial, no es posible hacer pesar sobre los cónyuges una verdadera incapacidad de derecho, como es la de no poder contratar entre ellos" (ED, 57-567).

96 CASABÉ, Eleonora. Ob. cit., pág. 113.

Congresos y Jornadas

La restricción incorporada⁹⁷ marca un profundo retroceso, basada en el temor infundado de la generación de fraude a los terceros, ya que la protección a estos no se encuentra en el rigor del régimen matrimonial de los cónyuges bajo el régimen de comunidad, sino en su publicidad y la de sus cambios.

El andamiaje jurídico posee mecanismos suficientes para combatir la mala fe de los cónyuges en el ejercicio de su derecho de contratación. En su caso, no se entiende porqué no fue incorporada esa restricción a todos los matrimonios independientemente del régimen matrimonial adoptado, ya que aquellos que se encuentran bajo el régimen de separación tienen libertad en la contratación y también podrían generar actos fraudulentos en perjuicio de terceros⁹⁸.

10. DIVORCIO Y RÉGIMEN DE COMUNIDAD

Para transitar el camino hacia el divorcio, los cónyuges que se encuentren bajo el régimen de comunidad tienen dos posibilidades: efectuar una propuesta en el convenio regulador del art. 439 de la distribución de los bienes y resolverlo durante ese proceso, o pueden llegar a dicho momento con la cuestión de los bienes, de la adjudicación de la vivienda familiar y de las recompensas ya resuelta. Como expresan KEMELMAJER DE CARLUCCI y HERRERA⁹⁹, el contenido del convenio regulador no está impuesto por la ley y el mismo incluirá aquellas materias que han llegado al momento de la propuesta sin ser resueltas, por lo que quedarían afuera aquellas cuestiones que sí han tenido resolución previa.

97 El predictamen presentado en noviembre de 2013 por el partido oficialista ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, justificaba sosteniendo: "...la eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges propicia conductas fraudulentas. El fin principal de la prohibición es tratar de evitar los fraudes a los acreedores de alguno de los cónyuges, por lo que se sugiere su inclusión". Publicado en <http://www.parlamentario.com/noticia-67689.html>.

98 La eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges es una línea legislativa seguida por los ordenamientos jurídicos más modernos que además adoptan remedios a los efectos de evitar los abusos y proteger a los terceros. Ejemplos de legislaciones: Alemania, Canadá (Québec), Italia, Bolivia, Colombia, Francia, España, Suiza, Panamá. En nuestro país, los proyectos de reforma de los años 1993 y 1998. Herrera, Marisa. "El poder de contratación entre cónyuges bajo el régimen de comunidad en el banquillo", Rubinzal, online RCD, 351/2014. Kiper, Claudio. Ob. cit., tomo 1, pág. 322.

99 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; y Herrera, Marisa. "Convenio regulador en el divorcio. Respuestas a preguntas equivocadas", LL, 17/3/2015, AR/DOC/754/2015: "Si uno de los pilares sobre los cuales se edifica el régimen matrimonial es el de evitar conflictos y lograr que los divorcios sean lo menos destructivos posible, es innegable que no se puede obligar a los cónyuges a pactar todos los efectos que se derivan de su matrimonio siendo que ello podría ser un factor de disputa y enfrentamientos, cuando es lo que se pretende evitar".

Consideramos adecuado que, con anterioridad al trámite de divorcio, los cónyuges bajo el régimen de comunidad cambien al régimen de separación y liquiden la comunidad sin necesidad de quedar atados a la indivisión postcomunitaria, que podría ser fuente generadora de conflictos. Se podrían evitar así todas aquellas cuestiones que se plantean en el manejo y disposición de los bienes durante el período de indivisión, donde la problemática de los bienes suele entorpecer el tráfico negocial, sobre todo frente a terceros.

11. DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD *INTER VIVOS Y MORTIS CAUSA*

11.1. Principio general

Al cesar el estatuto de comunidad por su cambio o por la disolución del matrimonio, la partición de los bienes indivisos se realizará por el acuerdo entre los cónyuges o con los herederos, o en su defecto mediante la aplicación de las normas prescriptas para la partición de herencias¹⁰⁰.

11.2. Indivisión postcomunitaria

La comunidad se extingue por muerte, anulación del matrimonio putativo, divorcio, separación judicial de bienes y cambio de estatuto económico (art. 475). Se califica al estado de indivisión postcomunitaria como una universalidad jurídica similar a la hereditaria, aunque con particularidades que las diferencian. El régimen de comunidad luego de su extinción convertirá los *bienes gananciales* en la masa indivisa postcomunitaria hasta su partición entre los cónyuges o excónyuges -según el caso-.

La ley N° 26.994 distingue la indivisión formada a partir de la muerte de uno de los cónyuges -o de los dos- situación que se regirá por las reglas de la indivisión hereditaria, o en vida de ambos la que estará enmarcada por las disposiciones de las secciones 6ª, 7ª y 8ª del capítulo destinado a "Régimen de Comunidad".

Durante la indivisión se mantienen las dos masas formadas por las respectivas adquisiciones de los cónyuges y cada masa soporta frente a los acreedores su propio pasivo, con excepción de las cargas definitivamente comunes, las que podrán ser reclamadas a uno u otro cónyuge. La liquidación de la masa indivisa

¹⁰⁰ En el régimen de separación de bienes al momento de cambiar de régimen o de cesar la unión matrimonial, podrá existir algún reclamo entre ellos en virtud de las obligaciones solidarias de los arts. 461 y 462, pero no a disolución alguna, ya que no existe una masa indivisa.

requerirá separar bienes comunes suficientes para el pago de esas cargas y los acreedores podrán oponerse a la partición y entrega de los bienes liquidados hasta que no se satisfagan sus créditos, ya que no se puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores (arts. 487, 467, 461 y 462)¹⁰¹.

11.2.1. *Tratamiento normativo*

La ley N° 26.994 es continuadora del sentido incorporado al Código de VÉLEZ por las leyes N° 11.357, N° 17.711 y N° 23.515. En la separación judicial de bienes el interés tutelado ante la mala administración se refiere al: "...peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales". Conserva el caso del concurso preventivo o la quiebra¹⁰²; incorpora la separación de hecho por parte de alguno de los cónyuges sin voluntad de unirse; y tipifica además al supuesto de que ante la incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se le designe curador a un tercero.

El nuevo Código determina el momento en el que se produce la extinción de la comunidad y para ello fija tanto pautas precisas como elementos que merituará el juez en su resolución cuando su intervención sea imprescindible.

Los efectos de la anulación del matrimonio, divorcio o la separación de bienes se producen desde el día de notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges¹⁰³; y le confieren al juez la facultad de modificar la extensión del efecto retroactivo fundado en la existencia de fraude o abuso del derecho¹⁰⁴.

Si el matrimonio es putativo produce todos los efectos del matrimonio válido hasta la fecha de anulación si ambos cónyuges fueran de buena fe (art. 428); o, si uno de los cónyuges es de buena fe, el Código determina que esos efectos sólo

101 Surgirán también las compensaciones entre los cónyuges (arts. 488, 491, 495). Si una deuda definitivamente común fue pagada estando vigente la comunidad con bienes gananciales de titularidad de un cónyuge, la cuestión queda agotada.

102 Interpretamos que no tendría efecto pedir la separación de bienes, porque con el despoberamiento de los bienes del deudor, tanto propios como gananciales, quedan afectados al derecho de los acreedores. No habría ningún tipo de protección legal entonces.

103 Se incorpora expresamente el reconocimiento de los *bienes gananciales anómalos*, los cuales podrán ser considerados privativos si se remontan los efectos de la sentencia al día de la separación de hecho sin voluntad de unirse. Decisión acertada, porque en estos casos está ausente el elemento común y coparticipativo con el que se erigen los bienes gananciales. El proyecto de unidad que le dio origen ya no está presente: "Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges desde la celebración del matrimonio hasta la separación de hecho son bienes gananciales *puros* en tanto están alcanzados por la regla del art. 1315 del CC, en cambio, desde la ruptura de la unión fáctica hasta la disolución de la sociedad conyugal, los bienes que aumentan el patrimonio de cada cónyuge son gananciales anómalos y no sujetos a división" (CNCiv, Sala B, 20/10/05, "H.,M.B. c. G. S., M.R. L.L.", 2006-A-679).

104 La CNCiv sostuvo que si ambos cónyuges son los causantes de la ruptura matrimonial, ninguno tiene derecho a los bienes adquiridos por el otro después de la separación. Conclusión fundamentada en razones de equidad y de orden lógico y moral. CNCiv en pleno, 29/9/1999, "C., G.T. c. A., J.O.", LL, 1999-F-3, DJ, 1999-3-754.

se producen respecto al cónyuge de buena fe y hasta el día de la sentencia que declare la nulidad (art. 429), asignándosele una serie de derechos. Si ambos contrayentes son de mala fe, el matrimonio anulado no produce efecto alguno y los bienes adquiridos hasta el momento de resolverse la nulidad se distribuyen como si fuese una sociedad no constituida regularmente, y queda sin efecto el régimen económico convenido sin perjuicio de los derechos de terceros.

La separación judicial de bienes decretada sólo le pone fin al régimen de comunidad pero no al vínculo matrimonial, es por eso que el art. 480 determina simplemente que quedan sometidos al régimen de separación de bienes.

La extinción del régimen de comunidad no puede afectar los derechos de terceros adquirentes de buena fe que no sean a título gratuito. Para ello, esto se debe complementar con la publicidad específica prevista en el art. 1893.

11.2.2. Indivisión en vida de ambos cónyuges o excónyuges

La gestión de administración y disposición de los bienes que integran la masa indivisa queda sometida al acuerdo que los cónyuges o excónyuges puedan celebrar o, en su defecto, se establece la aplicación del régimen de comunidad (470 y conc.), en cuanto no se le determine un tratamiento específico.

En la relación interna se inicia un período de liquidación en el que se determinan las cargas entre ellos y la masa, sus eventuales recompensas (488 y conc.) para concluir con la partición de la comunidad, masa que estará integrada con la suma de los activos gananciales líquidos de uno y otro cónyuge (art. 497), que se dividirá en partes iguales sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales, aunque si los interesados son plenamente capaces se aplica el acuerdo arribado¹⁰⁵.

Durante este interregno perdura un régimen de comunidad sobre la universalidad con fines liquidatorios, pero con una variante sustancial según que la comunidad se haya extinguido por la disolución del matrimonio (divorcio) o perdurando éste porque se encuentre sujeto al régimen de separación judicial de bienes o convenido otro régimen económico, y es que a partir de esta circunstancia ellos recuperarán la plena capacidad para contratar entre sí.

El Código determina que en la relación de ellos y sus bienes indivisos frente a los terceros se mantiene la integralidad del patrimonio del deudor frente a los acreedores anteriores a la indivisión (arts. 461, 462 y 467) y cada uno, la gestión separada de sus bienes, como también responde por sus deudas con el patrimo-

¹⁰⁵ La indivisión postcomunitaria es una situación transitoria que se produce de pleno derecho y no es viable pacto alguno que tienda a prolongarla; característica que la diferencia del derecho hereditario (conf. arts. 2380 a 2383).

nio de su titularidad, sin perjuicio del derecho de los acreedores de subrogarse en los derechos de su deudor de requerir la partición de la masa común.

Si se dispone de bienes registrables indivisos de titularidad de uno -no habiendo pacto al respecto-, no habrá codisposición, aun cuando en la relación interna se tenga derecho a la mitad de la masa, sino que se requerirá el asentimiento del otro¹⁰⁶. En este caso, el producido de la disposición -por ejemplo, precio de la venta- ingresará a la masa indivisa con el carácter de ganancial. Si hubiese arribado a un acuerdo en relación a estos bienes, el mismo deberá estar formalmente otorgado y publicitado para ser oponible y eficaz ante los terceros.

Cuando en el convenio regulador presentado al trámite del divorcio se hubiese acordado la partición del acervo y la adjudicación de los bienes, una vez aprobado el mismo, ese acto procesal implica el cese del estado de indivisión aun cuando esté pendiente su reflejo registral -con las implicancias que esa omisión conlleva-. Ante la futura disposición de uno de esos bienes por parte del adjudicatario, este deberá previamente inscribirlo o en su defecto disponer mediante la modalidad del tracto sucesivo abreviado.

La relación externa con terceros acreedores continúa rigiéndose por las normas de la comunidad de gananciales y estos no pueden verse perjudicados por la situación de los cónyuges o excónyuges cuyo patrimonio sigue siendo la garantía común de sus créditos y les será inoponible toda alteración al respecto.

