

Revista Notarial **982** **SEP** **DIC**

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 - (B6500EUV) - 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 Nélica 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 Dinét 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 Nélica 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 Marello, 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:

Juan Pablo Alegre, Ana María

Bucciarelli, Carlota Caracciolo, María

Cristina Catalano, Ramiro Hernán

Ceballos Depaoli, Francisco Alejo

Roberto Domínguez Journet, Silvia

Elena Doratti, Federico Ricardo

Gastaldi, Julieta Glaría, Oscar Rodolfo

Leggeri, María Antonia Maggi, Hilda

Julia Manzanal, María Rosa del Milagro Martín, Luis Alberto Milani, Virginia Milani, Horacio Tiburcio Molina, Evangelina Moreno, Ana María Oneto, María Teresa Pellegrini, Jorge Alberto Pollono, Selene Eva Posteraro Sanchez, Matías Scandroglio, 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 2016 - 2018

Presidente:

Víctor Adrián Stankievich

Miembros Titulares:

Rosa América Ciancio

Stella Maris Perdriel

Miembros Subrogantes:

Alicia Rosa Maida de Vaccaro

Ana María Portela

Mónica Alcira Rivero de Navas

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 **982**

septiembre - diciembre 2016

EDITORIAL	Luis Moisset de Espanés <i>Elvira Martha Yorio</i>	637
DOCTRINA	Asentimiento conyugal y poderes entre cónyuges y convivientes en el Código Civil y Comercial de la Nación <i>Natalio P. Etchegaray</i>	641
	Hipoteca <i>Luis Moisset de Espanés</i>	651
	Reflexiones en torno a los derechos reales en el Código Civil y Comercial <i>Jorge R. Causse</i>	661
	Algo más sobre la filiación por técnicas de reproducción humana asistida <i>Otilia del Carmen Zito Fontán</i> <i>Marcela Spina</i>	667
	La transmisión de dominio de inmuebles por sinceramiento fiscal y la teoría dualista de la causa <i>Néstor Daniel Lamber</i>	693

	Panorama de la propiedad horizontal a más de un año de vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación <i>Marcelo Eduardo Urbaneja</i>	713
	El Título Preliminar del Código Civil y Comercial de La Nación y la función notarial <i>Sebastián Justo Cosola</i>	745
CONGRESOS Y JORNADAS	La herencia como objeto de garantías <i>Andrés Martínez</i>	783
	Sobre una superficie firme <i>Bárbara María Ríos</i>	809
UNIVERSIDAD NOTARIAL ARGENTINA	La renuncia al condominio y la constitución de hipoteca sobre parte indivisa <i>Esteban Daniel Otero</i>	833
ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO	Los contratos asociativos <i>Néstor O. Pérez Lozano</i>	849
TÉCNICA Y PRÁCTICA NOTARIAL	Disposiciones testamentarias. Relevancia de la función notarial en su redacción <i>Sebastián E. Sabene</i>	917
JURISPRUDENCIA	Síntesis de fallos de interés jurídico-notarial	937

INFORMACIONES	XXIX Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral	949
	Santo Domingo, República Dominicana, 3 de octubre de 2016	
	XXVII Encuentro Nacional del Notariado Novel	957
	Formosa, 17 al 19 de noviembre de 2016	

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.

Luis Moisset de Espanés

1930 – 2017

In memoriam

*El gran hombre es el que ha penetrado hasta la
verdad y puede fundar en ella su obrar.*

Carlyle

Luis Moisset de Espanés ha muerto. Dilecto amigo del notariado, quien durante muchas décadas y hasta la actualidad, prestó su generosa colaboración al Colegio, a la Revista Notarial y a la Universidad Notarial Argentina.

Su partida se produce a una edad ya propecta en tiempo vivido, pero plena de brillo e intacta creatividad en sus facultades mentales, que aun prometía sumar muchos frutos a su valiosa producción intelectual.

Bosquejar una semblanza de este personaje extraordinario no resulta simple por la multiplicidad de cargos que ocupó, funciones que desempeñó, libros que escribió, reconocimientos y distinciones que obtuvo a lo largo de su dilatada carrera. Aunque no basta con ocupar el cargo de miembro del Superior Tribunal de Justicia para tener prestigio, no alcanza con ser autor de numerosas publicaciones para constituirse en un referente como doctrinario del derecho, no es suficiente obtener premios para gozar de admiración y respeto, no cuenta desempeñarse como profesor universitario, más allá de la versación, para alcanzar la categoría de maestro.

Moisset enalteció todas y cada una de las actividades que realizó.

Pero... detrás del juez probo, del tratadista enjundioso, del maestro ilustre, del conferenciante eximio, hubo un hombre. Un hombre que durante toda su vida practicó la verdad, mantuvo la fidelidad de los vínculos, defendió lo justo, tuvo coraje para mantener sus ideales. No sólo sabía Derecho sino que siempre encontró tiempo para leer a los grandes escritores de la literatura y filosofía universales, cimentando una enorme cultura. Refiriéndose a Vélez Sarsfield

recordaba que nuestro codificador sostenía que ningún jurista puede dedicarse sólo a estudiar Derecho, porque entonces no sabrá ni siquiera Derecho, y agregaba que el jurista debe conocer todo lo que integra el diario acontecer en la vida de una sociedad. Al igual que su venerado coterráneo, amaba sus libros, los leía con fruición, marcaba frases que le interesaban... solía decir que los libros no son meros objetos, sino que hacen vívida la memoria de sus autores.

Amery sostuvo que hay un momento que marca la imposibilidad de llegar más allá de uno mismo en el sentido cultural... Sin embargo, Luis hasta su tiempo último transitó instancias superadoras. Estudió, escribió y transmitió sus conocimientos en forma constante, con pasión no exenta de estricto criterio metodológico. Imbuó en sus discípulos la necesidad de esa particular exigencia, que tuvo también para consigo mismo. Era sorprendente el rigor extremo con que corregía los borradores de sus obras.

Sus inicios en los estudios universitarios no lo fueron en el área jurídica, sino en la de las ciencias exactas, por las que tenía particular inclinación. Cursó el primer año de Ingeniería y precisamente, un profesor de esa facultad, advirtiendo sus cualidades, le aconsejó que se dedicara al Derecho. Cuando le preguntaban por su afinidad con materias tan disímiles, afirmaba que podría haberse dedicado a una u otra, pero jamás dudó de su vocación por la enseñanza. En efecto, la actividad docente nunca fue una rutina para él, sino una fuente de permanente renovación. Disfrutaba a pleno de esa relación dialéctica de circuito abierto entablada con sus alumnos que, en esa interacción, avalaba la certeza del mutuo enriquecimiento. Porque no se limitó a comunicar conocimientos, sino que les brindó elementos conceptuales para que, tras ser elaborados, fueran funcionales al desarrollo de aptitudes y criterios propios de cada uno. Construyó una verdadera Escuela de Derecho en Córdoba que se proyectó hacia otros espacios, no sólo en el país sino en el extranjero, donde concurría asiduamente a dictar clases y conferencias.

Insumiría mucho espacio nombrar a los integrantes de esa pléyade de juristas que formó a lo largo de muchos años de ininterrumpida labor académica y que hoy lo reconocen como su maestro inspirador.

Fue invitado de honor y activo partícipe de muchos congresos, jornadas y simposios en los cuales defendió con vehemencia las teorías que había elaborado después de arduos estudios y profundas elucubraciones. Sin embargo, nunca se creyó dueño de la verdad. Jamás tuvo inconveniente en aceptar y validar argumentos o tesis sustentadas por otros juristas, ni de retractar sus propuestas. Es que uno de sus propósitos esenciales fue promover y desarrollar un pensamiento dialéctico, de apertura, de concordia, no sólo dentro del

ámbito profesional, sino en todos en los que desarrolló su vida. Sin exagerar, puede decirse que Moisset fue un sabio, no por sus vastos conocimientos e inteligencia, sino por su forma de vivir lo cotidiano. Cultivó con amorosa dedicación las relaciones familiares con su esposa, hijos y hermanos. Su bonhomía también se manifestaba con los animales. En especial perros, a los que trataba con consideración y afecto, logrando con ellos un entendimiento poco común.

Párrafo aparte merece un comentario sobre su sentido de la amistad. Solía repetir que la amistad y el amor al prójimo dan calidez y sentido a las relaciones humanas. Hizo un estudio concienzudo de las expresiones que Alfonso el Sabio volcara en las Siete Partidas. Precisamente de la Partida IV que se refiere a la amistad. Memorizaba frases completas que recitaba cuando cuadraba la ocasión: "¡Pobre del hombre que no tenga amigos, pues no tendrá completa su vida!"

Pero más allá de lo conceptual, fue un consecuente y leal amigo cuyo recuerdo permanecerá para siempre entre los que tuvimos el privilegio de tratarlo como tal. Acaba de decir el Papa que "la amistad es artesanal", feliz expresión que marca la necesidad del cuidado constante que tal vínculo exige. En ese orden de ideas podemos asegurar que Luis fue un verdadero artesano de la amistad.

Otra interesante faceta de su rica personalidad fue el sentido del humor que lo llevó a escribir algunos libros en los que analizaba cuestiones jurídicas desde un ángulo poco convencional. A él puede aplicarse lo que alguien dijo respecto de la obra de Ihering *De bromas y veras en la Ciencia Jurídica*: "... los aparentes divertimentos del libro son un instrumento ingenioso de crítica, decir la verdad riendo". No hay duda de que Moisset escribió esos libros (*El cazador, casado, Cartas Jurídicas, Desventuras de Criticón, Cartas al cielo*) merced a poseer ese desenfadado liberador que le permitía su sentido del humor. Estos escritos los firmaba con el seudónimo de "Criticón" tal vez inspirado en "El Criticón" que adoptara Baltasar Gracián.

La escritura de cartas fue otra de sus inclinaciones, ampliamente valorada por quienes fuéramos destinatarios de su prosa amena, cuando se refería a la actualidad, y esclarecedora, cuando abordaba temas jurídicos. El pensador italiano Ceronetti hace una apasionada apología de esta forma de comunicación, en oposición con las técnicas que se emplean en la actualidad, y expresa que "el hombre que de veras piensa, escribe cartas a los amigos". Él lo hizo durante toda su vida, tendiendo puentes y fortaleciendo los vínculos de amistad que mantuvo con tantas personas en el mundo.

Nunca fue de los investigadores que se aíslan perdiendo contacto con la

Editorial

realidad que los circunda. Por el contrario, le preocupaba el humano destino. En ocasión de una visita a Perú, en el año 2004, expresó: “Todavía sueño con que los hombres podemos y debemos construir un mundo mejor para nuestros hijos. Que es menester desalojar del poder a quienes lo usurpan sólo por la ambición de detentarlo y obtener los espurios beneficios y riquezas que puedan lograrse desde esas posiciones”.

En su primera visita al Colegio de Escribanos bonaerense, Moisset pronunció una memorable conferencia sobre Vélez Sarsfield. Corría el año 1975 y a partir de allí estableció también contactos con la Universidad Notarial Argentina, en la que fue partícipe de muchos acontecimientos académicos de esa casa de altos estudios que, en el año 2014, lo designó Doctor Honoris Causa.

Esta Revista lo contó entre sus colaboradores más conspicuos, otorgándole, en el año 1977, el máximo galardón que confiere a los ensayos que edita. Tuvo destacado protagonismo en la brillante celebración del 120º aniversario de la publicación, ocasión en la que disertó junto a los Dres. Trigo Represas y Zannoni sobre el Código Civil que entraría en vigencia al siguiente año.

Hoy, el notariado bonaerense rinde postrer tributo a un maestro del Derecho que lo honrara con su amistad. En este ejemplar se dará a la página uno de sus escritos póstumos, sobre “Hipoteca. Inscripción registral. Caducidad”. Analiza allí las posibilidades de aplicación del Derecho transitorio, tema a cuyo análisis se abocara atendiendo una amable sugerencia de la Dra. Zulma Dodda, brindándonos una vez más su prosa esclarecedora.

Hay quienes dicen que la muerte es el final de todo. No lo creemos así. En todo caso la muerte marca algún final, el de nuestra naturaleza corporal, no todos los finales. Luis Moisset de Espanés, de otro modo más sutil y profundo, seguirá viviendo a través de lo mucho que hizo, fiel a sus más íntimos impulsos de coraje, perseverancia, responsabilidad y elevado sentido ético, que consolidaron su admirable armonía interior.

Elvira Martha Yorio

Asentimiento conyugal y poderes entre cónyuges y convivientes en el Código Civil y Comercial de la Nación

Natalio P. Etchegaray

SUMARIO: I. El asentimiento conyugal y convivencial en el Código Civil y Comercial de la Nación. II. Bienes gananciales. III. Diferencia esencial entre asentimiento previo y poder para dar el asentimiento. IV. Poderes entre cónyuges. Limitación. V. Posibilidad de convertir el poder nulo en asentimiento válido. VI. Asentimientos anteriores al 1º de agosto de 2015. VII. Forma del asentimiento. VIII. Ensayo de aplicación práctica.

I. EL ASENTIMIENTO CONYUGAL Y CONVIVENCIAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Como lo expresamos oportunamente, en ocasión de introducirse por el art. 1277 en el derogado Código Civil el concepto jurídico del asentimiento conyugal¹: "...el art. 1277 no llega a constituir una codisposición conjunta de ambos cónyuges, ya que precisamente el art. 1276 expresa lo contrario y la 'autorización judicial' en 'ausencia de justa causa para oponerse', nos indica que no es un derecho potestativo del cónyuge no titular, y que la iniciativa negocial, económico-financiera, la decisión de disponer y las condiciones del contrato son de exclusivo resorte del cónyuge titular, que ni siquiera divide el precio obtenido con su socio en los gananciales, ya que puede disponer del dinero de la venta, invirtiéndolo como creyere conveniente, puesto que

1 *Boleto de compraventa*, ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 34.

no se pretenderá que cada enajenación de un bien ganancial, constituye una liquidación parcial de la sociedad conyugal”.

Hoy el Código Civil y Comercial de la Nación trata en diversos artículos el tema del asentimiento conyugal y crea dificultades para una interpretación armónica de los mismos, pues en el art. 456, en un claro defecto de técnica legislativa, a pesar de enunciar actos que requieren asentimiento trata exclusivamente el caso de la vivienda familiar. El artículo siguiente -457- se refiere, ya en forma general, a los requisitos del asentimiento imponiendo la mención del acto en sí -por ejemplo venta- y sus elementos constitutivos -por ejemplo precio-. El art. 458 -autorización judicial- se refiere en general a todas las ocasiones y circunstancias en que se trate el tema asentimiento conyugal.

En el art. 459 -mandato entre cónyuges- se refiere a la posibilidad general de los cónyuges de otorgarse, el uno al otro, poder para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, y enuncia una excepción que se refiere exclusiva y concretamente al art. 456, que como vimos se circunscribe a la vivienda familiar y en consecuencia no alcanza con esa prohibición al asentimiento para los demás bienes gananciales -de los que recién se ocupa en el art. 470-.

Por lo tanto, el sistema legal del CCyC respecto del asentimiento conyugal se aplica a todos los bienes gananciales de la comunidad conyugal que explicita el art. 470, con diferencias específicas respecto del bien donde se encuentra la vivienda familiar. La vivienda familiar, convertida en este código en uno de los pilares de la organización civil, borra diferencias entre bienes propios y gananciales y se crea para la misma un sistema de protección, inclusive a salvo de cónyuges, como lo acredita la excepción que instala el art. 459 al reenviar al 456, artículo éste que se refiere exclusivamente a la vivienda familiar y puntualiza -en una clara asimilación a las garantías que brinda la afectación al régimen de vivienda en los arts. 244 a 256- que la vivienda familiar solamente puede ser ejecutada por deudas contraídas con la conformidad de ambos cónyuges.

Respecto de los convivientes, no corresponde diferenciar entre bienes gananciales o propios, por cuanto el derecho del conviviente surge de habitar un inmueble junto con el titular del mismo, como consecuencia de una unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente, con la que comparte un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo (art. 509).

El art. 522 reitera para los convivientes la esencia del art. 456, circunscribiéndose la obligatoriedad del asentimiento del conviviente a la disposición por parte del titular del inmueble donde se instaló la vivienda familiar.

En consecuencia, debe extenderse al conviviente la prohibición de otorgar poder al titular para darse a sí mismo el asentimiento convivencial, en la disposición de la vivienda familiar.

En lo relativo a las diferencias entre convivencia como hecho en sí y la unión convivencial inscripta, no encontramos ninguna esencial, por cuanto la inscripción en el registro que corresponda es solamente uno de los medios probatorios de la unión convivencial, ya que puede acreditarse por cualquier otro (arts. 511 y 512 CCyC).

Una situación y solución similar brinda, tanto para cónyuges como para convivientes, el art. 250 referido al inmueble afectado al régimen de *vivienda*, que sustituyó al anterior régimen de *bien de familia* (ley Nº 14.394).

II. BIENES GANANCIALES

El citado art. 470 al tratar lo relativo a la administración y disposición de los *bienes gananciales*, tal como lo hacía el art. 1276 del código derogado, declara que le corresponde a cada uno de los cónyuges respecto de los bienes que ha adquirido. Sin embargo es necesario el asentimiento del otro para *enajenar o gravar* los siguientes:

a) Los bienes registrables.

b) Las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública. La infracción del asentimiento en estos casos no es oponible a terceros portadores de buena fe. Se considera de buena fe al adquirente de un título valor incorporado al régimen de la deuda pública (art. 1824).

c) Las participaciones en sociedades, excepto las autorizadas para la oferta pública.

d) Los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios.

e) Las promesas de actos comprendidos en los incisos anteriores. Por interpretación doctrinaria de este inciso se impone a los "boletos de compraventa" el asentimiento del cónyuge del titular y consecuentemente las cesiones de derechos de los mismos, teniendo en cuenta además la posibilidad legal de su registro, que les otorga el art. 1170 CCyC. Esta incorporación de los boletos de compraventa entre las "promesas de contrato" ha permitido restaurar en nuestro medio, más allá de lo puramente lingüístico, la discusión sobre si constituyen un contrato o una promesa de contrato, discusión que atrasa más de cincuenta años en la doctrina jurídica argentina.

El párrafo final de este artículo vuelve a complicar la interpretación armónica de los artículos referidos al asentimiento conyugal, al indicar para el asentimiento y su omisión la aplicación de los arts. 456 a 459. Así en general sin distinción alguna cuando -como aclaramos en el punto IV-, el art. 456 se refiere en forma exclusiva a la vivienda familiar y la prohibición del art. 459, remite exclusivamente al art. 456. Reenviamos a lo allí expresado.

III. DIFERENCIA ESENCIAL ENTRE ASENTIMIENTO PREVIO Y PODER PARA DAR EL ASENTIMIENTO

La diferencia teórica entre el asentimiento brindado directamente por el cónyuge -declaración de voluntad unilateral- y el poder específico para darlo oportunamente -declaración de voluntad unilateral y recepticia- tuvo su reflejo legal en el Código Civil y Comercial de la Nación. Así el art. 457 expresa: "En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél *debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos*". Vemos entonces que la reforma introduce un agregado a las decisiones jurisprudenciales que, de acuerdo a una doctrina mayoritaria, habían impuesto que el asentimiento debía necesariamente mencionar el inmueble objeto del negocio, al exigir ahora la mención *del acto en sí y sus elementos constitutivos*.

En cambio, cuando se decide otorgar un poder para dar el asentimiento, el art. 375, inc. b, propone: "Son necesarias facultades expresas para: (...) b) otorgar el asentimiento conyugal, si el acto lo requiere, caso *en el que deben identificarse los bienes a que se refiere...*". Vemos entonces que si el asentimiento se otorga por medio de apoderado, el poderdante puede delegar en su representante el control de los elementos constitutivos del acto que realizará el apoderado, limitándose solamente a indicar el inmueble objeto del mismo, como era la doctrina y jurisprudencia interpretativas del art. 1277 del código derogado. Ello se basa en la esencia de la representación voluntaria en la que el poderdante deposita en el representante toda la confianza que de él espera y a la que le obligan los distintos incisos del art. 372: *fidelidad, lealtad, reserva; cumplimiento de las instrucciones y el desarrollo de una conducta según los usos y prácticas del tráfico*.

Respecto del análisis de la posibilidad de otorgarse este poder entre los cónyuges y sus limitaciones legales, lo analizamos en el párrafo siguiente.

IV. PODERES ENTRE CÓNYUGES. LIMITACIÓN

Ya indicamos al comienzo las dificultades de interpretación que ocasiona el art. 469 CCyC cuando dice: “Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, *pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456*. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones. Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos”.

Para interpretar este artículo podemos partir de la base legal de la imposibilidad que tienen los cónyuges de contratar entre sí mientras permanezcan en el régimen de comunidad, que establece el inc. d. del art. 1002 CCyC. La enumeración de las incapacidades de derecho entre los cónyuges que traía el derogado Código Civil, contrato por contrato, ha sido suplantada en el CCyC por la regla general que expresa el citado art. 1002 y, al incluir allí a los cónyuges que se encuentren bajo el régimen de comunidad, les quitó toda posibilidad de contratar entre sí; excepto especial autorización del mismo código. La autorización especial para convenir entre sí el contrato de mandato aparece en el art. 459, extendiéndolo a la concesión de poderes para representarse el uno al otro en el ejercicio de todas las facultades que le atribuye el régimen matrimonial (por ejemplo, disponer y gravar sus bienes propios y gananciales). Esa cantidad de posibilidades de representación recíproca tiene un límite expreso: darse a sí mismo, en representación del otro cónyuge, el asentimiento conyugal en los casos del art. 456. ¿Y a qué se refiere exclusivamente este artículo? *A la vivienda familiar*. Es que la vivienda familiar, a partir de este Código Civil y Comercial, constituye uno de los elementos esenciales de la organización jurídica civil argentina. Lo reafirma cuando la erige en el asiento material y formal de la figura jurídica de la convivencia, verdadera novedad legislativa para el derecho civil argentino (arts. 246, 250, 518 y 522 CCyC).

V. POSIBILIDAD DE CONVERTIR EL PODER NULO EN ASENTIMIENTO VÁLIDO

Creemos, por aplicación de la doctrina de la *conversión* que establece el art. 384 CCyC, que se puede considerar válido el poder conferido por un cónyuge al otro para dar el asentimiento a la disposición de la vivienda familiar, si reuniera los requisitos exigidos por el art. 457: *la mención del acto en*

sí y sus elementos constitutivos. En apoyo de este aserto exponemos los fundamentos de MARCELO NÉSTOR FALBO en su comentario al art. 384 CCyC² -conversión-: "Este artículo importa la incorporación en nuestro derecho positivo del instituto de la conversión con carácter general. En rigor, convertir es hacer que una cosa se transforme en algo distinto de lo que era. La norma en cuestión presupone la existencia de un acto nulo, que se transforma en uno distinto válido".

En efecto, si del poder surge indubitadamente la intención de disponer de un bien y se detallan los elementos esenciales del contrato previsto -por ejemplo, precio mínimo en el caso de ventas o monto máximo en el caso de constitución de derechos reales de garantía- no pueden quedar dudas del fin práctico perseguido por las partes y en definitiva qué era lo que ellas hubieran querido, si hubiesen previsto la nulidad.

VI. ASENTIMIENTOS ANTERIORES AL 1º DE AGOSTO DE 2015

Debe tenerse presente que los asentimientos conyugales otorgados con anterioridad al 1º de agosto de 2015 conservan su vigencia si su redacción cumple, en cada caso, con las exigencias que establece el CCyC.

En el caso de que el negocio al que se asiente tuviera fecha cierta anterior a la entrada en vigencia del CCyC, podrá utilizarse un asentimiento específico que cite el bien objeto del negocio, aunque no contenga el detalle de sus elementos constitutivos (art. 7º CCyC).

VII. FORMA DEL ASENTIMIENTO

La forma jurídica requerida para dar el asentimiento anticipado o para otorgar poder de representación para darlo oportunamente, no tiene una determinación legal, sólo es necesario otorgarla en un documento de la misma calidad formal que la requerida para el negocio cuya realización se asiente. Se le aplican en consecuencia los arts. 284 y 285 CCyC sobre libertad de formas y forma impuesta, respectivamente, así como los artículos relativos a forma de los contratos -arts. 1015 en adelante- y especialmente los cuatro incisos del art. 1017, que detallan los contratos que deben ser otorgados por escritura pública.

2 *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, coordinado por Eduardo Gabriel Clusellas, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, pág. 174, comentario al art. 457.

VIII. ENSAYO DE APLICACIÓN PRÁCTICA

a) Negocios de disposición posteriores al 31/7/2015*Vivienda familiar*

- Asentimiento coetáneo: se da en el boleto y en el acto de la escrituración por el cónyuge o el conviviente.

- Asentimiento previo: se confiere por el cónyuge o el conviviente en instrumento que tenga la forma exigida para la naturaleza del contrato que se asiente y en el que se detalle el bien que se dispone y los elementos constitutivos de aquél (art. 457).

- Asentimiento por apoderado: en el instrumento de la representación debe constar el bien objeto del acto que se asiente y no es necesario detallar los elementos constitutivos de aquél (art. 375, inc. b). No puede ser apoderado el cónyuge o el conviviente (art. 459).

Otros bienes gananciales

- Asentimiento coetáneo: se da en el boleto y en el acto de escrituración por el cónyuge.

- Asentimiento previo: se confiere por el cónyuge en instrumento que tenga la forma exigida para la naturaleza del contrato que se asiente y en el que se detalle el bien que se dispone y los elementos constitutivos de aquél.

- Asentimiento por apoderado: en el instrumento de la representación debe constar el bien objeto del acto que se asiente y no es necesario detallar los elementos constitutivos de aquél. Puede ser apoderado también el cónyuge.

b) Negocios con fecha indubitable pendientes de escrituración al 1/8/2015*Vivienda familiar*

- Asentimiento coetáneo: se da en el acto de la escrituración por el cónyuge o el conviviente.

- Asentimiento previo: se confiere por el cónyuge o el conviviente en instrumento que tenga la forma exigida por la naturaleza del contrato que se asiente y en el que se detalle el bien que se dispone.

Doctrina

- Asentimiento por apoderado: en el instrumento de la representación debe constar el bien objeto del acto que se asiente y no es necesario detallar los elementos constitutivos de aquél. Puede ser apoderado también el cónyuge o conviviente.

Otros bienes gananciales

- Asentimiento coetáneo: se da en el acto de escrituración por el cónyuge.
- Asentimiento previo: se confiere por el cónyuge en instrumento que tenga la forma exigida para la naturaleza del contrato que se asiente y en el que es sólo necesario que se detalle el bien que se dispone (se aplica el derecho y jurisprudencia anteriores).

- Asentimiento por apoderado: en el instrumento de la representación debe constar el bien objeto del acto que se asiente y no es necesario detallar los elementos constitutivos de aquél. Puede ser apoderado también el cónyuge.

c) Caso especial I

Bien propio o ganancial sede del hogar conyugal con hijos menores o incapaces

Si la disolución del matrimonio se produjo antes del 1/8/2015, de acuerdo al último párrafo del art. 1277 del Código Civil entonces vigente, es necesario el asentimiento del excónyuge -se trate de bien propio o ganancial-, mientras existan hijos menores o incapaces del disuelto matrimonio.

Se considera que este derecho del cónyuge que se retiró del hogar conyugal permanece vigente mientras existan hijos menores o incapaces del disuelto matrimonio, aun cuando no se reitera en el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 7º CCyC).

- Asentimiento coetáneo: se da en el acto de la escrituración por el excónyuge.

- Asentimiento previo: se confiere por el excónyuge en instrumento que tenga la forma exigida por la naturaleza del contrato que se asiente y en el que se detalle el bien que se dispone (por ser de aplicación inmediata el art. 459).

- Asentimiento por apoderado: en el instrumento de la representación debe constar el bien objeto del acto que se asiente y no es necesario detallar los elementos constitutivos de aquél. No puede ser apoderado el excónyuge (por ser de aplicación inmediata el art. 459).

d) Caso especial II*Cónyuges divorciados con bienes de titularidad singular. Actuación del no titular. Asentimiento o codisposición*

El art. 482 CCyC trae una novedad en las reglas de administración en la etapa de indivisión poscomunitaria del régimen de comunidad matrimonial. Novedad desde su concreción en texto legal, porque ya se había expuesto y adoptado en la doctrina civil y en la notarial, por los trabajos de EDUARDO ZANNONI y de RUBÉN LAMBER, respectivamente.

El art. 482 expresa: "Si durante la indivisión poscomunitaria los excónyuges no acuerdan las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos, subsisten las relativas al régimen de comunidad en cuanto no sean modificadas en esta Sección. Cada uno de los copartícipes tiene la obligación de informar al otro, con antelación razonable, su intención de otorgar actos que excedan de la administración ordinaria de los bienes indivisos. El segundo puede formular oposición cuando el acto proyectado vulnera sus derechos".

En otras palabras, a partir del divorcio, si los cónyuges no acuerdan otra cosa sigue vigente el sistema de asentimiento que hemos esbozado precedentemente, con la siguiente modificación: el titular debe informar al otro, con *antelación razonable*, su intención de otorgar actos que excedan de la administración ordinaria de los bienes indivisos y el no titular puede formular oposición cuando el acto proyectado vulnera sus derechos.

Este aspecto de la norma nos pone frente a un problema de interpretación, que en definitiva lo resolverá en cada caso la justicia: ¿qué quiere decir "antelación razonable"? NÉSTOR D. LAMBER³ se pregunta: "¿Cuál es el plazo de antelación razonable?" y se contesta: "No tiene solución legal, se trata de una cuestión de hecho que deberá no ser intempestiva, dándole al otro la oportunidad de evaluar el acto y ejercer su derecho de oposición, lo que dependerá de la complejidad de cada acto propuesto y la naturaleza de los bienes, por lo que quedará siempre su determinación al arbitrio de la decisión judicial".

Cobra importancia para el notario apreciar, con relación al acto a instrumentar y a la naturaleza de los bienes, si el asentimiento anticipado que presenta el titular del bien reúne los requisitos necesarios para poder ser considerado como emitido con antelación razonable al momento del otorgamiento de la escritura. Si así no lo considerara, deberá dar traslado al otro contratante y

3 *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 2, coordinado por Eduardo Gabriel Clusellas, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, pág. 504, comentario al art. 482.

Doctrina

si éste lo aceptara como válido, deberá dejar constancia en el instrumento del "consentimiento informado" que demuestre la aceptación de este y la liberación consecuente para el notario.

Mínimos detalles a tener en cuenta: el asentimiento debe ser posterior a la fecha del divorcio, debe expresar tanto el bien motivo del acto como los detalles del negocio, tales como precio mínimo en las ventas y monto máximo de la deuda en los mutuos y garantías reales, y fundamentalmente considerar si el tiempo transcurrido desde su otorgamiento se compadece con el concepto "antelación razonable".

Este art. 482 CCyC provocó que el Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires dictara con fecha 7 de marzo de 2016 la Instrucción de Trabajo N° 3/2016, en la que recoge la doctrina notarial al respecto y establece la aplicación práctica de la norma en esta forma: los cónyuges divorciados que no hubieran acordado oficialmente la administración de sus bienes gananciales podrán utilizar indistintamente en la disposición de los mismos, tanto el sistema de codisposición -en cuyo caso deberán disponer ambos y asimismo se solicitará certificado de inhibición por los dos- o el de disposición por el titular con asentimiento del excónyuge, solicitándose solamente inhibiciones por el titular, ya que durante la indivisión sin acuerdo entre los cónyuges se sigue aplicando el sistema vigente para la comunidad, en relación a los acreedores de cada uno de ellos (arts. 486 y 487 CCyC).

Hipoteca

Inscripción registral. Caducidad. Derecho transitorio

Luis Moisset de Espanés

SUMARIO: I. Introducción. II. El tiempo y el derecho. III. La inscripción de hipoteca y su caducidad. IV. Conclusiones. V. Apéndice.

I. INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Civil y Comercial ha mantenido el sistema de derecho transitorio basado en las ideas de ROUBIER, que se había adoptado en 1968, trasladando prácticamente sin alteraciones al actual art. 7º lo que disponía el viejo art. 3º, del que nos ocupamos en una serie de trabajos recopilados en un libro que puede consultarse en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba¹.

El sistema de ROUBIER procura justificar la aplicación inmediata de la nueva ley -deseo que sin duda subyace siempre en la intención del legislador- explicando el porqué en numerosos casos esa "inmediatez" no vulnera otro principio cardinal del derecho transitorio: la "irretroactividad" de las nuevas normas, que no deben afectar situaciones jurídicas ya consolidadas.

1 *Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 del Código civil (derecho transitorio)*, Imprenta Universidad Nacional, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1976.

II. EL TIEMPO Y EL DERECHO

Para la adecuada comprensión del sistema debemos atender al “tiempo”, es decir el momento en que el hecho causal da nacimiento, modifica o extingue una situación jurídica, aspecto que hemos explicado con detenimiento y hemos sintetizado en un cuadro al que remitimos², el cual permite determinar con bastante precisión los casos en los cuales la nueva ley opera de inmediato, sin afectar el principio de irretroactividad.

En una investigación inédita³, cuyos avances fueron expuestos en alguna conferencia⁴, analizamos pormenorizadamente distintas situaciones en que el tiempo tiene influencia sobre el mundo de lo jurídico.

Señalábamos entonces que hay en el derecho numerosas hipótesis en que un hecho sirve de límite divisorio a dos situaciones jurídicas que se suceden en el tiempo: por ejemplo, una ley es reemplazada por otra, un inmueble que estaba libre de cargas comienza a estar gravado con una hipoteca, el dueño de una cosa transfiere y traslada la propiedad al adquirente, etc.

Los “límites” temporales deben tener, jurídicamente, carácter instantáneo, pues de lo contrario dejarían una zona en la que se confundirían las dos “situaciones jurídicas” que deben sucederse.

El tiempo material es una corriente que fluye sin detenerse jamás y puede medirse con el reloj y el calendario; el actuar del hombre se escalona en el tiempo material sin que una misma persona pueda realizar dos actos exactamente simultáneos. Incluso, todos sus actos tienen una duración temporal que, dentro de la rígida concepción del tiempo físico, permitiría fraccionarlos siempre.

El tiempo espiritual, en cambio, admite que algunos actos que tienen cierta prolongación física en el tiempo material sean considerados idealmente como efectuados en un solo momento intelectual, como sucede en las hipótesis de una conferencia, una sentencia judicial o un trabajo científico que “materialmente” tiene un *antes* y un *después*, pero integran conceptualmente un *todo*, con un tiempo único de concepción.

Pues bien, en el campo del derecho encontramos diversas hipótesis en las que el transcurso del tiempo actúa como hecho generador, modificador o

2 El mencionado cuadro puede consultarse en la pág. 22 de nuestro viejo libro sobre *Irretroactividad de la ley* y en la pág. 34 de la obra colectiva que hemos dirigido sobre el art. 7º del nuevo código (*Derecho transitorio en el nuevo Código Civil y Comercial*, Advocatus, Córdoba, 2016).

3 “Tiempo material y tiempo jurídico”.

4 “Tiempo físico y tiempo jurídico”, Instituto de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba en provincia de Santa Fe, 17 de diciembre de 2002, Rosario.

extintivo de situaciones jurídicas, como sucede con la edad cuyo transcurso permite alcanzar capacidad plena cuando se llega a la mayoría; la ausencia prolongada, que hace presumir el fallecimiento; la inacción del acreedor, que se traduce en la prescripción liberatoria del deudor; el no ejercicio de un derecho que tiene como consecuencia su caducidad y extinción, etc.

En estos casos el derecho, para dar fijeza a las relaciones jurídicas y lograr seguridad, se encarga de establecer la "dimensión" temporal que debe transcurrir para lograr esos efectos, que solamente se producirán cuando se haya completado el tiempo fijado por la ley. Esos plazos legales quedan librados al sano arbitrio del legislador, que para fijarlos de manera que se llegue a soluciones "justas", deberá indagar en las realidades sociales y económicas. Como la realidad social es un fenómeno en constante movimiento, en muchos casos el legislador intervendrá abreviando o prolongando los plazos y en general ha existido acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia acerca de que esos cambios en la dimensión temporal se aplican de inmediato a partir del momento en que entran en vigencia las nuevas leyes. Basta citar como ejemplo a la disminución del tiempo requerido para alcanzar la mayoría de edad, que se redujo en el sistema jurídico argentino de los 22 años fijados en el código de VÉLEZ, a los 21 que estableció la ley N° 17.711, y luego a 18.

Ese efecto inmediato no fue cuestionado por nadie y si se efectúa una recorrida por el derecho comparado se podrá verificar que, con la excepción de los plazos de prescripción de las acciones⁵, esa solución ha predominado en la doctrina y en la jurisprudencia del derecho occidental que, dentro del sistema que protegía los derechos adquiridos, no encontraba en esos cambios nada que vulnerase una situación ya consolidada sino meras expectativas mientras no se hubiese integrado la totalidad del tiempo.

La técnica de ROUBIER, consagrada en el actual art. 7° del nuevo Código Civil y Comercial, fortalece esta posición. El hecho generador del nacimiento, de la modificación o de la extinción de una situación jurídica no actúa mientras no haya completado todos sus elementos; y tratándose del "tiempo", si no ha completado la totalidad del plazo que la ley fijaba, queda atrapado por la nueva ley y sujeto a lo que ella dispone.

La solución establecida por la ley con carácter general solamente puede ser dejada de lado si hay una norma especial que la derogue o limite, lo que

5 Del problema de la prescripción, donde el código de Vélez en su art. 4051 mantenía la aplicación de los plazos fijados por la ley vigente en el momento que comenzó a correr y el nuevo Código Civil y Comercial donde se consagra la misma solución en su art. 2537 -normas que establecen una excepción al principio general de derecho transitorio-, nos ocuparemos en otro estudio.

sucedía en Francia en virtud del art. 2281 del código NAPOLEÓN⁶, norma que provocó discusiones y vacilaciones en la doctrina y en la jurisprudencia.

Quizás aquí convenga recordar lo que decía ROUBIER sobre el problema de la prolongación de los plazos, en materia de prescripción: “En el caso de que la ley nueva alargue el plazo requerido para prescribir, deberá continuar la prescripción hasta que el nuevo plazo se complete, computando el tiempo corrido bajo la ley anterior”⁷.

Para ROUBIER el transcurso del tiempo no afecta las situaciones mientras el plazo no se haya completado. ¿Cuál es la consecuencia práctica del sistema de ROUBIER?

Como regla general pueden distinguirse dos hipótesis:

a) El plazo se abrevió y en tal caso, al entrar en vigencia la nueva ley, se consolidarán los efectos constitutivos, modificatorios o extintivos de la situación jurídica, como hemos visto en la hipótesis de la mayoría de edad. En este caso se considerará válido que a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley se considere mayores a todas las personas que ya cumplieron 18 años y ello no vulnerará ningún derecho ni afectará actos anteriores, porque sólo serán válidos los que realice con posterioridad a la vigencia de la nueva ley.

b) El plazo se prolongó, como ha sucedido con la oponibilidad de la situación jurídica registral que la ley N° 17.711 extendió de 10 a 20 años, prolongación de la oponibilidad que se aplicó a partir de la entrada en vigencia de esa ley a todas las registraciones de hipotecas que no habían caducado con anterioridad.

III. LA INSCRIPCIÓN DE HIPOTECA Y SU CADUCIDAD

Puesto en vigencia el sistema de ROUBIER por la ley N° 17.711, de inmediato debió afrontarse un caso de prolongación de plazos vinculado con la extinción de la situación jurídica registral de la hipoteca, en el cual se extendió el plazo de 10 años que fijaba el código a 20 años (ver arts. 3151 y 3197 del código de VÉLEZ y su modificación por la ley N° 17.711).

Tanto la doctrina como la práctica registral aceptaron sin vacilación que se aplicaba el efecto inmediato de la nueva ley a todas las inscripciones registrales

6 “Art. 2281 (Código civil francés). Las prescripciones comenzadas a la época de la publicación del presente título se reglarán de conformidad con las leyes anteriores...”.

A ello se agregaba otro párrafo referido a las hipótesis en que se hubiesen reducido plazos que antes eran superiores a los 30 años, disponiendo que no podrían excederlo.

7 ROUBIER, Paul. *Le Droit transitoire*, Dalloz-Sirey, París, 1960, pág. 300.

que no hubiesen caducado antes de su entrada en vigencia y que su plazo se extendiera a 20 años.

En nuestro viejo libro sobre *Irretroactividad de la ley* nos ocupamos brevemente del tema, aceptando esta correcta solución y señalando alguna coincidencia doctrinaria⁸.

a) El nuevo Código Civil y Comercial

Pues bien, el nuevo Código Civil y Comercial mantuvo el plazo de 20 años para la vigencia de los asientos registrales, como lo corroboramos si leemos el art. 2210.

“Art. 2210.- *Duración de la inscripción*.- Los efectos del registro de la hipoteca se conservan por el término de veinte años, si antes no se renueva”.

La nueva norma no generó ningún problema de derecho transitorio, pues mantuvo los plazos y condiciones de existencia de la inscripción registral. Su vigencia genera una “situación jurídica” que no se alterará hasta que un nuevo hecho, cancelación⁹ o caducidad le ponga fin, salvo que medie una prolongación por renovación.

b) Ley N° 27.271 y disposiciones técnicas registrales (DTR)

El 1º de septiembre de 2016 el Congreso de la Nación sancionó una ley destinada a promover la construcción de viviendas que contasen con créditos hipotecarios de larga duración, y para contar con los fondos necesarios para que este plan se hiciese efectivo promovía el aporte como una forma de ahorro con garantía hipotecaria. Esa normativa entró en vigencia en la fecha de su publicación en el Boletín Oficial¹⁰: el día 15 del mismo mes de septiembre.

En el art. 24 de la misma ley se dispone extender el plazo de vigencia de las inscripciones registrales de hipoteca a treinta y cinco años, modificando así lo dispuesto por el art. 2210 del Código Civil y Comercial.

Cabe señalar que esta prolongación del plazo de validez de las inscripciones registrales hipotecarias no se limita a los créditos originados por esta ley llamada de “Ahorro casa”, sino que abarca todas las inscripciones de créditos hipotecarios, cualquiera sea su origen. Hacemos la salvedad de

8 Ob. cit., pág. 111.

9 El nuevo código dedica a la cancelación el art. 2204.

10 El art. 25 de la ley dispone su entrada en vigencia para el día de su publicación, que se efectuó el 25 de septiembre.

que nuestro comentario no tiene por objeto pronunciarse sobre la necesidad o conveniencia de la medida adoptada, sino solamente a su aplicación en la práctica registral¹¹.

Casi de inmediato, varios registros de la propiedad inmueble dictaron disposiciones técnicas que adaptaron las previsiones sobre caducidad de las inscripciones de hipoteca al nuevo plazo más extenso fijado por la ley N° 27.271. En ellas se ha aplicado correctamente el art. 7° del Código Civil y Comercial que otorga efecto inmediato a las nuevas leyes, disposición de carácter general que comprende las modificaciones del plazo de operatividad del tiempo como hecho que provoca el cambio de una situación jurídica existente¹².

La prestigiosa profesora mendocina AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI ha desarrollado el tema sobre la base de un *powerpoint*, propiciando la aplicación analógica de las previsiones que el art. 2537 contiene para la prescripción. El problema es delicado pero estimamos que no corresponde recurrir a la analogía para aplicar una norma limitativa. El art. 2537, basándose en el art. 4051 del código de VÉLEZ, hace excepción solo en materia de prescripción a la regla general del art. 7° que dispone la aplicación inmediata de las nuevas leyes y esa disposición especial de carácter limitativo no puede extender su aplicación por analogía a otras materias.

IV. CONCLUSIONES

1.- El art. 7° establece de manera general la aplicación inmediata de las nuevas leyes.

2.- Los hechos que generan el nacimiento de una situación jurídica, su modificación o extinción, de acuerdo al sistema de ROUBIER, solamente producen esos efectos cuando han integrado la totalidad de sus elementos.

3.- El tiempo, actuando como hecho generador, sólo produce efectos cuando se han completado íntegramente los plazos.

4.- Cuando no se ha completado el plazo y sobreviene una nueva ley que lo modifica, este elemento queda atrapado por la nueva ley, salvo que existiese una norma especial que sustraiga la materia de la aplicación de la norma general.

11 Es posible que muchos piensen que debieron mantenerse los 20 años como plazo general de caducidad y limitar la extensión a 35 para las hipotecas del plan "Casa Ahorro", ya que con ello se fomenta la necesidad de recurrir a la cancelación en todos los casos en que la deuda hipotecaria se haya extinguido con anterioridad.

12 A título de ejemplo reproducimos la disposición técnico registral N° 17/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires.

5.- En materia de prescripción, el código de VÉLEZ primero (art. 4051), y el nuevo Código Civil y Comercial después (art. 2210), establecieron una excepción a la regla general que solamente es aplicable a este instituto.

V. APÉNDICE

La Plata, 12 de octubre de 2016.

VISTO las Leyes N° 25.827 y N° 27.271, y

CONSIDERANDO

Que la comunicación "A 6069" del Banco Central de la República Argentina de fecha 16 de septiembre del corriente modifica la comunicación "A 5945", en lo atinente a las Unidades de Valor Adquisitivo actualizables por "CER"- Ley N° 25.827 (UVA);

Que la Ley N° 27.271, en su artículo 1°, crea instrumentos de ahorros, préstamo e inversión denominados Unidades de Vivienda (UVIs);

Que entre los instrumentos denominados en UVIs se encuentran los créditos hipotecarios;

Que de acuerdo a lo que prescribe el artículo 22, al momento de inscribir los gravámenes, el Registro deberá dejar constancia que los importes cubiertos por la garantía se encuentran sujetos a la cláusula de actualización del artículo 6°, debiendo por tanto adecuar el asiento respectivo al imperativo legal;

Que por tanto los efectos contra terceros serán tanto por la suma inicial de la deuda con más la que corresponda adicionar como consecuencia de la aplicación de la cláusula del artículo 6°;

Que en consecuencia, ambas leyes habilitan cláusulas de actualización del monto hipotecario con efectos similares;

Que por otro lado, el artículo 24 de la Ley N° 27.271 reemplaza el texto del artículo 2210 del Código Civil y Comercial de la Nación, estableciendo como nuevo plazo de duración de la inscripción de la hipoteca el de treinta y cinco (35) años;

Que resulta necesario modificar el artículo 1° de la Disposición Técnico Registral N° 14/2005 conforme al plazo previsto por el Código Civil y Comercial de la Nación;

Que el plazo de caducidad de la inscripción de la hipoteca debe entenderse como una consecuencia no agotada en el tiempo, de conformidad a las

Doctrina

prescripciones legales que emanan del artículo 7° del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto a la eficacia temporal de las leyes en relación a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes;

Que por lo expuesto, el nuevo plazo establecido para la inscripción de las hipotecas debe aplicarse a tales efectos, afectando todas aquellas relaciones jurídicas que se encuentren vigentes en su registración al 15 de septiembre de 2016, con excepción de los gravámenes hipotecarios a favor de los organismos que cuenten con regímenes de caducidad diferentes;

Que la presente Disposición se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 52 del Decreto Ley N° 11.643/63, concordante con los artículos 53 y 54 del Decreto N° 5479/65;

Por ello, LA DIRECTORA PROVINCIAL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

DISPONE:

Artículo 1°. Cuando se registre un documento de constitución de derecho real de hipoteca instrumentada en el marco de la Ley N° 25.827 y comunicación "A 6069" del Banco Central de la República Argentina, deberá dejarse constancia en el asiento correspondiente que los importes cubiertos por la garantía se encuentran sujetos a las Unidades de Valor Adquisitivo actualizables por "CER" (UVA). El asiento registral se practicará conforme al siguiente modelo:

"b) GRAVÁMENES, RESTRIC. E INTERDIC.

ASIENTO 1

HIPOTECA

Por

a/f. de

Sujeto a las Unidades de Valor Adquisitivo actualizables por "CER"- Ley N° 25.827 (UVA).

Escrit. N° del Escrib.

Reg. (....) FS

Present. N° del"

Art. 2°. Cuando se registre un documento de constitución de derecho real de hipoteca instrumentada en el marco de la Ley N° 27.271, deberá dejarse constancia en el asiento correspondiente que los importes cubiertos por la garantía se encuentran sujetos a la cláusula de actualización del artículo 6° de la Ley N° 27.271. El asiento registral se practicará conforme al siguiente modelo:

"b) GRAVÁMENES, RESTRIC. E INTERDIC.

ASIENTO 1

HIPOTECA

Por

a/f. de

Sujeto a Cláusula de Actualización del artículo 6º de la Ley 27271 (UVIs)

Escrit. Nº del Escrib.

Reg. (..). FS

Present. Nº del"

Art. 3º. Los efectos del registro de las hipotecas vigentes al 15 de septiembre de 2016 se conservan por el término de 35 años, según lo prescripto por el artículo 2210 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Art. 4º. Las inscripciones hipotecarias que hubieren caducado con anterioridad al 15 de septiembre de 2016, se considerarán sin efecto alguno.

Art. 5º. Sustituir el artículo 1º de la Disposición Técnica Registral Nº 14/2005 el que quedará redactado de la siguiente forma: "Serán exceptuadas del plazo establecido en el artículo 2210 del Código Civil y Comercial de la Nación, las hipotecas registradas, constituidas a favor de Organismos nacionales o provinciales, que tuvieran normada tal excepción en una ley de fondo, siempre y cuando el acogimiento a dicho régimen surgiere del contrato hipotecario y hubiere sido expresamente rogado, independientemente de la calidad de acreedor hipotecario".

Art. 6º. Derogar la Disposición Técnica Registral Nº 37/1968.

Art. 7º. Registrar como Disposición Técnico Registral. Comunicar a las Direcciones Técnica y de Servicios Registrales, al Instituto Superior de Registración y Publicidad Inmobiliaria, como así también a todas las Subdirecciones, Departamentos y Delegaciones Regionales de este Organismo. Elevar a la Subsecretaría de Coordinación Económica. Poner en conocimiento del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires y de los restantes Colegios Profesionales interesados. Poner en conocimiento de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA). Publicar en el Boletín Oficial y en el Sistema de Información Normativa de la Provincia de Buenos Aires (SINBA). Cumplido, archivar.

Disposición Técnico Registral Nº 17. Fdo: María de la Paz Dessy / Abogada / Directora Provincial Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires

Reflexiones en torno a los derechos reales en el Código Civil y Comercial

En el marco del primer aniversario de su entrada en vigencia

Jorge R. Causse

Respondimos a la convocatoria de nuestro colega Eduardo Gabriel Clusellas, a quien le testimoniamos nuestro agradecimiento personal por la confianza depositada, asumiendo con mucho entusiasmo la tarea de comentar, anotar y concordar desde el art. 1882 al 1940 del Código Civil y Comercial de la Nación, contenido en la ley N° 26.994, sancionada el 1° de octubre de 2014 y promulgada el 7 de octubre del mismo año (*Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, Astrea-FEN, 2015).

La labor encomendada fue un desafío que encaramos con nuestra mayor responsabilidad, asumiendo el impacto de su contenido en la actividad notarial, tal como lo puso de relieve el Presidente del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, notario Jorge Alberto Mateo, en el prólogo con el que se inicia el tomo 1 de esta obra, y así lo ratificó Clusellas en sus "Aclaraciones Preliminares".

El articulado cuya exégesis se nos encargó integra el Libro Cuarto relativo a los "Derechos Reales", abarcando el Título I sobre "Disposiciones Generales", Capítulos 1 ("Principios Comunes") y 2 ("Adquisición, Transmisión, Extinción y Oponibilidad"); y el Título II sobre "Posesión y Tenencia", Capítulos 1 ("Disposiciones Generales"), 2 ("Adquisición, Ejercicio, Conservación y Extinción") y 3 ("Efectos de las Relaciones de Poder").

En los "Fundamentos" que acompañaron al "Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", elaborado por la comisión integrada por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, en el Capítulo II -titulado "Método" y destinado a consignar los aspectos vinculados con su elaboración- se cita, entre otros proyectos de reforma, el que se preparó por la

comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional Nº 685/95, conocido por todos como el "Proyecto 98".

Corresponde esta particular mención porque, a medida que se avanzó en el examen del articulado que debimos abordar, ese proyecto se constituyó en la fuente primordialmente tenida en cuenta. Fue lo que ocurrió aun cuando sus disposiciones sólo sirvieron como esquemas básicos para construir las nuevas normas, siguiendo alguna que se expidió con este sentido. Así es posible mencionarlo respecto de las disposiciones generales y principios comunes a todos los derechos reales de igual modo que con relación a las reglas sobre su adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad. Lo mismo ocurre respecto de los conceptos de posesión y tenencia y de sus calificaciones, excepción hecha en caso de dividirse la primera en viciosa y no viciosa como se regulaba anteriormente.

Con relación a los efectos de las relaciones de poder, se hace notar la incidencia del proyecto que venimos mencionando a punto tal que no se pudo evitar la calificación que se les atribuyeron en los "Fundamentos", de acertado precepto en orden a las consecuencias de la posesión y de la tenencia.

Un detalle que no está demás mencionar corresponde al concepto de derecho real contenido en el art. 1882 y concierne al agregado de una terminología que le pertenece al profesor EDUARDO GATTI, mencionada en su *Teoría General de los Derechos Reales*. Nos referimos a las palabras: "en forma autónoma" a cuyo respecto el propio autor señaló: "...lo que pone de relieve la innecesaria referencia a cómo se ejercerá el poder sobre el que sea su objeto".

La ubicación del concepto de derecho real dentro del capítulo reservado a los "Principios comunes" les confiere a estos últimos una incidencia por demás relevante sobre las regulaciones que se articularon con relación a los derechos reales enumerados en el art. 1887. Esto es así y a tal punto que dichas regulaciones quedan sometidas a los referidos principios además de completarlos.

Desde esta perspectiva la actividad notarial instrumentadora, y así lo puntualizamos, deberá calificar como derecho real a aquel al que se refiera la situación jurídica que constituya el requerimiento particular, ajustándose naturalmente a toda la normativa de aplicación. Esto no será, ni más ni menos, que el ejercicio de la calificación que señalamos.

La incorporación de un bien taxativamente señalado por la ley como objeto de los derechos reales (art. 1883) más allá o además de la cosa que exista materialmente y que debe ser debidamente individualizada, le abre las puertas, entre otros, al derecho real de superficie que, como tal, puede servir de objeto en la constitución de una garantía hipotecaria. Descontamos el tratamiento que se le dará a esta trascendente novedad en los comentarios que acompañarán

a la normativa del mencionado derecho real y nos permitimos remitir a esos contenidos.

Dos detalles corresponde señalar: el primero, relativo a la convalidación (art. 1885), mecanismo con el que se busca que la ineficacia del acto otorgado por quien no era a ese tiempo su titular termine en la restitución de la cosa, habilitándolo ahora para todos los derechos reales. El segundo, consolidar normativamente las atribuciones tipificantes de los derechos reales: persecución y preferencia; y fijar el alcance de estas potestades.

El art. 1887 contiene la enumeración de los derechos reales que en este código están admitidos. En esto la norma sigue la línea del art. 2503 del código vlezano y en el art. 1884 ya habíamos encontrado -además de una directiva legal fundamental sobre la estructura regulatoria de los derechos reales en orden a sus elementos, su contenido, su adquisición, su constitución, su modificación, su transmisión, su duración y su extinción- la limitación a la que aludía el art. 2502 CC ahora dispuesta en estos términos: "Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura".

No corresponde que en estas reflexiones hagamos un juicio de valor sobre la nómina contenida en el art. 1887 porque ello estuvo a cargo de quien o quienes fueron designados para considerarlos. No obstante y con todo respeto de las opiniones que ellos hayan vertido, entendemos que las regulaciones individuales de tres de esos derechos reales (conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados) carecen de consistencia para atribuirles semejante jerarquía en la nómina que los contiene. Hicimos nuestra la crítica: justificó esa inconsistencia haciendo notar que ello está determinado por tener en cuenta el objeto del derecho y no a este último como hubiera correspondido.

Título y modo suficientes son mantenidos como requisitos para la adquisición derivada por actos entre vivos, acto que deberá estar revestido de las formas legales y que tendrá por finalidad transmitir o constituir un derecho real (art. 1892). Estamos frente a la permanencia del hilo conductor que se instauró desde la invencible concepción del codificador y las ratificaciones de la doctrina y de la jurisprudencia (ver fallos 320:1485).

A pesar de la poco feliz reflexión que apareció en los "Fundamentos" del que fuera anteproyecto de la ley N° 26.994 sobre las razones determinantes del mantenimiento del efecto declarativo, en el CCyC se establece claramente en qué casos la inscripción constitutiva se desplegará como requisito fijando su alcance. A este respecto son significativos los arts. 1890 y 1892. La oponibilidad de la adquisición o transmisión de los derechos reales que se constituyan con arreglo al CCyC *no serán oponibles mientras no tengan publicidad suficiente, la que así lo será mediante la inscripción registral o la posesión según el caso* (art.

1893). La relevancia de esta norma está contenida en el efecto que le atribuye a la inscripción constitutiva (suficiente para la oponibilidad del derecho de que se trate) y la consideración que tiene respecto de los terceros interesados (en relación con los casos del efecto declarativo de la inscripción registral), pues a su respecto califica dos circunstancias de hecho concernientes a las conductas de estos terceros: "...que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real".

La posesión y su ejercicio ubican su alcance no sólo en orden a la adquisición de inmuebles por subadquirentes -dejando a salvo los derechos del propietario sobre la cosa de que se trate, en tanto pruebe que la adquisición lo fue a título gratuito- sino que además establece, para salvaguardar la buena fe del que adquiere cosas muebles registrables, que haya pasado revista de las constancias registradas y de los elementos identificatorios de aquellas, debiendo existir coincidencia entre ambos.

La actividad posesoria, como no podía ser de otro modo, se instala para posibilitar la prescripción adquisitiva por el transcurso del tiempo legalmente establecido (ostensible y continua, art. 1900) y la prescripción adquisitiva breve mediando justo título y buena fe (arts. 1897 y 1898).

Donde la posesión adquiere ribetes particulares es en la unión prevista en el segundo párrafo del art. 1901, en la cual se refiere a la que ejerza el sucesor particular quien puede unirla a la de sus antecesores: "...siempre que derive inmediatamente de las otras". A propósito de lo que establece este fragmento de la norma sostuvimos en esta obra que: "Bajo las condiciones por las que se admite la accesión de posesiones en el ordenamiento en estudio, debe considerarse posible superar las objeciones instrumentales que se le pudieran endilgar a los antecedentes del último título inscripto, obteniendo una sentencia declarativa que tenga por cumplido el plazo prescriptivo y adquirido bajo ese título el dominio pleno del inmueble de que se trate, sin necesidad de procesar el juicio de usucapión".

La accesión de posesiones trasciende los límites de la norma que la contempla para instalarse en el ámbito de la prescripción adquisitiva, donde se prevé la aplicación de lo articulado en el art. 1901. En efecto, el art. 2459 dispone en la primera parte: "La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa durante diez años computados desde la adquisición de la posesión". En el párrafo final se establece: "Se aplica el artículo 1901".

Desde lo dispuesto corresponde remitirnos a los comentarios que en esta obra se hayan consignado analizando el aludido art. 2459 (tomo 8). Descontamos que en sus expresiones se encontrará el alcance de su contenido con relación con la unión de posesiones.

El articulado que fija las pautas legales para establecer el comienzo de la posesión y las normas que le siguen permiten que, cuando sea materialmente posible y sin agredir a terceros involucrados ni a las situaciones por las que atraviesen o en las que se encuentren respecto del inmueble de que se trate, la intervención notarial que instrumenta el acto traditivo de la posesión o su ejercicio podrá servir para despejar las dudas sobre el comienzo del contacto material de un sujeto con la cosa, a fin de que se pueda determinar acertadamente cuándo se debe tener por cumplido el plazo de la prescripción adquisitiva.

Se prefirió denominar “relaciones de poder” a las que en el “Proyecto 98” se las nombraba como “relaciones reales” involucrando en aquellas a la posesión y a la tenencia. El fundamento de la denominación adoptada era que se trataba de una terminología demasiado amplia porque son muchas las relaciones entre una persona y una cosa, sin advertir que el mismo cuestionamiento se le puede imputar a la adoptada.

Con este panorama señalamos que los operadores del derecho y el notariado en particular, advertirán la amplitud de situaciones que se cobijan en el nuevo esquema legal, de manera que se sugiere extremar el cuidado en la ponderación de las disposiciones contenidas en este Capítulo 2 (del Título 2 -relativo a posesión y tenencia- del Libro Cuarto, concerniente a los derechos reales). Ello es así -insistimos y más allá de las opiniones vertidas y que se difundan por la doctrina especializada- por la abarcadora generalidad con la que involucra a todas las posibles relaciones de hecho que se pueden establecer entre personas y cosas.

En efecto, la diversidad se explica porque las relaciones de poder pueden estar sostenidas en un derecho personal, tal como ocurriría en caso de existir un contrato de locación, de mutuo, de comodato u otros de estructura semejante; o en un derecho real, dados los supuestos de dominio, de condominio, de usufructo, de superficie, de propiedad horizontal, entre otros; o prescindiendo totalmente de un vínculo legal en el caso de la usurpación o el robo. En los dos primeros estaremos frente a una relación de derecho mientras que en el último estaremos en presencia de una relación de hecho.

Los conceptos legales de la posesión y de la tenencia siguen las directivas del código velezano. Sobre esto no se produjeron cambios y lo mismo cabe afirmar acerca de la exclusividad de la posesión y la interversión. Esta última se puede producir mutando la posesión que se ejerce reduciéndola a tenencia o a la que supone alterar su jerarquía para transformarla en posesión. La legitimidad de las relaciones de poder cede frente a la prueba en contrario, considerándose ilegítimas las que se ejercen por un derecho personal o real no constituido con arreglo a las disposiciones legales aplicables. Claro está que quien sea sujeto de una relación de poder no está obligado a producir el título que le sirve

de respaldo al ejercicio que practica, salvo que lo deba exhibir como obligación inherente a su relación de poder (ver arts. 1908 a 1917 inclusive).

La voluntariedad ha sido legalmente establecida como condición indispensable para adquirir cualquiera de las relaciones de poder, que haya emanado de un sujeto capaz -excepto respecto de menores que tengan diez años- y que haya tenido un contacto material con la cosa de que se trate, o que haya contado con la posibilidad física de establecer ese contacto o que ese elemento material haya ingresado en el ámbito de custodia del adquirente. En estos términos se expide la norma con la que principia el capítulo relativo a la adquisición, el ejercicio, la conservación y la extinción de las relaciones de poder (art. 1922).

Entre los modos bilaterales de adquisición de tales relaciones encontramos a las tradicionales *traditio brevi manu* y *el constituto posesorio*, aunque no se hayan mantenido estas designaciones. En orden a las demás formas de tradición es elocuente el contenido del art. 1925 y, con respecto a las universalidades de hecho, la posesión y la tenencia no se tendrán sino con respecto a cada una de las cosas que las componen, con arreglo a lo que establece el art. 1927.

En cuanto al ejercicio y mantenimiento de la posesión, en el art. 1930 se inaugura un concepto que no tiene antecedentes en el código velezano. Nos referimos a la *presunción de continuidad* que se consagra en el artículo mencionado.

Concluye el espacio normativo del Código Civil y Comercial de la Nación que nos tocó examinar con el capítulo que regula los efectos de las relaciones de poder.

Destacan entre los artículos que componen este espacio, la clasificación de los frutos contenida en el art. 1934 juntamente con la modificación plasmada respecto a la percepción de los frutos civiles, habida cuenta de que ahora se considerarán percibidos los devengados y cobrados.

Finalmente y dentro de los efectos propios de la posesión -sin ser los únicos- se establecen supuestos de responsabilidad atribuibles al poseedor, vinculados a los impuestos, tasas y contribuciones que pesen sobre la cosa atribuyéndole además la obligación de cerramiento a la que se refieren los arts. 2007 y conc.

Algo más sobre la filiación por técnicas de reproducción humana asistida

Derecho humano a la procreación.
La gestación por sustitución

*Otilia del Carmen Zito Fontán
Marcela Spina*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Derecho humano a la procreación. III. Técnicas de reproducción humana asistida. IV. Gestación por sustitución: a) Concepto. b) Derecho a la identidad. c) Regulación en el proyecto de CCyC. d) Convenio previo. e) Jurisprudencia. V. Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos reproductivos, relacionados con la conducta sexual de mujeres y hombres, y la procreación son abordados como derechos personalísimos, subjetivos, en los que están en juego el derecho a la vida, a la integridad física, el derecho a la intimidad, a la privacidad, a la salud, a constituir una familia, entre otros, y la dignidad del ser humano como pilar básico de los derechos humanos.

Para una corriente de pensamiento filosófico y jurídico tienen carácter absoluto: están en la esfera de la privacidad de la persona humana y ninguna norma debería ponerle límites. Son considerados derechos humanos de cuarta generación. Para otra, en cambio, su ejercicio está limitado por otros derechos fundamentales: el de los otros, que tienen el mismo derecho y pugnan por ejercerlo. Se producen así conflictos para establecer los límites a unos y otros,

que deben ser armonizados de tal manera que todos sean compatibles entre ellos. IGNACIO VILLAVERDE¹ dice que los conflictos entre derechos, si existen, lo son en realidad entre el derecho fundamental y sus límites. Que el principio de proporcionalidad, como método de interpretación, es de gran utilidad si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. Dice este autor: "...que para esta técnica, no es necesario jerarquizar los derechos según el caso concreto y conforme un orden de valores o intereses preferentes en cada situación, sino examinar sus recíprocos límites y constatar cuál de las expectativas de conducta solapadas no está privada de protección".

Al derecho a la vida, a la integridad física, a la intimidad, a la privacidad, a la salud, que pueden estar comprometidos en el ejercicio de los derechos reproductivos -incluido el derecho a la procreación-, debe sumarse el interés superior de los niños -como luego analizaremos-, que son los grandes ausentes en la toma de decisiones de quienes han ejercido estos derechos, en el marco de su libertad y autonomía personal.

Los derechos reproductivos no son absolutos, aunque se enmarquen dentro del vasto contenido del derecho a la intimidad personal y a la vida privada. Deben ejercerse teniendo en mira valores esenciales que habiliten al legislador a poner límites objetivos por la envergadura de los derechos que deben ser tutelados. Un deseo no puede erigirse necesariamente en un derecho que deba ser protegido y garantizado.

II. DERECHO HUMANO A LA PROCREACIÓN

La reproducción humana ha sido concebida a través de los tiempos como resultado de las relaciones sexuales entre sus únicos autores, un hombre y una mujer, como la libre elección para decidir si tener hijos o no, cuántos, en qué momento y con quién; una decisión personal tomada en el marco de las relaciones privadas, en la intimidad de la pareja. La infertilidad femenina o masculina era un impedimento decisivo.

Los valores y principios que rigieron la sociedad durante muchos años se han modificado, en especial en los últimos años del siglo XX, con inevitables repercusiones de orden cultural y político, como así también en el campo jurídico. Una nueva visión de la sexualidad, la procreación y la libertad se impone. La

1 VILLAVERDE, Ignacio. "La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad", trabajo publicado en la serie *Justicia y DH. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ecuador, 2008.

perspectiva de género, un nuevo concepto de familia y los avances de la ciencia médica llevan inexorablemente a regular las nuevas conductas de la persona humana. En ese marco, tuvo recepción legislativa el matrimonio igualitario.

El avance científico y tecnológico acompañó ese proceso de cambios y abrió la posibilidad de la inseminación genética con fines procreativos. Las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) abarcan los tratamientos o procedimientos realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo o, en un concepto más amplio: "conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana"².

Estos tratamientos significaron un paliativo frente a la imposibilidad de procreación por naturaleza permitiendo tener descendencia biológica a aquellos que sufren esterilidad o infertilidad en la pareja, como un procedimiento terapéutico. Luego pasó a ser también una forma alternativa de procreación.

Los planteos e interrogantes sobre la valoración ética del derecho subjetivo a la procreación asistida no tardaron en llegar frente a este avance de la ciencia y a la voluntad de alguna parte de la sociedad de someterse a estos procedimientos por razones muy diversas: no sólo por imposibilidad natural de procrear, sino como una opción para ejercer este derecho.

Cabe preguntarse si este derecho a la procreación incluye la facultad de elegir libremente los procedimientos reproductivos que más convengan al interés de su titular o si esta facultad debe estar limitada y ejercerse con la debida responsabilidad, dado los derechos que se encuentran involucrados, como es el derecho a la vida del niño que nacerá. Por eso se ha afirmado en doctrina que, además de referirnos al derecho a procrear y a tener descendencia, debemos considerar el derecho del hijo a tener padres y las implicancias del tema en relación al derecho a la identidad del hijo.

El derecho a procrear y los deseos de maternidad y paternidad, por un lado, y el derecho a la intimidad de los donantes de material genético y el respeto a la dignidad del niño que se quiere engendrar, por el otro, plantean la necesidad de un razonable equilibrio. Ninguno de ellos tiene derechos absolutos; el principio de la proporcionalidad que antes mencionamos es el que debe regir en la búsqueda del punto justo.

El derecho humano a la procreación, aunque no de manera explícita, está reconocido en las convenciones internacionales de derechos humanos, enmarcado en el derecho a fundar una familia. Así lo hacen la Declaración Universal

2 SANTAMAÑA SOLÍS, Luis. en <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>, profesor titular de la Facultad de Medicina, Universidad Autónoma de Madrid.

de 1948³, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Sociales, Económicos y Culturales⁵, la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDD)⁶, entre otros.

Por otra parte, el derecho a la vida privada y familiar ha sido reconocido expresamente en el art. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH)⁷, como así también por el Convenio Europeo para

3 “Artículo 16.1. Hombres y mujeres con mayoría de edad, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia. Disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en su disolución. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es la unidad fundamental y natural de grupo de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

4 “Artículo 17. Protección a la Familia 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

5 Protocolo de San Salvador: “Artículo 15. Derecho a la Constitución y Protección de la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. 2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna. 3. Los Estados Partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: a. Conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto; b. Garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; c. Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral; d. Ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad”.

6 “Artículo 16. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: El mismo derecho para contraer matrimonio; El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento...”.

7 “Artículo. 11. Protección de la honra y de la dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su art. 8^o.

En sus sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reafirmado este derecho. Así lo hizo, entre otros, en los fallos dictados en el caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, del 27 de abril de 2012, relacionado con la violación del derecho a la protección de la familia (arts. 17 y 19 CADH)⁹ y en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, del 28 de noviembre de 2012, en el cual la Corte determinó los alcances de los derechos a la integridad y libertad personal, a la vida privada y familiar, al derecho a la vida, sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la CADH¹⁰.

Es necesario, en este punto del análisis, hacer una reflexión sobre los derechos humanos, los límites a su ejercicio y los deberes correlativos. Ha expresado JOSÉ MARÍA TAU: “...los derechos no pueden existir sin deberes: hay derechos y pretensiones exigibles, precisamente porque existen deberes”¹¹. Expresa el “Preámbulo” de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948: “El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad (...) Los deberes de

8 El convenio fue adoptado por el Consejo de Europa el 4/11/1950 y entró en vigor en 1953. “Artículo 8°. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

9 La Corte afirmó que la familia es el núcleo natural y fundamental de la sociedad. Además subrayó los derechos de los niños y niñas; su interés superior y el principio de no discriminación; y su derecho a la identidad -arts. 8°, 9°, 18 y 21 CDN-. Ver texto completo en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

10 En el análisis de la aplicación de la técnica de fertilización *in vitro* (FIV) y los alcances del derecho a la vida del art. 4° de la CADH, conforme a su interpretación, la Corte concluyó en que la “concepción” tiene lugar desde el momento en que el embrión es implantado en el útero, razón por la cual, antes de ese evento, no habría lugar a la aplicación de la norma mencionada. Con relación a la prohibición de someterse a la FIV impuesta en Costa Rica, la Corte señaló que hubo una injerencia directa en la vida privada de las parejas al impedir que decidieran sobre si deseaban o no someterse al tratamiento de FIV para tener hijos y afectar su proyecto de vida, cuya única opción para procrear era la FIV. Reconoce además que los derechos reproductivos son derechos humanos y existe el derecho a procrear y no hacerlo... Ver texto completo en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

11 “El eclipse de los derechos humanos”, Diario “El Día”, La Plata, 21 de abril de 2016.

orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan...”.

III. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC) introdujo cambios sustanciales en esta materia con el reconocimiento expreso de las TRHA y de la voluntad procreacional como nueva fuente de filiación, además de las ya existentes por naturaleza y adopción¹². La recepción es amplia y admite varias posibilidades mediante técnicas de baja complejidad, cuando la unión de los gametos femenino y masculino se realiza en el interior del aparato reproductor femenino; y de alta complejidad, cuando la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar fuera del aparato reproductor femenino, en el laboratorio, como ocurre con la fertilización *in vitro*¹³.

Con respecto a los aspectos técnicos específicos (como la donación de material genético, la crioconservación de embriones, el control de los centros médicos, entre otros temas), el legislador dispuso que sean regulados por una ley especial, que aún no se ha sancionado¹⁴.

En la regulación de las TRHA, conforme lo expresan los fundamentos del proyecto, se ha tenido en mira la posibilidad de utilizar las técnicas por una persona sola, que puede ser madre sin necesidad de estar en pareja, facilitando la formación de una familia monoparental; como así también por matrimonios o uniones estables heterosexuales u homosexuales, con material homólogo (perteneciente a la pareja) o heterólogo (a través de la utilización de material genético donado).

En ambos tipos, homóloga y heteróloga, la voluntad procreacional se manifiesta a través del consentimiento informado. En la homóloga, las consecuencias quedan circunscriptas al ámbito familiar o de la pareja; mientras que en la heteróloga se extienden además al equipo médico y a quien fue el donante del material genético, que puede o no ser anónimo.

12 Previo a la sanción del CCyC, y en el proceso de adecuación del derecho a la realidad social, se dictaron en la República Argentina la ley N° 26.618 de matrimonio igualitario -promulgada el 21 de julio de 2010-; la ley N° 26.743 de igualdad de género -promulgada con fecha 23 de mayo de 2012-; y la ley N° 26.862 de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”, Boletín Oficial del 23 de junio de 2013, que establece que tienen derecho a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas mayores de edad sin discriminación o exclusión de acuerdo a su orientación sexual o estado civil.

13 Conf. decreto N° 956/2013, reglamentario de la ley N° 26.862, art. 2°.

14 Proyectos N° 0581-D-2014 y N° 4058-D-2014, con media sanción en la Cámara de Diputados.

En este último tipo de prácticas se provocan consecuencias no solo biológicas, sino jurídicas en materia de filiación, que deben ser reguladas cuidadosamente por los derechos que puedan ser afectados: el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y, especialmente -como lo hemos mencionado-, el derecho del niño a conocer su identidad biológica.

Este derecho a la identidad biológica del niño y su derecho a la información en los casos de utilización de gametos donados por un tercero ha sido resuelto por los codificadores tomando una postura intermedia entre los ordenamientos que protegen el anonimato absoluto del donante y aquellos que son más permisivos y admiten el acceso a la información en todos los casos. Como excepción, el nacido por estas técnicas tiene acceso a la información en casos determinados, en que el derecho a la intimidad y a la privacidad del donante, debe ceder frente a sus intereses. El primer caso: para conocer datos médicos del donante, recurriendo al centro médico que intervino en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida; y el segundo, por razones debidamente fundadas y evaluadas judicialmente, para revelar la identidad del donante. Estas excepciones, entendemos, fueron establecidas en forma taxativa.

Esta tercera fuente de filiación que el nuevo código regula es posible si se cumplen dos requisitos básicos: el primero, *la voluntad procreacional*, que implica la decisión de la o las personas de tener un hijo utilizando las TRHA independientemente del material genético utilizado; el segundo, que esa voluntad sea expresada en el *consentimiento previo, informado y libre*, que debe recabar el centro de salud interviniente, y renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones y que es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción o la implantación del embrión.

A través de la *voluntad procreacional*, como elemento volitivo, se plasma la decisión de incluir a este hijo por nacer como parte de su proyecto de vida y la decisión de asumir la relación filial tomando a su cargo toda la responsabilidad de traer un hijo al mundo, desde su concepción, para criarlo, educarlo y contribuir a su formación.

No es el dato genético lo que determina el vínculo jurídico entre quien expresó la voluntad procreacional y el niño nacido mediante estas técnicas, sino quien o quienes han prestado el consentimiento para someterse a ellas.

Los nacidos por TRHA, según establece el art. 562 CCyC, son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, inscripto en el Registro Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos. Como veremos luego, es una disposición que pone una barrera a la utilización de estas técnicas en los casos de "gestación por sustitución", no reconociendo la maternidad de la mujer que expresó su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado.