11.2.3. Indivisión por fallecimiento de alguno de los cónyuges

Si fallece uno de los cónyuges el vínculo matrimonial se disuelve y finaliza *ipso iure* la comunidad (art. 475), nace la indivisión postcomunitaria (art. 481) coincidentemente con la apertura de la sucesión. Si el sobreviviente y los herederos del premuerto no proceden a liquidarla¹⁰⁷, se configura entre ellos una universalidad hereditaria y el patrimonio del causante se transmite a sus herederos y nace la comunidad hereditaria¹⁰⁸. Si el proceso de divorcio ya se hubiera iniciado -sin sen-

106 En este sentido se expidieron las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1979): "...III. En cualquier caso el cónyuge que administre bienes gananciales está obligado a rendir cuentas al otro de la administración ejercida después de la disolución de la sociedad conyugal. (...) V. Los actos de disposición de bienes gananciales, con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, deberán ser otorgados conjuntamente por ambos cónyuges". Participan de este criterio Belluscio, Guaglianone, Mazzinghi, Vidal Taquini -entre otros-.

107 La disposición técnico registral N° 8/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires prevé la liquidación y partición del divorciado supérstite junto con los herederos del excónyuge, y además la codisposición a favor de un tercero en el caso de disolución por divorcio sin liquidación de la masa ganancial.

108 FASSI, Santiago Carlos. *Estudios de Derecho de Familia*, Ed. Platense, La Plata, 1962, pág. 349.

tencia-, la disolución opera con el fallecimiento y la comunidad debe ser liquidada en el contexto de la sucesión universal del premuerto (art. 481)¹⁰⁹.

La remisión a las disposiciones hereditarias es constante, como a la forma de hacer el inventario y a la de partir (arts. 500 y 2341). En caso de existir hijos menores, el progenitor supérstite debe -dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento del cónyuge o del conviviente- hacer inventario judicial de los bienes del matrimonio o del progenitor conviviente fallecido y determinarse en él los que correspondan a los hijos, bajo pena de multa pecuniaria a ser fijada judicialmente (art. 693). Los herederos del cónyuge fallecido reciben un derecho en la indivisión postcomunitaria, junto con la universalidad del patrimonio propio del causante, patrimonios que permanecen separados hasta que la *comunidad* se liquide¹¹⁰.

La liquidación y partición de la masa ganancial debe ser previa aritméticamente a la partición hereditaria porque, en tanto no se efectúe esa liquidación, se ignorará la cuantía de la masa postcomunitaria que pase a integrar la herencia del fallecido y, en tanto no se efectúe la partición del haber comunitario, se ignorará qué bienes singulares han quedado transmitidos a los herederos¹¹¹.

Los derechos de los acreedores del causante recaerán sobre la cuotaparte (mitad) que a éste le correspondería en la liquidación de los gananciales, siendo indiferente que los gananciales hayan sido adquiridos por uno u otro cónyuge.

El Código prevé qué excepción dispuesta es aplicable a la vivienda que ha sido la residencia de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales. Los herederos podrán convenir la indivisión del acervo hereditario y postcomunitario por un término que no podrá exceder los diez años, que pueden ser renovados una vez finalizado el lapso establecido, como así cualquiera de los herederos puede solicitar la división de la universalidad si existen causas justificadas.

Algunos autores se han planteado el problema del momento en que la indivisión postcomunitaria puede ser oponible a los acreedores de los cónyuges y

109 Se reconoce la vocación sucesoria de los cónyuges fundada en el matrimonio que surge de las sucesiones (art. 2433). Si el vínculo matrimonial se disuelve por muerte de uno de los consortes, se distinguen los derechos del sobreviviente que nacen del régimen matrimonial preexistente de los que le corresponda como heredero por el sistema de la transmisión *mortis causa*.

110 GUAGLIANONE, Aquiles H. *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, Ediar, Buenos Aires, 1965, pág. 20. La comunidad hereditaria constituida en cabeza de los herederos es, al mismo tiempo, cuota de una indivisión mayor en la que interviene alguien que no es necesariamente otro heredero, o por lo menos otro heredero en los bienes; y en parte un conjunto de bienes propios reunidos en la unidad del haber transmitido.

111 El art. 4º de la disposición técnico registral N° 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispone que la publicidad de proporciones en los asientos registrales de declaratorias de herederos o testamentos, no cesa la indivisión hereditaria ya que esta sólo concluye con la partición.

establecen para ello la necesidad de una publicidad de tal indivisión como requisito de oponibilidad a terceros. Se impone aquí la aplicación de las normas de derecho sucesorio, ya que se trata de un tema propio de ese área del derecho, donde la transmisión de los bienes del causante opera *ipso iure* desde el momento de su muerte. Incluso contempla el ordenamiento jurídico que el acto escriturario con vocación registral que merecerá la inscripción en el registro público correspondiente sólo tiene un efecto declarativo de la transmisión que se efectúa *ministerio legis*¹¹². Para PÉREZ LASALA el estado de indivisión por muerte de un cónyuge entre sus herederos y el cónyuge sobreviviente produce sus efectos *erga omnes* sin necesidad de publicidad alguna. La indivisión postcomunitaria es oponible a terceros acreedores desde la muerte del causante¹¹³.

Forman el activo de la indivisión postcomunitaria los bienes gananciales existentes al momento de la extinción de la comunidad y los créditos gananciales de uno y otro cónyuge contra terceros (los frutos de los bienes gananciales del causante integran la masa hereditaria). El pasivo de la indivisión postcomunitaria lo forman dos géneros de obligaciones: las deudas personales y las cargas familiares. Las deudas nacidas durante la indivisión o con motivo de ella por causa de muerte integran las cargas sucesorias.

11.3. Incidencia de la porción legítima hereditaria

Los herederos legitimarios tienen un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia, de la que no pueden ser privados sino por las causas que la ley ha juzgado bastante graves para declararlos indignos. En relación a los bienes propios, le corresponderá al cónyuge supérstite igual parte indivisa respecto de la universalidad de cada descendiente; con respecto a los bienes que integran la masa postcomunitaria, al cónyuge supérstite le corresponderá la mitad del *saldo líquido* de esa masa; y la mitad restante tendrá como destinatarios a los descendientes en partes iguales entre ellos (art. 2433)¹¹⁴.

El cónyuge nunca fue excluido por ningún otro orden sucesorio sino que concurre con ascendientes y descendientes (art. 2424). Ante la ausencia de descendientes y ascendientes, los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo a

112 Es lo que dispone la disposición técnico registral N° 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

113 PÉREZ LASALA, José Luis. *Liquidación de la sociedad conyugal por muerte y partición hereditaria*, Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 146.

114 Esto podría resultar injusto en el régimen de comunidad de gananciales al considerar que en la gran mayoría de los casos el patrimonio hereditario se integra con bienes gananciales.

todos los colaterales (art. 2435) -como en el código de VÉLEZ-. Si concurre con ascendientes, el cónyuge heredará la mitad de los bienes propios del causante y también la mitad de la parte de gananciales del fallecido (art. 2434).

El vínculo matrimonial debe estar vigente al momento del fallecimiento del causante. Pero si un cónyuge muriese de alguna enfermedad existente en el momento de la celebración y era conocida por el otro consorte, que fuere de desenlace fatal previsible dentro de los treinta días de contraído el matrimonio, el cónyuge supérstite perderá la vocación hereditaria, salvo que ese matrimonio hubiese estado precedido de una unión convivencial (art. 2436). La hipótesis cuenta con presupuestos determinados, algunos de tipo objetivo: *enfermedad* de uno de los cónyuges al momento de la celebración, *gravidad* de la afección que hiciera prever un desenlace fatal, *muerte* dentro de los treinta días de celebrado el matrimonio. Pero también incorpora una faceta subjetiva como lo es requerir el *conocimiento* de la enfermedad por el cónyuge supérstite¹¹⁵.

Si el vínculo matrimonial concluye por divorcio, los cónyuges pierden los derechos hereditarios¹¹⁶; pero si ha sido excluido de la herencia, conserva su derecho a disolver el régimen patrimonial matrimonial mantenido con el causante.

Cesa también la vocación hereditaria en caso de que viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse, causal objetiva de exclusión hereditaria entre cónyuges (art. 2437). La ley N° 26.994 se aparta del criterio que la ley N° 17.711 había asignado al art. 3575, retomándose el cauce jurídico de interpretar que la vocación hereditaria se resolvía ante el hecho objetivo de la separación¹¹⁷. El CCyC de ma-

115 La doctrina clásica interpretaba que el código de Vélez suplía los argumentos del “desconocimiento” de la enfermedad perceptible con signos de la misma que hayan sido exteriorizados, además de sostener algunos que el *ánimo* de captar la herencia debía estar presente. Este criterio no cuenta con uniformidad de opiniones y no es un requisito legislado.

116 “La disolución del vínculo matrimonial importa la desaparición del fundamento objetivo de la vocación hereditaria, desde que su conservación sin correspondencia con la comunidad de vida y efectos que da razón de ser y sustento al llamamiento, sería al cabo, una pura especulación patrimonial” (CNCiv., sala A, febrero 11 de 1988, “K. de P. A., I. E. c. P.A., A.”, LL, 1988-B-18). “Ante el fallecimiento del bigamo, la cónyuge putativa concurre a la sucesión con los herederos del causante (...) Excluida la cónyuge supérstite como heredera de los bienes gananciales del causante (por su carácter de socia de la sociedad conyugal), la cónyuge putativa concurre a la sucesión del 50% restante de esos bienes juntamente con los demás herederos” (CNCiv, sala G, abril 12 de 1988, “De O. P., C. E., suc.”, LL, 1990-B-135).

117 Conf. Segovia, Lisandro. *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. II, pág. 543. Pablo Coni editor, Buenos Aires, 1881. La XXV JNDC (Bahía Blanca, 2015) concluyó que “... resultan absolutamente irrelevantes las causas que llevaron a dicha separación de hecho. Esta causal, es coherente con el régimen de divorcio incausado”.

nera imprecisa determina que cualquier tipo de decisión judicial que implique cese de convivencia, excluye el derecho hereditario entre cónyuges¹¹⁸.

11.4. Partición privada de bienes gananciales

El Código Civil no trató específicamente el tema. El nuevo Código incorpora una sección dentro del capítulo de “Régimen de Comunidad” donde deja plasmado que la partición puede ser solicitada en todo tiempo y remite a las normas del derecho sucesorio aplicables a la división de la masa postcomunitaria.

La partición es el acto jurídico mediante el cual la porción ideal de gananciales de cada cónyuge se concreta en bienes determinados. Es un negocio jurídico que pone fin a la comunidad postcomunitaria -y en su caso hereditaria- mediante la distribución del activo líquido entre los cónyuges o excónyuges, y eventualmente entre el cónyuge supérstite y los herederos del otro, o sólo entre coherederos, determinando el haber concreto de cada uno.

Cualquiera de los cónyuges -como sus sucesores- *pueden* pedir en todo momento la partición, excepto disposición legal en contrario (art. 496), o que un juez -a petición de un copartícipe- disponga su postergación total o parcial si su realización puede redundar en perjuicio del valor de los bienes indivisos (art. 2365).

Los bienes adjudicados entre cónyuges que acuerdan regirse en lo sucesivo por el estatuto de separación de bienes o entre excónyuges que concluyen con la indivisión de los bienes comunitarios, o al cónyuge supérstite, se juzgan extraños al otro cónyuge -eventualmente causante y herederos-, como si nunca hubiera tenido derechos sobre esas adjudicaciones y viceversa (art. 2403)¹¹⁹.

La división de bienes que integran la masa común no guarda formas sacramentales y puede hacerse por el acto que juzguen conveniente. El nuevo Código, luego de pregonar que se divide por partes iguales entre los cónyuges -sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a los gananciales- concluye de manera rotunda que: “...si todos los interesados son plenamente capaces, se aplica el convenio libremente acordado” (art. 498)¹²⁰.

118 Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2015) afirmaron que esta es una causal autónoma de exclusión, con la aclaración de que debe tratarse de una resolución judicial firme, efectivizada y definitiva. Si se dictan medidas transitorias que implican el cese de la convivencia durante un tiempo, son provisionales o resuelven coyunturalmente un conflicto conyugal, no puede interpretarse que exista separación de hecho que cause la extinción de la vocación hereditaria.

119 Cada cónyuge responde frente a sus acreedores por las deudas contraídas con anterioridad con sus bienes propios y la porción que se le adjudicó de los gananciales (502).

120 Cualquiera sea la naturaleza atribuible al conjunto de bienes y deudas resultantes de la disolución de la comunidad, rigen iguales procedimientos, formas y técnicas que en caso de herencia (arts. 500, 2369 y conc. CCyC): “Una vez disuelta la sociedad conyugal, si no existe convenio entre los cónyuges, la liquidación se regirá por las normas de liquidación

La partición puede acordarse de manera privada aunque debe instrumentarse por escritura pública cuando tuviese por objeto bienes inmuebles (art. 1017, inc. a); o judicial, si no acuerdan realizarla privadamente (art. 2371).

La división del patrimonio indiviso puede realizarse de manera perfecta, ya sea en igualdad de bienes en especie para cada uno, con compensación de diferencias, pero también es factible que ante la imposibilidad de la división igualitaria resulte un beneficio para alguno, lo que no implica violación alguna cuando hubiese consenso. Una de las partes puede recibir una porción menor de la adjudicada al otro cónyuge -o sus herederos, si proviene de un acuerdo de voluntades¹²¹. Disuelto el vínculo nupcial, o si subsiste bajo el régimen de separación de bienes, los cónyuges recobran su autonomía para reglar las relaciones recíprocas en un terreno que no permita sospechar que uno ejerza un dominio invencible sobre la voluntad del otro.

El cónyuge supérstite tiene amplia libertad para acordar la partición del acervo postcomunitario con los herederos del fallecido -siempre que estos sean capaces-. Sin perjuicio de la acción pauliana de cualquier tercero perjudicado¹²².

La jurisprudencia ha considerado que si la partición de bienes homologada judicialmente no está inscrita en el registro de la propiedad es inoponible al acreedor de buena fe de uno de los cónyuges, aunque la deuda haya sido contraída por éste con posterioridad a dicha homologación¹²³. Este es el sentido conformado por el Código sancionado en el año 2014, en el que se dispone que la adquisición de derechos reales constituidos no es oponible a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente (art. 1893).

Nada impide que la partición se efectúe sólo en cuanto a una parte del acervo (arts. 2367 y 2369), verbigracia, que se adjudiquen algunos de los bienes que integran la masa indivisa o que se disponga la venta de ellos, conservando otros bienes dentro de la masa postcomunitaria.

El legislador estableció mediante una presunción *iuris tantum* (art. 472 CCyC -similar al art. 1271 CC-), que pertenecen a los dos cónyuges por mitades indivisas cuando ninguno de ellos pueda justificar la propiedad exclusiva.

y división de las herencias" (CNCiv, Sala A, 2/8/1984, "M., J.M.A. c. R., E.M.A.", LL, 1985-B-492). En el mismo sentido el despacho de las VII Jornadas de Derecho Civil (Buenos Aires, 1979).

121 D'ALESSIO, Carlos M.; Acquarone, María T.; Benseñor, Norberto R.; y Casabé, Eleonora R. *Teoría y Técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, tomo II, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 916. Por ejemplo: partición del único bien que compone el patrimonio ganancial.

122 CNCiv, Sala B, 30/12/1970, "Yacone, Rosa M., suc.", LL, 142-416.

123 CApel Junín, 1/11/79, JA, 1980-II-503.

La composición de la masa común queda fijada al día en que se disuelve la comunidad y a partir de ese momento deja de ser una universalidad *abierta*, susceptible de enriquecerse con nuevas adquisiciones y se convierte en una masa indivisa *cerrada*, en la cual pueden producirse acrecentamientos y sustituciones, pero no aumentos por virtud de nuevas adquisiciones que no tengan su fuente en uno de los valores constitutivos de ese patrimonio¹²⁴.

A su vez, el pasivo se compone de las obligaciones nacidas durante la vigencia del régimen económico del matrimonio y no canceladas, y por las nacidas durante la indivisión y con motivo de ella -originadas en la actuación conjunta de los dos copartícipes o dentro de los límites de la administración ejercida por uno de ellos con mandato, gestión de negocios o enriquecimiento incausado que obligue directamente a la masa común-.

Formalizada la escritura particiva del acervo postcomunitario o firme el auto que aprueba la partición judicial, el título respectivo corresponde que sea inscripto en el registro público pertinente, a fin de publicitar la nueva situación dominial¹²⁵.

11.5. Inscripción registral de la partición

La partición del acervo indiviso es meramente declarativa y no traslativa de derechos. Así se expide el Código Civil y Comercial de la Nación respecto de la partición hereditaria -a la que se remite-, al juzgar que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos en su hijuela -y en los que se le atribuyen por licitación- y que no tuvo derecho alguno en los que corresponden a sus coherederos¹²⁶.

Sólo si el cambio de régimen implica el paso de comunidad al de separación de bienes, provoca la extinción de la comunidad (conf. art. 475, inc. e) y es necesaria la liquidación de los bienes, lo que conlleva la necesaria publicidad registral correspondiente a cada uno de los bienes que contenga.

Mientras no tenga publicidad suficiente la partición, no es oponible a terceros interesados y de buena fe. La disolución o cambio del régimen no publicitado no puede perjudicar los intereses de terceros que contratan con uno de los excónyuges motivado por la titularidad registral de un bien y menos aun si la relación obligacional es anterior al cambio de régimen económico del deudor.

124 GUAGLIANONE, Aquiles H. Ob. cit., tomo I, pág. 218.

125 Conf. art. 10 de la disposición técnico registral N° 11/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires.

126 El XVI Congreso Nacional de Derecho Registral (2011) concluyó que son actos declarativos, entre otros, la partición de herencia y la cesación del estado de indivisión postcomunitaria del patrimonio matrimonial ganancial, producido por divorcio o separación personal.

12. EFICACIA DEL ACUERDO PARTICIONARIO CONYUGAL -PREVIO AL DIVORCIO-

Varios son los pilares jurídicos sobre los que corresponde posicionarse para adoptar una posición fundada. Espontáneamente se afirma en la plataforma dispositiva la restricción genérica para contratar entre cónyuges bajo el régimen de comunidad (1002, inc. d). Se prevé la exigencia de acompañar a la petición de divorcio un “convenio regulador” que contenga las cuestiones relativas a la distribución de los bienes, compensaciones económicas, entre otros varios aspectos (art. 438)¹²⁷. Si bien este convenio es meramente una *propuesta* que será evaluada por el juez, evidencia el protagonismo que le corresponde a los cónyuges, conocedores del acervo comunitario, autores de las negociaciones iniciales del acuerdo y principales interesados en la forma de distribuirlo.

En el otro margen jurídico se incorpora la posibilidad de que los cónyuges celebren una capitulación matrimonial en la que elijan empezar a regirse por el estatuto de separación de bienes, lo que implica a su vez liquidar y adjudicarse los bienes comunitarios (art. 449). Esta innovadora alternativa en nuestro ordenamiento no evidencia otra cosa que la capacidad y la facultad que poseen los cónyuges de celebrar un acuerdo liquidatorio de los bienes comunitarios, para en lo sucesivo regirse por otro estatuto disciplinario.

Consideramos que no se infringe el inc. d) del art. 1002 si, constante el matrimonio y antes de la sentencia de divorcio o separación judicial de bienes, celebran un acuerdo particionario de los bienes gananciales, por escritura pública o por instrumento privado, aclarándose expresamente que esa convención queda sujeta a la posterior homologación judicial, para ser ejecutable un vez disuelto el matrimonio y sin perjuicio de los derechos de terceros.

El acuerdo es ineficaz hasta su homologación, salvo que decidan proseguir casados bajo el régimen de separación de bienes respetando el acuerdo partitivo precedente¹²⁸. La esencia de dicha contratación está basada en transmitir a la autoridad judicial la voluntad liquidatoria de los cónyuges, reflejando el interés personal

127 A pesar de la imperatividad del “debe” del art. 438, la doctrina considera que debe leerse como “puede” y le da el verdadero sentido a la disposición y la autonomía de la voluntad.

128 GUASTAVINO, Elías P. “Los procedimientos, formas y técnicas de partición de los gananciales luego del divorcio”, LL, 1985-II-492. Consideraba durante la vigencia del Código de Vélez que el convenio privado sobre adjudicación de bienes comunitarios reviste, antes de la homologación, la fuerza de un acuerdo obligatorio asimilado a un contrato y no puede ser dejado de lado unilateralmente cuando el acuerdo se ha celebrado con posterioridad al pronunciamiento que lo declaró. La Cámara Nacional Civil en pleno sentó doctrina *-obligatoria* en aquel entonces- al sostener que: “...los convenios de separación de bienes en los juicios de divorcio por presentación conjunta, formulados con anterioridad a la sentencia de declaración de divorcio y de disolución de la sociedad conyugal son válidos”.

y familiar, como la conveniencia práctica de dividir y adjudicarse los bienes gananciales de la manera propuesta *condicionada* a la homologación judicial. Una vez homologado el acuerdo, adquirirá plena eficacia. De nada serviría no admitir este acuerdo partitivo a ser incorporado al proceso jurisdiccional cuando paralelamente los cónyuges tienen la posibilidad de adoptar la vía exclusivamente notarial para la liquidación de los bienes matrimoniales.

13. PONENCIAS

1. Las convenciones matrimoniales son actos jurídicos familiares patrimoniales típicos, formales, facultativos y registrables, sujetas a la condición del matrimonio válido y a otras condiciones suspensivas o resolutorias, o a un plazo pactado.

2. La escritura pública es el instrumento adecuado para convenciones matrimoniales, uniones convivenciales y para quienes hayan capitulado o se hayan casado en el extranjero, trasladen su domicilio a la Argentina y opten por este derecho.

3. La protección de la vivienda habitual de la familia es uno de los hitos significativos, no requiere registro ni publicidad jurídica para resguardar ese derecho.

4. No es causa de observación del título del inmueble la falta de asentimiento si el cónyuge o conviviente titular manifiesta que no constituye vivienda familiar.

5. Es factible otorgar el *asentimiento anticipado* siempre que se consignen en el acto los elementos constitutivos: precio, inmueble, entrega de la posesión, etc.

6. Se diferencia el asentimiento para el otorgamiento de actos que afecten a la vivienda familiar (art. 456) del que grave o enajene un bien ganancial. El poder especial entre cónyuges para dar el asentimiento respecto de bienes gananciales -que no sea sede de la vivienda familiar- se encuentra admitido expresamente.

7. Se posibilita la autorregulación de intereses patrimoniales para las uniones convivenciales -registradas o no-, a través de la celebración de un pacto escrito que regule su unión, régimen patrimonial, efectos jurídicos durante su vigencia y su finalización, división de bienes obtenidos por el esfuerzo común por escritura de adjudicación por cese de unión convivencial, cuya causa será el pacto previo o el pacto que se efectúe simultáneo a la adjudicación de bienes.

8. La convención prenupcial y matrimonial no realizada por escritura pública es inválida y vale como acto en el que se obligan a cumplir con la forma (art. 285). Las partes pueden asumir la responsabilidad de la inscripción de la convención.

9. Las normas especiales que permiten la contratación entre cónyuges prevalecen sobre la inhabilidad consagrada en el art. 1002, inc. d).

10. Consideramos adecuado que antes del trámite de divorcio, los cónyuges bajo el régimen de comunidad cambien al régimen de separación y liquiden la comunidad sin necesidad de quedar atados a la indivisión postcomunitaria.

11. La división del patrimonio postcomunitario puede realizarse de manera perfecta y también puede resultar un beneficio para alguno, si hay consenso.

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL NOTARIAL

Presunta falta de ética

La Plata, 4 de marzo de 2016.

Autos y vistos:

Visto el Expte..., caratulado: "Tribunal Notarial inicia actuaciones de oficio c/ Not...., Titular Registro N°... de... y..., Adscripto a cargo Registro N°... de... s/ presunta falta de ética", del que surge:

Que el presente se inició de oficio por este Tribunal contra dos profesionales de la Delegación... del Colegio de Escribanos, notarios..., Titular del Registro de Escrituras Públicas N°... y..., Adscripto a cargo del Registro N°... de esa demarcación, por considerar que podrían estar infringiéndose las normas de ética, conforme a lo establecido en el decreto-ley N° 9020/78 y en el art. 24, inc. 4, del Reglamento Notarial (decreto N° 3887/98).

Que, a fs. 5, por auto de fecha 16 de octubre de 2015, este Tribunal se declaró competente para entender en el asunto, corriéndoles traslado a los notarios... y... para que, en el término de cinco (5) días, presenten los pertinentes descargos, notificándoselos a través de la Delegación... del Colegio de Escribanos, con fechas 21 y 23/10/2015, según consta a fs. 15 y 16, respectivamente.

Que, a fs. 10/11, con fecha 19 de octubre de 2015, obran las solicitudes al Departamento de Servicios Notariales del Colegio de Escribanos de los estados de revista correspondientes a los notarios... y..., cuyas respuestas obran a fs. 12/13, de donde surge que la notaria..., Colegiada N°..., revista como Titular del Registro de Escrituras Públicas N°... del Partido de... y que el notario..., Colegiado N°..., revista como Adscripto a cargo del Registro de Escrituras Públicas N°... del Partido de... y que, de sus legajos personales, no surgen constancias sobre aplicación de sanciones disciplinarias.

Que, a fs. 17/18, con fecha 29 de octubre de 2015, los notarios... presentaron sus descargos, los que analizaremos más adelante.

Que, a fs. 19, mediante auto del 30 de octubre de 2015, atento el estado de las actuaciones, el Tribunal llamó a "Autos para Resolver", siendo notificada la Not.... el 5 de noviembre de 2015, según consta a fs. 24, y el Not.... el 16 de noviembre de 2015, según constancia obrante a fs. 25.