La instrumentación del consentimiento debe reunir los requisitos previstos en las disposiciones especiales, dice el art. 561 CCyC y ser *protocolizado ante escribano público* o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. No tenemos conocimiento acerca de que desde la vigencia del CCyC se haya utilizado esta última opción. En todos los casos se procedió a la protocolización ante escribano público. Esto implica afirmar una vez más que el otorgamiento en escritura pública brinda seguridad jurídica, garantiza fecha cierta, autenticidad, guarda, conservación y certeza.

Los consentimientos informados en las TRHA heterólogas que deben constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento (art. 563 CCyC) deben ser proporcionados por los propios progenitores en ejercicio de la responsabilidad parental¹⁵.

El consentimiento otorgado es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción o la implantación del embrión. Este consentimiento previo y libre comparte las características del consentimiento informado para un acto médico -de acuerdo a la ley N° 26.529, reformada por la ley N° 26.742, y al art. 59 CCyC¹⁶- pero algo lo diferencia, además de la formalidad: *tiene la virtualidad para determinar el vínculo filial a través de la voluntad procreacional*¹⁷.

Recientemente se han producido dos novedades con relación al tema: la primera, relacionada con las formalidades que deben acompañar este consentimiento informado, conforme al art. 561 CCyC antes citado. La disposición N° 1093/2016 del 5 de mayo de 2016 de la Dirección Provincial del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires establece que, ya que la certificación ante autoridad sanitaria no fue regulada y la protocolización notarial resulta *de una onerosidad inevitable y discriminatoria* -resuelve excediendo a nuestro criterio sus facultades y su competencia material-, la certificación podrá realizarse ante el funcionario del registro civil que le dará el carácter de instrumento público y formará parte del legajo base.

15 Decidido en forma unánime en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca 2015, conclusiones de la Comisión VI, "Identidad y Filiación".

16 El Ministerio de Salud de la Nación, por resolución N° 561/2014, homologó un modelo único y obligatorio de consentimiento informado bilateral que deberá ser utilizado por todos los prestadores, efectores y profesionales médicos.

17 1. Respecto a las características, los requisitos, las formalidades y el proyecto de escritura, remitimos a los comentarios de los arts. 560, 561 y 562 del *Código Civil y Comercial Comentado. Anotado. Concordado*, tomo II, Eduardo Gabriel Clusellas coordinador, Editorial Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, págs. 718 y sgts. 2. Modelos de consentimiento informado para la utilización de TRHA en todas sus variantes. Consultar la publicación de la Sociedad Argentina de Medicina de Reproducción Asistida (SaMer) en www.samer.org.ar.

Toda la doctrina estuvo conteste con lo dispuesto en esta norma, en la cual el legislador estableció requisitos estrictos para garantizar seguridad jurídica del consentimiento médico donde se expresa la voluntad procreacional.

A lo sumo, algunos autores sostuvieron que debe haber una alternativa a la protocolización notarial para evitar los posibles costos, pero ningún sector doctrinario estableció que se eliminara el requisito, como lo dispone esta reglamentación de la Dirección Provincial que estamos analizando.

De procederse de acuerdo a la disposición N° 1093/2016, no sería necesaria la protocolización notarial ni la certificación ante autoridad sanitaria alguna, sino un tipo de reconocimiento ante el oficial del registro civil de la existencia del consentimiento médico, libre e informado para la utilización de TRHA. Además, es una norma de carácter local que elimina o hace optativa para el interesado la formalidad exigida por la legislación de fondo.

En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, octubre de 2015, comisión 6, "Familia, Identidad y Filiación", sobre "Cuestiones generales en materia de determinación de la filiación derivada de las TRHA", concluyeron, *por unanimidad* que: "Los consentimientos informados a las TRHA heterólogas, que deben constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento (art. 563 CCyC) deben ser proporcionados por los propios progenitores en ejercicio de su responsabilidad parental al Registro Civil. Aída Kemelmajer de Carlucci (UNCuyo), Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UN del Centro de la Provincia de Bs. As), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow (UNR), Ana María Chechile (UN de La Plata), Silvina Basso (Uces) y Adriana Warde (UNC)".

Lo transcripto da cuenta de una instancia previa y distinta a la intervención del registro civil, que se soslaya con la aplicación de la disposición N° 1093/2016 en análisis.

La segunda novedad es la resolución N° 2190-E-2016 del Ministerio de Salud de la Nación, publicada el 6 de diciembre de 2016, por la que se creó el "Programa Nacional de Reproducción Médica Asistida", que estará a cargo de un coordinador nacional.

Esta resolución, a un año y medio de vigencia del CCyC, en su art. 4° establece: "Desígnase al Coordinador del Programa Nacional Reproducción Médica Asistida, como certificante en su carácter de autoridad sanitaria en la jurisdicción nacional, ello en relación a lo establecido en el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley N° 26.994 en lo pertinente, concordantes y/o modificatorias".

El nombramiento de la autoridad sanitaria certificante a la que se refiere el art. 561 CCyC se concretó pasado el tiempo mencionado, un año y medio después de la sanción del CCyC. La única alternativa era la protocolización

notarial del consentimiento informado. Vale decir entonces que la disposición del registro de las personas mencionada se extralimita de sus facultades al eliminar una exigencia que surge del Código Civil. Por ello consideramos que es inconstitucional.

IV. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

a. Concepto

La gestación por sustitución, la gestación por otro, la maternidad subrogada, madre suplente, madre portadora y el alquiler de vientre, son formas distintas de denominar la práctica por la cual una mujer se compromete a gestar un niño y entregarlo a otra persona (comitente), aportando su material genético (óvulo) o bien gestando un embrión aportado por los comitentes o donado por terceros.

La doctrina nacional y extranjera, en general, contempla dos situaciones en las que la mujer aporta solamente su útero: para gestar un embarazo de un embrión ajeno o que también aporte su óvulo además de su útero.

CHIAPERO¹⁸ entiende por “maternidad subrogada” a: “...el caso de la mujer que recibe el embrión ajeno y se compromete a desarrollarlo hasta su nacimiento, para -ocurrido éste- entregar el niño a sus comitentes...”.

Preferimos, para identificar esta TRHA, utilizar la expresión “gestación por sustitución” y reservar el término “maternidad” para la persona que tiene la voluntad procreacional y asume todas las responsabilidades que emanan de la filiación, aquella que ha deseado ese hijo y lo ha incluido en su proyecto de vida.

Cuando están dissociadas la gestante y la madre genética la aplicación de las TRHA es más resistida, con fundamentos éticos, filosóficos y jurídicos. La inmoralidad del contrato, por su objeto, que lesiona la dignidad del ser humano; el conflicto de intereses en juego entre ambas partes, la posible explotación de la mujer gestante; la violación del principio de la protección del interés superior del niño, las consecuencias que puede sufrir el niño en su desarrollo, por la dicotomía que plantea la ruptura del vínculo gestacional y el filial resultante son, entre otros, los argumentos expuestos por una parte de la doctrina nacional y comparada.

No obstante, como hemos señalado, las nuevas realidades sociales, la forma distinta de concebir la familia, las modificaciones introducidas en el de-

18 CHIAPERO, Silvana María. *Maternidad Subrogada*, Astrea, Buenos Aires, 2012, pág. 101.

recho de familia, y los avances científicos y tecnológicos sumados al derecho a gozar del beneficio de los mismos obligan a efectuar un replanteo del pensamiento tradicional y la necesidad de su regulación específica, poniendo los límites adecuados a su ejercicio.

Existen casos donde este procedimiento es la única alternativa viable para ejercer el derecho a tener un hijo propio y formar una familia, como por ejemplo: el caso de una pareja de dos hombres o el de las mujeres que no pueden llevar a cabo un embarazo por falta o por pérdida del útero. Ello implica una discriminación que significa que las personas con recursos económicos pueden recurrir a este avance científico en otro país que lo admite y no en el nuestro, que está en posibilidades técnicas de realizarlo.

El proyecto de CCyC originario regulaba, dentro de las TRHA, a la gestación por sustitución, la fertilización o procreación *post mortem*. Ambas fueron eliminadas en su paso por la legislatura.

b. Derecho a la identidad

El derecho a la identidad, incorporado a nuestro sistema jurídico con especial énfasis a través de la reforma constitucional de 1994, se reconoce como un derecho humano personalísimo.

La identidad puede ser entendida como un proceso o camino que se inicia con la concepción y termina con la muerte, siendo la verdad biológica el primer eslabón de esta cadena y no el único eslabón que integra este derecho¹⁹.

“La identidad personal es el derecho humano y personalísimo que tiene cada niño, cada persona, a ser lo que es y ejercer libremente la capacidad de autoconocimiento integral, incluyendo el acceso a la verdad sobre sus raíces y autodeterminación de su personalidad en todas sus facetas: social, cultural, intelectual, política, sexual, etc., siempre que sean axiológicamente válidas para el ordenamiento jurídico”²⁰.

“Conocer nuestro pasado, construir nuestro presente y proyectar en sociedad nuestra personalidad. El reconocimiento de la identidad personal implica la posibilidad que tiene cada persona de demarcar su *yo, completo*, desde el derecho a conocer su origen, el derecho a la autodeterminación de su personalidad, su vida sexual, sus ideas políticas, su religión, sus ideales de vida, hasta la decisión de tener una muerte digna”²¹.

19 KRASNOW, Adriana N.; Pitasny, Tatiana. “La gestación por sustitución. II. El derecho a la identidad. III. A modo de cierre”, 3 de diciembre de 2015, MJ-DOC-7539-AR, MJD7539.

20 JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz María. *Fecundación asistida e identidad personal*, Astrea, 2016, pág. 158.

21 *Ibidem*.

El derecho a la identidad del niño concebido mediante TRHA no puede soslayarse. El derecho de toda persona a ser ella misma, de distinguirse de los demás, constituye su verdad personal. Tradicionalmente se distingue la identidad biológica o estática, propia del derecho a conocer sus orígenes, como sucede en la adopción -arts. 595 y 596 CCyC- y el derecho a la información en las TRHA -arts. 562 y 564 CCyC-, de la identidad social o dinámica, que fundamenta las acciones de reclamación de filiación mediante las acciones previstas en los arts. 582 y sgts. CCyC.

Tratándose del niño nacido mediante TRHA heteróloga, no coinciden la identidad biológica y la filiatoria, quedando debilitado el factor biológico frente a la voluntad procreacional. La regla, como hemos señalado, es que el hijo nacido mediante estas TRHA es hijo de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado el consentimiento, quedando desplazado el tercero que ha aportado los gametos. Este desplazamiento en la determinación del vínculo jurídico es el que pone un severo límite a la posibilidad del hijo de ejercer su derecho a la identidad biológica, reconocida por los arts. 7º y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) y en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la introducción del presente, nos referimos al conflicto que puede plantearse cuando los derechos fundamentales, en un caso concreto, están en pugna unos con otros y el derecho debe poner límite a alguno de ellos sin menoscabar su valor y sin tener que jerarquizarlos para llegar a una solución. El principio de la proporcionalidad conduce a establecer los límites adecuados, ponderando la legitimidad del fin perseguido. Si evaluamos la virtualidad de mantener el anonimato del tercero que aportó los gametos y las consecuencias posibles a la vulneración del derecho a la identidad, es posible que la ecuación resulte proporcional.

No obstante, no nos parece que esta conclusión sea aplicable a todos los casos; siempre estará latente la vulneración de este derecho del niño nacido mediante estas TRHA que, como hemos expresado en otro momento, es el gran ausente en la toma de decisiones.

En pos de la coherencia, el sistema jurídico de nuestro país debe ponderar la prevención de daños al derecho a la identidad; lo hace en el caso lamentablemente histórico de hijos de desaparecidos y en el caso de filiación por adopción. Sería importante hacerlo, asimismo, ante la utilización de técnicas de TRHA, protegiendo los datos y la posibilidad de ejercicio del derecho a la identidad independientemente del vínculo de filiación. Fallos jurisprudenciales, algunos de los cuales citamos en este trabajo, han reafirmado la protección de este derecho, como así también han avalado la gestación por sustitución.

c. Regulación en el proyecto de CCyC

Los autores del proyecto incluyeron la regulación estricta de la gestación por subrogación, pero -como antes mencionamos- no fue receptada por decisión legislativa. Los codificadores, frente a las distintas posturas asumidas en la legislación comparada, han expresado que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas, y no una postura abstencionista o prohibitiva que no podría evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos.

El art. 562 prescribía que: “El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. *La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.* El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la *filiación por naturaleza*”.

Del análisis de esta normativa surge claramente que el objetivo ha sido aceptar la fuerza de la realidad, ya que el derecho que va a la saga de las necesidades sociales debe garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales imponiendo los límites necesarios para proteger a todos los involucrados en este procedimiento: la gestante, comitente/s y niño por nacer.

Respecto de la gestante, se exige el cuidado de su persona -aspecto físico y psíquico- que no se haya sometido a un proceso de gestación más de dos veces para evitar su explotación; para los comitentes, se exige que estén imposibilitados de concebir o llevar adelante un embarazo, con lo cual el uso de estas técnicas no puede ser una opción, tiene que ser *la única alternativa* para tener un hijo propio.

En todos los casos, debe tenerse en mira el interés superior del niño por nacer. Las partes, gestante y comitente o comitentes, deben otorgar el con-

sentimiento previo, informado, libre y formal, que debe ser homologado judicialmente. El centro de salud no puede iniciar el tratamiento sin esa autorización judicial previa.

Cabe destacar la sanción que trae aparejado el incumplimiento de la homologación judicial previa: la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza, es decir, conforme quien dio a luz al niño.

En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, octubre de 2015, comisión 6, "Familia, Identidad y Filiación", sobre "Gestación por sustitución" se concluyó, *por unanimidad*, que: a) "Aun sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida; y b) se debe regular la gestación por sustitución en una Ley Especial conforme el criterio del art. 562 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación"²².

d. Convenio previo

El nuevo CCyC reconoce expresamente los derechos personalísimos; no los define, pero establece una regla general de inviolabilidad de la persona humana y su dignidad. Incluye en la *integridad espiritual*, el derecho a la intimidad personal o familiar, el honor, imagen e identidad, entre otros, reconociendo el derecho a reclamar la prevención y la reparación de los daños sufridos cuando estos derechos hayan sido vulnerados. En la *integridad física* se incluyen los actos de disposición del propio cuerpo. Se prohíben las prácticas destinadas a producir una alteración genética del embrión que se transmita a la descendencia y se establecen los límites a la disposición de los derechos personalísimos. Son derechos subjetivos cuyo fin es proteger la personalidad humana en sus distintos aspectos. Su tutela está indisolublemente unida al concepto de dignidad, un valor moral, que es fundamento básico de los derechos humanos.

El derecho a la procreación, a tener acceso a los adelantos científicos y tecnológicos, a someterse a las TRHA y a tomar decisiones alternativas, constituye un derecho personalísimo.

La suscripción del convenio previo que celebran las partes para regular sus derechos y obligaciones a efectos de someterse al tratamiento de TRHA es el ejercicio de un derecho personalísimo y debe incluir el consentimiento de la

22 La comisión fue integrada por: Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow (UNR), Ana María Chechile (UN de La Plata), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional Champagnat), Silvina Basso (Uces), Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires), Patricio Curti (UP).

futura gestante y comitente o comitentes, y la voluntad procreacional de éstos últimos, de la que resultará el emplazamiento filiatorio del hijo por nacer.

Parte de la doctrina argentina y comparada considera que estos convenios son ilegales, contrarios a la moral y a las buenas costumbres por estar involucrado el cuerpo humano, y que tienen un objeto prohibido: el hijo por nacer.

No coincidimos con esta posición doctrinaria. Consideramos que la gestante podría, en ejercicio de su libertad y autonomía, decidir válidamente colaborar con su función vital -que no implica una disminución permanente de su integridad física- con la procreación de un hijo ajeno; su motivación puede ser afectiva, humanitaria y social, es decir, para mejorar la salud psíquica de otra persona. El principio general que rige los derechos personalísimos -art. 55 CCyC- es que el consentimiento para su disposición es admitido "si no es contrario a la ley y a las buenas costumbres". Tratándose del propio cuerpo, están prohibidos los actos de disposición que impliquen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley y a las buenas costumbres, *excepto* que la disposición sobre el propio cuerpo sea para el mejoramiento de la salud de la persona y excepcionalmente de otra persona: "por razones afectivas, con fines humanitarios y sociales" (conf. art. 17 CCyC), *en pleno ejercicio de sus derechos personalísimos*²³.

Con relación a la gratuidad u onerosidad del convenio, se han expresado distintas posiciones doctrinarias. Algunas de ellas se han inclinado ineludiblemente por los fines altruistas que deben inspirar la gestación por sustitución. Fue la elección de la regulación proyectada.

En la historia de nuestro país, la tradición que acompaña a la dación de sangre, de fluidos y de órganos ha sido y debe ser legalmente altruista, totalmente gratuita.

Otra posición doctrinaria entiende que este tipo de convenio debe tener la necesaria compensación por las molestias, el lucro cesante y los gastos médicos.

Quienes consideramos que debe tener un fin altruista tememos que si se permite una compensación importante, puede ocultar una retribución que implique una ganancia. Esto facilitaría la explotación de las mujeres sin recursos, sumado a ello la posible intermediación y la asociación ilícita para explotar esta forma como un negocio. Tal es el hecho que sucede en varios países, provocando lo que se conoce como turismo reproductivo.

23 Sobre la posibilidad de celebración de convenios de este tipo pueden consultarse los trabajos presentados en la 39 Jornada Notarial Bonaerense: TEITELBAUM, Horacio. "Gestación por sustitución. Abstención legal y ambigüedades constructivas"; y Spina, Marcela V. "Las técnicas de fertilización humana asistida como fuente de la filiación. Una nueva incumbencia notarial cercana a la bioética".

Las alternativas se dividen entre países que permiten solamente la variante altruista y los que permiten el acuerdo económico. Entre los primeros: Canadá y Brasil. Entre los restantes: algunos estados de Estados Unidos, Ucrania, Rusia, Grecia, India, Tailandia, Nepal y Camboya. Basta con utilizar un buscador de internet y colocar países que permiten alquiler de vientre para conocer alternativas, costos, legislación aplicable y servicios disponibles: www.biotex.com.es, www.bebesymas.com, www.babygest.es, www.genessics.com.es, www.surrogacy.ru, www.reproduccionasistida.org, entre otras.

Dice con acierto ELEONORA LAMM que, si se “presume” que estas situaciones encierran una vulneración de derechos, debe preverse y proyectar un formato legal que regule compensaciones -no retribuciones- que sean fijadas por la autoridad de aplicación con criterios uniformes que no importen un enriquecimiento de la persona gestante, evitando de esta manera que esta sea la motivación y reducir así la tan temida “explotación”²⁴. Podría una persona con un vínculo afectivo con la mujer decidir realizar este acto de amor a favor de la persona que está sufriendo por la imposibilidad de poder gestar a su propio hijo. El fin altruista se hace evidente.

En la legislación comparada y a los efectos de limitar la realización de estas prácticas, se exige que la gestante sea familiar hasta el segundo grado del comitente. Esta limitación podría ser discriminatoria para quienes no cuenten con un familiar en tales condiciones.

En Argentina, con fecha 31 de agosto de 2016, se ha presentado un nuevo proyecto legislativo que trata exclusivamente sobre gestación por subrogación (5759-D-2016), en cuya elaboración intervinieron investigadores del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)²⁵.

Entre los temas trascendentes, el proyecto establece que las partes deben previamente solicitar autorización judicial, regulando en forma estricta los requisitos que deben cumplir el comitente y la gestante, los que serán evaluados judicialmente; se crea un registro de las gestantes por subrogación para inscribir los casos autorizados y los no autorizados; se establecen los datos que deben formar el legajo base para la inscripción de nacimientos; se determina que el fin debe ser altruista en los términos del art. 17 CCyC. Es indispensable el consentimiento, informado y libre, mediando previo asesoramiento. Se incluye en el proyecto una compensación económica determinada por la autoridad de aplicación, a favor de la gestante, que debe retribuir los posibles gastos y que los procedimientos deben ser cubiertos por las obras sociales. Además

24 LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución. Una valiente y valiosa sentencia”, publicado en: *La Ley* 21/12/2015, cita online: AR/DOC/4185/2015.

25 <http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyectoTP.jsp?id=190090>

se debe contratar un seguro a favor de la gestante por las eventualidades que pueden producirse durante la gestación. Se establecen sanciones para quien no cumpla el procedimiento de autorización previa, que fijará que la filiación se determinará por la naturaleza.

Se establecen tipos penales para quienes violen el pedido de autorización judicial o intermedien entre comitentes y gestantes para obtener un lucro.

e. Jurisprudencia

En un corto período de tiempo -entre 2012 y principios de 2017- se han conocido quince casos jurisprudenciales sobre “gestación por sustitución” realizados en nuestro país. Todos ellos con favorable acogida respecto de la filiación a favor de los comitentes, quienes eran los titulares de la voluntad procreacional. Parte de ellos se dieron en contextos familiares y otros con gestantes ajenas a la familia.

En algunos casos se plantearon con el hecho del nacimiento del hijo ya consumado, por lo que tuvo que recurrirse a distintos recursos procesales como: impugnación de la maternidad, solicitud de inscripción registral, medida autosatisfactiva o declaración de certeza. Otros se solicitaron como medida cautelar durante el embarazo y antes del nacimiento para conseguir un correcto emplazamiento filiatorio. También se plantearon como autorización judicial previa para la realización de la práctica e implantación del embrión. En algunos se decidió la inconstitucionalidad del art. 562 CCyC. Dos fueron solicitados por parejas conformadas por dos hombres.

Brevemente relataremos los hechos de los mismos: un matrimonio se presentó ante la justicia a fin de solicitar una autorización para inscribir el nacimiento de su hija, que fue concebida mediante fertilización *in vitro* con surogación uterina. Relataron que, luego de dos embarazos que no llegaron a término, la mujer debió someterse a la extirpación de su útero, motivo por el cual no les quedó otra opción que acudir a dicha técnica con la colaboración de una amiga que prestó su vientre para cumplir su objetivo de ser padres. El juez admitió lo solicitado y ordenó la inscripción de la menor que estaba pendiente y que había nacido con material genético de los solicitantes. Ello con fines altruistas, ya que la gestante tenía hijos propios. El fallo cumple con pautas del proyecto del CCyC del año 2012 (art. 562)²⁶.

26 “N. N. o D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 86, 18/06/2013, La Ley, 01/07/2013, 2; La Ley 2013-D, 195-DFyP 2013 (octubre), 07/10/2013, 39; DFyP 2013 (noviembre), 87, con nota de Sabrina M. Berger, Andrés Gitter, La Ley 11/11/2013.4. Cita online: AR/JUR/23081/2013.

En otro caso, un matrimonio celebró un convenio con una persona de su conocimiento, quien en forma altruista accedió a ser madre subrogada. Nacida la criatura, se inscribió como hija de la gestante y reconocida por el padre. El material genético (óvulo y espermatozoide) pertenecían a los accionantes. Demostraron de esta forma el vínculo biológico a través de un estudio de ADN. La acción de impugnación de la maternidad fue ejercida por el padre y la mujer que ha tenido la voluntad procreacional, manifestando que quien es tenida por madre, no lo es (art. 261). La madre gestante se allana y por aplicación del principio del “interés superior del niño” son reconocidos como padres los que tuvieron el proyecto y han criado a la niña desde su nacimiento²⁷.

En otro caso, los actores solicitaron la inscripción del nacimiento de una niña mediante la técnica procreacional de maternidad subrogada. El juez de primera instancia dispuso la inscripción del nacimiento y la retroactividad del ejercicio de la patria potestad al momento de la concepción²⁸.

En este caso jurisprudencial ocurrido en la provincia de Mendoza, los padres comitentes -que aportaron el material genético- y la madre gestante se presentaron conjuntamente a solicitar una medida autosatisfactiva para poder inscribir a su hija de acuerdo a su realidad biológica, ya que ni el código de VÉLEZ ni el nuevo Código Civil y Comercial contemplan una solución para el caso de gestación por subrogación, resultando en consecuencia una técnica no prohibida. El juez hizo lugar a lo solicitado y expresó que teniendo en cuenta la voluntad de quienes aportaron el material genético de ser reconocidos como padres del niño, la correspondencia biológica del nacido (conforme surge del informe de ADN agregado en autos), y el principio de la realidad biológica, esta es la solución que más responde al interés superior del niño. Sin perjuicio de lo cual corresponde imponer a los peticionantes hacer conocer oportunamente a su hijo su realidad gestacional²⁹.

También en la provincia de Mendoza inscribieron como padre y madre de tres menores a quienes resultaron biológicamente emparentados, habiendo llevado adelante el embarazo la madre de la actora -abuela de los menores- con el material genético que aportaran los accionantes. Sintióndose y siendo los

27 “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°102, 18/05/2015, La Ley 25/06/2015, 5, La Ley 2015-C, 522, RCCyC 2015 (julio), 91-DFyP 2015 (noviembre) 208, con nota de Sabrina M. Berger, Jorge Nicolás Lafferrière y Ludmila Viar. Cita online: AR/JUR/12711/2015.

28 “N. N. O s/ inscripción de nacimiento”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 83, 25/06/2015, DFyP 2015 (octubre), 218, con nota de Aníbal Filippini, DFyP 2016-1, 04/02/2016, 223. Cita online: AR/JUR/24326/2015.

29 “O., A. V. s/ med. Autosatisfactiva”, Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, 29/07/2015, El Derecho (21/10/2015, N° 13.837), 2015.

padres biológicos, solicitaron la inscripción en el registro civil y capacidad de las personas. El juez, ante el vacío legal, tomó un rol activo y decidió hacer lugar a la solicitud³⁰. Asimismo, dictó una medida cautelar conexas para otorgarle los beneficios de una obra social de los pretensos padres antes de la resolución del tema filiación, ya que los menores quedaban sin cobertura.

En otras dos oportunidades, en las ciudades de Bariloche y Rosario, los interesados optaron por solicitar la autorización judicial previa a la implantación del embrión con los requisitos que exigía el proyecto del Código Civil y Comercial, con acogida favorable.

En el hecho planteado ante los estrados judiciales en la ciudad de Bariloche, provincia de Río Negro, una pareja cuya mujer tiene una enfermedad que impide la gestación, tiene tres embriones congelados y solicitó autorización para la implantación de un embrión en el útero de su cuñada -esposa de su hermano-. La gestación es completamente altruista: la futura gestante y su esposo ya tienen tres hijos y todos están de acuerdo con este procedimiento para beneficiar a los futuros padres biológicos. La autorización fue otorgada. La sentencia autorizó el procedimiento y estableció las pautas para el consentimiento informado. Se indicó un tratamiento psicológico para la gestante y se ordenó transmitir al niño el origen de su nacimiento³¹.

En otro caso, un matrimonio, por derecho propio, solicitó autorización judicial para realizar transferencia de embriones a través de la gestación por otra mujer y, para el supuesto de que esta fuera exitosa, para que se inscriba en el registro de estado civil y capacidad de las personas al niño/niña -concebido de tal forma, a nombre de los peticionantes-. La solicitante había pasado infinidad de tratamientos y sufrimientos, dos embarazos logrados y frustrados, el último de los cuales había terminado con la extirpación del útero. Relatan que, esperando un milagro, concurren a la iglesia del padre Ignacio y en ese lugar conocieron un matrimonio a quienes les explicaron su situación. Las dos mujeres se hicieron amigas y esta señora se apiadó ante la historia vivida por la otra y le ofreció ser madre portadora. Avanzaron en ese proyecto con el asentimiento del esposo de la gestante, que tiene una hija de 4 años. Solicitaron la autorización judicial previa para proceder a la implantación en la futura gestante, que había tomado la decisión de ayudarlos, de dos de los seis embriones que poseen criopreservados los peticionantes. El Tribunal Colegiado de Familia de Rosario aceptó la petición³².

30 "C. M. E. y J. R. M. Inscripción de nacimiento", Juzgado de Primera Instancia de Familia de Mendoza, 15/12/2015, MJ-JU-M-96193-AR, MJJ96193, MDZ, MJ, SYD.

31 "Dato Reservado s/ Autorización", Juzgado de Familia N° 9 de Bariloche, 29/12/2015.

32 "XXX s/ maternidad por sustitución", Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, 2/12/2014, DFyP 2015 (diciembre), 237, con nota de Andrés Gil Domínguez. Cita online: AR/JUR/90178/2014.

En un reciente y muy bien fundado fallo, se resolvió declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCyC para el caso concreto como medida autosatisfactiva, antes del nacimiento de una niña concebida por TRHA a través de gestación por sustitución. Se presentaron al Tribunal de Familia del departamento judicial de Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires, una mujer embarazada y su hermana. Expusieron que la señora embarazada estaba gestando un hijo que genéticamente es de su hermana y su pareja. Solicitaron que se ordenen medidas cautelares urgentes para que, producido el nacimiento, se inscriba a la niña por nacer a nombre de los comitentes -su hermana y su pareja-. La gestante tiene tres hijos. Los niños y ambas parejas fueron oídos todos en audiencia y manifestaron estar de acuerdo y aceptar el procedimiento. El fallo tiene en cuenta la diversidad funcional de la comitente (carece de útero por una enfermedad congénita denominada síndrome de Rokitansky) que implica una discapacidad para gestar, que sin duda le da el derecho de acceder a las TRHA, siendo la única alternativa para poder tener un hijo propio y evitar toda forma de discriminación para quienes no pueden acceder a la maternidad o paternidad en condiciones de igualdad con los demás. El fallo parte de un argumento indiscutible: la falta de regulación de esta técnica y que ello no implica que deba considerarse una práctica prohibida. El silencio de la ley debe resolverse por el principio de legalidad (art. 19 de la Constitución Nacional: "Todo lo que no está prohibido, está permitido").

Ante la imposibilidad de M. R. de llevar adelante la gestación por ausencia del útero, la gestación por otra mujer -en este caso su hermana M. C. H.- se convierte en la única TRHA idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 CADH), a la integridad personal (art. 5.1, CADH), a la libertad personal (art. 7.1, CADH), a la igualdad y no discriminación (art. 24 CADH).

Asimismo, el ejercicio del derecho a la *maternidad* y a conformar una familia (art. 17 de la CADH), estándares claramente establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica".

Negar el acceso a la gestación por subrogación afecta el principio de no discriminación, ya que las personas con recursos económicos suficientes pueden hacerlo fuera del territorio nacional, en países cuya legislación lo permite. Así lo demuestra la realidad actual.

El fallo declara la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCyC para este caso por imponer la inscripción del menor a nombre de la gestante, desoyendo la voluntad procreacional. Expresa que es obligación del poder judicial, en virtud de los derechos humanos involucrados, efectuar una interpretación armónica a favor del reconocimiento de esos derechos y decla-

rar para este caso de oficio la inconstitucionalidad y la anticonvencionalidad de la norma mencionada, teniendo en cuenta el interés superior del niño por nacer y el derecho a su correcto emplazamiento filial.

La decisión judicial mediante una medida preventiva, como es la acción declarativa, ordena la inscripción del menor a nombre de la comitente y le otorga a ésta licencia por maternidad.

Dispone además el seguimiento psicológico del grupo familiar y la necesidad de hacer saber al menor de edad el origen de su nacimiento³³.

Recientemente se han conocido tres fallos más³⁴. En el primero, dos hombres que se presentaron a la justicia acompañando un convenio de gestación por sustitución celebrado en escritura pública entre la pareja conviviente como comitente y la gestante por sustitución, quien manifiesta expresamente que desea someterse a este procedimiento con el fin altruista de ayudar a los comitentes para poder ser padres. El consentimiento informado previo y libre se otorgó anticipadamente ante el centro de salud y fue debidamente protocolizado. A través de la técnica utilizada nacieron mellizos y se solicitó en los estrados judiciales que sean inscriptos como hijos de los comitentes y no de la mujer que dio a luz. La sentencia analiza que, conforme a los avances sociales y los derechos consagrados en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos que forman el bloque de constitucionalidad, el derecho debe reconocer las distintas modalidades de familia y un estado democrático no puede dar prioridad a un tipo de familia sobre otras, sino aceptar y proteger a todas. Que a partir de la reforma del CCyC existe una nueva forma de filiación surgida por las TRHA que también debe ser protegida. La gestante ha expresado antes y durante el proceso judicial su voluntad de no mantener vínculo con los menores y de estar de acuerdo con que sean inscriptos a nombre de quienes tuvieron la "voluntad procreacional" de acuerdo a los arts. 560, 561 y 562. Luego del análisis de los hechos, se declaró la inconstitucionalidad para este caso concreto del art. 562 del Código Civil y Comercial, basado principalmente en el principio del "interés superior del niño" consagrado en la CDN y la ley N° 26.061 que debe primar para la resolución del caso. Expresa el fallo que la

33 Expediente N° LZ-62420-2015, "H. M. y Otro/a s/ medidas precautorias (Art. 232 del CPCC)", Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora (Buenos Aires), 30/12/2015 (sentencia firme).

34 Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 4 de la Ciudad de Buenos Aires, 15/6/2016, inédito.

aplicación literal del art. 562 de inscribir a los menores como hijos de la mujer que dio a luz y que manifestó antes, durante y después del nacimiento que no tiene la intención de ser madre, sino de ayudar a los comitentes a conseguir una familia, no traería ningún beneficio a los menores. El interés superior del niño en este caso es emplazarlos en su verdadera familia, la de quienes han tenido la voluntad procreacional de querer y cuidar a esos hijos, y reconocer su verdadera identidad. No hay conflicto de intereses ya que la gestante y los comitentes están de acuerdo: el interés superior del niño conlleva a reconocer esta filiación. En síntesis, el fallo ordenó inscribir a los mellizos nacidos como hijos de la pareja de hombres. La gestante fue una mujer que ya tenía hijos y, como surgía del contrato y de las declaraciones en el expediente, fue madre por subrogación por motivos altruistas. Es interesante mencionar que el grupo familiar está integrado además por una hija nacida por gestación por subrogación en Estados Unidos y se solicita ser “adoptada por integración” por el otro integrante de la pareja que no resulta ser el padre biológico, reconociendo así una nueva modalidad de familia. La sentencia determina que debe protegerse el derecho a la identidad de los menores, que deben conocer las modalidades de su nacimiento³⁵.

En septiembre de 2016 otro fallo de primera instancia de la justicia nacional impugnó la maternidad biológica y la consecuente inscripción en el registro de estado civil y capacidad de las personas, de un niño como hijo de la persona que dio a luz, teniendo en cuenta solamente ese dato biológico -y no la TRHA implementada para su nacimiento-, el convenio entre las partes, la realidad genética y la voluntad procreacional. Se resolvió, ante la *falta de conflicto entre las partes* y teniendo en cuenta el interés superior del niño, la situación de discapacidad de la madre (por no poseer útero por una enfermedad, síndrome de Rokitansky), la voluntad procreacional, el derecho a la identidad, hacer lugar a la impugnación e inscribir el niño a nombre de los comitentes. Asimismo, el juez ordenó comunicar al niño esta historia que le precede y ordenó al Ministerio de Salud conservar los antecedentes del caso para ponerlos a disposición del menor en su oportunidad³⁶.

Finalmente, un fallo más reciente, dictado el 30 de noviembre de 2016 también de Lomas de Zamora, se ocupó del caso de una madre que decidió ser gestante por sustitución de su propio nieto. Su única hija, siendo muy joven, atravesó circunstancias que le impiden gestar un niño. Tuvo un embarazo con desprendimiento de placenta, fallecimiento fetal, extirpación absoluta del útero y una parte

35 Juzgado Nacional de Primera Instancia N° 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 30/06/2016, expediente N° 31689/2016, inédito.

36 70.522/2014, Miriam Cataldi, Juez Subrogante. Aún inédito.

importante de las trompas, conservando la producción de óvulos. Es decir, su hija tiene una incapacidad funcional para llevar adelante un embarazo, pero mantiene la aptitud de tener un hijo biológico propio de ella y de su esposo. Decidieron los comitentes realizar una práctica de TRHA mediante la implantación del embrión en el vientre de la madre de la comitente. El carácter altruista de este acto no plantea duda y tampoco la intención de la gestante de posibilitar a su hija poder tener un hijo. Solicitaron una medida preventiva para que el niño por nacer sea inscripto en el registro civil y capacidad de las personas como hijo de quienes tuvieron la voluntad procreacional, y no de la madre que lo daría a luz. El fallo decidió declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCyC para este caso y ordenar la inscripción del niño a nombre de los padres que expresaron su voluntad procreacional. Esta decisión analizó las normas del sistema legal vigente frente a la situación de discapacidad que tiene la comitente -que le impide la gestación de hijos- y concluyó que las normas del CCyC no garantizan el efectivo ejercicio de los derechos humanos a la procreación, a formar una familia, a favorecerse de los progresos científicos y a no ser discriminada³⁷.

V. CONCLUSIONES

La regulación de la filiación que tiene origen en las TRHA en el nuevo CCyC ha sido insuficiente frente a las nuevas relaciones de familia. Los cambios producidos en la sociedad, en las relaciones humanas, en el concepto de familia; los avances tecnológicos y científicos; las pruebas genéticas que permiten determinar la filiación de la persona humana; sumados al necesario reconocimiento de los derechos humanos, entre ellos, el derecho a la procreación, la decisión de tener o no tener hijos, el derecho al acceso a procedimientos médicos para ayudar o hacer posible el ejercicio de estos derechos, sin discriminación de ningún tipo; necesitan respuestas acordes de la legislación.

El Código Civil y Comercial vigente además omitió establecer expresamente los principios generales del "interés superior del niño y su derecho a la identidad", sin perjuicio de surgir implícitamente de la normativa general.

El uso de las TRHA, en especial las que se realizan con material genético heterólogo -donado por un tercero-, tiene implicancias bioéticas y jurídicas que

37 Expediente N° LZ-52635-2016 - "B. J. D. y Otros s/ materia a categorizar", Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, 30/11/2016 (sentencia firme) (fallo completo en www.villaverde.com.ar). Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 8, 20/09/2016 - "B., B. M. y otro c/ G., I. A. s/ impugnación de filiación", *El Derecho*, (21/12/2016, N° 14.105) (2016).

afectan la sensibilidad humana en una sociedad cuya valoración ética y moral es básicamente cambiante.

Frente a la escasa regulación actual es necesaria la sanción de una ley especial, que aún no se ha concretado, que regule las TRHA en todas sus variantes cumpliendo con las previsiones establecidas en el CCyC.

Quedan algunos temas candentes que todavía no tienen regulación específica: los límites a la manipulación genética, la protección de los embriones crioconservados, la creación y regulación de los bancos de datos de los donantes, la fiscalización y registro de los centros de salud dedicados a las TRHA y la tan compleja gestación por sustitución, y la posibilidad o no de la gestación *post mortem*. En este marco, el derecho a la identidad de los niños nacidos por el uso de TRHA tiene especial relevancia.

La gestación por sustitución es una TRHA científicamente posible y probada que se realiza en Argentina. Es aceptada por la sociedad -da cuenta de ello la jurisprudencia relacionada en el presente comentario- y es la única alternativa posible para algunas personas para el ejercicio de su derecho humano a la procreación. Su inclusión en la regulación legal sin duda coadyuvaría a la concreción de estos objetivos y al ejercicio de derechos reconocidos por nuestra constitución y por las convenciones internacionales que Argentina ha ratificado.

El silencio de la ley es una opción riesgosa, ya que deja a todos los involucrados con la única alternativa de la vía judicial y con la inseguridad jurídica que puede significar la discrecionalidad de los jueces ante la ausencia de regulación. Por ello reiteramos que la gestación por sustitución debe ser regulada en la legislación de fondo, como ha sido previsto en el proyecto de CCyC.

En la situación actual, ante el silencio de la ley que no regula ni prohíbe la gestación por sustitución, entendemos que corresponde aplicar “el principio de legalidad” que establece que todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19 de la Constitución Nacional).

El art. 562 CCyC determina que los hijos nacidos por TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre. Esta norma constituye una barrera a la utilización de estas técnicas en los casos de gestación por sustitución, no reconociendo la maternidad de la mujer que expresó su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado. La única alternativa es la judicialización para obtener el emplazamiento filial del hijo nacido, acorde con la voluntad procreacional, y para desplazar las presunciones legales.

La protocolización ante escribano público de los consentimientos informados -art. 561- constituye la forma que otorga seguridad jurídica, garantiza fecha cierta, autenticidad, guarda, conservación y certeza.

El consentimiento informado debidamente protocolizado, en el caso de

utilización en las TRHA de material heterólogo, debe ser presentado ante el registro civil y capacidad de las personas por los progenitores en ejercicio de la responsabilidad parental, a efectos de integrar el legajo base para la inscripción del nacimiento.

El interés superior del niño es un principio fundamental que inspira el ordenamiento jurídico y es esencial cuando se trata de decidir sobre la filiación, el derecho a la inscripción inmediata de su nacimiento y su derecho a la identidad. Ha sido reconocido en la CDN y se presenta en su interpretación y aplicación como una regla compleja que la jurisprudencia ha aplicado no sólo en casos de conflicto de intereses con sus padres u otros miembros de su entorno afectivo o con el Estado, sino con frecuencia, cuando se ve menoscabado el ejercicio de sus derechos. El art. 3º de la ley N° 26.061 establece que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

El tema que nos ocupa está en pleno debate en los ámbitos judiciales, legislativos y doctrinarios. También fue tema de la 39 Jornada Notarial Bonaerense -noviembre de 2015- y la XXXII Jornada Notarial Argentina -agosto de 2016- y debe continuar siendo de interés y estudio por el notariado. El notario es un asesor privilegiado en derecho de familia y puede coadyuvar en la redacción imparcial (con el plus de fe pública y seguridad jurídica) en consentimientos informados y convenios relacionados a las TRHA.

La transmisión de dominio de inmuebles por sinceramiento fiscal y la teoría dualista de la causa*

Néstor Daniel Lamber

SUMARIO: 1.- La excepcional transmisión dominial por sinceramiento fiscal. 2.- Naturaleza jurídica de la transmisión por sinceramiento fiscal. 3.- La teoría dualista de la causa fin. 4.- El modo en la transmisión del derecho real de dominio inmobiliario sincerado. 5.- Distinción entre la causa integrativa compleja o dual del sinceramiento fiscal y el negocio subyacente o simulado como causa autónoma en el régimen común. 6.- Omisión de los motivos subyacentes. 7.- Omisión de expresión del pago del impuesto del art. 41 de la ley Nº 27.260 en la escritura pública traslativa por sinceramiento fiscal. 8.- La escritura traslativa del dominio sincerado posterior al plazo del art. 38, inc. d), ley Nº 27.260. 9.- Bibliografía.

1.- LA EXCEPCIONAL TRANSMISIÓN DOMINIAL POR SINCERAMIENTO FISCAL

El art. 38, inc. d), de la ley Nº 27.260 regula la transmisión de dominio de inmuebles fundada en la declaración voluntaria y excepcional de la "tenencia" de la cosa por quien no es el propietario con título causal inscripto (art. 36, ley Nº 27.260) ante la Administración Federal de Ingresos Públicos (en adelante, AFIP), e impone la obligación de "figurar a nombre del declarante" en el término máximo del vencimiento para la presentación de la declaración jurada del impuesto a las ganancias del período 2017; pero oportunamente se determinará en fecha estimable en principio el mes de abril de 2018 (conf. art. 38, inc. d), *in fine* ley citada).

* Trabajo presentado por el autor en la 42 Convención Notarial del Colegio de Escribanos de Ciudad de Buenos Aires, desarrollada en el mes de septiembre de 2017.

La ley de marras y el decreto N° 896/2016 sólo se refieren a la voluntad unilateral del sincerante (titular real), curiosamente sin requerir aceptación, consentimiento, asentimiento, ni renuncia o abdicación del titular aparente. Sólo el art. 10 de la resolución general N° 3919 de la AFIP (texto según resolución general N° 3943/2016), en su segundo párrafo exige que el testaferro o su representante presten conformidad mediante el procedimiento previsto en el micrositio “Sinceramiento” del sitio web de la AFIP, con clave fiscal nivel 3, a los efectos de otorgar ese organismo la validación del procedimiento administrativo. Omite toda declaración bajo la forma escritura pública a ese momento, que sólo lo exige para el poder que invoque el representante voluntario.

En sentido literal y estricto la ley sólo pareciera requerir la declaración unilateral de quien pone de manifiesto al real titular en lugar del aparente, situación que presume en caso de ser cónyuge, ascendiente o descendiente en primer o segundo grado de consanguinidad o afinidad, pero luego extiende a terceros, sean personas físicas o jurídicas, con consideraciones sólo con respecto a su domicilio (art. 38, inc. d), segundo párrafo, ley N° 27.260). Sin embargo, para no violar elementales derechos constitucionales, se requerirá el consentimiento de quien reconoce no ser titular al momento de la transmisión de dominio.

La norma, si bien adolece de una precisa terminología jurídica, se refiere a la exteriorización voluntaria y excepcional del real titular y titular de la relación de poder del inmueble, pese a ser otra persona física o jurídica la que ostente el título inscripto a su nombre (titular aparente).

Se trata, en rigor de verdad, en la exteriorización del titular real de la cosa frente al aparente. La situación jurídica existente que se sincera está objetivamente comprendida en el concepto de simulación del art. 333 CCyC al decir que: “...la simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras (...) o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten”. Expresamente refiere a la falta de cláusulas sinceras, en especial a cuando se recurre a interpósitas personas, coincidiendo con la terminología de “sinceramiento” de la ley N° 27.260¹.

El acto no sincero o simulado se diferencia del acto fiduciario tipificado en el que se hace público -y posible de conocer por terceros- que el titular fiduciario no es el que tiene el interés personal en el derecho (dominio pleno en el caso), sino que actúa por cuenta e interés del titular real del interés jurídico

1 Conf. GATTARI, Carlos María. *Sinceramiento patrimonial y fiscal de negocios jurídicos simulados*, Ed. Di Lalla, Buenos Aires, 2017, pág. 473: “Estamos frente a un norma de excepción que presume la existencia de una simulación ilícita, de una violación a la ley”.

protegido (fiduciante, fideicomisario o beneficiario). También se diferencia del acto fraudulento que es el que se hace en perjuicio del acreedor del titular real y su efecto será la inoponibilidad a éste. El acto simulado puede ser un vehículo para configurar el fraude a determinados acreedores pero no se identifica con él, como sucede en los casos de simulación ilícita causada en evitar una prohibición legal de orden público pero que no perjudica a acreedores del titular real.

La simulación podrá ser lícita cuando encubra otro acto real válido y eficaz, que en principio deberá probarse mediante el respectivo contradocumento y que sólo admitirá su falta cuando la parte justifique las razones de su inexistencia o imposibilidad de presentación mediante circunstancias que hacen inequívoca la simulación (art. 335 CCyC). En estos casos, al ser el negocio causal subyacente eficaz, el titular aparente transmite al propietario real el dominio del inmueble por esta causa, que deberá probar por el contradocumento con la suficiente certeza en cuanto a fecha y autores para su oponibilidad a terceros, o su reconocimiento por las partes. La omisión del contradocumento sólo tendrá aptitud excepcional y su acabada acreditación causal aparece en instancia judicial en caso de incoarse la respectiva acción judicial.

La transmisión del dominio simulado por este negocio subyacente casual tendrá efectos actuales frente a terceros. El propietario real ante éstos lo es desde el nuevo acto traslativo, por ejemplo en cuanto a sus efectos relativos a los actos celebrados por el titular aparente, a la responsabilidad tributaria, a los daños de la cosa, al reclamo y a los cobros de seguros, entre otros.

La simulación también podrá ser ilícita cuando perjudique a uno o más terceros, cuyo efecto será la nulidad del acto. El objeto de este acto subyacente es ilícito en cuanto es lesivo de derechos ajenos (art. 279 CCyC) y en consecuencia deviene en motivos ilícitos no admitidos como causa del acto jurídico mismo (art. 281 CCyC). El acto no es lícito y, en consecuencia, no es acto jurídico por definición (art. 259 CCyC). En estos casos la causa de la transmisión del dominio del inmueble al titular real no es el negocio subyacente, sino el reconocimiento mismo de la simulación. La consecuente restitución o transmisión de los derechos se hace conforme al efecto de los actos nulos (arts. 390, 391 y 392 CCyC), dado que ese negocio previo es un hecho simple en los términos del art. 391 CCyC, que no llega a constituir un acto jurídico.

El acogimiento a la ley N° 27.260 importa el reconocimiento por el sincero y el titular aparente del motivo de eludir o evadir tributos en perjuicio del estado². El negocio subyacente adolecía de ilicitud por ser lesivo a derechos ajenos; pero la ley en análisis otorga un perdón sobreviniente y extraordinario

2 Ibidem: "Estamos ahora en el terreno de las simulaciones ilícitas *adversus fiscum*".

de esta causa ilícita por el acogimiento y determinación del impuesto del art. 41 de la propia ley, no requiriendo más que la declaración “voluntaria y excepcional” del tenedor -o poseedor- del inmueble, sin necesidad de contradocumento alguno, ni justificación de su inexistencia o imposibilidad de presentación, haciendo expresa excepción al art. 335 CCyC.

El art. 38, inc. d), *in fine* de la ley N° 27.260 impone la obligación de transmitir el dominio al titular real en plazo perentorio, por lo cual es la causa objetiva fuente de la misma; pero, a la vez, convierte el negocio subyacente antes ilícito en lícito al desaparecer el perjuicio a los derechos del estado como tercero. Esta particular situación nos lleva tener que explicar la causa de la transmisión de dominio por sinceramiento fiscal, en su aspecto dual, receptado en la reforma legislativa en el art. 281 CCyC. Es este el caso donde la ley es la causa objetiva o razón categórica común a todo sinceramiento, y el negocio subyacente, incluido el devenido lícito, son los motivos exteriorizados en forma expresa o tácita, esenciales a ambas partes.

2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA TRANSMISIÓN POR SINCERAMIENTO FISCAL

El carácter excepcional de esta transmisión que regulariza la titularidad real de derechos reales inmobiliarios puede encontrarse en diversas explicaciones, que analizamos a continuación.

2.a.- Adquisición legal del derecho real

El hecho de referirse el texto legal a la declaración unilateral del sincerante aceptada por la AFIP y sólo requerir que tales bienes “deberán figurar a nombre del declarante”, sumado a la letra del art. 2° del decreto N° 895/2016 al referir a: “...las operaciones tendientes a que los bienes declarados se registren a nombre del declarante”, puede dar la errónea idea de estar a un supuesto de adquisición legal del dominio inmobiliario a agregarse a los casos del art. 1894 CCyC.

La omisión de la ley y su decreto al consentimiento o conformidad del titular aparente no puede ser considerada válida porque viola elementales principios del derecho de propiedad constitucionalmente reconocido y los principios básicos de los derechos reales, donde nadie puede ser privado del dominio sin sentencia previa.

La ley sólo requiere la voluntad unilateral, dado que el sinceramiento fiscal lo hace sólo el contribuyente interesado, único obligado al impuesto especial del art. 41 de la ley N° 27.260, pero es a los efectos tributarios. Para que el titular formal deje de serlo, debe reconocer su apariencia abdicar de su derecho

real de forma expresa -por escritura pública- a favor del titular real, y no con una mera declaración en el micrositio web respectivo de la AFIP.

Tampoco se puede trazar analogía alguna con la adquisición por posesión adquisitiva, en cuya faz pasiva hay un abandono del titular formal frente al poseedor con *animus domini*, dado que requiere la expresa resolución judicial que así lo reconozca. Ni tampoco analogía alguna con el procedimiento de excepción al de ley Nº 24.374, que exige la exteriorización formal de la relación de poder posesoria en escritura pública y la consolidación de dominio también bajo esa forma transcurridos 10 años y sin oposición.

Pero más allá de lo formal, el abandono abdicativo importa que el dominio se restituye al dominio eminente del estado, o en caso de ser de parte indivisa acrece la porción de los demás condóminos (art. 1989 CCyC).

No se puede interpretar la conformidad del titular aparente como un abandono. La intención tanto del sincerante como del titular aparente es que el bien le sea restituido o transmitido al primero, por lo cual esta transmisión de dominio por sinceramiento fiscal es un supuesto de transmisión derivada y debe cumplir con los recaudos de los arts. 1892, 1893 y conc. CCyC.

2.b.- Adquisición derivada del derecho real

La transmisión del derecho real fundado en el sinceramiento fiscal requiere, como adquisición derivada del titular aparente al sincerante, la constitución de un título documental (escritura pública en el caso de inmuebles), con la concurrencia de la voluntad de ambas partes del sinceramiento. Sólo en ese sentido debe leerse la frase del segundo párrafo del inc. d) del art. 38 de la ley Nº 27.260 de "figurar a nombre del declarante" antes del término impuesto, como la obligación de otorgar esta escritura pública con independencia de que su definitiva toma de razón por los registros inmobiliarios se produzca antes o después de dicho término, porque al no ser la inscripción constitutiva -a diferencia de los automotores- sino meramente declarativa y con el destino de oponibilidad *erga omnes*, el acto traslativo es celebrado completamente ante el escribano.

Todo régimen de excepción importa justamente el apartamiento de los principios jurídicos establecidos. En este caso uno de los principales inconvenientes de armonización es el negocio o relación causal para esta transmisión derivada, que da origen a diversas opiniones en cuanto a la naturaleza de la transmisión:

2.b.1.- Trasmisión derivada con causa en la propia ley

En una interpretación se ha sostenido que la causa eminente es la propia ley Nº 27.260 que impone la obligación de transmitir el dominio al sincerante una vez

aceptada la declaración excepcional y determinado el impuesto (conf. art. 38, inc. d), CCyC), siempre y cuando cuente con el consentimiento de titular aparente.

Ni la ley ni su decreto toman en consideración la relación subjetiva entre el titular aparente y el sincerante, y a tenor del principio de interpretación que señala que donde la ley no distingue no debe hacerlo el intérprete, no es necesario aclarar sobre tal relación causal; que además hasta el momento de la ley de sinceramiento fiscal estuvo teñida del vicio de ilicitud de la finalidad contraria a las normas tributarias.

Descartamos la crítica a esta postura que señala que no explica acabadamente el efecto retroactivo, porque al considerarlo de modo abstracto, sin la referencia negocio real subyacente, la transmisión sería actual y no pasada, contradiciendo la finalidad de la ley. Esta observación adolece de la interpretación finalista de la propia ley, que fue promulgada precisamente para reconocer la previa realidad económica, por lo que buscar la causa en la ley no importa negar el efecto retroactivo.

En esta postura puede crear dificultades de explicar adecuadamente los casos en que el sincerante no es la misma persona que haya celebrado el negocio subyacente, como cuando era menor de edad y otro actuó como gestor de negocios o mediante una estipulación a favor de terceros; o cuando es el sucesor a título universal o singular, *mortis causa* o entre vivos de quien celebró el convenio simulatorio; o cuando la transmisión aparente sea una donación (caso que requiere del *animus donandi* del donante al sincerante); o cuando el bien fue aportado a una sociedad; casos en que recurrir al negocio causal para explicar la relación causal del derecho del sincerante a titularizar el dominio.

Pero la legislación civil y comercial prevé que los motivos de las partes que surgen del negocio subyacente y el pacto simulatorio -ahora lícito- son relevantes aun cuando no se exterioricen, y su silencio no implica que no integren la causa (arts. 281 y 282 CCyC).

2.b.2.- Transmisión derivada con causa en el negocio subyacente originario

En otra interpretación se ha sostenido que la causa de esta transmisión es el contrato subyacente que existió entre sincerante y titular aparente, lo cual explicaría el efecto retroactivo y la posibilidad de acreditar el nexo de causalidad sucesoria, sea entre vivos o *mortis causa*, de las partes de contrato.

El primer motivo o causa fin es el que se reconoce al acogerse al beneficio de la ley N° 27.260, de eludir o evadir las normas de derecho tributario argentino. Es decir, la manda de uno aceptada por el otro de titularizar el bien para evadir tributos del Estado, es reconocida por las partes y perdonada por el Es-

tado perjudicado, y deviene en lícita y siempre integra tácitamente los motivos subjetivos de esta transmisión excepcional aunque no se la mencione.

Por ello, a esta postura se le observa que este contrato subyacente no era tal sin esta ley, porque la ilicitud del objeto y del fin derivan en un vicio nulificante que impide su eficacia y efectos propios. Es decir ni siquiera era un acto jurídico al carecer del requisito de licitud (art. 259 CCyC).

El vicio de tener un fin contrario a la ley fiscal en perjuicio a los derechos del estado es reconocido por el propio acogimiento al sinceramiento fiscal, y por ende no podía ser causa lícita sin que la propia ley convalide su licitud al perdonar la ilicitud reconocida y convalidar el acto. *Ergo*, la relación subyacente entre sincerante y titular aparente no es causa de modo autónomo si no se completa e integra con la ley N° 27.260 que así como pone de manifiesto el real negocio económico le atribuye efectos válidos, dado que también importa la convalidación de esta relación.

Esta segunda interpretación de la causa fin apunta a no estar a este motivo tácitamente reconocido por el acogimiento a la ley en cuestión, sino que entiende que debe completarse con otros motivos o actos lícitos. En principio, se busca otro motivo lícito para su justificación -aunque la ley no lo solicita- como ocurre para cualquier acto simulado en el régimen ordinario (simulación lícita).

Por su parte, GATTARI señala que el negocio subyacente no es causa adecuada para esta transmisión, como en todo acto simulado, al decir: "Ya hemos deshojado el anterior *contrario consensus* (artículo 1200 CCV), la actual 'Rescisión bilateral' (artículo 1076 CCyC), la clásica retroventa y el retro boleto de compraventa, la gestión de negocios y el negocio indirecto, encontrando que ninguna de estas alternativas es el camino adecuado ni la función contractual con causa adecuada para la transferencia del dominio aparente (DA) al verdadero dueño (VD)"³.

2.b.3.- Transmisión derivada causada en el reconocimiento de la simulación

En una tercera interpretación, la ley de sinceramiento fiscal permite poner de manifiesto y con eficacia jurídica al titular real que exterioriza un título de dominio inmobiliario que constituyó o transmitió derechos reales a nombre personas interpuestas, que no eran aquellas para quienes en realidad se constituyeron o transmitieron, como el art. 333 CCyC caracteriza a la simulación⁴.

Esta ley se diferencia del régimen ordinario de los actos simulados, no requiere probarse por contradocumento alguno (haciendo excepción al segundo párrafo del art. 335 CCyC), y se debe transmitir al titular real, sin necesidad de sentencia

3 GATTARI, Carlos María. Ob. cit., pág. 498.

4 GATTARI, Carlos María. Ob. cit., págs. 501, 510 y conc.

judicial que declare la nulidad, porque la propia ley perdona la ilicitud mediante declaración excepcional y determinación del impuesto del art. 41 CCyC.

En este sentido la conformidad del titular dominial importa el reconocimiento de la simulación. El motivo subjetivo se encontrará en el negocio subyacente sólo válido a partir de esta ley, y en principio lícito; pero basta recurrir la figura del reconocimiento de la simulación para explicar las relaciones con los terceros, y en particular de quienes contrataron con el titular aparente, o los acreedores de este, por la norma del art. 337 CCyC.

Como en el primer caso, la omisión de expresión del negocio causal podrá dificultar explicar el interés del sincerante que nunca ostentó ni exteriorizó su relación real en el negocio y con la cosa, pero la excepción toda prueba de contradocumento o negocio causal, permite -en este caso excepcional- la prueba del interés por el mero reconocimiento actual por las partes de quien fue el verdadero propietario.

3.- LA TEORÍA DUALISTA DE LA CAUSA FIN

La norma, de claro corte tributario, parte de la presunción -que también asumen las partes al acogerse a este régimen extraordinario de excepción y temporal- de haber recurrido a la titulación en cabeza de otra persona, con la finalidad de evadir o eludir tributos nacionales, incurriendo en infracciones fiscales que tachan de ilicitud la causa de la trasmisión aparente, provocando no sólo la situación de estar ante un acto simulado en los términos del art. 333 CCyC, sino que además constituiría un vicio nulificante por la finalidad ilícita reconocida en el acogimiento (art. 334 CCyC).

Si no se hubiere promulgado esta ley, la ilicitud en la finalidad subjetiva no exteriorizada conllevaría también a la ineficacia del acto jurídico causal; así por ejemplo, si el sincerante hubiere encomendado al titular aparente para que adquiriera e inscriba el inmueble a su nombre, la causa no puede calificarse de un mandato sin representación por tratarse de una contrato con finalidad ilícita, que ni siquiera es un acto jurídico, sin perjuicio de también incurrir en la prohibición de su objeto por el art. 1004 CCyC. Esta ley perdona este ilícito fiscal y con ello convalida la licitud del acto causal -sólo hasta el acogimiento ilícito por desaparecer la razón que la fundaba⁵.

5 Sólo ahora deviene en lícita por imperio de esta nueva ley y puede catalogarse de acto jurídico, en consecuencia, como mandato sin representación, titulación por una compra para quien entonces era menor de edad, negocio fiduciario atípico, consorcio de

La ley N° 27.260, por el sistema de sinceramiento fiscal, impone la obligación de transmitir el dominio al titular real, más allá de cuál hubiere sido la causa fin subjetiva de origen (negocio subyacente), entendida como el motivo o razón subjetiva con relevancia jurídica que las partes entendieron esencial en los términos del art. 281, última parte, CCyC.

Pero más allá de no hacer consideración puntual a esos primeros motivos subjetivos, lo cierto es que la ley los integra en la nueva trasmisión, lo cual se explica acabadamente en la teoría de la causa fin dualista que admite el nuevo Código Civil y Comercial en el citado art. 281 CCyC⁶.

VIDELA ESCALADA⁷, siguiendo a MAURY, explicaba que la causa del acto jurídico entendida en su doble aspecto:

a) Objetivo o razón categórica económica común al tipo del acto jurídico o contrato. En este sentido la ley N° 27.260 es la causa objetiva o razón categórica de estas trasmisiones de dominio que llevan un tratamiento fiscal que no es oneroso ni gratuito; en rigor, no se lo trata como un acto de transmisión desde la óptica de la realidad económica, sino de “blanqueo” de la real situación.

b) Subjetivo o motivos o razones psicológicas con relevancia jurídica, de carácter lícito -son las que determinaron la voluntad ambas partes de “poner” el inmueble a nombre de otro-, que pueden estar incorporados en forma expresa o tácita si son esenciales para ambas partes, como lo señala el art. 281 CCyC. Cuando la ley N° 27.260 perdona la ilicitud y convierte tal finalidad en lícita, este consentimiento pretérito se actualiza como contrato permitido por el sistema jurídico y, en consecuencia, integra la causa aun cuando no se exteriorice en el acto traslativo y lo sea sólo de modo tácito, al igual que los otros motivos subyacentes.

El negocio jurídico pasado (motivos subjetivos) puede o no estar exteriorizado en la trasmisión de dominio en los términos del art. 38, inc. d), de la ley N° 27.260 mientras sea otorgado en el plazo temporal de esta norma. El citado art. 281 CCyC prevé claramente que estos motivos pueden surgir tácitamente del acto jurídico.

construcción por administración, locación de obra o en corrimiento del velo societario, entre otras.

6 Conf. RIVERA, Julio C.; y Cровi, Luis D. *Derecho Civil. Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, págs. 638 y 639: “El CCyC define a la causa como *el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad* (art. 281). Esta es la causa en sentido objetivo; es la causa tipificante del negocio, idéntica en todos los negocios de la misma especie y que por ello sirve para identificarlo...”. El mismo art. 281 sigue diciendo que: “También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa o tácitamente si son esenciales para ambas partes”.

7 VIDELA ESCALADA, Federico; y Ray, Domingo. “Frustración del fin del contrato y la teoría de la causa”, Academia Nacional de Derecho, Ed. Abeledo Perrot.

El art. 282 CCyC mantiene la presunción de causa mientras no se pruebe lo contrario (entendida en ambos aspectos). Aun en caso de expresión de una causa falsa, sostiene la validez del acto que se funda en una causa verdadera no exteriorizada. Con más razón entonces, la escritura traslativa que sólo enuncia la causa objetiva o razón categórica (la ley en el caso) no es observable aun cuando no deje constancia en su redacción de los motivos subjetivos (actos lícitos pasados).

Por ello, la razón categórica común a todas las transmisiones por sinceramiento fiscal es la propia ley N° 27.260, que además se integra con las motivaciones subjetivas emanadas de aquel primer acto que ahora ha devenido en jurídico (lícito) por efecto legal y otros negocios jurídicos, aun cuando no se enuncien expresamente en la escritura traslativa de dominio por sinceramiento fiscal. Ello sin perjuicio de que en ciertos casos sea conveniente expresarlos para poner de manifiesto el legítimo interés y derecho del sincerante.

La teoría dualista de la causa fin receptada en el art. 281 CCyC explica armónicamente la causa compleja entendida en su doble aspecto por la propia ley N° 27.260 y el negocio subyacente entre sincerante y titular aparente, con los principios del ordenamiento jurídico nacional, y no es observable el título de transmisión de dominio del inmueble por sinceramiento fiscal aun cuando se haya limitado a invocar sólo la ley como causa.

4.- EL MODO EN LA TRANSMISIÓN DEL DERECHO REAL DE DOMINIO INMOBILIARIO SINCERADO

El titular real debe ser titular de la relación de poder del inmueble, como requisito para el acogimiento a este sistema de excepción, por lo cual no es necesaria la tradición conforme las excepciones del los arts. 1892, tercer párrafo, y 1923 *in fine* CCyC, que tiene por cumplido el modo para el sincerante, a quien se le reconoce también la titularidad de la posesión que ejercía.

El sincerante -propietario real- se ha comportado siempre como el dueño aunque carecía del título formal (en cabeza del propietario aparente), en rigor, nunca ha tenido el inmueble a nombre de este como señala el supuesto del art. 1923 CCyC. La entrega de la posesión, en verdad, operó mucho antes del sinceramiento, y en muchos casos es el sincerante quien recibió el inmueble del transmitente originario; o si él mismo fue el transmitente insincero, nunca dejó de tener la relación de poder, como posesoria, con relación a la cosa siempre comportándose como su titular aun cuando formalmente ya no lo fuese.

El art. 36 de la ley N° 27.260 califica a la relación de poder del sincerante con el bien declarado como tenencia. Sin embargo, el art. 1909 CCyC define que: "...hay posesión cuando una persona por sí o por medio de otra, ejerce

un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no”.

Señala CAUSSE comentando esta norma que se mantiene la solución del código derogado ante las teorías clásicas: a) subjetiva, en que la relación de poder posesoria requiere dos aspectos: el *corpus* y el *animus dominis* para ser titular (SAVIGNY); y b) objetiva, en que el ejercicio del poder de hecho sobre la cosa, en tanto exista una mínima voluntad, implica posesión, salvo que la ley establezca que solo hay tenencia; adscribiendo a la primera, por lo que la generalidad de la norma (no ser titular de un derecho real) tiende a comprender todas las relaciones de poder posesorias⁸, incluso la adquisitiva por quien no es propietario o sólo se justifica en un justo título, o las que fundan la regularización dominial por la ley N° 24.374. Al comentar el art. 1908 CCyC resalta que: “...normalmente van a coincidir las calidades de poseedor y de dueño, pero ello no quiere decir que siempre debe ocurrir así, pues el poseedor puede carecer de título justificativo de su relación”⁹.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el cuerpo legal anterior cuya tésis se mantiene -como explica CAUSSE-, ha sostenido que: “...para configurar la posesión es necesario que el poseedor no sólo tenga la cosa bajo su poder, sino que esa posesión se manifieste con la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad; este elemento subjetivo importa no reconocer titularidad en otro, y cuando ese reconocimiento se exterioriza es evidente que no existe posesión sino tenencia (art. 2351, 2452 y 913 Cód. Civil)”¹⁰.

El sinceramiento fiscal nos posiciona en la interpretación *contrario sensu* en esa doctrina judicial. Por la particular situación simulada legalmente reconocida, el titular real ejercía la relación de poder, obviamente sin ser propietario formal, pero con indudable *animus domini* frente al testafarro que no tenía en absoluto. La exteriorización de esta disociación del poseedor que no tenía título de dominio, se ve intervertida y con efecto retroactivo por la nueva exteriorización, por la cual ambas partes reconocen que la titularidad de la relación de poder siempre estuvo sustentada en el ánimo de dueño que ahora se hace manifiesta. No hay entonces disociación: por efecto de la presunción de esta ley se unen la real posesión ejercida con el real propietario. Al decir de la Corte

8 CAUSSE, Jorge Raúl. En *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 6, Eduardo Gabriel Clusellas coordinador, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, págs. 688 y 689.

9 CAUSSE, Jorge Raúl. Ob. cit., pág. 687.

10 Corte Suprema de Justicia de la Nación, autos: “Josefina Fernández Cancio de Gamarra y otros c/Administración Nacional de Parques y Provincia de Formosa”, 29/12/1988, ED 133-466.

Suprema, podemos concluir que se está manifestando y exteriorizando el elemento subjetivo de la relación de poder posesoria.

En este sentido es viable sostener que cuando el art. 36 de la ley N° 27.260 utiliza la expresión tenencia, ella puede entenderse como relación de poder posesoria con todos sus efectos propios desde su inicio y previo a la transmisión por sinceramiento fiscal, por la eficacia retroactiva de declaración del titular aparente sobre la verdadera situación jurídica, lo cual puede ser relevante al momento de atribuciones de responsabilidad por daños producidos por la cosa.

La simulación de titularidad del derecho de dominio también se extiende a la de la relación de poder posesoria con respecto a la cosa, y el titular aparente -que no es propietario- lo es en este sentido (aparente) de ambas titularidades -tanto del derecho real como de la relación posesoria-, y por ende el verdadero propietario ostenta la apariencia de ejercicio de la relación de poder de tenencia con respecto al inmueble sincerado, que frente a terceros suele celebrar una serie de otros actos simulados como locaciones, comodatos, mandatos o poderes de representación a este efecto.

Por ello, así como se debe otorgar el título del derecho real formal al verdadero propietario también se debe cumplir con el modo del aparente al sincerante. La tradición del inmueble opera con las modalidades excepcionales de la segunda parte del art. 1923 CCyC, no siendo necesaria la entrega material actual conforme el art. 1892 CCyC -ya efectivizada-, sea que el sincerante ejerza la relación de poder u otro la ejerza por él.

5.- DISTINCIÓN ENTRE LA CAUSA INTEGRATIVA COMPLEJA O DUAL DEL SINCERAMIENTO FISCAL Y EL NEGOCIO SUBYACENTE O SIMULADO COMO CAUSA AUTÓNOMA EN EL RÉGIMEN COMÚN

La transmisión del dominio inmobiliario sincerado tiene una causa compleja que integra a la ley especial con el negocio previo subyacente y que convalida en su eficacia con las excepciones previstas para este régimen.

En la transmisión por reconocimiento de simulación lícita del derecho ordinario, la exteriorización de ese negocio también importa la del subyacente que lo justifica o sus motivos. Siguiendo la teoría dualista de la causa fin, el negocio simulado está en su faz objetiva y los motivos (negocio causal de la simulación) en la faz subjetiva. En conclusión, en el caso ordinario el negocio subyacente será la razón última de la simulación, pero no está eximida su demostración como en la ley N° 27.260, donde se diferencian algunos de sus efectos y constancias documentales.

También debe tenerse presente, que en el caso de simulación lícita del derecho común que tiene por objeto la transmisión aparente del inmueble, a la causa o negocio subyacente de la simulación se yuxtapone una manda especial: el encargo del simulante al titular aparente de realizar un acto traslativo para sí pero en interés del primero, concordando con la definición de mandato del art. 1319 CCyC. Por lo cual, en este sentido se puede sostener que este negocio simulado con transmisión de dominio aparente está integrado con la manda o contrato de mandato como uno más de los contratos causales, que justifica la posterior transmisión del titular insincero al real propietario.

5.a.- Prueba del negocio subyacente

En el régimen excepcional de la transmisión inmobiliaria por sinceramiento fiscal, el sentido objetivo determinante y común tipificante que la distingue del régimen común es la innecesariedad de toda prueba o acreditación del convenio de simulación o manda de ostentar el dominio de otro como propio o negocio subyacente, y el efecto retroactivo al tiempo de la adquisición insincera por el efecto de la ley especial. Basta la sola declaración de voluntad sin más como razón para ello.

En el caso ordinario, para que el negocio simulatorio y su causa o motivo subyacente tenga por efecto la obligación de transmitir el dominio, este debe existir y estar debidamente acreditado en forma previa. Si su acreditación no es posible, se lo puede reconocer actualmente, pero con efectos a partir del acto de reconocimiento. Deberá necesariamente ser un negocio lícito, por ejemplo, un mandato sin representación que es la causa de la nueva transmisión de dominio al mandante o un tercero en el caso de estipulación a favor de este.

En el ejemplo, el mandatario ha sido real y válido propietario por voluntad de las partes, pero en interés ajeno. Él ha asumido todos los deberes, obligaciones y derechos propios del *dominis*, con la obligación personal de transmitirlo a quien había estipulado con su mandante, derecho creditorio que no tiene reflejo en el derecho real como en el caso del dominio fiduciario, donde la obligación de transmitir al beneficiario o fideicomisario está en la estructura misma del derecho real de dominio imperfecto.

5.b.- Relación de poder del inmueble

La relación de poder del titular aparente del dominio con respecto al inmueble es posesoria y excluye la invocación de relación posesoria del mandante o destinatario de la obligación de escriturar (art. 1913 CCyC). Hemos previamente señalado que la Corte Suprema de Justicia de Nación ha sostenido que:

“...el elemento subjetivo importa no reconocer titularidad en otro, y cuanto ese reconocimiento se exterioriza es evidente que no existe posesión sino tenencia”. Por lo cual el propietario oculto será tenedor, dado que ha reconocido en el propio título causal su voluntad que se exteriorice el derecho real a nombre de otro. Sólo será poseedor a partir del acto traslativo (título) o acto que exteriorice la real relación con el inmueble; y la tradición no será necesaria por la tipificada situación descripta en los arts. 1893 y 1923 CCyC: “...cuando la cosa es tenida a nombre de propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre”¹¹.

En el régimen causal del sinceramiento fiscal, la legítima obligación de transmitir el dominio se funda en el reconocimiento retroactivo de la titularidad real. Ello importa también el reconocimiento de la simulación de la relación posesoria con efecto retroactivo. Con respecto al titular aparente, la titularidad y ejercicio de la relación de poder del inmueble fue vacua (art. 1926 CCyC), nunca la tuvo, sino que siempre el titular de la relación posesoria del inmueble fue el sincerante aunque no era titular de un derecho real (art. 1909 *in fine* CCyC), desde el momento mismo de la adquisición aparente por los efectos retroactivos de esta declaración especial y excepcional del art. 36, ley Nº 27.260.

5.c.- Realidad económica y tratamiento tributario

Las indicadas diferencias son denotadas y justificadas en la ley por las exenciones impositivas, a través de las cuales no se grava este acto y se lo exime de todos los deberes de información tributaria al reconocer la realidad económica como principio del derecho tributario; cuestión que no ocurre en caso de la transmisión causada en el caso ordinario.

En el régimen común el titular aparente será contribuyente y responsable tributario durante el período en que fue propietario, lo cual no cabe concluir en el caso del sinceramiento fiscal en que el acreedor tributario reconoció a otro contribuyente y responsable fiscal en su lugar en expresa disposición legal.

5.d.- Responsabilidad por daños de la cosa

En el caso ordinario el titular aparente -dueño en los términos del art. 1758 CCyC- es responsable con carácter objetivo por los daños producidos por la cosa hasta su transmisión al real propietario, de la que sólo se eximiría si probase que la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta; es decir, que si no formuló oposición a su uso por el verdadero propietario o a quien éste entregó la tenencia,

11 Ver nota 3, ED 133-466.

será responsable por los daños provocados a terceros en forma concurrente con el guardián o custodio del inmueble y quien provocó el daño reparable¹².

En principio, el titular aparente responde por estos daños y el acreedor deberá citar en garantía al titular real oculto al momento del daño y probar su relación de custodia o poder con relación al inmueble.

En cambio, el efecto de la retroactividad legal de la transmisión causada en sinceramiento fiscal, entendemos que hace imputable al verdadero propietario responsable por todos los daños que haya provocado la cosa desde la adquisición simulada por el titular aparente, por haber reconocido su carácter de dueño (conf. art. 1758 CCyC) con independencia de probar el tercero su relación de poder, dado que ha salido al público su situación oculta y exteriorizado su verdadera relación y derecho sobre la cosa.

En principio debería excluirse la responsabilidad de la persona a quien la ley le reconoció no ser dueño ni haber tenido la custodia de la cosa. El acreedor de la indemnización por los daños provocados por el inmueble tendrá acción directa contra el sincerante si provocó el mismo, o en forma concurrente con quien lo ocasionó. En tanto que el titular aparente podría alegar su falta de responsabilidad por no haber sido el dueño ni tener la guarda o custodia de la cosa; y la carga de la prueba correspondería al acreedor que invoque la responsabilidad del titular aparente según este régimen de excepción.

5.e.- Régimen patrimonial matrimonial

En el caso de derecho común el contradocumento por escritura pública (o reconocido judicialmente) es elemento necesario para poner en evidencia al real titular frente a terceros con efectos retroactivos a fin de determinar el carácter propio o ganancial en los términos de los arts. 464, inc. i), y 465, inc. l), CCyC.