Jurisprudencia

Que, a fs. 27, mediante auto de fecha 5 de febrero de 2016 y, como medida para mejor proveer, se dispuso agregar a las actuaciones en trámite copia de las resoluciones recaídas en el expte... de este Tribunal, caratulado: "DELEGACIÓN... DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS REMITE PRESENTACION S/ PUBLICIDAD EFECTUADA POR NOTARIOS DE ESE DISTRITO", notificando de esta circunstancia a la notaria..., con fecha 11/02/16, según consta a fs. 47; y al notario... el 24/02/16 (fs. 46), ambos a través de la Delegación... del Colegio de Escribanos.

Y considerando:

Que las presentes actuaciones se incoaron de oficio por este Tribunal Notarial, en uso de las facultades conferidas por el artículo 44 del decreto-ley N° 9020/78, a efectos de determinar si la conducta de los notarios..., Titular del Registro de Escrituras Públicas N°... del Partido de... y..., Adscripto a cargo del Registro N°... de la misma demarcación configura una falta a los deberes éticos que prescribe la Ley Orgánica del Notariado (decreto-ley N° 9020/78).

Que, conforme a lo normado en el Capítulo IV -Deberes Notariales-, en el art. 35, inc. 7, del decreto-ley N° 9020/78, son deberes del notario proceder de conformidad con las reglas de ética; estableciendo en el apartado a) que: "Constituyen en general faltas de ética, los actos que afecten el prestigio y el decoro del cuerpo notarial o que fueren lesivos a la dignidad inherente a la función o que empañen el concepto de imparcialidad propio de la actividad notarial o que importaren el quebrantamiento de las normas de respeto y consideración que se deben los notarios entre sí".

Por otra parte, el Reglamento Notarial vigente -decreto N° 3887/98- en el art. 24, establece: "Con los alcances establecidos en el apartado b) del inc. 7 del art. 35 de la ley, se considerarán faltas a la ética profesional del notario las infracciones a los deberes establecidos en los incisos 5) y 6) de dicho artículo y en general los enunciados en el apartado a) del inciso 7 y especialmente: (...) 4) Efectuar o permitir publicidad excesiva, que exceda la mera necesidad de advertir al público la existencia de la notaría. Tampoco podrá agregar en sus anuncios, papelería y demás exteriorizaciones de su actividad, la mención de toda otra, de modo que induzca a error o engaño sobre el ejercicio simultáneo del notariado con toda profesión ajena a su condición".

La notaría... posee una página web denominada... (fs. 1/4), que contiene ocho links, a saber: "El estudio"; "Nuestra gente"; "Escribanía"; "Áreas prácticas"; "RNRD"; "Clientes"; "Publicaciones" y "Contacto", donde se enuncia el nombre de la escribanía y el de los notarios, sus respectivos Curriculum Vitae; y se enumera las actividades que realizan, entre ellas, se destaca: "Escrituras de Compraventa, Permuta, Donación, Dación en pago, Hipoteca, Usufructo

(...) Poderes y sustitución de poderes, revocaciones; (...) Actas notariales, (...) Autorizaciones...". Anuncia el domicilio de la oficina y dos números telefónicos.

A fs. 17/18, constan los descargos de los notarios..., en los que manifiestan, en primer término, que: "...*hemos decidido dar de baja la mencionada página en forma instantánea al recibir la notificación...*".

Luego agregan que: "...*sin perjuicio de ello, entendíamos (...) que la misma no infringía (sic) norma ética alguna...*". Y continúan expresando que: "*La intención de la misma fue simplemente contar con un medio ágil y moderno para estar en un mejor contacto con quienes diariamente requieren (...) los servicios de un profesional...*".

Analizando el contenido de la publicación se advierte, a simple vista, que la misma no se limita a la mera necesidad de advertir al público la existencia de la notaría, tal como el decreto N° 3887/98 -reglamentario del decreto ley N° 9020/78-, en su art. 24 instituye.

Este Tribunal se ha pronunciado en numerosos fallos en el sentido de que el ejercicio de la fe pública por delegación del Estado determina características muy especiales y particulares al modo en que un Escribano pueda dar a conocer al público su ejercicio profesional. Deviene de ello una singular prudencia y, por ende, un estricto cumplimiento de lo normado, teniendo siempre presente que: "...*la fe pública no es una mercancía, susceptible de medirse, pesarse, comprarse o venderse, sino que es un bien cultural que el notario instrumenta en cada uno de sus actos y que el estado garantiza*".

En consecuencia, si además de poner en la página web el nombre y dirección, se consignan las actividades que realiza la escribanía, se está excediendo de: "...*la mera necesidad de advertir al público la existencia de la notaría*".

Que, como ha mencionado este Tribunal en casos similares al actual, del Diccionario de la Lengua Española surge que **publicidad** sería el conjunto de medios o recursos que se emplean para difundir una noticia, y **propaganda**: "La acción o efecto de dar a conocer una cosa con el fin de atraer adeptos o compradores" (Ed. Espasa Calpe S.A., 31/1/1970).

Este Tribunal considera que ésta es la distinción que los notarios debemos efectuar. La norma citada nos permite hacer publicidad, esto es, hacer conocer la noticia de "la existencia de la notaría", y *lo que nos prohíbe es hacer propaganda, es decir, tratar de atraer clientes a través de los anuncios, como si el servicio que prestamos fuera una mercancía más y el notario ejerciera el comercio*.

Que, en conclusión, de la lectura de la página, resulta que se exceden los límites fijados para la **publicidad** por el art. 24, inc. 4, del decreto N° 3887/98.

Que, si bien los notarios dieron de baja a la página web en cuestión, de acuerdo a lo manifestado en sus descargos y corroborado a fs. 26, este Tribunal advierte que en el Expte. 4/04 -cuya resolución fina corre agregada a fs. 31/44-, a ambos

Jurisprudencia

notarios se les aplicó un *llamado de atención* por ejercicio de conducta similar a la analizada en estos autos, lo que demuestra una conducta disvaliosa y reiterada.

El “llamado de atención” es una figura creada por este Tribunal para aplicar a aquellos casos en los que, si bien la conducta del notario no se ajusta acabadamente a las normas de ética que rigen la profesión, el Tribunal decide no aplicar sanción alguna porque el profesional carece de antecedentes disciplinarios en su legajo personal y, en su lugar, le efectúa una advertencia para que, en el futuro, no reitere comportamientos similares, ya que de lo contrario, sería pasible de recibir una sanción.

Así, el “llamado de atención” no queda anotado en el legajo profesional de los encartados, sino que *su función es esencialmente docente*, por cuanto se supone que quien la recibe se cuidará en el futuro de recaer en la conducta observada.

Advertimos, lamentablemente, en el presente caso que no ha producido ese efecto en los notarios cuya conducta estamos analizando.

Por ello, y en uso de sus atribuciones conferidas por los arts. 38; 41, inc. 1; art. 65 y conc. del decreto ley N° 9020/78, este Tribunal Notarial de la Provincia de Buenos Aires,

Resuelve

I.- Suspender por el término de un (1) día a los notarios..., Colegiada N°..., Titular del Registro de Escrituras Públicas N°... del Partido de..., y al Not..., Colegiado N°..., Adscripto al Registro de Escrituras Públicas N°... de la misma demarcación, lapso durante el cual deberán abstenerse de autorizar acto protocolar o extraprotocolar alguno (arts. 35, inc. 7, y 65, inc. 2, del decreto-ley N° 9020/78), con más las accesorias impuestas por el art. 66 del citado decreto-ley.

II.- Notificar la presente Resolución a los Notarios... y..., con copia de la misma, haciéndoles saber que, una vez firme, el Tribunal determinará la fecha de inicio del cumplimiento de la sanción, la que les será debidamente notificada (resolución N° 13 del Tribunal Notarial de la Provincia de Buenos Aires, del 11 de octubre de 2002; y arts. 49 del decreto-ley N° 9020/78, y 27 del decreto N° 3887/98).

III.- Firme, deberá comunicarse la presente resolución al Juzgado Notarial, con copia (arts. 42, inc. 4, y conc. del citado decreto-ley); al Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, con copia, a fin de cumplir con la publicación legal pertinente (ley N° 11.809) y al Ministerio de Justicia.

IV.- Archivar copia de la presente en el Libro de Resoluciones del Tribunal Notarial.

Fdo: Nots. Alicia Rosa Maida de Vaccaro / Víctor Adrián Stankievich / María Cristina Iglesias . TRIBUNAL NOTARIAL.

SENTENCIA DE LA CÁMARA PRIMERA DE APELACIÓN

“Tribunal Notarial, exptes... - Inicia actuaciones de oficio c/ Notarios..., Titular del Registro N°... de..., y..., Adscripto a cargo del Registro N°... de... s/ Presunta Falta de ética”

En la ciudad de La Plata, capital de la Provincia de Buenos Aires, a los... días del mes de... de 2016, reunidos en Acuerdo Ordinario los jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación, integrada por su Presidente la Dra. Ana María Bourimborde, para dictar sentencia en el expediente N°..., caratulado “Tribunal Notarial, exptes.... - Inicia actuaciones de oficio c/ Notarios..., Titular del Registro N°... de..., y..., Adscripto a cargo del Registro N°... de... s/ Presunta Falta de ética”; se practicó el sorteo de ley que determinó que la votación debía tener lugar en el orden siguiente: Dres. Carlos A. Tenreyro Anaya y Ana María Bourimborde.

Cuestiones

Primera: ¿Se ajusta a derecho la resolución del Tribunal Notarial de la Provincia de Buenos Aires de fs. 48/50 vta.?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Votación

A la primera cuestión, el Señor Juez Dr. Tenreyro Anaya dijo: 1. A fs. 48/50 vta. de estas actuaciones el Tribunal Notarial de la Provincia de Buenos Aires, en uso de las atribuciones que le confieren los arts. 38; 41, inc. 1; 65 y conc. del decreto-ley N° 9020/78, resolvió suspender por el término de un (1) día a los notarios..., Colegiada N°..., Titular del Registro de Escrituras Públicas N°... de..., y..., Colegiado N°..., Adscripto del Registro de Escrituras Públicas N°... de la misma demarcación, lapso durante el cual deberán abstenerse de autorizar acto protocolar o extraprotocolar alguno (arts. 35, inc. 7; y 65, inc. 2, del decreto ley N° 9020/78), con más las accesorias impuestas por el art. 66 del citado cuerpo legal. Dicho resolutorio motivó la interposición a fs. 54/64 y fs. 68/77 vta., por parte de los notarios sancionados, de los recursos de revocatoria y apelación en subsidio pertinentes (arts. 57 y conc. del decreto-ley N° 9020/78).

Jurisprudencia

Las quejas contenidas en dichas presentaciones refieren supuestas violaciones de normas de jerarquía constitucional -consumadas en el decurso de los procedimientos- y en agravios genéricos tales como que el Tribunal Notarial no aplicó los principios de fondo y de forma del derecho penal, que impuso una sanción excesiva, no obstante la falta de un "tipo penal" que previese la conducta antijurídica y determinara su punición, que no tuvo en cuenta la normativa del art. 114 del decreto ley N° 9020/78 ni los nuevos usos y herramientas incorporados por la modernidad, para finalmente tachar de inconstitucionales las preceptivas en que se funda la resolución del Tribunal Notarial.

Adelanto mi opinión acerca de que los agravios reseñados, no pueden tener favorable recepción.

2.- Del repaso del expediente emerge que el Tribunal Notarial a fs. 5, en uso de las facultades que le otorga el art. 44 del decreto ley N° 9020/78, declarándose competente para entender en autos, consideró que correspondía sustanciar las actuaciones a fin de determinar si se ha cometido una falta de aquellas consideradas de ética -por la posible realización de actos de "publicidad excesiva"-, notificando dicha intervención a los notarios... y... (art. 35, inc. 7; y 41, inc. 1, del decreto ley N° 9020/78; v. cédulas de notificación de fs. 15/16).

A fs. 17/18 vta., en lo medular, los aludidos notarios basan sus descargos en que ya han dado de baja la página web que originó el reproche, y en que sólo se ha incurrido en el uso de un instrumento ágil y moderno para contactarse con quienes precisan los servicios de un profesional, proceder que no configuraría una competencia desleal hacia sus pares o una falta de ética.

A fs. 31/44 vta. obran copias de anteriores resoluciones del Tribunal Notarial donde, los ahora recurrentes, recibieron un llamado de atención por análoga transgresión ética. No habiéndose aportado otras pruebas más que la documental de fs. 1/4, se reanuda, el plazo para resolver y a fs. 48/50 vta. se dicta la resolución en crisis.

En ella, el Tribunal Notarial de la Provincia de Buenos Aires entiende que los notarios... y... han excedido los límites fijados para la publicidad por el art. 24, inc. 4, de la ley notarial, proceder que deviene, a la sazón, en una conducta reñida con la ética.

3.- Como consideración preliminar, diré que no advierto en el *sub lite* que se hayan afectado el debido proceso o el principio de inocencia (*in dubio pro reo*), ya que las fojas antes señaladas revelan irrefutablemente que se han cumplido todos los recaudos procesales que hacen al derecho de defensa de los notarios sancionados y al buen desarrollo del proceso, los que se hallan regulados por el articulado del decreto ley N° 9020/78 y su decreto reglamentario N° 3887/98 y no por el Código Procesal Penal que sólo se aplica en subsidio conforme a su art. 58, y se han brindado en el resolutorio recurrido suficientes fundamentos

demostrativos de la comisión de la transgresión ética analizada (arts. 18 de la Constitución Nacional, 8º del Pacto de San José de Costa Rica y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; art. 163, inc. 5, del CPCC).

4.- Abordando ahora el resto de los agravios reseñados en el punto 1 de este voto, acotaré que carece de incidencia en la valoración de la conducta éticamente punible la contingencia que la página web haya sido cancelada tras la notificación de la apertura de estas actuaciones, porque la posibilidad del escribano de producir descargos y el otorgamiento de vistas para que se expida y ofrezca pruebas acreditando su ajenidad con los actos que se imputan, se circunscriben predominantemente a los hechos y conductas que el Tribunal Notarial debió juzgar, limitación que resta mayor relevancia a los actos que el o los notarios produjeran con posterioridad (arg. art. 35 del decreto-ley Nº 9020/78; conf. SCBA, LP, Res. 119.557 del 18/03/2015).

Como también deben rechazarse los profusos agravios relativos a que debió haberse formulado una “acusación concreta” por parte del Tribunal, y a que la irregularidad denunciada y juzgada no perfila, por ausencia de “tipicidad”, una falta de ética en los términos del decreto Nº 3887/98, Capítulo X. Rechazo avalado por la concordante jurisprudencia atingente al tema, que invariablemente ha entendido que constituyen violaciones a los deberes de la ética todos los actos lesivos a la dignidad inherente a la función de notario (Cámara 1º, Sala III, La Plata, causa Nº 238,525 caratulada “Colegio de Escribanos eleva expte. Nº..., omisión de pago de aportes notariales, Notaria..., Titular Registro nº... de...”; Cám. 2º, Sala II, La Plata, causa nº..., sentencia del...; esta Sala I, causa nº..., reg. sent...., entre otros precedentes).

Sobre este tópico, no es ocioso recordar que la previsión del art. 35 del decreto-ley Nº 9020/78, reglamentada a través del decreto Nº 3887/98, reza en su inc. 7, apartado b), que el Reglamento Notarial establecerá las faltas de ética: “...pero su enumeración no tendrá carácter taxativo, pues podrán considerarse tales, las que surjan de la conceptualización general contenida en el apartado anterior”.

Y si a ello se aduna que el apartado “a”, al que remite la previsión transcrita, expresamente indica que constituyen en general faltas de ética: “... los actos que afecten el prestigio y el decoro del cuerpo notarial o que fueren lesivos a la dignidad inherente a ‘la función (...) que importaren el quebrantamiento de las normas de respeto que se deben los notarios entre sí...’”, poco cabe agregar para arribar al convencimiento de que lo típico en la materia es la configuración de un conducta lesiva al decoro profesional.

Conducta reprochable que, como en los hechos puede tener un multiplicidad ilimitada de manifestaciones, y está naturalmente relacionada con las nociones de buen comportamiento, antecedentes y moralidad intachable que

Jurisprudencia

deben ser exigidos al escribano mientras perdure en su función, no es susceptible de encorsetársela en un "tipo" ni de definírsela concretamente.

De lo expuesto también se extrae, que en su evaluación y penalización son importantes los antecedentes del notario bajo juzgamiento, puesto que la noción de reincidencia o de repetición de irregularidades de similar naturaleza, va indisolublemente ligada a las de "buena conducta y moralidad intachable" por evocar éstas el concepto temporal de "trayectoria".

Por otro lado, tampoco tiene asidero pretender que en la especie interviniera la Delegación local del Colegio de Escribanos (...) actuando como "órgano de conciliación" en una especie de etapa previa a la instrucción sumarial apertura de las actuaciones desde que esa función de mediación es únicamente aplicable a las cuestiones que pudieran suscitarse entre notarios y extraña a la relación notario-órgano jurisdiccional (art. 114, inc. 4º, cit., decreto ley Nº 9020/78).

5.- Por último, en punto a la tacha de inconstitucionalidad de las normas que rigen el quehacer de los notarios y su interpretación jurisprudencial (punto X, fs. 61/62 de los fundamentos de la apelación subsidiaria), recordaré que la Corte Suprema Justicia de la Nación reiteradamente se ha expedido sobre la legitimidad constitucional de la facultad de imponer sanciones por parte de los órganos jurisdiccionales del notariado.

En efecto, la Corte Suprema ha sentado -tanto en ocasión de haberse objetado la constitucionalidad de las normas que prevén graves medidas disciplinarias, como la expulsión, o únicamente de las facultades sancionatorias de los órganos notariales- que: "...no se vulneran preceptos constitucionales (incluidos el derecho de defensa, de trabajar y la garantía de la propiedad) en tanto importa una razonable interpretación de la reglamentación del ejercicio profesional notarial, cuyos límites y estrictas exigencias se justifican por su especial naturaleza, en orden a que la facultad atribuida a los escribanos de dar fe a los actos y contratos tiende a resguardar y tutelar el interés público comprometido" (CSJN, sentencia del 4/5/1993, *in re* "Registro Nacional de la Propiedad, Seccional Capital s/ comunica situación planteada en certificación de firmas del escribano José María Marra adscripto al Registro Notarial Nº 1131 de la Capital Federal", citando "Fallos" 214:612; 292:517; 311:506).

6.- Como corolario evidenciado con todo lo expuesto que los notarios... y... han desatendido deberes éticos inherentes a su profesión, transgresión que importa reiteración en actos de igual naturaleza a los ahora contemplados y en la inteligencia que la sanción aplicada es equitativa y jurídicamente apropiada, propongo la íntegra confirmación de la resolución apelada en subsidio de fs. 48/50 vta.

Por las anteriores consideraciones, **voto por la afirmativa.**

A la misma primera cuestión la Señora Juez Dra. Bourimborde adhirió al voto que antecede, aduciendo idénticos fundamentos.

A la segunda cuestión, el Señor Juez Dr. Tenreyro Anaya dijo:

Corresponde, en consecuencia, confirmar la resolución del Tribunal Notarial de la Provincia de Buenos Aires de fs. 48/50 vta.

Así lo voto.

A la misma segunda cuestión la Señora Juez Dra. Bourimborde adhirió al voto que antecede, aduciendo idénticos fundamentos.

Con lo que finalizó el Acuerdo, dictándose la siguiente,

Sentencia

La Plata, 26 de mayo de 2016.

Autos y vistos:

Considerando:

Que en el precedente acuerdo ha quedado establecido que la resolución del Tribunal Notarial de fs. 48/50 vta., se ajusta a derecho (art. 18 de la Constitución Nacional; art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica; art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; art. 2505 del Código Civil; arts. 2º y 5º de la ley Nº 17.801; arts. 35, incs. 7 y 8; 38, 41, inc. 1, 24, inc. 2; 57, 65, 66, 88 y 114, inc. 4, y conc. del decreto ley Nº 9020/78; inc. 7, ap. b) del decreto provincial Nº 3887/98; arts. 163 y 384 del CPCC).

Por ello, se confirma la resolución del Tribunal Notarial de fs. 48/50 vta. REG. NOT. DEV.

Fdo.: Dra. Ana María Bourimborde; Dr. Carlos A. Tenreyro Anaya.

XVIII Jornada del Notariado Novel del Cono Sur

Salto, Uruguay, 26 al 28 de mayo de 2016.

TEMA I: EL DERECHO SUCESORIO

Coordinador internacional: Juan Pablo Villar.

Coordinadores nacionales: Argentina: titular: Ana Clara Galeazzi, suplente Florencia Giunta, Brasil: Talita Baptista, Paraguay: Nicodemus Ortigoza.

Comisión redactora: Néstor Daniel Goicoechea, Sofía Teresa Scotti, Grecia Davyt, Ilsa Santos Avalos, Andrés Martínez, Paola Bottinelli Arnaldi, Viviana Cabrera, Romina Molas, Lidia Osorio, Valeria Alejandra Lencina, Adriana María Bellenda Peri, Alejandro Achard Mendivil, María Alejandra Ferreira Espinoza, Fernando Baez Artecona, Ana Clara Galeazzi, Florencia Giunta y Nicodemus Ortigoza.

Informaciones

CONCLUSIONES

La comisión redactora del Tema I de la XVIII Jornada del Notariado Novel del Cono Sur, informa:

Subtema 1

Concluimos que la herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se hubieren extinguido por su fallecimiento. Lo que se hereda es una universalidad jurídica que configura una comunidad hereditaria. Se adquiere de pleno derecho desde la muerte del causante y puede ser objeto de negociaciones jurídicas.

Uno de los negocios jurídicos familiares más frecuentes es el contrato de cesión de herencia que se caracteriza por ser bilateral, formal, y por sobre todas las cosas, aleatorio.

Su objeto es la universalidad o parte alícuota de la herencia, y no así un bien determinado.

Es posible en este contrato, garantizar la existencia de un bien determinado sin desnaturalizar el tipo contractual.

Es posible utilizar la herencia como garantía. En cuanto a la forma debida para instrumentar dicho negocio, coincidimos que es viable hacerlo por un fideicomiso de garantía.

Se admite la eficacia de las enajenaciones realizadas por un heredero aparente considerando como condiciones para su validez la exigencia de que se haya dictado la declaratoria de herederos o aprobación de testamento, el acto sea oneroso y el adquirente de buena fe.

PARAGUAY

Se recomienda que frente a la formalización de un contrato de cesión, el escribano consulte a los registros públicos mediante la presentación de los informes pertinentes, acerca de las condiciones hábiles del cedente, y las condiciones de dominio de los bienes inmuebles y muebles registrables integrantes de la herencia, como así mismo verificar si los mismos fueron ofrecidos previamente a los demás coherederos para garantizar la validez de la operación.

ARGENTINA

Para el derecho argentino el contrato de cesión que tiene como fin la adjudicación de un bien al cesionario puede ser instrumentado como un negocio mixto de “cesión-partición” que conjuga la transferencia de una parte alícuota de la herencia y el acuerdo partitivo de adjudicación de ese bien particular al cesionario. Para reducir el alea característica del contrato es recomendable asesorar que todos los herederos participen del acuerdo partitivo. No corresponde la aplicación de las reglas del contrato de compraventa, permuta ni donación por diferir en cuanto a sus objetos.

URUGUAY

Ante el debate de si el cesionario adquiere o no el pasivo que integra la herencia al configurarse el contrato de cesión, esto es discutido en la doctrina, encontrándose opiniones en uno y otro sentido.

Al respecto Paraguay considera que el heredero responde por las deudas del causante, sin transmitírsele al cesionario salvo pacto en contrario.

Argentina por su parte considera que el cedente puede convenir con el cesionario garantizarle la no asunción de deudas, sin ser ello oponible a terceros.

Subtema 2

Se aprecia que tanto Argentina, Paraguay y Uruguay, han acompañado los cambios sociales, ya que todos han regulado la unión concubinaria o convivencial.

Sin embargo existen diferencias con relación a las características y alcances de su regulación.

Se destaca que en Argentina el concubino supérstite no tiene vocación hereditaria. En cambio, en Paraguay y Uruguay sí la puede tener, en caso de que se presenten las circunstancias necesarias.

La regulación paraguaya y uruguaya es similar y entre sus diferencias, observamos que en Paraguay no se admite la unión entre personas del mismo sexo, el plazo requerido es de 4 años y no procede ante un matrimonio anterior no disuelto. En cambio en Uruguay, se admite entre personas del mismo sexo, el plazo requerido es de 5 años, y es viable aunque uno de los concubinos sea de estado civil casado.

Respecto a los avances científicos se analizó la influencia en el derecho sucesorio de las técnicas de reproducción humana asistida.

Informaciones

En Paraguay no se encuentra regulada la situación y en Argentina existen solo normas aisladas por lo cual se sugiere que en ambos países se regule la situación a la brevedad. Entre las pautas sugeridas se destaca la admisibilidad de la fecundación *post mortem*, para lo cual se deberá garantizar la existencia de un consentimiento libre y manifestado por escrito, así como determinar un plazo máximo para su realización. En su implementación se considera que la intervención del notario de tipo latino, sería esencial para lograr esos objetivos.

En Uruguay la fecundación *post mortem*, se encuentra regulada y se resalta que el tema genera una revolución en lo referente a la capacidad para suceder.