Si las partes no contaren con este e invocaren tal causa para una nueva transmisión en la que se pretendiere que el bien haya sido adquirido como propio (soltero) al momento del acto simulado, ello no será oponible al ahora

12 Nos referimos en este análisis sólo a los daños producidos por la cosa, hecho previsto en el primer párrafo del art. 1758 CCyC, y no a los provocados por la actividad riesgo o peligros con la cosa. Explica Raúl Francisco Navas (h) en *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 6, Eduardo Gabriel Clusellas coordinador, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, pág. 247 al comentar este artículo: “En la determinación del sujeto responsable del daño, la norma mantiene la distinción del art. 1757 entre las causas del evento dañoso. Así, frente al riesgo o vicio de las cosas, su dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño, y ante actividades que sean riesgosas o peligrosas, responde quien la realiza, se sirve u obtiene de ella, por sí o por terceros”.

cónyuge o terceros, si no se obtiene la respectiva declaración judicial que reconozca la simulación o negocio subyacente o no se cumple con la subrogación de carácter propio del bien en los términos y condiciones del art. 466, segunda parte, CCyC.

En el caso ordinario, para los terceros acreedores no basta la sola manifestación del verdadero propietario (reconocimiento actual), en razón de la prohibición de la confesión como prueba para el caso de acreditar el carácter bien propio en el primer párrafo del art. 466 CCyC. Para la excepción del segundo párrafo del art. 466 CCyC al respecto se requiere obligatoriamente el consentimiento actual del cónyuge del adquirente (propietario real), y la debida constancia del carácter invocado y de su origen; salvo la existencia de un contradocumento de la fecha de simulación bajo la misma forma que el acto simulado, es decir, escritura pública en el caso que lo susbsume en el presupuesto normativo del art. 464, inc. i), CCyC.

Asimismo, en ciertos casos puede ser necesaria la prueba o declaración judicial de conformidad al art. 465, inc. a), CCyC con respecto al carácter ganancial del bien en el régimen patrimonial matrimonial, ante la oposición de acreedores de los cónyuges o del ahora excónyuge (si se ha divorciado), si no existe el contradocumento en legal formal y con fecha cierta que lo haga oponible sin más.

Esta situación será diferente en el especial régimen de la ley N° 27.260 que, al no exigir contradocumento alguno, basta con la declaración para que el bien inmueble se califique con respecto a los bienes del matrimonio del verdadero propietario al momento de la adquisición originaria simulada, con efecto retroactivo por el mero reconocimiento actual de la real situación. Conlleva calificar el bien con relación a los bienes del matrimonio al momento de la real adquisición por imperio legal, sin necesidad de otra prueba.

En consecuencia, por este sistema de excepción se califica el bien sincerado según la fecha de la previa adquisición por el titular aparente, con respecto a los bienes del matrimonio del primero, sin más, según el sincerante a ese momento hubiere sido soltero, casado, viudo o divorciado, sin necesidad de otra prueba tanto frente al cónyuge o excónyuge como ante los acreedores y demás terceros.

5.f.- Juicio de escrituración

En caso de negativa del titular aparente a transmitir el dominio, en el sistema común requerirá de la acreditación de la existencia de ese contrato causal (simulatorio) que obligue a la transmisión al titular real del negocio, en particular para petitionar su cumplimiento forzoso ante el órgano judicial.

En cambio, en este sistema de excepción, el titular aparente está obligado a cumplir con la transmisión, incluso de forma forzosa, por imperio del propio art. 38, inc. d), ley Nº 27.260, y una vez reconocido ante la AFIP tendrá legitimación activa para accionar por escrituración.

El inicio del juicio de escrituración antes del término legal de esta norma permitirá al sincerante no perder los beneficios de esta ley por no cumplir con la exigencia de “figurar a su nombre” en el plazo de vencimiento de la declaración jurada del impuesto a las ganancias del año 2017.

6.- OMISIÓN DE LOS MOTIVOS SUBYACENTES

Hemos señalado en el apartado 3 *ut supra*, que el art. 282 CCyC admite la validez y eficacia del acto aun cuando no contenga la causa, y con más razón cuando sólo se está a la parte final de art. 281 CCyC expresándose la causa objetiva y reservándose los motivos subjetivos que tácitamente integran el negocio.

La disposición técnico registral Nº 23/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, pese a que entre sus considerandos refiere a la transmisión por reconocimiento de simulación al decir: “Que el ‘sinceramiento’ de la situación jurídica y fiscal, alude -indudablemente- a un ocultamiento del negocio o situación jurídica real, que en virtud de su exteriorización habilitará -en lo que respecta a inmuebles- a la transmisión del dominio a su verdadero titular”, impone en su art. 1º la obligación a los efectos de toma de razón por ese registro de estas transmisiones de la ley Nº 27.260, de expresar en el texto escriturario: “...algún negocio jurídico causal anterior, cuyo sinceramiento justifica el cambio de titularidad que se pretende inscribir”; es decir, el motivo adicional de las partes de recurrir al negocio simulado devenido en lícito por efecto de esta ley que perdona simulación *adversus fiscum*.

La exigencia excede la norma del art. 281 CCyC parte final que admite su tácita inclusión y obliga a exigir a las partes del acto notarial traslativo de una declaración de voluntad complementaria de la que exige el régimen de sinceramiento fiscal en el art. 36 de la ley Nº 27.260: una mera declaración sin requerir acreditación o prueba que la respalde. La propia disposición técnico registral Nº 23/2016 vuelve sobre sus pasos en su art. 3º, donde acertadamente ordena confeccionar el asiento de dominio: “...a nombre del adquirente consignándose en forma expresa ‘Trasmisión del dominio ley 27.260’”, sin indicación de anotar en el mismo este motivo de la simulación (negocio subyacente) entre el titular aparente y el verdadero propietario ahora exteriorizado por la causa genérica -objetiva y tipificante- de la ley misma.

La exigencia es al solo efecto registral en el ámbito de los inmuebles situados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es decir, para acceder a la publicidad a terceros, sin perjuicio de que la transmisión se perfeccionó con los recaudos del art. 1892 CCyC, aún no inscripta.

La imperatividad de la norma administrativa llevará a tal declaración de las partes para obtener la toma de razón en dicha ciudad, y puede resultar que tales motivos no sean sinceros, sino falsos o simulados; o ser confusos, ambiguos o contradictorios, lo cual no tornará nulo el acto o la transmisión, dado que el citado art. 282 CCyC reproduciendo la sabia norma del art. 501 velezano, establece que el acto igualmente será válido si se funda en otros motivos -o causa fin subjetiva- verdaderos.

En consecuencia, siendo cumplida la exigencia registral por una mera declaración de partes que puede ser sincera o no, la misma es de carácter vacuo al momento del estudio de título que se bastará con la causa objetiva señalada y la presunción de existencia y licitud de los motivos que tácitamente integran el negocio.

Del mismo modo, en las escrituras públicas de transmisión por sinceramiento fiscal en las restantes jurisdicciones provinciales que carecen de este requisito de exteriorización de motivos subjetivos para su inscripción en sus registros inmobiliarios, es indiferente la inclusión expresa o tácita de estos motivos o negocio subyacente.

7.- OMISIÓN DE EXPRESIÓN DEL PAGO DEL IMPUESTO DEL ART. 41 DE LA LEY Nº 27.260 EN LA ESCRITURA PÚBLICA TRASLATIVA POR SINCERAMIENTO FISCAL

Señalamos como una de las condiciones para la transmisión del dominio de inmuebles por sinceramiento fiscal la determinación del impuesto especial del art. 41 de esta ley. La falta de su pago determina que hará perder al sincerante de todos los beneficios de esta ley (segundo párrafo del art. 43 de la ley Nº 27.260), pero no importa la revocación o caducidad de la titularidad del dominio así exteriorizado y transmitido.

Ante la falta de pago del impuesto determinado deberá abonar los impuestos con las multas e intereses, según el procedimiento tributario ordinario para el contribuyente a quien se le hubiere determinado la irregularidad, sin conllevar como sanción la retrocesión del dominio a quien reconoció que lo fue sólo de modo aparente.

La simulación ha quedado reconocida y establecida por lo que carece de toda lógica jurídica retrotraer el dominio al titular aparente que reconoció la falta de sinceridad del negocio: por el contrario, al poner de manifiesto la realidad, habilita la acción para que el dominio quede a nombre del verdadero propie-

tario. Por ello, la pérdida del sistema de sinceramiento fiscal no establece -ni podría hacerlo- acción real para retrotraer el dominio al titular aparente, por lo cual la transmisión al titular real es perfecta y no es observable.

La falta del pago del impuesto o sus cuotas posteriores no es causal de observación del título de dominio a favor del sincerante, porque no crea una acción real para su restitución al titular aparente, ni personal con efectos reipersecutorios.

Del mismo modo, la omisión en la escritura de sinceramiento fiscal en que no se deje constancia del pago de este impuesto tampoco será observable, más allá de la recomendación de la adecuada técnica notarial de dejar expresa constancia de ello en el cuerpo escriturario.

8.- LA ESCRITURA TRASLATIVA DEL DOMINIO SINCERADO POSTERIOR AL PLAZO DEL ART. 38, INC. D), LEY N° 27.260

La falta de otorgamiento de la escritura por sinceramiento fiscal en el plazo del art. 38, inc. d), ley N° 27.260, tampoco importa la consolidación de dominio en el titular aparente y ante el reconocimiento formulado en la forma prevista tendrá la eficacia propia del contradocumento del art. 335 CCyC *in fine*, pero la escritura pública extemporánea carecerá de todos los beneficios y excepciones impositivas de esta ley y su reglamentación.

La ley especial establece el plazo perentorio para otorgar la escritura traslativa de dominio hasta el vencimiento de la declaración jurada del impuesto a las ganancias del año 2017, estableciendo como sanción que se perderán beneficios previstos en el título I del libro II de la ley N° 27.260, es decir, se perderán los beneficios impositivos, pero valdrá como el contradocumento o causa requerida para la transmisión.

Las partes podrán otorgar la escritura traslativa de dominio, pero al perder los beneficios de la ley, cobrarán especial importancia la exteriorización del negocio subyacente o convenio de simulación, dado que la obligación de escribir ya no será el art. 38, inc. d), de la ley en cuestión por haber concluido el plazo de excepción.

La transmisión será por la causa ordinaria de reconocimiento de simulación y sus motivos los negocios causales subyacentes antecedentes que serán puestos de manifiesto, aun cuando se pierdan sus beneficios impositivos¹³.

13 GATTARI, Carlos María. Ob. cit., pág. 493: "Esta ley acepta el sinceramiento mediante una *declaración voluntaria y excepcional* (expresión del Título I, Libro II, artículos 37 y 38, etc.) pero advertimos que lo excepcional es la modificación circunstancial del régimen tributario vigente, liberatorio de intereses, multas, infracciones, acciones penales;

9.- BIBLIOGRAFÍA

- CLUSELLAS, EDUARDO GABRIEL coordinador. *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, Ed. Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015.
- GATTARI, CARLOS MARÍA. *Sinceramiento patrimonial y fiscal de negocios jurídicos simulados*, Ed. Di Lalla, Buenos Aires, 2017.
- RIVERA, JULIO C. y CROVI, LUIS D. *Derecho Civil. Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.
- VIDELA ESCALADA, FEDERICO N. y RAY, DOMINGO. "Frustración del fin del contrato y la teoría de la causa", Academia Nacional de Derecho, Ed. Abeledo Perrot, 27/9/1984.

pero no la declaración voluntaria porque aunque todo fuere sincerado *ex post facto*, el patrón de conductas aparentes continuará y nacerán indiscutible e inevitablemente nuevas simulaciones con o sin objetivo principal en lo fiscal, y seguirá siendo legítimo su reconocimiento voluntario autónomo, si bien con los efectos tributarios del régimen ordinario".

Panorama de la propiedad horizontal a más de un año de vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación

Marcelo Eduardo Urbaneja

SUMARIO: 1. Introducción. Metodología de este aporte. 2. Reflexión general acerca del código. 3. Reflexión particular acerca de la propiedad horizontal. 4. Normas sobre derecho del consumidor y contratos de adhesión. 5. Algunos casos especiales de legitimación. 6. Estado y derecho real. 7. Objeto. Unidades funcionales y complementarias. Unidades a construir o en construcción. Partes comunes. 8. El consorcio de propietarios. Derivaciones prácticas de su personalidad jurídica.

1. INTRODUCCIÓN. METODOLOGÍA DE ESTE APORTE

En abril de 2016 se publicó un libro de nuestra autoría: *Propiedad horizontal*, en editorial El Derecho, en donde abordamos de manera integral el tratamiento del instituto. Sustentados en las reflexiones que allí se formularon con mayor profundidad, procuraremos trazar los lineamientos notariales de la propiedad horizontal, transcurrido más de un año de vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (de aquí en más, el “Código”), a cuyos artículos se aludirá, salvo expresa aclaración.

En función de ese propósito, se escogieron solamente algunos tópicos de incidencia en el quehacer notarial, sin el tratamiento sistemático que se encuentra en obras como la referida.

2. REFLEXIÓN GENERAL ACERCA DEL CÓDIGO

Como lo hemos hecho en varias oportunidades, resulta liminar señalar la opinión que nos merece el Código, para comprender el prisma desde el cual abordaremos las líneas que siguen.

En cuanto publicación hicimos y en cuanto simposio jurídico intervinimos desde 2012, fuimos severos críticos del escenario legislativo entonces proyectado y hoy imperante, primordialmente en virtud de la enorme cantidad de incongruencias y silencios que tiñen al nuevo cuerpo legal, y que no se exceptúan en la propiedad horizontal. Nos apartamos, con esta actitud, del importante sector doctrinario que miró al Proyecto con marcada indulgencia, acaso por el respeto intelectual que le merecían sus autores.

Entrado en vigor el mismo, y abierto el camino de la labor interpretativa, cabe al notariado propugnar interpretaciones finalistas, que, para quienes nos sabemos iusnaturalistas, deben culminar en alcanzar lo justo. Sin embargo, esta actitud debe emprenderse dentro de un marco de razonabilidad que no desvirtúe la función antilitigiosa que por antonomasia nos distingue.

La reflexión es precisa porque en ocasiones se advierten posturas que claramente contradicen lamentables pero categóricas decisiones legislativas, con un ímpetu que hubiéramos deseado ver en el reproche al Proyecto (acompañándonos a quienes lo censuramos) y no en lecturas voluntaristas de la norma ya sancionada.

De esta manera, procuraremos proporcionar al colega las respuestas a los interrogantes abiertos por la propiedad horizontal.

3. REFLEXIÓN PARTICULAR ACERCA DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Advertimos respecto de este instituto, como de varios otros, una sorprendente actitud de parte de varios operadores del derecho: se señalan presuntas novedades en donde el Código no hace más que conservar el régimen precedente (inclusive, en ciertos casos, mejorándolo técnicamente) y se omiten destacar notables diferencias que, asumidas o no por sus autores, se incorporan a la legislación argentina.

En líneas generales, el régimen vigente exhibe sobre el tópico, además de las imprecisiones que caracterizan a todo el Código, un particular defecto: la carencia de normativa específica para los “pequeños” consorcios, desoyendo las posturas que sugerían aligerar sus recaudos (pues la saludable intención que acerca del sistema asambleario tuvieron los autores se diluyó por los interrogantes generados en torno al art. 2060). Se acentúa esta debilidad del Código al evidenciarse el sesgo metropolitano de sus inspiraciones, cuando, en marcado contraste, se preocupa con todo tino de los “subconsorcios” (art. 2068).

Entre los aspectos positivos, luce como el más relevante la idea de consagrar legislativamente algunas sugerencias doctrinarias o creaciones jurisprudenciales en el funcionamiento de los órganos o en las atribuciones de los propietarios.

4. NORMAS SOBRE DERECHO DEL CONSUMIDOR Y CONTRATOS DE ADHESIÓN

La compraventa en general, pero fundamentalmente los casos en los que el constructor realiza su primera venta en el régimen de propiedad horizontal, presenta rasgos que pueden estar abarcados por grupos de normas que despliegan diferentes reglas interpretativas, tanto respecto de los boletos como de las escrituras que sirven de título. Se trata de los contratos “celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas” (arts. 984 y sgts.) respecto de los adquirentes de las unidades, y, en cuestión polémica y no generalizable, eventualmente también de los contratos de consumo (arts. 1092 y sgts.).

La regulación de ambos grupos de contratos aparece notablemente ampliada en la nueva legislación, que incluso modificó la propia ley N° 24.240, de Defensa del Consumidor. La materia inmobiliaria es ahora profundamente impregnada con estos vectores, que no quedan necesariamente relegados a las unidades a estrenar.

En ambos casos, entre múltiples derivaciones, habrá una interpretación favorable al adquirente (art. 1062) y sus cláusulas podrán ser consideradas “abusivas” (arts. 1117 y sgts.). No obstante, es de hacer notar que no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas atinentes a la relación entre el precio y el bien (art. 1121, inc. a).

Sin embargo, también debe ponerse de relieve que estas pautas podrán gobernar el vínculo entre el constructor enajenante y el adquirente que las invoque, pero sin afectar a otros titulares de unidades. Esto significa que el reglamento no podrá alterarse por el exclusivo motivo de verse conculcados los derechos de algún adquirente en particular, pues los contratos suscriptos por

Doctrina

otros titulares integran sus respectivos derechos de propiedad (art. 965). Sólo en caso de concurrencia de adicionales circunstancias, algunas de creación jurisprudencial y otras legal, podrá acontecer tal reforma.

5. ALGUNOS CASOS ESPECIALES DE LEGITIMACIÓN: A) DUEÑO FIDUCIARIO; B) DUEÑO REVOCABLE

Tiene interés notarial detenerse en algunos legitimados para constituir propiedad horizontal y los pormenores de esos actos:

a. Dueño fiduciario

Debe comenzarse señalando que el art. 1688 ocupa conceptualmente el lugar que correspondía al antiguo art. 17 de la ley N° 24.441. El precepto vigente señala que el fiduciario puede disponer o gravar: "...cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante, beneficiario o fideicomisario".

Además, superando una de las cuestiones en su tiempo debatidas, se señala que el contrato puede incluir limitaciones a las facultades del fiduciario, llegando inclusive a la prohibición de enajenar. Podría, así, prohibirse la afectación a propiedad horizontal. Lo que la norma no establece expresamente es la suerte que corren los actos que desconozcan los fines del fideicomiso o las limitaciones contractualmente pactadas.

Con la mirada práctica que pretendemos imprimir a estas reflexiones, podríamos resumir la controversia así: se trata de saber si las limitaciones a la enajenación que se pacten (e inclusive su prohibición) o el acatamiento de los "fines del fideicomiso" imponen restricciones con eficacia real o con eficacia personal. Es decir, si la violación de esas cláusulas implica invalidez del acto o no.

De suyo, el art. 1703 exceptúa al dominio fiduciario de la normativa general del dominio, pues se podrán incluir "limitaciones a las facultades del propietario". De esta manera, aparece el art. 1688 independizado de las prohibiciones de enajenar del art. 1972.

A su vez, el art. 1705 señala que: "...la extinción del dominio fiduciario no tiene efecto retroactivo respecto de los actos realizados por el fiduciario, excepto que no se ajusten a los fines del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas, y que el tercer adquirente carezca de buena fe y título oneroso".

La controversia pervive del régimen precedente, pues la fuente de esta parte del art. 1688 vigente es el art. 17 de la derogada ley N° 24.441, teñida de similar imprecisión.

A su tiempo, con la vigencia de la ley anterior pero con conclusiones plenamente replicables, efectuamos distintas consideraciones sobre el tópico, a las que remitimos para profundizar argumentos de las dos concepciones¹. Sin embargo, a los fines de este aporte solamente interesan las conclusiones doctrinarias, que obligan a remitir a las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires, en 1997. Cabe señalar que los despachos mayoritarios allí obtenidos se afianzaron de tal modo que hoy las opiniones autorales son más contundentes que entonces.

Esa tesis rotundamente prevaleciente concuerda en que los actos que violen los fines del fideicomiso u, hoy, que vulneren cualquier limitación a la enajenación (e incluso, se insiste, su prohibición genérica) son inválidos. Se sostiene que, así como el principio general de la eficacia personal del art. 1972 reconoce casos de excepción en la misma norma, en los que la eficacia es real, el art. 1688 incorpora otro supuesto de igual alcance. Dentro de las citadas limitaciones podría incluirse la necesidad de contar con el acuerdo de fiduciante, beneficiario o fideicomisario.

La labor de asesoramiento impone al colega que, ante el requerimiento de parte de un fiduciario para otorgar el reglamento de propiedad horizontal (lo sucedan, o no, transmisiones de unidades), verifique si el contrato de fideicomiso expresamente admite este otorgamiento, o si el mismo está incluido en sus "fines". Como esta última previsión admite múltiples matices económicos que pueden escapar a la evaluación notarial, es conveniente recabar la conformidad del fiduciante con el otorgamiento (aunque la misma no fuera exigida por el contrato), pues él es el único que puede interponer la acción de nulidad señalada (por tratarse de la contraparte del contrato). La injerencia del beneficiario y del fideicomisario se limitará a solicitar judicialmente la remoción, si entendieran que el fiduciario incumplió su función.

Pero el art. 1688 incorpora una incoherencia desconcertante, llamativamente silenciada por la doctrina. Según su segundo párrafo: "El contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, las que, en su caso, deben ser inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables. Dichas limitaciones no son oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario". No

1 URBANEJA, Marcelo E. "Las prohibiciones de enajenar y los efectos de su violación en materia inmobiliaria, con especial referencia a la oponibilidad a terceros y al dominio fiduciario", JA, 2011-IV-1257.

es del caso, aquí, hacer tema con la impertinencia de exigir registración de cláusulas específicas, cuando la situación jurídica registrada es oponible en su integridad, de conformidad con señera doctrina, reafirmada en los XV y XVIII Congresos Nacionales de Derecho Registral (2009 y 2015, ambos con nuestra Coordinación Nacional). Lo cierto es que la ley exige su registración, pero no en el “Registro Público” del art. 1669, que es para los contratos de fideicomiso, sino en el que recepte el dominio fiduciario.

El análisis debe centrarse en la última oración del párrafo transcrito, que contradice los más elementales principios de Derecho Registral.

En efecto, si las limitaciones, que deben ser inscriptas, no se pueden oponer a un tercero interesado de buena fe, nos preguntamos con qué argumentos puede sustentar tal calidad alguien que contratara con el fiduciario, cuando del propio título surgen las limitaciones.

Si se tratara no ya de un contratante sino de uno de los pocos acreedores que pueden ejecutar el patrimonio fideicomitado, como la limitación o prohibición debe ser registrada, también le resultará oponible. La exigencia del art. 1688 ni siquiera exige discurrir sobre la inoperancia que al reflejo registral de tal circunstancia atribuimos.

En suma, la frase señalada del segundo párrafo carecerá absolutamente de aplicación.

La única alternativa para atribuirle un mínimo de eficacia, aunque aun así cuestionable, sería concluir que, una vez más, la pluma de los autores traicionó su espíritu. Así, podría suponerse que en rigor se pretendió significar que, en caso de no registrarse, esas limitaciones resultarían inoponibles a los terceros interesados de buena fe.

Esta crítica, que formulamos ya cuando la norma hoy consagrada formaba parte del Proyecto, ha pretendido ser atenuada, señalando que existe posibilidad de ser aplicada². Ocurriría cuando un contrato de fideicomiso, debidamente registrado, fuera modificado incorporándole cláusulas limitativas de enajenación, y esta modificación no resultara registrada. En tal caso, se indica, el adquirente no resultaría afectado en virtud de su buena fe.

El ejemplo no hace más que confirmar nuestra crítica. Precisamente, la descripción que reproducimos supone que existen cláusulas que no fueron registradas, cuando lo que el artículo establece es que la buena fe podría presentarse frente a cláusulas registradas. Se reafirma, entonces, que la directiva legal es inaplicable.

2 COSSARI, Gustavo A. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo IX, págs. 436 y 437.

El tema I del ya citado XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral (2015), que contó con nuestra coordinación nacional, abordó el subtema “Dominio fiduciario”. En la discusión en su seno, alguna opinión se alzó en defensa de la norma, pretendiendo atemperar nuestra enfática censura, señalando que la indicada inoponibilidad de las limitaciones no se predica respecto de las cosas registrables. Esa reflexión es incorrecta, pues si ésta fuera la finalidad de la ley no se haría más que reiterar el principio del art. 1895, aquí vigorizado por la presunción del art. 1919.

Por lo tanto, no corresponde la indulgencia con los autores ante semejante desprolijidad.

El citado Congreso señaló al respecto, por unanimidad: “En el caso de la registración inmobiliaria, las limitaciones a las facultades de disponer o gravar respecto del fiduciario, cuando las mismas surgen del título y de las constancias registrales, desplazan la buena fe de los terceros interesados”.

b. Dueño revocable

El titular de dominio revocable puede otorgar los mismos actos que el dueño (art. 1966), pero están sujetos a extinción, en caso de acaecer el evento resolutorio (lo que puede ser inexorable, como en el caso del plazo resolutorio, o incierto, como en el más frecuente supuesto de la condición resolutoria -una de las cuales, acaso la de mayor difusión en sede notarial, es la reversión en las donaciones-). En materia inmobiliaria el principio general es la revocabilidad con efecto retroactivo (arts. 1967 y 1969), que solamente se exceptúa por determinación contraria, sea legal (v.gr., la ingratitud en las donaciones), sea contractual (v.gr., si se estipulara que la reversión no operará retroactivamente).

En una reciente contribución sistematizamos las causas y efectos del dominio revocable, ponderando particulares derivaciones notariales y registrales. Remitimos allí para ampliar las ideas que siguen o hallar sus fundamentos³.

Resaltamos ahora la que reputamos una de las más logradas innovaciones en materia de derechos reales, el art. 1965 determina que el dominio se transformará en perfecto al transcurrir el plazo de 10 años desde el título que lo generó como revocable. En sede notarial significa que la observabilidad de los títulos sujetos a una condición resolutoria o a un cargo con efecto análogo (art. 354) se suprimirá al cumplirse ese lapso; es decir, que el título se transformará en perfecto. Así podemos verlo, por ejemplo, en el citado caso de las donaciones sujetas a reversión.

3 URBANEJA, Marcelo E. “Los ‘títulos observables’, las adquisiciones *a non domino*, el dominio revocable y la falta de pago de precio en materia inmobiliaria en el Código Civil y Comercial de la Nación”, ED, N° 13.931, del 8/4/2016, págs. 1 a 5.

Resta señalar que, si, por el contrario, en lugar de convertirse en perfecto en cabeza del adquirente, el dominio se revocará retro trayéndose al transmitente que originó la revocabilidad (por ejemplo, el donante con reversión), él readquirirá un dominio con las mismas características que tenía al transmitir. Recuérdese que este principio del efecto retroactivo podrá desplazarse contractualmente (arts. 1967 y 1969).

En materia de propiedad horizontal, entonces, el titular de un dominio revocable podrá afectarlo mediante el otorgamiento del reglamento e inclusive transmitir unidades, pero tanto uno como otro acto podrán quedar sin efectos de operarse esta revocación.

Nótese que se ha operado, en este aspecto, una profunda y muy positiva innovación. En el régimen velezano, a tenor del art. 2670 del Código Civil, producida la revocación los únicos actos que quedaban sin efecto eran los de disposición, mientras que los de administración subsistían. Entre estos últimos debía considerarse al reglamento, a tono con la doctrina virtualmente unánime que lo caracterizaba como acto de administración. Es decir que el dueño revocante readquiría el dominio, pero conservando la vigencia de la afectación al régimen de propiedad horizontal, el que, por supuesto, podía desafectar con su sola voluntad si fuera el único titular o con la de todos si fueran más de uno.

El sistema fue alterado por la normativa en vigor, pues los arts. 1967 y 1969 no efectúan la distinción que hacía el anterior art. 2670 entre actos de administración y de disposición. Hoy, por lo tanto, caen “los actos jurídicos”, sin distinguir entre unos y otros, como lo sostuvimos en tiempos del Anteproyecto⁴, anticipándonos en la difusión de la idea que recogió la doctrina posterior⁵.

Llamativamente, un sector de la doctrina ha indicado que perdura el régimen precedente, con la consiguiente supervivencia de los actos de administración⁶ (lo que debiera implicar, si fueran consecuentes con su idea, que el reglamento se conservaría). Y sientan su argumento en el art. 346 que, en la parte general, señala que ante el acaecimiento del evento resolutorio persistirán los actos de administración. Precisamente el sustento esgrimido prueba exactamente lo contrario: esa directiva se aplica como principio general, que

4 URBANEJA, Marcelo E. En *Dominio*, págs. 553 a 558. Urbaneja, Marcelo E. Coordinador del libro IV, *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, El Derecho, 2012.

5 MALIZIA, Roberto. En *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo V, dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina, La Ley, Buenos Aires, 2015, página 395, comentario al art. 1969. Molina Quiroga, Eduardo. *Manual de derechos reales*, La Ley, 2015, pág. 84.

6 VENTURA, Gabriel B. En *Código Civil y Comercial*, tomo 3, Astrea, Buenos Aires, 2015, comentario al art. 1969.

en el caso del dominio revocable aparece desplazado por un efecto revocatorio más amplio. Es ésta la única interpretación posible, pues de lo contrario la regla del art. 1969 no sería más que una inútil reiteración de la pauta general.

c. Superficiario

El art. 2120 otorga al titular del derecho real de superficie legitimación para constituir propiedad horizontal.

Los problemas a que da lugar la novedad legislativa están más ligados al propio molde de la superficie que a la propiedad horizontal, por lo que, respetando la finalidad de esta nota, solamente se harán consideraciones tangenciales.

Como prenotado de interesantes derivaciones, cabe advertir que estaríamos en presencia de un caso en que la propiedad horizontal podría no afectar todo el inmueble sino solamente un sector, dado que esa extensión autoriza el art. 2116 acerca del "emplazamiento" de la superficie.

Una primera cuestión, con escasa exploración doctrinaria, puede ser la incidencia de la superficie en la temática de las unidades a construir o en construcción (ver aquí el apartado "7. Objeto. Unidades funcionales y complementarias. Unidades a construir o en construcción").

En efecto, el Código no se pronuncia acerca de cuál de las dos variantes de la superficie permite a su titular la constitución de estos derechos. El art. 2120 solamente alude al "derecho de superficie". Si nos atuviéramos a su letra, curiosamente, la misma pareciera referir a la variante sobre cosa ajena (conf. art. 2127), lo que derivaría en la ridícula incongruencia de no concederse semejantes facultades al titular de la variante sobre cosa propia ("propiedad superficiaria", art. 2128). Ante la reprochable imprecisión legislativa, cabría extender las prerrogativas enunciadas a las dos variantes, bien que si sólo nos guiáramos por espíritu analógico cabría acotarlas a la modalidad sobre cosa propia; es decir, exactamente a la contraria a la que parece conducir la letra de la norma.

Sentada la posibilidad de constituir propiedad horizontal sobre el "derecho de construir", entendido como la modalidad sobre cosa ajena (art. 2115), se abriría un campo interesante para incluir allí, con holgura, a las unidades funcionales a construir o en construcción, que una lectura literal (que no compartimos) puede pretender excluir del objeto de la propiedad horizontal. Y si bien es cierto que las normas de este derecho real no dejan de ser aplicables, lo cierto es que deben impregnarse con las propias de la superficie (v.gr., el carácter común del terreno que aquél derecho real le adjudica se atempera en éste).

Así, el superficiario se hallaría facultado para constituir la propiedad horizontal con unidades a construir o en construcción.

Un segundo aspecto a destacar se presenta en virtud de las normas de los arts. 2117 y 2125. Por ellas, al extinguirse la superficie lo propio ocurrirá con las situaciones jurídicas derivadas del superficiario (salvo que la extinción no fuera por cumplimiento del plazo, caso en el cual perdurarán hasta que éste se hubiera cumplido: art. 2125). De esta manera, la propiedad horizontal también se extinguiría, correspondiendo el dominio pleno a quien era hasta entonces el "propietario del suelo".

Tratándose de una norma atinente a la estructura del derecho real (art. 1884), la consecuencia legal es inexorable, por lo que ninguna manifestación del mentado propietario del suelo podría enervarla. Cualquier obligación de constituir nuevamente la propiedad horizontal quedaría relegada al campo de los derechos personales. Esta limitación seguramente persuadirá a adquirentes de unidades que no deseen la finalización del derecho por transcurso de un plazo.

Finalmente, y vinculándose con esta culminación, podríamos interrogarnos sobre las reglamentaciones locales que impongan cumplir determinadas particularidades constructivas (por ejemplo, pautas para el respeto del FOT o del FOS). Si las aprobaciones planimétricas sólo computaran el sector afectado a propiedad horizontal, cuando el mismo se integre al resto del inmueble por extinción de la superficie, podrían producirse inconsistencias de difícil solución, por superponerse pautas de ambos sectores.

6. ESTADO Y DERECHO REAL

Una consolidada opinión, virtualmente unánime desde hace décadas en el ámbito civil y extendida sin dificultad en sede notarial y registral, formula una separación entre el estado de propiedad horizontal y el derecho real homónimo. La idea, diagramada en torno a la ley N° 13.512, no ha sufrido absolutamente ninguna alteración con el régimen del Código. Esta distinción, que alguna doctrina criticaba sin dejar de reconocer su existencia, procuró ser suprimida por el Proyecto de 1998. Así puede verse en el texto de su art. 1973, que reza: "El derecho de propiedad horizontal sobre el inmueble y el consorcio de propietarios se constituyen con el otorgamiento por escritura pública del reglamento de propiedad y administración redactado por el titular del dominio y su inscripción en el registro inmobiliario".

Sin embargo, ese precepto no se encuentra replicado en el Código, por lo que no cabe aplicarle sus derivaciones; y de allí que corresponda seguir admitiendo la existencia de ambas facetas de la propiedad horizontal, como lo hace

toda la doctrina que tuvo oportunidad de pronunciarse con la nueva norma⁷.

No obstante, encontramos sorprendentemente que la XXXII Jornada Notarial Argentina, de agosto de 2016, estableció: “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”, lo que equivale a señalar que se ha suprimido el estado de propiedad horizontal. Nótese, inclusive, que se utiliza un texto similar al del Proyecto de 1998, que precisamente no ha sido seguido por el Código. Debe descartarse categóricamente la pretensa innovación, recordando, con el grueso de los autores, los lineamientos de esta diferencia y su gravitación práctica.

Y ello nos obliga a preguntar por qué quienes hoy niegan esta diferencia no hicieron lo propio con el régimen derogado, con un cuadro legislativo (en este aspecto) idéntico.

Cuando sólo se ha otorgado el reglamento de propiedad horizontal, pero no hay titularidad diferenciada de al menos una unidad funcional, no ha nacido aún el derecho real, sino sólo el “estado” de propiedad horizontal.

El fundamento es el mismo que se aplicaba con la ley N° 13.512; es decir, el mismo que hace casi setenta años: la carencia de titularidad diferenciada sobre las unidades, que deberá nacer por las causas adquisitivas de los derechos reales. Y si esto era cierto antes del 1 de agosto de 2015, mucho más claro es hoy, cuando el Código se ha ocupado de sistematizar las causas adquisitivas de los derechos reales en general (arts. 1892 y sgts.) y en particular para cada uno de ellos, no habiendo ninguna norma en propiedad horizontal que permita concluir como lo hicieron allí los colegas.

Por lo tanto, y en consonancia con la opinión virtualmente unánime señalada por la doctrina después de la vigencia del Código, debe considerarse subsistente la anterior dicotomía entre el estado y el derecho real. Es decir que el régimen que se aplicará al inmueble continuará siendo el del dominio, condominio o superficie. Esto significa que el o los dueños o superficiarios del inmueble ejercerán su derecho de manera idéntica sobre todo el terreno

7 KIPER, Claudio Marcelo. *Tratado de derechos reales*, tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2016, págs. 647 y 648; Cossari, Nelson Gustavo Adrián, y colaboradores. En *Código Civil y Comercial comentado*, dirigido por Alterini, Jorge Horacio, La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 738, comentario al art. 2038; Mariani de Vidal, Marina, y Abella, Adriana N. *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, tomo I, Buenos Aires, Zavalía, 2016, pág. 258; Abreut de Begher, Liliana. *Derechos reales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pág. 205; Molina Quiroga, Eduardo. *Manual de derechos reales*, La Ley, 2015, págs. 236 y 237; Causse, Federico, y Pettis, Christian R. *Incidencias del Código Civil y Comercial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, págs. 136 y 137; Tranchini, Marcela Haydée. En *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 7, coordinado por Eduardo Gabriel Clusellas, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, comentario al art. 2038, págs. 16 y sgts.

y lo construido, sin que pueda predicarse la existencia de partes “propias” y “comunes”.

Como es sabido, el estado de “latencia” en que se encuentra el derecho real de propiedad horizontal mutará en su plena vigencia cuando aparezca la titularidad diferenciada, sea por partición o por enajenación de al menos una unidad funcional (e, inclusive, hasta por su adquisición por usucapión).

Debe advertirse que estando otorgado el reglamento de propiedad horizontal (es decir, se reitera, estando vigente el estado de propiedad horizontal), el dueño, los condóminos o el superficiario no pueden enajenar el inmueble o una parte indivisa con el régimen ordinario de propiedad “común” (es decir, transmisión del “terreno” y no de unidades). Para ello, resultará indispensable desafectar del régimen de propiedad horizontal.

Claro que el estado de propiedad horizontal podría readquirirse nuevamente en el futuro, si una persona deviene titular de todas las unidades del inmueble, pues volvería a carecerse de titularidad diferenciada. Ello, sin embargo, no implica la desafectación del régimen, pues con el renacimiento de la titularidad diferenciada (v.gr., por transmisión de una unidad) volverá a existir el derecho real de propiedad horizontal. En cambio, si se procediera a la desafectación (otorgada por todos los propietarios) se extinguiría el derecho real sin subsistir el estado.

Las consecuencias de la distinción entre estado y derecho real son fecundas, puesto que no se aplicará ninguno de los institutos de éste. No habrá, por lo tanto, consorcio, asambleas, expensas, administrador ni régimen “especial” de mejoras (arts. 2051, 2052 y conc.). Todos estos rubros serán regidos por la normativa del dominio, de la superficie o de la comunidad vigente (condominio, comunidad hereditaria o indivisión postcomunitaria).

Resulta pertinente resaltar, y mucho más por sus implicancias notariales, que el nacimiento del estado de propiedad horizontal se produce con el otorgamiento del reglamento y no con su inscripción, tal como lo ha señalado HIGHTON⁸. Es decir que su inscripción es declarativa, en armonía con el saludable principio general, y no constitutiva, como evidencian concluir quienes señalaban que recién con la inscripción nacía el mencionado estado (afirmación que fuera formulada tanto con la antigua legislación⁹ como con la vigente¹⁰). Acaso estas

8 HIGHTON, Elena Inés. *Propiedad horizontal y prehorizontal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 147.

9 PAPAÑO, Ricardo José; Kiper, Claudio Marcelo; Dillon, Gregorio Alberto; Causse, Jorge Raúl. *Derechos Reales*, tomo 1, Astrea, Buenos Aires, tercera edición actualizada y ampliada, 2012, pág. 521.

10 TRANCHINI, Marcela Haydé. En *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 7, coordinado por Eduardo Gabriel Clusellas, Astrea-FEN,

posturas se enancaran en el deber de inscribir que imponían los arts. 1º, 2º y 24 del decreto reglamentario de la ley Nº 13.512 (el Nº 18.734/1949), pero ello implicaría confundir el carácter obligatorio o voluntario de la registración con su efecto declarativo o constitutivo, error que buena parte de la doctrina extranjera comete y acerca del cual nos hemos detenido en otra oportunidad¹¹. Es cierto también que el ya reproducido art. 1973 del Proyecto de 1998 le otorga, por su letra, efectos constitutivos, pero ese texto no tiene réplica en el Código.

7. OBJETO. UNIDADES FUNCIONALES Y COMPLEMENTARIAS. UNIDADES A CONSTRUIR O EN CONSTRUCCIÓN. PARTES COMUNES

Como es sabido, la propiedad horizontal resulta de la mixtura entre partes privativas, con un régimen semejante al dominio, y partes comunes, con un régimen semejante al condominio con indivisión forzosa perdurable. Las primeras se subclasifican en unidades funcionales y complementarias, y las segundas, según el criterio que se siga, en necesariamente comunes y no necesariamente comunes, por un lado, y en comunes de uso común y comunes, de uso privativo, por el otro.

7.1. Partes privativas

a. Unidades funcionales

Está compuesta de los "...espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino" como pisos, departamentos o locales (art. 2039). Es saludable la elevación a legislación nacional del concepto, antes relegado a la normativa local.

Las partes comunes están comprendidas dentro del concepto de unidad funcional (idem). También se comprenderán en ella las unidades complementarias destinadas a servirla (art. 2039), y dispone respecto de ellas una relación que no puede equipararse con la existente entre partes privativas y comunes (art. 2045 *in fine*).

Buenos Aires, 2015, pág. 16, comentario al art. 2038; y Molina Quiroga, Eduardo. *Manual de derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 237.

11 URBANEJA, Marcelo E. "La registración inmobiliaria argentina. Reflexiones contemporáneas en torno a sus aspectos medulares", en *Estudios de Derecho Civil con motivo del Bicentenario*, dirigido por Julio Conte-Grand y coordinado por Gabriel de Reina Tartiére, El Derecho, Buenos Aires, 2011, págs. 553 y sgts.

Doctrina

El destino de las unidades funcionales determinará la utilización de las mismas. Deberá fijarse en el reglamento de propiedad horizontal (art. 2056, inc. j) y respetarse por los propietarios (art. 2047, inc. a). En la mayoría de las demarcaciones argentinas, los planos de propiedad horizontal incluyen la determinación del destino, atribución concordante con las facultades de limitar el dominio (art. 1970).

Por lo tanto, el reglamento no podrá desconocer ese destino, desplazándolo. Sin embargo, nada impide que en dicho instrumento se pacte, *además* del destino previsto en el plano, otro diferente. De esta manera, e independientemente de lo que indique cada regulación provincial o municipal, si por una re zonificación o recategorización de determinados sectores se dispusiera normativamente ampliar los destinos posibles al que aparece previsto en el reglamento, el mismo tendrá aplicación inmediata, sin necesidad de operar una modificación de ese instrumento.

b. Unidades complementarias

En rigor, el vínculo que la unidad complementaria mantiene con la funcional debe catalogarse como “dependencia” o “accesoriedad”, que inclusive podría leerse como una manifestación de lo dispuesto por el art. 230.

Cabe aquí apuntar que, si bien la subordinación a servir a una unidad funcional es uno de los elementos que definen a la unidad complementaria, el factor determinante para tenerla por tal es, en todos los casos, el reglamento de propiedad horizontal (que no hará más, en este aspecto, que reproducir el plano).

El régimen transmisivo de las unidades complementarias exige una aclaración preliminar. Contra la doctrina que los entiende congruentes, advertimos una notable desarmonía entre los arts. 2039, 2045 y 2056, inc. q, que dio pie a una desafortunada disposición técnico registral del registro inmobiliario porteño, afortunadamente derogada. Atento la complejidad del asunto, remitimos a otro lugar para su examen detallado¹².

c. El carácter propio lo determina el reglamento

Finalmente, el art. 2043 coloca dentro de lo privativo a: “...las cosas y partes que, susceptibles de un derecho exclusivo, son previstas como tales en el reglamento de propiedad horizontal, sin perjuicio de las restricciones que impone la convivencia ordenada”. La frase es oscura y superflua.

12 URBANEJA, Marcelo E. *Propiedad horizontal*, El Derecho, Buenos Aires, 2016, págs. 90 y sgts.

En otras palabras: aun tratándose de un departamento, si su carácter de propio no surge del reglamento de propiedad horizontal (que, reiteramos, en este aspecto, se limitará a reproducir el plano respectivo), no será parte privativa sino común (art. 2040, primer párrafo, *in fine*).

d. Conclusiones acerca de las partes privativas

La vaguedad conceptual del Código, que reproduce y en cierto punto agrava la existente con el sistema de la ley N° 13.512, reposa en la omisión de considerar las disposiciones locales y registrales que tanto peso tienen en la temática.

En primer lugar es incorrecto señalar que la unidad funcional sea una suerte de confluencia de parte privativa y parte común. El término debe reservarse para la parte privativa autónoma según se ha aprobado por la autoridad administrativa de cada demarcación (departamento, oficina, piso, espacio guardacoches, entre otros).

Las partes comunes no integran la noción de unidad funcional, más allá del vínculo inescindible entre ambas en virtud de la anunciada inseparabilidad. Esta convicción se corrobora por el propio Código cuando, por ejemplo, en el art. 2056 alude a la enumeración de las unidades funcionales y complementarias de manera separada a las partes comunes (incs. b y j para las primeras, y d y k para las segundas).

En segundo lugar, la alusión a las unidades complementarias es errática, pues debe destacarse que son tan parte privativa como las unidades funcionales, pero sometidas a un régimen peculiar. Adviértase que el art. 2056, en su inc. b, alude separadamente a ellas a la hora de describirlas en el reglamento de propiedad horizontal, pero en cambio se silencia la necesidad de consignar el destino de las unidades complementarias, siendo que sí se lo hace con las funcionales (inc. j).

e. Las unidades funcionales a construir o en construcción

Es de lamentar que los autores del Anteproyecto se hayan desentendido de la problemática y no hayan incorporado normas que aludan al problema, evitando la anarquía legisferante que nutre a las distintas demarcaciones del país. Sabemos que en el caso de la provincia de Buenos Aires, claramente la más penetrada por el fenómeno, el régimen se halla prolijamente regulado con su resonado decreto N° 2489/1963 y la trascendental reforma impresa por el decreto N° 947/2004. No escapa a la reflexión de ningún operador jurídico la evidente tensión que esos decretos presentaban con la ley N° 13.512, colocando

en seria duda su constitucionalidad, pese a lo cual han prestado una innegable utilidad al tráfico jurídico en una cuestión de alto impacto social.

Un sustento nada desdeñable, aunque involuntario, se brindó a través del decreto Nº 18.734/1949, reglamentario de la derogada ley de propiedad horizontal, que en su art. 1 aludía a un edificio “existente o a construir”.

En suma, la puntual inquietud es si el Código ha receptado la posibilidad de tener por parte privativa a las unidades con estas características.

La gravitación de la respuesta que se brinde al interrogante planteado es liminar, pues permitirá operar jurídica y económicamente sobre cada una de estas partes de manera independiente.

Es de hacer notar que en materia de conjuntos inmobiliarios el Código es inequívoco en considerar su inclusión, pues el art. 2077 establece que la unidad funcional: “...puede hallarse construida o en proceso de construcción”.

Un fuerte argumento para rechazar que ese mismo temperamento pueda predicarse de la propiedad horizontal es que en el articulado relativo a la misma no hay una frase equivalente. En este sentido, la intención de los autores del Anteproyecto parece clara, y así también lo interpretó el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires a través de la orden de servicio Nº 45/2015. Se interpreta allí restrictivamente el ordenamiento y se exige como indispensable la existencia de un “edificio”, entendiéndolo como una construcción.

En sentido contrario, el XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral (primero celebrado con el régimen vigente), llevado a cabo en Rosario, provincia de Santa Fe, entre el 22 y el 24 de octubre de 2015, resolvió: “Adherir a la Recomendación de la LII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble, la que expresa: Hacer uso del concepto amplio de ‘edificio’, a fin de que se entienda comprendido en el artículo 2037 del CCyC, a toda edificación terminada o en proceso de construcción, conforme haya sido oportunamente visado o autorizado por el organismo catastral pertinente. Toda vez que el concepto de ‘edificio’ de la Ley 13.512 no ha cambiado, resulta de aplicación el artículo 2077 del CCyC al régimen del Título V del Libro IV, conforme con las distintas reglamentaciones locales referidas a la citada ley”.

Compartiendo lo resuelto en este último sentido, advertimos que existe una alternativa hermenéutica que puede propiciarse, encajados en las pautas interpretativas a las que invita el art. 2, aunque no haya sido (reiteramos) la intención de sus autores.

Se trata de una expresión ya reseñada, que utiliza el art. 2039. Allí, cuando indica en qué consiste la unidad funcional, luego de enumerar a los “pisos”, “departamentos” y “locales”, se menciona a: “...otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino”.

El giro empleado, que evidentemente descarta a los tres primeros objetos enunciados, permite, sin necesidad de ensancharlo, un amplio espectro

de variables. Si allí podrían entrar los espacios guardacoches también podría ensayarse la alternativa propugnada, pues el aprovechamiento de las unidades a construir o en construcción estará enmarcado por “su naturaleza y destino”.

Si a estos cánones interpretativos añadimos la manda legal dimanada de los arts. 228 y 2375, fácilmente podemos concluir que el “fraccionamiento parcelario” también incluye (ribetes terminológicos aparte) a los inmuebles sometidos a propiedad horizontal. En ellos, los criterios de la legislación local pueden determinar cuándo se está en presencia de una unidad de las características que se vienen afirmando, pues esas demarcaciones son también las encargadas de velar porque no se convierta en “antieconómico el uso y aprovechamiento”. Este último sustantivo, que es el que utiliza el citado artículo 2039, es la guía que cada normativa poseerá para disciplinar el régimen de aprobación de estas unidades.

7.2. Partes comunes

a. Alcance

La determinación del alcance de las partes comunes, en cambio, se pierde en un verdadero galimatías legal, acerca del cual la generalidad de la doctrina ha guardado indulgente silencio.

Interesa establecer su extensión porque sobre ellas, a diferencia de lo que ocurre con las partes privativas “...ningún propietario puede alegar derecho exclusivo” (art. 2040, segundo párrafo).

Los arts. 2041 y 2042 contienen diferentes enumeraciones, que aportan vacilaciones objetables por su desarmonía. Señala el art. 2040 que las partes o cosas comunes son las que resultan “...indispensables para mantener su seguridad y las que se determinan en el reglamento de propiedad horizontal. Las cosas y partes cuyo uso no está determinado, se consideran comunes”. La última oración resulta reprochable, en tanto presume la titularidad (que puede ser privativa o común) a partir del uso (que puede ser general o exclusivo). La previsión adecuada debió haber sido la de concluir que “Las cosas y partes cuya titularidad no está determinada, se consideran comunes”.

b. Son comunes a todas las unidades funcionales

El mismo art. 2040 puede dar lugar a encontradas interpretaciones al señalar que estas partes son “...comunes a todas o a algunas de las unidades funcionales”. La interpretación literal del precepto introduciría un cambio superlativo respecto del régimen derogado, notoriamente inconveniente y de proyecciones impensadas.

Se estaría admitiendo la existencia de partes que no fueran comunes a todas las unidades funcionales (como ocurría con la ley N° 13.512) sino sólo a algunas. Significaría que el régimen de disposición de las mismas (inseparabilidad mediante) y demás secuelas de la titularidad (responsabilidad y alcance de la falencia, por ejemplo) afectarían solamente a ciertas unidades pero no a otras. Se perdería la “inescindibilidad” entre “las diversas partes del inmueble”, que pregona el art. 2037 *in fine* y que es el numen de la propiedad horizontal.

A fin de no desintegrar la interpretación sistemática de este derecho real, la única hermenéutica admisible es la que vincula la frase a la “afectación exclusiva a una o varias unidades funcionales” (art. 2040, segundo párrafo); es decir, a las partes comunes de uso común o de uso exclusivo.

Ocurre que el legislador ha confundido la ubicación física de la parte común con su pertenencia a cierta o ciertas unidades funcionales, pero no a todas, como podría ocurrir con las instalaciones para los servicios de gas, agua o teléfono de determinado departamento, o con el sector en el que se encuentran los tableros eléctricos.

De esta manera, y para concluir este punto, cabe interpretar que la titularidad de las partes comunes siempre corresponde a los titulares de *todas* las unidades funcionales, mientras que su uso puede estar afectado a *algunas*.

Esta idea puede corroborarse a través de la armonización del art. 2040 con el art. 2056, incs. d, h y k.

c. Partes necesariamente comunes y partes no necesariamente comunes

A su vez, los arts. 2041 y 2042 deslindan dos subcategorías (siguiendo la interpretación dominante con el régimen de la ley N° 13.512), las necesaria y no necesariamente comunes. Si bien el calificativo no resulta explicitado, se colige que las primeras no pueden pertenecer a la categoría de partes privativas bajo ningún concepto, y cualquier previsión contraria del reglamento resultaría ímproba. Las no necesariamente comunes, en cambio, podrían ser calificadas de propias en dicho reglamento.

Destacamos otra notable desprolijidad de los autores de la norma, que rotulan con terminología no equivalente a las dos subcategorías. Mientras las primeras se denominan “necesariamente comunes”, las segundas son llamadas “comunes no indispensables”.

Para ambas clases de cosas comunes, empero, el Código establece que la enumeración es enunciativa, por lo que a cualquiera de ellas podrían sumarse otros rubros. Evidentemente, esta aseveración diluye la impronta con que se quiso adunar a las partes “necesariamente comunes”. Frente al inc. k del art. 2041, que le atribuye este carácter a las “instalaciones existentes para servicios de beneficio común”, poco más puede agregarse, e

inclusive varios de los enunciados anteriores se subsumen en éste. Lo propio ocurre con las partes no necesariamente comunes que contempla el art. 2042, pues en rigor todas ellas también pueden calificarse con comodidad con la expresión del art. 2041, inc. k¹³.

Esto termina obligando a recurrir, en todos los casos, al reglamento de propiedad horizontal, que deberá prever su enumeración, uso y goce y destino (art. 2056, incs. d, h y k).

Resulta sumamente reprochable consignar entre las partes necesariamente comunes a “la vivienda para alojamiento del encargado”. Con la ley Nº 13.512, al no existir calificación normativa de partes comunes, cómodamente se incluía la previsión entre las no indispensables.

Por eso, en la actualidad, son numerosos los inmuebles en los cuales se destina para ese fin a una unidad funcional (es decir, parte privativa), generalmente en cotitularidad entre los titulares de las restantes unidades del edificio. En estos casos, el uso de dicha unidad por el encargado integra las atribuciones contractuales de éste.

Este proceder cotidiano es sumamente saludable y debiera perfectamente coincidir con la propuesta del Código, como una alternativa más. Que ciertas regulaciones locales obliguen en determinadas ocasiones a prever un espacio común con estas características como presupuesto para la aprobación de los planos no debiera derivar en que ahora se erija como recaudo de la legislación nacional.

Piénsese que si no se hubiera previsto primitivamente un encargado (y por lo tanto tampoco un sector destinado a su vivienda), la designación posterior obligaría a modificar el reglamento de propiedad horizontal para transformar una parte privativa en común, implicando un evidente dispendio de tiempo y gastos para los consorcistas.

Presumiblemente, eludiendo la letra de la ley, la doctrina y jurisprudencia se encarguen de atemperar su carácter y la transformen en no necesariamente común.

7.3. La inseparabilidad entre partes privativas y comunes: implicancias. Los diversos porcentuales

La relación entre las partes privativas y las comunes se plasma en la inseparabilidad (arts. 2037 y 2045, ambos *in fine*) que determina la imposibilidad de deslindar las prerrogativas entre ambas.

13 Para todas las afirmaciones del párrafo, ALTERINI, Jorge Horacio. “Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código”, Academia Nacional de Derecho, 2012, 04/09/2012.

Doctrina

Esto significa que todos los actos jurídicos sobre cualquiera de ellas implican su extensión a la otra, se indique o no de esa manera en el respectivo otorgamiento, y aun cuando expresamente se consignara la intención de prescindir de esa inseparabilidad.

La medida de ese vínculo entre partes privativas y comunes se traduce en una parte indivisa que los titulares de las primeras tienen sobre las segundas (art. 2039), conocida con el nombre de “proporción” o “porcentaje”, prevista en el reglamento (art. 2056, inc. f).

En tanto el Código alude a diversos porcentuales (que son los mismos y con similar alcance que en el ordenamiento precedente), corresponde ordenarlos y deslindarlos adecuadamente por las diversas derivaciones prácticas de cada uno.

a. Parte indivisa sobre las cosas comunes (art. 2039, in fine)

Es la que hemos denominado, a tono con la práctica habitual, “proporción” o “porcentual de dominio”. La establece el art. 2056, inc. f. El silencio legislativo al respecto admite proceder como en la ley N° 13.512 (aunque allí hubiera expresa permisión legal en su art. 39), permitiendo establecer ese porcentual con total libertad por los otorgantes, sin ligarlo a ningún factor objetivo (como la superficie o el valor).

Cabe consignar que la utilidad de esa proporción resultaba muy limitada en la ley N° 13.512, pues sólo se advertía en los casos de destrucción y vetustez (arts. 12 y 16 de dicha norma). Para el Código, en cambio, la relevancia de la misma se acrecienta, pues además del caso de grave deterioro o destrucción (art. 2055, equivalente a los supuestos comentados de la ley derogada) se computa para formar la mayoría en las asambleas (art. 2060) y para obtener un pronunciamiento de las mismas respecto a asuntos primitivamente atribuidos al administrador o al consejo de propietarios (art. 2058, inc. b). También se vincula esa proporción al monto que cabe abonar por deuda de expensas (art. 2046, inc. c), aunque por lo dispuesto en el art. 2056, inc. g, cabe concluir que el reglamento podría determinar un porcentual diverso.

b. Proporción para el pago de expensas comunes (arts. 2046, inc. c, y 2056, inc. g)

La contradicción entre ambos artículos debe salvarse entendiendo que, en caso de silencio del reglamento sobre el punto, la proporción será la que corresponda al rubro anterior. Pero en caso de pronunciarse el reglamento, habrá que estarse a la medida que él determine (arg. art. 2048, segundo párrafo, *in fine*). Las expensas comunes extraordinarias pueden ser determinadas por la asamblea (arg. art. 2048, tercer párrafo).

c. Valor de la unidad en relación al conjunto (art. 2055)

Tiene relevancia a los efectos del grave deterioro o destrucción, rubro en el que también incide la parte indivisa sobre las cosas comunes. Guarda la suficiente simetría con el llamado porcentual “fiscal” como para identificar ambos. Se trata del valor que el estado local atribuye al inmueble para el pago de tributos. Usualmente, la superficie total y las parciales (cubiertas, semicubiertas, descubiertas, etc.) son un factor determinante para su fijación.

Hay quienes advertían, con el ordenamiento derogado, un eventual cuarto porcentual, que sería el de las mayorías necesarias para tomar resoluciones. En rigor, si bien el reglamento debe atender sobre la forma de computarlas (art. 2056, inc. p), si no se toman a razón de un voto por unidad sólo queda vincularlas a alguno de estos tres porcentuales, por lo que no habría tal autonomía como para erigirla en una cuarta categoría.

7.4. Los bienes del consorcio

La personalidad jurídica del consorcio implica diferenciarla de la de sus miembros (art. 143) y, en consecuencia, lo proyecta como titular de un patrimonio también diferenciado (art. 154). Esto deriva en que los bienes de los que el consorcio sea titular *no pertenecerán al patrimonio de ninguno de los miembros de esa persona jurídica, es decir, los propietarios o consorcistas.*

De allí que los bienes del consorcio no integren, por ese solo motivo, el objeto del derecho real de propiedad horizontal. Y decimos *por ese solo motivo* porque bien podría ocurrir que el consorcio adquiriera una unidad funcional o complementaria (es decir, partes privativas) del mismo inmueble, lo cual sucedía con frecuencia en las subastas para amortiguar la deuda de expensas del consorcista ejecutado. Esa unidad que el consorcio adquiriera será parte privativa y sobre ella podrá ejecutar todos los actos jurídicos que podría hacer cualquier otra persona (arts. 2037, 2039 y 2045).

La liminar implicancia práctica de este tópico radica en que *en ningún caso los bienes del consorcio son partes o cosas comunes.*

En esta línea no deja de prestarse al interrogante el concepto que quiso aprehenderse con la alusión a los “bienes propios” como contenido del reglamento (art. 2056, inc. c), pues las partes privativas fueron señaladas en el inc. b y el patrimonio del consorcio en el inc. e. Nótese que la expresión apuntada sólo es reiterada a propósito de las obligaciones de los propietarios, cuando el art. 2046, inc. e, describe separadamente a los “bienes del consorcio” de las “partes comunes”.

Por otra parte, la expresión “bienes del consorcio”, que se corresponde con su personalidad jurídica, es utilizada en los arts. 2046, inc. e, 2048 y 2056, inc. i.

8. EL CONSORCIO DE PROPIETARIOS. DERIVACIONES PRÁCTICAS DE SU PERSONALIDAD JURÍDICA

8.1. Concepto. Terminología

El consorcio es “el conjunto de los propietarios de las unidades funcionales”, según la descripción que formula el art. 2044.

Su denominación atestigua la icónica desprolijidad del Código, pues mientras el art. 148, inc. h, lo cita como “el consorcio de propiedad horizontal”, el art. 2044 y varios otros del mismo título lo refieren solamente como “consorcio”, seguramente con la intención de prevenir la eventual confusión del “consorcio” sin aditamentos con el “consorcio de cooperación” disciplinado en los arts. 1470 y sgts., el que, como liminar diferencia, carece de personalidad (art. 1442).

Curiosamente, en materia de conjuntos inmobiliarios (que configuran una “propiedad horizontal especial”), se alude al “consorcio de propietarios” (arts. 2083, 2085 y 2086).

8.2. Naturaleza jurídica. Su carácter “necesario”

Pese al reconocible carácter de persona jurídica que lo impregna, hay una notable diferencia entre el comienzo de la existencia de esta persona jurídica y el de las otras. Mientras que en las demás personas jurídicas su nacimiento se produce cuando se celebra un acto jurídico que tiene por fin crearla, el consorcio nace de la mano del derecho real de propiedad horizontal, lo quieran o no sus miembros. Además, quienes adquieran unidades con posterioridad, también se convertirán en miembros, lo quieran o no.

Todo lo cual, en buen romance, implica que mientras exista la propiedad horizontal existirá también el consorcio, pauta que contribuye a sostener, por ejemplo, que el consorcio no puede concursar¹⁴.

Estas derivaciones categorizan su carácter de persona jurídica “necesaria”, determinando una serie de consecuencias para armonizarse con el artículo 142. Desde la óptica notarial, la más relevante de ellas es que no se requiere el otorgamiento de ningún acto constitutivo particular, pues su origen surge del reglamento, que hará las veces de ese acto constitutivo.

Con temperamento asimilable, se concluye que la existencia de la persona consorcio no requiere registración alguna, pues el Código no la establece

14 URBANEJA, Marcelo E. *Propiedad horizontal*, El Derecho, Buenos Aires, pág. 145.

ni para la generalidad de las personas jurídicas ni para el consorcio. Lo propio cabe afirmar acerca de la "autorización legal" preconizada por el art. 142.

Acaso la más relevante aplicación práctica de la personalidad del consorcio sea la personalidad diferenciada entre el ente y sus miembros, proveniente del art. 143.

Claro está que ese enunciado reitera, con terminología depurada, un concepto que ya exponía VÉLEZ SANSFIELD en el art. 39 del Código Civil. La novedad más relevante no es, entonces, que se aluda a la personalidad diferenciada de la persona jurídica respecto de sus miembros, sino que expresamente se haya consagrado como persona jurídica al consorcio.

Como las derivaciones de la personalidad diferenciada son múltiples, solamente haremos mención de la más relevante en sede notarial, que es la titularidad de unidades.

A tenor del art. 150, se hace notar que para llegar a la aplicación de las normas "de este Título" (propiedad horizontal) deben primero compulsarse las "...normas imperativas (...) de este Código" (inc. a). Tratándose, además, de un derecho real, esa imperatividad aparece vigorizada por el principio de "estructura" (art. 1884) o "estructura legal" (art. 1882).

8.3. Atributos de la personalidad

En función de la personalidad jurídica reconocida, cabe verificar la existencia de los diversos atributos de la misma en el consorcio.

El art. 2044 ya determina expresamente que el domicilio será "el inmueble", entendiéndose por tal a aquél afectado a propiedad horizontal. De esta manera, cabe descartar respecto del consorcio la distinción entre domicilio y sede social, originalmente postulada por el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial "Quilpe S.A."¹⁵, luego incorporada por el decreto ley N° 22.903/1983 como art. 11, inc. 1, de la Ley de Sociedades Comerciales, y hoy extensible a la generalidad de las personas jurídicas por el art. 152.

El patrimonio es evocado de diversas maneras por el Código. En el régimen general de las personas jurídicas se lo establece en el art. 154. En lo atinente específicamente al consorcio es mencionado a través de los "bienes del consorcio" (arts. 2046, inc. e, 2048 y 2056, inc. i) o directamente del "patrimonio" del mismo (art. 2056, inc. e). En el momento inicial el patrimonio estará constituido exclusivamente por el crédito por expensas y eventualmente por el fondo de reserva que ya se hubiere destinado, salvo que en el mismo momen-

15 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en pleno, "Quilpe S.A.", ED 72-644.

to de otorgar el reglamento se le transmitan bienes de cualquier naturaleza. De íntima relación con el reconocimiento de un patrimonio en el consorcio es el inc. t del art. 2056, que señala que el reglamento de propiedad horizontal debe contener la "...fijación del ejercicio financiero del consorcio".

Afortunadamente no será de aplicación al consorcio, por no corresponder la registración de su constitución, el segundo párrafo del art. 154, que establece que "La persona jurídica en formación puede inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables". La "inscripción preventiva" mentada reproduce la prevista por el art. 38 de la ahora Ley General de Sociedades, concepto inexistente en el Derecho Registral argentino inclusive en 1972, por lo que al notable desacierto de los autores de la Ley de Sociedades Comerciales sobre el particular se adiciona la insólita insistencia de los autores de la norma imperante¹⁶.

Nótese cómo el art. 154 es todavía más incoherente que el precepto societario, puesto que éste ni siquiera lo limita a la persona "en formación".

La denominación puede obedecer a las pautas del art. 151. El "aditamento indicativo de la forma jurídica adoptada" se cumple con la palabra "consorcio", y entendemos (como se estilaba desde la práctica y en ciertos aspectos tributarios) que el resto de la denominación puede completarse con los datos de la dirección del inmueble (incluyendo la ciudad), combatiendo así toda homonimia.

En cuanto a la capacidad, si bien más adelante se formulan diversas consideraciones al respecto, nos parece pertinente reproducir parcialmente una ponencia que, en su versión original, resultó laureada en el XVII Congreso Nacional de Derecho Registral, Vicente López, provincia de Buenos Aires (15 al 17 de agosto de 2013), al que concurrimos en representación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina¹⁷. Allí, el hoy Código era referido como Proyecto y la Ley General de Sociedades como Ley de Sociedades Comerciales, pero ninguna de las normas vinculadas a la problemática sufrió alteraciones. Por lo tanto, sus reflexiones perduran en la actualidad, con la salvedad de nuestra posición acerca de las mayorías necesarias para aprobar la adquisición de inmuebles, motivadas en el nuevo contenido del reglamento de propiedad horizontal, temática que se abordará luego. He aquí el aporte señalado:

16 Véase URBANEJA, Aldo Emilio. En *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 1, coordinado por Eduardo Gabriel Clusellas, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, págs. 470 a 472.

17 URBANEJA, Marcelo E. "El objeto y la capacidad de las sociedades comerciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", ED, N° 13.325, del 19/9/2013, págs. 1 a 4; y *El Derecho*, Legislación Argentina, N° 18, 11/10/2013, págs. 7 a 14.

“CONCLUSIONES – PONENCIAS. La innovación propugnada por el artículo 141 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, en cuanto establece que las personas jurídicas tienen capacidad ‘para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación’ es disvaliosa y asistemática.

Es disvaliosa por cuanto la dubitable contundencia de su texto puede brindar argumentos a la perimida tesis según la cual ‘el objeto es la medida de la capacidad’.

Es asistemática por cuanto deja subsistentes diversos artículos del decreto-ley 19.550/1972 (‘ley general de sociedades’ según el Proyecto), que contrastan con la directiva aparentemente brindada por el citado artículo 141.

Esta dicotomía sólo puede resolverse interpretando que, al menos en materia de sociedades comerciales, la capacidad continúa sin estar limitada por el objeto. El artículo 150 del Proyecto corrobora esta interpretación.

Debe reformularse el artículo comentado para descartar una inferencia como la insinuada aun para las personas jurídicas que no sean sociedades comerciales”.

Más adelante, y en relación a la misma problemática, formulábamos una serie de consideraciones acerca del efecto de los actos “notoriamente extraños” al objeto social y la “inoponibilidad” del art. 54 de la Ley de Sociedades Comerciales precisamente en materia de las entonces “sociedades comerciales”. Estas ideas pueden sin dificultad ser aplicables a los actos que celebre el consorcio, a efectos de disipar la estrechez con que se analiza la titularidad de bienes, asunto acerca del cual nos ocupamos en el apartado siguiente. En aquel aporte decíamos lo que parcialmente transcribimos a continuación:

“2) RELACIÓN ENTRE EL OBJETO, LA CAPACIDAD Y LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO VIGENTE

(...)

- La determinación de los actos ‘notoriamente extraños’ al objeto social

Con la sola letra de la ley, y se consienta o no que éste fue el objetivo de sus autores, el artículo 58 admite que, al menos, se distingan tres clases de actos: los notoriamente extraños, los extraños y todo el resto. El precepto permite concluir que los dos últimos obligan a la sociedad, pero no los primeros.

Desde la doctrina notarial se han propuesto, con esta finalidad, diversas clasificaciones de los actos, que permiten advertir nuevas distinciones dentro de los que no sean ni notoriamente extraños ni extraños.

Remitiendo a la fuente para ampliar sus fundamentos, es compartible la propuesta de BENSEÑOR, que sugiere la siguiente categorización: a) actos incluidos en el objeto social; b) actos accesorios de otros comprendidos en el objeto social; c) actos preparatorios de la ejecución de un acto del objeto social; d) actos facilitadores de la realización de otro incluido en el objeto social (o direc-

tamente del cumplimiento del objeto mismo); e) actos extraños al objeto social. Por todos ellos, incluidos en la competencia del representante, la sociedad queda obligada.

No lo estaría, insistimos, por los actos notoriamente extraños al objeto social. Sin embargo, se discrepa si la decisión de otros órganos sociales puede obligar a la persona jurídica.

En suma, la controversia redundante en meritar si la notoria extraneidad implica incapacidad de la sociedad (lo cual impediría que cualquier decisión previa de alguno de sus órganos consiguiera vincularla) o bien incompetencia del representante (por lo que la autorización por otro órgano societario -que diferirá según los casos- sí la obligaría).

Se asume que en términos generales quienes se enrojan en la tesis que limita la capacidad por el objeto sustentan la primera de las ideas expuestas, mientras que quienes descartan esa simetría abonan la segunda.

NISSEN, partidario de la incapacidad de la sociedad, asevera que los actos en estudio son 'nulos de nulidad absoluta'. Más allá de nuestra discrepancia con su parecer, la caracterización de acto nulo no se corresponde con la necesidad de apreciación judicial que dimana de la valoración de lo notoriamente extraño, por lo que en todo caso debiera reputarse anulable.

Conforme estas nociones, se abre un último interrogante, cual es el de determinar si es subsanable el defecto de actuación del representante que intervino en un acto de esta clase sin el respaldo de otro órgano social".

8.4. Titularidad de bienes

De la mano del reconocimiento de la personalidad jurídica y sus consecuencias patrimoniales (arts. 141 y 144), la cuestión que nos ocupa no debiera producir demasiadas reflexiones.

Sin embargo, una persistente doctrina que se reitera tradicionalmente en los autores de Derechos Reales insiste en introducir ciertas variables de importante tenor.

Se sostiene que, dadas las peculiaridades que rodean al consorcio y a su nacimiento vinculado con un inmueble determinado, su personalidad se halla dotada de ciertas particularidades que limitan, entre otros aspectos, la posibilidad de ser titular de inmuebles.

Como nada ha dispuesto el Código sobre el particular, cabe considerar que la polémica persistirá con idénticos alcances, y por eso las alusiones serán a ideas difundidas en el marco de la vigencia de la ley N° 13.512.

En este pensamiento, se afirma que la titularidad sólo podría corresponder a unidades del inmueble en que nació el consorcio y no a otros, ni siquiera linderos con el mismo.

A partir de ese restringido reconocimiento, se origina una segunda polémica, que es la de establecer la cantidad de voluntades necesarias para aprobar la decisión de adquirir las unidades.

Mientras una posición postula la necesidad de obtener unanimidad de propietarios¹⁸, otra señala que resulta suficiente la mayoría absoluta¹⁹, que hoy sería computable según el art. 2060.

El XIII Congreso Nacional de Derecho Registral (Mendoza, provincia homónima, 2004), aprobó esta última tesis que se contenta con la mayoría. En disidencia, el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires consideró que si se tratara de la adquisición de una unidad del mismo edificio en una subasta judicial (el más frecuente caso de adquisición de inmuebles por el consorcio), la compensación que justificaría la adquisición no requeriría mayoría alguna.

Deben formularse algunas precisiones en virtud del régimen en vigor.

Consideramos que en todos los casos en que se pretenda que el consorcio adquiera inmuebles, debería requerirse como mínimo la mayoría de dos tercios que el art. 2057 exige para la modificación del reglamento de propiedad horizontal. Ocurre que la "composición del patrimonio del consorcio" es una cláusula que debe surgir del reglamento (art. 2056, inc. e), noción que se complementa con la necesidad de consignar el "uso y goce de los bienes del consorcio" (art. 2056, inc. i). Por lo tanto, la adquisición de un inmueble produce una alteración en el contenido de dicho patrimonio, e implica indudablemente una modificación del reglamento de propiedad horizontal.

Si exigimos el mínimo de dos tercios es porque esa es la mayoría correspondiente a las cláusulas reglamentarias, pues entendemos que, pese al impacto patrimonial que pueda tener sobre los propietarios en aspectos como el monto del crédito por expensas, no se produce una modificación en el derecho de propiedad de los propietarios (entendido en el sentido del art. 17 de la Constitución de la Nación Argentina), que justificaría tratarla como estatutaria, sino en el del consorcio.

Acerca de la imposibilidad de adquirir inmuebles que no sean unidades derivadas del que provocó el nacimiento del consorcio, reproducimos un capítulo que con posterioridad agregamos al mismo trabajo que ya se reprodujo en el apartado anterior. Todas las aclaraciones acerca de la pervivencia de la normativa citada también corresponde hacerlas aquí:

18 MARIANI DE VIDAL, Marina y Abella, Adriana Nélica. "Cuestiones esenciales de la propiedad horizontal desde el Derecho Argentino", en *Derechos reales. Principios, elementos y tendencias*, coordinado por Gabriel de Reina Tartière, Heliasta, Buenos Aires, 2008, pág. 345.

19 ALTERINI, Jorge Horacio y Vázquez, Gabriela Alejandra, "Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes", LL, 2007-C-1076 a 1091.

“La personalidad del ‘consorcio de propietarios’ y el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires²⁰

Los umbrales alcanzados por la espinosa cuestión que motiva nuestra ponencia han desbordado el marco del Derecho Comercial para encontrar peculiar resonancia en la ley 13.512.

Es sabido que desde hace varias décadas la tesis negadora de la personalidad del consorcio de propietarios ha atenuado su ímpetu inicial y la doctrina y jurisprudencia francamente preponderantes se imponen cotidianamente sin solución de continuidad. Los estudios más recientes aportan una prolija reseña de antecedentes²¹.

Sin embargo, desde la cátedra siempre hemos rechazado la idea de los prestigiosos autores argentinos de derechos reales que, con el loable propósito de superar esas primitivas posturas negatorias, hablen de calificativos como ‘restringida’ o ‘limitada’ a ciertas circunstancias (‘fines’, ‘motivos’, ‘objeto’, etcétera)²².

Muchas voces, con la plausible inquietud de mitigar esta idea, sugirieron que lo ‘restringido’ o ‘limitado’ era la capacidad y no la personalidad, enrolándose en esta variante buena parte de los tratadistas de la materia, como PAPAÑO, KIPER, DILLON y CAUSSE²³ y HIGHTON²⁴.

Con cualquiera de estas dos visiones, se sostiene, v. gr., que el consorcio de propietarios no podría adquirir el dominio de un inmueble absolutamente desvinculado de aquél que le dio nacimiento (así, uno ubicado en otra demarcación).

A tenor de lo que se viene exponiendo, esa mutilación deviene tan criticable como la consignada para las sociedades comerciales, y por los mismos motivos. Sin recurrir a los artículos del decreto-ley 19.550/1972 (por cuanto las finalidades de su artículo 1 excluirían fácilmente al consorcio de propietarios), los artículos 33 y 41 del Código Civil, ya señalados, resultan suficientes para advertir que las reflexiones que nos motivan no se parcelan en función de la categoría de persona jurídica que se aborde.