Si bien la ley exige que el consentimiento necesario debe ser otorgado por documento privado, es decir, no se requiere la intervención del notario público, entendemos que dicha intervención generaría diversos beneficios, brindando un asesoramiento adecuado, autenticidad y matricidad.

En Uruguay se permite la gestación subrogada siempre que se cumpla con una serie de requisitos, siendo uno de ellos, que la gestante sea cuñada o hermana de la solicitante, lo cual sería discriminatorio para quien no tiene esas relaciones de parentesco. Por tal razón, se sugiere que ese requisito sea suprimido.

Subtema 3

1) Paraguay, Argentina, Brasil, Uruguay cuentan con disposiciones legales comunes en cuanto a solemnidades para la forma ordinaria de testar (ológrafo, abierta, cerrada, especiales), con la excepción encontrada en el Código Civil Uruguayo que no contempla al testamento ológrafo.

2) En una de las exposiciones se resaltó el caso paraguayo como ejemplo sobre la recepción de testamentos otorgados en el extranjero, toda vez que estos hayan sido otorgados con las formalidades previstas en la ley del país de origen del documento, para su eficacia extraterritorial sobre bienes inmuebles en territorio paraguayo.

3) Asimismo, se ha considerado que en el derecho sucesorio internacional existen regímenes tales como la pluralidad o territorialidad, y de la unidad o de la nacionalidad, y mixto. Estos sistemas determinan la legislación a aplicar y la jurisdicción competente para entender en las sucesiones internacionales, salvo que atenten contra el orden público de los países miembros del Cono Sur.

4) La limitación a la autonomía de la voluntad del causante nacional o extranjero, en cuanto a las formas ordinarias de otorgar testamentos, originadas en las normas supranacionales de la región (como el Tratado de Montevideo de 1940) y el derecho positivo interno de los países miembros del Cono Sur, como

están redactados actualmente, son un impedimento para la libre ejecución de las disposiciones del testador por la burocracia y los altos costos que devenga la apertura y sustanciación de juicios sucesorios en los países del Cono Sur, donde el testador tenga bienes inmuebles; como también, la posibilidad de facultar al otorgante del testamento (cualquiera sea su forma) de designar la legislación y la jurisdicción que entienda de la sucesión y de la ejecución de las disposiciones testamentarias del testador. De ahí la necesidad de contar con instrumentos normativos supranacionales que sean ratificados por el derecho público interno de los estados miembros del Cono Sur a fin de adoptar el régimen de unidad, siendo el juez competente el del último domicilio del fallecido el que entienda toda la sucesión, cualquiera sea la naturaleza de los bienes que integren el patrimonio del causante.

5) La creación de una red comunitaria del Cono Sur que permita el intercambio de información sobre la existencia de testamentos que se encuentren registrados tanto en Paraguay, Uruguay, Argentina y Brasil; y del certificado de heredero que sea válido y eficaz en cualquiera de los estados de la región.

6) El régimen de derecho sucesorio de la Unión Europea según el Reglamento N° 650/12 sirve de modelo para nuestra región a fin de *aggiornarnos* en esta materia.

Para finalizar, recordamos las sabias palabras del Escribano Hernán de la Fuente al manifestar que en la unión se halla la fortaleza del notariado. A través del presente evento ratificamos que las jornadas del notariado novel son una herramienta idónea para lograr fomentar el estudio y capacitación, así como también el compañerismo entre colegas, para generar así la base de la unión, que nos fortalecerá.

Informaciones

TEMA II: CONTRATOS COMERCIALES

Coordinadora internacional: Inés Cobas.

Coordinadores nacionales: Argentina: Mariano Russo. Brasil: Wendell Salomao. Paraguay: Cynthia García. Uruguay: Inés Cobas.

Comisión redactora: María Mercedes Braga Fusta, Sebastián Lassalle, Manuel Aguilera, Deisy Ortellado, Rocío Faccioli, Edison Cáceres, Andrea López, Ana Paula Rodao, Diego Fuentes, Mariano Russo, Cynthia García, Inés Cobas.

Relator: Mariano Russo

DESPACHO:

La Comisión redactora del Tema II de la XVIII Jornada del Notariado Novel del Cono Sur y XVII Jornada Nacional del Notariado Novel, informa:

En atención a las siete ponencias presentadas por los participantes de Argentina, Paraguay y Uruguay, arribamos a las siguientes **conclusiones**:

1. La dinámica del mercado, los cambios en la economía local y regional, el variable mundo del comercio y los avances tecnológicos, enfrentan al Escribano al desafío de poder adaptar la función notarial, arribando a formas de contratación atípicas que den respuesta a dicha exigencia y brinden seguridad jurídica a las partes intervinientes.

2. La contratación comercial del siglo XXI ha puesto de centro a la creatividad, dando origen a los conceptos de economía e industria creativa, transformándose en un intangible del patrimonio empresarial, que el Escribano deberá poner de su técnica y pericia para preservar.

3. Como consecuencia de los incesantes avances tecnológicos en el sector de las comunicaciones, se ha generado una masiva informatización de los servicios financieros, fenómeno que repercute directamente en los medios de pago. Todo esto ha traído como consecuencia la utilización de medios electrónicos de pago a la hora de realizar una cancelación de obligaciones que requiere el mayor grado de seguridad, confianza y eficacia posible.

4. Para la debida protección del consumidor electrónico, se deben adoptar leyes especiales, autorizar los procedimientos arbitrales para la solución de los conflictos en línea y la creación de entidades u organismos especiales encargados de certificar la calidad y la idoneidad de los sitios de comercio electrónico así como el cumplimiento de las leyes de defensa al consumidor. No podemos

dejar de resaltar que el legislador argentino y uruguayo no han incorporado aún disposiciones relacionadas con la contratación celebrada por medios electrónicos, a diferencia de su socio del Mercosur, la República del Paraguay.

5. Con respecto a la privacidad, a la seguridad y a la protección de los derechos tales como el derecho a la intimidad, la propiedad intelectual y los derechos de autor de los usuarios que operan en internet, consideramos que deben adoptarse políticas nacionales y regionales tendientes a equilibrar estos derechos con los beneficios propios del comercio electrónico.

6. Consideramos que los convenios de sindicación son plenamente válidos, lícitos y útiles, debiéndose analizar en cada caso en concreto que no resulten afectados los derechos fundamentales de los socios, la estructura societaria y el orden público. Por lo expuesto, se destaca la conveniencia de incorporarlos en las legislaciones de los países de la región que no lo tienen regulado, estableciendo las bases para su publicidad y oponibilidad.

7. Habiendo llegado a la XVIII Jornada del Notariado Novel del Cono Sur, destacamos la importancia que estos encuentros regionales brindan a la comunidad notarial, permitiendo el estudio y el análisis de los cambios que surgen en la contratación comercial, reafirmando al notariado como institución apta para brindar seguridad jurídica a estas nuevas incumbencias.

XXXII Jornada Notarial Argentina

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 24 al 26 de agosto de 2016

TEMA I: PERSONA HUMANA. CAPACIDAD JURÍDICA. PRINCIPIOS GENERALES. CAPACIDAD DE EJERCICIO Y DE DERECHO. RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD JURÍDICA. SISTEMA DE APOYOS AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA. SENTENCIA. EFECTOS. REGISTRACIÓN. MENOR DE EDAD Y ADOLESCENTE. TUTELA Y CURATELA.

Coordinador: Néstor D. Lamber.

Mesa directiva

Presidente: Néstor D. Lamber.

Secretarios: Patricia A. Lanzón y Federico J. Panero.

Comisión redactora: Enrique Jorge Arévalo, Maritel M. Brandi Taiana, María Mercedes Córdoba, Patricia A. Lanzón, Néstor Daniel Lamber, María Laura Lembo, Federico Jorge Panero.

Relator: Néstor Daniel Lamber.

CONCLUSIONES

Del debate de las ponencias presentadas la Comisión I de la XXXII Jornada Notarial Argentina

RESUELVE:

I. Capacidad

1. El art. 301 CCyC reafirma el principio de intermediación del escribano con el requirente a los efectos del juicio de capacidad o discernimiento, sin que sea necesaria su mención documental.

2. La presunción de capacidad de la persona humana surge del CCyC y del plexo normativo constitucional. No hay obligación legal que exija la exhibición de certificado y/o partida de nacimiento del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas para el otorgamiento de actos y contratos, por parte de contratantes y operadores jurídicos en general.

La eventual existencia de un registro nacional en nada modificaría esta situación.

3. Sin perjuicio de la inscripción prevista en el art. 39 CCyC, a los fines de la buena fe para una adecuada protección de la circulación de los bienes registrables, los apoyos, los jueces, el Ministerio Público y el propio interesado, deben procurar la inscripción de la sentencia de restricción de capacidad, incapacidad e inhabilitación en los registros de bienes en particular.

II. Personas humanas con capacidad restringida

4. Las restricciones a la capacidad subsisten aun cuando la sentencia no haya sido revisada transcurrido el plazo de tres años establecido en el art. 40 CCyC.

Igual solución cabe concluir para los supuestos del art. 152 ter del Código Civil derogado, por aplicación del art. 7º, primer párrafo, CCyC.

5. No puede argüirse la nulidad de los actos y contratos otorgados por personas con capacidad restringida cuando ésta y/o sus apoyos ocultaron la existencia de la sentencia que restringe la capacidad de aquellas (art. 388 CCyC).

6. En el supuesto del art. 101, inc. c), CCyC, cuando el apoyo represente a la persona con capacidad restringida, es facultativa -no obligatoria- la comparencia al acto del representado.

7. Se sugiere, de *lege ferenda*, la modificación del art. 45 CCyC, el cual en conjunción con los arts. 2461 y 1600 CCyC, dificultan injustificadamente el otorgamiento de actos a título gratuito que pueden constituir herramientas

Informaciones

legítimas y útiles para el ejercicio del derecho de autoprotección.

8. Asimismo, se propone, de *lege ferenda*, la modificación del art. 46 CCyC, limitando la posibilidad de instar la nulidad de cualquier acto o contrato otorgado en vida por el causante, al período comprendido entre la interposición de la demanda de restricción de capacidad o de incapacidad y su fallecimiento, en concordancia con lo que establecía el art. 474 del código velezano.

III. Menores

9. El notario sólo debe requerir autorización judicial para la disposición de bienes registrables del menor de edad. Es facultativo para él hacerlo comparecer o no al acto notarial (art. 692 CCyC).

IV. Directivas anticipadas

10. La capacidad plena aludida en el art. 60 CCyC sólo se ve afectada por declaración judicial.

11. Las personas con capacidad restringida pueden otorgar directivas anticipadas en la medida en que la sentencia no lo prohíba expresamente.

12. Los adolescentes, una vez cumplidos los dieciséis años, pueden otorgar por sí mismos, directivas anticipadas en materia de salud, con carácter vinculante (art. 26, último párrafo, CCyC).

13. Para que las directivas anticipadas en materia de salud sean vinculantes, deben cumplir con la forma prescripta en la ley N° 26.529 modificada por la ley N° 26.742 y su decreto reglamentario N° 1089/12.

14. Las directivas anticipadas del art. 60 CCyC pueden comprender, dentro del ámbito del derecho de autoprotección, además de las cuestiones vinculadas con la salud, aspectos patrimoniales.

15. El poder preventivo es un acto unilateral que reconoce como causa el derecho de autoprotección. Consecuentemente no se extingue por la incapacidad sobrevenida del poderdante. Es esencialmente revocable.

V. Voluntad procreacional

16. Se recomienda que la voluntad procreacional atributiva de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida sea otorgada por escritura pública, debiendo cumplirse en la misma además con la protocolización del consentimiento informado prevista en los arts. 560 y 561 CCyC.

17. Se analizó en la comisión el tema de la gestación por sustitución, considerado en algunos casos jurisprudenciales en particular, suscitándose el debate y la necesidad del estudio pormenorizado de la figura y sus eventuales incidencias en la actividad notarial

Informaciones

TEMA II: EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (LEY Nº 26.994). DISTINTOS SISTEMAS. LAS CONVENCIONES PREMATRIMONIALES. LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL. INSTANCIAS Y TÉRMINOS. RÉGIMEN DE DISPOSICIÓN DE BIENES. LA CONTRATACIÓN ENTRE CÓNYUGES. EL ASENTIMIENTO A PARTIR DE LAS REGULACIONES DE LOS ARTÍCULOS 456, 457, 470.

Coordinadora: Ilda Graciela Sian.

Mesa directiva

Presidente: Ilda Graciela Sian (Formosa).

Secretarios: Romina Ivana Cerniello (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y Augusto Luis Piccon (Córdoba).