Si preocupa la afectación de los derechos de los consorcistas (como inquieta la de los socios para las sociedades comerciales), búsquese su defensa

20 Apartado añadido por el autor para su publicación en ED, que no constaba en la versión original presentada al XVII Congreso Nacional de Derecho Registral.

21 ALTERINI, Jorge Horacio y Vázquez, Gabriela Alejandra. Ob. cit., pág. 1076.

22 MARIANI DE VIDAL, Marina. *Curso de derechos reales*, tomo 2, Buenos Aires, Zavalía, séptima edición actualizada, 2004, pág. 277.

23 PAPAÑO, Ricardo José; Kiper, Claudio Marcelo; Dillon, Gregorio Alberto; Causse, Jorge Raúl. Ob. cit., pág. 489.

24 HIGHTON, Elena Inés. Ob. cit., pág. 530.

a través de otros mecanismos, acaso más compatibles con el espíritu de la ley 13.512.

Así, no resultaría difícil exigir la conformidad unánime de los propietarios para poder adquirir el dominio de un inmueble. Avisados de la polémica a que el supuesto ha dado lugar (tanto que fue materia de debate en el tema I del XIII Congreso Nacional de Derecho Registral, Mendoza, 2004), no puede dejar de advertirse que implica un menor esfuerzo hermenéutico emparentar el acto considerado con la reforma de una cláusula 'estatutaria' del reglamento de copropiedad y administración (para así exigir la unanimidad) que propiciar una limitación en el alcance de la personalidad sin sustento normativo.

Los registros inmobiliarios han sido, durante prolongado tiempo, corifeos de la posición restrictiva, y de allí se desprendía su tradicional rechazo a cualquier acto de adquisición voluntaria de una unidad funcional o complementaria por parte del consorcio de ese inmueble. Sólo inscribían los actos antedichos ante la rogación judicial, cuando la adquisición se había producido mediante subasta pública.

Con este trasfondo, el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires dictó, en el año 2010, la disposición técnico-registral 14, que ordena y cohesiona la totalidad de la regulación que hasta entonces el organismo disponía sobre propiedad horizontal, dispersada en más de treinta normas entre disposiciones y órdenes de servicio²⁵.

En su artículo 35, el precepto bonaerense contempla el reconocimiento de la personalidad aún para los actos de adquisición voluntarios, lo que de por sí representa un avance digno de mención y elogio.

Más allá de alguna consideración semántica de menor relevancia y objeciones en cuanto a la técnica documental que su texto sugiere, lo que debe reprobarse es que el reconocimiento de la personalidad se efectúe 'restringida para los fines de su constitución'.

Si se hubiera sostenido en el texto de la norma criticada que lo restringido sería la 'capacidad' y no la 'personalidad', para seguir las aguas dominantes en los autores de la disciplina, las derivaciones prácticas en muchos casos hubieran sido similares y merecedoras de reproches de análoga entidad.

Así, tanto con la redacción actual como con alguna que restringiera la capacidad, no parece controvertible la posibilidad de inscribir la adquisición por el consorcio de una unidad funcional o complementaria del mismo inmueble en donde se encuentra, máxime ante las manifestaciones que la disposición técnico-registral exige para tener por cumplidos 'los fines de su constitución'.

25 La norma fue modificada parcialmente por la disposición técnico registral N° 4/2011, sin trascendencia para el tema en comentario.

Por ello, resulta extemporáneo formular ahora una crítica a la regulación bonaerense, cuando no ha hecho más que reflejar lo que reclama la doctrina nacional desde antaño sin que se difundieran durante ese lapso reflexiones críticas del tenor de las que esbozamos en estas líneas.

Si con los mejores fundamentos, a los que siempre adherimos, se endilga a los registros inmobiliarios el anquilosarse en posiciones largamente superadas en doctrina y jurisprudencia, justo es reconocer que en esta oportunidad el Registro de la Propiedad bonaerense ha seguido la interpretación prolijada por la mayoría.

Debe proponerse, en consecuencia, o bien la adecuación de la doctrina en boga a los lineamientos rigurosos acerca de la personalidad jurídica (lo que naturalmente propiciamos), o bien la modificación del texto de la ley 13.512 para dar cabida a la manifestación restrictiva predominante de manera que no aparezca reñida con la norma positiva”.

Más aún: no dudamos que el consorcio, como cualquier persona jurídica, puede ser titular de cualquier clase de bienes, inmuebles o muebles, registrables o no. Las referencias patrimoniales al consorcio en el Código en ningún caso resultan restrictivas de la naturaleza de los bienes. En este sentido, son elocuentes los enunciados de los artículos, todos ya ponderados, que simplemente aluden a “bienes del consorcio” (arts. 2046, inc. e, 2048 y 2056, inc. i) o al “patrimonio” del mismo (art. 2056, inc. e).

A curiosa y disonante consecuencia se arribaría de seguirse la tesis mayoritaria de los docentes de Derechos Reales, pues con su lectura el régimen argentino admitiría la titularidad de bienes registrables en las personas jurídicas incluidas en la sección IV del capítulo I de la Ley General de Sociedades según su art. 23 (y para estar incluidas allí han incurrido en ciertos defectos derivados de su constitución: artículo 21 de la Ley citada), pero la vedaría para el consorcio, que, al contrario, ha cumplido rigurosamente con las pautas legales.

Naturalmente que es en un todo compartible la afirmación del XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral en su tema 2, en el sentido que “La composición del patrimonio del Consorcio de Propiedad Horizontal y su capacidad para adquirir los bienes que lo integran no son objeto de calificación registral”.

8.5. Comienzo de la existencia del consorcio

Otra curiosa incongruencia legislativa se gesta al calor de los desatinos conceptuales y semánticos del Código.

La normativa en vigor permite separar el nacimiento del consorcio del correspondiente al derecho real, como explicamos a continuación.

De la letra del art. 2044 podría interpretarse que el comienzo de la existencia del consorcio está indisolublemente ligado al nacimiento del derecho real

de propiedad horizontal, pues se señala que lo componen los “propietarios de las unidades funcionales”, inequívoca señal que descarta al mero estado de propiedad horizontal.

Sin embargo, ha pasado inadvertida la disonancia producida entre los arts. 2044 y 2066, en donde el último establece cuándo cesa el primer administrador: “...en oportunidad de la primera asamblea si no es ratificado en ella”.

Resulta evidente, entonces, que el comienzo de la existencia del consorcio se produce con el propio reglamento, aun cuando no hubiere nacido el derecho real. Esta conclusión se desprende de la cesación del cargo de administrador que se produce con la primera asamblea. No podría haber cesado si no hubiera ejercido, y su función es representar al consorcio y no a los consorcistas.

Podría descartarse la existencia del consorcio cuando hay un solo titular (es decir, dominio), argumentando la necesidad de pluralidad para constituirla. Sin embargo, la pluralidad aparece expresamente consagrada en la Ley General de Sociedades (y ciertamente mitigada en función de las nuevas pautas: arts. 1º y 94 bis), pero no en el Código. Solamente recurriendo a una objetable hermenéutica podría hallarse sustento en el art. 143, que, al mencionar a la personalidad diferenciada, utiliza el plural “miembros”.

Claro que la convivencia del consorcio con el estado de propiedad horizontal y el régimen de dominio, condominio o superficie sobre el terreno produce discordancias e incongruencias entre varias normas, que evidentemente no fueron diseñadas con ese temperamento. Piénsese solamente en el régimen de pago de las expensas comunes (arts. 2046, inc. c, y 2048).

Es difícil de resistir la tentación de señalar una contradicción inconcebible con el grado de desarrollo de la ciencia jurídica contemporánea: el art. 2065 ha confundido en su letra las tres clases de representación, que con tanto empeño el legislador procuró distinguir en el art. 358²⁶.

8.6. Obligación de llevar contabilidad

Aunque es omitido en la mayoría de las obras de Derechos Reales, hay que señalar que el consorcio debe llevar contabilidad. En efecto, el art. 320 impone esta obligación para las personas jurídicas privadas.

Esa pauta, efectuada sin discriminaciones, es otro notable desacierto del Código, pues la limitada actividad de gran parte de los “pequeños consorcios” está lejos de precisar mayor rigurosidad de tratamiento.

26 URBANEJA, Marcelo E. *Propiedad horizontal*, cit., pág.149.

Doctrina

Acaso la única manera de eludir la repudiable directiva legal sea propugnar su eximición por la legislación local para ciertos consorcios, de conformidad con lo señalado en la última oración del mismo art. 320.

Sin embargo, hay doctrina que para enervar la directiva legal propone insólitamente, suprimir el carácter de persona jurídica del consorcio²⁷. Lo adecuado no es, obviamente, negar una convicción de medio siglo, sino exceptuarlo de manera genérica de la obligación de llevar contabilidad.

27 FAVIER DUBOIS (h), Eduardo Mario. "Panorama del derecho comercial en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación vigente a partir del 1/8/2015", *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, Buenos Aires, N° 334, septiembre de 2015, págs. 963 y sgts.

El Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación y la función notarial

Tesis sobre la argumentación notarial del Derecho

Sebastián Justo Cosola

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho notarial y el documento desde los congresos de la Unión Internacional del Notariado. 3. La constitucionalización del derecho privado y la justificación del oficio del jurista. 4. Paradigma científico (pasado) y paradigma artístico (presente y futuro). 5. Ciencia y arte del derecho notarial en la actualidad (aplicación y concreción de los paradigmas). 6. Justificación constitucional del nuevo ejercicio notarial del derecho. 7. Significado de la exposición de fundamentos de la institución notarial en el CCyC. 8. ¿Dónde se encuentran las normas guía que nos permiten argumentar notarialmente el derecho? 9. El Título Preliminar (TP) del CCyC y su nuevo tratamiento. 10. Aspectos esenciales a tener en cuenta del TP del CCyC al momento del ejercicio de la función notarial. 11. La interpretación notarial del título preliminar y la ponderación ante los conflictos. 12. Consideraciones finales generales. 13. Consideraciones finales especiales.

*“Nos hemos convertido en víctimas del tiempo, miramos el pasado con aflicción y queja. Es demasiado tarde para cambiar, pensamos. Pues no. Como individuos, como hombres, nunca es tarde para cambiar”.*¹

1- INTRODUCCIÓN

Muy recientemente he tenido la oportunidad de 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 por RAFAEL NÚÑEZ LAGOS². En los inicios del desarrollo científico del notariado, el encumbrado maestro afirmaba lo siguiente: *“En el principio fue el documento. No hay que olvidarlo. El documento creo al notario, aunque hoy el notario haga el documento”*³. Desde aquí es que resulta imposible imaginar un *derecho notarial* que no tenga como eje central de discusión la teoría del *instrumento* o del *documento* -analizada desde todas sus perspectivas-, y proyectada hacia todos sus efectos (en especial, los *probatorios* y los *ejecutivos*). 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 1954⁴.

1 MILLER, Henry. *Prólogo* a la obra de Henry David Thoreau, *Desobediencia Civil*, Interzona, Buenos Aires, 2015, pág. 10.

2 Cfr. COSOLA, Sebastián Justo. *La capacidad, la minoridad y el principio de razonabilidad notarial (Argumentación de la teoría de la personalidad humana a partir del Art. 3 del Código Civil y Comercial de La Nación)*, Revista Notarial 981, 2016, pág. 497. El presente ensayo es un *complemento* del trabajo presentado en ocasión de la XXXII Jornada Notarial Argentina, celebrada en Buenos Aires entre el 24 y el 26 de agosto del año 2016. En aquella oportunidad, los fundamentos iusfilosóficos y jurídicos que referí -aunque en menor grado y medida de exposición que en el presente- fueron la fuente del tema de la capacidad tal cual opino que debe de proyectarse en nuestras escrituras. El presente ensayo intenta ir aun mas lejos; a justificar ya no la cuestión legal, sino la cuestión jurídica del Código Civil y Comercial de La Nación, que se advierte desde la comprensión del título preliminar, que por primera vez en nuestra historia -y pese a las innumerables reformas que tuvo el querido y recordado Código Civil de Vélez Sarsfield- diferencia de manera notable, la ley del derecho.

3 Cfr. NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *Hechos y derechos en el documento público*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1950, pág. 2.

4 En aquella memorable oportunidad, bajo el título *“Existencia y limite del derecho notarial en formación como rama particular del derecho”*, se realizó un esfuerzo por obtener la siguiente definición, en el marco del tema *el derecho notarial, derecho autónomo de la forma*:

Recordemos además que precisamente en este tema, uno de los redactores de esa conclusión trascendente fue CARLOS EMÉRITO GONZÁLEZ, quien algún tiempo después, no dudó en reconocer que fue en aquella ocasión donde se afirmó por vez primera la *existencia del derecho notarial*, estimándose su contenido general tanto sobre el derecho regulador de las formas jurídicas que estructuran el instrumento público notarial, como en la función notarial⁵. 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 derecho. El derecho para poder consolidarse como *ciencia*, tenía que presentar un objeto y un método propio, y esto se trasladaba a las disciplinas autónomas que trataban de didácticamente 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. 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. De allí además que hayan sido épocas de glorificación de teorías científicas del derecho, y que en nuestro pensamiento los nombres de AUSTIN, LOCKE, MONTESQUIEU, ROUSSEAU, HART, ROSS, BOBBIO, RADBRUCH, KELSEN y en nuestro país COSSIO por ejemplo, entre tantos otros, se hayan impuesto como baluartes indispensables de la teoría jurídica general.

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 todo; donde el derecho, asimilado a la ley, se valoraba por el *ser* (sea este norma, sea este conducta) y no por el *deber ser*. La norma postula, es el objeto esencial, el hombre cumple la norma a través de la acción o a través de la omisión⁶; y más allá de ello: también la norma describe

"El derecho notarial es el conjunto de disposiciones legislativas, reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial". V. Libro "Memorias del cincuentenario 1948-1998- Unión internacional del Notariado Latino" XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1998; impreso en Bogotá, Colombia, 1998, pág. 113 y GATTARI, Carlos Nicolás. Manual de derecho notarial, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 372.

5 Cfr. GONZÁLEZ, Carlos Emérito. *Derecho Notarial*, Fedye, Buenos Aires, 1971, pág. 30 y ss.

6 Cfr. KELSEN, Hans. *Teoría General del derecho y del Estado*, trad. García Maynez, Eduardo, Imprenta Universitaria, México, 1949, pág. 3 y ss.; *La idea del derecho natural y otros ensayos*,

la conducta del hombre, porque el hombre antes que norma es acción en *interferencia intersubjetiva*⁷. 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?.

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. De esta manera pasaron a formar parte de nuestros fundamentos de existencia y fortaleza –y en consonancia con lo anteriormente expuesto por mi⁸-, y por citar sólo algunos ejemplos, los siguientes:

a) La tesis de la fe de pública -de naturaleza eminentemente procesalista-, planteada originariamente por EDUARDO COUTURE⁹;

b) Las referentes al profesionalismo y no profesionalismo de la actividad notarial en desarrollo de EDUARDO BAUTISTA PONDÉ¹⁰;

c) La tesis de las funciones inescindibles del derecho notarial español de ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS¹¹ y en nuestro país de *Cristina Noemí Armella*¹² -componedoras del tema del funcionario público- las mismas que en la actualidad pueden ser revisadas según los interesantes aportes de *Gabriel Ventura*¹³;

Editorial Losada, Buenos Aires, 1946, pág. 19 y ss., y *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 2.007, pág. 83 y ss.

7 Cfr. COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1944, pág. 114 y ss.

8 COSOLA, Sebastián Justo. *La capacidad, la minoridad y el principio de razonabilidad notarial...*, ob. cit., pág. 498 y ss.

9 Cfr. COUTURE, Eduardo J. *El concepto de fe pública (Introducción al estudio del derecho notarial)*, Fas, Rosario, 2005, 119 pág.

10 Cfr. PONDÉ, Eduardo Bautista. *Tríptico Notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 227 y ss.

11 Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. *El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad*, en *Escritos Jurídicos*, T° II, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pág. 213 y ss.

12 Cfr. ARMELLA, Cristina Noemí. *De las escrituras públicas*, en Alberto J. Bueres (Dirección)-Elena I. Highton (Coordinación), *Código Civil y normas complementarias*, T° 2C, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 67.

13 Resulta verdaderamente ilustrativa la conferencia de Gabriel VENTURA denominada *La actividad notarial en el nuevo Código Civil y Comercial*, en <https://www.youtube.com/>

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 NUÑEZ LAGOS¹⁴ y ENRIQUE GIMÉNEZ-ARNAU¹⁵ en España y en nuestro país, de CARLOS EMÉRITO GONZÁLEZ¹⁶ y RUBÉN AUGUSTO LAMBER¹⁷;

e) Las que postulan la esencia de la forma en la función fedante como por ejemplo, los aportes de JOSÉ MARÍA MUSTAPICH¹⁸, ALBERTO VILLALBA WELSH¹⁹ y CARLOS PELOSI²⁰, sólo por citar alguno de los casos más frecuentes en el estudio de nuestra disciplina.

Todo esto sin dejar de tener en cuenta los aportes que los notarialistas y no notarialistas realizaban desde las corrientes iusfilosóficas del derecho. En efecto, desde hace mucho tiempo y a través de diferentes y muy valiosos aportes se ha intentado justificar la existencia del derecho notarial desde los rieles de las diversas corrientes de pensamiento. Por citar sólo algunos ejemplos:

a) Con especial referencia a una teoría de los repartos, MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI presentó oportunamente una perspectiva *tridimensional* tanto del *derecho notarial*²¹ como del *derecho registral*²².

b) HÉCTOR ROJAS PELLERANO supeditó el *derecho notarial* a la *teoría general del derecho*, y desde allí, presentó también una teoría tridimensional, con un telón *egológico*, que él mismo denomina *egología normativa*²³.

watch?v=memG2MXdDig (Último Acceso: 16/IV/2017).

14 Cfr. NUÑEZ LAGOS, Rafael. *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Colección biblioteca Notarial n° 3, Gaceta Notarial, Lima, 2013, 305 págs. Estudio Preliminar de Sebastián Justo COSOLA.

15 Cfr. GIMENEZ-ARNAU, Enrique. *Derecho Notarial Español*, III Volúmenes, Universidad de Navarra, Pamplona, 1964 (Vol. I y II) y 1965 (Vol. III).

16 Cfr. GONZÁLEZ, Carlos Emérito. *Teoría General del Instrumento Público (Introducción al Derecho Notarial Argentino y Comparado)*, Ediar, Buenos Aires, 1953.

17 Cfr. LAMBER, Rubén Augusto. *La escritura pública*, FEN, La Plata, IV Vol. 2003-2006. 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.

18 Cfr. MUSTAPICH, José María. *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, III Tomos, Ediar, Buenos Aires, 1955-1957.

19 Cfr. VILLALBA WELSH, Alberto. *El derecho notarial a la luz de la teoría egológica*, Ediciones de la Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1967, pág. 24.

20 Cfr. PELOSI, Carlos A. *El derecho notarial como derecho autónomo*, en *Los anales del notariado argentino*, Vol. VII t° 2, Publicación del Instituto Argentino de Cultura Notarial, Buenos Aires, 1975, pág. 46.

21 Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel. *Valores de la actividad notarial*, Gaceta del Notariado n° 79, Colegio de Escribanos de Santa Fe-2° Circunscripción (Rosario), Santa Fe, 1979, págs. 11-19.

22 Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel. *Notas trialistas sobre filosofía del derecho registral*, Rev. Investigación y Docencia, Vol. 8, 1988, págs. 73-76.

23 Cfr. ROJAS PELLERANO, Héctor F. *Temas de la teoría general del derecho notarial*, Revista del Notariado n° 734, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 1974, págs. 385-438.

c) El notario ALBERTO VILLALBA WELSH intentó presentar un esquema *egológico* del *derecho notarial* imitando a CARLOS COSSIO²⁴.

d) CARLOS NICOLÁS GATTARI arriesgó una concepción *tridimensionalista* del *derecho notarial*, inspirado en WERNER GOLDSCHMIDT²⁵, y desde esta postura, fundamentó un sistema *notarial* de *principios* de gran valor doctrinal²⁶.

e) Una postura alejada del *realismo* –o a toda corriente que pueda llegar a desnaturalizar a la norma contradiciendo su propia esencia- puede advertirse en algunos de los aportes por demás de interesantes del escribano JOSÉ CARLOS CARMINIO CASTAGNO²⁷.

f) En la persona de RUFINO LARRAUD puede resumirse una posición positivista del *derecho notarial*, desde el mismo momento que cuenta como única fuente formal obligatoria del derecho notarial a la ley como núcleo del *derecho positivo*²⁸.

g) Un intento de acercar el concepto de *naturaleza* del acto, revalorizando los principios y la relación de los mismos con el aspecto axiológico (aunque pareciera que también ubicado desde una teoría *tridimensional*) es realizado en la actualidad por JOSÉ MARÍA ORELLE²⁹.

h) Una clara visión realista (iusnaturalista) inspirada en la obra de JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, puede advertirse en algunos de los tantos notables aportes de MARIO ANTONIO ZINNY³⁰, a los que adscribo con total convencimiento incluso desde diferentes perspectivas³¹.

Inclusive y llamativamente, no se ha dejado pasar la oportunidad de identificar al contenido de la función notarial con los problemas que aquejaban al notariado de esa época en la que críticamente, se lo encuentra en la búsqueda

24 Cfr. VILLALBA WELSH, Alberto. *El derecho notarial a la luz de la teoría egológica*, Ediciones de la Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1967.

25 Cfr. GATTARI, Carlos Nicolás. *Práctica Notarial-Estructura tridimensional del derecho notarial*, T° XIII, Depalma- Lexis Nexis, Buenos Aires, 2001, pág. 217 y ss.

26 Cfr. GATTARI, Carlos Nicolás. *Derecho notarial (Teoría y práctica)*, obra homenaje coordinada por Carlos María Gattari y María de los Ángeles Gattari, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2012, pág. 42 y ss.

27 Cfr. CARMINIO CASTAGNO, José Carlos. *Teoría general del acto notarial y otros estudios*, T° I, Ediciones del Autor, Entre Ríos, 2006, pág. 175.

28 Cfr. LARRAUD, Rufino. *Derecho Notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1966, pág. 122.

29 Cfr. ORELLE, José María R. *Actos e instrumentos notariales*, La Ley, Buenos Aires, 2008, 391 págs.

30 Cfr. ZINNY, Mario Antonio. *Conocimientos útiles para la práctica del derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, 292 págs; *La base de la teoría general del derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, 91 págs., y *Comentarios a la base de la teoría general del derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, 46 págs.

31 Cfr. COSOLA, Sebastián Justo. *Fundamentos del Derecho Notarial I- La concreción del método*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, 267 págs.

de sus fines. En efecto, los planteos de JOSÉ MARÍA MENGUAL Y MENGUAL³² en España y los de JOSÉ ADRIÁN NEGRI³³ y FRANCISCO CERÁVOLO³⁴ en nuestro país son una prueba contundente que viene a reconocer que los problemas notariales incluso en su faz interna, pueden ayudar a encontrar un método de consolidación del trabajo fedatario.

De esta manera y así, 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*.

2- EL DERECHO NOTARIAL Y EL DOCUMENTO DESDE LOS CONGRESOS DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Teniendo especialmente en cuenta los mencionados aportes, a la fecha, frente a la celebración de veintisiete congresos internacionales organizados por la *Unión Internacional del Notariado*, se avizoran ciertos tratamientos interesantes acerca del derecho y del documento notarial. Debe tenerse siempre presente que de las conclusiones de esos congresos se desprenden las máximas o principios que luego se aceptan por los notariados miembros para poder así consolidar la función notarial dentro de cánones y parámetros inquebrantables e inamovibles. En un acierto por definir los óptimos resultados de los congresos, el profesor mexicano BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO se refiere a *la doctrina notarial internacional*³⁵. Allí, la mencionada fuente del derecho se define como un conjunto de determinaciones, recomendaciones y conclusiones de las presentaciones de los notariados miembros de la Unión, que son analizadas y aprobadas en las asambleas generales de los diferentes congresos internacionales³⁶. Se nutre así la doctrina y se integra de las conclusiones de los congresos, de los foros de debate e intercambio de experiencias entre

32 Cfr. MENGUAL y MENGUAL, José María. *Elementos de derecho notarial*, Tº II, Vol. II, Librería Bosch, Barcelona, 1933, pág. 626 y ss.

33 Cfr. NEGRI, José A. *El problema notarial*, en *Obras de José A. Negri*, Vol. II, publicación del Colegio de Escribanos de Capital Federal, Buenos Aires, 1966, pág. 9 y ss.

34 Cfr. CERÁVOLO, Francisco. *Revitalización de los valores esenciales del notariado*, Revista Notarial n° 796, 1971, pág. 868 y ss.

35 PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Doctrina Notarial Internacional*, Porrúa, México, 2013, 275 págs.

36 *Ibidem*, pág. XIII.

notariados de distintos países, en fin, de las determinaciones que resultan de los intercambios académicos y que son aprobados por la Asamblea General de los notariados miembros³⁷.

Si asumimos que hasta hoy el contenido esencial del derecho notarial lo conforma la teoría del *instrumento o documento con todas sus diferentes aludidas proyecciones*, entonces podemos afirmar que a la fecha, se han ocupado *once congresos* específicamente de ese tema³⁸. En ellos se dio tratamiento a ciertos aspectos relevantes del documento -como *opus esencial del derecho notarial*-, tales como los siguientes:

- a) El que refiere a su conservación con fines probatorios e históricos³⁹;
- b) El que lo relaciona con la validez de circulación y registración internacional⁴⁰;
- c) El que aclara su carácter y eficacia⁴¹;
- d) El que destaca su desarrollo en el ámbito de las relaciones internacionales⁴²;
- e) El que destaca al acto público notarial y nuevamente, su eficacia probatoria⁴³;
- f) El que refiere a la calificación de los documentos notariales⁴⁴;
- g) El que se refiere exclusivamente a la comprobación material de los hechos⁴⁵;
- h) El que argumenta la formación del documento notarial -lo llama *escritura*-, su validez, vigencia y eficacia⁴⁶;
- i) El que presenta un estudio comparativo del documento con otros sistemas ajenos al del tipo romano-germánico⁴⁷;
- j) El que se refiere al documento informático⁴⁸;
- k) El que insiste en la libre circulación del documento y su poder legitimador del tráfico jurídico⁴⁹;

37 *Ibidem*.

38 *Ídem*, pág. 49.

39 I CINL celebrado en Buenos Aires (1948).

40 II CINL celebrado en Madrid (1950).

41 III CINL celebrado en París (1954).

42 V CINL celebrado en Roma (1958).

43 VI CINL celebrado en Montreal (1961).

44 VII CINL celebrado en Bruselas (1963).

45 X CINL celebrado en Montevideo (1969).

46 XIV CINL celebrado en Guatemala (1977).

47 XVI CINL celebrado en Lima (1982).

48 XX CINL celebrado en Cartagena de Indias (1992).

49 XXIII CINL celebrado en Atenas (2001).

l) El que consolida al documento notarial como instrumento de desarrollo social⁵⁰, y

m) El que reafirma la seguridad jurídica que imprime el documento notarial a las inversiones y especialmente, la que transmite para consolidar la publicidad registral⁵¹.

Con estos aportes contamos en la actualidad. Sin embargo, ninguno de ellos se refiere ni a la relación que el *derecho notarial formal* puede tener con la *Constitución Nacional* de cada país miembro, ni tampoco a la función del documento que garantiza los derechos fundamentales de la misma de cada país correspondiente. Lo más cercano que hemos tenido en análisis académico internacional, fue el tratamiento de lo que se denominó *la misión notarial frente a los derechos fundamentales del hombre*, precisamente en el *22 Congreso Internacional* celebrado en *Buenos Aires en el año 1998*. En aquella oportunidad se ha reconocido que el notario latino tiene relación directa con la problemática referente a los derechos fundamentales de las personas que habitan el mundo⁵²:

a) De la persona humana, donde cada notario se constituye un defensor natural mediante la prevención de los conflictos (asistencia imparcial e independiente basada en la equidad, legalidad y justicia);

b) Aplicación notarial cotidiana de principios referentes a los derechos humanos incluidos en las declaraciones internacionales y constituciones nacionales; y

c) Respeto de la dignidad humana desde el nacimiento hasta la muerte, que incluye la libertad contractual, el matrimonio y la familia, la libertad de reunión y asociación, el derecho a la propiedad y a la herencia, la participación en el desarrollo social y económico.

Pronto a cumplirse veinte años de las aludidas aportaciones, no se encuentran tratamientos similares que traigan la discusión del desarrollo del nuevo derecho privado *constitucionalizado*, propio del quehacer notarial tanto en los momentos previos a la autorización del documento como en la elaboración notarial del derecho. ¿Y qué nos ha ocurrido? Se ha constitucionalizado el derecho, ya no existe el derecho decimonónico al que estábamos acostumbrados a recurrir en búsqueda de soluciones, sino que se ha impuesto una teoría de argumentación jurídica tan amplia que obliga al jurista a ponderar las reglas en

50 XXV CINL celebrado en Madrid (2007).

51 XXVI CINL celebrado en Marruecos (2010).

52 [http://www.uinl.org/documents/attachment/XXII%20Congr%C3%A8s%20-%20Buenos%20Aires%20-%20Conclusions%20\(ES\)%20TEMA%20II.pdf](http://www.uinl.org/documents/attachment/XXII%20Congr%C3%A8s%20-%20Buenos%20Aires%20-%20Conclusions%20(ES)%20TEMA%20II.pdf) (Última fecha de entrada: 19/04/2017).

la búsqueda de un resultado justo para el hombre y justificable para la humanidad. Esa constitucionalización del derecho, propia de la doctrina principista y de la jurisprudencia *atrevida* de los últimos tiempos, dispuesta a romper las reglas armoniosas del bienestar del derecho rígido, es norma vigente en nuestro país, y proyecta su contenido obligatorio desde el mismísimo *título preliminar del Código Civil y Comercial de La Nación* (en adelante, CCyC). A estas alturas, debe reconocerse con el maestro NATALIO ETCHEGARAY que la entrada en vigencia del nuevo cuerpo normativo no ha causado el impacto absolutamente negativo que todos proyectaban. Es cierto. Pero no lo es menos que el que ordena afirmarse al nuevo derecho con el nuevo quehacer notarial: o comenzamos a argumentar el mejor derecho antes y durante la elaboración del documento, aplicando las reglas, las normas, las leyes, los principios, los valores, y todas las fuentes del derecho que tengamos al alcance de acuerdo a nuestro lugar de ejercicio, la idiosincrasia que guía nuestro desarrollo en nuestra ámbito de competencia territorial y lógicamente, nuestra condición, o dejamos que se siga justificando injusta y menospreciativamente nuestra actuación únicamente por elaborar el formulario -nuestras escrituras- que en la actualidad, muy lamentablemente y en ocasiones cada vez más frecuentes, recibe los impactos y las agresiones de otros medios de prueba que no gozan de verdad jurídica, pero sí de verdad -supuestamente- real (filmaciones, grabaciones, fotografías, en fin, todo lo que hace tiempo había advertido FRANCISCO CARNELUTTI y que sin embargo, no tuvo en ese momento la trascendencia que debió tener⁵³).

3- LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO Y LA JUSTIFICACIÓN DEL OFICIO DEL JURISTA

El nuevo Código se ha puesto en vigencia para todos los que *ofician de jurista*⁵⁴. Y si bien todas las profesiones jurídicas reconocen un mismo tronco común -el estudio del derecho-, creo poder defenderme con sólidos argumentos, si afirmara que la aplicación del derecho que realiza un juez, en poco puede relacionarse con la argumentación notarial, mucho menos, con la interpreta-

53 Cfr. CARNELUTTI, Francisco. *Teoría General del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 497 y ss. Es interesante en este punto la explicación que realiza el maestro italiano de la prueba histórica, y las diversas interpretaciones y peligros que pueden ocurrir entre el análisis de la prueba testifical por un lado, y la prueba documentada por el otro, como baluartes del concepto de prueba histórica.

54 Sobre la descripción clásica del oficio del jurista: MORA RESTREPO, Gabriel. *Ciencia jurídica y arte del derecho. Estudios sobre el oficio del jurista*, Universidad de La Sabana, Colombia, 2005, 360 págs.

ción que de los hechos realizan quienes ejercen la abogacía, y desde ya, más lejos aun desde el análisis que pueda presentar quien ejerce académicamente el derecho -con análisis de métodos lógico deductivos o decimonónicos; metafísicos, críticos, trialistas o analíticos, entre otros-, únicamente desde el *ars* o la *cientiae*, pero sin reflejo en la *praxis*, y lógicamente, sin *techné* ⁵⁵.

Como ya en conjunto hemos reconocido en alguna anterior oportunidad, tanto el juez, como el abogado, el escribano y el profesor de derecho conforman los cuatro pilares donde se asienta firme, la balanza de la justicia⁵⁶. Esa fue una afirmación que entiendo, hemos rescatado de VALLET cuando transmitía que *el instrumento adecuado para la justicia no es el silogismo, sino la balanza* ⁵⁷. Sin embargo, las argumentaciones jurídicas de esos cuatro juristas mencionados -y debido a la propia naturaleza de las diferentes funciones que ejercen- pueden ser absolutamente dispares frente al análisis de un mismo hecho, de cuyas consecuencias pueden derivar una *sentencia*, una *demanda*, *contrademanda* o *contestación defensiva*, una *escritura pública notarial* o una *teoría general*. Así, no debe nunca perderse de vista que mientras que la sentencia judicial dirime *razonablemente* el litigio (*imperium*) y la demanda y su contestación inician o rechazan el reclamo potencial de un derecho que se creó, ha sido vulnerado, la *escritura pública notarial* se erige como un baluarte del derecho en la paz a través de la aplicación directa del principio de seguridad jurídica preventiva, que supone la justicia y la fe (certeza + verdad), todo determinante de la *autorictas* decisoria notarial; a la par, una creación doctrinaria o una determinada posición académica intenta alcanzar la consagración científica para alcanzar las reformas pertinentes en las instituciones políticas especializadas.

Puede notarse así que desde un mismo tronco común surgen cuatro diferentes -y felizmente, diferentes- perspectivas de la argumentación jurídica lo que vuelve en cierta forma, más rico, más polémico y más apasionante el curso que sigue el estudio del derecho. De esta manera, el nuevo ordenamiento se impone para todos los juristas, y cada cual tendrá su oportunidad de evaluar el impacto de la nueva legislación.

55 Una idea interesante de lo que considero puede apreciarse como una parte general de los diferentes esquemas que cada jurista presenta en el ejercicio del derecho puede leerse bajo el título "Los juristas y sus preguntas", en GOLDSCHMIDT, Werner. *Justicia y Verdad*, Fedye, La Plata, 1978, pág. 227.

56 Cfr. COSOLA, Sebastián Justo; Del Carril, Enrique Horacio; Montesano, Luis y Finn, Santiago. *Ética de las profesiones jurídicas -Abogados, jueces, notarios-*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, v. "A modo de introducción".

57 Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. *Controversias en torno al derecho natural-En torno al derecho Natural*, Organización Sala Editorial, Madrid, 1973, pág. 45.

Y en lo que al notariado le corresponde, estoy convencido, ya no cabe hablar de la tarea fedante meramente documentadora y con ello, las aportaciones hasta ahora frecuentes de citas y de referencia a las que me he referido, si bien mantienen vigencia como justificativos formales de actuación, se vuelven débiles y vulnerables en razón no ya de su justificación, sino de su insuficiencia.

Es el momento de la creación y elaboración notarial del derecho, a través de la argumentación de lo justo, lo verídico, lo cierto y lo seguro, determinante de la paz, valores que una vez consolidados, pueden proyectarse en el documento con espíritu de óptima salud y perpetuidad. En definitiva, el acto de dar a cada uno lo suyo (acto de la razón práctica), consistente en saber qué hay que dar, a quién hay que darle, cuándo hay que darlo, de qué manera, cómo hay que darlo, y finalmente dónde hay que darlo es parte del arte del derecho⁵⁸, que presupone la justicia de las partes que componen sus deseos en el ámbito de la voluntad, a la que aportamos la veracidad de lo ocurrido, la seguridad de lo acontecido, y la paz de lo convenido.

4- PARADIGMA CIENTÍFICO (PASADO) Y PARADIGMA ARTÍSTICO (PRESENTE Y FUTURO)

Finalizado el *22 Congreso Internacional aludido*, aun quedaba mucho por hacer y por decir; sin embargo, las discusiones notariales desde esa fecha, tanto a nivel local como externo, se vienen centrando en las cuestiones técnicas o políticas que posicionan lo *científico* por sobre lo *artístico*.

¿A qué me refiero con esto? A que preocupados por asegurar al derecho que históricamente formulamos, no pudimos advertir que a la par, el derecho mundial occidental mutaba de perspectiva de una manera notable⁵⁹, inclusive en ciertos aspectos llamativamente, trasladando sus postulados hacia soluciones del *common law*, tan lejanas, tan alejadas siempre a nuestra manera de vivir y sentir el derecho. Desde lo que a nosotros importa, no pasa ya únicamente por diferenciarnos del *notary public* anglosajón, o mejor dicho, ya no alcanza con ello (una mera referencia técnica que no tiene ni sentido realizar como comparación, teniendo en cuenta la naturaleza diversa de cada profesional en cada Estado o país sujeto a cada idiosincrasia totalmente disímil).

58 Cfr. HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 2007, pág. 17.

59 Para ampliar estos conceptos: MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *Filosofía del derecho*, LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005 (t° I y II) y 2008 (t° III).

Por los tiempos actuales, es indudable la mutación que el derecho presenta, trasladándose cada vez más frecuentemente desde el paradigma científico hacia el paradigma artístico. Muy a pesar que por los tiempos actuales algunas doctrinas minoritarias siguen discutiendo el tema con cierta vehemencia, lo cierto es que la cientificidad del derecho, relacionada con su seguridad indubitante de la norma, ha sido puesta en jaque en nuestro país al menos, desde cuatro puntos de vista⁶⁰:

a) La reforma constitucional del año 1994 y la incorporación de la teoría de los DDHH 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 las Niñas, Niños 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 dialogo de fuentes⁶¹.

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 implicadas 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*.

El jurista actual debe comprender que el objeto del derecho es tan heterogéneo e indeterminado, que el mismo ya no es sólo una ciencia o una técnica⁶². La verdadera razón de ser del derecho se encuentra justificada por el

60 Cfr. COSOLA, Sebastián Justo. *La capacidad, la minoridad y el principio de razonabilidad notarial...*, ob. cit., pág. 491.

61 Cfr. 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.

62 Cfr. DEL CARRIL, Enrique. *Interpretación, neoconstitucionalismo y ética profesional*, en *Ética de las profesiones jurídicas (Abogados, jueces, notarios)*, Cosola, Sebastián Justo; Del Carril,

arte, esto es, el derecho creado y fundado 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. Finaliza entonces la comprensión y aprehensión de jurista a la noción de sistema rígido que se corporaliza, se hace *código*, para autoabastecerse a sí mismo a través del principio de analogía, porque el sistema de derecho actual reconoce que toda esa aplicación rígida, si bien quizás más organizada o segura, ha causado fisuras esenciales en materia de justicia. Parafraseando a RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS, podría decirse lo siguiente: "...ningún sistema, por más perfecto que se pretenda, está ni definitivamente concluido, ni al abrigo de la sinrazón humana ⁶³".

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 con jerarquía, Constituciones Provinciales, tratados sin jerarquía, leyes nacionales, leyes estadales, ordenanzas municipales, sentencias judiciales, sistemas formularios, fuentes menores de procedimiento (en nuestro caso, las DTR 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* ⁶⁴, o más precisamente en el traspaso desde el *Estado de Derecho Legal* hacia el *Estado de Derecho Constitucional* ⁶⁵. Ese *Estado de Derecho Legal* que postulaba algunas descripciones y características propias, afirmando que ⁶⁶:

- a) El derecho estaba solamente contenido en la ley y en los códigos;
- b) Que los *jueces* -por analogía el *notario*- solamente debían aplicar la ley a partir del *silogismo deductivo*, bajo amenaza de incurrir en el delito de *prevaricato* -el notario, también por analogía-, violentaría notoriamente los deberes de *legalidad, independencia, asesoramiento, información y consejo* ⁶⁷;
- c) Se debe imponer tanto el método *gramatical y lógico* como los medios interpretativos de excelencia para desentrañar el sentido de la ley;

Enrique Horacio; Montesano, Luis; Finn, Santiago, Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, pág. 55.

63 RABBI-BALDI CABANILLAS Renato (Coordinador). *Las razones del derecho natural. Estudio introductorio a la segunda edición*, 2° edic., Ábaco, Buenos Aires, 2008, pág. 26.

64 Cfr. VIGO, Rodolfo Luis. *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2005, 258 págs.

65 Cfr. 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, pág. 9 y ss.

66 Cfr. VIGO, Rodolfo Luis. *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Educa, Buenos Aires, 2015, pág. 232 y ss.

67 V. COSOLA, Sebastián Justo. *Los deberes éticos notariales*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2008, pág. 466 y ss.

d) Y que no hay lagunas en la ley -por eso explica Vigo que el *Code* de Napoleón no contempla mecanismos de integración-,

Pasa a ser un *Estado de Derecho Constitucional*, cuyos postulados, valoraciones y proposiciones hacia el jurista son totalmente opuestos, tan diferentes que obligan a tener una especial consideración y pausada reflexión al respecto. Así, a modo de ejemplo, citaré algunos puntos centrales del cambio de paradigma al que me refiero⁶⁸:

a) El derecho no es solo la ley, sino también las constituciones y los tratados que reconocen derechos humanos;

b) La voluntad legislativa debe ser controlada y es posible que los jueces las invaliden por razones jurídicas formales y sustanciales;

c) Los jueces -por analogía, también el notario- deben procurar la justicia y la equidad por medio del derecho, asumiendo los casos concretos y dando valor a sus decisiones;

d) El jurista debe recurrir a una inagotable categoría de fuentes del derecho y además debe recurrir a otros saberes no estrictamente jurídicos (como el prudencial y el filosófico);

e) Para comprender el funcionamiento del derecho, necesariamente debe de recurrirse al estudio de la filosofía jurídica en general;

f) La Constitución es la norma fundamental de un Estado, y obliga a los jueces -por analogía, también al notario- a velar por la sujeción de los ciudadanos a su cumplimiento y para que la misma no sea vulnerada⁶⁹.

5- CIENCIA Y ARTE DEL DERECHO NOTARIAL EN LA ACTUALIDAD (APLICACIÓN Y CONCRECIÓN DE LOS PARADIGMAS)⁷⁰

De acuerdo a lo antedicho, en la actualidad y en mi opinión, la prevalencia de lo científico sobre lo artístico en sede notarial 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, diré sin ningún temor que al notariado el único resabio científico que le queda disponible es

68 VIGO, Rodolfo Luis. *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo...*, ob. cit., pág. 275.

69 VIGO, Rodolfo Luis. *Prólogo a la obra de Alfonso Santiago (h)*, ob. cit., pág. 13.

70 Cfr. COSOLA, Sebastián Justo. *La capacidad, la minoridad y el principio de razonabilidad notarial...*, ob. cit., pág. 500.

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 emergentes de la fe (certeza + verdad), la justicia (voluntad tutelada) y la seguridad (previsibilidad + conservación), 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 ordenamiento⁷¹.

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 desconocerla⁷². La ley en sentido material entonces, como regla social obligatoria establecida por la au-

71 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.

72 Cfr. LLAMBIAS Jorge Joaquín (y colaboradores), *Código Civil Anotado*, tº I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, pág. 11.

toridad pública⁷³, 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 interpretación científica que dirige a la elucidación analógica, los principios del derecho⁷⁴, entre otras fuentes reconocidas en el *Código de Vélez Sarsfield*. Si recordáramos aquí al profesor JULIO CUETO RUA, diríamos que por aquellos entonces las fuentes del derecho era consideradas como los criterios de objetividad que disponen jueces, abogados y juristas para alcanzar las respuestas de la vida⁷⁵; son instancias a las que acuden los juristas para imputar consecuencias jurídicas a un determinado hecho acaecido⁷⁶, habiéndose dado a la ley la categoría de ser la más importante fuente del derecho⁷⁷.

El nuevo CCyC en cambio, nos ha impuesto 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 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. De esta manera:

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 niñas, niños 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 ni nada mas, 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*;

c) Se altera notablemente el régimen patrimonial matrimonial, permitiéndose que el orden público quede de lado en casos impensados frente a la autonomía de la voluntad;

73 Cfr. LAVALLE COBO, Jorge E. Comentarios al título preliminar (Art. 1), en Augusto César Belluscio (Director) y Eduardo A. Zannoni, *Código Civil y Leyes complementarias*, tº 1, 5º Reimp., Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 6.

74 LAVALLE COBO, Jorge E. Comentarios al título preliminar (Art. 16), ob. cit., pág. 86 y ss.

75 Cfr. CUETO RÚA, Julio. *Fuentes del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, pág. 18.

76 Ídem, pág. 20.

77 Ídem, pág. 35.

d) Todo el derecho de familia nos posiciona frente a temas trascendentes: en materia de familia ensamblada, por ejemplo, la nueva posición del hijo del progenitor o del nuevo rol del progenitor afín nos hacen entender que los actos instrumentados en sede notarial que antes eran prohibidos por entenderse como simulados o indirectos ya dejan de tener efecto. ¿Desapareció la simulación en el nuevo cuerpo legal? No, pero su naturaleza es diferente en ciertos casos contemplados en el derecho de familia;

e) Se da valor legal a la convivencia, que en sede notarial al menos, frente al ejercicio de disposición y administración de bienes tiene un impacto fenomenal;

f) Se modifica notablemente la cuestión en el derecho sucesorio, con aspectos absolutamente relevantes del quehacer jurídico notarial que exceden notablemente la cuestión matemática del cálculo legitimario, por ejemplo, en materia de asesoramiento y consejo frente a temas tales como la renuncia a la herencia, las causales de desheredación, el nuevo orden sucesorio, etc.;

g) La cuestión del derecho transitorio se vuelve de vital apreciación frente a los temas de derechos reales por demás de trascendentes que llegan a la escribanía como por ejemplo, los relacionados con las relaciones de poder y la usucapión;

h) En materia de contratos, la argumentación notarial del derecho resulta ser clave para evitar conflictos en materia de boleto de compraventa -con algunas lagunas jurídicas en ciertos artículos determinados-, y ni que mencionarlo, en el contrato de donación;

i) Las implicancias del derecho internacional privado en el código -que antes deducíamos de algunas normas puntuales, especialmente de las notas de VÉLEZ y de los aportes académicos- son esenciales y deben ser argumentadas notarialmente antes de la celebración del acto o negocio jurídico instrumentado;

j) La cuestión de la responsabilidad profesional se intensifica, y en ciertos puntos relevantes de la actuación notarial hasta será difícil de desligarla de cuestiones vinculadas al derecho penal, como el tema del lavado de dinero o blanqueo de capitales y sin siquiera mencionar el deber de secreto profesional (¿sigue existiendo verdaderamente la noción de secreto profesional tal cual nosotros la comprendimos y la aplicamos? ¿o existe desde diferentes ángulos y perspectivas? Si sigue existiendo como nosotros lo comprendimos en alguna oportunidad, esa existencia ¿está atenuada, morigerada o agravada?);

k) En materia de obligaciones asegurables, la cuestión de las obligaciones de dar y sus nuevas perspectivas -entre las que contamos a la entrega de dinero- genera criterios argumentativos complejos.

l) En derecho comercial los planteos exceden las conexiones con los contratos -que en sede notarial ya habíamos asumido la unificación al menos des-

de el desarrollo del derecho del consumidor- para centrarnos en la cuestión del derecho societario y todo lo que de él derive, teniendo en cuenta la nueva comprensión multicultural del derecho que requiere la asimilación de otro prisma al momento de conformar una sociedad: el derecho comercial, el derecho notarial y el derecho penal.

Solo por citar alguno de los ejemplos que nos obligan 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.

6- JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DEL NUEVO EJERCICIO NOTARIAL DEL DERECHO

Todo lo antedicho comprueba que el *derecho notarial* no solamente es técnica (*techné*) y ciencia (*scientiae*); también es arte (*ars*), parafraseando a ROLANDINO PASSAGERI, a IRNERIO, a SALATIEL, a RANIERI DE PERUGIA, y a muchos otros maestros de la glosa notarial⁷⁸. Según he intentado comprobar en las líneas anteriores, con cierta frecuencia más que ocasionalmente se suele relacionar el ejercicio de la *función notarial* con el resultado técnico que de ella se desprende, esto es, el documento ya confeccionado con todos sus efectos. Pero antes de llegar a esa conclusión documental el notario pone en práctica la *información, el asesoramiento, el consejo, la legalidad integrada con los valores y con los principios, la imparcialidad y la independencia*, en fin, los *deberes éticos aplicados* quizás más relevantes para alcanzar la autorización de un documento válido, cierto y eficaz. Por eso el notariado, aunque juzgado por la técnica y preocupado por el avance de la ciencia, debe siempre presuponer que a las mismas reconocen como precedente al arte. Sin esos deberes mencionados anteriormente, no hay documento, y sin él, la aplicación técnico-científica de la creación se vuelve tan irrelevante como intrascendente.

78 Cfr. COSOLA, Sebastián Justo. *Los fundamentos éticos del derecho notarial*, Gaceta Notarial, Lima, Perú, 2010, pág. 9 y ss.

Las naciones iberoamericanas vienen impulsando el ejercicio de un derecho internacional de contenido esencial, que tenga en cuenta especialmente y como finalidad de su misión al hombre y la mujer problematizados de nuestros días, destacando los valores y paradigmas más importantes de la humanidad, que en nuestro país de manera indudable se encuentran ya hace tiempo consagrados en la *Constitución Nacional*. Así, ya no puede dejar de reconocerse que no solo el derecho privado, sino todas las disciplinas autónomas del derecho intentan cubrir bajo su contenido teórico y práctico un cierto prisma de *interpretación constitucional*⁷⁹. Es decir, en cada institución explicada y aplicada a la práctica habitual del oficio del jurista, la conexión con ciertos principios constitucionales propios de ese ejercicio -antes por vía *interpretativa* de naturaleza legal, o generada por el uso y la costumbre, la equidad y la jurisprudencia- deviene indispensable y obligatoria a través de la teoría de la *argumentación jurídica*, entendida en sentido amplio como razonamiento que se emplea para probar o demostrar un propósito, y en sentido estricto, a lo que nosotros importa, como razonamiento para convencer a alguien de aquello que se afirma en relación a un derecho perteneciente a una determinada persona⁸⁰. Así, bien se ha enseñado sobre esto y oportunamente que el *lector de la Constitución debe advertir que junto a la Constitución escrita convive una no escrita que se describe en el funcionamiento de las instituciones, en el ethos cultural de esa sociedad, de sus usos, etc.*⁸¹. El estudio y el ejercicio del *derecho notarial* se ha encontrado -y ahora, más que en ninguna otra ocasión se encuentra- en relación directa con ciertos principios constitucionales que tienen que ser necesariamente resguardados, porque los mismos operan indubitadamente como baluartes rectores de este derecho notarial *formal* y *sustantivo* que tanto defendemos. De esta manera:

a) Cuando un escribano realiza una escritura que consolida una transmisión del dominio, no está haciendo otra cosa que investir de *seguridad jurídica preventiva* al derecho constitucional de propiedad y ni que mencionar, si el mismo además tiene como finalidad el destino de vivienda con todo lo que ello implica en la nueva realidad jurídica;

b) Si esa escritura además, es a título gratuito dentro del ámbito familiar, con el asesoramiento se cumple el destino previsto por el transmitente en reconocimiento de su *libertad*;

79 Cfr. VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, 238 págs.

80 Cfr. GRAJALES, Amós Arturo y Negri, Nicolás. *Argumentación Jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 2014, págs. 333-334.

81 VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Constitucional*, ob. cit., pág. 118.

c) Cuando se concurre con algún requirente a constatar un hecho que requiere de autenticidad y que necesariamente invade la autonomía de otra persona ajena al requerimiento inicial, y más allá de las nuevas novedades en materia de actas en el CCyC ¿acaso no cumple el escribano con el derecho constitucional de defensa dándose a conocer, imponiendo el cometido, y dando lugar al requerido a que se exprese libremente en el documento?

d) Lo mismo que cuando el mismo otorga el juicio de capacidad con las nuevas conceptualizaciones que reconocen que antes que nada, el atributo de la personalidad se impone y se presume frente a todo el mundo. Se termina entonces la imposición de la regla rígida de capacidad para tener que argumentar, en cada escritura, la regla del discernimiento o de la capacidad progresiva ya establecida entre nosotros a partir de la incorporación constitucional de los tratados con jerarquía de derechos humanos.

e) En materia de derecho de autoprotección, se revitaliza el derecho a la vida y todos los alcances que ello tiene en relación con el propio cuerpo;

f) La autorización de viaje al exterior es una tutela y protección de la voluntad en el derecho constitucional de familia, y la autorización para conducir, no es otra cosa que documentar el derecho de libre tránsito en el territorio nacional.

Ejemplos claros, concretos de ejercicio diario que, expuestos de esta manera nos hacen reflexionar acerca de la cercanía de nuestra función con el cumplimiento de los principios constitucionales.

Este tema de la argumentación notarial del derecho no es para nada actual. Su problemática ya ha sido expuesta hace más de medio siglo por el maestro JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS⁸², elevada a lo máximo de su desarrollo por JUAN VALLET⁸³, y ahora nos exige un nuevo planteamiento que bien puede denominarse *argumentación notarial del derecho constitucional*. En la adecuada ponderación de reglas, normas y principios se encuentran las respuestas a muchos de los problemas del ejercicio cotidiano habitual⁸⁴, esos que nos hacen desesperar inclusive hasta lo inevitable de no advertir lo esencial: el valor de las normas en juego y la enorme responsabilidad que puede generarse por no tener en cuenta la escala jerárquica de las leyes y consecuentemente, los criterios de validez y vigencia que lleva ello consigo aparejado⁸⁵.

82 Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, ob. cit., págs. 85-92.

83 Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. *Manuales de metodología jurídica*, IV Tomos, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004.

84 Cfr. ARMELLA, Cristina Noemí y Cosola, Sebastián Justo. *Abordaje teórico y práctico de la mayoría de edad - Ley 26.579, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2011, 185 págs.

85 Por ejemplo, la adecuada ponderación que debe realizar el escribano con referencia a las exigencias de la ley 25.246/S-2383 que como contracara en muchos aspectos

El compromiso de *constitucionalizar* el derecho privado resultaba ser trascendente para garantizar la libertad y así, llegar a alcanzar lo que a cada uno corresponda a través de la aplicación de la virtud de la *justicia*. Todas las profesiones jurídicas deben amoldarse al nuevo derecho, y sin lugar a dudas también la *institución notarial*: la misma debe asegurar la función protegiendo y argumentando la Constitución, los tratados con jerarquía de derechos humanos, y todo otro baluarte del derecho que merezca ser aplicado para alcanzar lo justo concreto de cada uno. Se le impone al *derecho notarial actual* entonces incorporar en sus filas el estudio del movimiento *neo constitucionalista*, con sus aciertos, peligros, riesgos y prevenciones⁸⁶. En cierta manera, la doble declaración de principios de la Unión Internacional del Notariado (México, 2004 y Roma, 2005) y el nuevo Código de Ética de la Unión (Perú, 2013) es una prueba más del compromiso notarial con la teoría de la argumentación. Resta entonces adecuar los mencionados preceptos al derecho interno de cada país, desde la Constitución Nacional y hasta las normas inferiores pero de trascendencia para nuestra función diaria y habitual, como las disposiciones técnicas de los registros de la propiedad o afines a nuestro quehacer. La realidad ha llegado y en forma de código de principios. Definitivamente, como enseñaba GERMÁN BIDART CAMPOS, algún día habrá que admitir que la *Constitución Nacional* alberga *intersecciones iusnaturalistas*⁸⁷. Cuánta razón le asistía al inolvidable maestro.

7- SIGNIFICADO DE LA EXPOSICIÓN DE FUNDAMENTOS DE LA INSTITUCIÓN NOTARIAL EN EL CCYC

Al advertir la importancia que en el derecho actual revisten las cuestiones inherentes a los principios, a la protección de los derechos fundamentales de hombres, mujeres y seres vivos no humanos en general, todo comprendido

controvertidos, tiene el derecho de protección de datos reconocido como *habeas data*. Ese es un tema relevante que merece ser discutido y analizado a la luz no ya de las exigencias legales, sino desde una mirada constitucional. Este caso no tiene una solución absoluta, y habrá vencedores y vencidos hasta que no se asuma la premisa de Ronald DWORKIN, al menos para este tema: “*El derecho constitucional no podrá hacer auténticos avances mientras no aísle el programa de los derechos en contra del Estado y no haga de él parte de su programa*”. Cfr. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2002, pág. 233.

86 Cfr. VIGO, Rodolfo Luis. *Constitucionalización y neoconstitucionalismo: Riesgos y prevenciones*, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. *La ciencia del derecho procesal constitucional*, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, T° VI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2.008, págs. 403-451.

87 Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J. *Nociones constitucionales (las intersecciones iusnaturalistas de la Constitución)*, Ediar y UNAM, Buenos Aires, 2007.

en una visión científica multicultural, es que estimo, en sintonía con todo lo antes expuesto, que debe conformarse definitivamente una visión tripartita del derecho notarial que logre integrar en las categorías aludidas de ciencia y técnica con el arte, que es en definitiva, lo que traduce el trabajo más relevante que cumple el escribano o notario de la actualidad en su quehacer habitual y cotidiano. Corresponde fusionar entonces a la *ciencia* (función notarial) y a la *técnica* (la confección del documento y especialmente, de la escritura pública) con el *arte* (los deberes éticos notariales aplicados). Esta es la verdadera posición del *derecho notarial actual*. Y la verdad es que 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 principios que emergen de la Carta Magna y de los tratados de Derechos Humanos Fundamentales se captan por evidencia*.

Si se considera la aplicación de estos deberes para la creación del documento, se obtendrá como resultado el máximo valor previsto para las herramientas jurídicas tendientes a consolidar el principio de seguridad jurídica preventiva, en su doble presentación de estática y dinámica. La escritura pública se erige, de esta manera, como la máxima creación notarial del derecho, pues como lo advertía el gran maestro VALLET DE GOYTISOLO el notario, es un verdadero jurista y como tal, resulta esencial en él la educación del sentido de lo *justo*⁸⁸. En alguna fantástica oportunidad no he dudado en considerar que la función notarial como *una función social, realizada por un profesional del derecho, que en virtud de sus cualidades morales y científicas, accede a la función jurando ejercerla con decoro, revalorizando los conceptos de fe pública y de seguridad jurídica que encuentran esencial reposo en la escritura pública, y no perdiendo de vista nunca el sentido de la responsabilidad moral que tiene para con la comunidad a la que se debe*⁸⁹. Y desde allí he visto la función práctica del notario relacionada con *atender los acontecimientos, equilibrar los deseos y narrar los hechos, conforme a derecho*⁹⁰. Ese conforme a derecho -y no simplemente a ley-, incluye hoy la argumentación constitucional del derecho notarial. Nuestro opus cotidiano tiene entonces que tener como primer cometido, el de seguir los lineamientos generales de la Constitución Nacional con todo lo que ello

88 Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. *La función notarial de tipo latino*, en Deontología Notarial, de Juan Francisco Delgado de Miguel (Comp.), JDCNE-CGNE, Madrid, 1992, pág. 449 y ss.

89 COSOLA, Sebastián Justo. *Los deberes éticos...*, ob. cit., pág. 302.

90 Ibidem.

conlleva, para luego poder desde la práctica cumplir con las leyes positivas y vigentes que se adecuan al texto supremo, y que en el documento elaborado vienen a garantizar la voluntad, la verdad y la seguridad.

En definitiva, todo esto se encuentra descrito de manera clara y contundente en los fundamentos que la comisión redactora elevara 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*⁹¹”.

8- ¿DÓNDE SE ENCUENTRAN LAS NORMAS GUÍA QUE NOS PERMITEN ARGUMENTAR NOTARIALMENTE EL DERECHO?

Me he esforzado hasta aquí por demostrar que en materia de principios, el CCyC presenta un nuevo paradigma del derecho digno de elogio. El hecho de la reforma debe ser una celebración desde el punto de vista de la nueva argumentación jurídica que exige un derecho de valores y de principios en lugar de un derecho de exégesis. El derecho decimonónico ya resultaba insuficiente para cumplir con el cometido sustancial de la disciplina de dar respuesta a los reclamos de justicia, y por ello el tiempo actual reclama al jurista una adecuación de las soluciones a los cánones fundamentales del hombre, que ordena suplir el silencio de la ley con la integración de la misma a través de *principios jurídicos*⁹².

Bien cierto es que en lo que al notariado respecta, en materia específica de documentos e instrumentos, inclusive desde la parte general del articulado las palabras utilizadas en los capítulos referidos a los instrumentos públicos y a las escrituras públicas en especial, no se presenta un panorama descriptivo de la realidad notarial en la argumentación jurídica actual, ya que no se diferencia en demasía a lo expresado en el código velezano, más que en cuestiones técnicas positivas como la diferenciación de las escrituras con las actas⁹³, o en

91 LORENZETTI, Ricardo Luis; Highton de Nolasco, Elena y Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Código Civil y Comercial de la Nación...*, ob. cit., pág. 543.

92 Cfr. VIGO, Rodolfo Luis. *Integración de la ley*, Astrea, Buenos Aires, 1978, pág. 101 y ss.

93 Cfr. ABELLA, Adriana Nélica y Regis, Ariel. *De los instrumentos públicos*, en Eduardo G. Clusellas (Coordinador), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, tº I, Astrea, Buenos Aires, 2015, págs 709-756; Armella, Cristina Noemí. *De las escrituras*

cuestiones propias de la evolución del derecho en general, como la inclusión por ejemplo, en materia de incompatibilidades personales, del conviviente⁹⁴. De aquí que la nueva argumentación notarial del derecho sea la de conferir al documento notarial de un contenido adecuado al desarrollo del derecho en la actualidad, en franca armonía con el nuevo código, que dirige a constitucionalizarlo y adecuarlo a partir de los principios y de todas las fuentes jurídicas necesarias del derecho multicultural.

públicas, en Eduardo G. Clusellas (Coordinador), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, tº I, ob. cit., págs. 756-848; Cosola, Sebastián Justo. *De los instrumentos públicos - De las escrituras públicas (Arts. 284-319)*, en Julio César Rivera-Graciela Medina (Directores) - Mariano Esper (Coordinador), *Código Civil y Comercial de La Nación Comentado*, tº I, La Ley, Buenos Aires, 2014, págs. 653-729; D'Alessio, Carlos Marcelo. *De los instrumentos públicos - De las escrituras públicas*, en Ricardo Luis Lorenzetti (Director), *Código Civil y Comercial de La Nación Comentado*, tº II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, págs. 106-240.

- 94 La cuestión de la inclusión del conviviente en el nuevo artículo 291 merece todo un nuevo desarrollo jurídico y ético de la imparcialidad. Llamativamente algunas voces intentan afirmar en los tiempos actuales, que la cuestión ética escapa al análisis del artículo en referencia, por cuanto la norma lo que pretende en última instancia es no escapar a la seguridad jurídica que brinda la enumeración legal, que definitivamente es lo que acota el ámbito de aplicación de la función en relación a la competencia personal. Con total humildad pienso que nada más alejadas las referencias a la cuestión de positivización de la imparcialidad al espíritu del nuevo cuerpo legal. Si hablamos de un código de principios, ya la imparcialidad deja de ser una cuestión legal para ser una cuestión legal y también ética, entonces ya no se posiciona la seguridad jurídica en la norma sino en la persona del funcionario que decide o no decide autorizar la instrumentación que ante el acontece en razón de la violencia de la imparcialidad. Claramente la cuestión ética se torna más confusa en su aplicación y concreción, y así, si bien la ética en la función notarial siempre resultó ser de natural y esencial comprensión, lo cierto es que su margen de concreción, en infinidad de oportunidades, queda librado exclusivamente al ámbito de la voluntad del escribano que se encuentre a punto de realizar el acto y autorizar el instrumento. Así, podemos tener a la vista todas las reglas, las normas, los reglamentos y los códigos de ética notarial *positivizados* y vigentes, inclusive con el reflejo de duras penas previstas para el caso del incumplimiento; pero lo cierto es que no todas las posibles faltas u objeciones a la ética pueden estar allí determinadas, precisamente porque en materia de ética lo que se destaca como trascendente es el acto anti-ético que deja sin defensa al perjudicado, generando una injusticia en su aplicación, independientemente de que el mismo se encuentre o no se encuentre descripto. En materia de ética notarial de doble tutela entonces -como en el caso, el principio de imparcialidad- debe insistirse no sobre el contenido sustancial de la norma, sino sobre los deberes éticos notariales que aplicados en el grado que corresponden, no solo aseguran al acto invistiéndolo de certeza, sino que además esa certeza ampara lo justo. En definitiva, la visión positiva de la nueva norma (determinación del alcance de la ineficacia del acto teniendo en cuenta únicamente la enumeración normativa) está de acuerdo con el anterior derecho, con una interpretación literal y decimonónica, acorde con los lineamientos del anterior título preliminar del Código Civil. La visión principista de la nueva norma en cambio dirige al jurista a analizar no la enumeración legal, sino todos aquellos casos que aun no comprendidos en la norma, violenten claramente a la cuestión de la imparcialidad y a la independencia notarial en la relación que pueda llegar a surgir a partir de la instrumentación.

Pero no es en esa sección donde debemos encontrar la cuestión que aquí se plantea. Un código de principios exige una comprensión armoniosa de todo el cuerpo normativo, es más: exige la convivencia de reglas + normas + principios a los que atribuye el carácter ya no de ley, sino de derecho.

Quizás sea tiempo de recurrir a ciertos artículos absolutamente olvidados por los juristas -ni que hablar, el propio notariado-, que permitan justificar la argumentación desde los principios y los valores entendidos armónicamente para todo el nuevo cuerpo legal. Todo lo aquí propuesto entonces, se encuentra clara y visiblemente de manera notablemente expuesta en el *título preliminar del nuevo CCyC* (en adelante TP).

9- EL TÍTULO PRELIMINAR (TP) DEL CCYC Y SU NUEVO TRATAMIENTO

Enseña RICARDO LORENZETTI que el TP es concebido como una *puerta de entrada* al *Código Civil* y al resto del sistema jurídico⁹⁵. Todos sus artículos presentan un gran significado *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 normativos⁹⁶.

Este nuevo tratamiento del TP realizado a sabiendas por la comisión redactora y aprobado oportunamente, permite inferir que la lectura del CCyC no puede únicamente referirse a la interpretación de la ley, sino que hay que interpretar la norma comprensiva de la ley, de los valores y de los principios que los casos que el código trata y expone. El nuevo cuerpo legal "*distingue el derecho de la ley*", y es este un cambio esencial respecto de toda la tradición jurídica anterior⁹⁷. Precisamente sobre este tema fue ELENA HIGHTON una de las primeras en reconocer que la decisión de incluir un TP en el nuevo código obedeció a la necesidad de que desde el mismo se aporten ciertas reglas de significancia general para todo el cuerpo legal, con fundamentos tanto en las tradiciones históricas como en la utilización de los conceptos normativos que luego se van especificando a lo largo de toda la obra⁹⁸. En efecto, de los propios fundamen-

95 Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Título preliminar*, en Ricardo Luis Lorenzetti (Director), *Código Civil y Comercial de La Nación Comentado*, tº I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, pág. 25.

96 *Ibidem*.

97 *Ibidem*.

98 Cfr. HIGHTON, Elena Inés. *Título preliminar del Código Civil y Comercial*, Revista de Derecho Privado y Comunitario n° 2015 - Extraordinario, *Claves del Código Civil y*

tos del entonces anteproyecto se desprenden las siguientes líneas en referencia al TP, cuya consideración en el cuerpo normativo generó originariamente ciertas dudas acordes con el sistema de derecho actual: "(...) *Su aceptación se ha basado en una tradición histórica y en el presupuesto de que el Código Civil es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado y, por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema* ⁹⁹". Claramente entonces se aleja el nuevo CCyC de considerar que la inclusión del TP puede contrastar con la tendencia a descodificar el derecho, para tomarlo como una necesidad de los operadores jurídicos de recurrir al mismo con la finalidad de decidir cuestiones complejas en la elección o decisión tomada desde el diálogo de fuentes¹⁰⁰. De ahí entonces que desde los fundamentos esgrimidos por la comisión redactora se asuma que "*hay que distinguir entre derecho como sistema y la ley, que es una fuente, principal, pero no la única*¹⁰¹". Y también que desde allí, de manera precisa se determine qué: "(...) *es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y de fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores*¹⁰²".

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)¹⁰³. 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

Comercial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 11.

99 LORENZETTI, Ricardo Luis; Highton de Nolasco, Elena Inés y Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Código Civil y Comercial de La Nación*, Proyecto..., ob. cit., págs. 511-512.

100 *Ibidem*, pág. 512.

101 *Ibidem*.

102 *Ibidem*.

103 Cfr. RIVERA, Julio César y Crovi, Luis Daniel. *Derecho Civil-Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, pág. 8.

interrogantes frente a los casos que se le planteen¹⁰⁴. 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)¹⁰⁵.

10- ASPECTOS ESENCIALES A TENER EN CUENTA DEL TP DEL CCYC AL MOMENTO DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

El TP se conforma de 18 artículos, los primeros del CCyC, que según lo antedicho, conforman la puerta de entrada tanto hacia el nuevo cuerpo normativo como hacia el nuevo derecho, tanto en el contenido como en las leyes especiales que acompañan y ratifican el cambio de paradigma. A casi un año de su entrada en vigencia, su transcripción en este espacio resulta ser tediosa e innecesaria, por cuanto debo dar por conocida al menos, una primera lectura del tema en referencia, remitiendo claro está para la profundización teórica de conceptos, a los muy buenos aportes con los que contamos en la actualidad¹⁰⁶.

Pero sí es importante destacar con frases, palabras y títulos contundentes los temas que abrazan los artículos implicados, que en definitiva son de absoluta utilización por el notariado nacional. El hecho de considerar el TP como algo alejado de nuestra realidad responde, en gran medida, a nuestras últimas consideraciones respecto del ejercicio de la función, que presenta una mayor preocupación por la técnica documental que por el contenido esencial que ese documento debe proyectar. En efecto podemos decir, con cada uno de los artículos vigentes y en el orden del CCyC lo siguiente:

104 VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 28.

105 *Ibidem*.

106 Para ver algunos de los aportes interesantes que se han dado hasta aquí: LAMBER, Néstor D. *Comentarios al título preliminar*, en Eduardo G. Clusellas (Coordinador), *Código Civil y Comercial de La Nación. Comentado, anotado y concordado*, tº I, Astrea, Buenos Aires, 2015, págs. 1-73; Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato y Sola, Ernesto. *Comentarios al Título Preliminar*, en Julio César Rivera - Graciela Medina (Directores) - Mariano Esper (Coordinador), *Código Civil y Comercial de La Nación Comentado*, tº I, La Ley, Buenos Aires, 2014, págs. 51-109 y entre otros, Formaro, Juan José y autores varios, *Título preliminar*, en Alberto J. Bueres, *Código Civil y Comercial de La Nación y normas complementarias*, tº 1º, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, págs. 41-240.

- a) Consideración notarial de todas las fuentes del derecho para la conformación del caso concreto, y no solo y únicamente la ley (art. 1).
- b) Alcances de la interpretación legal, mucho más allá de la voluntad legislativa, teniendo en cuenta esencialmente, su *finalidad*, los *principios*, los *valores*, etc. (art. 2).
- c) Creación razonable del documento dentro del ámbito de la competencia notarial (art. 3).
- d) Conocimiento del derecho (art. 4).
- e) Régimen de competencia legal (art. 5).
- f) Aplicación práctica del derecho (art. 6).
- g) Interpretación notarial del derecho y su compatibilidad con las doctrinas mayoritarias y la última jurisprudencia (art. 7).
- h) Principio de responsabilidad ciudadana (art. 8).
- i) Concreción notarial documental (inclusive pre y post-documental) de la *buena fe diligencia* (art. 9).
- j) Intervención notarial en defensa de los derechos fundamentales a través del asesoramiento y del deber ético de independencia (abstención de actuación en casos dudosos; art. 10).
- k) Intervención notarial en defensa de los derechos que dentro de su competencia dirigen a considerar la protección de la parte débil; por ejemplo, derecho del consumo (art. 11).
- l) Consideración notarial del orden público y especialmente, de la autonomía de la voluntad en cada caso en particular (art. 12).
- m) Asesoramiento notarial en casos puntuales y específicos (art. 13).
- n) Análisis notarial del negocio a instrumentar con todos sus efectos, entre las partes y frente a los terceros (art. 14).
- o) Formación notarial en materia de atributos en general, y del patrimonio en especial (art. 15).
- p) Valoración notarial de los bienes y de las cosas de una manera multicultural (aspectos notariales, catastrales, registrales, de agrimensura, corredores públicos, etc; art. 16).
- q) Comprensión cabal de alcance de aspectos esenciales de la personalidad humana (art. 17).
- r) Reconocimiento notarial documental, en los casos que sean materia de competencia, de las tradiciones jurídicas e indirectamente, del derecho de las minorías (art. 18).

11- LA INTERPRETACIÓN NOTARIAL DEL TÍTULO PRELIMINAR Y LA PONDERACIÓN ANTE LOS CONFLICTOS

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 modificatorias 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.

Pienso 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 fundamentales¹⁰⁷, el jurista escoge, entre algunos otros métodos, el camino de la *ponderación*¹⁰⁸. 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 abstractamente¹⁰⁹”. 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 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 solo con ética y nobleza, sino de acuerdo con la ley vigente.

Como claramente lo refiere *Alexy*, a la pretendida seguridad de la norma (regla) y norma (principio) hay cosas que no pueden escaparse por más perfección que tenga la redacción, la codificación y todo lo que ello conlleve. Y el profesor alemán lo expresa con estas palabras, dando inicio al planteo de su elocuente aporte referido a la teoría de la argumentación jurídica: “La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente y en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, justamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados¹¹⁰”. Desde el notariado, la ecuación es absolutamente similar, y podríamos ensayarla de esta manera (a mi costa y coste):

“La decisión jurídico-notarial, que evita una disputa jurídica posterior (*cave-re*), expresable en un documento notarial auténtico, no se sigue -ni se debería seguir lógicamente y en muchos casos-, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, justamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados”.

¿Cómo es posible entonces negar la importancia de la creación y la elaboración notarial del derecho que se proyecta en el documento? ¿Cómo no recu-

107 Sobre este tema: CIANCIARDO, Juan. *El ejercicio regular de los derechos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, 352 págs.

108 El sistema de ponderación ha recibido ciertas críticas. Para ver la respuesta a esas críticas y la conformación estructural de la teoría: ALEXY, Robert. *La construcción de los derechos fundamentales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, pág. 27 y ss.

109 Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Palestra, Perú, 2010, pág. 27.

110 Ídem, pág. 28.

rir a las todas las fuentes directas de aplicación para su elaboración? ¿Cómo no entusiasmarse con los nuevos vientos del derecho constitucionalizado que nos aleja de lo amanuense para ser verdaderos partícipes del derecho sin litigio desarrollado en un ámbito de paz?

Con verdadero entusiasmo entonces enumeraré las cuatro causas *alexynas* que dan inicio a su planteo de justificación de la *teoría de la argumentación* referida¹¹¹, agregando entre paréntesis los casos notariales más frecuentes a los que nos hemos y nos seguimos enfrentando cotidianamente. Para poder visualizar concretamente los problemas del pensar ius-filosófico en nuestra práctica y para que felizmente, la ecuación planteada con humildad en este ensayo quede completa.

Entonces, al derecho (norma + regla+ principio) o con la precisión de la teoría del profesor alemán [norma ius-fundamental (regla) y la norma ius-fundamental (principio)] nunca puede escapar del todo de:

a) La cuestión de la vaguedad del lenguaje jurídico (en sede notarial, por ejemplo, la justificación de la identidad con *documento idóneo*).

b) La posibilidad de choque o conflicto entre normas (en sede notarial, por ejemplo, la nueva teoría de la representación y los *criterios representativos* en el contrato de mandato).

c) La existencia de casos que necesitan una determinada regulación jurídica pero para su regulación que no exista una norma ya vigente (en sede notarial, por ejemplo, la cuestión de las donaciones sujetas a posterior aceptación u oferta de donación).

d) La posibilidad de tomar la decisión contra el tenor literal de una norma en casos absolutamente especiales (en sede notarial, por ejemplo, la cuestión de la capacidad y de la interpretación de la edad y grado de madurez de los niños, de las niñas y de los adolescentes).

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 (DTR) 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 notario/a que acepta la rogación. Por

111 *Ibidem*.

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.