Comisión redactora: Ilda Graciela Sian (Formosa), Romina Ivana Cerniello (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Augusto Luis Piccon (Córdoba), Pedro Facundo Sáenz (San Luis), María Virginia Terk (Mendoza), Gastón Augusto Zavala (Río Negro), Karen Maína Weiss (Buenos Aires), Juan Carlos Dallaglio (Santa Fe), Karina Vanesa Salierno (Buenos Aires), Néstor Daniel Goicoechea (Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Relatora: María Virginia Terk (Mendoza)

CONCLUSIONES

La Comisión II de la XXXII Jornada Notarial Argentina

CONCLUYE:

Convenciones matrimoniales. Forma

La forma legal impuesta para la celebración de las convenciones prematrimoniales y para la modificación del régimen patrimonial, es únicamente la *escritura pública*. Su falta causa invalidez.

Opción del régimen de separación

La opción por el régimen de separación debe hacerse en la convención matrimonial. La declaración efectuada en el acta de matrimonio se exige a los

finde de la publicidad frente a terceros. En ningún caso puede optarse por el régimen de separación ante el oficial del registro civil al momento de la celebración del matrimonio.

Anotación

Las partes pueden tomar a su cargo la anotación de la convención matrimonial del art. 449, excepto que la ley local no lo permita.

Capacidad

Los menores de edad autorizados judicialmente a casarse y los autorizados por sus representantes pueden celebrar convenciones matrimoniales (unanimidad).

La prohibición del art. 450 para optar por el régimen de separación de bienes sólo se aplica a los menores autorizados judicialmente (por mayoría).

Donaciones por razón del matrimonio

Las donaciones por razón del matrimonio están sujetas implícitamente a condición suspensiva.

Si bien la oferta de donación se presume legalmente aceptada con la celebración del matrimonio, se requiere su formalización por escritura pública cuando se trate de bienes registrables.

Asentimiento anticipado

El asentimiento especial anticipado otorgado antes del 1º de agosto de 2015 debe cumplir con los requisitos del art. 457 para ser eficaz con relación a los actos celebrados luego de esa fecha (por mayoría).

El asentimiento especial anticipado otorgado antes del 1º de agosto de 2015 es eficaz con relación a los actos celebrados luego de esa fecha, aunque no cumpla con los requisitos del art. 457 (por minoría. Dos abstenciones).

Requisitos del asentimiento

El asentimiento anticipado requiere la individualización del acto y sus elementos constitutivos, considerándose suficiente a tal fin establecer pa-

Informaciones

rámetros mínimos de negociación (por ejemplo, determinación del objeto, precio mínimo, monto máximo del gravamen, etc.).

Requisitos del poder para asentir

El poder para asentir sólo requiere la individualización del bien.

Poder al cónyuge para asentir

Es válido el poder otorgado al cónyuge para que se preste a sí mismo el asentimiento, excepto cuando se tratara de disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y sus muebles indispensables (por mayoría).

Es suficiente, en este tipo de apoderamiento, la individualización del bien.

Disposición de bienes propios o personales. Manifestación

En los casos de disposición de bienes propios o personales (régimen de separación) es suficiente la sola manifestación del titular de que el bien no reviste la calidad de vivienda familiar.

Prueba del carácter del bien

La omisión de la declaración del carácter propio del bien y/o la conformidad del otro cónyuge en la escritura pública de adquisición puede subsanarse en sede notarial por escritura complementaria.

Indivisión postcomunitaria

Durante el período de indivisión postcomunitaria, los cónyuges o excónyuges pueden acordar las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos.

A falta de acuerdo subsisten las reglas relativas a la comunidad (disposición del titular con el asentimiento del no titular) y la contraprestación recibida será ganancial en base al principio de subrogación real (unanimidad).

La codisposición implica un acuerdo en los términos del art. 482 y no un acto partitivo. En este caso la contraprestación recibida también será ganancial en base al mencionado principio (por mayoría). Destacamos la importancia del asesoramiento del notario acerca de los efectos, alcances y consecuencias de los actos

que impliquen la administración, disposición o partición de bienes indivisos, dado que la indivisión subsiste mientras no haya partición.

Contratación entre cónyuges

La incorporación de la inhabilidad de los cónyuges bajo el régimen de comunidad de contratar entre sí colisiona con los principios de libertad, igualdad y autonomía de la voluntad receptados por el CCyC.

Se encuentran expresamente permitidos el contrato de mandato, la integración de sociedades de cualquier tipo -incluidas las de la sección IV del capítulo 1 de la LGS-, el pacto sobre herencia futura, la convención sobre el cambio de régimen patrimonial matrimonial y la partición por ascendientes.

Se impone la necesidad de la derogación del inc. d del art. 1002 CCyC.

Autonomía de la voluntad

En el marco de la autonomía de la voluntad, la escritura pública es el instrumento adecuado para formalizar los pactos referentes a los aspectos personales y patrimoniales de las uniones convivenciales, como también para quienes hayan capitulado o se hayan casado en el extranjero, luego trasladen su domicilio a la Argentina y opten por la aplicación de este derecho a su estatuto económico matrimonial.

Informaciones

TEMA III: LEY GENERAL DE SOCIEDADES. IMPACTO DE LA REFORMA INTRODUCIDA EN LA LEY N° 19.550. UNIPERSONALIDAD. REDUCCIÓN A UNO DEL NÚMERO DE SOCIOS. SOLUCIONES. SOCIEDADES NO CONSTITUIDAS SEGÚN LOS TIPOS PREVISTOS Y OTROS SUPUESTOS. ADQUISICIÓN DE BIENES REGISTRABLES. SITUACIÓN DE LAS SOCIEDADES CIVILES EXISTENTES.

Coordinadora: Soledad Richard (Córdoba).

Secretarios: Agustín Ceriani Cernadas (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y Elda Fernández Cossini (Buenos Aires).

Comisión redactora: Manuel Aguilera (Buenos Aires), Carolina Arguinchona (Córdoba), Ricardo Javier Belmaña (Córdoba), Ingrid Gisele Castiñeira (Córdoba), Agustín Ceriani Cernadas (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Laura Chiappinotto (Mendoza), Axel Andrés De La Mata (La Pampa), Carina Lorena Falabella (Córdoba), Elda Fernández Cossini (Buenos Aires), Federico Leyría (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Silvia Mantegani (Córdoba), Leticia Pasquali (Córdoba), Soledad Richard (Córdoba), Pilar Rodríguez Acquarone (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), María Paula Simonian (Córdoba), Marcos Edgardo Suárez Montes (Córdoba), Pablo Mariano Sukarevicius (Neuquén).

Relatores: Carina Lorena Falabella (Córdoba) y Elda Fernández Cossini (Buenos Aires).

CONCLUSIONES

Con motivo de los cambios en la Ley N° 19.550, hoy Ley General de Sociedades (en adelante, LGS), producidos por la Ley N° 26.994 que sanciona el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC), se someten a estudio de esta comisión diferentes puntos de debate, arribándose por unanimidad a las siguientes conclusiones:

1. Los cónyuges, independientemente del régimen patrimonial matrimonial adoptado, pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo, aun las reguladas por la sección IV (art. 27 LGS). Resulta inaplicable la inhabilidad prevista por el art. 1002, inc. d), CCyC, dado que el art. 27 de la LGS resulta norma especial respecto de aquel. Según lo establecido en el inc. a) del art. 150 CCyC la ley especial imperativa prevalece sobre las normas del

CCyC. La norma especial del art. 27 de la LGS permite a los cónyuges tanto constituir como participar con posterioridad en cualquier tipo de sociedad. Los cónyuges bajo el régimen de comunidad no se pueden transmitir entre sí la participación societaria.

2. La capacidad de las sociedades no se encuentra limitada por su objeto, pero este determina el marco de imputación de los actos a la sociedad en los términos del art. 58 LGS.

3. Los poderes, ya sean especiales para un acto o generales con facultades especiales, otorgados por una sociedad son válidos y eficaces, ya que sólo sustituyen la función de representación pero no la de administración. El notario interviniente evaluará según la naturaleza del acto a otorgar la legitimación del apoderado de una sociedad y calificará si las facultades especiales contenidas en el apoderamiento son suficientes o si requiere documentación emitida por algún órgano de la sociedad.

4. De acuerdo con la reforma introducida a la ley N° 19.550 por la ley N° 26.994, el concepto de sociedad recibe una nueva configuración al incluir expresamente la unipersonalidad.

5. Tras la reforma introducida, la naturaleza jurídica del acto constitutivo societario no resulta exclusivamente de un contrato plurilateral de organización, ya que también puede resultar de una declaración unilateral de voluntad, de carácter organizativo con vocación plurilateral, puesto que en todo tiempo se puede recomponer la pluralidad sin afectar su naturaleza ni esencia.

6. La sociedad anónima unipersonal no constituye un nuevo tipo social. Hubiera sido acertado que pudiera adoptar otros tipos sociales en forma originaria.

7. Consideramos que no es acertado que la inclusión de la expresión “unipersonal” o la utilización de la sigla “SAU” haya sido considerada parte de la denominación y no como un aditamento que deba agregarse cuando esté presente la unipersonalidad y que pueda retirarse al tiempo de recomponer su pluralidad. Los organismos de control deberán admitir como previsión estatutaria la posibilidad de agregar o suprimir la mención cuando se den las condiciones de la unipersonalidad o desaparezcan.

8. La sociedad anónima unipersonal se constituye por escritura pública.

9. Una sociedad anónima unipersonal puede adquirir pluralidad de socios en cualquier momento y no por ello se transforma ni cambia su tipo. De igual modo la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución. En ambos casos debería admitirse la inclusión de estas previsiones en los estatutos para evitar tener que reformarlos en cada oportunidad. Mientras la sociedad está pendiente de inscripción, son aplicables a su actuación los arts. 183 y 184 LGS.

Informaciones

10. Si mediante la declaración unilateral de la voluntad se pretendiere constituir una sociedad bajo un tipo diferente al de anónima impuesto por la ley, el caso importa un supuesto de ineficacia por defecto en la adopción típica, motivo por el cual este supuesto haría aplicable a esa sociedad las disposiciones de la sección IV de la LGS.

11. La ley enumera la unipersonalidad sobreviniente casuísticamente sólo para sociedades que contemplen dos categorías de socios, en cuyo caso les impone la transformación de "pleno derecho" en sociedad anónima. Por más que así lo declame la ley, no existe la transformación de pleno derecho, atento que ello requiere instrumentalidad y el cumplimiento de los requisitos previstos en la LGS, que no pueden ser suplidos automáticamente. El art. 94 bis LGS impone la transformación de pleno derecho en el término de tres meses, salvo que se decidiera otra solución.

12. Sin perjuicio de reconocer la existencia de otras posturas doctrinarias, consideramos que:

i. la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, conforme lo establece el art. 94 bis de la LGS; y

ii. con relación a las sociedades de responsabilidad limitada y sociedades colectivas que reduzcan a uno en el número de socios, se les aplicarán las disposiciones de la sección IV de la LGS.

13. A las sociedades civiles y las antes denominadas sociedades irregulares y de hecho constituidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley N^o 26.994, se les aplica el régimen previsto en la sección IV.

14. El régimen previsto en la sección IV establece un marco normativo en el que prevalece la autonomía de la voluntad.

15. El acto de reconocimiento será necesario para la adquisición de bienes registrables cuando la sociedad carezca de contrato escrito o si éste no reúne los requisitos del art. 23, segundo párrafo, de la LGS. No es necesario el acto de reconocimiento cuando el acto constitutivo reúna los mencionados requisitos. Tampoco será exigible para el otorgamiento de actos de disposición ni para nuevos actos de adquisición. En resguardo de la seguridad jurídica para la circulación de dicho acto recomendamos la escritura pública como forma idónea para instrumentarlo.

16. Para los actos de disposición efectuados por sociedades contempladas en la sección IV se deberá solicitar inhibición de la sociedad disponente. En ningún supuesto será necesario solicitar inhibición de los socios que la componen, ya que la titular del bien registral es la sociedad.

17. La publicidad que le compete a los registros respectivos se cumple con la registración de la titularidad de dominio a nombre de la sociedad de la sección IV y no con la de las participaciones que en la sociedad pudieran corresponder a los socios. La mutabilidad que pueda sufrir el elenco de socios no altera la titularidad de dominio.

18. Sin perjuicio de las excepciones previstas en el art. 24 de la LGS, los socios de las sociedades contempladas por la sección IV responden frente a las deudas sociales en forma ilimitada, subsidiaria (no directa) y mancomunada (arts. 143 y 150 CCyC y 56 de la LGS).

19. Las normas sobre títulos valores se aplican a las acciones (arts. 226 de la LGS, 150, 1815 y 470, incs. b) y c), CCyC) concluyendo que no se necesita escritura pública para la transferencia de los mismos por cualquier título. Se recomienda para la donación de las acciones la forma escritura pública, por los beneficios propios de dicho instrumento y las diferentes interpretaciones existentes.

20. El art. 3º de la LGS admite la posibilidad de estructurar una asociación civil bajo la forma de cualquier sociedad. Si la asociación civil adopta la forma de sociedad anónima, puede transferir la calidad de socio con la transferencia de la acción en los términos del art. 214 de la LGS.