12- CONSIDERACIONES FINALES GENERALES

Al notariado corresponde enfrentar entonces tanto los nuevos desafíos de concreción jurídica que trae el nuevo CCyC y las claras herramientas argumentativas del TP, como también los propios que plantean quienes a través de una vida de relación -en ocasiones justas, en otras autoritarias, y en casi todas desigual- recurren a las notarías a buscar soluciones en un marco de paz. Siempre ha sido así. En los prolegómenos de la revolución notarial del derecho, el fundador de la *Unión Internacional del Notariado*, JOSÉ ADRIÁN NEGRI, esquematizó el problema notarial en una fantástica descripción de los males que el notariado debía de sortear para poder avanzar en el ámbito técnico y científico¹¹². Por ello se refirió a cuestiones que por aquellos tiempos no ofrecían ninguna certeza y sí, interminables dudas permanentes: determinación del alcance de la función notarial¹¹³, superabundancia de profesionales de título¹¹⁴, cuestiones relacionadas con los estudios para la -por aquellos entonces- magra profesión de escribano¹¹⁵, formas de relacionar la libertad notarial¹¹⁶, cuestiones relativas a la colegiación¹¹⁷, o de ética entre colegas, entre tantísimas otras. Por supuesto que NEGRI ofrecía la respuesta, bajo el noble epígrafe de *solución*

112 Cfr. NEGRI, José Adrián. *El problema notarial*, Obras Completas, Vol. II, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 1966.

113 *Ibidem*, pág. 17.

114 *Ibidem*, pág. 28.

115 *Ibidem*, pág. 37 y ss.

116 *Ibidem*, pág. 51 y ss.

117 *Ibidem*, pág. 111 y ss.

*armónica de los problemas notariales*¹¹⁸. Así, el autor se refirió a una triple clasificación de los recursos que el notariado debe alcanzar para dignificarse: intelectuales, morales y de control¹¹⁹. Todos ellos, se conjugan y se hacen fuertes en el proyecto de ley notarial que el autor ofreció oportunamente al notariado con la esperanza de que sea elevado a las instituciones republicanas correspondientes¹²⁰.

Desde mi espíritu, siempre recuerdo con grata emoción que una de mis últimas conversaciones en Madrid con el notario JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL (1949-2007), doctor, filósofo del derecho y sin lugar a dudas el máximo exponente del tema deontológico notarial, tuvo como eje central el planteamiento de la necesidad o no de incluir en un determinado trabajo académico el tema de las problemáticas actuales del derecho notarial. Recuerdo que DELGADO me puso al tanto de la absoluta innecesariedad de exponer los problemas en los trabajos académicos. Me hablo de lo bueno de escribir de manera vertical, referida a la exposición de los principios generales y específicos de cada instituto o institución, de los fundamentos, las metodologías, el análisis pausado y metódico de las pertinentes naturalezas jurídicas propuestas por la doctrina y el tiempo actual de desarrollo doctrinal, en lugar de hacerlo de manera horizontal, que cuenta con la descripción de los problemas y teorías al respecto que aquejan en un tiempo y lugar a una profesión -en nuestro caso función- sin mayores propuestas de solución. Así entonces escribo realizando los aportes con total humildad, esperando que otros puedan llevar adelante los planteos académicos a la práctica cotidiana y que eso aliviane la manera de ejercer y la manera de actuar en los días que vivimos, angustiantes hasta lo insoportable.

Es necesario entonces insistir en lo siguiente: el notario actual ya no conforma su aporte al mundo jurídico únicamente con la elaboración del documento, sino que es éste el producto de toda una tarea anterior que tuvo en cuenta ciertos valores trascendentes reclamados en nuestros días por la ciudadanía en general, y que comprobados por el notario, dan lugar a su proyección con alta eficacia probatoria y ejecutiva. Los años han transcurrido y nuestra ciencia, nuestro arte y nuestra técnica han evolucionado notablemente. Tanto hemos avanzado desde los albores de la conformación estructural del derecho notarial formal y en su seno, de la teoría del instrumento o documento, que en la actualidad, no dudamos en reconocer

118 *Ibidem*, pág. 119 y ss.

119 *Ibidem*, pág. 120 y ss.

120 *Ibidem*, pág. 129 y ss.

que hay otros actuaries notariales previos a la confección documental que cobran una relevancia absolutamente trascendente.

Aun así, queda mucho camino por recorrer. Estas pautas a las que adhiero convencido, aun no son suficientes para despertar al notariado de lo necesario, de lo elemental y de lo indispensable de su misión. Esta situación se comprueba desde los hechos fácticos ineludibles, en la demostración práctica que afirma que hayamos esperado la reforma y puesta en vigencia del CCyC para cumplir con mandatos constitucionales que ya podrían haber tenido cabida en sede notarial mucho antes de su *normativización* posterior. De esta manera, hasta el 1 de agosto del año 2015, nos hemos negado rotundamente a considerar, entre otros tantos actos, los siguientes:

a) Al concubino como destinatario del bien de familia, ni siquiera legalmente, sino a través de una cláusula voluntaria que deje en claro la voluntad del titular de dominio de beneficiar, tan siquiera en un reconocimiento, a quien lo acompaña en el más generoso sentido de familia;

b) A realizar y autorizar actos de personas a las que suponíamos con capacidades limitadas o restringidas en razón de su edad (ancianidad), de su madurez (minoridad o adolescencia) o de su condición espacial (residentes de una institución mental, por ejemplo)

c) A oír, escuchar y velar por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes en los casos que lógicamente forman parte de nuestra competencia;

d) A darle al derecho de autoprotección el valor escriturario que siempre debió tener;

e) Argumentar la cuestión de la fe de identidad con los elementos que teníamos a nuestra disposición que a lo mejor no eran los legales, pero sí los reconocidos como fuentes primarias del derecho.

La sujeción notarial a la norma de manera por demás de desmedida, sin reconocer jerarquías o derechos que merecían una tutela especial, y de una consideración de la forma como natural de la función pero no como esencial en la repartición de derechos y deberes de los ciudadanos por ante nosotros, hizo que ni pensáramos en considerar esos casos, y que ahora no dudamos en llevar adelante, simplemente por el hecho de su recepción positiva en un nuevo cuerpo de leyes. Posiblemente esa actitud sea la que ha motivado al jurista no especializado en notariado y ni qué decir, al hombre común, a creer que la misión notarial es simplemente documentadora. Esa descripción, aunque notoriamente injusta, también tiene parte de nuestra contribución.

Los temas que he puesto de ejemplo, tan siquiera estos cinco, ya podrían haberse realizado con anterioridad, teniendo en cuenta no solo leyes

especiales que fueron surgiendo con motivo del nuevo paradigma jurídico -y que contradecían en un todo al Código de Vélez-, sino la incorporación de los Tratados con jerarquía a la Constitución Nacional, la costumbre, los últimos años de jurisprudencia de principios, entre tantas otras fuentes a las que podíamos -y debíamos- de haber recurrido. ¡No se trataba de violentar la ley escrita, sino de cumplir con el derecho que ocurría ante nuestra presencia! Se trataba de argumentar el *derecho notarial actual*.

Si tan solo la función notarial fuera la documental, reitero, 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. Si aun 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-, 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 + normas + principios + 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.

13- CONSIDERACIONES FINALES ESPECIALES

Esta nueva tesis de argumentación notarial del derecho, hoy con el apoyo del nuevo TP, del articulado general 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 al mundo de manera tal que pueda alcanzar a demostrar cabalmente 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 TOBEÑAS (*tesis de la función notarial creadora de derecho*)¹²¹, los relevantes complementos de Francesco Carnelutti (*tesis del notario como hombre de buena fe en el mundo del derecho*)¹²², las sabias apostillas de EDUARDO J. COUTURE (*tesis de la fe pública como contenido introductorio al estudio del derecho notarial*)¹²³ y las concreciones fundamentales de nuestro genial e inolvidable maestro JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO [*concreción de una metodología en la determinación notarial del derecho (cavere)*]¹²⁴, 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. En este sentido, la función notarial ya no circunscripta únicamente al ámbito de creación documental, sino proyectada en todo su esplendor a partir de la primera audiencia con los *deberes éticos notariales aplicados* permitirá alcanzar:

a) El valor *justicia* (*lo justo* de cada requirente, lo que cada uno de ellos está dispuesto a dar y recibir a través del imperio de la *voluntad*).

b) El amparo por la *verdad* (*fe pública*).

c) La proyección de la *seguridad* (*jurídica*, en doble vertiente).

d) Y la determinación de la *paz* (ese documento jamás sufrirá un conflicto que se oponga a esa voluntad *justa* ajena a la concreción negocial).

Dejamos entonces de pensar en la *ética* y *en los valores* como lo que inadecuadamente asumimos que es (un catálogo de buenos quehaceres profesionales) para proyectarla dentro del contenido jurídico propio y específico de la *función notarial*. Así, los *deberes éticos notariales* son variados y de muy concreta derivación; y los que a este ensayo interesan, los que se posicionan antes de la creación documental, son los que he decidido en denominar en alguna oportunidad los *deberes éticos notariales aplicados*:

121 Cfr. CASTAN TOBEÑAS, José. *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, 224 págs.

122 Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *La figura jurídica del notariado*, Reus, Madrid, 1954, pág. 14 y ss.

123 COUTURE, Eduardo J. *El concepto de fe pública. Introducción al estudio del Derecho Notarial*, ob. cit.

124 Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. *Manuales de metodología jurídica*, tº III, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, pág. 231 y ss.

Doctrina

a) Deberes de *información, asesoramiento, consejo e imparcialidad* (tutela de la relación notario/a frente a los requirentes).

b) Deber de *independencia* (tutela de la relación notario/a frente a los terceros ajenos al acto pero con interés en el documento a crearse).

c) Deberes de aplicación notarial de la *legalidad integrada* (argumentación notarial del derecho teniendo en cuenta leyes + reglas + normas + principios).

Todo esto siempre fue posible, pero hoy además de posible es necesario. Cuenta con el respaldo normativo, cuenta con el respaldo académico y pienso que no pasará mucho tiempo más para que la primera jurisprudencia confirme en esta orientación, el verdadero cometido de la *función notarial* en la actualidad. ¡Mi deseos y mi esperanzas puestas en ello!

La herencia como objeto de garantías*

Andrés Martínez

SUMARIO. I) *Introducción.* II) *La herencia.* A) *Delimitación conceptual de la herencia.* III) *Cesión de herencia.* A) *Definición.* B) *Objeto.* C) *Carácter traslativo.* D) *Contrato aleatorio.* E) *Momento en que pueden cederse derechos hereditarios.* F) *Forma.* G) *Publicidad (momento desde el cual produce efectos).* IV) *La herencia como objeto de garantías.* A) *Posibilidad de su empleo.* B) *Formas de instrumentación.* V) *Conclusiones*

I) INTRODUCCIÓN

A lo largo del presente trabajo esbozaremos las distintas concepciones de lo que se entiende por herencia.

A continuación nos referiremos someramente al contrato de cesión de herencia para luego poner el foco en la utilización de la herencia como el objeto que garantice el pago de un crédito.

Nos basaremos, a efectos del análisis, principalmente en el derecho argentino.

II) LA HERENCIA

Vivimos en sociedades que se organizan económicamente en torno a la propiedad individual y donde las relaciones jurídicas sólo subsisten entre sujetos. Por ello, la muerte de una persona plantea el dilema de la subsistencia o no de las relaciones jurídicas que ésta tenía. Si subsisten, deben hacerlo con

* El presente trabajo obtuvo el segundo premio correspondiente al Tema I, "El Derecho Sucesorio", en el marco de la XVIII Jornada del Notariado Novel del Cono Sur, celebrada en la ciudad de Salto, Uruguay, entre el 26 y el 28 de mayo de 2016.

otro titular; en caso contrario sería necesario regular las consecuencias de su caducidad¹.

La necesidad de impedir, entonces, que las relaciones jurídicas que se encontraban en cabeza de una persona, y sobre todo las deudas, se esfumen o queden huérfanas con su muerte ha llevado a elaborar diversas teorías a efecto de determinar qué pasa con ellas una vez producido el fallecimiento.

No podemos dejar de mencionar que en este tema, como en tantos otros, la cultura, la moral, la opinión pública, la política (o las formas políticas) y el contexto histórico-social influyen las diversas posturas elaboradas. Por este motivo, es esencial, a efectos de delimitar el concepto de herencia, tener en cuenta cómo han ido evolucionando algunos conceptos estrechamente relacionados -como la propiedad y la familia-, las civilizaciones y la humanidad en general².

En la historia de la humanidad, en grandes términos, “se advierte una evolución general en el dominio del hombre sobre las cosas, que parte del uso común de éstas, administradas por un jefe, pasa por la propiedad de la grávida familia primitiva y de la más estrecha familia consanguínea y llega al individuo considerado como célula elemental”³ y en cada una de esas etapas es lógico que el concepto de herencia (surja y) vaya mutando.

II.A) Delimitación conceptual de la herencia

A continuación analizaremos diversas tesis que buscan dar una explicación a la sucesión *mortis causa* y determinar qué es la herencia.

Existen diferentes teorías que analizan el fenómeno de la sucesión desde dos ópticas principales. Por un lado, hay “teorías subjetivas” que explican el proceso poniendo el foco en la personalidad del causante. Por otro, encontramos teorías objetivas que buscan la explicación apuntando al objeto de la transmisión.

A continuación intentaremos delimitar algunas de estas teorías esbozadas por la doctrina. Antes de ello, creemos necesario advertir que dentro de cada tesis que expondremos hay diferentes matices según el autor que se siga y que, incluso autores que hemos “encasillado” en posturas diferentes, presentan en sus conceptos elaborados grandes coincidencias.

1 Conf. CORDOBA, Marcos M., “Introducción a nuevas normas del derecho sucesorio en el Código Civil y Comercial de la Nación”, LL On-line, AR/DOC/3914/2014, pág. 2.

2 Conf. GUAGLIANONE, Aquiles H., “Bosquejo histórico de la idea de herencia”, AR/DOC/2770/2004, pág. 2.

3 Ob. cit., pág. 1.

II.A.1. Teoría de la sucesión en la persona

Desde sus orígenes, esta postura, que surgió en el derecho romano y ha sido el emblema de las teorías subjetivas, impulsó una suerte de ficción legal que negaba la desaparición del fallecido como entidad de derecho y establecía su prolongación mediante la continuidad de su persona en el heredero, de forma tal que ambos eran una misma persona y el sucesor quedaba en el lugar del fallecido⁴. Cada nuevo heredero sería, entonces, una suerte de *mamushka* que viene a contener a la muñeca/causante anterior⁵.

En el derecho romano primitivo el heredero era un continuador de la persona, pero no un sucesor en los bienes. Cuando el causante institúa un heredero, tenía como propósito traspasarle la autoridad de la que se hallaba investido y dejar alguien que se ocupara del culto familiar, con independencia de la asignación de la fortuna o bienes⁶.

Pero si bien, en un comienzo, la continuidad de la persona del difunto por su heredero era independiente de la atribución patrimonial a éste último, la necesidad de que el heredero adquiriese los bienes del fallecido fue imponiéndose poco a poco, por lo que “el heredero se convirtió en continuador, no sólo de la persona, sino también del patrimonio”⁷.

Los que terminaron de darle forma a esta elaboración fueron AUBRY Y RAU, de quienes VÉLEZ SANSFIELD tomó directamente la tesis a efectos de plasmarla en el Código Civil que tuvo vigencia en la Argentina por más de 150 años.

Para estos autores, el patrimonio aparece como un atributo de la personalidad, emana de ella. Parten de dos abstracciones: que el patrimonio es una universalidad jurídica, diferente a los objetos que la componen, y que comprende no sólo los bienes que el titular tiene sino también los que pudiera adquirir en el futuro⁸.

4 Conf. MAFFIA, Jorge O., *Manual de Derecho sucesorio*, Depalma, Tomo I, 4ª ed., Bs. As., 1993, pág. 14.

5 Con gran perspicacia y una buena cuota de ironía ha dicho IHERING: “...Otros son tan buenos (...) que hace(n) perdurar la personalidad del causante en el próximo y en todos los sucesivos herederos hasta el fin del mundo, con lo que la transmigración anímica, expuesta por los pitagóricos, o si se prefiere la inmortalidad personal, desde el punto de vista jurídico, podría llegar a realizarse. Una persona va embutida en otra, como las cajas de diferentes tamaños en una tienda de comestibles. Cada uno de nosotros lleva en su interior una partícula hereditaria, infinitamente adelgazada, de Adán, y viene a ser una especie de atlas civilístico, que lleva consigo, a título hereditario, la Humanidad que ha existido antes de nosotros” (en IHERING, Rudolph von, *Jurisprudencia en broma y en serio*, Reus, Madrid, 2015, pág. 31).

6 Conf. FORNIELES, Salvador, *Tratado de las Sucesiones*, Tipográfica Editora Argentina, 4ª Ed., Buenos Aires, 1958, pág. 31.

7 FORNIELES, ob. cit., pág. 33.

8 Conf. MAFFIA, Jorge O., *Tratado de las Sucesiones*, t. I, Abeledo Perrot, 3ra Ed., Bs. As. 2012, pág. 35.

De esas dos premisas se desprenden varios postulados, entre ellos: que el patrimonio es intransmisible en vida de su titular y que la transmisión sólo opera en caso de muerte, ya que al confundirse la personalidad del causante con la de su heredero se confunden también sus patrimonios. Esta es, además, la razón por la cual el heredero responderá *ultra vires hereditatis*⁹, es decir, también con sus propios bienes.

II.A.2. Teoría de la universitas iuris

También, tomando como base la doctrina de AUBRY Y RAU y buscando saltar el escollo que implica la ficción -hoy ilógica- de la continuación de la persona del causante, han surgido posturas objetivas que centran la explicación en el objeto transmitido.

La herencia consiste, para los partidarios de esta teoría, en una universalidad de derecho o *universitas iuris*. El heredero no está llamado a suceder en una relación jurídica determinada, ni en una suma de relaciones singulares, sino en la unidad orgánica de las relaciones jurídicas que sobreviven al *de cuius*¹⁰. Se transmiten al heredero todos los bienes transmisible como unidad y no considerados singularmente.

En definitiva, la herencia es una *universitas iuris*, es decir, un complejo unitario que no es la suma de las relaciones activas y pasivas que lo componen, sino una entidad que trasciende de la pluralidad¹¹.

II.A.3. Teoría de la sucesión en la posición jurídica del causante

También dentro de una línea subjetiva se encuentran las ideas que defiende BARBERO, quien sostiene -basándose en la *successio* del derecho romano- que, si bien el concepto de *continuación de la persona del difunto* no se ajusta a la estructura del fenómeno hereditario, ya que causante y heredero son dos personas diferentes, lo que se quiere decir con ello, desde un punto de vista funcional, es que "la 'posición jurídica del difunto' continúa en el heredero -naturalmente, en cuanto a la parte que constituye objeto de la sucesión- con las mismas características, de hecho y de derecho que tenían en el *de cuius*"¹².

9 Conf. MAFFIA, *Tratado (...)*, ob. cit., pág. 35.

10 El "De cuius" es el causante. El término proviene de la fórmula latina "de cuius successione agitur" (aquel de cuya sucesión se trata).

11 Conf. DOMÍNGUEZ REYES, Juan-Faustino, *La transmisión de la herencia*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010, pág. 114.

12 BARBERO, Doménico, *Sistema del Derecho Privado*, Tomo V, EJEA, trad. por Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1967, pág. 4.

En virtud de lo expuesto, y tal como ocurre en la teoría de la sucesión en la persona, el heredero adquiere en las relaciones la misma posición que tenía el difunto, incluso las actitudes subjetivas personales como la buena y la mala fe, el *animus possidendi* y el *factum possessionis*¹³.

Si bien BARBERO critica la tesis de la *universitas iuris* afirmando que es antieconómica al crear un objeto único de derecho (en sus palabras: “un bolo hereditario” que “tiene que deglutir el heredero”¹⁴) que comprende tanto bienes como deudas, luego afirma que se atribuye al heredero una *universalidad*, entendida simplemente como “atribución de los bienes -de los bienes en cuanto bienes, no de los bienes y de las deudas- como totalidad o como fracción del patrimonio del difunto, y no ya como objetos singulares”¹⁵.

El heredero sucede en el conjunto de la posición jurídica al causante en proporción a los bienes que adquiere, respondiendo, por consiguiente, por las deudas que existan en esa proporción¹⁶.

II.A.4. Teoría de la sucesión en los bienes

La doctrina moderna tiende a aceptar esta teoría que considera a la herencia como una suma de bienes o un conjunto de relaciones jurídicas de carácter patrimonial¹⁷.

Esta postura tiene su origen en el derecho germánico. Los germanos en la antigüedad desconocían la propiedad exclusiva tal como la concebimos hoy¹⁸. La evolución de la propiedad en sus sociedades se caracterizó por el tránsito de la propiedad colectiva a la propiedad familiar¹⁹.

Había una suerte de copropiedad familiar que no tenía una organización tan unificada como en el derecho romano: el jefe no detentaba funciones sacerdotales o religiosas y sólo poseía facultades de administración de los bienes y de protección de la familia²⁰. Para enajenar la tierra el jefe de familia necesitaba la autorización de todos los miembros de ésta²¹.

13 Ibidem. También en este sentido: art. 3218 Código Civil argentino vigente hasta el 31/07/2015 y art. 2280 Código Civil y Comercial argentino.

14 BARBERO, ob. cit., pág. 14.

15 Ob. cit., pág. 15.

16 Ibidem.

17 Conf. ABELLA, Adriana N., *Derecho inmobiliario registral*, Zavalía, Buenos Aires, 2008, pág. 368.

18 MAFFIA, *Tratado (...)*, ob. cit., pág. 33.

19 PÉREZ LASALA, José Luis y Pérez Lasala, Fernando, *Curso de Derecho Societario*, Abeledo Perrot, 2007, Abeledo Perrot N°: 9206/001849.

20 Conf. MAFFIA, *Tratado (...)* ob. cit., pág. 33.

21 PÉREZ LASALA y Pérez Lasala, ob. cit.

De aquí que la herencia se redujera sólo a “un conjunto de bienes y deudas, constituyendo una entidad autónoma, independiente de la persona del heredero y que se basta(ba) a sí misma”²².

La herencia es, entonces, una masa patrimonial que se liquida sin confundirse con el patrimonio del heredero. Por esta razón, ni los acreedores del causante pueden atacar bienes del heredero, ni los acreedores de éste último pueden agredir el patrimonio relicto hasta tanto los acreedores del *de cuius* hayan visto satisfechas sus deudas. La responsabilidad es *intra vires hereditatis*.

Para quienes afirman esta teoría, la herencia no constituye un ente abstracto diferente de los bienes que la componen²³. No entienden que el patrimonio, considerado como entidad independiente de los objetos que lo forman, puedan ser motivo de alguna relación jurídica.

Si bien reconocen que el patrimonio es la garantía de los acreedores de una persona, manifiestan que éstos se cobran sobre los bienes en concreto y no sobre la entidad ideal²⁴.

Afirman que la universalidad no suprime la individualidad de los objetos que la componen. Para apuntalar esta aseveración se ha dicho que “si uno tiene la propiedad de las cosas singulares que forman la *universitas*, ¿para qué sirve el reconocimiento de un segundo derecho sobre el conjunto, cuando este segundo derecho no expresa sino una relación de totalidad sobre las cosas que ya me pertenecen? Para admitir que el agregado sea objeto autónomo de derechos, hay que conceder la posibilidad de un diverso destino jurídico del todo y de las partes, lo que nunca ocurre”²⁵.

Cuando una persona fallece transmite a sus herederos los bienes que posee (y que son pasibles de ser transmitidos), no otra cosa diferente. La particularidad del caso es que se transmiten “en globo”, bajo una misma regla.

Se utiliza la palabra “universalidad” sólo para designar una colección de objetos y/o derechos²⁶. Si hay una universalidad en la herencia, esta es sólo de hecho y se da por haber pertenecido los bienes a una misma persona²⁷.

22 Ibidem.

23 Conf. PÉREZ LASALA, José Luis, “Contrato de cesión de herencia” en Morello, Augusto M. (Dir.), *Familia y Sucesiones: enfoque actual*, Librería Editora Platense, La Plata, 2006, pág. 305.

24 Conf. FORNIELES, ob. cit., pág. 39.

25 FERRARA, Francesco cit. por Pérez Lasala, ob. cit., pág. 304 y Fornieles, ob. cit., pág. 38.

26 Conf. FORNIELES, ob. cit., pág. 43.

27 PÉREZ LASALA y Pérez Lasala, ob. cit., Pár. 36.

Los términos “patrimonio” y “universalidad” no son más que una forma cómoda de designar todos los bienes de una persona que son apreciables en dinero y no existe otra utilidad que no sea esa²⁸.

Como ya se ha dicho líneas arriba, producida la muerte de una persona, uno de los principales problemas radica en determinar quién toma a su cargo las deudas (el pasivo) que ésta tenía. La teoría clásica suplanta al causante por sus herederos, pues entiende que es imposible que el sujeto pasivo de una obligación no sea una persona.

Para quienes sostienen la postura de la sucesión en los bienes, es más lógico que los créditos contra el difunto graven su patrimonio. Pero la ligazón de estas deudas con los bienes transmitidos deriva directamente de la ley “y no de una pretendida inherencia de éstas a los bienes”²⁹.

La teoría de la *sucesión en los bienes* se basa, entonces, en dos pilares fundamentales: 1) el heredero no continúa la persona del difunto; y 2) recibe los bienes a título singular.

El sucesor recibe los bienes que quedan una vez cancelado el pasivo que recae sobre los bienes relictos y no sobre el patrimonio de los herederos.

Algunas de las ventajas que señalan quienes adscriben a esta postura³⁰ son las siguientes:

a) Desaparece la responsabilidad *ultra vires hereditatis* que funciona de manera arbitraria y obliga a una persona a cargar con deudas que nunca contrajo, beneficiando sin causa al acreedor. La situación de los acreedores no cambia con la muerte del obligado al pago de los créditos. No hay necesidad de recurrir a institutos como el beneficio de inventario y la separación de patrimonios.

b) No persiste el carácter de la posesión que impide prescribir al heredero de buena fe cuando el causante poseía de mala fe y permite hacerlo al de mala fe cuando el *de cuius* lo hacía de buena fe.

c) En caso de que haya que reivindicar un bien que esté en manos de un tercero la sucesión puede reclamar la cosa misma (en el sistema de *sucesión en la persona* el heredero sólo podría deducir su acción sobre la parte alícuota que le corresponde).

Dentro de esta postura, se han adoptado diferentes procedimientos técnicos para su funcionamiento. Así, hay quienes sostienen que la herencia es un patrimonio de afectación, independiente de las personas, que

28 FORNIELES, ob. cit., pág. 58.

29 PÉREZ LASALA y Pérez Lasala, ibídem.

30 Conf. FORNIELES, ob. cit., pág. 61.

existe sólo a efectos de su liquidación y distribución, y otros que afirman que podría dársele personalidad a la sucesión³¹.

En la variante más pura del sistema, que se aplica en la actualidad en sistemas anglosajones, el patrimonio relicto no se transmite directamente al heredero. Producida la muerte hay una suerte de vacancia y los bienes retornan a la Corona, quien se convierte en guardiana de éstos. Luego, un juez nombra un administrador-liquidador (*personal representative*), quien será el encargado de liquidar los bienes, pagar las deudas y transferir los bienes remanentes, individualizados y libres de pasivo, a los herederos³².

II.A.5. La concepción de la universalidad residual

Una aparente teoría intermedia es la adoptada en reiteradas oportunidades por el Tribunal Supremo español³³.

Para los que adscriben a esta postura, de carácter objetivo, sólo después de haber satisfecho las obligaciones que estaban en cabeza del causante se puede conocer el líquido partible entre los herederos. La herencia es el remanente que, después de pagarse los legados y deudas, quedase del conjunto de bienes, derechos y obligaciones del *de cuius*.

Esta tesis comparte con la sucesión en los bienes que la aceptación de la herencia importa acceder a lo que resta después de cumplidas las deudas, cargas y gravámenes.

Por otro lado, se asemeja a la sucesión en la persona en que los herederos no reciben los bienes a título singular o *uti singuli*, sino que se entiende que el patrimonio queda aglutinado, formando una unidad abstracta o universalidad, y lo que se produce es un desplazamiento de bienes, derechos y obligaciones en su totalidad³⁴.

II.A.6. La situación en el nuevo Código Civil y Comercial argentino

Se ha sostenido que ha habido un cambio de perspectiva, que en el Código Civil y Comercial se ha abandonado el sistema de la continuación de

31 Conf. PÉREZ LASALA, ob. cit., pág. 63.

32 Conf. PÉREZ LASALA y Pérez Lasala, ob. cit., párr. 14. Ver también: Ferrer, Francisco M., "El derecho de sucesiones en el proyecto de Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2012-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, pág. 570.

33 Conf. DOMÍNGUEZ REYES, ob. cit., pág. 101.

34 DOMÍNGUEZ REYES, ob. cit., pág. 105.

la persona del causante que regía en el Código Civil de VÉLEZ SANSFIELD³⁵ y que se ha adoptado el de la sucesión en los bienes³⁶. Así, el heredero sería un liquidador que vende los bienes recibidos a efectos de pagar las deudas del causante y dividirá con sus coherederos el remanente.

Otros, por su parte, han afirmado que, si bien la redacción del artículo 2280 del Código Civil y Comercial³⁷ parecería modificar el principio general de responsabilidad *ultra vires* por el principio de la responsabilidad *intra vires hereditatis*, el heredero responde con sus propios bienes si realiza los actos que establece el artículo 2321 del Código Civil y Comercial³⁸, razón por la cual se mantendría el sistema de sucesión en la persona y de la herencia como universalidad³⁹.

Sostienen que la sucesión continúa siendo universal, ya que la transmisión de las relaciones “se produce *ipso iure*, en bloque y de una sola vez, comprendiendo todas las relaciones jurídicas patrimoniales transmisibles, incluidas las deudas”⁴⁰.

35 Esto se afirma expresamente en el antiguo art. 3417 que decía: “El heredero que ha entrado en posesión de la herencia (...) continúa la persona del difunto (...)”.

36 IGLESIAS, Mariana B., “Pago de deudas y legados en el Anteproyecto de Código Civil”, JA 2012-III-1357. En igual sentido: Hernández, Lidia B.; Arianna, Carlos A. Ocampo, Carlos G.; Ugarte, Luis A., “La limitación de responsabilidad del heredero en el Proyecto de Código Civil. Deudas durante la indivisión y pago a acreedores y legatarios”, LL 2013-B-979 (AR/DOC/1326/2013), con críticas a la decisión de hacer responder *ultra vires* al heredero que omite realizar el inventario (art. 2321).

37 “Artículo 2280: Situación de los herederos. Desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión, y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor. Si están instituidos bajo condición suspensiva, están en esa situación a partir del cumplimiento de la condición, sin perjuicio de las medidas conservatorias que corresponden. En principio, responden por las deudas del causante con los bienes que reciben, o con su valor en caso de haber sido enajenados.”

38 “Artículo 2321.- Responsabilidad con los propios bienes. Responde con sus propios bienes por el pago de las deudas del causante y cargas de la herencia, el heredero que:
a) no hace el inventario en el plazo de tres meses desde que los acreedores o legatarios lo intiman judicialmente a su realización;
b) oculta fraudulentamente los bienes de la sucesión omitiendo su inclusión en el inventario;
c) exagera dolosamente el pasivo sucesorio;
d) enajena bienes de la sucesión, excepto que el acto sea conveniente y el precio obtenido ingrese a la masa.”

39 Conf. DI LELLA, Pedro, “Aproximación a las modificaciones más relevantes en materia de sucesiones que propone el Anteproyecto de Código Civil”, JA 2002-III-1402.-En el mismo sentido Ferrer, ob. cit., pág. 568; CNCiv, Sala B, 11/11/1997, “Schirinian Manuc s/sucesión”, LL 1999-C-722; Maffia, *Tratado (...)*, ob. cit., pág. 39; y Zannoni, Eduardo A. “Los principios fundamentales del derecho sucesorio y el beneficio de inventario en la ley 17.711”, LL 142-808 (los últimos tres tratan el tema en relación a la ley 17.711 que estableció que la aceptación de la herencia presume realizada con beneficio de inventario, pero sus postulados son igualmente aplicables a lo establecido por el nuevo Código Civil y Comercial Argentino).

40 FERRER, ob. cit., pág. 569.

II.A.7. Nuestra opinión

No hay dudas que el Código Civil y Comercial, siguiendo la tendencia del derecho moderno, consagra de forma clara la responsabilidad *intra vires hereditatis*, dejando de lado la ficción de la continuación de la persona.⁴¹

Sin embargo, creemos que no se abandona la idea de la universalidad de derecho.

En los fundamentos del anteproyecto, la comisión que lo redactó⁴² expresó que “se mantiene el principio de la separación de patrimonios y se prevén distintos supuestos de responsabilidad, del heredero único, de la pluralidad de herederos y de los legatarios, incluido el de una *universalidad de bienes y deudas*, reuniéndose en un solo texto los distintos casos en que el heredero no goza de esa separación”⁴³.

Asimismo, el artículo 2278 del Código Civil y Comercial establece que “se denomina heredero a la persona a la que se transmite la *universalidad* o una parte indivisa de la herencia”.

Otro indicio que permite afirmar que el sistema adoptado no es el de sucesión en los bienes lo encontramos en el artículo 2280 que establece que “(los herederos) continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor (...)”. La posesión del causante no se une a la del heredero, sino que es la misma⁴⁴.

Por otro lado, si bien la teoría de la continuación de la persona del causante ha perdido fuerza a nivel doctrinario, no hay que olvidar que el heredero tiene una misión de tutela sobre los intereses extrapatrimoniales del causante: “piénsese en las acciones de filiación sin contenido patrimonial, en el derecho moral del autor (defensa de la integridad de la obra del *de cuius*, prohibición de representar una obra suya por motivos de conciencia) y sobre todo en las acciones de injuria y calumnia que puede ejercitar el heredero”⁴⁵.

41 En la actualidad las legislaciones de raíz latina y las germánicas han tendido hacia la unificación, desde que las primeras incorporaron institutos como el beneficio de inventario y las segundas admitiendo que la responsabilidad sea ilimitada en algunos casos -por ejemplo, ante falta de inventario-. Ver PÉREZ LASALA y Pérez Lasala, ob. cit., Pág. 13.

42 Integrada por los doctores Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Higthon de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

43 <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>. Pág. 219 (consultado por última vez el 06/05/2016).

44 Conf. ZAVALA, Gastón Augusto en comentario al art. 2280 en Clusellas, Eduardo Gabriel, *Código Civil y Comercial*, Astrea – FEN, Buenos Aires, 2015, pág. 873.

45 LACRUZ BERDEJO, José Luis, citado por Medina, Graciela, “Reforma al Código Civil argentino en materia sucesoria” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2000-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, pág. 188. En el mismo sentido y haciendo hincapié en

Por lo expuesto, entendemos que en el ordenamiento legal argentino no se aplican puramente ni la tesis de la sucesión en la persona ni la de la sucesión en los bienes.

Creemos que los sistemas que más se adaptan a la regulación de nuestro país son los de la sucesión en la posición jurídica del causante (desde la faz subjetiva) y la tesis de la universalidad residual (desde una punto de vista objetivo). Entendemos que lo que se transmite es una universalidad y no una suma de bienes individuales, y la transmisión *uti singuli* se realiza con la partición, una vez deducidas las cargas y deudas que pesaban sobre el patrimonio del causante.

III) CESIÓN DE HERENCIA

A. Definición

La cesión de derechos hereditarios ha sido definida como el contrato mediante el cual el heredero (cedente), transmite a otro (cesionario) la universalidad jurídica (herencia) o una cuota de ella, sin consideración especial de los elementos que la componen⁴⁶.

B. Objeto

La doctrina es unánime en considerar, siguiendo el principio contenido en el brocardo latino *quid semel heres semper heres*, que la calidad de heredero no es cesible, por lo que no se transmite al cesionario⁴⁷.

En cambio, hay discrepancias a la hora de determinar qué es lo que se transmite.

Para quienes siguen las teorías de continuación de la persona o de la herencia como *universitas iuris*, el contrato transmite una universalidad jurídica o universalidad de relaciones jurídicas⁴⁸ entendida como el conjunto de

aspectos morales: Ripert, Georges – Boulanger, Jean, *Traité élémentaire de Droit Civil de Planiol*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 4^a ed., Paris, 1951, pág. 705.

46 Conf. OLMO, Juan Pablo, "La cesión de herencia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", AR/DOC/3753/2014.

47 PALACIOS, María Cristina, comentario al art. 2303 en Clusellas, ob. cit., pág. 999; Méndez Costa, María J., "El cesionario y la titularidad de las acciones del heredero", JA 2001-IV-945.

48 MÉNDEZ COSTA, María Josefa, "Consideraciones sobre la naturaleza y la forma de la cesión de herencia", Revista del Notariado, Colegio de escribanos de Capital Federal,

derechos y obligaciones que son considerados por la ley como un todo ideal y que el heredero adquiere por la muerte del causante⁴⁹.

Por ello, se ha sostenido que “en la cesión de herencia no se venden los bienes que la componen sino que únicamente se cede el derecho a esos bienes, puesto que no es la universalidad de cosas de que la herencia se compone lo que se cede, sino la universalidad de derechos que se tienen como consecuencia de la calidad de heredero”⁵⁰.

Para quienes adscriben a la teoría de sucesión en los bienes, como PEREZ LASALA, se transmite el “conjunto de derechos patrimoniales recibidos a título de heredero, gravados en cierto modo con las deudas”⁵¹, pero ello no implica que se transmita una universalidad jurídica. Lo que se transmite, para ellos, es la suma de bienes individuales.

En todo caso, puede llegar a considerarse que lo que se transmite es una universalidad de hecho (*universitas facti*), es decir, un conjunto de bienes agrupados por tener un origen común (haber pertenecido al causante)⁵².

Personalmente, habiendo ya manifestado nuestra opinión en relación a lo que consideramos es la herencia, compartimos la postura de ROCA SASTRE, quien afirma que cuando ésta se cede no se produce un simple agregado o conglomerado de ventas, donaciones y/u otros actos jurídicos, una para cada objeto singular integrante de la herencia, sino que hay un solo acto jurídico con un solo objeto (la herencia), hecha abstracción de las cosas singulares que lo componen, las cuales, de ser contempladas, lo son, no en sí mismas y aisladamente consideradas (*uti singuli*), sino como partes de un todo (*uti universitas*).⁵³

C. Carácter traslativo

Hay quienes sostienen que aunque el negocio de enajenación sea unitario y de una universalidad, la efectiva transmisión de los bienes que integran los derechos cedidos exigirán el cumplimiento del modo necesario para que la adquisición quede consumada y produzca todos sus efectos legales. Así, habrá que hacer la tradición de cada bien y, en caso de corresponder, la pertinente inscripción registral (por ejemplo para automotores)⁵⁴.

Nº730, julio-agosto 1973, pág. 1428.

49 Conf. ZINNY, Mario Antonio, “Cesión de herencia y otras figuras”, LL Online AR/DOC06484/2011, pág. 1.

50 MÉNDEZ COSTA, *Consideraciones(...)*, ob. cit., pág. 1428 (con cita de jurisprudencia)

51 PÉREZ LASALA Y Pérez Lasala, ob. cit., pág. 334.

52 Conf. FORNIELES, ob. cit., Tomo II, pág. 348.

53 ROCA SASTRE, Ramón María citado por Méndez Costa, *Consideraciones (...)*, ob. cit., pág. 1429.

54 Conf. MÉNDEZ COSTA, *Consideraciones (...)*, ob. cit., pág. 1437.

Otros, entre los que se encuentran algunos de los partidarios de la sucesión en los bienes, sostienen que es menester diferenciar dos situaciones: 1) Si el cedente es el único heredero será necesario que se realice la tradición de cada uno de los bienes para que pueda considerarse al cesionario dueño de los mismos; y 2) si existen otros coherederos no es necesario un acto individual de posesión del cesionario, pues se supone que adquiere sólo una cuota hereditaria que no se proyecta sobre cada una de las cosas singulares que la integran y que se transmitirá en forma instantánea⁵⁵.

Nosotros, teniendo en cuenta la postura que adoptamos en relación a la naturaleza jurídica de la herencia, compartimos la tesis que entiende que la cesión tiene carácter traslativo puesto que el cesionario sucede en la posición jurídica al cedente⁵⁶ y recibe la herencia sin necesidad de realizar otro acto que el contrato de cesión y sin que se requiera cumplir con los modos de adquisición que corresponda a la naturaleza de cada bien.

D. Contrato aleatorio

En relación a la existencia de la herencia y a la parte cedida, el contrato es, en principio, conmutativo (salvo que los derechos se hayan cedido como litigiosos o dudosos)⁵⁷.

Se ha sostenido que es aleatorio puesto que lo que se cede son derechos sobre un objeto que importa una universalidad indeterminada, compuesta de diferentes bienes gravados con ciertas deudas, razón por la cual su contenido es variable e incierto hasta el momento de la partición⁵⁸. Hay un riesgo pues no se sabe el *quantum* de lo que recibirá el cesionario.

55 Conf. FORNIELES, ob. cit., pág. 351; Pérez Lasala y Pérez Lasala, ob. cit., pág. 337.

56 Conf. ZANNONI, Eduardo A., *Manual de derecho de las sucesiones*, Astrea, 3ra ed., Bs. As. 1996, pág. 282.

57 Por esta razón, el cedente responde por evicción en esos casos. El Código Civil y Comercial lo recepta en el siguiente artículo "Artículo 2305.- Garantía por evicción. Si la cesión es onerosa, el cedente garantiza al cesionario su calidad de heredero y la parte indivisa que le corresponde en la herencia, excepto que sus derechos hayan sido cedidos como litigiosos o dudosos, sin dolo de su parte. No responde por la evicción ni por los vicios de los bienes de la herencia, excepto pacto en contrario. En lo demás, su responsabilidad se rige por las normas relativas a la cesión de derechos. Si la cesión es gratuita, el cedente sólo responde en los casos en que el donante es responsable. Su responsabilidad se limita al daño causado de mala fe".

58 Conf. GIMENO, Rosana F., "Cesión de derechos y acciones hereditarios", LL On line, AR/DOC/3237/2013.

Congresos y Jornadas

Las partes podrían, sin embargo, modificar el nivel de alea del contrato si incrementan la garantía y afirman cierta consistencia de la herencia⁵⁹.

E. Momento en que pueden cederse derechos hereditarios

Los derechos pueden ser cedidos desde el fallecimiento del causante y hasta la partición.

F. Forma

Según lo normado por el artículo 1618 del Código Civil y Comercial la cesión de derechos hereditarios debe ser realizada por escritura pública.

Creemos que este requisito de forma nos coloca a los notarios en un rol central en torno a la información que debemos brindar a los requirentes, orientándolos en relación a los efectos que esta cesión tendrá cuando sea realizada para tener efectos en relación a otras relaciones jurídicas.

G. Publicidad (momento desde el cual produce efectos)

El Código Civil y Comercial puso fin a las divergencias doctrinarias que había en la materia⁶⁰ al establecer en el artículo 2302 que “La cesión del derecho a una herencia ya deferida o a una parte indivisa de ella tiene efectos: a) entre los contratantes, desde su celebración; b) respecto de otros herederos, legatarios y acreedores del cedente, desde que la escritura pública se incorpora al expediente sucesorio; c) respecto al deudor de un crédito de la herencia, desde que se le notifica la cesión”.

Si bien los derechos hereditarios pueden ser cedidos desde que se produce el fallecimiento del causante, frente a terceros no tendrá efecto hasta tanto no se presente en el expediente sucesorio, razón por la cual sería recomendable tener iniciado el juicio sucesorio o iniciarlo inmediatamente después de realizar la cesión para poder darle publicidad.

59 LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, T. 2, Ed. Zavalía, 3ra. Ed., Bs. As., 2000, pág. 917 (nota 22).

60 Para un análisis de las diferentes posturas ver: SAUCEDO, Ricardo J, “La publicidad del contrato de cesión de derechos hereditarios”, Abeledo Perrot N°: AP/DOC/1523/2014, y Sabene, Sebastián E., “Forma y publicidad de la cesión de acciones y derechos hereditarios”, JA 2012-III-1192.

IV) LA HERENCIA COMO OBJETO DE GARANTÍAS

A. Posibilidad de su empleo

Entendemos que prácticamente todo lo que la doctrina ha escrito sobre cesión de créditos en garantía es aplicable a la cesión de herencia en garantía.

Si bien no desconocemos la diferente naturaleza de ambos institutos, creemos que desde un punto de vista patrimonial presentan cierta similitud.

Un crédito es el lado activo de una obligación⁶¹, es decir, una relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (acreedor) tiene el derecho de que otro (deudor) realice a su favor determinada prestación, que puede ser valuada en dinero. Desde un punto de vista económico será positivo o neutro, toda vez que provocará un incremento en patrimonial de su titular o, al menos, no lo disminuirá (incluso si el crédito es eventual o no se conoce su valuación, esta nunca importará una disminución en el patrimonio del acreedor).

Análogamente a lo que sucede con el crédito, teniendo en cuenta la postura que ha adoptado el Código Civil y Comercial argentino⁶², la herencia es una suerte de activo pues lo "normal" en el régimen sucesorio establecido es que el heredero reciba los bienes del causante y responda por las deudas que este tenía sólo con los bienes que recibe⁶³. Por ello, la cuenta sólo puede tener como resultado que el patrimonio del heredero se vea aumentado por lo recibido o permanezca incólume, pero no que disminuya⁶⁴.

Asimismo, entendemos, al igual que RIVERA, que en el derecho argentino cualquier derecho patrimonial que resulte cesible conforme a las reglas generales puede ser materia de una cesión en garantía⁶⁵. Por ello, celebramos que el legislador en el Código Civil y Comercial haya modificado la terminología del Código anterior, haciendo ahora referencia a la cesión en garantía en el capítulo en que refiere a la "cesión de derechos", descartando de esta manera la versión más restringida ("cesión de créditos")⁶⁶.

En virtud de lo expuesto, afirmamos que nada obsta a que una persona

61 Conf. ALTERINI, Atilio A.; Ameal, Oscar José y López Cabana, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Cíviles y Comerciales*, 3ª Ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, pág. 15.

62 Si el régimen adoptado fuera el de "continuación de la persona del causante por el heredero" de manera pura, la responsabilidad sería *ultra vires hereditatis* por lo que no se podría afirmar que la herencia es un activo.

63 Arg. art. 2280 *in fine* del Código Civil y Comercial.

64 Ello siempre y cuando no realice actos que lo hagan quedar comprendido en las causales del artículo 2321 del Código Civil y Comercial.

65 Conf. RIVERA, Julio César, "Cesión de créditos en garantía", LL 1991-C-868.

66 El artículo 1627 hacen referencia al cesionario parcial de un crédito, creemos que sería conveniente que dijese "el cesionario parcial de un derecho".

garantice una obligación gravando o poniendo como objeto de la garantía a una herencia, instrumentando ello a través de un contrato de cesión de derechos hereditarios⁶⁷. Las formas en que esta garantía se podría instrumentar son diversas. Analizaremos algunas a continuación.

B. Formas de instrumentación

La situación de base de la que debemos partir es una relación entre un sujeto deudor que es el titular de una herencia (o de parte alícuota de ésta) y un acreedor. El deudor tiene distintas variantes para utilizar la herencia en esa relación, a saber:

1) Puede realizar una cesión de la herencia *pro soluto*, es decir, en pago del crédito.

2) Puede realizar una cesión *pro solvendo*, cediendo los derechos hereditarios a efectos de que el acreedor se cobre con ellos.

3) Puede ceder los derechos hereditarios a efectos de garantizar el crédito, realizando esta cesión en propiedad al acreedor o a un tercero mediante un fideicomiso de garantía o gravándolos y aplicando a la cesión las reglas de la prenda de créditos.

A continuación analizaremos los supuestos mencionados.

B.1. Cesión *pro solvendo* y *pro soluto*

La diferencia entre ambas cesiones es clara: en la cesión *pro soluto* se transmite la propiedad de la herencia sin garantizar que la misma sea suficiente a efectos de cancelar el crédito que se pretende cancelar, mientras que en la cesión *pro solvendo* no se transmite la propiedad de la herencia y el riesgo de que el acervo sucesorio no alcance a cubrir el crédito se mantiene en cabeza del deudor cedente.

La cesión *pro soluto* podría ser calificada como una dación en pago, por lo que la deuda original queda extinguida con la cesión⁶⁸.

Si en la cesión *pro solvendo*, una vez canceladas las deudas del causante y adjudicados los bienes, la valuación de lo recibido por el acreedor-cesionario no alcanzare para satisfacer el monto del crédito original, éste podría reclamar al deudor cedente el pago de lo que reste.

67 Creemos superada la antigua tesis que entiende que la cesión de derechos sólo puede ser un contrato principal y que, de hacerse con fines de garantía, la cesión sería un contrato accesorio innominado (postura sostenida en: Uruguay, *Juzgado Letrado De Primera Instancia En Lo Civil Tercer Turno de Montevideo*, sentencia n° 135, 21/07/1942, Reyes, H., en *Revista de la Asociación de Escribanos de Uruguay*, V. 28, N° 6, Junio 1942, pág. 260).

68 Conf. LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, T.2, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2000, pág. 72.

Otra diferencia muy importante entre ambas radica en los efectos que se producen ante la insolvencia del deudor-cedente. En la cesión *pro solvendo*, como el crédito no salió del patrimonio del deudor, frente a su quiebra, el acreedor cedido debe verificar su crédito y debería volcar los bienes o su producido a la quiebra. En la cesión *pro solvendo*, en cambio, al haber existido una transmisión de la propiedad que extinguió el crédito no es necesario que el (antes) acreedor verifique⁶⁹.

Si bien la cesión *pro solvendo* presenta algunas semejanzas con la cesión en garantía, se diferencia, principalmente, en que en la primera el acreedor debe intentar cobrar su crédito mediante lo recibido en el acervo sucesorio y sólo podrá ir contra el deudor cedente si los bienes fueron insuficientes para cubrir la deuda. La finalidad es “el pago por un medio indirecto”⁷⁰.

Por otro lado, en la cesión en garantía, la finalidad es la garantía y el acreedor podrá intentar cobrar su crédito del deudor antes de recibir algún bien hereditario. El acreedor puede optar entre cobrarse de los bienes de la herencia o puede dirigirse directamente al deudor.

B.2. La cesión de derechos en garantía

Una de las maneras en las que se ha utilizado la herencia para garantizar obligaciones es la cesión de herencia en garantía, lo que se efectúa mediante una cesión de derechos hereditarios que realiza el deudor a favor del acreedor a efectos de garantizar una obligación.

En estos casos, tal como hemos mencionado líneas arriba, el acreedor/cesionario de derechos hereditarios tiene dos vías para cobrar su acreencia: está facultado para cobrar directamente del deudor/cedente (por el pago voluntario que este efectúe o agrediendo su patrimonio) o puede cobrar su crédito mediante lo que reciba del acervo hereditario o de la venta o ejecución de los derechos hereditarios que ha recibido⁷¹.

69 *Ibidem*.

70 LORENZETTI, *ob. cit.*, pág. 73.

71 Se discute en la doctrina argentina la posibilidad de subastar derechos hereditarios. Para nosotros no quedan dudas de su admisibilidad. En el mismo sentido: FUSTER, Gabriel Aníbal, “Subasta judicial de derechos hereditarios”, ABELEDO PERROT N° 003/70047498-1. En contra de la admisibilidad de subasta de estos derechos: GENTILE, Malvina; Gigena, Natalia; Pérez Bilos, Paola, “La subasta de derechos hereditarios ¿es posible?”, Anuario de Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (Arg.), Vol. 9, 2004, pág. 141.

La cesión de derechos en garantía es un contrato cuya naturaleza jurídica ha sido hartamente discutida⁷², encontrándose posturas antagónicas en doctrina y jurisprudencia en torno al régimen que corresponde aplicarle: para algunos implica una suerte de negocio fiduciario, para otros es una cesión lisa y llana, mientras que para otros se aplican las normas de prendas sobre créditos⁷³.

Si bien el artículo 1615 del Código Civil y Comercial argentino⁷⁴ parecería, *a priori*, dar una respuesta a esta cuestión, creemos que, haciendo un análisis más profundo, la solución puede variar teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

La regla establecida en el artículo referenciado expone una calificación del contrato presumida por el legislador, pero ello no obsta a que las partes puedan alejarse de la naturaleza presunta y que del contrato surja expresa o, incluso, tácitamente que deben aplicarse a la relación jurídica otras normas que no sean las de la prenda de créditos⁷⁵.

En definitiva y tal como se ha dicho, la cesión "es un vehículo para la transmisión de derechos pero no reconoce una causa final típica, en cuanto constante y consustancial al negocio mismo"⁷⁶. Por ello, habrá que analizar el texto del contrato en cada caso en particular para determinar la finalidad que las partes tuvieron al contratar⁷⁷.

B.2.a) La cesión de derechos en garantía como negocio fiduciario

Si las partes acuerdan realizar un negocio fiduciario, no obstante la finalidad de garantía del mismo, se produce una transmisión real de la titularidad de los derechos hereditarios.

72 Ciertos autores, entre ellos Salvat y Nieto Blanc (Citados por BORETTO, Mauricio, *Las garantías autoliquidables*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, pág. 230, nota 56; ARICO, Rodolfo, "Cesión de créditos en garantía", ED 173-863; y el brillante voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci en SCMendoza, sala I, "Banco de Mendoza en J. 22.216 Compulsa en Carbometal S.A.I.C. p/conc. Prev. S/cas.", ED 180-524), incluso, negaban la posibilidad de ceder créditos en garantía en el derecho argentino, postura que, entendemos, ha perdido vigencia frente al art. 1615 del Código Civil y Comercial Argentino que prevé expresamente el instituto de la cesión de derechos en garantía.

73 Conf. SCMendoza, *Cit.*, pág. 526.

74 Artículo 1615.- Cesión en garantía. Si la cesión es en garantía, las normas de la prenda de créditos se aplican a las relaciones entre cedente y cesionario.

75 Conf. HERNÁNDEZ, Carlos A. y Trivisonno, Julieta, "El contrato de cesión de derechos en el Código Civil y Comercial", LL On-line, AR/DOC/1136/2015, pág. 4.

76 RIVERA, ob. cit., pág. 868.

77 En este sentido: Voto del Dr. Heredia en CNCom, sala D, 28/08/2012, "Santamarina, Ramón y otro c/Gexal S.A. y otro", AR/JUR/42784/2012; CSMendoza, cit.

La cesión fiduciaria podría realizarse a favor del mismo acreedor o de un tercero, quienes tendrían, en principio, las facultades del propietario: podrían ceder, gravar, realizar actos de disposición de los derechos hereditarios recibidos⁷⁸. Sin embargo, a efectos de delimitar con precisión las facultades del fiduciario habrá que estar a lo que se estipule en el contrato de fideicomiso.

Es importante rescatar que, para que la transmisión sea válida *erga omnes*, habrá que cumplir con los requisitos de forma y publicidad que establezca la ley (para el caso argentino presentación de la cesión de derechos hereditarios en el expediente sucesorio -conf. art. 2302 del Código Civil y Comercial-).

La figura funcionaría de la siguiente manera: una vez que la obligación a la que garantiza el fideicomiso se vuelve exigible, el fiduciario podrá disponer de los derechos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, siempre buscando asegurar un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes⁷⁹.

Podría pactarse, por ejemplo, que el fiduciario tenga la facultad de percibir directamente el importe adeudado mediante alguno de los siguientes supuestos: a) disponer a título oneroso de los derechos hereditarios; b) solicitar la adjudicación de bienes de la herencia a favor del acreedor; c) efectuar la venta de alguno de los bienes del acervo a favor de un tercero.

En todos los casos mencionados el fiduciario deberá percibir y entregar al acreedor (en caso de que este último no sea el propio fiduciario⁸⁰) el importe adeudado por el deudor hasta el monto de la obligación garantizada por el fiduciante, debiendo retransmitir a este último lo que exceda de esa cantidad⁸¹.

En estos casos es importante que el contrato establezca mecanismos para la valoración de los bienes o montos mínimos de venta, la forma en que el fiduciario hará efectivo el cobro, definiendo, por ejemplo, qué bienes se adjudicarán y/o venderán primero, las facultades que tiene el fiduciario mientras el crédito que se garantiza no es exigible, etc.

Finalmente, cabe aclarar que el negocio fiduciario pactado por las partes no deber ser necesariamente un "fideicomiso típico" o normado, sino que puede instrumentarse a través de lo que LISOPRAWSKY llama "negocio

78 Arg. LORENZETTI, ob. cit., pág. 79.

79 Cf. art. 1680 del Código Civil y Comercial.

80 La discusión sobre si era posible que el fiduciario fuera beneficiario del fideicomiso se vio zanjada por el artículo 1673 *in fine* del Código Civil y Comercial que lo permite expresamente.

81 Conf. ARICO, ob. cit., pág. 866.

Congresos y Jornadas

fiduciario puro”, que es un negocio indirecto, atípico e innominado, perfectamente válido por apoyarse en la autonomía de la voluntad, que puede carecer de algunas características establecidas por el legislador como, por ejemplo, la separación patrimonial, la inembargabilidad o la no concursabilidad, entre otras⁸².

B.2.b) La prenda de la herencia

i) La situación en Uruguay

Nos referiremos especialmente a la situación en este país, por poseer una particular regulación en esta materia.

El artículo 3º de la ley 17.228 establece: “Podrá ser objeto de prenda sin desplazamiento **todo bien o derecho concretamente identificable**. Entre otros, se podrán preñar los semovientes y, en general, cualquier animal de producción y trabajo, cardúmenes y sus productos; los bienes muebles afectados a una explotación rural, comercial o industrial, como instalaciones, máquinas y útiles; los frutos agrícolas; las plantaciones frutícolas y hortícolas; los minerales; los derechos a obtener prestaciones de dar, hacer o no hacer; los derechos de propiedad intelectual **y otros bienes incorporales**, incluso los créditos; los vehículos automotores; los bosques; los establecimientos comerciales e industriales en cuyo caso, salvo pacto en contrario, quedarán comprendidos los bienes concretos que los integran, con excepción de las mercaderías, materias primas y productos elaborados para su venta (...)”

Como vemos, la ley uruguaya permite preñar todo bien o derecho concretamente identificable. Luego hace una enumeración que no es taxativa y que incluye dentro del objeto de este derecho real a los bienes incorporales.

Determinar si la herencia puede ser objeto de este derecho real o no dependerá de la postura que se adopte en torno a qué es la herencia⁸³.

Así, si nos enrolamos en alguna de las teorías que analizamos *ut supra* y que entienden que la herencia puede ser considerada una universalidad

82 Conf. LISOPRAWASKY, Silvio V., “Negocio fiduciario atípico. La cesión de crédito en garantía”, LL 2012-E-266 (en comentario a la sentencia de la CNCom, Sala D, 23/04/2012, “Indiecito S.A. s/concurso preventivo s/incidente de revisión promovido por provincia de San Luis”, donde se caracterizó a la cesión de créditos en garantía como un negocio fiduciario puro basado en la confianza, semejante a la *fiducia cum creditore* de los romanos).

83 Conf. PORTILLO, Alejandra, “Prenda de derechos hereditarios: ¿Pueden ser objeto de prenda sin desplazamiento los derechos hereditarios?”, ponencia presentada en la LIII Jornada Notarial Uruguaya, 2013, pág. 5.

que importe un derecho diferente al conjunto de bienes, será válido y posible el contrato de prenda sin desplazamiento.

El objeto del derecho real serían, de esta manera, los derechos hereditarios.

Si, en cambio, sostenemos que la herencia no es un ente abstracto diferente a los bienes que la componen (como creen quienes adscriben a la tesis de la sucesión en los bienes), no sería posible preñar derechos hereditarios, pues el contrato sería nulo por falta de objeto. Es decir, si sólo existen los bienes considerados individualmente, no existe una universalidad que sea concretamente identificable. Sólo cabría, en este caso, gravar con derechos reales de garantía cada uno de los bienes recibidos por el heredero, aplicando a cada caso en concreto el derecho real que corresponda (por ejemplo, la hipoteca para los inmuebles y la prenda para los muebles y/o créditos).

Entendemos que el Registro Nacional de Prendas sin Desplazamiento uruguayo recoge los postulados de la tesis que ve en la herencia una universalidad diferente a cada uno de los bienes, ya que permite la inscripción de prendas sobre derechos hereditarios. Sostiene, de conformidad con la normativa a la que hemos hecho referencia, que, para poder inscribirlos, deben ser concretamente identificables, requiriendo, a tales efectos, que se brinde el nombre del causante, fecha de fallecimiento, e inscripción si corresponde⁸⁴.

ii) La situación en Argentina

El artículo 2220 del Código Civil y Comercial dispone que “puede constituirse prenda con registro (...) sobre bienes que deben quedar en poder del deudor o del tercero que los haya prendado en seguridad de una deuda ajena. Esta prenda se rige por la legislación especial.”

La ley que regula la materia -el Decreto Ley 15.348/46 (ratificado por la ley 12.962 y sus modificatorias)- contiene dos tipos de prenda con registro (sin desplazamiento):

a) La prenda fija que se puede constituir sobre todos los bienes muebles o semovientes, los frutos o productos -aunque estén pendientes o se encuentren en pie-, las cosas inmuebles por su destino (arg. Art. 10 del decreto ley citado) y sobre un fondo de comercio, comprendiendo las instalaciones contratos de locación, marcas, patentes y enseñas, dibujos

84 Según consta en la página web oficial de la Dirección General de Registros: <https://www.dgr.gub.uy/requisitos/prendas.htm> (última vez consultada el 05/05/2016).

y modelos industriales, distinciones honoríficas y todos los derechos que comporta la propiedad comercial, pero no incluyendo las mercaderías del negocio (Inciso d del art. 11 DL 15.348/46)

b) La prenda flotante se puede constituir sobre mercaderías y materias primas en general, pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial (art. 14 DL 15.348/46).

Teniendo presentes los tipos existentes, ¿es posible, entonces, constituir derecho real de prenda sobre una herencia?

Descartamos la posibilidad de poder constituir derecho real de prenda sin desplazamiento, toda vez que, a diferencia de la ley uruguaya, la ley argentina limita el objeto de este derecho a los que hemos hecho referencia en los puntos a) y b) anteriores.

Por otro lado, el nuevo Código Civil y Comercial argentino trata la prenda de créditos en la sección tercera del capítulo 4 del Título XII del Libro Cuarto. El artículo 2232 establece que la prenda de créditos es la que se constituye sobre créditos instrumentados, aunque el derecho no se encuentre incorporado a dicho instrumento. Esta es una prenda con desplazamiento, es decir, el acreedor recibe el crédito pignorado.

Según la normativa, para poder preñar una herencia con desplazamiento en los términos de artículo 2232 del Código Civil y Comercial sería necesario poder considerarla un "crédito instrumentado".

Un crédito es el lado activo de una obligación⁸⁵, es decir, una relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (acreedor) tiene el derecho de que otro (deudor) realice a su favor determinada prestación, que puede ser valuada en dinero. Desde un punto de vista económico sería un elemento neutro o positivo, toda vez que, incluso si el crédito es eventual o no se conoce su valuación, a la larga podrá redundar en un acrecimiento patrimonial o no modificarlo, pero nunca importará una disminución del patrimonio del acreedor.

Como ya hemos sostenido, la herencia comprende "todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento", por lo que puede contener créditos pero no es un crédito en sí misma, razón por la cual, en principio, no podría ser objeto de este tipo de prenda.

Sin perjuicio de lo dicho, podríamos intentar afirmar que, análogamente a lo que sucede con el crédito, la herencia es una suerte de activo pues lo "normal" en el régimen sucesorio establecido es que el heredero reciba los bienes del causante y que responda por las deudas que esta tenía sólo con

85 Conf. ALTERINI, Atilio A.; Ameal, Oscar José y López Cabana, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, 3ª Ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, pág. 15.

los bienes que recibe, por lo que la cuenta sólo puede tener como resultado que el patrimonio del heredero se vea aumentado por lo recibido o permanezca como está, pero no que disminuya⁸⁶.

Sin embargo, más allá de la característica compartida, descartamos que sea viable la identificación a los derechos hereditarios con los créditos, por lo que estos no podrían ser objeto de prenda.

A ello, hay que sumar que no es posible hacer una aplicación por analogía de lo regulado en cuanto a la prenda de créditos, pues la normativa en torno a los derechos reales es de orden público. Si bien hay aspectos en los que la autonomía de la voluntad puede tener cierto protagonismo en los derechos reales (en las normas que la doctrina llama supletorias o reglamentarias)⁸⁷, en relación al objeto de éstos (normas estatutarias rígidas) no tiene lugar.

El Código Civil y Comercial no deja dudas de ello al establecer, en el artículo 1884 que “la regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura”.

B.2.c) La cesión en garantía regulada como prenda

Como adelantamos, creemos que, si del contrato de cesión de derechos hereditarios en garantía no surge con claridad que la transmisión es en propiedad (fiduciaria), se aplican las normas de la prenda de créditos, conforme a la regla general de carácter presuntivo establecida por el art. 1615 ya mencionado⁸⁸.

Buena parte de la jurisprudencia argentina venía sosteniendo esa postura desde hace tiempo en relación a la cesión de créditos.

En relación a la cesión de derechos hereditarios en garantía también ha habido algún fallo en este sentido, donde se ha afirmado que “el titular de una cesión parcial efectuada por la cónyuge supérstite en garantía de un crédito(...) no puede oponerse a la entrega de títulos de créditos pertenecientes a la herencia solicitados por uno de los herederos”, ya que el cesionario es considerado, en realidad, solamente como “un acreedor” de la cedente⁸⁹.

86 Ello siempre y cuando no realice actos que lo hagan quedar comprendido en las causales del artículo 2321 del Código Civil y Comercial.

87 Sobre el tema ver: PEPE, Marcelo Antonio y Mendizábal, Gonzalo Alejo, “El orden público y la rigidez o flexibilidad en los derechos reales”, LL 2009-D-871 y Leiva Fernández, Luis F. P., “La autonomía de la voluntad oculta en el Código Civil (en los derechos reales)”, LL 1996-E-882.

88 Conf. LORENZETTI, Ricardo Luis, ob. cit., pág. 78.

89 Cámara Civil 2ª de la Capital, 28/08/1935, “Franco, Carlos Sixto (suc.)”, LL t. 1, pág. 210.

Si bien, según se desprende del análisis que hemos realizado, no se puede constituir derecho real de prenda sobre los derechos hereditarios, consideramos que, conforme al artículo citado, sí son aplicables las normas de prenda de créditos a las relaciones entre cedente y cesionario en la cesión de derechos hereditarios en garantía.

Es importante resaltar que esto no importa constituir un derecho real de prenda, ya que respecto de terceros no se aplicarán las normas pignoratias.

B.2.d) Diferentes efectos de la aplicación de las reglas de la prenda y del fideicomiso

La diferencia sustancial entre aplicar las normas de la prenda de créditos a la cesión en garantía radica en que, en el negocio fiduciario el acreedor (fiduciario) ostenta una garantía más intensa pues se le ha transmitido –fiduciariamente- la propiedad del derecho, pudiendo incluso disponer del mismo, facultad con la que no cuenta el acreedor prendario. En la prenda el acreedor pignoraticio no adquiere la propiedad, es decir, deudor prendario (cedente) conserva la titularidad del derecho, pudiendo disponer del mismo⁹⁰.

Uno de los ámbitos donde la diferencia entre una figura y la otra toma mayor relevancia es en caso de insolvencia del cedente. Ante esta situación, si la cesión supone una transmisión fiduciaria de la titularidad del crédito, quedará fuera del ámbito de la quiebra. Por el contrario, si consideramos que la cesión importa una prenda, el crédito permanece dentro de la masa falencial, ya que no ha salido del patrimonio del deudor.

En la prenda, el deudor debe verificar su crédito. La ventaja respecto de otras garantías está dada pues el crédito tendría el privilegio de los prendarios sobre la acreencia afectada⁹¹.

Aquí es donde toma gran trascendencia lo que dijimos líneas arriba, puesto que si ante una cesión de derechos hereditarios sólo aplicamos las reglas de la prenda respecto a cedente y cesionario y no podemos hacerlo frente a terceros, no se reconocerá ni surgirá a favor del acreedor-cesionario derecho real alguno, ni gozará de la preferencia y privilegio que cuenta el acreedor prendario (será un mero acreedor quirografario)⁹².

90 Conf. BORETTO, ob. cit., pág. 237.

91 LORENZETTI, ob. cit., pág. 78.

92 Conf. BAYLEY, Jaime, "Afectación de derechos hereditarios en garantía de la restitución de dinero prestado", Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, Volumen 27,

V) CONCLUSIONES

Creemos firmemente que un régimen jurídico que posea un sistema adecuado de garantías es sumamente beneficioso para el crédito, ya que se ve reflejado directamente en una baja en la tasa de interés⁹³.

Entendemos que, en ciertos casos, sobre todo cuando haya cierto grado de certeza en que la herencia es profusa, puede ser muy beneficioso permitir la prenda de derechos hereditarios, más aún en esta época en que la mayor parte de los negocios requieren de una gran celeridad y premura que no permite aguardar todo el procedimiento legal que es necesario a efectos de adjudicar *uti singuli* los bienes que se transmiten *mortis causa* para luego gravarlos individualmente.

Por ello, creemos que sería beneficioso para la Argentina copiar el modelo uruguayo y ampliar los bienes que pueden ser objeto del derecho real de prenda.

No creemos que esta ampliación y flexibilización del objeto de la prenda pueda, como ha sostenido FUSTER, “devenir en un semillero de conflictos jurídicos y fraudes negociales”⁹⁴, puesto que no consideramos que pueda traer aparejada una mayor dificultad a la hora de asegurar el cumplimiento de los actos jurídicos ni dificultar el cobro del crédito. La misión del notariado será informar al acreedor sobre las condiciones y características de este tipo de garantías, para que éste determine las admite o no, en base a la evaluación que realice de los riesgos, sopesando toda la información que posea.

Justamente, es el acreedor quien se encuentra, en la enorme mayoría de los casos, en la posición dominante de la relación, por lo que podrá tomar la decisión en base a sus intereses y sin verse compelido a ello.

Hoy en día, si cedemos derechos hereditarios en garantía y no adoptamos expresamente la figura del fideicomiso, caemos en un régimen en el que el acreedor tiene pocas ventajas.

Esto no hace más que potenciar la utilización del fideicomiso que, si bien en muchos casos es una herramienta útil, lleva a una cierta desproporción o desarmonía entre el fin que se proponen las partes (simple garantía) y el medio jurídico que se emplea (transmisión de la propiedad)⁹⁵.

Nº 9, septiembre 1941, pág. 381.

93 Conf. DE CORES, Carlos, “Ley de prenda sin desplazamiento”, Revista de derecho de la Universidad de Montevideo, Año I (2002), Nº 2, pág. 86.

94 FUSTER, Gabriel Aníbal en comentario al art. 2232 en Clusellas, Eduardo Gabriel (Coord.), *Código Civil y Comercial -comentado, anotado y concordado-*, T. 7, Astrea – FEN, Buenos Aires, 2015, pág. 727.

95 Conf. LÓPEZ CANDIOTI, José A., “La cesión de créditos en garantía frente a la ejecución individual y colectiva”, LL On line AR/DOC/3930/2013.

Congresos y Jornadas

Además, por la naturaleza y carácter de los derechos hereditarios, es probable que, en buena parte de los casos, el acreedor no quiera adquirir su titularidad, lo que a la larga llevará a la no admisibilidad de la herencia como objeto de una garantía.

Por otro lado, no creemos que el deudor se encuentre en una posición inferior de la que se encuentra cuando otorga otro tipo de garantías (*v. gr.* Hipoteca, prenda de cosas, fideicomisos en garantía donde se transfieren inmuebles, etc.), desde que cuenta con los mismos mecanismos de protección que en esos casos (prohibición de abuso de derecho, amparo del régimen del derecho de consumidor –si los presupuestos fácticos lo permiten-, etc.).

Por todo lo expuesto, abogamos por una reforma de la legislación argentina que admita una ampliación de los bienes que pueden ser objeto del derecho real de prenda.

A fin de cuentas, lo importante será que las partes tomen las decisiones contando con un alto grado de información acerca de los alcances y posibles consecuencias de los actos jurídicos que realizan, tarea en la que los notarios debemos adoptar un rol protagónico.

Sobre una superficie firme*

Bárbara María Ríos

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Desarrollo*. II.1. *Conceptualización*. III. *Características*. III.1. *Temporalidad*. III.2. *Modalidades*. III.3. *Emplazamiento*. III.4. *Legitimación*. III.5. *Facultades del superficiario*. III.6. *Modo de Adquisición*. III.7. *Extinción*. III.8. *Indemnización al superficiario*. III.9. *Analogías y/o diferencias con figuras afines*. III.10. *Usufructo*. III.11. *Locación*. III.12. *Servidumbre*. III.13. *Antecedentes*. IV. *Derecho comparado*. V. *Modelos de escritura*. VI. *Utilidad, ideas y beneficios*. VII. *Aspectos tributarios*. VII.1. *Impuesto a la transferencia de inmuebles*. VII.2. *Impuesto a las ganancias*. VII.3. *Impuesto de sellos*. VIII. *Aspectos registrales*. VIII.1. *Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires*. VIII.2. *Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. IX. *Conclusiones*. X. *Ponencias*. XI. *Anexo I. Modelos de escrituras*. XI.1. *Constitución de derecho real de superficie para edificación*. XI.2. *Transmisión de propiedad superficial*. XI.3. *Constitución de derecho real de superficie para forestación*. XII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Una vez más nos convoca el Encuentro Nacional del Notariado Novel y en esta oportunidad nos hubiese gustado comenzar el presente trabajo enunciando la cantidad de escrituras que en distintas provincias se han ido autorizando a lo largo y a lo ancho del país, desde la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante el CCyC) respecto de este nuevo derecho

* El presente trabajo obtuvo la Mención correspondiente al Tema II, referido a “Nuevos Derechos Reales”, en el marco del XXVII Encuentro Nacional del Notariado Novel, celebrado en la ciudad de Formosa entre el 17 y el 19 de noviembre de 2016.

Congresos y Jornadas

real de superficie. Pero lamentablemente y aunque el derecho se presume conocido, la sociedad aún no está lo suficientemente informada de su existencia y, asimismo, deberíamos reconocer que nos acecha cierto temor, cada vez que debemos ocuparnos de aplicar nuevos derechos. Por otra parte, los entes reguladores de materias que conciernen a la superficie aún no han adecuado del todo sus normas para llevar a cabo la escritura.

La intención del presente trabajo es desarrollar este nuevo derecho real de superficie para estudiarlo, entenderlo y tratar de llevar su aplicación a la práctica, reflejando su utilidad en nuestra actividad diaria, con miras al interés de la comunidad.

Entonces acompañenme en la lectura así podemos saltar la barrera y empezar a celebrar escrituras haciendo uso de este derecho que ha venido conquistando a tantos países, como se sabe por el derecho comparado.

II. DESARROLLO

II.1. Conceptualización

El CCyC define al derecho real de superficie en su art. 2114 de la siguiente forma: “El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales”.

De su definición se extraen sus elementos más importantes.

III. CARACTERÍSTICAS

III.1. Temporalidad

Es por definición temporario, es decir, está destinado a durar por un cierto tiempo convenido por las partes. A fin de garantizar ese carácter esencial de la temporalidad es que el art. 2117 CCyC establece sus máximos: 70 años si la superficie es utilizada para construcciones y 50 años si es destinada para plantaciones o forestaciones. Está permitida la prórroga en el plazo, pero esta podría perjudicar a terceros que ostenten derechos que se consolidarían al extinguirse la superficie. Por ello, si bien el plazo originariamente convenido

por las partes puede ser prorrogado por estas, en ningún caso las sucesivas prórrogas (si las hubiere) pueden superar los máximos legales establecidos, ya que en materia de derechos reales en general y en el de superficie en particular están en juego intereses que van más allá de los meramente personales. La fijación de plazos máximos diferenciados para la construcción por una parte (70 años) y la plantación y forestación por la otra (50 años) obedece a los distintos tiempos de vida útil y amortización para actividades tan diversas.

III.2. Modalidades

El titular del dominio puede constituir derecho real de superficie en cualquiera de sus dos modalidades permitiendo al superficiario: a) realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido, en cuyo caso será derecho real sobre cosa ajena; como también permitir que: b) se constituya el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad (propiedad superficiaria), en cuyo caso se trata de derecho real sobre cosa propia.

De una u otra manera daría nacimiento a una coexistencia de derechos: 1) derecho del superficiario y 2) derecho del titular del suelo; por lo que el dominio va a sufrir un desmembramiento, convirtiéndose en imperfecto.

Según el art. 1913 CCyC no puede existir más de un derecho de superficie o cualquier otro derecho real que sean excluyentes entre sí sobre la misma parte material del inmueble, por aplicación del principio de concurrencia.

Entendemos además que el derecho de superficie importa una excepción al principio de accesión previsto como regla en el art. 1945 CCyC.

III.3. Emplazamiento

Puede constituirse sobre la totalidad del inmueble o sólo en una parte determinada del mismo; sobre el suelo o rasante, el vuelo o el subsuelo, lo que admitiría el carácter tridimensional del derecho¹.

Se entiende por suelo el sitio o solar no edificado y que geométricamente sería un plano que se ubica en la capa térrea. El vuelo es el espacio aéreo que existe sobre el suelo. Y el subsuelo vendría a constituir no un antónimo del vuelo, sino un espacio cuya caracterología resulta similar, pero ubicada en el plano subterráneo.

1 CAUSSE, Jorge R. *El derecho de superficie*, Academia Nacional del Notariado, LXIX Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira, pág. 82.

Congresos y Jornadas

El vuelo y el subsuelo, juntamente con la rasante, son dimensiones autónomas del inmueble y cada de una de ellas sirve de asiento a la constitución de este derecho real.

En cualquier caso, el titular dominial podrá dividir materialmente el inmueble y aprovecharlo de distintas maneras, sea en forma directa o constituyendo diversos derechos reales sobre cada una de las partes del fundo². Y es más, el art. 2116 CCyC en su segundo párrafo establece que no sólo puede recaer sobre la parte del inmueble destinada a construir, forestar o plantar, sino también extenderse a otras partes materiales del mismo siempre que sean de utilidad al ejercicio del derecho superficiario.

III.4. Legitimación

Los legitimados para constituir derecho real de superficie son las personas humanas titulares de los derechos reales de: dominio, condominio y propiedad horizontal. Respecto a ésta última conjunción entre los derechos reales de propiedad horizontal y superficie, pueden presentarse las siguientes situaciones:

- Que los copropietarios de un inmueble sometido a propiedad horizontal constituyan derecho real de superficie en cualquiera de sus dos modalidades (para construir; plantar o forestar; o sobre lo construido, plantado o forestado). Siempre se requerirá decisión unánime de todos los propietarios de las unidades que formen parte del edificio.
- Es igual de válido que un solo copropietario constituya la superficie sobre o dentro de su unidad funcional, lo cual no requerirá la conformidad de los demás copropietarios.
- Como contrapartida, el superficiario, en cualquiera de las modalidades, puede afectar lo construido al régimen propiedad horizontal, quien deberá pedir autorización al titular del suelo si así fue pactado en la escritura de constitución del derecho de superficie para edificación.

Respecto de las personas jurídicas, el CCyC nada dice, por lo que entendemos que si no hay norma que lo limite es válida su legitimación.

III.5. Facultades del superficiario

Las facultades otorgadas al superficiario según la interpretación conjunta de los arts. 2114 y 2120 CCyC son muy amplias: puede usar, gozar y disponer de la cosa material y jurídicamente, como también gravarla con derechos reales de

² ZAVALA, Gastón Augusto. "Derecho real de superficie", *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 936.

garantía y afectar la superficie construida bajo el régimen de propiedad horizontal, como mencionamos en el punto anterior y según lo dispone el art. 2120, segundo párrafo, CCyC.

Según lo dispuesto en los arts. 2213 y 2206 CCyC pueden constituirse sobre el derecho de superficie dos derechos reales de garantía: la hipoteca y la anticresis, los que podrán recaer sobre: a) el derecho de construir, plantar, o forestar; o b) sobre la propiedad superficiaria. En el primer caso sería sobre cosa ajena y, en el segundo, sobre cosa propia.

III.6. Modo de adquisición

El art. 1896 CCyC dice que el derecho real de superficie debe constituirse por contrato y puede transmitirse por acto entre vivos o por causa de muerte; en consecuencia, hay que distinguir entre la constitución del derecho de superficie y su transmisión.

En cuanto a la constitución: al definirse el derecho real de superficie como un derecho real temporario que se constituye sobre inmueble ajeno, lo concebimos como una desmembración del dominio, por lo que sólo podrá ser constituido por quien resulta propietario del inmueble. Esto implica que la constitución de este derecho real requiere título y modo. En consecuencia, la adquisición necesariamente para el superficiario debe ser derivada y por contrato, ya sea oneroso o gratuito.

Ahora, en cuanto a la transmisión, el código regula que puede ser por acto entre vivos o *mortis causa*, pero nos gustaría aclarar algunas cuestiones:

- *Por actos entre vivos*: si fuese gratuita no acarrearía inconvenientes. Ahora, para el caso de que se transmita onerosamente, sería difícil definir su valor. La mayoría de la doctrina entiende que la contraprestación podría consistir, por ejemplo, en la adjudicación de unidades construidas o a construir.

- *Por causa de muerte*: el código no prohíbe ni permite constituir derecho de superficie por causa de muerte, es decir, por testamento. Nuestra intención no es coartar derechos, pero sabemos que estamos analizando derechos reales y sus normas son de orden público, por ende no sería factible. Ahora, si hubiera posibilidad de fundar su aplicación, no vemos porqué no aceptarlo. Por ello, no hay duda de que sí se podrá transmitir un derecho superficiario constituido en vida del causante, es decir que se podrá transmitir a los herederos el derecho de superficie constituido en cabeza del causante.

No puede adquirirse por *usucapión*. Sin embargo se admite la prescripción breve a efectos de sanear el justo título. Así lo legisla el código. Vale agregar que la prescripción adquisitiva aun con justo título sólo sería factible si se hubiera edi-

ficado, es decir, debemos estar ante una propiedad superficiaria que se haya constituido por justo título y que el usufructuario haya ejercido posesión durante 10 años. Reiteramos: es sólo admisible a los efectos del saneamiento del justo título. Y en cuanto a la prescripción veinteañal, sería ridículo creer que alguien pueda poseer el inmueble solo con ánimo de adquirir el derecho real de superficie y no todo el inmueble, es decir, el derecho real de dominio.

III.7. Extinción

El derecho de superficie se extingue por:

- Renuncia: expresa e instrumentada en escritura pública para su inscripción.
- Vencimiento del plazo: produce de pleno derecho la extinción.
- Cumplimiento de una condición resolutoria.
- Consolidación: se produce por la confusión en una misma persona de la calidad de titular de dominio del inmueble y de superficiario.
- No uso: durante 10 años en el caso de superficie para construir o 5 años para los casos de superficies destinadas a plantar o forestar.
- Destrucción de la propiedad superficiaria: en principio el derecho se extingue salvo que el beneficiario del derecho construya nuevamente dentro del plazo de 6 años para las superficies de construcción o de 3 años para superficies de plantar o forestar.

Cuando el derecho de superficie se extingue por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Si el derecho de superficie, en cambio, se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, tanto los derechos reales como personales constituidos por el superficiario continúan vigentes en cabeza de este último y gravan a la cosa como si la extinción no se hubiere producido.

III.8. Indemnización al superficiario

Producida la extinción, el titular de dominio del inmueble debe indemnizar al superficiario por cuanto, al hacer suyo lo plantado, forestado o construido, se produce una mejora patrimonial en su favor.

Por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, queda a criterio de las partes pactar al momento de la constitución del derecho esta indemnización y la forma en que debe llevarse a cabo, como así también el monto de la misma. A efectos de calcular esta indemnización resulta conveniente tener en cuenta el valor fijado por las partes al momento de constituir el derecho. Si las partes no hubieran previsto monto alguno, la norma fija parámetros objetivos destinados a

valuar la indemnización cuantificando los valores incorporados por el superficiario durante los dos últimos años.

De todas maneras, también pueden los contratantes eximir directamente al titular de dominio del inmueble del pago de la indemnización o estipular algún tipo de compensación para el superficiario, como por ejemplo que pase a ser titular de una o de algunas de las unidades funcionales si se hubiera tratado de una construcción sometida a propiedad horizontal.

III.9. Analogías y/o diferencias con figuras afines

A fin de comprender correctamente este nuevo derecho real, cabe realizar una comparación con algunas figuras jurídicas que pueden resultar afines.

III.10. Usufructo

Ambos son derechos reales de uso y goce sobre una cosa de propiedad ajena. Diferencias:

- Plazo: mientras que el usufructo tiene como plazo máximo la muerte del usufructuario (indeterminado en el tiempo), el derecho de superficie estará sujeto al plazo que pacten las partes y, en su defecto, al máximo establecido por la ley.

- Facultades: mientras que el derecho de usufructo es de carácter personal y no puede gravarse, el superficiario puede constituir derechos reales sobre el objeto afectado.

- Extinción: el usufructo se extingue con el fallecimiento del beneficiario y no se transmite *mortis causa*, como sí ocurre con la superficie.

III.11. Locación

Plazo: ambos están sujetos a un plazo cierto y determinado; la locación se extingue a los 20 años si se trata de destino a vivienda y 50 años para el resto de los casos, y la superficie se extingue, si no se hubiera pactado un plazo menor entre las partes, a los 50 años si estamos ante una superficie destinada a plantación o forestación o a los 70 años para construcción.

Diferencias:

- Carácter: mientras que la locación es un derecho personal, la superficie es un derecho real.

- Mejoras: en el caso de la locación, el locatario no es dueño de las mejoras introducidas en la cosa ajena como sí lo es el superficiario, quien cuenta con un derecho de dominio distinto al del dueño del suelo por el tiempo que dura la afectación, pudiendo asimismo disponerlo y gravarlo.

III.12. Servidumbre

Analogía: hay dos fundos distintos, el del suelo con un propietario (fundo sirviente) y el de la construcción, plantación o forestación con otro propietario (fundo dominante).

Diferencia:

- Relación: la relación de la superficie con el suelo es mucho más íntima e inescindible que la existente entre los fundos dominante y sirviente, ya que el suelo no sólo es el apoyo de lo construido, sino también la razón misma de su existencia.

III.13. Antecedentes

La consagración del derecho real de superficie es la consecuencia de una nueva etapa de nuestro desarrollo legislativo que tiene su antecedente más cercano en la sanción de la ley Nº 25.509, la cual consagró el derecho real de superficie forestal y recuperó del ostracismo a la figura que había sido desterrada del código de VÉLEZ SARSFIELD³.

Una pequeña reseña histórica nos permite observar que en Roma el dominio y sus variantes constituía el *iura in re* por excelencia. Existía el *ius in re propria* (nuda propiedad), como asimismo *iura in re alienas* (que recaen sobre otro dominio, limi-tándolo), dentro de los cuales se destacaban las servidumbres prediales (urbanas y rústicas), las servidumbres personales (usufructo, uso y habitación), los derechos reales de garantía (prenda e hipoteca) y los denominados "derechos reales pretorianos", dentro de los cuales se inscribía, junto a la enfiteusis, la tipología genérica del derecho real de superficie.

Este derecho se introdujo primeramente en terrenos del estado y luego en los de las ciudades, para después pasar a las áreas de los privados. Por medio de este se concedía el derecho de fabricar o gozar temporalmente o perpetua-mente del edificio mediante una pensión anual (*pensio, solarium*), o también mediante el pago de una suma única, ya sea por contrato de arriendo o venta⁴.

El origen de la superficie está en el derecho público en ocasión de las con-cesiones que, para edificar en el suelo y en las ciudades, eran hechas a favor

3 LAQUIS, Manuel. *Derechos Reales*, tomo IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984, pág. 70.

4 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y Puerta de Chacón, Alicia. *Derecho Real de Superficie*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pág. 4. Sostienen que: "El código civil argentino siguió la tradición del derecho puro de los romanos y consagró el principio de accesión, al que Gayo consideraba incluso, de derecho natural".

de los particulares y extendidas luego a los terrenos privados. Es decir que en un comienzo fue el derecho de superficie un arrendamiento primeramente concedido por las municipalidades y en una época posterior por los particulares⁵.

La nota al art. 2503 Código Civil velezano es sumamente ilustrativa sobre los antecedentes históricos y su reconocimiento en el derecho pretoriano mediante el *interdicto de superficiebus*. En ella también se expresan las razones de la inconveniencia de su inclusión dentro del *numerus clausus* fijado por el legislador al sancionar el Código Civil de 1871.

Pasó a ser un derecho real estructurado como un dominio dividido, para finalizar absorbido durante la Edad Media por el derecho de enfiteusis, mientras que: "...la palabra propiedad en sí aludía a una serie de propiedades multiformes, adaptadas a los objetos más dispares"⁶.

Nuestro Código Civil derogado seguía la tradición del código napoleónico y, en general, de otros códigos decimonónicos. No sólo consagró el principio de accesión, sino que además prohibió expresamente el derecho de superficie en el art. 2614.

El moderno concepto de superficie se encuentra inspirado en el Código Civil italiano de 1942⁷, y luego receptado en los códigos posteriores.

IV. DERECHO COMPARADO

Siempre es útil y recomendable estudiar en el derecho comparado lo que uno se encuentra analizando. Más allá de las diferencias normativas que cada estado pueda presentar, comparar y ver los beneficios o perjuicios que el derecho llevado a la práctica puede tener siempre es una tarea fructífera. Con relación al derecho de superficie, su aplicación en la mayoría de los casos en el derecho comparado viene relacionada a procesos de planeamientos urbanísticos.

Actualmente admiten la superficie, entre otros, Francia, España, Italia, Portugal, Bélgica, Alemania, Austria, Suiza, Japón, Bolivia, Perú, Cuba y los códigos de

5 CORNEJO, Américo A. "El derecho real de superficie en el Proyecto de unificación legislativa Civil y Comercial", en Revista Jurídica La Ley, 1987-D-1200. Cita de Bonfante, Pedro. "Instituciones de Derecho Romano", n° 109, pág. 353.

6 CALLEGARI DE GROSSO, Lidia. "El derecho real de superficie forestal ley 25.509", en JA, N° 13, 2002-III.

7 El Código Civil italiano de 1942, art. 956, prohíbe la superficie referida a plantaciones; mientras que el código alemán sólo se refirió a la superficie edificada. El código portugués y el código catalán prevén tanto la facultad de constituirlo sobre plantaciones como construcciones.

Congresos y Jornadas

Québec de 1991, de Holanda de 1992, el nuevo Código Civil brasileño y el Código Civil catalán.

En el año 2003, Brasil incorporó a su Código Civil el derecho real de superficie en base a un proyecto de urbanización de distintas zonas del país vecino. En dicho país se utiliza la figura para aplicarla a regularización dominial, otorgando el estado al ocupante de la tierra un derecho real de superficie por el plazo de 20 años, vencido el cual el superficiario puede consolidar el dominio a su favor si el titular dominial no se opone.

En Alemania, este derecho fue introducido por una ordenanza del año 1919 y fue aplicado como una solución para la reconstrucción de las ciudades luego de las guerras mundiales. La gran diferencia que presenta el derecho de superficie en Alemania respecto al incorporado en nuestra legislación es que en dicho país puede ser perpetuo debido a que fue creado para tierras que eran de propiedad del estado, por lo que la perpetuidad no generaba conflicto entre partes.

En otros países, como en Francia, el derecho de superficie se utiliza para la construcción de monumentos.

V. MODELOS DE ESCRITURA

Ver Anexo I. Modelos de escrituras.

VI. UTILIDAD, IDEAS Y BENEFICIOS

- Contribuye a motorizar procesos de expansión y paliar situaciones de déficit habitacional y social.

- Su plasticidad permite articularlo con múltiples derechos reales y personales.

- El superficiario tiene amplias facultades de administración y disposición, sólo limitadas por el plazo y por las condiciones particulares del contrato.

- Es posible la afectación a propiedad horizontal por el superficiario sin existir terreno común.

- Presenta diferencias notables y ventajas con respecto al derecho de sobreelevar al que no se opone, dado que responde a necesidades diferentes.

- El superficiario puede gravar con derechos reales de garantía.

- Soluciona problemas habitacionales muy usuales, ya que adquirir un terreno baldío implica un costo muy alto, pero con este derecho se podría dividir el lote donde habita la familia para que los hijos puedan construir su vivienda en una parte determinada, evitando así conflictos sucesorios al momento

de fallecer los titulares dominiales, debido a que su derecho a la propiedad estaría protegido.

- Sirve para transferir determinada parte del terreno en grandes loteos o conjuntos inmobiliarios; para que se construyan hoteles, centros comerciales, cocheras, entre otros, siendo la titularidad y responsabilidad de quien lleve a cabo la obra.

- El dominio de la propiedad superficiaria -ya sea de lo construido, forestado o plantado- al cumplirse el plazo, es revocable⁸, lo que puede ocasionar importantes conflictos. Una posible solución sería pactar en la escritura que luego del vencimiento no vuelva todo a su estado anterior, ya que de esta forma se perdería la constitución al régimen de propiedad horizontal, las adjudicaciones que se hayan celebrado y demás derechos otorgados o adquiridos, constituyéndose solamente la titularidad del suelo.

- Se puede constituir derecho real de superficie respecto del suelo y/o vuelo en los edificios o propiedades en altura para que funcionen helipuertos o antenas de telecomunicaciones.

- Cuando el derecho se constituya en forma onerosa se podrán garantizar los derechos del titular de dominio del inmueble frente al resto de los acreedores del superficiario por el pago del monto debido en concepto de la superficie, teniendo en cuenta especialmente la eliminación del privilegio sobre saldo de precio que contemplaba el código velezano. Consideramos como una posible solución a este inconveniente la constitución simultánea al derecho de superficie de un derecho real de garantía hipotecaria en primer grado sobre la propiedad superficiaria, en favor del titular de dominio del inmueble, para asegurar sus derechos al cobro.

- Creemos recomendable incorporar, al constituir el derecho real de superficie, alguna cláusula de garantía o depósito que salvaguarde los derechos del titular del suelo y que prevenga que el superficiario descuide o abandone la cosa cuando el plazo esté cerca de su vencimiento, como las que por estilo se utilizan por ejemplo en materia de derecho administrativo para los casos de contrato de concesión.

- La indemnización a favor del superficiario es renunciable, no constituyendo dicha renuncia un acto a título gratuito por estar previsto el pacto en contrario. Por ende no le cabría el impuesto a la transmisión gratuita de bienes de la Provincia de Buenos Aires. Puede compensarse con la transmi-

8 Art. 2129 CCyC: normas aplicables a la propiedad superficiaria. "Si el derecho de superficie se ejerce sobre una construcción, plantación o forestación ya existente, se le aplican las reglas previstas para el caso de propiedad superficiaria, la que a su vez queda sujeta a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título".

sión de parte del terreno o de unidades funcionales luego de cumplirse con la readquisición de dominio del dueño perfecto.

VII. ASPECTOS TRIBUTARIOS

Cada vez son más frecuentes las consultas tributarias de los requerentes en los últimos años en nuestras notarías. El asesoramiento jurídico respecto de este nuevo derecho real parecería indicar que una vez que se comprende cómo funciona, que se conocen sus normas y que se discierne si encauza o no lo que pretende la parte ya estaríamos listos para asesorar pero se necesita saber cuánto va a tributar una escritura de estas características y, por otro lado, cuáles serían las obligaciones de información respecto de estas operaciones en las que se interviene. Es por todo esto que nos vemos en la necesidad de analizar las leyes tributarias con relación al derecho real de superficie.

Cabe aclarar, antes de comenzar con el análisis de la normativa, que la ley tributaria no fue modificada desde la entrada en vigencia del nuevo código. Por lo que debemos estudiar si los nuevos derechos reales, como es el de superficie, se encuentran regulados en la normativa vigente.

Analizaremos este nuevo derecho respecto a los impuestos a nivel nacional, como son el impuesto a la transferencia de inmuebles y el impuesto a las ganancias; y a nivel provincial, el Impuesto de Sellos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

VII.1. Impuesto a la transferencia de inmuebles

Dicho impuesto se encuentra regulado en la ley N° 23.905 en su art. 7º, el cual dispone: "Establécese en todo el territorio de la Nación un impuesto que se aplicará sobre las transferencias de dominio a título oneroso de inmuebles ubicados en el país". En su art. 9º, la misma ley entiende por transferencia de dominio: "...a la venta, permuta, cambio, dación en pago, aporte a sociedades y todo acto de disposición, excepto la expropiación, por el que se transmita el dominio a título oneroso, incluso cuando tales transferencias se realicen por orden judicial o con motivo de concursos civiles".

La jurisprudencia resolvió en los autos "Soldati, Santiago Tomás c/ DGI", del 15/10/ 2013, que las normas fiscales deben ser interpretadas en forma restrictiva, no debiendo suponer la falta de previsión legislativa. Lo contrario importaría presuponer la inconsecuencia o la falta de previsión del legislador, lo cual sería inadmisibile.

De la norma transcripta se desprende que lo que se encuentra gravado es la transmisión de dominio, enumerando las formas en las que puede producirse su transmisión. En el caso del derecho real de superficie no hay transmisión de dominio, sino un desmembramiento del dominio mediante el cual el titular dominial otorga al superficiario la facultad para construir, plantar o forestar sobre el suelo, vuelo o subsuelo de su propiedad. Por lo que se desprende de dichos conceptos que no correspondería el pago del impuesto a la transferencia de inmuebles.

Cabe recordar que los sujetos obligados al pago son los vendedores, siempre que no sean una sociedad comercial o un sujeto empresa.

VII.2. Impuesto a las ganancias

Aquí debemos hacer un análisis de la ley de impuesto a las ganancias⁹. Previamente debemos identificar el sujeto obligado al pago.

Persona física: puede ser sujeto empresa o no habitualista. El sujeto empresa tendrá el mismo tratamiento que las sociedades comerciales, las cuales veremos más adelante. Veamos qué sucede con los sujetos no habitualistas.

VII.2.1. Sujetos no habitualistas

La ganancia gravada para dichos sujetos debe tomarse del art. 1º de la LIG, de donde surge la teoría de la fuente. A su vez, en el art. 3º establece que: "A los fines indicados en esta ley se entenderá por enajenación la venta, permuta, cambio, expropiación, aporte a sociedades y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso". Al aplicarse la lógica utilizada para el impuesto a la transferencia de inmuebles se deduce la misma conclusión: no existe transferencia de dominio, por lo que queda analizar si se encuentra alcanzada por alguna de las categorías gravadas. El art. 41 establece que son de la primera categoría: "Cualquier especie de contraprestación que se reciba por la constitución a favor de terceros de derechos reales de usufructo, uso, habitación o anticresis". Este artículo realiza una enumeración taxativa, por lo cual no sería aplicable al derecho real de superficie. En consecuencia, el sujeto no habitualista no se encontraría alcanzado ni por el impuesto a la transferencia de inmueble ni por el impuesto a las ganancias.

9 En adelante, LIG.

Congresos y Jornadas

VII.2.2. Sociedades comerciales y sujeto empresa

En el caso de dichos sujetos por la teoría del balance o rédito se sostiene que: "...todo ingreso neto en bienes materiales, inmateriales o servicios valorables en dinero, periódico, transitorio o accidental, de carácter oneroso o gratuito, que importe un incremento neto del patrimonio de un individuo en un periodo determinado de tiempo, esté acumulado o haya sido consumido y se exprese en términos monetarios, es rédito¹⁰; no cabe duda que la constitución del derecho real de superficie onerosa pagará dicho impuesto, tanto en las sociedades comerciales como en el sujeto empresa. En ese caso, si el dinero pasara por ante nosotros, deberemos actuar como agentes de retención, recordando que si el dinero pasó antes del acto de constitución del derecho real de superficie, deberemos actuar solo como agentes de información.

Luego de este breve análisis, no cabe hesitar que la ley impositiva deberá actualizarse y dictar la normativa correspondiente a este nuevo derecho real".

VII.3. Impuesto de sellos

En cuanto a los tributos provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a pedido del Colegio de Escribanos, se expidió con relación al impuesto de sellos.

En dicho dictamen se establece que la constitución del derecho real de superficie abonará el 1 % del valor por el cual se constituye, sin tener en cuenta el valor inmobiliario de referencia ni la valuación homogénea.

También se plantea el pago de dicho impuesto en el caso de la extinción del derecho con indemnización, estableciendo que deberá abonar el 1 % sobre el valor de la indemnización.

Entendemos que esta es una solución acertada a corto plazo, debiendo la legislación actualizarse e incorporar correctamente la regulación a este nuevo derecho.

VIII. ASPECTOS REGISTRALES

Frente a la creación de este nuevo derecho real, nos planteamos cómo el mismo deberá ser registrado a efectos de que sea admitido por el ente registrador y proporcionarle la publicidad frente a terceros correspondiente. En este trabajo describimos cómo se han expedido el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

10 DI PIETROMICA, Viviana. *Régimen Tributario de la Actuación Notarial*, Editorial Lexis Nexis, pág. 161.

VIII.1. Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires

- La Orden de Servicios Interna N° 45, además de admitir el dominio desmembrado y demás características que adopta este nuevo derecho, informa que el derecho de superficie deberá ser rogado mediante los códigos registrales que se generen al efecto.

- En la escritura deberá constar el plazo de duración del derecho para darle efectiva publicidad, siempre que el mismo haya sido convenido por las partes conforme a los arts. 2117 y 2125 del código. De no pactarse plazo, regirán los máximos establecidos por ley.

- Puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada del mismo; sobre el espacio aéreo, sobre el subsuelo o sobre construcciones existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal sobre una unidad determinada que surja del mismo. Cuando el derecho de superficie se constituya sobre la totalidad del inmueble no se requerirá plano de mensura para delimitar al mismo. En cambio, cuando el derecho se constituya sobre una parte del inmueble, el registro de la propiedad deberá exigir plano para su constitución.

- Puede constituirlo el titular de derecho real de dominio sobre el terreno, y los condóminos o consorcistas en propiedad horizontal.

- Los actos jurídicos que realice el superficiario deberán celebrarse dentro del plazo de vigencia del derecho de superficie sin necesidad del consentimiento del titular de dominio del terreno.

- En caso de que en el asiento registral se hiciera constar que el superficiario no puede afectar al régimen de propiedad horizontal sin consentimiento del titular de dominio del lote por así haberse pactado, se observarán los documentos que no cuenten con la expresa autorización de este último.

- Una vez calificado el instrumento, el procedimiento de registración se inicia con la anotación de la afectación a superficie en la parte superior (descripción del inmueble) de la matrícula del bien objeto del derecho, donde se dejará constancia de la apertura de matrículas de "Superficie A" (SA), utilizando hasta la confección de las mismas las planillas "A" existentes con la rectificación "SA". Se deberá abrir una matrícula "SA" distinta de la correspondiente al inmueble para cada derecho de superficie constituido sobre este último; es decir que si el inmueble estuviera afectado por distintos derechos de superficie, cada uno de ellos originará la apertura de una matrícula "SA" independiente. Cuando el derecho de superficie abarque todo el bien, en la matrícula "SA" no se necesitará consignar nuevamente los datos de individualización del inmueble. En cambio, si el derecho de superficie se constituye sobre una parte del inmueble, se deberá realizar la designación de la parte sobre la que recae

Congresos y Jornadas

conforme al plano realizado. En el rubro a) de la matrícula "SA" se inscribirá la titularidad sobre el derecho de superficie. Los gravámenes, medidas cautelares, cancelaciones y certificaciones referentes al derecho real de superficie, en cambio, se inscribirán en los rubros b), c) y d) de la matrícula.

- Es importante mencionar que los pedidos de publicidad que recaigan sobre inmuebles afectados a derecho real de superficie serán expedidos con la información de las constancias que surjan en la totalidad de las matrículas "A", "SA", "SPHB", "SPHA". Es decir, por ejemplo, que si se solicita un informe de dominio por el número de matrícula correspondiente al inmueble "madre" se informarán además las matrículas abiertas en ocasión de inscribirse el derecho de superficie.

- Cuando el superficiario afectare su derecho a propiedad horizontal, se generarán matrículas "PHB" por las unidades creadas y "PHA" para cada una de las mismas.

- En cuanto a la extinción del derecho de superficie, la misma debe ser rogada expresamente por parte interesada una vez operada por cualquiera de las causales que establece la ley para ser cancelado registralmente. Operada la extinción, sea por vencimiento del plazo legal o convencional, el titular de dominio hace suyo lo construido, plantado o forestado libre de derechos reales o personales que afecten a la propiedad superficiaria. Si la extinción del derecho en cambio opera antes del cumplimiento del plazo del derecho, los derechos reales constituidos sobre la propiedad superficiaria continuarán vigentes en cabeza del superficiario hasta la expiración del plazo de vigencia del mismo, conforme lo establece el art. 2125 CCyC.

VIII.2. Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

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, ya que resulta suficiente que la extensión y medidas surjan del título por el cual se constituye¹¹.

Se dispuso que sólo se procederá a la apertura de la submatrícula "superficie" -manteniendo el número de la de origen- en el supuesto que se ruegue la inscripción de transferencia, constitución de derechos reales de garantía o afectación al régimen de propiedad horizontal sobre el derecho del superficiario, conforme lo permite el art. 2120 CCyC.

11 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Subsecretaría de Asuntos Registrales de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal. Disposición técnico registral N° 15/2016, Buenos Aires, 12/08/2016.

Fue coincidente en su regulación con el registro de la propiedad de la provincia en lo relativo a la necesidad de rogar la cancelación expresa del derecho una vez extinguido por cualquier causa que fuera.

IX. CONCLUSIONES

Ya arribando a la conclusión del trabajo podemos discernir que el derecho real de superficie no parece ser un derecho a aplicar muy sencillo, debido a que hay que tener en cuenta muchas aristas que provee esta figura. Pero cabe distinguir que este derecho real brinda utilidad para una gran amplitud de destinos y aprovechamiento para situaciones muy diversas.

El propósito del trabajo, como expresamos en la introducción, nos lleva a concluir que el análisis del derecho que hemos efectuado nos ha permitido enfatizar su aspecto pragmático, no aislable de algunas notas que favorecen la ejecución en pro de convertirla en un dúctil instrumento que facilite la tarea del colega.

Saltemos la barrera que estamos cada vez más "sobre una superficie firme".

X. PONENCIAS

- La concepción del dominio absoluto, perpetuo y pleno se redirecciona hacia una figura que podrá ser utilizada con pragmatismo y fluidez.

- Se sugiere que en caso de sometimiento de lo construido al régimen de propiedad horizontal por el superficiario, se realice: 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.

- La indemnización a favor del superficiario 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.

- 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, ya que resultaría suficiente que la extensión y medidas surjan del título por el cual se constituye.

- El dominio de la propiedad superficiaria -ya sea de lo construido, forestado o plantado- al cumplirse el plazo, es revocable, lo que puede ocasionar importantes conflictos. Una posible solución sería pactar en la escritura que luego del vencimiento no vuelva todo a su estado anterior, ya que de esta

forma se perdería la constitución al régimen de propiedad horizontal, las adjudicaciones que se hayan celebrado y demás derechos otorgados o adquiridos, constituyéndose solamente la titularidad del suelo.

XI. ANEXO I. MODELOS DE ESCRITURAS

XI.1. Constitución de derecho real de superficie para edificación

ESCRITURA NÚMERO... CONSTITUCIÓN DE DERECHO REAL DE SUPERFICIE: X a favor de Y. En la Ciudad de..., a... días del mes de octubre del año dos mil dieciséis, ante mí (...), COMPARECEN:... personas de mi conocimiento a quienes considero capaces para este acto. INTERVIENEN: por sí. Y DICEN: PRIMERO: X CONSTITUYE DERECHO REAL DE SUPERFICIE por el PLAZO de CINCUENTA (50) años a favor de Y, sobre el suelo, vuelo y subsuelo de una parcela urbana, sita en esta localidad, designada según título como... SEGUNDO: Este derecho real se constituye a título gratuito, sujeto a las cláusulas y condiciones que se estipularán seguidamente. TERCERO: X transmite a Y todos los derechos inherentes a la propiedad y posesión que sobre el suelo, vuelo y subsuelo del inmueble antes descrito le corresponden. CUARTO: El superficiante declara que: a) el dominio del inmueble le corresponde en forma exclusiva, no estando afectado por embargos, hipotecas, superficies, ni demás restricciones, ni sometido a regímenes especiales. b) No se encuentra inhibido para disponer de sus bienes. c) Toma a su cargo todas las deudas que, en concepto de impuestos, tasas y contribuciones, graven al inmueble hasta el día de hoy. d) Entrega la posesión real y efectiva del inmueble al superficiario en este acto. QUINTO: La cónyuge del disponente... manifiesta su ASENTIMIENTO respecto del acto dispositivo efectuado por la presente. SEXTO: Y declara que: a) ACEPTA la constitución del derecho de superficie con la obligación de edificar, que por este acto se le efectúa; b) se encuentra en posesión real y efectiva del inmueble, por la tradición que recibe simultáneamente con este acto; c) toma a su cargo todas las deudas que, en concepto de impuestos, tasas y contribuciones, se devenguen en relación a la propiedad a partir de hoy. SÉPTIMO: Las partes resuelven otorgar el presente contrato sujeto a las siguientes cláusulas: I. El superficiario adquiere el derecho real temporario a usar, gozar, mantener y disponer material y jurídicamente del *ius edificandi* y oportunamente de la propiedad superficiaria durante el plazo de CINCUENTA años. II. El superficiario se obliga a realizar en la parcela antes descrita, la construcción de un edificio de... plantas y de... cocheras en el subsuelo, conforme al plano de obra confeccionado por el Ingeniero Civil... e inscripto en la Dirección de Obras Públi-

cas... bajo el número... de fecha... que se adjunta, y con los materiales que en él se prevén. III. El propietario renuncia por el plazo convenido al principio de accesión por el término convenido, y conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho, pero no debe turbar los derechos del superficiario (*ius edificandi* y oportunamente propiedad superficiaria). IV. La propiedad sólo podrá ser destinada a la construcción de las obras descriptas en el rubro I de este artículo, y una vez finalizada la edificación, la misma será destinada a... (la instalación de un hotel, un edificio con destino vivienda sometido al régimen de Propiedad Horizontal, entre otros). V. La destrucción de la propiedad superficiaria no significará la extinción del derecho de superficie ni de las obligaciones del superficiario, quien deberá reconstruirla en el plazo perentorio de seis (6) años, según lo estipulado en el art. 2122 CCyC. VI. El incumplimiento de cualquiera de las condiciones estipuladas, como por cualquier otra de las causales de extinción establecidas en el CCyC, provocará la extinción del derecho de superficie. VII. Se conviene entre las partes el derecho de preferencia para la adquisición, en caso de enajenación a título oneroso. VIII. Producida la extinción de la propiedad superficiaria, el propietario consolidará nuevamente el dominio directo sobre el suelo, vuelo y subsuelo de la cosa inmueble, debiendo indemnizar al superficiario en la medida de su enriquecimiento, salvo el supuesto de abandono efectuado por el superficiario. CONSTANCIAS NOTARIALES: Yo, el escribano autorizante, HAGO CONSTAR: I) TÍTULO: el dominio del inmueble CORRESPONDE a X, por compra que realizó siendo del mismo estado civil que el actual, a... por escritura... otorgada en esta ciudad, el... ante el escribano... al Folio... del Registro Notarial... de esta Provincia, a su cargo; la que tengo a la vista. II) REGISTRACIÓN: la escritura referenciada precedentemente, se inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble de esta Provincia, con fecha... en la Matrícula... del Partido de... III) CERTIFICACIONES REGISTRALES: con los certificados expedidos por el Registro de la Propiedad números:... con fecha resulta que: a) el dominio del inmueble consta según lo narrado y no se haya afectado por gravámenes, restricciones ni interdicciones. b) No constan inhibiciones a nombre del titular registral. V) NOMENCLATURA CATASTRAL: Circunscripción...; Sección...; Manzana...; Parcela... CERTIFICADO CATASTRAL: número... Valuación Fiscal Año 2016: \$... Valuación Fiscal Impuesto al Acto Año 2016: \$... VI) CERTIFICADOS ADMINISTRATIVOS: de los mismos resulta que no se registran deudas al fisco provincial ni municipal. VII) PLANO DE OBRA: plano de obra confeccionado por el Ingeniero... inscripto en la Dirección de Obras Públicas y Privadas de este Municipio, bajo el número... de fecha... que en su original tengo a la vista y agrego a este protocolo. VIII) ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS:... LEO esta escritura a los comparecientes, quienes la otorgan firman de conformidad por ante mí, doy fe.

XI.2. Transmisión de propiedad superficiaria

ESCRITURA NÚMERO:... TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD SUPERFICIARIA: X a favor de Y. En la Ciudad de... a... días del mes de octubre del año dos mil dieciséis, ante mí..., COMPARECEN:... personas de mi conocimiento a quienes considero capaces para este acto. INTERVIENEN: por sí. Y DICEN: PRIMERO: X a título de VENTA la PROPIEDAD SUPERFICIARIA por el plazo de TREINTA (30) años a favor de Y, sobre la construcción existente y espacios adyacentes, sita en esta localidad, descrita según plano de obra... confeccionado por el arquitecto... e inscripto en la dirección de Obras Públicas y Privadas del municipio local, como: superficie cubierta... metros cuadrados; superficie semicubierta... metros cuadrados; superficie descubierta:... metros cuadrados. La construcción existente y el espacio adyacentes, forman parte del lote de terreno designado según título como... que mide: (...) con una superficie total de...; y linda: (...) SEGUNDO: Este derecho real se transmite a título oneroso, en la suma de pesos... (\$...); importe que el superficiario abona al superficiante en este acto en dinero en efectivo, otorgando el superficiante recibo de pago total en forma. TERCERO: X transmite a Y todos los derechos inherentes a la propiedad y posesión que sobre el inmueble antes descrito le corresponden, obligándose al saneamiento por evicción y vicios ocultos conforme a derecho. CUARTO: El superficiante declara que: a) el dominio del inmueble le corresponde en forma exclusiva, no estando afectado por embargos, hipotecas, superficies, ni demás restricciones, ni sometido a regímenes especiales. b) No se encuentra inhibido para disponer de sus bienes. c) Toma a su cargo todas las deudas que, en concepto de impuestos, tasas y contribuciones, gravan al inmueble hasta el día de hoy, y de las que se devenguen a partir de la fecha, con carácter extraordinario. d) Entrega la posesión real y efectiva del dominio útil del inmueble al superficiario en este acto. QUINTO:... cónyuge del disponente, manifiesta su ASENTIMIENTO respecto del acto dispositivo efectuado por la presente. SEXTO: Y declara que: a) ACEPTA la transmisión que por este acto se le efectúa; b) se encuentra en posesión real y efectiva de suelo y vuelo del inmueble, por la tradición que recibe simultáneamente con este acto; c) toma a su cargo todas las deudas que, en concepto de impuestos, tasas y contribuciones, se devenguen en relación a la propiedad superficiaria a partir de hoy. SÉPTIMO: Las partes resuelven otorgar el presente contrato sujeto a las siguientes cláusulas: I. El superficiario adquiere el derecho real temporario a usar, gozar, mantener y disponer material y jurídicamente de lo edificado. La destrucción de la propiedad superficiaria no significará la extinción del derecho de superficie ni de las obligaciones del superficiario, quien deberá reconstruirla en el plazo perentorio de seis años. II. El propietario conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho, pero no debe turbar los derechos del superficiario ni realizar ningún tipo de hechos ni actos que pudieran perjudicar a la propiedad superficiaria. III. La propiedad superficiaria sólo

podrá ser destinada a vivienda familiar. El incumplimiento provocará la resolución del derecho de superficie. IV. Se conviene entre las partes el derecho de preferencia para la adquisición, en caso de enajenación a título oneroso. V. Producida la extinción de la propiedad superficiaria, el propietario consolidará nuevamente el dominio de la cosa inmueble, sin obligación de indemnizar al superficiario. CONSTANTANCIAS NOTARIALES...

XI.3. Constitución de derecho real de superficie para forestación

ESCRITURA NÚMERO:... CONSTITUCIÓN DE DERECHO REAL DE SUPERFICIE PARA FORESTACIÓN: X a favor de Y. En la Ciudad de..., a... días del mes de octubre del año dos mil dieciséis, ante mí..., COMPARECEN:... personas de mi conocimiento a quienes considero capaces para este acto. INTERVIENEN: por sí. Y DICEN: PRIMERO: X CONSTITUYE DERECHO REAL DE SUPERFICIE por el PLAZO de QUINCE (15) años a favor de Y, sobre el suelo y vuelo de una PARCELA SUBRURAL sita en..., de esta Provincia, designada según título..., que mide:..., con una superficie total de... hectáreas... áreas... centiáreas; y linda... SEGUNDO: Este derecho real se constituye a título gratuito, sujeto a las cláusulas y condiciones que se estipularán seguidamente. TERCERO: X transmite a Y todos los derechos inherentes a la propiedad y posesión que sobre el suelo y vuelo del inmueble antes descrito le corresponden. CUARTO: El superficiante declara que: a) el dominio del inmueble le corresponde en forma exclusiva, no estando afectado por embargos, hipotecas, superficies, ni demás restricciones, ni sometido a regímenes especiales. b) No se encuentra inhibido para disponer de sus bienes. c) Toma a su cargo todas las deudas que, en concepto de impuestos, tasas y contribuciones, gravan al inmueble hasta el día de hoy. d) Entrega la posesión real y efectiva del suelo y vuelo del inmueble al superficiario en este acto. QUINTO:... cónyuge del disponente, manifiesta su ASENTIMIENTO respecto del acto dispositivo efectuado por la presente. SEXTO: Y declara que: a) ACEPTA la constitución del derecho de superficie con la obligación de forestar, que por este acto se le efectúa; b) se encuentra en posesión real y efectiva del inmueble, por la tradición que recibe simultáneamente con este acto; c) toma a su cargo todas las deudas que, en concepto de impuestos, tasas y contribuciones, se devenguen en relación a la propiedad a partir de hoy. SÉPTIMO: Las partes resuelven otorgar el presente contrato sujeto a las siguientes cláusulas: I. El superficiario adquiere el derecho real temporario a usar, gozar, mantener y disponer material y jurídicamente del derecho de forestar y oportunamente de la propiedad superficiaria durante el plazo de QUINCE (15) años. II. El superficiario se obliga a realizar en la parcela an-

tes descripta, la plantación de las siguientes variedades de montes frutales: a)... hectáreas (... has.) con montes de pera de la variedad "William's" en monte clásico; b)... hectáreas (... has.) con montes de pera de la variedad "Pachkam's Triumph" con espalderas; y c) en la superficie restante del predio (... hectáreas ... áreas doce centiáreas (... has, ... as, ... cas.), con montes de manzana de la variedad "Red Delicious", mediante el sistema de espalderas. A toda la plantación se le deberá: a) instalar un equipo de riego por aspersión marca..., con una cantidad de... aspersores por hectárea; b) realizar en forma anual un tratamiento no sólo de conservación de la capacidad productiva de la tierra sino para su mejoramiento, conforme al plan de conservación y producción del suelo efectuado por el ingeniero agrónomo... que se agrega a la presente; c) realizar el cerramiento perimetral del predio con un alabrado de... hilos, postes de madera de quebracho de... pulgadas y varillas de... pulgadas. III. El propietario renuncia por el plazo convenido al principio de accesión, y conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho, pero no puede turbar los derechos del superficiario (derecho de forestar y oportunamente propiedad superficiaria). IV. La propiedad sólo podrá ser destinada a la plantación de la variedad de peras y manzanas, en la cantidad y forma descriptas en el rubro I de este artículo, y una vez finalizada la plantación a la comercialización y/o producción de dichos cultivos. V. La destrucción o deterioro de la propiedad superficiaria no significará la extinción del derecho de superficie ni de las obligaciones del superficiario, quien deberá reconstruirla en el plazo perentorio de TRES (3) años. VI. El incumplimiento a una cualquiera de las condiciones estipuladas, como por cualquier otra de las causales de extinción establecidas en el Código Civil y Comercial de la Nación, provocará la extinción del derecho de superficie. VII. Se conviene entre las partes el derecho de preferencia para la adquisición, en caso de enajenación a título oneroso. VIII. Producida la extinción de la propiedad superficiaria, el propietario consolidará nuevamente el dominio de la cosa inmueble, sin obligación de indemnizar al superficiario. CONSTANCIAS NOTARIALES...

XII. BIBLIOGRAFÍA

- ABREUT DE BEGHER, LILIANA. "Comentarios sobre el derecho real de superficie", *Revista Derecho Privado*, año II, Nº 5, Reformas del Código Civil, "IV. Derechos Reales", Ed. Infojus.
- ALTERINI, JORGE HORACIO. "Superficie Forestal", *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 873, Anuario del Departamento de Derecho Privado.
- CARANTA, MARTÍN. *Aspectos relevantes para contadores*, Ed. Errepar, 2015.
- CAUSSE, JORGE R. *El Derecho de Superficie*, Academia Nacional del Notariado, LXIX Seminario Teórico Práctico "Laureano Arturo Moreira".
- CORNA, PABLO M. y FOSSASECA CARLOS A. "Comentario al Título VIII del Libro Cuarto del Proyecto de Código Civil", *Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina.
- Dirección Provincial del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, orden de servicios interna Nº 45/2015.
- DI PIETRO, ALFREDO. *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1999, pág. 151.
- DI PIETROMICA, VIVIANA. *Régimen tributario de la Actuación Notarial*, Ed. Lexis Nexis.
- FLAH, LILY R.; y SMAYEVSKY, MIRIAM. "Derecho de Superficie. Restricciones y límites del dominio", LL, 1988-C, 705.
- GURFINKEL DE WENDY, LILIAN N. "Superficie", en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Julio César Rivera (Director); Graciela Medina (Coordinadora) Ed. Abeledo Perrot, Capítulo LI.
- GURFINKEL DE WENDY, LILIAN N. "Superficie", en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Julio César Rivera y Graciela Medina (directores), Mariano Esper (coordinador), Ed. La Ley, Título VII.
- GURFINKEL DE WENDY, LILIAN N. *Derechos Reales*, tomo II, 2ª edición actualizada de acuerdo al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2016.
- MARIANI DE VIDAL, MARINA; y ABELLA, ADRIANA N. "Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial", publicado en La Ley, 23/02/2016, cita Online: AR/DOC/507/2016.
- MEZZA, LILIANA. "Derecho de Superficie. Antecedentes y Situación Actual", trabajo presentado en la XXV Jornada Notarial Argentina, Mendoza, año 2000.
- PICASSO, SERGIO RAÚL; y VAINI, RAFAEL ENRIQUE. "Derecho de Superficie", trabajo presentado en la XXV Jornada Notarial Argentina, Mendoza, año 2000.
- ZAVALA, GASTÓN AUGUSTO. "Derecho Real de Superficie", en *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 936.

La renuncia al condominio y la constitución de hipoteca sobre parte indivisa

Derechos en pugna e interpretación de las normas del Código Civil y Comercial, a partir del análisis de un caso particular

Esteban Daniel Otero

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Análisis fundado del caso. 2.1. El condominio en el Código Civil y Comercial. 2.2. La hipoteca en el Código Civil y Comercial. 2.3. Relaciones reales y personales para la situación del caso. 2.4. Aspectos registrales. 3. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende abordar brevemente algunos aspectos novedosos regulados en relación a la renuncia al condominio y su relación con el derecho real de hipoteca, cuando uno o más condóminos hubieran constituido esa garantía sobre su parte indivisa. Para ello tomaremos como hipótesis de análisis un caso supuesto de consulta, a partir del cual se analizarán los diferentes aspectos y cuestiones vinculadas con ambos derechos y sus efectos. El caso de consulta planteado como hipótesis será el siguiente: “A, B y C son condóminos de un inmueble por un tercio indiviso cada uno. A y B han constituido hipoteca cada uno sobre su parte indivisa. Posteriormente, A renunció a su tercio en el condominio. Se le consultó si la renuncia de A tiene incidencia en las hipotecas constituidas”.

Presentada la temática fáctica, centraremos el desarrollo de manera metódica sobre cada instituto, para luego avanzar sobre los diferentes supuestos sobre los que la norma debe ser interpretada y, en definitiva, aplicada.

La renuncia al condominio constituye en términos normativos del Código Civil y Comercial -en adelante, CCyC-, una novedad respecto de su cuerpo legislativo antecesor, el Código Civil velezano. Por otro lado, se ha modificado la solución respecto de los efectos jurídicos en materia de disponibilidad en cuanto al condominio, por ejemplo, tratándose del supuesto de partición, cuando el inmueble sujeto a ese acto hubiera estado previamente hipotecado, por lo que deberá analizarse si este marco regulatorio resulta más favorable para el acreedor hipotecario y más coherente con la inoponibilidad de ese acto dispositivo.

Por otra parte, en cuanto a la hipoteca, la regulación consagra y ratifica su carácter de derecho real accesorio de garantía, a la vez que se puede constituir este derecho aun sobre una parte indivisa del inmueble, y a partir de la voluntad de uno de los condóminos exclusivamente, sobre esa proporción ideal. Por lo tanto, la situación planteada en el caso propuesto requiere del análisis previo y profundo de varias circunstancias, a los efectos de delimitar sus alcances, los derechos y garantías que se consagran en ambos planos (la relación real hipotecaria y la relación entre condóminos) y sus consecuencias con relación a la situación específica señalada.

A partir de ello, será necesario consensuar y valorar la coherencia que emane de estos efectos con la naturaleza de las figuras involucradas y eventualmente señalar los aspectos particulares y trascendentes a considerar, tanto para la respuesta a la consulta que contiene el caso, como para la previsión en el asesoramiento para situaciones análogas y en términos apriorísticos.

Finalmente, en cuanto a la oponibilidad, corresponderá evaluar cómo se conjugan estos efectos en el plano de virtualidad *erga omnes*, más específicamente, cuál será el tratamiento registral a fin de alcanzar ese objetivo.

2. ANÁLISIS FUNDADO DEL CASO

2.1. El condominio en el Código Civil y Comercial

En materia de derechos reales, el CCyC establece como principio general en cuanto a su objeto que aquellos pueden constituirse sobre una parte o cuota indivisa¹ de la cosa material sobre la que recae (art. 1983 CCyC). Si bien

1 FLAH, Lily y Aguilar, Rosana. "Alternativas en la Constitución y Ejecución de la Hipoteca del Condómino", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2010-1, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, pág. 100. Se ha discutido en doctrina la denominación más apropiada, ensayándose como posibilidades además del término "parte", la de "cuota" o "alícuota".

el CCyC dispone una definición de *cosa* en su acepción jurídica, en el art. 16 la técnica legislativa ha puesto el centro de regulación en cuanto a los *bienes* entendiéndose tales, además de la mención al referido artículo, los regulados en los arts. 225 a 234 CCyC y, con ello, de las cosas que aparecen clasificadas. Por lo tanto, toda la regulación de los derechos reales en cuanto a su objeto surgirá de la estructura de estos de acuerdo a la fuente legal que los habilite (art. 1984 CCyC), con los conceptos aludidos en los artículos citados respecto a los bienes en particular. Sin embargo, más allá de esa aclaración, nada impide definir y delimitar que la aplicación de las reglas del condominio es sobre las cosas identificadas en el CCyC, como las señaladas en los arts. 225 a 232 CCyC y que en la materia que nos importa para el presente trabajo los limitaremos a los inmuebles (arts. 225 y 226 CCyC). Ello sin perjuicio de la aplicación subsidiaria de sus normas para otras situaciones en las que hubiera comunión de derechos reales o de otros bienes (art. 1984, primer párrafo, CCyC).

El condominio, como derecho real consagrado en la norma, no escapará a ello (art. 1983 CCyC), por lo que debemos considerar sus aspectos generales dentro de este marco regulatorio.

2.1.1. Aspectos generales de la figura

En primer lugar señalaremos que el condominio queda consagrado como derecho real autónomo en el tratamiento que el CCyC le brinda en el Título IV del Libro Cuarto (arts. 1983 a 2036 inclusive), y aparece expresamente mencionado como uno de los derechos reales reconocidos en nuestro sistema jurídico, en el art. 1887, inc. b, CCyC. A su vez, a los fines de integrar definitivamente la figura en análisis, el condominio será un derecho real sobre cosa propia (art. 1888 CCyC), principal (art. 1889 CCyC) y para el especial supuesto de este caso, deberá ser considerado sobre cosas registrables (art. 1890 CCyC).

Sin embargo, el condominio queda alcanzado supletoriamente por las normas regulatorias del derecho de dominio (art. 1984, segundo párrafo, CCyC), que resulta ser el derecho real de señorío por excelencia.

Asimismo, se dirá en este marco inicial que el condominio es naturalmente susceptible de división (con excepción de las situaciones de indivisibilidad temporaria -arts. 1999 y sgts. CCyC-); perdurable (arts. 2004 y sgts. CCyC) y la situación sobre muros, cercos y fosos (arts. 2006 y sgts.). En el marco de su divisibilidad, el CCyC señala con una técnica legislativa que debe entenderse como acertada, que se aplican las reglas sobre división de herencia en cuanto a su compatibilidad (art. 1896 CCyC), en cuyo ámbito adquieren particular relevancia las disposiciones sobre partición. En especial, y para el supuesto en análisis, será trascendente señalar que cualquier acto de adquisición de una

parte indivisa por un condómino será alcanzada por las reglas sobre partición antes aludidas. Por último, el art. 1989 CCyC reconoce la facultad del condómino de enajenar y/o gravar su parte indivisa, sin necesidad de contar con el asentimiento de los restantes condóminos, es más, sin siquiera otorgarles ningún derecho de preferencia o tanteo².

2.1.2. La renuncia al condominio. Naturaleza jurídica

Señalados los lineamientos generales sobre condominio para resolver la consulta del caso, será necesario adentrarse en la situación de renuncia de un condómino a su derecho real y en las consecuencias de ello en el plano de los efectos, tanto respecto de las relaciones propias y directas con la cosa objeto del derecho, como respecto del resto de los condóminos y los terceros interesados.

En ese sentido, el art. 1989 CCyC incorpora una novedad a nuestra legislación, al consagrar a la renuncia al condominio como una facultad reconocida al condómino, en línea coincidente con lo que venía sosteniendo previa y mayoritariamente la doctrina³. El referido artículo expresamente consagra en su última parte que: "...la renuncia del condómino a su parte acrece a los otros condóminos". La afirmación y su ubicación en el artículo en el que puntualmente refiere a las facultades de cada condómino sobre la parte indivisa no puede llevarnos a otra conclusión que la señalada precedentemente, en cuanto al carácter dispositivo de la renuncia. Y es tal la razón de este carácter que la propia norma no solamente reconoce esta facultad en cabeza del condómino, sino que a su vez señala, como su efecto natural, el acrecimiento a favor del resto de los condóminos. De allí que esta renuncia importe un acto dispositivo que modifica la estructura del derecho real, al punto tal que si solamente quedara un condómino no renunciante, el condominio propiamente dicho se extinguiría para dar lugar al dominio en sentido estricto.

El Código Civil de VÉLEZ SARSFIELD no consagraba la renuncia al condominio de modo expreso y directo. Más bien, se limitaba la regulación de la figura del abandono (art. 2685 CC) como un remedio o una facultad para cualquier titular de ese derecho real, que viéndose en situación de ser sujeto de reclamo por el resto de los condóminos sobre la contribución a los gastos comunes del condominio, lo habilitaba para eximirse de ellos abandonando la cosa, en cuanto le correspondiera por el referido condominio. Si bien este mismo principio

2 MALIZIA, Roberto. En Julio C. Rivera y Graciela Medina, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo V, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 446.

3 FRONTINI, Elba M. En Gabriel Clusellas (director), *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado, Concordado*, tomo 6, 1ª edición, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, pág. 907.

se mantiene consagrado en términos generales (art. 1907 CCyC), la renuncia viene a regular una situación particular que se distingue de aquella figura en alguna medida en sus efectos por su especial carácter y encuentra más bien su matriz en el principio general consagrado en el art. 13 CCyC.

Por ello, la renuncia resulta una novedad, ya que va más allá de los efectos y de la naturaleza del abandono, y con ello su estructura legal y fáctica reconoce en aquella una verdadera facultad, que se ejercerá a partir de un acto jurídico dispositivo (art. 259 CCyC).

2.1.3. Efectos de la renuncia. Coherencia y aplicación de otras normas regulatorias

De lo expuesto, va de suyo -como se señaló- que al ser la renuncia un acto dispositivo, generará como efecto particular que el resto de los condóminos adquieran la parte indivisa del renunciante, por lo que además entonces le será aplicable el efecto partitivo (arts. 2369, 2371 y 2403 CCyC) consagrado en el art. 1998 CCyC de lo que resultarán a su vez de aplicación las reglas sobre esta última materia (art. 1996 CCyC) cuando se trate también de una renuncia.

Además, como tal, esta renuncia requerirá para su virtualidad y eficacia la comparecencia y aceptación al acto de los restantes condóminos, ya que serán estos últimos quienes en definitiva verán acrecentada su proporción en la relación real subsistente.

La regla analizada, que dispone el derecho de acrecer de los restantes condóminos, debe entenderse que lo es en las proporciones iguales a cada condómino. Así es distribuido el derecho por imperio de lo dispuesto en el art. 1983, última parte, CCyC aunque por tratarse de un acto sujeto a la voluntad de las partes que lo integran, nada impediría, según lo expresado en la referida norma, que el acrecimiento fuera por proporciones diferentes a las originales, para lo cual debería pactarse expresamente esa circunstancia (arts. 957 y 958 CCyC).

Por otra parte, y reiterando el carácter dispositivo de la renuncia como acto, esta deberá cumplir con los recaudos propios de la forma que correspondan según el bien sobre el cual recaiga, debiendo ser efectuada por escritura pública cuando se trata de un inmueble y debiendo contar con la comparecencia al acto de los restantes condóminos⁴. Estos deberán aceptar la referida renuncia para que surta sus efectos respecto de la configuración del condominio con las nuevas porciones indivisas conformadas, o más aun, si el condómino restante fuera uno solo, con la extinción de este derecho real para consagrarse

4 FRONTINI, Elba M. Ob. cit., pág. 905.

el dominio en el sujeto no renunciante -como ya se adelantara más arriba-, con carácter partitivo y como tal declarativo (art. 2403 CCyC).

Respecto de terceros, la renuncia y sus efectos les serán oponibles *erga omnes* mediante la publicidad que corresponda según la clase de bienes sobre la que verse, siendo necesario en el caso de inmuebles su correspondiente inscripción en el registro de la propiedad inmueble de la jurisdicción que corresponda.

2.2. La hipoteca en el Código Civil y Comercial

El otro tema troncal de análisis para la consulta aquí tratada lo constituye la hipoteca, como derecho real accesorio y de garantía, y su relación con el condominio. Para ello, será necesario encuadrar previamente el tratamiento normativo que el CCyC le da a este derecho real y, a partir de sus lineamientos generales y particulares, poder establecer los alcances de esta figura cuando se la constituye sobre un inmueble de titularidad plural. El análisis en este caso no podrá quedar en definitiva divorciado del objeto del derecho real principal, ya que a partir de esa consideración podremos establecer los reales alcances para la materia. Esto se sustenta en el carácter accesorio de la hipoteca como derecho real (arts. 1889 y 2186 CCyC), que respecto de su objeto se constituye como un derecho real sobre bien ajeno (art. 1888 CCyC), y respecto de la especialidad en cuanto a su constitución ligado a un crédito, resulta ser de garantía (art. 2184 CCyC).

2.2.1. Aspectos generales de los derechos reales de garantía aplicables

El CCyC, a diferencia del Código Civil velezano, ha estructurado de un modo más metódico la regulación de los derechos reales de garantía, estableciendo reglas generales aplicables a todos ellos (arts. 2184 a 2204 CCyC) para luego disponer normas especiales para cada uno.

En lo que atañe a las reglas generales, resulta esencial señalar, en cuanto a la aplicación para el análisis de este caso, su carácter convencional (arts. 1896 y 2185 CCyC), la ya mencionada accesoriedad (arts. 1889 y 2186 CCyC), la especialidad, tanto sobre el objeto (art. 2188 CCyC) como sobre el crédito (arts. 2187 y 2189 CCyC); como así también los requisitos y caracteres esenciales de esta especie de derechos. La indivisibilidad se consagra como un carácter natural (art. 2191 CCyC) que, como tal, reconoce sus excepciones, sustentadas sobre la posible divisibilidad, por pacto expreso o por disposición judicial, sea esta sobre el crédito o sobre los bienes afectados (art. 2191, última parte, CCyC).

Estos caracteres serán en gran medida relevantes para delimitar la conjugación normativa y sus alcances del análisis aludido, ya que mientras la accesoriedad

justificará la relación que la hipoteca tendrá en el marco dispositivo de los negocios sobre el condominio, la reglas sobre especialidad serán necesarias para la determinación de las proporciones en que quedarán definidos tanto el derecho real de garantía como el crédito que lo justifica. Por otra parte, la convencionalidad como fuente de este tipo de derechos será el marco dispositivo adecuado para delimitar los efectos en particular del derecho accesorio constituido, y su relación con las facultades y alcances, en relación al objeto sobre el cual recae.

Un aspecto en particular resultará además trascendente para el estudio en cuestión: la inoponibilidad. Esta se erige como recaudo a favor del titular del derecho real de garantía respecto de los actos dispositivos en perjuicio de esa garantía (art. 2196 CCyC), que encuentra su sustento además en la regulación sobre el caso particular en materia de actos jurídicos como una fuente de ineficacia (arts. 396 y sgts. CCyC), y en el marco del derecho convencional (arts. 1021 y sgts. CCyC).

2.2.2. Aspectos particulares de la hipoteca constituida por condóminos

Establecidos los principios o lineamientos esenciales sobre los cuales transita la temática en cuanto a la garantía constituida sobre un bien sujeto a condominio, corresponderá analizar qué reglas particulares sobre la hipoteca en sí misma corresponde considerar para responder a la consulta.

Para ello, señalaremos que de acuerdo a la definición que proporciona el art. 2205 CCyC la hipoteca reconoce a favor del acreedor las facultades de persecución y preferencia. En especial, el denominado *ius perseguendi* resulta primordial para entender cuáles serán los derechos del acreedor en caso de disposición de bienes en condominio.

Además, el art. 2206 CCyC habilita la constitución del derecho real de hipoteca sobre bienes en condominio al legitimar a sus titulares para ello. Esta regla nos llevará lógicamente a una importante reflexión: al ser la hipoteca un derecho accesorio que se constituye de modo indivisible sobre la cosa en cuanto objeto por su especialidad, deberán determinarse tres situaciones posibles, de las cuales solamente una de ellas, en honor a la brevedad, someteremos a análisis, sin perjuicio de señalar en cada supuesto las diferencias prudentes que nos permitan agudizar el alcance y efectos para el caso estudiado. Esas tres posibles situaciones serán:

- Que la hipoteca sea constituida por todos los condóminos sobre todo el bien, sin distinguir la parte indivisa de cada uno de ellos⁵.

5 CN Com, Sala E, 13/12/2011, "First Trust of de New York Nacional Association c/ García Carlos s/ ejecución hipotecaria", MJ-JU-M-71742-AR, MJJ71742, MJJ71742.

- Que cada condómino constituya hipoteca sobre su parte indivisa, de modo que haya tantas hipotecas como condóminos, hasta alcanzar la garantía el total del inmueble.

- Que cada condómino, independientemente de que el resto constituya hipoteca o no sobre su parte indivisa, lo haga de modo singular sobre su parte indivisa.

En los dos primeros casos puede ocurrir que exista un acuerdo sobre la modalidad en que cada condómino constituirá hipoteca según la solidaridad, y más precisamente indivisibilidad: en el primer caso, con que asuman ese gravamen en éste; o con que no lo hagan, en el segundo. Sin embargo, el común denominador será la constitución del gravamen de modo que afecte a todo el inmueble.

Por el contrario, en el tercer caso, se consagra la facultad de que cada condómino disponga la constitución de hipoteca exclusivamente sobre su parte indivisa, independientemente de la voluntad del resto de los condóminos⁶. Es la solución que reconoce el art. 2207 CCyC, al disponer que: "...un condómino puede hipotecar la cosa en su parte indivisa...".

En tal supuesto, nos encontraremos con que, al igual que lo señalado respecto del condominio, la norma dispone reglas en las cuales la partición como supuesto aplicable parece ineludible, sobre todo para considerar la situación del acreedor titular del derecho hipotecario que, al serlo sobre una parte indivisa del inmueble, podría ver involucrado su derecho por el carácter declarativo de la división de condominio por efecto de la partición (art. 2403 CCyC).

En definitiva, el derecho del condómino a hipotecar su parte indivisa no vulnera ninguno de los requisitos esenciales de la hipoteca como derecho real de garantía, pero nos obliga a determinar los derechos, facultades y, en general, efectos que mediante la interpretación de las normas en juego nos permitan concluir en un entramado lógico y coherente de relaciones jurídicas entre condóminos, frente a acreedores y en general respecto de otros terceros interesados. Todo ello sin omitir considerar la correcta configuración de cada uno de los derechos reales involucrados.

2.3. Relaciones reales y personales para la situación del caso

A partir de las pautas señaladas como fundamentales para analizar el caso propuesto, desarrollaremos brevemente la solución coherente en base a ellas para la hipótesis aludida. Para eso, determinaremos las relaciones de derechos reales y personales que se despliegan a la luz de la operación descrita.

6 URBANEJA, Marcelo E. *Práctica Notarial de contratos usuales*, 1^o edición, Astrea, Buenos Aires, 2014, pág. 120.

Así, en primer término nos basaremos en las reglas interpretadas más arriba, que nos llevarán a la conclusión de que en el acto de renuncia al condominio (art. 1989 CCyC) existe implícita una modalidad de adquisición por los restantes condóminos (art. 1998 CCyC), que se considerará como partición, a la cual además en términos generales y supletoriamente se le aplicarán las normas sobre división de herencia (art. 1996 CCyC). De allí que cuando un condómino renuncia a su parte indivisa, esta proporción acrece (con efectos partitivos respecto del primero inclusive) a los otros condóminos. La renuncia tendrá entonces un efecto declarativo (art. 2403 CCyC) respecto de la nueva asignación de partes indivisas en el condominio vigente, o eventualmente de la unificación en titularidad del condómino restante, cuando fuera el caso, consolidándose retroactivamente el dominio en este último.

Hasta aquí, el análisis podría concluirse sobre estos factores sin muchas más implicancias que las posibles variantes de la renuncia, que al ser un acto jurídico que en definitiva beneficia a los restantes condóminos, pueda adquirir a su vez el carácter de oneroso o gratuito (art. 967 CCyC), dependiendo de si aquella ha requerido convencionalmente una contraprestación para su configuración o ha tenido efectos netamente de liberalidad. Por lo tanto, se le aplicarán a su vez las reglas supletorias según la naturaleza del acto (art. 1124 CCyC para el supuesto de onerosidad y art. 1543 CCyC para la renuncia gratuita) en cuanto pudieren corresponder.

Para el caso particular de consulta, la renuncia de A beneficiará a B y a C, quienes pasarán de ser condóminos en un tercio cada uno, a serlo en mitades.

Ahora bien, a lo expresado debemos incorporar el tratamiento de las hipotecas constituidas por A y B, cada uno de ellos sobre su parte indivisa, es decir que tendremos dos hipotecas constituidas por separado por cada uno de los dos condóminos mencionados, sin que C hubiera consentido la constitución de ninguna de ellas, y menos aun hubiera constituido igual gravamen por su parte indivisa. Surgen así dos ejes temáticos centrales de análisis que se complementan con las primeras líneas desarrolladas sobre los efectos de la renuncia del condominio que más arriba refiriéramos.

Por un lado, la primera pregunta a realizarnos será si es posible que mediante la renuncia al condominio los restantes condóminos puedan acrecer la porción desistida: ¿cuál será la suerte de la hipoteca? La segunda pregunta que nos realizamos será: ¿cuál será la situación del acreedor hipotecario frente al acto de renuncia y sus efectos? Y por último nos preguntaremos: ¿cómo quedará distribuida la responsabilidad de los condóminos (incluido el renunciante) tanto respecto de la hipoteca como del crédito garantido en sí? Y, en tal caso, ¿en qué proporciones? ¿Estas serán calculadas en ambos planos (creditorio e hipotecario)? Con ello, ¿qué derechos a reclamo tendrá cada uno de los acreedores de A y B ante cada condómino, y sustentado en qué fuente?

Todas estas preguntas, que pretenden ser más identificadoras de la problemática que integrantes de un cuestionario que pueda responderse separadamente, nos guiarán al análisis final de toda la situación.

En primer término, diremos que el problema radica en cómo juegan las reglas sobre división de condominio (equiparable al caso, como dijéramos, por el carácter dispositivo de la renuncia), y con ello al efecto declarativo que ella tiene, de modo que si bien el acreedor tiene un derecho hipotecario en firme, este lo es sobre una parte indivisa que en definitiva, celebrado cualquier negocio partitivo posterior, nada garantiza que el adjudicatario final del bien hipotecado sea el mismo que constituyó el derecho real. Descartaremos, por los límites de extensión pretendidos para este breve trabajo, los arduos debates previos a la vigencia del CCyC que se desarrollaron sobre la naturaleza del negocio hipotecario celebrado en esas condiciones. Simplemente señalaremos -como bien refiere DODDA⁷- para luego traer luz con la nueva regulación, que de acuerdo a lo normado en los arts. 2678 y 3123 CC, la doctrina se encontraba dividida en tres grandes posturas: una que entendía que la hipoteca constituida en ese marco tenía implícita una condición suspensiva, por la cual surtiría los efectos a favor del acreedor recién luego de la partición; otra que le reconocía virtualidad y eficacia inmediata, pero sujeto a condición resolutoria para el supuesto en que el adjudicatario no resultara ser el constituyente de la hipoteca; y una tercera postura que, pese a distinguir esas vicisitudes, negaba todo perfil condicional al negocio. El problema en sí mismo radicaba en que según las normas de VÉLEZ, la división del condominio posterior a la constitución de hipoteca por un condómino sobre su parte indivisa, si no tenía el consentimiento expreso de los restantes condóminos, resultaba oponible al acreedor hipotecario, y más específicamente extinguía la hipoteca⁸ para el supuesto en que la adjudicación no correspondiera al condómino inicialmente constituyente, quedando el crédito pendiente reducido a su calidad de quirografario.

De allí que notarialmente se recomendara para esta clase de constitución de hipotecas la comparecencia de los restantes condóminos, a fin de hacerles oponibles el acto mediante su compromiso de mantener el derecho real sin perjuicio de la oportuna partición, asumiéndolo llegado el caso en carácter propio. Por eso mismo también el mismo código señalaba el derecho del acreedor a exigir la partición para la ejecución de la garantía, que según algunos se constituía como un requisito para la acción; y para otros, por el contrario, era sólo

7 DODDA, Zulma A. En Gabriel Clusellas (director), *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 7, 1ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2015, págs. 604 y 605.

8 DODDA, Zulma A. Ob. cit., pág. 607. Frontini, Elba M. Ob. cit., pág. 905.

una facultad que mantenía siempre el acreedor de ejecutar la parte indivisa aun cuando no hubiera habido división de condominio.

El art. 2207 CCyC ha aclarado definitivamente esta situación a la vez que ha dispuesto una solución diferente a lo regulado en el Código Civil velezano, ya que se prioriza el derecho del acreedor hipotecario sobre parte indivisa ante la posterior división de condominio. Para ello se distinguen, tal como lo regula el CCyC en materia de partición, dos modalidades de llevar esta última a cabo: la judicial y la extrajudicial. La primera deberá cumplirse con citación del acreedor hipotecario, y la segunda, si no tuviera el consentimiento de este, le será inoponible aun cuando el adjudicatario del bien hipotecado en su parte indivisa fuera el constituyente del gravamen⁹.

La solución sin dudas más apropiada se encuentra en la interpretación armónica y el régimen de prioridades de las relaciones y derechos en pugna. Así, si bien el mismo art. 2207 CCyC consagra expresamente la inoponibilidad en este caso, esa solución resulta a su vez conteste con las reglas que en este mismo sentido disponen los arts. 396 y sgts. CCyC al reconocer a la inoponibilidad como una modalidad de ineficacia, no ya del acto en su faz intrínseca, sino frente a determinadas personas. Por lo tanto, no se trata de negarle virtualidad al acuerdo partitivo (que lo tendrá en todas sus fases -internas y externas-), con la limitación de no producir efectos respecto a la hipoteca previamente constituida sobre la parte indivisa. Es decir, será inoponible al titular del derecho hipotecario sobre la parte indivisa constituido previamente, que fuera a su vez oponible y en el que el acreedor no hubiera consentido anticipadamente la partición y sus efectos. Es más, esta solución se sustenta a su vez con la regla romana *res inter alios acta*, consagrada en el art. 1021 CCyC y más aun a partir de lo normado en el art. 865 CCyC que reconoce el carácter de derecho adquirido y como tal configurante del derecho de propiedad consagrado en nuestra Constitución Nacional (art. 17)¹⁰.

Por lo tanto, cuando el condómino A hubiera previamente constituido hipoteca sobre su parte indivisa, la renuncia posterior al condominio no impedirá que el acreedor hipotecario mantenga la vigencia de su derecho real de garantía por aplicación al caso de renuncia de las normas sobre división de condominio y partición.

Finalmente, una vez asegurada la vigencia de la hipoteca, debemos de-

9 DODDA, Zulma A. "Proyecto de Unificación de los Códigos. Derechos reales de garantía. Hipoteca", 2012-10-17, SJA 2012/10/17-21 ; JA 2012-IV.

10 ROSENKRANTZ, Carlos. "El Derecho de Propiedad en el Nuevo Código Civil y Comercial: Viejos problemas sin nuevas soluciones", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Número Extraordinario, 2015, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.

terminar cuál es la responsabilidad de los condóminos que acrecen en la parte indivisa renunciada, qué rol juega el crédito garantido y qué derechos tendrá cada acreedor hipotecario. En ese sentido, atento al carácter accesorio de la hipoteca, esta permanecerá vigente mientras no se hubiera cancelado el crédito. Si este último no hubiese sido asumido expresamente por los restantes condóminos, estos últimos no resultarán deudores en sentido estricto, pero adquirirán la parte indivisa con la hipoteca constituida que seguirá, en su carácter accesorio y de especialidad en cuanto al objeto, a la porción que acrecentará su propia porción indivisa. De este modo, tanto el condómino B como el condómino C tendrán en definitiva incrementada su parte indivisa en un sexto cada uno, hasta completar un medio por parte. Respecto de la hipoteca constituida como accesorio de la parte indivisa renunciada, seguirá la misma suerte y en las mismas proporciones que el acrecimiento del condominio, en cuanto a la relación interna que entre condóminos se refiere. A su vez, en este caso, nada cambiará en cuanto a la proporción ni a la especialidad correspondiente a la hipoteca sobre parte indivisa constituida oportunamente por B sobre su parte indivisa originaria. Ello debido a que esta fue constituida solamente sobre el tercio indiviso del inmueble que correspondía a B y, como tal, tiene otro origen, otra causa y se ha constituido exclusivamente sobre el referido tercio, que permanece inalterable respecto del objeto de la garantía de su acreedor original. Por lo que aun cuando B adquiera en definitiva hipotéticamente la titularidad del 100 % del inmueble, la especialidad respecto del objeto, limitado a la proporción inicialmente acordada, subsistirá. Por lo mismo, atento a la regla de inoponibilidad consagrada, ambos acreedores hipotecarios (de A, por un lado, y de B, por el otro) tendrán garantizado el derecho real de garantía por el monto, por el objeto y por la causa oportunamente acordados, sin que ello importe desplazamiento alguno en el rango por la asunción por parte del condómino B, de la mitad de la hipoteca que accesoriamente se incorpora con la parte del condominio que le acrece, y que no lo tiene como constituyente sino como responsable en los términos y con los límites del art. 2199 CCyC. En el mismo sentido, por la hipoteca sobre la parte indivisa constituida por el condómino renunciante, los condóminos que acrecen solamente responderán en la misma proporción de la parte indivisa sobre la que se constituyó y solamente con ella, al ser considerados respecto de esa hipoteca como propietarios no deudores (art. 2199 CCyC)¹¹ o terceros poseedores¹². La solución

11 CNCom, Sala A, 14/09/2006, "Parmalat Argentina S.A. c/ Amarilla, Ramón O. s/ Ordinario", IJ-XII-480.

12 Cámara 3º de Apelaciones Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, 21/06/2012, "Administradora Provincial del Fondo c/ Marquesini, Juan B.", APJD 30/07/2012.

se completa con el reconocimiento del *ius persecuendi* que tiene el titular del derecho de hipoteca, que no se ve alterado por los negocios y actos posteriores de sus constituyentes¹³, sin que importe quien pasará a ser el titular del bien¹⁴, ya que abonar otra solución -además de atentar con el principio de inoponibilidad aludido- implicaría violentar el referido derecho de persecución, que resulta ser el espíritu fundamental de la hipoteca como derecho real de garantía.

El acreedor hipotecario de la garantía constituida por A tendrá entonces la facultad para reclamar el cumplimiento del crédito a quien fuera el deudor original -que no se libera- y que tendrá carácter de acción personal, pese a que la hipoteca se desplaza en las proporciones aludidas a B y C por efecto de la renuncia. El mismo acreedor tendrá contra estos últimos la acción real para alcanzar la ejecución de la hipoteca, sobre la cual ambos deberán responder frente al acreedor hasta el tercio de la parte indivisa constituida¹⁵, estando exentos de responder con otros bienes ajenos al objeto de la hipoteca por el tercio constituida por A. El acreedor en tal caso podrá perseguir y ejecutar el total de la hipoteca por el tercio en que fue inicialmente constituido en virtud de la indivisibilidad de aquella¹⁶, que impedirá a su vez que B y C puedan invocar la divisibilidad de su responsabilidad, ya que no podrán omitirse los efectos que ese principio genera en cuanto a la ejecución¹⁷.