21. Cuando el ordenamiento se refiere a instrumento público como forma para constituir sociedades debe considerarse la escritura pública como el instrumento público idóneo. La ulterior ratificación del instrumento privado, su transcripción en el protocolo notarial, la certificación de firmas o la presentación ante el organismo de control no lo convierte en público.

Informaciones

TEMA IV: NOVEDADES EN EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS REALES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL: DERECHO DE SUPERFICIE, CONJUNTOS INMOBILIARIOS, PROPIEDAD HORIZONTAL, HIPOTECA ABIERTA Y CEMENTERIOS PRIVADOS.

Coordinador: Marcelo de Hoz.

Mesa directiva

Presidente: Marcelo de Hoz.

Secretarias: Martha Linares de Urrutigoity y Silvia Maela Massiccioni.

Comisión redactora: Marcelo de Hoz, Martha Linares de Urrutigoity, Silvia Maela Massiccioni, Horacio Colman Lerner, Horacio Teitelbaum, Sebastián Szabo, Augusto P. Mariño Galasso, Mariana Hefling, Sebastián Norberto Grillo, Bárbara Ríos.

Relatora: Martha Linares de Urrutigoity.

Representantes de las instituciones que emitieron voto: Silvia Maela Massiccioni (Santa Fe, 2º Circunscripción), Martha Linares de Urrutigoity (Mendoza), Sebastián Norberto Grillo (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Emery Omar Muñoz (Córdoba), Joaquina Córdoba Gandini (Catamarca) y Leandro Nicolás Posteraro Sánchez (Buenos Aires).

CONCLUSIONES

La Comisión IV de la XXXII Jornada Notarial Argentina concluye por voto unánime de todos sus integrantes lo siguiente:

Subtema 1: conjuntos inmobiliarios

1. Dentro de la temática planteada por este nuevo derecho real se trató especialmente en el seno de la comisión la adecuación prevista en el art. 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación para los conjuntos inmobiliarios preexistentes organizados bajo la órbita de los derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales.

Para algunos este tipo de adecuación violentaría derechos patrimoniales y definitivamente adquiridos constitucionalmente protegidos por ser situaciones jurídicas ya consolidadas.

Sostienen asimismo que su aplicación contraría el principio de irretroactividad de las leyes previsto en el art. 7º del mismo código. Señalan además la falta de plazo, procedimiento y sanción.

Por otra parte, están quienes consideran que en ningún caso se estarían vulnerando derechos patrimonialmente adquiridos ni garantía constitucional alguna, que sería un supuesto de excepción al principio de irretroactividad de la ley consagrado en el art. 7º por tratarse de derechos reales y como tales de orden público, no viendo en la falta de plazo, procedimiento o sanción obstáculos insalvables para la adecuación.

Para la corriente mencionada en primer término, la adecuación sería de cumplimiento imposible teniendo en cuenta el régimen de mayorías exigido, planimetría e instrumentación, mientras que para la nombrada en segundo término el cumplimiento puede resultar dificultoso pero posible.

En el seno de la comisión se distinguieron dos tipos posibles de adecuación: la denominada adecuación estructural y la denominada adecuación funcional, advirtiendo que la primera necesitaría una normativa de fondo de igual jerarquía que establezca plazo razonable, procedimiento y sanción, mientras que la adecuación funcional opera de pleno derecho de acuerdo con la actual legislación.

Lo expuesto nos lleva indefectiblemente a analizar caso por caso cuál se debe adecuar y cuál no. Interpretando la obligatoriedad de adecuación del art. 2075 CCyC dirigido a determinados supuestos, podemos concluir que aquellos conjuntos inmobiliarios estructurados bajo la órbita exclusivamente de derechos reales no deben adecuarse. Analizando las estructuras jurídicas de los actuales emprendimientos vemos que la mayoría de los mismos se encuentra organizado con uno o más derechos reales, tales como la propiedad horizontal, aquellos que combinan derecho real de dominio sobre parte privativas y derecho real de condominio sobre partes comunes o aquellos que combinan derecho real de dominio sobre la parcela; derecho real de dominio de una asociación o entidad jurídica sobre las partes comunes y la conexión de ambos sectores a través de los derechos reales de servidumbre; concluyendo que estas estructuras por no hallarse comprendidas en los supuestos del art. 2075 CCyC no tienen obligación de adecuación, en estos casos manteniendo la opción de adecuarse en forma voluntaria.

Hacemos hincapié en que la normativa que establezca el procedimiento de adecuación no sea delegada al ámbito provincial o municipal, por tratarse de derecho de fondo, atribución exclusiva del Congreso de la Nación, sin perjuicio de las facultades conferidas a las jurisdicciones locales especialmente establecidas en el primer párrafo del art. 2075 CCyC y conc.

Informaciones

2. También en la comisión se trató de establecer respecto de los elementos característicos enunciados en el art. 2074 CCyC cuáles podrían considerarse esenciales y cuáles contingentes, hallándose dentro de esta última categoría casos como el cerramiento, el régimen disciplinario, cantidad de inmuebles iniciales o resultantes, estado constructivo de las unidades funcionales y el grado de avance de obra de la urbanización. Estas características contingentes no pueden erigirse en condicionamientos policiales por las jurisdicciones locales para la registración de planos catastrales de un conjunto inmobiliario como presupuesto para su configuración como derecho real de propiedad horizontal especial.

3. También se analizó la posibilidad para las partes contratantes de acogerse a la relación de consumo a los efectos de justificar la no adecuación, interpretando a esta última como un menoscabo de derechos protectorios de raigambre constitucional.

4. Los títulos de conjuntos inmobiliarios preexistentes que no se hayan adecuado no son observables por esas circunstancias debiendo considerarse títulos suficientes y aptos para la circulación.

Subtema 2: hipoteca abierta

1. Es favorable el tratamiento que hace el CCyC de los derechos reales de garantía, estableciendo un sistema general más ordenado y sistemático, y luego tratando específicamente a la hipoteca, a la anticresis y a la prenda.

2. Se introduce el derecho real de garantía abierto, indeterminado o de máxima (art. 2189 CCyC) por ejemplo para los contratos bancarios y la cuenta corriente (arts. 1407 y 1439 CCyC).

3. Sería conveniente establecer en los contratos constitutivos de estos derechos reales que los arts. 2187 y 2193 CCyC se aplican a los derechos de garantía determinados y el art. 2189 CCyC a los indeterminados o de máxima. El hecho de no establecer en el título el sistema específico, supone el riesgo de que fuera del monto garantizado, el crédito sea considerado quirografario. La interpretación que propiciamos armoniza con el régimen jurídico establecido para la fianza (arts. 1578 CCyC, fianza general, y art. 1580 CCyC, fianza determinada) y con el carácter declarativo de la inscripción registral inmobiliaria.

4. El plazo previsto en el art. 2189 CCyC debe considerarse de acceso a los créditos y no del derecho real de garantía, cuyos términos máximos surgen de la regulación específica de cada uno de los derechos reales de garantía tipificados.

5. La protección de los terceros en cuanto a la configuración de su buena fe en los términos del actual CCyC no puede limitarse a la publicidad registral exigiendo la debida diligencia en todos los casos (arts. 1893, 1902, 1725 y 756 CCyC).

6. Proponemos una modificación del art. 2189 CCyC reflejando la doctrina del proyecto de 1998 diferenciando los créditos determinados y los indeterminados, y reservando a estos últimos las limitaciones en cuanto al monto del gravamen y la extensión de la garantía tal como surge del proyecto de fecha 18 de mayo de 2016 con media sanción en el Senado de la Nación denominado "Sistema de Ahorro para el fomento de la inversión en viviendas casa de ahorro (UVI)".

Subtema 3: derecho de superficie

1. La concepción del dominio absoluto, perpetuo y pleno se redirecciona hacia una figura que, utilizada con pragmatismo y fluidez, contribuye a motorizar procesos de expansión y paliar situaciones de déficit habitacional y social. Su plasticidad permite articularlo con múltiples derechos reales y personales.

2. El superficiario tiene amplias facultades de administración y disposición, sólo limitadas por el plazo y las condiciones particulares del contrato.

3. La indemnización al superficiario (art. 2126 CCyC) es renunciable, no constituyendo dicha renuncia un acto a título gratuito por estar previsto el pacto en contrario. Puede compensarse con la transmisión de parte del terreno o unidades funcionales luego de cumplirse con la readquisición de dominio del dueño perfecto.

4. Es posible la afectación a propiedad horizontal por el superficiario sin existir terreno común. Presenta diferencias notables y ventajas frente al derecho de sobreelevar al que no se opone dado que responden a necesidades diferentes.

5. La constitución del derecho real de superficie sobre parte determinada del inmueble requiere plano a los efectos de la determinación del inmueble, sin que sea necesaria registración administrativa alguna, tal como lo dispone la disposición técnico registral N° 15/2016 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

6. En sentido semejante a lo resuelto en la XVIII Jornada Notarial Cordobesa (2015), considerando las facultades del superficiario contempladas en los arts. 2114 y 2120 CCyC, los efectos extintivos del art. 2125 CCyC (extinción de la superficie) y retroactivos del art. 1969 CCyC (dominio revocable), se sugiere que el sometimiento a propiedad horizontal que formalice el mismo,

Informaciones

se haga: 1) conjuntamente con el propietario del suelo, y 2) que en el acto constitutivo del derecho real de superficie se convenga la no retroactividad del mismo a fin de lograr la subsistencia de la afectación al expirar el plazo en los términos de los arts. 1967 y 1969 CCyC.

Subtema 4: propiedad horizontal

1. El derecho real de propiedad horizontal y el consorcio de propietarios nace con el otorgamiento de la respectiva escritura pública de reglamento de propiedad horizontal.

2. La lectura armónica del art. 2039 CCyC en su última parte en combinación con el art. 2056, inc. q), CCyC permite considerar que las unidades complementarias no pueden transmitirse ni gravarse en forma independiente a las funcionales a las que acceden permitiéndose únicamente la cesión de uso personal a terceros.

3. Pese a la omisión legislativa destacamos la importancia del plano de propiedad horizontal como presupuesto necesario para el otorgamiento del reglamento y afectación del sistema.

4. Con relación al concepto de la unidad funcional que surge del art. 2039 CCyC al hablar de espacios de aprovechamiento por su naturaleza o destino, consideramos que la unidad funcional no necesita estar construida o edificada. Coincidiendo con lo resuelto en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral (2015) y la 39 Jornada Notarial Bonaerense (2015) manifestamos que la parte privativa puede hallarse sin construcción alguna y delimitada en el plano de propiedad horizontal con los requisitos de la salida a la vía pública por vía directa o indirecta y su aprovechamiento independiente según su naturaleza o destino.

5. El patrimonio del consorcio no debe confundirse con los bienes y partes comunes del inmueble objeto del derecho real de propiedad horizontal (definidos en los arts. 2040, 2041, 2042 y conc. CCyC) y está conformado por los créditos, acreencias y deudas que tuviera el consorcio. El mismo no es objeto de calificación registral.

6. El consorcio responde por sus obligaciones con la totalidad de su patrimonio y únicamente en caso de resultar insolvente para afrontarlas. No siendo posible su concurso, responderán en forma subsidiaria, mancomunada y de acuerdo a sus respectivos porcentuales (art. 143 CCyC) los integrantes del mismo.

7. El otorgamiento del reglamento de propiedad horizontal no deberá ser considerado como un acto de disposición por lo que no debería requerirse ni certificado de inhibición del otorgante ni asentimiento conyugal. La frase

que en el art. 2038 CCyC, establece que el reglamento integra el título de propiedad de la unidad funcional deberá interpretarse como integrante de la causa del derecho pero no como instrumento.

Subtema 5: cementerios privados

En relación a cementerios privados se presentó un solo trabajo con una postura novedosa que planteaba serias dudas sobre la naturaleza jurídica real de este derecho. En el marco de las opiniones vertidas se planteó la siguiente inquietud: ¿cuál es el derecho regulado en el art. 1887, inc. f), CCyC que lo consagra como derecho real sobre cosa propia (art. 1888 CCyC), principal (art. 1889 CCyC), registrable (art. 1890 CCyC) y que se ejerce por la posesión (art. 1891 CCyC)? Para algunos existiría un solo derecho real que sería el derecho real de cementerio privado del dueño del predio que lo afecta a la inhumación de restos humanos concediendo a los terceros usuarios derechos personales sobre esos nichos o parcelas. Para otros existirían dos derechos reales que serían el designado en el punto anterior para el titular de dominio del predio afectado (cementerio privado) y tantos derechos reales sobre cosa ajena como parcelas o nichos existan en el predio (derecho real de sepultura). Y para otros existiría un solo derecho real, el de sepultura que ejercería cada titular sobre cosa propia (parcelas o nichos existentes en el predio).

Informaciones