Finalmente y como se señalara más arriba, si nos sumiéramos en la hipótesis de que el acreedor de A hubiera consentido anticipadamente la eventual y futura división del condominio, la hipoteca a favor de éste quedaría extinguida¹⁸, persistiendo el crédito quirografario contra A o contra quien hubiera sido el legitimado pasivo en el acto causal antecedente.

2.4. Aspectos registrales

El marco de hipótesis analizado en este trabajo es sobre la base de que cada uno de los derechos reales en crisis (condominio e hipotecas de parte

13 KIPER, Claudio. *Derechos Reales: Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994*, 1^o edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 648. Cura Grassi, Domingo Cesar. *Derechos reales. Hipoteca. Prenda. Anticresis*, 1^o edición, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, pág. 100.

14 CNCom, Sala E, 25/06/2007, "Serafín y Cía. S.A. s/ Quiebra s/ Concurso Especial", JI-XXII403.

15 KIPER, Claudio. Ob. cit., pág. 649.

16 FLAH, Lily; y Aguilar, Rosana. Ob. cit., pág. 107.

17 CNCom, Sala A, 09/08/2013, "D., F. O. s/ Quiebra. Recurso de apelación", El Derecho Digital (73123), 2013.

18 SAUCEDO, Ricardo. En Julio C. Rivera y Graciela, Medina. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo V, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 856.

indivisa de A y de B) han sido oportunamente publicitados mediante el cumplimiento de la inscripción en el registro de la propiedad inmueble. De allí que los supuestos de oponibilidad se desarrollan en base a esa hipótesis.

Ahora bien, una vez ubicados en el caso de la renuncia y sus efectos, esta tendrá también vocación registral para su oponibilidad por tratarse de un acto que modifica y declara con efecto partitivo la titularidad de los derechos sobre el inmueble correspondiente (art. 2º, inc. a ley Nº 17.801). Deberán a tal efecto observarse especialmente los recaudos dispuestos en el art. 57 del decreto Nº 2080/1980.

Respecto de la hipoteca constituida por A, al quedar publicitada la adjudicación de su parte indivisa del condominio a favor de B y C a partir de la renuncia, el resto del negocio hipotecario mantiene la publicidad originaria sin que haya novación que justifique un nuevo asiento constitutivo y menos aun cancelatorio del derecho accesorio de garantía, en tanto y en cuanto su carácter accesorio hace que las modificaciones se vean reflejadas directamente por la inscripción del dominio, resultando además inoponible al acreedor titular¹⁹.

3. CONCLUSIONES

En síntesis, a partir de la consulta planteada, pueden resumirse algunas consideraciones finales que servirán como directrices aplicables a la hipótesis propuesta, y eventualmente a cualquier otra que conjuguen los efectos de ambos derechos reales (condominio e hipoteca) y que en el marco del CCyC, parecen encontrar una solución adecuada para la interpretación de futuros negocios y la prevención de posibles conflictos. A tal fin podemos mencionar:

- El condómino puede enajenar en todo o parcialmente su parte indivisa, sea a cualquiera de los restantes condóminos, incluso a terceros, sin derecho de preferencia para estos últimos.

- La renuncia a la parte indivisa por un condómino tiene efectos dispositivos y partitivos en relación con el resto de los condóminos a quienes acrece.

- Esa renuncia, en tanto tiene como efecto el acrecimiento de las partes indivisas de los restantes condóminos, requiere de su comparecencia al acto, que como tal debe guardar las formas que corresponden a la clase de bien sobre la que recae, y puede ser onerosa o gratuita.

- El condómino puede constituir hipoteca sobre su parte indivisa sin requerir por ello el asentimiento de los restantes condóminos.

19 KIPER, Claudio. Ob. cit., pág. 655.

- La posterior división de condominio no es oponible al titular de la hipoteca que no consintió previamente esa división, que por aplicársele las reglas de la partición tendrá efecto declarativo, salvo para el acreedor hipotecario que podrá perseguir el cobro sobre la garantía real como inicialmente fue constituido, aun cuando el adjudicatario no fuera ya el constituyente.

- El deudor originario seguirá siéndolo más allá de cualquier negocio partitivo, por efecto de la referida inoponibilidad al acreedor hipotecario, sin perjuicio de la responsabilidad que amerite en términos reales limitada a la parte indivisa hipotecada respecto de la división del condominio o transmisión de la misma a otra persona diferente a la constituyente de la garantía.

- Cualquier otro acreedor hipotecario por otra parte indivisa, ajeno a la que es objeto de renuncia, no verá alterado en ningún aspecto su derecho de garantía, debido a la inoponibilidad que protege su faz patrimonial.

En conclusión, la consulta propuesta permite sostener que el negocio allí descripto deviene posible jurídicamente, con marcada protección y oponibilidad de las hipotecas oportunamente constituidas, precedentes a cualquier acto de disposición sobre la parte indivisa y sin perjuicio de la eficacia de la renuncia señalada, en cuanto a su relación real y personal respecto de los restantes condóminos.

Los contratos asociativos*

Néstor O. Pérez Lozano

SUMARIO: *I. Introducción. II. Los contratos asociativos y la función notarial. III. El asociativismo. IV. Los contratos asociativos en el nuevo código. V. Las sociedades y los contratos asociativos. VI. La libertad de participación societaria y contractual asociativa en el nuevo Código. VII. Calificación notarial. Eficacia del negocio jurídico. Voluntad negocial. VIII. Las sociedades de la sección IV, de hecho, civiles y unipersonales. Capacidad para participar en los contratos asociativos. IX. Actuación en nombre común o de las partes. Las reglas del mandato y de la representación. X. Régimen de la nulidad. XI. Forma. Libertad de contenidos. Inscripción. XII. De los contratos asociativos en particular. XIII. Exorbitación de los contratos del agrupamiento de colaboración, de unión transitoria y del consorcio de cooperación. Anexos.*

* Trabajo elaborado por el autor para su exposición en el LXXIII Seminario teórico práctico “Laureano A. Moreira” desarrollado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el mes de junio de 2017.

I. INTRODUCCIÓN

En la primavera de 2001, se publicó “La función notarial creadora del Derecho”¹. Dicho ensayo despertó en mí la pasión por el asociativismo en sus expresiones sociofilosóficas y jurídico-económicas.

La notable expansión del contrato como categoría invasora del derecho privado, que regula la previsión del futuro, factor distributivo de la riqueza y la división del trabajo, dentro de la ley y en el marco de la autonomía de la voluntad, alcanzó su mayor expresión en los *contratos de colaboración, cooperación y participación*.

En ese escenario se hace presente la relación *tripartita* compuesta por el *jurista (notario), el acto o negocio jurídico-económico y el requirente-consumidor*, y estos actores íntimamente ligados por el poder autónomo reconocido tanto a las *personas humanas como a las jurídicas para establecer, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas*.

Con la unificación del derecho privado², devino la *constitucionalización* de sus normas y hoy podemos decir que no ocurrió lo que muchos vaticinábamos: ni se comercializaron las instituciones civiles ni éstas civilizaron al derecho mercantil, sólo se hicieron más amigables para recrear el *poder originario y propio de la persona para el ejercicio de sus facultades dentro del ámbito de libertad*, que naturalmente le pertenece como sujeto de derecho. Asimismo exalta, privilegia y hace posible la *facultad para crear normas de conducta para sí y en relación con los demás*, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social, *respetando el principio de legalidad y oponibilidad*.³

Además requiere del notario su asistencia por su *función de garantía y de realización de los derechos y declaraciones privados con rango constitucional* para la protección de sus intereses dentro de una relación recíproca a los fines de satisfacer al ciudadano en sus *legítimas exigencias económico-sociales*.

1 PÉREZ LOZANO, N. “La función notarial creadora de Derecho”. XXIII Congreso Internacional del Notariado. Atenas, 30 de septiembre al 5 de octubre de 2001.

2 La Constitución Nacional de 1994 posibilita al Congreso de la Nación dictar los Códigos Civil y Comercial “en cuerpos unificados o separados” (CN art. 75 inc. 12).

3 Conf. FERRI, “La autonomía privada” N° 13, pág. 42 y sigs. También Esposito, Carlos. “Norma Giuridica”, en el *Nuovo Digesto Italiano*, 1939, t. VIII, pág. 1051. La función notarial deberá desplegar su máxima capacidad de asistencia mediante la modelación de los intereses y la adecuación de éstos a la ley por consejo previo y concretada en la creación del documento (acto jurídico) con *plena eficacia jurídica y material*.

El derecho además actúa como un sistema de reconocimiento a esa *autonomía privada regulada y moldeada por el notario con imparcialidad y profesionalidad*.⁴

En este sentido afirmamos entonces que: “El notario es un órgano de realización de la garantía constitucional del principio de la seguridad en la esfera privada. Dicho principio se recoge en la Constitución Nacional, dentro de la normativa que garantiza: el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionatorias no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Luego, en los “Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación”⁵, se confirma nuestra tesis.

Por su importancia reproduzco sus pasajes esenciales:

“... como bien expresa Fiorini, los instrumentos *gozan de fe pública*, porque son el resultado de un conjunto de solemnidades aplicadas a las etapas previas (*calificaciones*) y durante el mismo (*acto público técnicamente configurado, con dirección del oficial, y garantizando la libertad de expresión y en su caso las adecuaciones de la voluntad a la verdadera intención de las partes*). A ello se suma que en forma coetánea *se instrumenta, con rigurosas solemnidades aplicables al tipo de papel, su autenticidad, las tintas, los procedimientos de edición, el contenido* (idioma, prohibición de abreviaturas, espacios en blanco, enmiendas no salvadas, etc.). Los documentos matrices quedan en *resguardo*, lo cual facilita su auditoría y todos los controles que corresponda aplicar. Este conjunto de solemnidades (entendidas como garantías de jerarquía constitucional) es el fundamento de su privilegiada oponibilidad, que deviene de la fe pública que merecen; (iv) *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*”.

La función notarial deberá pues, desplegar su *máxima capacidad de asistencia* mediante la modelación de los intereses y la adecuación de éstos a la ley por consejo previo y concretada en la creación del documento (acto jurídico) con *plena eficacia jurídica y material*.

4 De los Fundamentos de elevación del anteproyecto al PEN por la Comisión Redactora.

5 “Fundamentos...”, Sección 5, “Escrituras y actas”, del Capítulo 5 “Actos jurídicos”, del Título IV “Hechos y actos jurídicos”.

El tema que hoy nos convoca abarca a la *producción de bienes, la distribución de servicios y la incorporación de las nuevas tecnologías*, que requieren ser regulados por instituciones *útiles, abiertas y capaces de potenciar el asociativismo para la expansión y equilibrio del mercado justo, en el ámbito de la seguridad jurídica*.⁶

II. LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS Y LA FUNCIÓN NOTARIAL

En la obra citada (Nota 1) recreamos la mejor doctrina notarial para la exposición de la *teoría general del negocio jurídico* y con él la evolución técnica del contrato y la función notarial en su expresión creativa.

Dentro de su repertorio aparecen los contratos de cooperación y colaboración, los contratos asociativos y el negocio participativo.

Decía entonces: "El vasto y amplísimo campo de los llamados contratos de colaboración *permite al notario desplegar las virtudes del documento notarial* y la demostración de su pericia y utilidad social".

En los *contratos plurilaterales* media una *función de cooperación* para alcanzar el fin que ha de determinar el advenimiento del contrato, entre los cuales también se incluyen el mandato, los contratos de obra, de locación de servicios, de concesión, de agencia y de distribución entre otros.

Dentro de los *contratos de cooperación* parece adecuada la finalidad de *organizar grupos por sus categorías o estructuras*, destacándose las diferencias entre éstos y los de *cambio*.

Lo mismo ocurre con los contratos *parasocietarios*, como los *plurilaterales asociativos*, de *sindicación de acciones, fideicomisos y usufructos accionarios, creación y emisión de títulos valores e instrumentos financieros*,

6 Mensaje: notarios, se abre un vasto y rico espacio negocial-contractual... a capacitarse, a trabajar porque una vez más seremos los primeros como autores del documento y responsables de su contenido y efectos. Así está ocurriendo en el ámbito rural y no tiene mayor expansión por falta de comunicación institucional. El consejo personal del Escribano, la realización de estos cónclaves Académicos, la acción permanente y continua de la UNA, los Colegios Notariales y sus Delegaciones y el CFNA, constituyen el Institucionalismo Notarial y de dicho atributo no podemos prescindir. A esta acción que hemos denominado el Institucionalismo Notarial, debe agregarse los atributos de los notarios intermediación, imparcialidad, seguridad jurídica, autenticidad y conservación, precedida del consejo dado en viva presencia más la aplicación de las técnicas de la contratación capaces de crear situaciones jurídicas válidas, de eficacia inmediata y oponibles a los partícipes directos como a los "terceros que se vinculen a la relación con un interés legítimo".

debentures y obligaciones negociables y donación de acciones en sus distintas modalidades y los programas de *participación accionaria del personal* en relación de dependencia, los contratos de *suscripción e integración accionaria* entre otros.

Son *contratos de ejecución continua* que aun cuando regulan *situaciones múltiples* entre los sujetos negociales (socios-accionistas, inversores, financieristas, empleados y con la sociedad misma), *no se agotan en el contrato*, aun *entre quienes lo celebraron* quienes deben *convivir* sin afectar en modo alguno la vida de la *persona jurídica, ni a sus órganos, ni a sus relaciones múltiples entre ella y sus socios*. Estos contratos exceden a este trabajo. Los traigo aquí por ser *contratos de alto impacto en el mundo societario* y deben ser atendidos por el *notariado con suficiente autoridad académica y práctica*, porque éste les aportará valor agregado a su instrumentación, conservación, confidencialidad y eficacia en un campo en permanente expansión.

En los *contratos de cambio* la operación económica en su integridad queda absorbida en el contrato, que constituye la *fuentes única y directa de la relación y el medio de realización del interés contractual de las partes*.

En el *fenómeno asociativo* el contrato *asume una posición instrumental ordenadora respecto de la operación económica* a la que las partes intentan dar vida y que sigue siendo siempre *el ejercicio de una actividad en vista de un fin común*.

El *contrato de sociedad*, en el derecho argentino y continental europeo, además de ser calificado como *plurilateral también lo es de organización*, es decir un contrato con *comunidad de fin*, que queda *abierto* a los que se autorice y quieran *incorporarse para la consecución de dicho fin*, subsumiendo sus diferentes intereses e intenciones, y exterioriza y trasciende a los terceros *como persona jurídica distinta a sus componentes*, haciendo oponible sus relaciones siempre que cumplan con determinados estándares orgánicos.

En los *negocios participativos*, en cambio, se alinean un sinnúmero de contratos -antes atípicos- que tienen como elemento diferencial la *posibilidad de negociación externa* y de mantener *bajo reserva y confidencialidad* el ámbito interno que no se exterioriza en sus relaciones contractuales. No *trascienden al exterior* y su regulación tiene por fin reglar sólo las *relaciones entre las partes*. Su infracción tiene efectos jurídicos y obligacionales automáticos y graves: la responsabilidad ilimitada y mancomunada de quienes hasta su exteriorización no la tenían.

Una categoría de ellos es el denominado *negocio en participación* -mal llamado sociedad en participación o sociedad accidental-.

Los negocios participativos a veces llamados *negocios parciarios* son los que otorgan una *participación en el resultado del negocio*, normalmente de las utilidades.

Este *negocio* fue reglado erróneamente por la entonces Ley de Sociedades Comerciales como *sociedad anómala*, pues carece de personalidad jurídica y no contrata como tal con terceros.

El negocio en participación es un *negocio de intercambio* donde una de las modalidades de retribución es *una participación en el negocio*, en cambio en el de *sociedad* participación implica una modalidad de *múltiples negocios de organización*.

Para actuar en dicho medio es menester una alta e intensa capacitación.

Estas incumbencias no nos serán dadas por la ley sino por nuestras habilidades que se adquieren dentro del institucionalismo notarial mediante programas continuos (análisis de casos o el desarrollo de proyectos (*como metodologías pedagógicas*) y analizar y revisar permanentemente la doctrina y la legislación (*actividad académica*) con la necesaria expansión de las nuevas instituciones (*actividad institucional notarial*).⁷

El notariado se enfrenta a un gran desafío. El avance de la tecnología pondrá en crisis a todo el régimen procesal contractual.

Han de merecer su especial atención los intentos de desregulación y la permanente disminución de los costes. La contratación a distancia, la digitalización y las distintas aplicaciones de la inteligencia artificial de primera y segunda generación (la robótica), importantes y disruptivas herramientas que pueden ser sustitutivas de funciones humanas científicas estandarizadas o, en cambio, servirnos de ellas para concretar su obra creativa.⁸ Sólo será posible asumir

7 Conf. MÜCKENBERGER. "La legitimación a través de la negación de la realidad". Barcelona. Hart-Mückenberger. *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, pág. 75 y sigs.". El *institucionalismo notarial* deberá intervenir activamente en los medios académicos y legislativos con propuestas abiertas y claras. Prueba de ello que el notariado argentino cumplió con esa misión en el campo del contrato de fideicomiso que multiplicó su aplicación, que expandió una nueva visión del patrimonio que contempló su división y planificación, antes sólo concebido como unitario e indivisible para la persona, creando una afectación funcional, permitiendo emprendimientos y creación de trabajo y riqueza, confiriendo seguridad y reglas claras en los mismos. Fue el notariado con su práctica diaria el que fue creando la casuística contenida en sus contratos luego recogida por la ley. El notariado ha contribuido al proceso de securitización o titulación de las letras hipotecarias sin necesidad de sumar estructura asegurativa ajenas a la que le proporcionó la excelente titulación notarial asegurando así el permanente financiamiento y evolución del sistema crediticio. Ello sin olvidar la benéfica incidencia en materia de convenciones matrimoniales, la institución de la autoprotección, en materia de la reconstrucción de títulos valores y sus registros, entre muchos otros... Es de destacar la misión de consulta prelegislativa que le cupo en el nuevo Código y con él en el nuevo derecho privado.

8. Las transformaciones en el mundo laboral también son objeto de análisis. Daniel SUSSKIND, coautor junto a su padre, Richard Susskind, de *El futuro de las profesiones* (Editorial Teell), recuerda que ya hay 48 millones de estadounidenses que recurren a un *software* que hace las

nuevos roles si esos medios tecnológicos acceden a nuestra cultura mediante la capacitación y la investigación. Una mirada inteligente y activa sobre estos fenómenos asegura que el notariado lo logre y vuelva a ser vanguardia del despegue de la autonomía privada que se erija en el postulado racional que responda al modelo de la economía de mercado justo y al incremento de la circulación o intercambio de bienes, único sistema capaz de generar el progreso social amplio e igualitario.⁹

Ello no empece que quienes tenemos mayores responsabilidades institucionales y académicas, actuemos con la *prudencia y responsabilidad* a que nos obligan los principios fundantes del notariado de origen griego, romano, germánico (UINL). *El soporte papel para representar y preservar físicamente al negocio jurídico base y conservar técnicamente al mismo*, no ha sido superado hasta el momento y es el notario el custodio de tales valores como garantes de la seguridad jurídica estática y dinámica, y de la seguridad material documental.

Por ahora no renunciaremos a tales estándares de *seguridad ciudadana*. *Ellos a su vez, no renunciarán a portar su "título de propiedad"*, testimonio fiel y sensible del derecho de propiedad o de *pertenencia y titularidad* en el caso de los demás contratos.

El notariado deberá entonces categorizar los contratos como el instrumento dinamizador de todos los derechos a los que debemos asistir con nuestra función.

III. EL ASOCIATIVISMO

Este principio institucionalizante es dinámico, en tanto que evoluciona, unas veces progresivamente, otras de una manera decadente.

Históricamente se afirmó y luego desarrolló en el transcurso de los siglos, que este instituto era necesario para dotar a la humanidad de un manojito de *arquetipos jurídicos*.

veces de asesor fiscal online. (Clarín, 9/4/2017, "El Silicon Valley ya no queda lejos para los innovadores argentinos". Conf. FERRI, "La autonomía privada" N° 13, pág. 42 y sigs. También Esposito Carlos. "Norma Giuridica", en el *Nuovo Digesto Italiano*, 1939, t. VIII, pág. 1051.

9 El CCyC ha abierto un enorme campo al soporte informático y a la firma digital y al protocolo electrónico (arg. art. 286 -forma y prueba-, art. 288 -firma-, 301 Sec. 5º. Requisitos de las escrituras y actas, entre otros y recientemente la Ley 27.349 de Apoyo a los emprendedores y creación de un nuevo tipo societario (la SAS -sociedad anónima simplificada-) imponiendo la digitalización de los instrumentos destinados a los organismos de control y registro público y el protocolo electrónico.

Así ha ocurrido y ocurre con el *asociativismo*, considerado como un *mecanismo de cooperación entre pequeños y medianos productores*.

En él cada *productor participante*, *manteniendo su independencia jurídica y autonomía gerencial*, *decide voluntariamente participar en un esfuerzo conjunto con los otros participantes para la búsqueda de un objetivo común*.

El *asociativismo* es la institución arquetipo que “evoluciona al compás de la conciencia colectiva de la sociedad”. Su conceptualización y finalidad han sido objeto de análisis y con su resultado queremos destacar en síntesis las siguientes notas.

i) En la teoría *económica neoclásica*, el estudio de los acuerdos entre empresas o productores se consideró *a la empresa como una función de producción*, donde la coordinación con *otras empresas* es impulsada por razones de búsqueda de *poder monopolístico*.¹⁰

ii) En tanto desde la organización industrial, bajo el análisis del paradigma “estructura, conducta, resultados” cualquier intento de cooperación tenía como finalidad ganar poder de mercado.¹¹

iii) Posteriormente dentro de la *nueva economía institucional*, han llevado el análisis hacia otras fronteras. Se privilegia el *propósito principal de trabajar asociativamente*, el cual se sustenta en la idea de obtener una mayor eficiencia en la coordinación de las actividades económicas. En esta concepción la “economía de los costos de transacción” se pone sobre la mesa.

Bajo este marco analítico, la cooperación está concebida por la intención de minimizar los *costos de producción y transacción* que la utilización del mercado conlleva.

10 Tesis adoptada por el legislador (art. 369 Ley 22.903 y 375 -Causas de disolución- Cap. III “De los Contratos de Colaboración Empresarial”. El CCyC art. 1455 mantiene el criterio. La primera de las normas obliga al Registro Público de Comercio a remitir a la Dirección Nacional de Defensa de la Competencia. Obsesivamente esta obligación fue trasplantada al nuevo Código unificado, el que por imperio de la norma del art. 1455, reitera esta categoría procedimental obligando a remitir por el *registro* -es decir por nosotros- al organismo de aplicación del régimen de defensa de la competencia. Por la segunda “se agrega a las causas de disolución, el inc. 5º la decisión firme de la Dirección Nacional de Defensa de la Competencia (ver Ley 22.262), la cual lleva un registro de estas agrupaciones. Ese ambiente condicionaba a todas las instituciones productivas y asociativas del país”.

11 Una empresa cuenta con *poder de mercado* cuando puede aumentar y mantener el precio de sus productos o servicios por encima del nivel que existiría en un mercado perfectamente competitivo. Muestra distintos niveles que van desde el *monopolio* hasta convivir con la *competencia* de otras empresas. La medición se logra mediante el índice Lerner, que mide la diferencia entre el precio y el costo marginal. Otro sistema consiste en aplicar el costo medio variable o la elasticidad del precio que requieren de un alto grado de información no siempre disponible.

Con la *transacción* emerge la unidad básica del *análisis*, núcleo conceptual en el que se asientan las causas que definen *la aparición de los contratos o acuerdos*.

Los *acuerdos de colaboración* pasan a constituir una estrategia para adaptarse a las *nuevas formas de competencia*.

Los acuerdos así expresados pasan a contribuir y a mejorar la *competitividad y a conferirles mayor flexibilidad*.

Los contratos se convierten en un *mecanismo de defensa* frente a empresas de *mayor poder de negociación*, como una herramienta estratégica para acceder a *nuevos mercados y/o recursos, ganando en economías de escala* con mejor adaptabilidad para disminuir costos o riesgos. Esto es acceder a *nuevas formas de organización, tanto en el interior de la explotación como en el establecimiento de vínculos entre productores*.

Así se ha logrado *aumentar la escala y/o la variedad de productos, acceder a nuevos mercados y canales de comercialización*. Al contener los objetivos comunes se atienden a los coyunturales como, por ejemplo, la adquisición de un volumen de *materia prima*. También pueden estar relacionados con generar una *relación más estable* en el tiempo, como puede ser la *investigación y desarrollo de tecnologías* para el beneficio común, o el *acceso a un financiamiento* que requiere garantías que son cubiertas proporcionalmente por parte de cada uno de los participantes.

El *asociativismo* pues es la llave para entrar en el mundo expansivo del contrato y constituye junto al *capital social* el arbotante para el desarrollo y progreso de la *economía y el mercado*, donde el *notariado tendrá un papel protagónico* si es que sabe *convivir* con los nuevos desafíos del desarrollo económico y progreso humano.¹²

12 Capital social: para la sociología posibilita la cooperación y mide la socialidad de un conjunto humano. Permite que prospere la colaboración y el uso de las oportunidades que surgen de las relaciones sociales, la igualdad y la posibilidad de acceder a las esferas de decisión. Una sociabilidad entendida como la capacidad para realizar trabajos en conjunto, la de colaborar y llevar a cabo la acción colectiva. Se construye sobre tres "fuentes" principales: la confianza mutua; las normas efectivas y las redes sociales institucionales. A pesar de las posibles diferencias en la forma de definir y medir estos atributos, el capital social siempre apunta hacia aquellos factores que nos acercan como individuos y a cómo este acercamiento se traduce en oportunidades para la acción colectiva y el bienestar común. Conclusiones de los trabajos desarrollados en la Escuela de Formación de Dirigentes Notariales. CFNA. 2016. En cuanto al institucionalismo citamos a *Los Orígenes del Poder la Prosperidad y la Pobreza. Por qué fracasan los países*. ACEMOGLU, Daron y Robinson, James A. Editorial Ariel. CFNA - Escuela de formación de dirigentes notariales. Mensaje al notariado novel. Mensaje a la asamblea.

IV. LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS EN EL NUEVO CÓDIGO

El Código ha incluido en el Capítulo 16 del Libro Tercero “Derechos personales” Título IV “Contratos en particular”, a los “Contratos asociativos”.

Organiza el desarrollo temático en cinco Secciones:

En la Sección 1ª introduce las “Disposiciones Generales” a manera de una “Parte General” del instituto contractual (arts. 1442 al 1447). La Sección 2ª “Negocios en Participación” (arts. 1448 al 1452); la Sección 3ª regula a las “Agrupaciones de Colaboración” (arts. 1453 al 1462); la Sección 4ª “Uniones Transitorias”, y la Sección 5ª a los “Consortios de Cooperación” (arts. 1464 al 1478).

El Código, con acierto, *suprime el requisito* de que las partes sean “empresarios” o “sociedades” para celebrar estos actos.

Supletoriamente se le aplicarán las normas referidas a los i) “Contratos en General” (Título II, Libro IIIª, Capítulo 1, art. 957 y sigs.), las normas sobre ii) “La representación” (Capítulo 8, Libro 1º, Título IV, arts. 358 y sigs., y 1445 del Código cit.); del iii) “Ejercicio de los derechos”, en especial el *abuso del derecho, el abuso de la posición dominante, de los derechos individuales y los de incidencia colectiva* (Capítulo 3º, arts. 10, 11 y 14, todos del CCyC).

Normas que no se aplicarán

i) A los contratos asociativos *no se le aplican las normas sobre “sociedades”*. ii) A las “comuniones de derechos reales” y a la “indivisión hereditaria”, no se le aplican las de los contratos asociativos, ni de las de sociedad (art. 1442, 2º párrafo).

Metodología legislativa: muestra por un lado una *parte general* (reclamada por la doctrina) y, por el otro, un *tratamiento unificado*, ya que la materia se encontraba dispersa en distintos ordenamientos legales que generaban confusión y erróneas interpretaciones.¹³

Categoría abierta

Las especies legisladas *no son limitativas*. Esta reforma es sustancial y visceral para la aplicación de estos contratos. Pasó de un sistema de *numerus clausus* de determinados tipos a uno *abierto y conceptual*, dentro del cual cualquier contrato que presente ciertas y determinadas características y contenidos, será considerado “contrato asociativo”.

13 “Fundamentos de elevación del Anteproyecto de CCyC”, pág. 195.

Vale decir -afirma EDUARDO FAVIER DUBOIS¹⁴- que, por primera vez en el derecho argentino, se admite en forma amplia y no taxativa *la concertación de negocios asociativos sin el riesgo de ser considerados sociedades*.

Por nuestra parte afirmamos que se trata de una reforma *profunda y positiva para las actividades empresariales, productivas y de servicios*. Favorecerá el *emprendedurismo, la vinculación interdisciplinaria en el campo del ejercicio profesional, de la investigación y del desarrollo de nuevas tecnologías*. Así, hemos pasado de un sistema de prohibiciones, *cepos legales, contradicciones y limitaciones a la libre iniciativa a un marco legal abierto, libre e inteligente* que, en lo que a su parte respecta, promoverá una *plataforma virtuosa* para la actividad económica, la creación de empleo y el bienestar social.

En fin, el sistema impuesto por la Ley 26.994 *constituye una legislación orgánica que simplifica y unifica los principios del derecho de los contratos y las obligaciones*, sincera el marco normativo, aclara y fortalece el régimen general de la *cooperación, personificante o no, y el cumplimiento de la ley, y unifica los instrumentos societarios, civiles y comerciales*, aportando herramientas no tipificadas, dando margen a un amplio y vasto campo para el ejercicio de la *autonomía de la voluntad*. Volveremos sobre el tema.

V. LAS SOCIEDADES Y LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS

La Ley 26.994 modificó profundamente todo el sistema *colaborativo de organización y participación*.

La Ley General de Sociedades (LGS) y la regulación de los contratos asociativos fueron sometidos a profundos cambios estructurales, con un nuevo criterio de control.

La categórica definición excluyente introducida por el legislador en el artículo 1442 2º parte (CCyC) determina que a estos contratos -los asociativos- *no se le aplican las normas sobre la sociedad, agregando que no son ni por medio de ellos se constituyen personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho*, y ha concluido terminantemente con las dudas acerca de si una sociedad es o no un contrato asociativo.¹⁵

14 E. FAVIER DUBOIS es Doctor en Derecho. Profesor Titular de derecho comercial de las facultades de Derecho y de Ciencias Económicas de la UBA. Ex Juez Nacional de Comercio. www.favierduboisspagnolo.com.

15 MESSINEO, Manuel, cit. por Kiper, Claudio. *Anotación del CCyC*. T.II, pág. 536, N° 138. RICHARD, Efraín H. *Reformas al CC. Negocios en participación...* A. Perrot, Bs. As. 1993, pág. 66.

Un ejercicio aplicado que les proponemos para *la calificación notarial del acto* consiste en analizar el mismo para *diferenciar* si estamos ante una sociedad de la Sección IV -de las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II de la Ley General de Sociedades- o ante un *contrato asociativo*.

El CCyC alteró profundamente el *régimen mercantil al eliminar al comerciante y con él a los actos de comercio y su estatuto profesional*, sustituyéndolos por nuevos sujetos comerciales que son los *obligados contables*.

Así lo dispuso el art. 320 del Código Civil y Comercial de la Nación, que dispone: "Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y personas humanas que realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios...".

Nuestro Código les da un tratamiento distinto al Código Civil italiano¹⁶ constituyéndolos en elementos diferenciados.

Afirma FAVIER DUBOIS (ob. cit.) "La distinción que hace entre las personas humanas que realizan: i) una 'actividad económica organizada', ii) de las titulares de 'una empresa' y iii) de las titulares de un 'establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios', determinar distintas categorías económicas".

Agrega "La LGS contiene los elementos configurativos de la empresa tales como: 'organización' (forma organizada), 'actividad económica permanente' (objeto y plazo de duración), fin de 'lucro' (participación en resultados, reparto de ganancias), direccionamiento al mercado (producción e intercambio de bienes y servicios), profesionalidad (exigencia de diligencia a los administradores y contabilidad) y riesgo empresario (responsabilidades de los socios y disolución por pérdidas)"¹⁷.

De ello se desprende que *no existe sociedad sin "objeto empresario"*, o sea la existencia de una organización para la producción e intercambio de bienes y servicios.

En esta materia el principio de *gradualidad y dimensionalidad* quedan cumplidos. La norma adopta el principio de *exclusión* a ciertas categorías económicas para eximir las de las obligaciones de llevar contabilidad, sin perjuicio de las leyes especiales -a las *personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias conexas*-.

16 El art. 2082 del Código Civil italiano de 1942, identifica la "actividad económica organizada" con la "empresa" y al "establecimiento" como el elemento material de esta última: la "hacienda" (art. 2555 del mismo Código).

17 FAVIER DUBOIS, E. Ob. cit.

Establece una graduación diferencial entre "actividad económica organizada", ejecutada u organizada bajo "forma de empresa", de actividad desarrollada por el *profesional liberal o el productor agropecuario que no tengan obligación de llevar contabilidad*.

También exime de tal carga contable *por el volumen de las operaciones* a las actividades a las que les puede resultar "*inconveniente*" cargar con tales obligaciones de llevar contabilidad.

Tampoco identifica a la *titularidad de una "empresa" con la titularidad de un "establecimiento"*.¹⁸

En definitiva, la "actividad económica organizada" sería el género, y tanto la "empresa" como el "establecimiento" dos especies, diversas entre sí.

La "actividad económica organizada", como género, supone la reiteración de actos bajo una *organización que funciona como unidad independiente de su titular, con fines o efectos económicos*.

DANIEL VÍTOLO, expresa con claridad la transformación evolutiva del nuevo derecho comercial: "El derecho comercial actual se desarrolla en una *tendencia hacia una concepción predominantemente objetiva, como 'Derecho de la actividad empresarial'*, pero inserto en una realidad económica y social que lo tiñe con elementos de derecho público, en la función social que sus instituciones cumplen dentro de las comunidades, como disciplina que regula los principales instrumentos del *desarrollo económico y el cambio social*".¹⁹

NORBERTO BENSEÑOR²⁰ aporta con precisa claridad conceptos que contribuyen a distinguir estas categorías económicas dice: "La *personificación* no es un atributo reservado a los seres humanos, dada la posibilidad de *atribuir aptitud para el ejercicio de derechos y contraer obligaciones a sujetos que carezcan de corporeidad física. La actuación unificada y la imputación diferenciada* son elementos necesarios para la atribución de la personalidad". Con-

18 De lo que se desprende que pueda existir empresa sin establecimiento o sea sin un "local" que concentre los bienes y servicios. El establecimiento o local queda determinado como un *elemento físico y no en sentido jurídico*, por lo que puede haber "establecimiento" sin que éste sea necesariamente la "hacienda" de una empresa. Es por eso que, en el ordenamiento legal, puede haber personas humanas dedicadas a profesiones liberales o dedicadas a actividades agropecuarias (y conexas), que, no obstante tener "actividad económica organizada" y poseer un "local o establecimiento" en sentido vulgar (oficina o campo), no las "ejecuten" ni "organicen" en forma de "empresa" y, por ende, no estén obligadas a llevar contabilidad.

19 VÍTOLO, Daniel Roque. *Iniciación en el estudio del derecho mercantil y de la empresa*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2001. 1a. reimpresión.

20 BENSEÑOR N. "Régimen de las personas jurídicas. El concepto de persona Jurídica", en *Revista del Notariado* 914, pág. 39.

cluye: “Los *atributos de la personalidad* (patrimonio, denominación, capacidad, domicilio) *quedan unificados en un solo sujeto*. La calidad de sujeto de derecho es *totalizante no puede adoptarse parcialmente o a medias*”.

Empresa, sociedad y contrato asociativo

Con NORBERTO BENSEÑOR²¹ elaboramos una tesis tendiente a diferenciar los términos “empresa” y “sociedad”, términos que el uso y la costumbre comenzaron a confundir. Su delimitación para nuestro trabajo es fundamental.

Expresamos entonces: “la noción de empresa está referida sin duda al centro de decisión económica y administración patrimonial que reúne un conjunto de recursos productivos afectados a una misma actividad o consecución de fines de carácter económico”.²²

La *sociedad*, por su parte, consiste en una *técnica*-de significativa importancia- que se utiliza para *exteriorizar jurídicamente una empresa y dotarla de organización*.

Una sociedad *no deviene en empresaria por su sola fundación*, ya que la caracterología de la empresa supone siempre “actividad” y, tal vez, aquélla no llegue a ejercitarla.²³

La *sociedad* ha tenido un importante desarrollo doctrinario a expensas de una proficua investigación académica que calificó al acto jurídico que le dio nacimiento y existencia como un *contrato plurilateral de organización*.²⁴

En ese mismo escenario la *empresa* no tuvo en nuestro país la consideración que mereció en otras latitudes. En Italia, a partir del Código la *empresa* pasó a cumplir una “función pública, social y verídica”. En tanto en Francia está en el centro de la reforma, retornan a la idea subjetiva de 1978 y a los contenidos del Preámbulo de la Ordenanza de 1673 que proclamaba: “El comercio es la fuente de la riqueza pública y de la riqueza de los particulares”. De ahí su evolución.²⁵

21 BENSEÑOR, N. y Pérez Lozano, N. En “Régimen legal y actuación extraterritorial de sociedades. Publicado en Revista Internacional del Notariado (ONPI), nov. de 1991, págs. 43, 50 y 51.

22 WHITE, E. “El tema de la nacionalidad de las empresas en las perspectivas de las relaciones económicas internacionales”, RDCO, 1973, pág. 723.

23 HALPERIN, I. *Curso de derecho comercial*, v. I, pág. 199.

24 Conf. HALPERIN, I. Op. cit., pág. 211; Colombes, G., *Curso de derecho societario*, pág. 23 y bibliografía allí citada.

25 En Italia, MOSSA y Asquini fundan la “Escuela Ferri” sustentando la reforma en la Empresa que pasa a cumplir una “función pública, social y verídica”. Son los inspiradores

Esta síntesis nos ayudará a establecer el límite para no confundir empresa-establecimiento y sociedad con los *contratos asociativos*.

Como consecuencia de lo expresado podemos afirmar que los elementos constitutivos diferenciales entre *una sociedad y los contratos asociativos* son nítidos, y los detallamos a continuación:

-*Relación sinalagmática*. En las sociedades se establece entre las partes y también entre cada una de ellas y el sujeto societario, quien es destinatario de las prestaciones comprometidas.

En los *contratos asociativos o de colaboración*, no hay sujeto que surja del contrato, por lo que la relación sinalagmática sólo existe entre los miembros.

-*Organicismo*: rige este principio técnico del derecho societario, que regula la expresión de voluntad del ente (los sujetos que expresan la voluntad de la sociedad son *órganos* de ella).

En los *contratos asociativos o de colaboración* no existe, la actuación común se perfila bajo las reglas del *mandato y la representación*.

-*Objeto empresario*: para la LGS este principio resulta constitutivo y visceral a la existencia de la sociedad. La misma ley determina los *elementos constitutivos de la empresa* organizada para la producción e intercambio de bienes y servicios.

En los *contratos asociativos o de colaboración*, la *calidad de empresario no se*

de la gran obra, el Código Civil Italiano de 1942. Italia es el centro del derecho europeo y de su reforma sustancial, recepta un nuevo derecho económico, una nueva concepción de la empresa y su función. En Francia “La Empresa” está en el centro de la reforma, retornan a la idea subjetiva de 1978 y a los contenidos del Preámbulo de la Ordenanza de 1673 que proclamaba: “El comercio es la fuente de la riqueza pública y de la riqueza de los particulares”. El derecho comercial se tiñe de derecho público, con objetivos altamente respetables, interviniendo en el progreso del comercio y de la industria. Los “comerciantes profesionales” tienen un oficio, una misión que cumplir que es de interés general y coloca a estos profesionales al servicio de la Nación”. Mis convicciones y creencias científicas en punto a los sistemas económicos, así como mi formación jurídica están guiadas por los valores de la teoría egológica del derecho de mi maestro Carlos Cossio. En lo que se refiere a las escuelas económicas, adscribo a los postulados y prácticas de la “Escuela Alemana Röpkeana Ordoliberal” que surge fundamentalmente a partir de la coincidencia entre la defensa de la libertad personal y la dignidad del hombre. Corriente económica que ha influenciado a las reformas constitucionales europeas y a la del derecho público y privado. Se estructura en base al bien común, al bienestar social y al progreso económico en orden a la subordinación de la economía a aspectos extraeconómicos como lo son los controles reglados y la seguridad jurídica. El éxito se apoya en el sometimiento del poder público a un orden político espontáneo y humano, en un marco institucional que privilegia *el promercado justo con control y consideraciones humanistas prudenciales*.

requiere para su constitución, sólo se exige aunar esfuerzos para el logro de un fin común de contenido patrimonial.

-*Patrimonio propio*: solo las sociedades tienen un *patrimonio propio*.

En los *contratos asociativos o de colaboración* la eventual formación de un *fondo común operativo* no determina el nacimiento de un patrimonio diferenciado del de sus miembros.

-*Gestión de patrimonio y actividad empresarial* en las sociedades son *inescindiblemente en común*, a tal punto que los socios no pueden asumir en forma separada una parte de la actividad.

En los *contratos asociativos o de colaboración*, en los que coexisten *actividades empresariales separadas* que confluyen sólo en alguno de los aspectos.

-*Pérdidas y beneficios*: en las *sociedades* son respectivamente *soportadas o compartidos en común* (art. 1º de la Ley 19.550).

En los *contratos asociativos o de colaboración*, la actividad en común puede derivar en *pérdida o ganancia para una de las partes, no compartida* en igual medida con relación a otra u otras, y

-*Principio de tipicidad*. Las sociedades estaban sometidas a dicho *principio de tipicidad* (art. 1º de la Ley 19.550). Hoy este principio se encuentra relativizado.

En los *contratos asociativos o de colaboración* dicho principio no rige, teniendo las partes amplia libertad de configuración interna (art. 1446).

Además, bien lo ha expresado RICARDO NISSEN: “*la terminante declaración del artículo 1442* permite inferir una voluntad legislativa, cierta y concreta, que descarta las interpretaciones de un sector de la doctrina proclives a ver en estos casos expresiones de un fenómeno societario”.

Lo cierto es que los negocios en participación, las agrupaciones de colaboración, las uniones transitorias y los consorcios de colaboración *no constituyen sociedades*.

No obstante es de advertir, desde la *calificación notarial*, que si las partes organizan *actividades empresariales comunes con riesgo y gestión compartidos*, estarán estructurando un *vínculo jurídico que por esencia es una sociedad*, aunque le otorguen la forma de un contrato asociativo o de colaboración, *esté o no normativamente tipificado*, tal vínculo será definitivamente una sociedad dotada como tal de personalidad jurídica y no un contrato de colaboración.²⁶

Corresponde pues estar a la ponderación de las circunstancias propias de cada caso.

26 MANÓVIL. Ob. cit.

La inaplicabilidad de las normas societarias declarada por el artículo 1442 debe entenderse como una regla que *puede tener excepción en las situaciones en las que la analogía es posible*.

La tesis analógica e interpretativa resulta de la letra de los arts. 1º y 2º del CCyC.²⁷ No obstante, en distintos institutos se recurre a estructuras jurídicas similares para resolver cuestiones en regímenes distintos. Por ejemplo: las sociedades en *comandita por acciones* y el *negocio en participación* tienen la misma estructura jurídica en punto a la actuación del *socio comanditario* y del *partícipe de un contrato asociativo*, arrimando así elementos de confundibilidad, como la eximición en el caso de requerir *información, examen, inspección, vigilancia, verificación y opinión o consejo* que no significa inmiscuirse en la administración (arts. 136, 137 y principios del 55 de la LGS y art. 1451 en el negocio en participación). Ya lo analizaremos en el apartado correspondiente a los negocios en participación.

Como se verá en innumerables casos, ello *nos demandará mayor capacidad de análisis exigiendo que el notario actúe con suma prudencia y sagacidad* debiendo determinar, en la primera convocatoria, la verdadera *intención de las partes* acerca de la permanencia y de la calidad de la relación negocial y si esta se encuadra dentro del sistema normativo.²⁸

VI. LA LIBERTAD DE PARTICIPACIÓN SOCIETARIA Y CONTRACTUAL ASOCIATIVA EN EL NUEVO CÓDIGO

La histórica e innecesaria tutela legal, *que limita* por el tipo societario el derecho de *participación y colaboración* dentro del escenario societario, y la necesaria *calidad de empresa o empresario* para participar en los contratos de

27 Del texto de los Fundamentos de elevación del Código Único: "Se propone incorporar un artículo relacionado con reglas de interpretación... También, incluimos sus finalidades, con lo cual dejamos de lado la referencia a la intención del legislador. Se mencionan las leyes análogas, que tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación... Ello tiene particular importancia en supuestos en los que pueda haber discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales...".

28 LEGAZ y LACAMBRA. *La realidad del derecho*. Estudios jurídicos. Madrid, 1964. Como dice Legaz "La función notarial hace posible la aproximación real del sistema normativo y de la realidad jurídica, constituyendo el elemento directa y concretamente configurante de la realidad jurídica misma, lo que se traduce en la doble vertiente de *dar forma jurídica válida a las relaciones de derecho y crear títulos o equivalentes jurídicos*".

agrupamiento de colaboración empresaria (ACE) y de las uniones transitorias de empresas (UTE), exigidas por la legislación derogada, *no aportaron a la seguridad jurídica ni al desarrollo económico, beneficio alguno*.

La nueva preceptiva de la LGS ha reformado el art. 30 de la Ley 19.550, la que refiriéndose a la incapacidad de las sociedades por acciones expresaba: “las sociedades anónimas y en comanditas por acciones solo pueden formar parte de *sociedades por acciones*”.

El nuevo texto, bajo el título de “Sociedad socia”, determina que las “...sociedades anónimas y en comanditas por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada”. Agregando que podrán ser parte de cualquier contrato asociativo.

La nueva legislación mantiene vigentes los artículos 33 (sociedades controladas) y 31 (participaciones en otra sociedad, limitaciones), es decir, los límites cuali y cuantitativos de control y participación de una sociedad en otra.

Ello permite la libre asociación y ampliación de la competencia de las sociedades anónimas, sociedades en comandita por acciones, sociedad anónima unipersonal del CCyC, sociedad anónima unipersonal de la sociedad anónima simplificada (SAS) de la Ley 27.349, sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, sociedad de responsabilidad limitada y sociedad de la Sección IV.

Además podrán participar en las asociaciones civiles, simples asociaciones, cooperativas, mutuales, sociedades de garantía recíproca y sociedades de economía mixta.

Existe una limitación en los casos de sociedades anónimas unipersonales que no podrán formar parte de otra sociedad anónima unipersonal.

Asimismo, tienen la posibilidad de *constituir un contrato asociativo*, es decir, que lo podrán hacer en uniones transitorias, de colaboración, en negocios en participación, en consorcios de cooperación y en otros contratos asociativos innominados.²⁹

No sabemos si en la norma habilitante del art. 30 reformado era necesaria la previsión de la posibilidad de participación en un contrato asociativo, dado que estos contratos se encuentran legislados dentro de los contratos particulares. Pero muestra acabadamente una nueva visión del derecho privado sobre la actividad económica.

29 PRONO, Patricio M. “Nuevos aspectos del control societario” cita online AP/DOC/1194/2016.

En cuanto al *control en los contratos asociativos*, tanto el art. 1454 CCyC, refiriéndose a la agrupación de colaboración, como el art. 1471, respecto al consorcio de cooperación, determinan *como prohibición que los mismos no pueden ejercer funciones de dirección o control sobre la actividad de sus miembros*.

Como se advierte esta prohibición se constituye en una norma general en este tipo de relaciones contractuales, sin sanción específica.

El Código al introducir el instituto del "abuso del derecho" (art. 10) con el precedente (art. 9)... "los derechos deben ser ejercidos de buena fe" y en su consecuente art. 11 que tipifica el "abuso de una posición dominante en el mercado", cierra un cuadro completo para regular situaciones individuales en el caso del *abuso del derecho*, en tanto que en el caso de la *posición dominante*, refiere al control societario y/o contractual con efectos más amplios y generales como lo hace en el mercado. Ambas con distintas sanciones y consecuencias.³⁰

La *calificación notarial* implica un ejercicio de control sustancial y formal. Cuando la *persona jurídica excede su participación y con ella el control* deberá así advertirlo a las partes y, en ciertos supuestos, negar su ministerio o generar una minuta insistida.

Respecto del *contrato asociativo* deberá ejercer una *función docente* en cuanto a la acción del partícipe y del gestor y/o de la injerencia prohibida antes descrita, por las graves consecuencias que genera abandonar las normas legales, estatutarias y contractuales que lo conforman y modulan.

VII. CALIFICACIÓN NOTARIAL. EFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO. VOLUNTAD NEGOCIAL

Afirmamos que³¹ la cuestión más trascendente de la función notarial, en cuanto confiere *eficacia jurídica material y sustancial* al negocio jurídico, es que posibilita la realización de los *intereses humanos con fuerza normativa*.

Las relaciones y situaciones jurídicas en el derecho privado se desarrollan en torno a la noción del "acto jurídico".

El acto *voluntario lícito* tiene por fin inmediato establecer, crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos (art. 944 CCyC), hoy reproducido en

30 MOSSET ITURRASPE, Jorge. "El ejercicio de los derechos. Buena fe, abuso del derecho y abuso de la posición dominante" en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2012. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pág. 55.

31 PÉREZ LOZANO N. Ob. cit., pág. 1.

la norma del art. 259 del Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994. Constituye el medio apto a través del cual toda persona logra, dentro de los límites que marcan la *autonomía de la voluntad* (art. 1197 CC, hoy contemplada por el artículo 959 CCyC) y el *poder dispositivo lícito* de los particulares (art. 953 CC, precepto esencial recogido por el art. 279 CCyC) conferirle *fuerza normativa* a su interés propio el que, por ello, resulta *jurídicamente protegido*.

La *voluntad negocial* (voluntad del sujeto), constituye el *núcleo para la formación del acto*. Jurídicamente tiene trascendencia el poder normativo (fuerza de la norma), que para los particulares deviene del acto jurídico ya “perfeccionado o celebrado”, quedando el problema de la voluntariedad entre los presupuestos del mismo.

La eficacia del acto jurídico, depende entonces de la *ausencia de alguna anomalía o imperfección* en el mismo para que la norma creada (*privada o extraestatal*) tenga, por el principio de identidad normativa, efectos y fuerza como los de la ley misma (*norma estatal*).³²

La *calificación notarial* se realiza dentro de un proceso en el que se ponen en juego presupuestos *objetivos y sustantivos*, ambos *esenciales e inescindibles*.

El presupuesto *objetivo* se concreta en la *existencia de una norma vigente aplicable* que deberá ser correctamente *interpretada* a fin de determinar el contenido y límite de aplicación al caso, respetando el *principio de jerarquía normativa*.

Las normas administrativas no deben subvertir este principio mediante disposiciones, resoluciones y hasta órdenes de servicio internas que alteren el *principio documental* y la *tesis de la “libertad de formas” que nuestra Constitución y el Código Civil y Comercial consagran*.

El presupuesto *subjetivo* sólo debe aplicarse bajo el principio de *certeza que debe tener el notario* en la aplicación de la ley, es decir, concretar la *garantía de la tutela jurídica* y de un *conocimiento previo de la ley*. No existe *seguridad*

32 EHRlich, Eugen, *Fundamentos de la sociología del derecho*. Este autor, expositor de la tesis del Derecho Social Extraestatal, advierte que existe un derecho que vive completamente al margen del derecho estatal y constituye el fundamento de toda la vida jurídica. Es organizado por la sociedad extraestatal en su vida interior, verdadero derecho vivo que preexiste a toda organización y le sirve de fundamento. Observa Ehrlich -y esto es fundamental para nuestro trabajo- que... “Una mirada a la vida moderna del derecho muestra que ésta en su mayor parte no está dominada por la ley sino por la documentación de los negocios. El derecho no obligatorio viene determinado por el contenido de los documentos jurídicos. El derecho vivo debe buscarse en los vínculos matrimoniales, en los contratos de compraventa, de arrendamiento, de crédito para la construcción, de préstamo hipotecario, en los estatutos de las asociaciones y de sociedades comerciales y no en los artículos del Código”.

jurídica subjetiva si se ignora la ley o se tiene un conocimiento deficiente y/o equivocado de la misma.

El asesoramiento *preventivo* integra la calificación y es esencial al ciudadano para respetar ese valor jurídico y con ello la creación del documento.

La *calificación formal* determina la *aptitud del documento* para cumplir con los fines para los que fue creado, además de conferirle *aptitud y vocación registral*. Lo que *califica el notario no debe ser calificado a su vez por los organismos administrativos*.

La *calificación de los títulos y documentos precedentes* al acto, que lo determinan y habilitan en lo sustancial, constituye uno de los *logros y deberes del notario que lo hace insustituible* en la relación jurídica *preventiva y en la ecuación seguridad jurídica-eficacia*.

La operación jurídica para determinar la *capacidad de las personas -tanto humanas como jurídicas- para celebrar el acto*, ubican al notario en el centro del derecho como factor esencial de garantía reconocido por la Constitución Nacional.

VIII. LAS SOCIEDADES DE LA SECCION IV, DE HECHO, CIVILES Y UNIPERSONALES. CAPACIDAD PARA PARTICIPAR EN LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS

Un ejercicio sustancial a la función notarial consiste en *calificar la capacidad de los sujetos negociales*, y a su vez, diferenciar cuándo nos encontramos ante un negocio asociativo “atípico” o frente a una sociedad simple de la Sección IV.

Las sociedades de la Sección IV de la LGS

La Ley de Sociedades Comerciales 19.550, al adoptar la tipología societaria, sometió todo el ordenamiento jurídico a dicho principio estructural. El Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) *produjo un cambio radical: la tipicidad cede parte de su lugar al principio de la autonomía de la voluntad*.

De las sociedades “no constituidas regularmente” se pasó a las sociedades “no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”. La norma del art. 21 de la LGS, completa el concepto agregando... “La sociedad... que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto en esta Sección...” y con ello crea un *régimen residual no sancionatorio*.

Desde la *invocabilidad del contrato, de los derechos y defensas*, del derecho de *excusión*, de la posibilidad de que cualquier socio pueda solicitar en cual-

quier momento *la disolución y la incapacidad para ser titulares de bienes registrables*, entre otros elementos sancionatorios, *se pasó a un régimen permisivo y más amplio*.

Con el nuevo régimen legal nace para estas sociedades la aptitud para desplegar e invocar todos los *derechos y defensas, ser titulares de bienes registrables y tener plena capacidad jurídica para celebrar contratos en igualdad de condiciones, oponer la personalidad jurídica y celebrar contratos asociativos*.

Podemos decir que estamos frente a *nuevo derecho societario* con sus virtudes y defectos, pero al fin se podrán subsanar los requisitos omitidos cumpliendo las formalidades y, mientras transcurre ese íter o si los socios no resolvieran hacerlo, la sociedad tendrá una personalidad diferenciada a todos los efectos, apoyándonos en el *principio de la conservación de la empresa socialmente viable y en el de la realidad jurídica*. Reiteramos, estamos ante *nuevo derecho privado*. En él, el notario desplegará todo su potencial para dar satisfacción a quienes requieran nuestros servicios.

Por todo ello estas sociedades se encuentran habilitadas para celebrar *contratos asociativos*, cumpliendo siempre con un *acto de reconocimiento* otorgado por todos aquellos que afirman ser sus socios, por escritura pública o instrumento privado con firmas certificadas ante notario, habilitando la *representación societaria* a todos los efectos del negocio jurídico a celebrar abasteciéndolo pormenorizadamente en dicho acto de modo tal que se producirá la *invocabilidad del contrato asociativo a la sociedad, a los socios, a los administradores y a los terceros*.

No obstante esta afirmación, el notario deberá determinar las sociedades que integran éste título. Para tal calificación, en la nueva estructura jurídica los *supuestos societarios* son los siguientes:

1) *La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II*. Se desiste de la *tipicidad*. No estamos en presencia de una *nulidad*, sino de la *privación de los efectos jurídicos* propios de ella y, consecuentemente, quedan regidas por otra sección de la Ley (art. 17).

Quedan incluidas las sociedades de *tipos desconocidos; las de tipo conocido pero que no cumplan con algún elemento tipificante; las llamadas vulgarmente como sociedades simples y aquellas con contratos que no adoptan ningún tipo y que solo regulan lo esencial*.

2) La sociedad "... que omita requisitos esenciales no tipificantes" (la omisión de un requisito tipificante encuadraría como atípica en el punto anterior).

3) La sociedad que incumpla con las formalidades exigidas por la LGS. En este punto podemos incluir a las sociedades que no han cumplido con las *formas legales en su constitución*.

La Ley prevé tres formalidades a cumplir: a) instrumentación por escrito (art. 4); b) inscripción (art. 7º) y c) publicidad (art. 10). Así tenemos aquí incluidas a las *sociedades de hecho y a las irregulares propiamente dichas*, o sea a aquellas que *pudiendo inscribirse no lo han hecho*.

En síntesis, el nuevo régimen societario incorpora los siguientes principios:

i) Invocabilidad del contrato social *entre los socios*.

ii) Oponibilidad del contrato a terceros que lo conocieron al tiempo de la contratación o de la constitución.

iii) Invocabilidad *por los terceros, contra la sociedad, los socios y los administradores* (art. 22).

iv) Representación, administración y gobierno: las cláusulas de organización pueden ser invocadas por los socios entre sí y en las relaciones con terceros. Cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato. También les es oponible si se prueba que los terceros conocieron la disposición contractual del representante al tiempo del nacimiento de la relación jurídica (art. 23).

v) Adquisición de bienes registrables: deberá acreditar (ante el registro) su existencia y facultades del representante con un acto de reconocimiento de todos los socios... Se registra a nombre de la sociedad, determinando la proporción en que participan los socios.

vi) Forma: la norma requiere escritura pública o instrumento privado con firmas certificadas ante notario.

vii) Prueba de la existencia: por cualquier medio de prueba (art. 23).

viii) Responsabilidad de los socios: los socios responden *ante terceros* como obligados *simplemente mancomunados* y por partes iguales.

ix) Solidariamente con la *sociedad o entre ellos* con distinta proporción, si resulta de una: a) *Estipulación expresa para una o un conjunto de relaciones*. b) *Estipulación consignada en el contrato social* (art. 22). c) De las *reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar* y respecto del cual no se cumplieron requisitos sustanciales o formales.

x) Subsanación: a iniciativa de la *sociedad o los socios*, en cualquier momento *durante el plazo de duración*. A falta de *acuerdo unánime* de los socios, puede ser ordenada por el Juez *en proceso sumarísimo*, sin imponer mayor responsabilidad a los socios que no lo consientan. El *socio disconforme* puede dentro de los 10 días de quedar firme la resolución ejercer *derecho de receso*. (arts. 25 y 92 *exclusión de socios*...).

xi) Disolución liquidación: en ausencia de estipulación escrita del plazo de duración, *cualquiera de los socios puede provocar la disolución* mediante notificación fehaciente a los demás. Sus efectos se producen a los 90 días de la última

notificación. Los socios que continúen deberán pagarle al o los salientes su parte social.

xii) Liquidación: se rige por las previsiones contractuales y la LGS (art. 25).

xiii) Relaciones entre los acreedores sociales y los particulares de los socios. Aún en caso de quiebra se regirán como si se tratara de una sociedad de los tipos previstos en el Capítulo II (de las sociedades en particular), incluso con los bienes registrables (art. 26).

VIII. 1. Las sociedades de hecho

Durante el régimen anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994 vigencia a partir del 1º de agosto de 2015), reconocíamos las siguientes sociedades: (i) Las *civiles* (art. 1648 y sigs. del Código Civil), las *comerciales* (Ley 19.550 en síntesis) y (ii) las *no constituidas regularmente*.

Tanto las civiles como las comerciales constituían sociedades regulares que cumplían con todos los requisitos tipificantes y no tipificantes de sus respectivos ordenamientos, y con plena capacidad y reconocimiento de una personalidad jurídica diferenciada.

En cuanto a las *sociedades no constituidas regularmente* se les reconocía existencia por el criterio de *realidad jurídica*. Dentro de esta categoría se presentaban dos supuestos: i) las *sociedades irregulares* y ii) las *sociedades de hecho*.

La Ley 26.994 unificó el derecho privado y produjo reformas sustanciales al régimen societario de la Ley 19.550 -sociedades comerciales- por la Ley General de Sociedades, regulando a estas sociedades como “sociedades no constituidas con sujeción a los tipos del Capítulo II, quedarán regidas por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo” (arts. 21 al 27).

El régimen societario de la Ley 19.550, establecía la i) *ininvocabilidad de derechos y defensas* resultantes del contrato social, ii) así como que cualquiera de los socios podía solicitar la *disolución societaria* en cualquier momento, iii) no podían invocar el *beneficio de excusión* como consecuencia de la responsabilidad solidaria de los socios y de aquellos que contrataran a nombre de la sociedad, y iv) la *imposibilidad de ser titulares de bienes registrables*, entre otros elementos sancionatorios.

El actual régimen revirtió el régimen sancionatorio. La doctrina lo precedió con un amplio debate siendo el más conflictivo el referido a la *sociedad de hecho*.

No es objeto de este trabajo desarrollar *in extenso* la *sociedad de hecho*, pero sí es importante dar nuestra opinión en el sentido de su existencia y capacidad para *celebrar contratos asociativos, adquirir bienes, ejercer derechos y contraer obligaciones*.

Para ello será necesario *desarrollar técnicas documentales* que permitan *no lesionar* los derechos de la sociedad ni de los socios ni de quienes con ellos contratan, asegurando la plena eficacia de los contratos o actos jurídicos que resulten de sus tratativas.

En tal sentido entendemos, aplicando los principios establecidos en la Sección IV de la LGS y arts. 150, 151 a 167 del CCyC (Persona jurídica privada. Parágrafo 1º -Atributos y efectos de la personalidad jurídica-), la *sociedad de hecho subsiste como tal* encuadrándola como *sociedad atípica que incumple con los requisitos de forma del art. 21* de la LGS.

A falta de instrumento escrito constitutivo, su existencia se acreditará por cualquier medio de prueba. Atendiendo a las virtudes y efectos de la prueba escrita, a los efectos de su actuación será necesario otorgar un “acto de reconocimiento” previo que los socios deben celebrar por escritura pública o por instrumento privado con firmas certificadas notarialmente, *del cual resulte la existencia, los socios y participaciones, y las facultades específicas para celebrar el contrato asociativo, determinando sus modalidades dentro de la tipicidad o atipicidad del mismo*. Además, es necesario incluir la asunción de responsabilidades por parte de los socios con *designación del representante para celebrar el acto y la consecución del objeto negocial*.

Atendiendo al cumplimiento de tales extremos queda evidenciada la jerarquía documental de la *escritura pública*, la que será necesaria, entre otros derechos, para el ejercicio de la *representación*.

Tal acto de reconocimiento no procederá si la sociedad de hecho exhibiere documento constitutivo, indubitado y por escrito de donde surjan tales extremos. No obstante, en ambos casos deberá celebrarse el acuerdo de socios en el que *resuelvan celebrar el acto específico con facultades suficientes*, en forma unánime y mediante un *acta por escritura pública*.

VIII.2. Las sociedades civiles

La Ley 26.994 no reguló el destino de las sociedades civiles constituidas antes de su sanción. Importante doctrina reaccionó frente a tal vacío³³, VÍTOLO y RIVERA, advirtiendo la ausencia de normas que la regulen y en el caso de MA-

33 VÍTOLO, Daniel. “Derecho transitorio aplicable a las sociedades”. La Ley 2015-C, pág. 1025. Rivera, J. C. “El CCyC. Efectos sobre las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, el Dial. com. DCIF 8.7/8/15. Manóvil R. M. “Las sociedades de la Sección IV del Proyecto del Código”. Rev. La Ley del 24/10/12.

NÓVIL proponiendo “La necesaria desaparición de la sociedad civil”.³⁴ RICARDO NISSEN³⁵ adhiere a esta última postura.

Parte de la doctrina societaria propugnó la posibilidad de incluirlas en la receptiva y elástica Sección IV o que la cuestión debiera ser resuelta por el “principio de eficacia temporal” del art. 7º del nuevo Código.

Fundamentan su posición en que se trata de un contrato en *curso de ejecución* por lo que le es aplicable el último párrafo del artículo citado en cuanto expresa: “...las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución...” y en su consecuencia deberá regirse por las normas contractuales y las disposiciones concordantes derogadas del Código Civil (Libro II, Sección III, Título VII).

Bajo su amparo nacieron estas relaciones sin que su actual derogación implique la necesidad de incluirlas como sociedades atípicas ni en ninguna otra de la Sección IVª.³⁶

Como siempre lo hemos hecho, y lo reiteramos en varias oportunidades, *adherimos a los principios fundantes de la continuidad de la empresa* que nos permiten afirmar que las *sociedades civiles*, en los términos expuestos, tienen *plena vigencia*, son *personas jurídicas privadas* reconocidas por el ordenamiento jurídico a que aplican, que se asienta sobre; (i) la *tutela de la autonomía de la voluntad*, (ii) la *subsistencia de la personalidad*, (iii) la *empresa como actividad económica socialmente viable*, (iv) un *régimen sin sanciones* que pertenece a un pasado de intervencionismo estatal desproporcionado y (v) el principio *de la libertad de forma* incorporado al nuevo Código unificado.

También sostenemos el criterio de plena vigencia de lo dispuesto por los arts. 33, 148, 1184 inc. 3 del Código velezano y su régimen de publicidad autónomo *-la escritura pública notarial-* que se vincula con la realidad de nuestra *organización política federal*, donde grandes y pequeñas extensiones de parcelas y establecimientos rurales en plena explotación *se encuentran incluidas en el patrimonio de la sociedades civiles, las actividades profesionales y varios Institutos de enseñanza y capacitación.*

En cuanto a la protección de los terceros que contraten con la sociedad civil la misma queda asegurada. En tal sentido lo sostiene la tesis tutelar del art. 144 del CCyC Ley 26.994 en orden a la inoponibilidad de la persona jurídica

34 MANÓVIL, R. M. “Algunas de las reformas al régimen societario en el proyecto del nuevo Código Cil y Comercial”. La Ley 2012F, pág. 1334.

35 NISSEN, R. *Curso de derecho societario*, Hammurabi, BA, 2015, pág. 93.

36 JUNYENT, BAS, F. y Ferrero Luis F. *Reformas a la ley de sociedades por ley 26.994*, Advocatus, Córdoba, 2015, págs. 141 y 142.

que exorbite el principio de actuar conforme a la ley el orden público, la buena fe y la frustración de los derechos... sea por los socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos... que responderán en forma solidaria e ilimitadamente.

Tampoco existe disposición legal alguna que prohíba su funcionamiento tal como fue concebida. En cambio el anterior Código prevé una norma expresa de subsistencia -sabia norma- en el sentido que la *sociedad civil puede continuar su actividad aún con plazo vencido sin necesidad de nuevo acto escrito, siendo su actividad manifiesta suficiente prueba de existencia y regularidad* (art. 1766 CC).

Reiteramos lo que siempre hemos sostenido, esto es, la necesidad de ser creativos bajo el amparo del principio de la "Libertad económica" recogida y aún vigente por nuestra Constitución Nacional a inspiración de J.B. ALBERDI.³⁷

Por lo tanto la *sociedad civil* constituida y publicitada por el régimen legal del Código Civil velezano tiene *plena capacidad jurídica* para integrar la *constitución, organización y funcionamiento de los contratos asociativos*.

VIII.3. Sociedades unipersonales (SAU, SAS y unipersonales sobrevivientes)

Son sociedades unipersonales: (i) las constituidas conforme a la regulación impuesta por la Ley 26.994 (art. 1º de la LGS) bajo la tipología de las anónimas (SAU); y (ii) las plurilaterales *devenidas por la reducción a uno* del número de socios si no se adoptare otra solución en el plazo de tres meses o las que (iii) se *conviertan en unipersonales* como consecuencia de la exclusión de un socio en las sociedades de dos socios mediando justa causa con los efectos del art. 92 (exclusión, efectos) asumiendo el socio inocente el activo y pasivo de la sociedad, sin perjuicio de la aplicación del art. 94 bis, por virtud como nuevo tipo societario creado por la Ley 27.439 de lo dispuesto por el art. 3 de la LGS y (iv) las *sociedades unipersonales* (SAS).

37 ALBERDI, Juan Bautista. *Escritos Póstumos y Bases*. Libertad escrita y libertad real. Poseer la libertad económica escrita en la Constitución es adquisición preciosa sin la menor duda: pero es tener la *idea*, no el *hecho*; la semilla, no el *árbol* de la libertad. La libertad adquiere cuerpo y vida desde que entra en el terreno de las *leyes orgánicas*, es decir, de las leyes de acción y de ejecución; de las leyes que hacen lo que la constitución *dice o declara* solemnemente. *Mientras dejéis que nuestros gobernadores y presidentes republicanos administren los intereses económicos de la República según las leyes y ordenanzas que debemos a aquellos furibundos enemigos de la libertad de comercio y de industria, ¿qué resultará en la verdad de los hechos? Que tendremos el sistema colonial en materias económicas, viviendo de hecho al lado de la libertad escrita en la Constitución republicana.*

En el caso de la *sociedad de responsabilidad limitada* (indebidamente no incluida en la reforma) si bien el artículo 1º de la LGS la excluye como tipo apto para la unipersonalidad, puede: *a) transformarse de manera voluntaria a la SAU, o b) adoptar el nuevo tipo creado por la Ley 27.349 -SAS-, o c) continuar actuando con plena capacidad sin mengua alguna de su personalidad jurídica*. Constituyendo así el quinto (v) supuesto de *sociedad unipersonal*.

Por lo tanto, todas se encuentran *legitimadas para intervenir en los contratos asociativos*, cumpliendo con las *habilitaciones de los órganos de decisión que componen la voluntad societaria*.

VIII.4. Las sociedades constituidas en el extranjero

Pueden participar en la formación de los contratos asociativos pero deberán a nuestro entender *acreditar la inscripción de representación* dado que los actos comprendidos en el objeto del contrato pueden constituir un *ejercicio habitual*.

La cuestión puede resultar conflictiva dado que por el art. 118 inc. 3º la obligación de la instalación de la representación en el país fue suprimida.

Luego, esa excepción no resuelve los futuros conflictos que puedan presentarse en orden a la aceptación de la sociedad sin representación inscrita, como por ejemplo, por parte del "organismo licitante o concedente" y los organismos tributarios.

En cuanto a la calificación notarial en lo que se refiere al objeto social de estas entidades y su vinculación con los contratos asociativos, es conocida nuestra posición que acompaña a la doctrina mayoritaria en el sentido de que el *objeto social no constituye un límite a la capacidad de la persona jurídica* sino el mecanismo de imputación de los actos celebrados por sus representantes. La sociedad puede celebrar, cumpliendo ciertos recaudos, *operaciones extrañas al objeto*, ello aun cuando el CCyC en su art. 141 las define así: "Son personas jurídicas 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*".

Hemos aconsejado eliminar toda referencia "al cumplimiento del objeto", siendo más que suficiente mantener la enunciación "de los fines de su creación" para resguardar efectivamente los designios de cada uno de ellos.

El tema ha sido tratado en profundidad por la doctrina nacional y específicamente por la notarial. Aquí sólo nos referiremos a algunas cuestiones relacionadas con este trabajo.³⁸

38 BENSEÑOR, Norberto Rafael. "Actos que exceden el objeto social" (en: Academia Argentina del Notariado. Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira, 20. Buenos Aires, junio

Deberá prestar el notario especial atención respecto a la validez de los actos jurídicos celebrados cuando una de las partes esté en estado de cesación de pagos (falencia). Se presentan las siguientes situaciones: i) Actos realizados por un *falente no concursado ni quebrado*: son *válidos* salvo su revocación por fraude (CC art. 961 hoy 338 del CCyC). ii) Actos realizados por un *falente concursado*: son *válidos* salvo su revocación por fraude (CC art. 961, hoy 338 del CCyC) o la declaración de ineficacia (LCQ art. 17). iii) Actos realizados por un falente quebrado: (a) *prequiebra*: son válidos salvo la revocación por fraude (CC art. 961, hoy 338 del CCyC) o la declaración de ineficacia (LCQ arts. 118, 119); (b) *posquiebra*: son válidos salvo la declaración de ineficacia (LCQ art. 109).

Es decir que no todo acto jurídico realizado por un falente es inválido y no cabe desestimar *in limine* el pedido de verificación de un acreedor porque su crédito se generó estando el deudor falente, pues ello implica prescindir del CCyC art. 338 -fraude- y de la LCQ arts. 17, 109, 118 y 119.³⁹

IX. ACTUACIÓN EN NOMBRE COMÚN O DE LAS PARTES. LAS REGLAS DEL MANDATO Y DE LA REPRESENTACIÓN

Otra cuestión trascendente que hace a la *calificación notarial* a fin de determinar la extensión de la responsabilidad de los partícipes y las previsiones que se deben adoptar en el contenido del contrato a formalizar bajo

1990). Benseñor, Norberto Rafael. "Calificación inscriptoria del objeto social" (en: La Ley. Suplemento de la Inspección General de Justicia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, año 5, 1, 4 octubre 2007, págs. 2-3). Otaegui, Julio C. "Objeto social, capacidad societaria y falencia". Publicado en: La Ley 2006-E, 541 - LLBA2006, 1279. "Derecho comercial. Sociedades. Doctrinas Esenciales", 01/01/1900, 91. Pérez Lozano N. "Representación societaria". *Estudios de derecho notarial y registral*, La Plata, FEN, 2005, pág. 77. Aramouni, Alberto. *El objeto en las sociedades comerciales: cláusulas enunciativas; cooperativas; legislación y jurisprudencia aplicables. Modelos típicos*. 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, 259 págs. Suárez Anzorena, Carlos. *Objeto social y estado de liquidación de la sociedad*. Buenos Aires, Universidad Notarial Argentina, 1981, 2 p. Jornada Nacional de Derecho Societario, 2, Buenos Aires, 1981. Solari, Osvaldo S., coord.; Acquarone de Rodríguez, María T.; Benseñor, Norberto Rafael; Cesaretti, Oscar Daniel; Giralt Font, Jaime; Magri, Carmen Silvia Elena; Pérez Lozano, Néstor Oscar; Weisvein, Marta Judith; Heilborn de Lipschitz, Renata Inés. La representación orgánica (en: Revista Notarial. La Plata: Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, año 96, n. 906, enero-junio 1990, págs. 56-84). Urbaneja, Marcelo E. "El objeto y la capacidad de las sociedades comerciales en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", en Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, pág. 157.

39 OTAEGUI J. Ob. cit.

la tutela de la función notarial, la constituye la actuación de las partes en un contrato asociativo.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, dentro de la "Parte General", dispuso en su art. 1445, que "Cuando una parte trate con un tercero en nombre de todas las partes o de la organización común establecida en el contrato asociativo, las otras partes no devienen acreedores o deudores respecto del tercero sino de conformidad con las disposición sobre *representación*, lo dispuesto en el contrato, o las normas de las Secciones siguientes de este Capítulo" (texto literal de la norma).

Entendemos que el artículo 1445 en examen sólo aplica al concepto de *parte otorgante* del contrato o que lo componen en otro carácter.

Es "parte" de un negocio o acto jurídico en los términos del art. 1023 del mismo Código quien: i) lo otorga a nombre propio aunque lo haga en interés ajeno; ii) es representado por un otorgante que actúa en su nombre e interés ajeno y iii) manifiesta la voluntad contractual, aunque ésta sea transmitida por un corredor o por un agente sin representación.

Respecto de *terceros el contrato no le genera obligaciones* ni derechos a invocarlo para que recaigan sobre las partes obligaciones no convenidas, salvo disposición legal (art. 1022 y sgs. del Código citado).

Responde al principio fundante del contrato que sólo tiene efectos entre las partes no así respecto de terceros.

Los contratos asociativos no crean sociedades ni sujetos de derecho, por lo tanto *no le son aplicables las reglas de la representación orgánica*.

Según el tipo de contrato la representación es *voluntaria* y se rige por las *reglas del mandato y por las disposiciones sobre representación* (arts. 358 a 381 CCyC).⁴⁰

Por ello: i) las partes quedan vinculadas si quien actuó lo hizo conforme a las *normas de la representación* antes descriptas o por virtud del contrato asociativo o por disposiciones legales que integran el capítulo, e ii) cuando la parte que se vinculó con los terceros lo hizo sin invocar los presupuestos precedentes y *no obliga ni vincula a las demás partes del contrato que se mantienen ocultas*.

El art. 1445 en examen *no aplica* al *negocio en participación*, dado que el gestor actúa en *nombre personal*, no a nombre de personas o partes ocultas-partícipes (art. 1448). El *gestor o parte aparente no ejerce la actuación representa-*

40 Del CCyC: los actos jurídicos pueden ser celebrados por representante, excepto en los casos que la ley exige que sean otorgados por el titular del derecho. La representación es *voluntaria* cuando resulta de un acto jurídico; es *orgánica* cuando resulta del estatuto de una persona jurídica, es *legal* cuando resulta de una regla de derecho (art. 358).

tiva a la que refiere el art. 1445. Si *actuase el partícipe renunciando a su condición de parte oculta*, dicha situación quedará regulada por el art. 1450 del Código citado, el que expresa que partícipe es el que no actúa frente a los terceros hasta tanto abandone *la apariencia de una actuación común*.

En el *contrato de agrupación en colaboración* aplica el art. 1457 (dirección y administración) el que determina que son aplicables las reglas del mandato a los directores y administradores designados en el contrato o posteriormente, debidamente inscripto.

Tampoco el art. 1445 citado aplica en *el contrato de unión transitoria* dado que el Código en el art. 1465 determina que el contrato debe consignar *representante cuya designación no es revocable sin justa causa, excepto decisión unánime*. El art. 1466 completa dicha representación estableciendo la inscripción del representante en el Registro Público que corresponda. Dicha inscripción, por su carácter declarativo, hace oponible a los terceros dicha representación.

Por último es de aplicación el art. 367 CCyC que regula *el principio de la representación aparente*: "...Quien *indujera* a un tercero a celebrar un acto jurídico *dejándolo creer razonablemente* que negocia con su representante, *sin que haya representación expresa*, se entiende que ha otorgado *tácitamente* poder suficiente...". A tal efecto se *presume* cuando el acto se consuma por: i) por el *administrador de un establecimiento abierto al público*, ii) los *dependientes que se desempeñan en el establecimiento* e iii) los *dependientes encargados de entregar mercaderías*. En tales casos se entiende que se ha otorgado poder suficiente.

También el Código se refiere *a la apariencia de una actuación común* en el art. 1450 (negocio en participación).⁴¹

X. RÉGIMEN DE LA NULIDAD

En los *actos plurilaterales* los sujetos que integran el negocio *siempre persiguen la consecución de un fin*, sin perjuicio de crear obligaciones y regular conductas que se adapten al contrato que están celebrando. Para esos casos, la preservación del contrato y la continuidad de sus efectos para el logro del fin común, se constituyen en presupuestos esenciales.

A tales fines el legislador ha regulado en forma autónoma el instituto de la nulidad de los contratos asociativos con más de dos partes.

41 GORDILLO, Antonio. *Anuario de derecho civil*. "La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)". Con prólogo de J. B. Jordano Barea. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1978, 502 págs. Pág. 478. 2. "Apariencia jurídica y representación".

Academia Nacional del Notariado

Respecto de la *nulidad del contrato asociativo*, mantuvo el criterio de la llamada “nulidad vincular” del art. 16, 1º párrafo, LSC (conf. art. 1443, CCyC), circunscribiendo sus efectos *únicamente a la parte afectada por la invalidez*.

De no resultar del contrato *al menos tres partes constituyentes* no se aplicaría la solución del art. 1443 citado, sino las normas de los arts. 386 a 392 sobre *nulidad de los actos jurídicos*. También se debe prever el caso de *incumplimiento y la resolución del contrato* (art. 1083), todos del Código citado.

En el primer supuesto (tres partes) la nulidad del contrato no se produce en caso de existir alguna causal de nulidad que *afecte sólo a una de las partes*. También prevé el caso de incumplimiento del contrato por una de las partes, y en tal supuesto no excusa el de las otras.

La norma prevé que si el que *ha incumplido o la parte que provocó la nulidad* sea integrante necesario e imprescindible para la realización del objeto del contrato *éste perderá toda eficacia* (art. 1443 CCyC).

Conclusión: es correcta la solución del legislador en este instituto respecto de los contratos plurilaterales con más de dos partes, dado que resolvió *no aplicar el régimen civil de las nulidades* por la naturaleza del contrato de organización que persigue un fin común al que debe asistirse con una regulación distinta y propia que *preserve el contrato y sus fines*.

Aún cuando la normativa es suficiente también corresponde al notariado, al momento de la formación del contrato, hacer conocer a las partes la nueva normativa, dado que no sólo modula y crea el contrato sino que lo hace también en actitud docente. Más aún cuando una de ellas es parte insustituible para el logro del fin propuesto. Deberá así expresarlo en el contrato en términos claros y concisos.

XI. FORMA. LIBERTAD DE CONTENIDOS. INSCRIPCIÓN

Tres presupuestos normativos:

Los contratos a que se refiere este Capítulo *no están sujetos a requisitos de forma* (art. 1444 CCyC).

Las partes tienen *libertad para configurar estos contratos* con otros contenidos (art. 1446 Código citado); y

Aunque la inscripción esté prevista en la ley, la no inscripción de estos contratos produce efectos entre las partes (art. 1447 CCyC).

i) Forma

Por tal virtud se trata de contratos *no formales*, pero para los contratos de agrupaciones de colaboración (art. 1455) de uniones transitorias (art. 1464) y de

consorcios de cooperación (art. 1473) el Código impone que los mismos deban instrumentarse por escritura pública o por instrumento privado con firmas certificadas notarialmente.

Aun cuando los negocios en participación puedan pactarse verbalmente, no conozco un solo caso, incluso en el ámbito de los negocios agrícola-ganaderos que no se hayan celebrado por escrito y en soporte papel.

Es del caso recordar aquí que “las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley” (art. 284) y que la expresión escrita puede hacerse constar en *cualquier soporte*, siempre que su contenido sea representado mediante texto inteligible (que puede ser comprendido o entendido) aunque su lectura exija medios técnicos (art. 286 del CCyC).

ii) Libertad de contenidos

A la libertad de forma se suma la *libertad de contenidos*. Ello es así por aplicación del principio de la autonomía privada. Constituyen sus límites naturales *la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres*.

Respetados éstos, las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido.

Al decir de JOSEPH ESSER... “el orden normativo dispone de normas abiertas, estándares que permiten a través de la tópica, interpretar no axiomática sino problemáticamente la realidad negocial. La característica de estas normas abiertas es la *ductilidad, su poder de influencia en la vida social, como las nociones de dolo, culpa, fraude, buena fe, orden público, equidad a las que podemos agregar el orden público, la moral y las buenas costumbres...*”.⁴²

La complejización de las relaciones interempresarias, de los intereses económicos y su inserción en el campo de los contratos con efectos sustanciales e impositivo-tributarios, *requiere de una mayor profesionalización jurídica para crear un instrumento constitutivo y regulatorio de todos los derechos*.

Profesionalización que alcanza a la relación interdisciplinaria. He aquí el espacio donde el notario despliega su mayor valor, esto es *la creación de un derecho no estatal*.⁴³

La libertad de contenidos propuesta tiende a la satisfacción de una amplia gama de necesidades. Dicha actividad es *dinámica y creativa y dará lugar a*

42 ESSER, J. “Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado”. Rezzónico, Juan C. “La buena fe como norma abierta para la interpretación de los contratos y límites a la interpretación”. LL 1983.C-270.

43 EHRLICH, Eugen. “Fundamentos de la sociología del derecho”. Ob. cit.

los llamados contratos atípicos o innominados, los que encuentran como norma de contención al art. 1004 (objeto prohibido) y como normas de exclusión que el contrato confunda la asociatividad con la materia societaria habida cuenta de la existencia de "sociedades no constituidas con sujeción a los tipos del Capítulo II, que quedarán regidas por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo (arts. 21 al 27)".

iii) La inscripción registral

Los contratos no inscriptos pero cuya inscripción es ordenada por la ley, igual producen efectos entre las partes (art. 1447 CCyC).

Como primera aproximación con satisfacción advertimos que en esta materia, como en otras, el Código abandonó el sistema constitutivo adoptando un *registro de oponibilidad a terceros mediante un sistema declarativo*.

No obstante en los contratos de agrupaciones de colaboración, uniones transitorias y de consorcios de cooperación se requiere la inscripción del contrato como de los administradores y representantes (arts. 1455, 1466 y 1473 CCyC).

Disentimos con parte de la doctrina⁴⁴ que asegura que la inscripción de estos contratos en el Registro Público, lo es para que dicho organismo realice el *control de legalidad respecto de los requisitos exigidos por el Código*.

Para ello deben ser controlados el objeto, la participación y las obligaciones que asumen las partes. Por supuesto luego aclaran que dicho control debe ser flexible.

Sólo se justificaría ese control cuando su constitución se formalice por instrumento privado. No accede a la potestad calificador del Registro el contrato celebrado por escritura pública con la calificación expresada mediante dictamen del notario en la misma escritura pública (*Capítulo legitimación*) donde se califican todos los actos legitimantes y habilitantes.

En un régimen democrático y republicano el estado no puede calificar ni revisar los contratos concebidos en el ámbito de la voluntad privada, con libertad de forma y de contenidos (tesis de los fundamentos de elevación del proyecto de CCyC).

Tanto en la Provincia de Buenos Aires como en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los respectivos organismos de control y registración (DPPJ e IGJ) mediante sendas resoluciones administrativas (51/2012 act. 45/2015 y 7/2005, respectivamente), regulan el procedimiento inscriptorio.

44 ZALDÍVAR, Manóvil y Ragazzi. Ob. cit., págs. 92/93, N° 101.

A los efectos de la calificación notarial y registral se transcriben los requerimientos documentales exigidos por la Dirección Provincial de Personas Jurídicas (RG 45/2015)⁴⁵ y por la Inspección General de Justicia (RG 7/2015)⁴⁶.

XII. DE LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS EN PARTICULAR

XII.1. Negocios en participación

En la Sección 2ª del Libro III, Título IV, el CCyC (arts. 1448 a 1452) regula este contrato asociativo. La trascendente reforma legislativa produce un cambio sustancial respecto del anterior art. 361 de la Ley 19.550.

La norma derogada que lo regía lo concibió como *sociedad accidental o en participación* aunque carecía de personalidad jurídica y no era sujeto de derecho.

Su *objeto* consiste en la realización de una o más operaciones determinadas a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del gestor. No tiene denominación, no está sometido a requisitos de forma, ni se inscribe en el Registro Público, se eliminó el carácter de “*transitoriedad*” de las operaciones y la mención del requisito de forma, es producto de la regulación de la parte general (art. 1448).

Se eliminó, en cuanto a las partes *la designación*, como socios gestor y socio no gestor mutándolo por el *gestor* y el *partícipe*, respectivamente. La reforma despeja toda duda entre esta figura y los sujetos societarios.

En lo demás aplican los arts. 1448 (definición) y 1449 que regula los derechos y obligaciones que adquieren los terceros sólo respecto del gestor, quien asume responsabilidad ilimitada o, si es plural, serán además solidariamente responsables.⁴⁷

Respecto del *partícipe* y su no actuación frente a terceros y la infracción a la norma si se exterioriza la apariencia de una actuación común (art. 1450) ya se trató precedentemente, como así también la regulación del derecho de *información y rendición de cuentas* y el *límite de responsabilidad por las pérdidas* que no podrán superar el aporte formalizado (art. 1452).

45 Ver ANEXO 1 del presente trabajo.

46 Ver ANEXO 2 del presente trabajo.

47 Ver V. El *partícipe* entrega al gestor una *aportación que no se incorpora a un patrimonio común*, como sería en la sociedad, sino que ingresa al patrimonio personal de dicho gestor. *No crea sujeto de derecho*, carece de denominación y de domicilio social en el negocio en colaboración no está presente la *affectio societatis* o el *ius fraternitatis* peculiar de la sociedad.

El negocio en participación no constituye sociedad (arts. 1448 a 1452).

El art. 366 de la Ley 19.550 disponía que se le aplicaban a este negocio las reglas de la sociedad colectiva, aportando más confusión al instituto.

Elementos distintivos en el nuevo Código:

El partícipe entrega al gestor una *aportación que no se incorpora a un patrimonio común*, como sería en la sociedad, sino que ingresa al patrimonio personal de dicho gestor.

No crea sujeto de derecho, carece de denominación y de domicilio social. En el negocio en colaboración no está presente la *affectio societatis* o el *ius fraternitatis* peculiar de la sociedad.

El maestro JAIME ANAYA se había anticipado a la doctrina afirmando que el negocio en participación no constituía sociedad por la *falta de gestión común*.

La actuación del gestor y del partícipe. Derecho a la información

En este tema trascendental las *sociedades en comandita por acciones y el negocio en participación*, participan de la misma estructura jurídica en punto a la actuación del *socio comanditario y del partícipe* generando mayor confundibilidad entre estos contratos, así como de la eximición en el caso de requerir *información, examen, inspección, vigilancia, verificación y opinión o consejo que no significa inmiscuirse en la administración* (arts. 136,137 y principios del art. 55 de la LGS y art. 1451 en el negocio en participación).

En las *sociedades en comandita por acciones* las facultades de los socios comanditarios se ven condicionadas por normas que le *impiden inmiscuirse* en la administración bajo pena de su *responsabilidad solidaria e ilimitada* extendida a los actos en que no hubiera intervenido cuando su actuación administrativa fuere habitual. En tal caso no sólo obligan a la sociedad sino también al contratante con la sociedad (arts. 136 y 137 LGS).

Mas el legislador no quiso dejarlos a merced de los administradores determinando que los actos de examen, inspección, vigilancia, verificación y opinión o consejo, no constituyen infracción. Principio general consagrado en el art. 55 de la LGS.

En el *negocio en participación* existe la misma estructura. En tanto no se exteriorice *una actuación común y el partícipe no actúe frente a terceros* sólo el gestor o los gestores responden ilimitada y solidariamente.

No debe entenderse que el partícipe actúa en infracción cuando ejerce el derecho a la información sobre la documental relativa al negocio, de solicitar la rendición de cuentas en la forma y el tiempo pactados y, en su defecto, lo será anualmente. Así lo habilita la norma del art. 1451 del CCyC.

Mejorar o hacer exitosas las actividades del gestor o sociedad gestora hace al objeto-fin de este contrato, dado que el partícipe espera su mejor resultado para obtener más beneficios.

También denominados “cuentas participativas”, su aplicación es múltiple y atractiva. Imaginemos una empresa recién nacida al mundo de los productos alimenticios innovativos, los cuales puede ya mostrar, necesitada de financiamiento como capital operativo para expandirse en el mercado, abrir sucursales y emprender nuevos negocios de envergadura en base a un sólido plan de negocios. Esta empresa necesita atraer aportantes para tales fines sin necesidad de incorporar a esas personas como socios, que es precisamente lo que no quieren.

Para ello, le ofrecen a los aportantes “cuentas de operaciones” explicando pormenorizadamente como se emplearán esos fondos, atrayendo capitales de quienes quieran participar de un porcentaje de los resultados y no de un interés fijo o variable. Es decir, correr el alea del negocio en busca de mejores resultados, con mayores riesgos.

De lo contrario estaríamos frente a un *mutuo* o con precisión en un *mutuo participativo* con cláusulas especiales en el que la tasa de interés consiste en una parte o un porcentaje de las utilidades del negocio o se calcula una tasa variable de acuerdo con ellos; que el mutuante tenga derecho a recuperar su capital o percibir intereses sólo de las utilidades o ingresos resultantes del negocio y no de otros bienes del deudor o mutuario. Este debe dar a los fondos un destino determinado.

Estos supuestos de mutuo especial están legislados en el contrato de mutuo (art. 1531) y nada tiene que ver, aun cuando algunas veces se confundan, con las cuentas participativas, pues en el préstamo se mantiene la obligación de devolver aunque hubiere quebranto, lo que *no existe en el negocio en participación*.

A nuestra figura la asiste un principio distinto, la confianza en la fuerza comercial, industrial o empresaria del gestor, a cuyo patrimonio se incorporan las “aportaciones comunes”, y por tanto éste -o éstos- responden respecto de los terceros que se vinculen con su patrimonio.

El notario deberá redactar, definir y modelar una relación económica transparente. Los *partícipes aportantes* tendrán en claro que no lo hacen en calidad de socios sino que su interés reside solo en financiar negocios específicos, lo que así quedará declarado en la introducción del contrato. Que además tomen conocimiento expreso que pueden perder el aporte asumiendo expresamente dicho riesgo. Se les informará acerca del derecho a la información, rendición de cuentas anuales o las que fije el contrato, así como de los beneficios participativos de los negocios en el carácter de utilidad pactada.

De ahí que las *normas internas operativas* que se pacten con total libertad habrán de constituirse en una herramienta fundamental para la operatoria y protocolo contable.

No se trata de un negocio oculto en el que no se conozca el apoyo económico, lo que no implica para nada ejercer una gestión común y/o la intervención personal del partícipe con o sin anuencia del gestor, lo que le está expresamente prohibido y le acarreará responsabilidades extraordinarias.

XII.2. Contratos de agrupación de colaboración y uniones transitorias

Disposiciones comunes.

Bajo la denominación de *agrupación de colaboración empresaria y la unión transitoria de empresas*, estos contratos fueron incorporados a la Ley 19.550 de sociedades comerciales a expensas de la Ley 22.903, bajo el capítulo denominado "contratos de colaboración empresaria" (arts. 367 a 383).⁴⁸

La agrupación de colaboración (arts. 1453 a 1462) y las uniones transitorias (arts. 1463 a 1469), tal como se los define en la nueva preceptiva legal, tienen por finalidad, en el primero de los contratos, hacer *más eficientes las actividades de sus miembros* además de *perfeccionar o incrementar sus resultados*.

En las uniones transitorias lo serán el desarrollo o ejecución de obras, servicios y suministros concretos y, cuando *deban participar en concursos o licitaciones, aumentar la capacidad de obra y gestión, sumando sus patrimonios netos para satisfacer estándares de responsabilidad*.

Ambos *derivan los beneficios a los componentes* quienes liquidará por separado y en cabeza de sus partícipes, los tributos de que son objeto los beneficios gravados con el Impuesto a las Ganancias, sin perjuicio de los que se liquiden durante la gestión (IB e IVA) que serán también deducidos de los resultados.

En las *uniones transitorias el elemento que las distingue es un emprendimiento determinado en común*.

48 Estos contratos pertenecen al género de los *join venture* anglosajón, al *grupo de interés francés*, los *consorcios italianos y brasileros*, las *agrupaciones de empresas y uniones temporales de empresas* de España. Se inserta en los grupos de colaboración con finalidad cooperativa y mutualista complementaria destinada a auxiliar la fuerza comercial de las empresas sin que pierdan individualidad económica ni jurídica. Sus resultados son partibles en forma de utilidad para cada partícipe.

Tampoco dan lugar a la formación de un sujeto de derecho ni sociedad alguna. En efecto, entre sus participantes no se establece una relación jurídica como la que hay entre socios o entre éstos y una sociedad, no hay organicismo alguno, el riesgo o el alea negocial no son necesariamente comunes.⁴⁹

Por estos contratos las partes *crean una organización común manteniendo su independencia jurídica y autonomía gerencial.* Deciden voluntariamente participar en la consecución de un objetivo común, disponiendo de sus respectivas fuerzas productivas para mejorar sus resultados.

El contrato de agrupación “*intuitu personae*”, tal como los concibió la Ley 22.903 y lo confirma el nuevo Código tiene una *filosofía y una finalidad cooperativa o mutualista.* Su objetivo será satisfacer intereses empresariales de los participantes individualmente considerados y propender a dar un beneficio indirecto a los mismos y de ninguna manera puede tender a condicionar o intervenir en el obrar de las empresas que la conforman.

Un punto de contacto entre estas convenciones lo constituye *la unidad de decisión* propia de ambos tipos.

Con la particularidad de que las *agrupaciones de colaboración ostentan una administración y dirección única,* ya sea unipersonal o plural (art. 1457 PCCyC), y en las *uniones transitorias* la dirección se materializa bajo la figura del “representante” *con poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para el ejercicio de los derechos y contraer obligaciones compatibles con el objeto contractual* (art. 1465 PCCyC).

Respecto de la estructura de ambos contratos, destacamos que si bien se conserva la opción de formalizarlo por instrumento público o privado, la nueva norma exige para éste último caso, la certificación notarial de la firma de los otorgantes (arts. 1455 y 1464 CCyC), y su correspondiente inscripción en el llamado “Registro Público” (no nato).

La norma pone en cabeza del Registro la obligación de remitir copia del contrato (que deberá adjuntar el notario) con la constancia de inscripción al órgano de aplicación del régimen de *defensa de la competencia.*

Elementos constitutivos diferenciales.

1) Denominación: en los contratos de *agrupación de colaboración* se forma con un nombre de fantasía integrado con la palabra “agrupación” (art. 1455 ap. c).

En las *uniones transitorias* a los nombres de algún, o algunos de los componentes o de todos, se le debe agregar “unión transitoria” (art. 1464 ap. c).

⁴⁹ ZALDÍVAR; Manóvil; Ragazzi. *Contratos de Colaboración empresarial...* Abeledo Perrot, 2ª.Ed.

2) Objeto: en la *agrupación de colaboración* consiste en facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros y perfeccionar o incrementar sus resultados (arts. 1453 y 1455 ap. a).

En las *uniones transitorias* consiste en el desarrollo o ejecución de obras, servicios y suministros concretos y determinados y/o accesorios al objeto principal (arts. 1463 y 1464 ap. a).

3) Plazo: en la *agrupación de colaboración* salvo prórroga tiene un plazo máximo de 10 años (art. 1455 apartado b).

En las *uniones transitorias* es igual al de ejecución de la obra o suministros (art. 1464 b).

4) Administración: en la *agrupación de colaboración* el contrato debe designar a una o más *personas humanas* o, en su defecto, designarlas posteriormente (art. 1457). La representación se rige por las "reglas del mandato" o sea que *no existe representación orgánica*.

En las *uniones transitorias* se designa en el contrato y se rige por el derecho representación conforme a los poderes de cada uno de los miembros con relación al desarrollo o ejecución de su objeto y los derechos y facultades se ejercerán conforme a los mismos (art. 1465).

5) Mayorías: en la *agrupación de colaboración* las resoluciones relativas a la realización del objeto se adoptan por mayoría absoluta de los partícipes, salvo disposición contraria prevista en el contrato (art. 1456).

En las *uniones transitorias* se adoptarán por unanimidad a excepción que el contrato prevea lo contrario (art. 1468).

6) Impugnación: sólo puede fundarse en la *violación de disposiciones legales o contractuales*. La acción debe ser dirigida *contra cada uno de los integrantes* de la agrupación y plantearse *ante el tribunal del domicilio fijado en el contrato* dentro de los *treinta días de haberse notificado fehacientemente la decisión de la agrupación*.

Con la nueva redacción queda aclarado que no se demanda a un sujeto de derecho sino a los cocontratantes.

7) Reuniones o consultas: el Código organiza como medio para recibir impugnaciones o informes las reuniones o las consultas que deben celebrarse por los participantes cada vez que lo requiera un administrador o cualquiera de los participantes.

8) Reforma: no puede modificarse el contrato sin el consentimiento unánime de los participantes.

9) Responsabilidad: en la *agrupación de colaboración* los participantes responden ilimitada y solidariamente respecto de los terceros por las obligaciones que sus representantes asuman en nombre de la agrupación (art. 1459).

En las *uniones transitorias* no se presume la solidaridad de los miembros por los actos y operaciones que realicen en la unión transitoria ni por las obligaciones contraídas frente a los terceros (art. 1467).

7) Extinción: en la *agrupación de colaboración* provocan la extinción del contrato la quiebra, incapacidad o muerte, salvo que los demás partícipes decidan continuar con el contrato. Además éste se extingue por decisión de los partícipes, por expiración del plazo y por reducción a uno el número de partícipes (art. 1461 inc. d). También serán causal de extinción las *prácticas prohibidas* constatadas por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia debidamente sustanciadas y resueltas.

En las *uniones transitorias* esos acontecimientos no provocan la extinción del contrato que continua con los restantes partícipes, excepto que ello resulte imposible fáctica o jurídicamente. El contrato se extingue por consecución de su objeto o imposibilidad de ejecutarlo, la expiración del plazo, decisión unánime de sus miembros o por reducción a uno de los mismos (art. 1478 *in fine*).

8) Fondo común operativo: en la *agrupación de colaboración*, el Fondo Común Operativo se forma por las contribuciones y los bienes que con ellas se adquieran. Se mantendrán indivisos y los acreedores particulares de los partícipes no pueden hacer valer sus derechos sobre ellos (art. 1458).

Los bienes aplicados al uso en común no pertenecen ni están registrados a nombre de la agrupación, dado que no es persona jurídica. Se constituye así un condominio “imperio legis” y contractual con pacto de afectación especial e indivisión.

Las medidas precautorias-cautelares que los acreedores individuales intenten sólo afectan las participaciones de los componentes.

En las *uniones transitorias* el Fondo Común Operativo se forma con las contribuciones de los partícipes que se establezcan en el contrato y los modos de financiar las actividades comunes (art. 1464 inc. f). Los contenidos del contrato se regulan y establecen en dicho artículo.

A modo de colaboración se ofrece un contrato de UT, sobre un caso real.⁵⁰

XII.3. Agrupamiento de colaboración

Este contrato es el que más hemos utilizado en nuestra vida profesional. La *actividad agropecuaria* es la que más lo requiere y adapta.

50 En razón de su extensión, el contenido completo del modelo se reproduce al final de este trabajo como ANEXO 3.

Academia Nacional del Notariado

El acceso a bienes de alta tecnología y el valor económico que tiene la maquinaria agrícola en el mercado y su utilización periódica que responde a abastecer los ciclos naturales de siembra y cosecha, hace que permanezca durante largos períodos, bajo guarda y mantenimiento.

Teniendo en cuenta que acceder a dicha maquinaria como a otras herramientas necesarias para llevar a cabo la labor de los chacareros y/o contratistas y/o medianos productores *no sólo es costoso sino que implica la posibilidad de ser compartidos* sin alterar su operatoria individual ni su independencia jurídico-económica, hace que éstos recurran al asesoramiento técnico y jurídico para resolver dicha ecuación económica.

Otro caso consistió en que un grupo de profesionales egresados de la Facultad de Agronomía para ejercer su profesión en forma individual necesitaban de la instalación de un laboratorio para el análisis de suelo, agua, malezas y otras aplicaciones que requería ser provisto de un costoso instrumental con tecnología de última generación. Meta que logró adoptando un contrato de agrupamiento de colaboración. Se advirtió luego de su instalación que la administración del servicio podía ser abastecida por una organización común (atención permanente de las comunicaciones, administración y facturación electrónica) lo que motivó la ampliación del contrato a dichas actividades y así fue implementado con total éxito.

Otro caso: un profesional que generó un sistema informático a los efectos de abastecer información, desarrollo de productos del mercado de seguros, costos, distintas prestaciones asegurativas, facturación del servicio y su administración, se agrupó con la entidad gremial que representa los intereses de los agentes extintores de seguros, para comprometer y utilizar en forma exclusiva la aplicación del producto con reconocimiento de su propiedad intelectual a los efectos que los mismos adhieran al sistema operativo mediante el pago del canon correspondiente y conforme a lo pactado en el contrato de colaboración.

Así, podría traer aquí muchos ejemplos aplicativos a este tipo de contrato, que siguen operando normalmente y ampliándose sin conflicto alguno.

El art. 1453 lo define así: "Hay contrato de agrupación de colaboración cuando las partes establecen una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades".

Dicha norma se completa con la preceptiva de la parte general (arts. 1442 al 1447 del CCyC), de ahí la innecesaria descripción del derogado art. 367 de la LSC TO Ley 22.903). La reforma es sustancial y responde al nuevo concepto abierto de los contratos asociativos.

Dicha caracterización estructural se enriquece con la ausencia de finalidad lucrativa para el agrupamiento, cuyos beneficios recaen directamente en el patrimonio de las partes o partícipes agrupados o en su caso consorciadas.

El nuevo Código reitera y refuerza la *limitación prohibitiva* de delegar en la agrupación bajo forma alguna la facultad de ejercer funciones de dirección sobre la actividad de sus miembros.

Orgánicamente el Código establece la *forma y contenido del contrato* (art. 1455) que, reiteramos, es enunciativo y no taxativo dado que para el logro de los objetivos comunes que justifican la agrupación, deja en manos de la autonomía privada la regulación que mejor se adapte a la ejecución y consecución de su objeto.

La *intervención del notario se hace necesaria*, sea como autor del documento por escritura pública, sea interviniendo en el instrumento privado, para la certificación de las firmas de los partícipes.

El art. 1455 determina el contenido del contrato. Agrego a este trabajo un ejemplo de la parte introductoria de un contrato de agrupamiento de colaboración (se incluye al final como ANEXO 4). De ahí se desprende la necesidad de que el exordio se constituya en parte neurálgica de estos contratos.⁵¹

El *plazo de duración* es de 10 años y en caso de *omisión* su conclusión igualmente operará a los diez años. Antes de su vencimiento puede *prorrogarse por decisión unánime* de los participantes por sucesivos plazos de hasta diez años.

51 *El contrato debe contener*: **a.** el objeto de la agrupación; **b.** la duración, que no puede exceder de diez años. Si se establece por más tiempo, queda reducida a dicho plazo. En caso de omisión del plazo, se entiende que la duración es de diez años. Puede ser prorrogada antes de su vencimiento por decisión unánime de los participantes por sucesivos plazos de hasta diez años. El contrato no puede prorrogarse si hubiese acreedores embargantes de los participantes y no se los desinteresa previamente; **c.** la denominación, que se forma con un nombre de fantasía integrado con la palabra “agrupación”; **d.** el nombre, razón social o denominación, el domicilio y los datos de inscripción registral del contrato o estatuto o de la matriculación e individualización, en su caso, de cada uno de los participantes. En el caso de sociedades, la relación de la resolución del órgano social que aprueba la contratación de la agrupación, así como su fecha y número de acta; **e.** la constitución de un domicilio especial para todos los efectos que deriven del contrato de agrupación, tanto entre las partes como respecto de terceros; **f.** las obligaciones asumidas por los participantes, las contribuciones debidas al fondo común operativo y los modos de financiar las actividades comunes; **g.** la participación que cada contratante ha de tener en las actividades comunes y en sus resultados; **h.** los medios, atribuciones y poderes que se establecen para dirigir la organización y actividad común, administrar el fondo operativo, representar individual y colectivamente a los participantes y controlar su actividad al solo efecto de comprobar el cumplimiento de las obligaciones asumidas; **i.** los casos de separación y exclusión; **j.** los requisitos de admisión de nuevos participantes; **k.** las sanciones por incumplimiento de obligaciones; **l.** las normas para la confección de estados de situación, a cuyo efecto los administradores deben llevar, con las formalidades establecidas por este Código, los libros habilitados a nombre de la agrupación que requiera la naturaleza e importancia de la actividad común.

El contrato *no puede prorrogarse* ante la presencia de acreedores *embargantes de los participantes*, sin el previo levantamiento de la medida en el Registro de la Propiedad. De lo que se desprende que para los efectos de la prórroga del plazo, deberá solicitarse certificado de anotaciones personales de los partícipes y de dominio sobre los registrales adquiridos para los partícipes con el fondo operativo del agrupamiento, que determinen la inexistencia de estas medidas precautorias.

La inscripción es declarativa con efectos de *oponibilidad a terceros*. Si éstos tuvieren conocimiento expreso del contrato, les podrá ser oponible.

La reforma mantiene la obligación de acompañar copia la que con su inscripción consignada le será remitida a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

El notario deberá actuar con la *máxima prudencia y técnica contractual*. Además de instrumentar una introducción que explicita y muestre la intención, motivos, causas y objetivos que persiguen sus participantes con este contrato, *debe precisar su objeto con la mayor amplitud y determinación que el mismo requiera*.

Del contrato debe resultar en *forma precisa e indubitada que no constituye sociedad o persona jurídica* alguna, explicitando la intención de las partes y la ausencia de los componentes que tipifican o determinan la personalidad jurídica.

Asimismo la actividad del agrupamiento no podrá exorbitar ni desviar *los fines del contrato ni ejercitar actos que por su naturaleza sólo lo pueden hacer aquellos entes dotados de personalidad jurídica*.

Ello puede determinar la *extinción del contrato*, así como lo será la comprobación de *prácticas prohibidas* por parte de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

Al agrupamiento le queda vedado realizar contratos o actos con terceros para *obtener lucro, remuneración o resultado económico alguno*. Sólo bajo ciertas circunstancias y previsiones contractuales los *podrán realizar los socios*.

La identificación, determinación y desarrollo del objeto en el contrato de la agrupación es fundamental, constituye la causa fin del negocio de organización y permitirá calificar al mismo, su *compatibilidad con la estructura jurídico-económica* del agrupamiento y establecer sus límites, conforme han sido explicitados precedentemente.

El contrato deberá prever el *cierre de los ejercicios contables* estableciendo un día de un mes de cada año, sin perjuicio de prever períodos más cortos. La agrupación por medio de sus administradores deberán *confeccionar sus estados de situación para ser sometidos a decisión de los participantes en la reunión* citada al efecto dentro de los 90 días posteriores al cierre de cada ejercicio.

Los beneficios o pérdidas o, en su caso, los ingresos y gastos de los participantes derivados de su actividad, pueden ser imputados al ejercicio en que se producen o a aquel en el que se aprueban las cuentas de la agrupación.

Se deben establecer mediante protocolo separado las *reglas contables sobre la confección y aprobación de los estados de situación patrimonial, atribución de resultados y rendición de cuentas y la participación patrimonial de cada uno de los partícipes y su afectación impositiva*. Exige llevar contabilidad con técnicas adecuadas y además la necesidad de labrar las actas de las deliberaciones dadas en las reuniones que se realicen, así como de las resoluciones que se adopten.

La resolución parcial no voluntaria del vínculo la regula el art. 1462 del CCyC, por *exclusión* de cualquier participante. No obstante el *contrato podrá establecer* otras causas y procedimientos. En todos los casos la decisión debe ser unánime de los demás partícipes. Son causales: contravención habitual de sus obligaciones, perturbación del funcionamiento de la agrupación o incumplimiento grave.

Se agrega que cuando el contrato *sólo vincula a dos personas*, si una incurre en alguna de las causales indicadas, el otro participante puede declarar la resolución del contrato y reclamar del incumplidor el resarcimiento de los daños.

En cuanto a la exorbitación de los contratos asociativos, dado que aplican tanto al agrupamiento de colaboración como a la unión transitoria y al consorcio de cooperación, el tema se referido más adelante.

XII.4. Los consorcios de cooperación

Con la sanción de la Ley 26.005 un sector de la doctrina entendió que daba lugar a la formación de una sociedad. Se fundó en que el art. 6º in fine de esa ley a la falta de inscripción del contrato de constitución le eran *aplicables las reglas de la sociedad de hecho*.

La determinación negativa del art. 1442 y la regulación de los artículos 1470 a 1478 del Código unificado y la derogación de la remisión del art. 6º in fine de la Ley 26.005 a la aplicación analógica de los principios de la sociedad de hecho, terminan con el disenso, *no existe sociedad ni crea personalidad alguna*.

Los *consorcios de cooperación* nacen a expensas de la Ley 26.005 (10 de enero del año 2005), por la cual las personas físicas o jurídicas, domiciliadas o constituidas en la República Argentina, podían constituir por contrato "Consorcios de Cooperación" estableciendo una organización común con la finalidad de facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros, definidas o no al momento de su

constitución, a fin de mejorar o acrecentar sus resultados. El artículo 2º determina que los “consorcios de cooperación” que se crean por la presente ley *no son personas jurídicas, ni sociedades, ni sujetos de derecho*. Tienen naturaleza contractual con “comunidad de fin que no sea sociedad”.

Los “consorcios de cooperación” han nacido al amparo de regímenes de promoción, no siendo el único tipo contractual que pueda acceder a dichos beneficios.

Así en la actividad de la *exportación*, dada la necesidad de unir fuerzas de estructuras económicas, industriales, productivas, de volumen, de calidad y de clasificación técnica de los productos, este contrato asociativo por su facilidad de constitución e inscripción resulta privilegiado.⁵²

La llamada ley de Fomento a las PyMES (ley 27.264, regl. por decreto 1101/16), receta a todo el régimen asociativo hoy enriquecido por la 27.349 por la cual se crea un nuevo tipo societario, *la sociedad anónima simplificada (SAS)* que permite instalar en la vida económica argentina la “auténtica” *sociedad unipersonal*.

Este tipo societario se espeja en la *sociedad anónima europea*⁵³. Esta normativa hace socialmente viable a las empresas que se contienen y organizan a expensas de una serie de beneficios fiscales. La cuestión a resolver es si a estos contratos asociativos y a las actividades que desarrollan, le son extensibles los mismos beneficios, por el principio de igualdad y justicia tributaria.

El Código unificado corrige y elimina la recurrencia analógica a la sociedad de hecho al incluir al consorcio de cooperación en el Capítulo 16º como una especie de los contratos asociativos.

El art. 1470 del CCyC define así a los consorcios de cooperación: “Hay contrato de consorcio de cooperación cuando las partes establecen una organización común para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados”. La norma le *niega personalidad jurídica a esta figura consorcial* así como su calidad de *sociedad y sujeto de derecho*.

52 La Ley 27.264 (Programa de recuperación productiva) Ley 27.264 (modifica la leyes 23.101 y 2510 concretos beneficios de carácter impositivo y crea el Registro PyMES para acceder a los mismos. Este contrato en examen en punto a las exportaciones constituyen una herramienta insustituible y superior por su simplicidad con la concentración societaria.

53 En 2001, se promulgaron las dos normas específicas de régimen de la *Sociedad Anónima Europea*, el Reglamento (CE) 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprobó el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE). Sólo trascendió a la cátedra en el seno de la UNA, donde con Norberto Benseñor pudimos investigar su preceptiva. Los momentos políticos no fueron propicios.

Su finalidad surge claramente del artículo transcrito: “procurar una organización común a los efectos de *facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones que guarden relación con la actividad propia de cada miembro* obteniendo como consecuencia la mejora o acrecentamiento de sus resultados y en ciertos proyectos haciéndolos posibles.

Los efectos aplicativos son: *reducir costos comunes, ejercer actividades complementarias, procurar una integración económica, desarrollar proyectos o incrementar las operaciones de sus miembros.*

En esta figura contractual *la inscripción registral de los representantes* (art. 1473 CCyC) *configura un presupuesto esencial* para hacer efectivo el *límite de responsabilidad* acordado a los participantes (art. 1477).

La *publicidad hace oponible a los terceros* la proporcionalidad en que cada miembro responde por las obligaciones asumidas en nombre del consorcio. Ante la omisión de pacto expreso y publicidad, responderán por las obligaciones asumidas conforme al *principio de la solidaridad.*

El *consorcio de cooperación* es un instrumento jurídico apto para la *expansión económica* de la red comercial de los partícipes, ya que su interés básico se satisface a través de la explotación del *modelo de empresa*, lo que amplía notoriamente el repertorio técnico a la hora de instrumentar y ejecutar los proyectos económicos más variados.

El *consorcio de cooperación* no podrá ejercer funciones de dirección o control sobre la actividad de sus miembros (art. 1471). La limitación funcional se extiende a los contratos asociativos por ser esencial a su estructura también diferencial con la persona humana y la jurídica.

Del fondo operativo y reglas contables

El art. 1474 en cuanto al contenido del contrato determina en el inc. f) la constitución de un *fondo operativo* y su *monto así como la participación* que cada parte asume en el mismo, incluyéndose la forma de su *actualización o aumento* en su caso. Por su parte el inc. p) de la misma norma determina que debe permanecer *indiviso por todo el plazo de duración del consorcio.*

El *monto del fondo común operativo* podría *incrementarse e incluso reducirse mediante la modificación del contrato* que, en caso de falta de previsión contractual de las *mayorías necesarias, debe hacerlo por unanimidad.*

En caso de muerte, incapacidad, disolución, liquidación o quiebra de alguno de sus miembros *no extingue el contrato que continuará funcionando con los demás miembros excepto imposibilidad fáctica o jurídica.* Otro tanto ocurrirá con la *exclusión con causa de algún partícipe.*

En tales supuestos es necesaria la *previsión contractual* por la que los demás socios deban reponer o adquirir en su caso la parte del cesado que por razones de prudencia y posibilidades económicas deberá contener la forma y modalidades del pago. Por ello una declaración de indivisibilidad sin atenuantes resultará de difícil cumplimiento.

Apunta SKIARSKI⁵⁴ que el *fondo común operativo* no debe confundirse con el *capital de las sociedades*, pues si bien ambos provienen de las contribuciones de sus miembros, el *fondo común operativo pertenece en forma indivisa a los partícipes* del contrato de colaboración, sin que se produzca *transferencia, aporte o cambio de titularidad*, mientras que el *capital es de la sociedad* como sujeto societario *diferenciado de sus socios*.

Agrega que el consorcio carece de *patrimonio* dado que los *activos son de propiedad directa de sus miembros*, afectados a la organización común y *las deudas las contraen los representantes en nombre de los partícipes*.

Los *bienes registrables adquiridos en la ejecución del objeto del consorcio de cooperación* por parte de los representantes de los partícipes lo es en nombre y para sus representados. La inscripción registral deberá rogarse a nombre de los mismos.

El art. 1475, establece las *reglas contables sobre la confección y aprobación de los estados de situación patrimonial*, atribución de resultados y rendición de cuentas. Exige llevar contabilidad con técnicas adecuadas y además la necesidad de labrar las deliberaciones de las reuniones que se realizan y las resoluciones que se adopten.⁵⁵

54 SKIARSKI, Enrique. "Reflexiones sobre la nueva ley de Consorcios de Cooperación" (ED, 211-729).

55 SKIARSKI, Enrique. Ob. cit. *Contabilidad*. La expresión "estados de situación patrimonial" refiere a un patrimonio afectado a una finalidad específica y común de los partícipes. Expresa: la Norma Internacional de Contabilidad N° 31 adopta el método de "consolidación patrimonial proporcional" en la contabilización de negocios conjuntos, en virtud del cual en las operaciones controladas conjuntamente o en los activos controlados conjuntamente en virtud de un acuerdo contractual, los estados contables de cada partícipe deben incluir su proporción de activos, pasivos, gastos e ingresos de la entidad, ya sea introduciéndola línea por línea en sus propios estados contables con partidas similares, o informando sobre ellos en partidas separadas dentro de tales estados, pues los partícipes no son titulares del consorcio sino propietarios o condóminos de los bienes afectados al mismo. El patrimonio de los partícipes afectado al Consorcio debe consignarse en las notas a sus estados contables, con las debidas explicaciones, pues se trata de bienes de disponibilidad restringida (art. 64, inc. 1º, subinc. a, LSC). De acuerdo a los principios de contabilidad aceptados, los estados financieros se refieren siempre a un ente donde el elemento subjetivo o propietario es considerado como tercero. Si bien el concepto de ente es distinto del de persona ya que una misma persona puede producir estados financieros de varios entes de su propiedad, el consorcio de cooperación, como

Extinción del contrato. Causales

El agotamiento de su objeto o imposibilidad de ejecutarlo; la expiración del plazo establecido y la decisión unánime de sus miembros, son las causas legales ordenadas en el art. 1478 del CCyC.

La muerte, incapacidad, disolución, liquidación o quiebra de alguno de sus miembros no extingue el contrato que continuará funcionando con los demás miembros excepto imposibilidad fáctica o jurídica.

Del contrato

El art. 1474 del CCyC, determina los contenidos del contrato constitutivo. En forma pormenorizada en 17 incisos establece con amplitud los extremos necesarios para su constitución.⁵⁶

cualquier otro contrato de colaboración, no reviste la calidad de ente diferenciado. No hay socios ni propietarios sino partícipes.

- 56 Contenido. El contrato debe contener: a) datos personales de los miembros individuales, y en el caso de personas jurídicas, el nombre, denominación, domicilio y, si los tiene, datos de inscripción del contrato o estatuto social de cada uno de los participantes. Las personas jurídicas, además, deben consignar la fecha del acta y, la mención del órgano social que aprueba la participación en el consorcio; b) el objeto del consorcio; c) el plazo de duración del contrato; d) la denominación, que se forma con un nombre de fantasía integrado con la leyenda "Consortio de cooperación"; e) la constitución de un domicilio especial para todos los efectos que deriven del contrato, tanto respecto de las partes como con relación a terceros; f) la constitución del fondo común operativo y la determinación de su monto, así como la participación que cada parte asume en el mismo, incluyéndose la forma de su actualización o aumento en su caso; g) las obligaciones y derechos que pactan los integrantes; h) la participación de cada contratante en la inversión del o de los proyectos del consorcio, si existen, y la proporción en que cada uno participa de los resultados; i) la proporción en que los participantes se responsabilizan por las obligaciones que asumen los representantes en su nombre; j) las formas y ámbitos de adopción de decisiones para el cumplimiento del objeto. Debe preverse la obligatoriedad de celebrar reunión para tratar los temas relacionados con los negocios propios del objeto cuando así lo solicita cualquiera de los participantes por sí o por representante. Las resoluciones se adoptan por mayoría absoluta de las partes, excepto que el contrato de constitución disponga otra forma de cómputo; k) la determinación del número de representantes del consorcio, nombre, domicilio y demás datos personales, forma de elección y de sustitución, así como sus facultades, poderes y, en caso de que la representación sea plural, formas de actuación. En caso de renuncia, incapacidad o revocación de mandato, el nuevo representante se designa por mayoría absoluta de los miembros, excepto disposición en contrario del contrato. Igual mecanismo se debe requerir para autorizar la sustitución de poder; l) las mayorías necesarias para la modificación del contrato constitutivo. En caso de silencio, se requiere unanimidad; m)

Aplicación práctica

Un consorcio público-privado integrado por la Facultad de Agronomía de la UBA (FAUBA), el INTA y AACREA comenzó a brindar un servicio online gratuito de información forrajera que releva seis mil Has y cubre las principales regiones ganaderas del país. El *newsletter* "SLT" -Sobre la Tierra- de la Facultad de Agronomía de la UBA, cuenta con datos actuales sobre del estado de las recursos forrajeros, principal fuente de alimento de los rodeos ganaderos del país, y los compara con la situación promedio de las últimas dos décadas.

El informe forrajero *más reciente*, correspondiente al *otoño de 2017*, se encuentra disponible en la página produccionforrajes.org.ar, con una muestra representativa de toda la Mesopotamia, parte del Chaco y Patagonia, y prácticamente todas las áreas ganaderas de la Región Pampeana.

Al Fondo Común Operativo aportan el Instituto de Promoción de la Carne Vacuna Argentina (IPCVA), el Ministerio de Agroindustria (Minagro), el Conicet y la Agencia Nación de Promoción Científica y Tecnológica (ANPCyT).

"Esa información será útil para detectar problemas de escasez o exceso de forraje y, por lo tanto, anticipar posibles soluciones: desde estrategias de manejo hasta medidas paliativas de ayuda".

Participan: Laboratorio de Análisis Regional y Teledetección (LART) de la FAUBA y el CONICET con el Observatorio Nacional de Producción Forrajera.

"Se generarán tres informes por año en momentos clave: al inicio y al final de la estación de crecimiento, y dentro de la estación de crecimiento en el momento de máxima producción de materia seca. Se accederá a la información más detallada en las regiones Pampeana, Patagónica y Chaco. En estos casos llegamos a estimar la producción de materia seca en kg/ha a escala de potrero para los recursos forrajeros más importantes. En cambio, en la Región Mesopotámica calculamos un estimador sin llegar a cuantificar directamente la producción de materia seca, aunque a los fines comparativos entre lo actual y el promedio histórico es lo mismo".

He aquí notarios, un claro ejemplo de la adaptabilidad de este ripo societario consorcial, que le mismo Estado, la Universidad y las ONG relacionadas con el

las formas de tratamiento y las mayorías para decidir la exclusión y la admisión de nuevos participantes. En caso de silencio, la admisión de nuevos miembros requiere unanimidad; n) las sanciones por incumplimientos de los miembros y representantes; ñ) las causales de extinción del contrato y las formas de liquidación del consorcio; o) una fecha anual para el tratamiento del estado de situación patrimonial por los miembros del consorcio; p) la constitución del fondo operativo, el cual debe permanecer indiviso por todo el plazo de duración del consorcio.

objeto social, conformaron un *consorcio de cooperación* como medio de privilegiar sus fortalezas en pos de aumentar la producción agropecuaria para beneficio de toda la comunidad.

XIII. EXORBITACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL AGRUPAMIENTO DE COLABORACIÓN, DE UNIÓN TRANSITORIA Y DEL CONSORCIO DE COOPERACIÓN⁵⁷

EFRAÍN H. RICHARD llevó adelante un admirable trabajo de investigación en el ámbito académico⁵⁸, tendiente a analizar las posturas doctrinarias encontradas en punto a los contratos asociativos y su supuesta personalidad jurídica.

XIII.1. Exorbitación funcional

Dice RICHARD que por cierta doctrina se sostiene la existencia de una supuesta personalidad de los contratos asociativos.

Que aún la reforma insiste que los contratos de colaboración empresaria constituyen en nuestro país sujetos de derecho “queriendo encontrar una base ontológica al reconocimiento de personalidad” que, a nuestro pa-

57 Exorbitante es un adjetivo que designa algo que es excesivo, exagerado, que está por encima de la media o de lo que se considera normal o razonable. La palabra proviene del latín *exorbitans*, *exorbitantis*, que significa que desvía o separa del camino. Así, decimos que algo es exorbitante cuando excede los límites de lo que calificamos como normal, estándar o corriente. Por ejemplo: “Este contrato ha sido aplicado indebidamente exorbitando su función y objeto”.

58 Recomendamos *Contratos de colaboración y sociedades*, Ed. Advocatus, Córdoba, 1996, Cap. “Representación y relaciones de colaboración exorbitadas” pág. 257. Id VERÓN, Alberto Víctor. “Reformas al régimen de sociedades comerciales. A tenor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994)”, Buenos Aires, 2014, Ed. La Ley, Capítulos LII, LIII, LIV, págs. 673 y ss. “Representación y relaciones de colaboración exorbitadas”, en *Contratos de colaboración y Sociedades*, libro colectivo de nuestra dirección, Ed. Advocatus, Córdoba 1996, pág. 257. Fontanarrosa, Rodolfo. *Derecho comercial argentino*, tomo 1, pág. 346 y ss. “Teoría general de la representación”, donde indica como representación legal la impuesta a las personas jurídicas. Remitimos *-brevitatis causa-* a otros aspectos sobre responsabilidad e imputabilidad a través de estos contratos a nuestro “Fraccionamiento de la responsabilidad frente a consumidores y terceros a través de los contratos de colaboración” en el libro colectivo *Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona*, Bs. As., febrero 1997. Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, págs. 265 a 386.

recer es una mera *técnica jurídica* otorgable a supuestos en que se configura un centro de imputación.

Entienden que “no lo altera la regulación de un fondo común operativo con imputación patrimonial, ni la denominación y domicilio del contrato de colaboración empresaria que facilita la individualización y la imputación de los actos de los representantes convencionales, frente a la expresa declaración de la ley que concluye que no es sujeto de derecho. Que no existe una representación orgánica, colegial o social, sino de carácter convencional.”⁵⁹

La AFIP les otorga la clave única de identificación tributaria (CUIT) a los agrupamientos de colaboración (AC) o de unión transitoria (UT) y a los consorcios de cooperación (CdeC) para imputarlo como *sujetos tributarios*.

Ello ha sido explicitado en varios trabajos por aplicación del *principio de la realidad económica, y fundamentalmente, para estructurar un método recaudatorio directo como responsable de la imposición*.

Este dato es irrelevante para confundirlo con un sujeto de derecho, en los términos de nuestro CCyC.

Es atendible considerar dicha postura doctrinaria, como lo expresamos supra, que a juzgar la verdadera intención y actuar de los partícipes exorbitando el contrato, adquieran bienes a nombre de la agrupación, unión o consorcio, dado que están desviando el contrato y como consecuencia de ello, podrán ser calificada como una sociedades de hecho. Pero a nuestro entender el que afecta el destino y naturaleza del contrato es el partícipe y no la organización.

Nuestra opinión

Toda actuación que exorbite al contrato o que afecte la representación, el que así actuara, en modo alguno *podrá invocar la organicidad sino sólo la representación común*. En tales términos hace imposible invocar la personalidad jurídica. Podemos afirmar que más que exorbitación estamos frente a un *posible delito de falsedad ideológica*.⁶⁰

59 RICHARD, Efraín H. *Contratos de colaboración y sociedades*, Ed. Advocatus, Córdoba 1996, Cap. “Representación y relaciones de colaboración exorbitadas”, pág. 257.

60 *La falsedad ideológica* comprende la mentira escrita en ciertas condiciones que se enumeran en los varios supuestos punibles. A diferencia de la falsificación, en que lo cuestionado es la autenticidad, en la falsedad ideológica siempre la realización externa es real y el documento esta confeccionado por quien corresponde y en la forma que es debida. La contradicción punible resulta porque esa correcta exteriorización genera una desfiguración de la verdad objetiva que se desprende del texto. Se ve entonces que, además de tratarse de un tipo de falsificación de suyo más complejo que los materiales, es preciso que se delimiten,

Refuerza nuestra postura lo expresado por EFRAÍN H. RICHARD (ob cit.) en el sentido que los representantes no lo son del “contrato” sino de los “partícipes” en negocios que tengan por “causa” la funcionalidad del contrato. Se trata de una representación voluntaria “individual o colectiva” (art. 369 inc. 8º LGS) en el contrato de colaboración empresaria (art. 1455 ap. h del CCyC). Se trata en todos los supuestos de un *mandato representativo, voluntario y no de representación orgánica*.

Es imposible confundir los institutos apuntados en condiciones de transparentes contrataciones, sólo un ardid bien urdido podrá desembocar en la desviación y, en tal caso, reiteramos, habrá delito, cuyos efectos en el ámbito civil y comercial son disolutorios o extintorios.

Además, al decir de NISSEN (ob. cit.), existe una clara y precisa voluntad del legislador (art. 1442) para determinar que no son ni sociedades ni personas jurídicas.

El problema es grave no sólo con relación a los partícipes sino respecto de terceros, esto son los acreedores individuales de los supuestos socios y reales partícipes.

XIII.2. Exorbitación estructural

En la práctica se manifiesta de manera muy excepcional y esporádica que un agrupamiento de colaboración, uniones transitorias y consorcio de cooperación” preste *servicios a terceros*, o que pueda *adquirir bienes a “su nombre” y se les transfieran como tal*.

La defectuosa redacción del contrato poniendo dudas interpretativas sobre la tipificación contractual alterando los principios de los contratos asociativos, constituye una causal que irradia *inseguridad jurídica, ineficacia contractual y bajo ciertas condiciones mala praxis del profesional interviniente*. La audiencia previa para determinar la verdadera voluntad de las partes es esencial a la salud contractual de estos emprendimientos.

Un interrogatorio perfectamente concebido en el orden notarial a manera de lo que hicimos con los actos de autoprotección facilitará y pondrá luz sobre esta cuestión desviatoria. He ahí la importancia de la intervención notarial que no es sólo la piedra basal de la fe pública (ver “Fundamentos del CCyC, Ley 26.994”).

En el mismo sentido RICHARD expresa:

“Tales circunstancias, si se generara daño a alguno de los partícipes por ejercer en tal forma su supuesta ‘autonomía de la voluntad contractual’, podría llevar a imputar responsabilidad a los profesionales de las ciencias jurídicas y

asimismo, las otras condiciones para que esa mentira merezca.

Academia Nacional del Notariado

económicas que intervinieron en la gestación y/o inscripción de tal supuesto contrato 'típico', incluso atípico si genera una persona jurídica, lo que llevaría a aplicar las normas de los arts. 21 y ss. LGS".

Sin suscribirlo en su totalidad debemos aceptar el metamensaje de esa aseveración. Sólo una capacitación aplicada instrumentada por el propio notariado a través de sus instituciones, la UNA y la ANA, trabajando coordinadamente podrán dotarnos de las mejores prácticas y conocimientos de base para que nuestra actuación se imponga por sus habilidades y méritos. Los convoco a formar parte de esta empresa humana.

ANEXO 1

Res. 45/2015. *Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Pcia. de Bs.As. Capítulo VII. Contratos asociativos.* Artículo 199º: Inscripción inicial. Trámite. Para la inscripción de los Contratos Asociativos previstos en el Libro Tercero, Título IV, Capítulo 16 del Código Civil y Comercial de la Nación, Agrupación de Colaboración Empresaria, Unión Transitoria y de los Consorcios de Cooperación, deberá acompañarse: a) Formulario de Minuta Rogatoria.. b) Original y copia certificada del instrumento de constitución, adecuado a las particularidades, según sea el tipo social adoptado y demás requisitos establecidos por la legislación de fondo y las disposiciones contenidas en la presente reglamentación. c) Tratándose de *Agrupaciones en Colaboración* se adjuntará una (1) copia certificada adicional a los efectos de su remisión al Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia o quien haga sus veces, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1455 del Código Civil y Comercial de la Nación. d) Formulario de declaración jurada de antecedentes, que como Anexo 12 forma parte de la presente. e) Declaración Jurada por cada uno de los integrantes de los órganos de administración y representación, de no hallarse afectados por inhabilidades o incompatibilidades legales o reglamentarias para desempeñarse en el cargo. f) Declaración Jurada suscripta por el representante legal sobre su condición de Persona Expuesta Políticamente, de conformidad a lo establecido en las Resolución de la Unidad de Información Financiera N° 11/11 y N° 52/12 y/o las que en el futuro la reemplace.

Artículo 200º: Participantes. Las sociedades comerciales y empresarios individuales que se agrupen en el marco de las modalidades asociativas mencionadas en el artículo anterior, presentarán: a) Sociedades. Cuando los componentes sean sociedades de la Ley General de Sociedades, observarán los siguientes recaudos: 1) Tratándose de sociedades comerciales inscriptas ante la Dirección Provincial de Personas Jurídicas, deben citarse los datos de inscripción y fecha de la misma. 2) Tratándose de sociedades comerciales inscriptas en extraña jurisdicción deben indicarse los datos y fecha de inscripción y acreditar que la misma se encuentra vigente, adjuntando al efecto constancia expedida por el respectivo registro. Para ambos supuestos, deben presentarse los poderes o autorizaciones conferidos a los representantes de las sociedades comerciales presentes en el acto constitutivo, adjuntar acta de la asamblea u órgano de administración que contenga la designación específica de los representantes, la decisión expresa de participar del agrupamiento y la indicación de los fondos o bienes que se aportan para la conformación del Fondo Común Operativo. b) Comerciante individual. La integración

del agrupamiento por persona humana, sólo se admitirá si se trata de empresarios o comerciantes, se hallen o no matriculados en el Registro Público de Comercio, acreditando su condición de tales con la constancia de hallarse inscriptos en la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y la Agencia de Recaudación de Buenos Aires (ARBA).

Artículo 201º: Reformas. La introducción de modificaciones al contrato, la designación y remoción de administradores y toda otra materia susceptible de registración se ajustará, en lo pertinente, a las disposiciones del Capítulo V “Ley General de Sociedades” del Título III de la presente disposición general.

ANEXO 2

IGJ. RG. 7/2015 TO. Inspección General de Justicia. Título IV. Contratos asociativos. Requisitos. Artículo 279. Para la registración de contratos de agrupación de colaboración (artículos 1453 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación); contratos de unión transitoria (artículos 1463 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación), y de Consorcios de Cooperación (artículos 1470 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación), deberá presentarse: 1. Primer testimonio de la escritura pública o instrumento privado original de formalización del contrato. Además de las copias indicadas en el artículo 38, si se trata de agrupación de colaboración, debe acompañarse una copia adicional, de tamaño normal, certificada notarialmente, a los efectos de su remisión, con posterioridad a la inscripción, a la autoridad de aplicación de la Ley Nº 25.156 de Defensa de la Competencia. 2. Formulario de reserva de denominación, si se lo hubiere efectuado y la reserva se hallare vigente, en el caso de contratos de agrupación de colaboración o consorcio de cooperación cuya denominación se formare con nombre de fantasía. Las inscripciones previstas en este artículo, se efectuarán conforme a lo dispuesto por los artículos referidos del Código Civil y Comercial de la Nación, con el contralor previo en los alcances del artículo 39 de estas Normas.

Cláusulas arbitrales. Artículo 280. Los contratos indicados en el artículo anterior En caso de ser adoptada la que consta como Anexo VII de estas Normas en el correspondiente trámite registral el contralor a su respecto se limitará a la verificación de la fidelidad de sus términos.

Inscripciones posteriores. Artículo 281. Los recaudos del artículo 279 se aplican en lo pertinente a la inscripción de reformas contractuales, otorgamiento de poderes y sus modificaciones o revocaciones, cambio del domicilio especial, renuncia de representantes y su sustitución, exclusión, separación e ingreso de nuevos participantes, disolución, extinción y toda otra inscripción que proceda.

Régimen contable. Artículo 282. Los estados de situación patrimonial requeridos por el Código Civil y Comercial de la Nación a los contratos referidos en este Título, que se presenten en los términos del artículo siguiente, deberán confeccionarse con arreglo a las normas técnicas profesionales vigentes y sus modificaciones (Resoluciones Técnicas de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas), en las condiciones de su adopción por el Consejo de Profesionales en Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en cuanto no esté previsto de diferente forma en

Academia Nacional del Notariado

el Código Civil y Comercial de la Nación, leyes complementarias, decretos reglamentarios y las presentes Normas. Serán aplicables las disposiciones del Libro IV de las presentes Normas en lo que resulte pertinente.

Estados de situación. Presentación. Artículo 283. Dentro de los ciento veinte (120) días posteriores a la fecha del cierre del ejercicio económico que surja del contrato asociativo, la agrupación de colaboración, unión transitoria o consorcio de cooperación, deberá presentar ante este Organismo los Estados de Situación patrimonial regulados por los artículos 1460, 1464, inc. 1 y 1475 del Código Civil y Comercial de la Nación, respectivamente, con dictamen de Contador Público conteniendo opinión, cuya firma se deberá encontrar debidamente legalizada por la entidad que detente la superintendencia de la matrícula. (texto conforme integración resuelta por Resolución General Nº 9/2015 de la Inspección General de Justicia, B.O. 28/10/2015). La obligación aquí establecida se tornará exigible una vez obtenida la inscripción requerida por la normativa señalada y a partir del primer cierre de ejercicio económico que opere desde la vigencia de la presente resolución. Para aquellos contratos que ya se encuentren inscriptos, se tornará exigible a partir del primer cierre de ejercicio económico que opere desde la entrada en vigencia de la presente resolución conforme la fecha de cierre de ejercicio estipulada en sus respectivos contratos.

ANEXO 3

CONTRATO. UNION TRANSITORIA... Empresa Constructora S.A. - ... S.A. UT. En la ciudad... las partes signatarias que se expresan a continuación han resuelto celebrar el presente contrato asociativo en la especie de UNION TRANSITORIA, en adelante UT, precedidos de múltiples tratativas que dieron lugar al contenido contractual, así como requerir de la entidades cuya representación orgánica ejercen, las decisiones de sus respectivos Directorios que los habilitan y legitiman a tales efectos y con ese resultado e instrucciones recibidas lo someten a las siguientes estipulaciones: Iº) PARTES. "... Empresa Constructora S.A.", (CUIT...), con domicilio y sede social en la Avenida... de la Ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, representada por el presidente de su Directorio el Ingeniero Civil..., D.N.I...) por una parte y, por la otra, "...S.A.", (CUIT...), con domicilio y sede social en la calle... de la Ciudad de La Plata, representada por el Presidente de su Directorio, Ingeniero... La existencia, constitución y regularidad de las sociedades partes serán relacionadas, determinadas y calificadas al final de este documento. IIº) DECLARACIONES PREVIAS: IIº.1) NORMAS APLICABLES. CALIFICACIÓN JURÍDICA. Por medio de sus representantes las Empresas Partícipes antes citadas a través de sus Órganos competentes, que más adelante se relacionarán, resolvieron celebrar el presente Contrato de UNION TRANSITORIA, en los términos y regulaciones contenidas en el Libro III, Título IV, Sección IV, artículos 1463 a 1469 específicamente, en general a las de los artículos 1442 a 1447, y su remisión a los artículos 320 y siguientes del Código Civil y Comercial la Nación (Ley 26944). Este contrato además, se regirá por las cláusulas, estipulaciones y normativas convencionales contenidas en el presente. IIº.2) OBJETO DEL CONTRATO: Que la Provincia de Buenos Aires, por medio de su organismo competente, la Dirección Provincial de Obra

Hidráulica, por Expediente... ha llamado a Licitación Pública para la ejecución de la obra denominada: "Construcción del... en jurisdicción del partido de La Plata". En dichos obrados se determinan las ESPECIFICACIONES LEGALES PARTICULARES, que los representantes de las EMPRESAS PARTÍCIPES declaran conocer y aceptar las que en copia por ellos suscripta se incorpora al presente como "Anexo 1". Dicho documento técnico-regulatorio pasa a formar parte del presente conformando un solo e inescindible cuerpo documental. Ambas empresas se obligan en forma mancomunada y solidaria como excepción a las disposiciones del artículo 1467 del Código citado, a realizar las obras que integran el "Pliego de Bases y Condiciones" antes referido hasta su total conclusión como condición esencial al cumplimiento de todas las obligaciones y condiciones técnicas del contrato a celebrar con el organismo. Para tales efectos declaran que conocen pormenorizadamente de las especificaciones técnicas y demás condiciones económicas y organizativas del Pliego y que disponen de la experiencia, capacidad e infraestructura técnica, económica y administrativa adecuadas y suficientes para participar en la licitación, lo que surge de sus antecedentes, contando con los medios e infraestructuras para la debida ejecución de las obras respectivas. Se incluyen como medios para su realización los aportes de capital y servicios de personal administrativo y técnico idóneos, de equipos viales y de apoyo suficientes y todo otro bien o prestación que resulten necesarios para la ejecución total de la obra. IIº.3) DENOMINACIÓN. DOMICILIO ESPECIAL: La unión transitoria se denomina "... UNION TRANSITORIA". Constituye su domicilio especial en la calle... de la ciudad y partido de La Plata, jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, el que constituye como domicilio especial para todos los efectos que se deriven del presente Contrato tanto entre las partes como respecto de terceros. En dicho domicilio serán plenamente válidas y vinculantes todas las notificaciones, citaciones, comunicaciones y/o emplazamientos efectuados a la U.T. y subsistirá mientras que LAS EMPRESAS no comuniquen la constitución de un nuevo domicilio, siempre en el radio de la ciudad de La Plata. Sin perjuicio de lo expuesto, las EMPRESAS en sus relaciones entre sí, establecen de común acuerdo, como condición de su validez, que las notificaciones que se cursen entre ellas deberán ser dirigidas a las direcciones societarias enunciadas al comienzo del presente contrato. IIIº) DURACIÓN DEL CONTRATO: El presente contrato se celebra por todo el plazo necesario para dar cumplimiento total a la obra licitada, sus prórrogas y/o ampliaciones, es decir hasta la conclusión, recepción total y de conformidad de la misma. Conforme lo determina el Artículo 17º del Pliego el Plazo técnico de ejecución total de la obra es de quinientos cuarenta (540) días corridos, iniciándose el mismo con el Acta de Replanteo de la Obra conforme lo establecido en el Artículo 29º de la Ley 6021, su Reglamentación y modificatorias. A la finalización de todas las actividades, cierres documentales administrativos y contables y con la debida conciliación de cuentas se labrará Acta con la participación de ambas empresas de cierre, finalización y finiquito del presente contrato. IVº) REPRESENTACIÓN. FACULTADES: Las empresas designan como representante legal de la UT, al Ingeniero... DNI..., con domicilio legal constituido en la Avenida... de la Ciudad de La Plata para que ejerza la representación plena de la UTE a todos los efectos emergentes de la LICITACIÓN objeto de este contrato y sus accesorios en toda su expresión y contenidos por todo el tiempo que se mantenga vigente el presente contrato. Las facultades que se confieren al representante legal serán las previstas en el artículo 1465 con especial imputación al artículo 1464 inciso g) del Código

citado. Dicha designación deberá registrarse conjuntamente con el presente contrato en el Registro competente (Art. 1466), a cuyo efecto constituye domicilio legal constituye domicilio y especial en Avenida... de la ciudad de La Provincia de Buenos Aires, República Argentina (CP 1900). Dicho domicilio se fija a todos los efectos vinculatorios y contractuales del presente y sus datos personales e impositivos son los siguientes: ...completos art. 305 inc.b... El representante queda facultado para actuar como Administrador de Relaciones y Comunicaciones de los servicios informáticos habilitados por la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), conforme lo dispuesto en el art. 2º, segundo párrafo, de la Resolución General N° 2239, debiendo asignar como usuario a "... " o a su representante, con las facultades necesarias para obtener todo tipo de información relacionada al movimiento impositivo de la UTE. Se extiende estas atribuciones y facultades a la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA) y a todo otro organismo de recaudación, previsional o autoridad del Trabajo. Esta autorización podrá quedar sin efecto por voluntad de cualquiera de las PARTES, debidamente comunicada en la forma que establezca la Administración Federal de Ingresos Públicos. Las PARTES se comprometen a actuar exclusivamente bajo la representación unificada aquí designada. Sin perjuicio de ello, las empresas partícipes podrán disponer mediante normas internas asignar funciones administrativas y de gestión de la UT, incluyendo las actividades bancarias o crediticias que por su naturaleza requieran unanimidad o cumplir actuaciones conjuntas con los Señores..., titular del DNI... o con el Sr... titular del DNI..., ambos domiciliados en calle... de ciudad de La Plata. Vº) OBLIGACIONES ASUMIDAS. CONTRIBUCIONES AL FONDO COMÚN OPERATIVO. PARTICIPACIONES Y DISTRIBUCIÓN DE RESULTADOS. ESTADOS DE SITUACIÓN. REGLAS CONTABLES Y SU REGISTRACIÓN. A todos los efectos del presente contrato, a los efectos de proveer a todas las obligaciones asumidas con motivo del acto y a las contribuciones necesarias para poner en marcha la operatoria, se constituye un fondo común operativo a ser integrado por LAS EMPRESAS partícipes, en las proporciones de participación. Las participaciones y resultados también serán distribuidos en las siguientes proporciones: ... Empresa Constructora S.A. el cincuenta y cinco por ciento (55%), en tanto que ...S.A. el cuarenta y cinco por ciento restante (45%). Se comprometen y obligan a realizar las prestaciones necesarias para el cumplimiento del objeto de la U.T. en la misma proporción de su participación. Pondrán a disposición de la actividad común, al personal técnico, administrativo y/o especializado necesario, como así también los equipos que se requieran para la ejecución de los trabajos en tiempo y forma. Toda obligación y su consecuente responsabilidad lo es bajo la mancomunidad y la solidaridad, como principio general rector, aplicable a todos los efectos contractuales. La representación técnica de la obra será ejercida por Ing..., DNI... con Matrícula Provincial N°... y/o por el Ing... DNI... Mat... y/o por el ing..., DNI...; Mats... Dichos representantes técnicos podrán actuar indistintamente en forma individual, conjunta o alternativamente, debiendo dar cuenta a los demás de lo actuado en el Libro respectivo. Con relación a los ESTADOS DE SITUACIÓN, REGLAS CONTABLES Y SU REGISTRACIÓN, la elaboración de los mismos y formalidades a cumplir respecto de la contabilidad, la misma debe ser llevada sobre una base uniforme de la que resulte un cuadro verídico de las actividades y de los actos que deben registrarse de modo que se permitan la individualización de las operaciones y las correspondientes cuentas acreedoras y deudoras. Los asientos deben respaldarse con la documentación respectiva

y su archivo debe responder a normas metódicas que permita su localización y consulta.

RUBRICA DE LIBROS: Procederá la rúbrica de libros Diario, Inventario y Balances, como obligatorios así como los demás libros y registros que fueren convenientes llevar. El régimen contable, sus normas y la rúbrica de los libros se rigen por las disposiciones contenidas en el Libro Iº, Título IV, Sección 7ª, Artículos 320 al 331 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Todo ello por ser considerada las UT, como “entes contables determinados sin personalidad jurídica” expresamente obligados por ley que obliga a una calificada rendición de cuentas de los representantes a los partícipes de estos contratos.

VIº) SEPARACIÓN, EXCLUSIÓN y ADMISIÓN DE MIEMBROS. CAUSALES DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO: Cada EMPRESA podrá separarse de la U.T. para lo cual deberá obtener la aprobación expresa por escrito de la restante EMPRESA miembro, a la que deberá notificar con una anticipación no inferior a sesenta (60) días corridos y contar con la previa conformidad del COMITENTE, salvo que la otra empresa que continúe lo dispense de dicho preaviso. Dicha dispensa deberá ser indubitada. La EMPRESA que se encuentre en alguno de los supuestos indicados a continuación, podrá ser separada y/o excluida de ella por la otra: VIº.1) La presentación en un concurso preventivo de acreedores. VIº.2) La situación de acuerdo preconcursal. VIº.3) La declaración de quiebra. VIº.4) La intervención judicial de la respectiva administración empresaria. VIº.5) El embargo o ejecución de parte sustancial de bienes afectados a la OBRA o de la participación en el contrato. VIº.6) Como sanción por incumplimiento, en los términos indicados en este apartado. VIº.7) La cesión de bienes efectuada a sus acreedores por alguno de las integrantes de esta U.T. que afecte substancialmente su patrimonio o la ejecución de las obras. VIº.8) La obstrucción reiterada, por acción u omisión, del normal desarrollo de los trabajos para la realización de las obras, acreditada de forma fehaciente. VIº.9) ADMISIÓN: No podrán admitirse nuevos partícipes-integrantes en la U.T., sin el consentimiento unánime de las EMPRESAS y siempre que el COMITENTE lo autorice.

VIIº) EXTINCIÓN DEL CONTRATO. LIQUIDACIÓN: La presente U.T., será disuelta en caso de producirse alguna de las siguientes circunstancias: VIIº.1) En caso de no concretarse la adjudicación de la licitación o la firma del contrato para la ejecución de LA OBRA. VIIº.2) Por decisión unánime de LAS EMPRESAS. VIIº.3) Por la expiración del plazo por el cual se constituyó. VIIº.4) Cuando el objeto de la U.T. se encuentre completamente cumplido y que todas las eventuales controversias con terceros o con el COMITENTE, con motivo del objeto del presente hayan quedado completamente dirimidos o terminados. VIIº.5) Por la imposibilidad sobreviniente de lograr la consecución del objeto. VIIº.6) Cuando fuera rescindido el contrato cuya ejecución constituye el objeto de esta U.T.E. y fueran finiquitadas todas las cuestiones allí derivadas. VIIº.7) LIQUIDACIÓN: Estará a cargo de las EMPRESAS o de quienes ellas designen, para lo cual el número de representantes será igual para ambas partes. La designación deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio. Los liquidadores ejercerán la representación de ambas EMPRESAS facultados para la realización de todos los actos inherentes a la liquidación. Resueltas la extinción y la liquidación, serán de aplicación, en cuanto sean compatibles, las disposiciones de la Ley General de Sociedades.

VIIIº) SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: Se llamará EMPRESA incumplidora a aquélla que incurra en alguno de los siguientes actos y hechos de incumplimiento: El incumplimiento por alguna de las EMPRESAS a una cualquiera de las obligaciones esenciales a su cargo, que pueda

generar una posibilidad cierta y concreta de resolución contractual por el COMITENTE ó cuando se considere que LA EMPRESA incumplidora se encuentra en imposibilidad, de carácter permanente, para efectuar las provisiones de fondos para la realización de la OBRA. Se entenderá que existe tal imposibilidad cuando se incurra en incumplimiento de proveer los fondos requeridos por la U.T. cuando le sea reiterado por el representante o el otro partícipe de esta UT. Ocurrido alguno de los casos mencionados, se entenderá que automáticamente se ha operado la causal. A los efectos del cómputo de incumplimientos por la no provisión de fondos, en ningún caso podrá considerarse más de un incumplimiento por semana calendario, con total prescindencia de la cantidad de pedidos de fondos no cumplimentados dentro de esa misma semana calendario. LA EMPRESA incumplidora que incurra en las causales preindicadas, podrá ser excluida de la UT, como una causal de exclusión específica. La cumplidora intimará a la EMPRESA incumplidora, para que lo subsane dentro del plazo de quince (15) días corridos, o en el otorgado por el COMITENTE, en su caso. De subsistir el incumplimiento, la incumplidora quedará excluida por decisión de la cumplidora, medida que será notificada fehacientemente a la incumplidora. Esta última quedará excluida de la ejecución del contrato y participará en los beneficios de la gestión común, sólo en cuanto pudiere corresponderle proporcionalmente en la participación de los trabajos por ella efectivamente realizados, si al practicarse la liquidación final resultaren utilidades disponibles. Dicha EMPRESA (la incumplidora), será responsable de todos los daños y perjuicios que su incumplimiento provoque. Operada la exclusión, la EMPRESA no culpable tomará a su cargo la proporción que LA EMPRESA excluida tenía en la ejecución de las tareas de LA U.T. debiendo comunicar al ente licitador tal decisión. Los equipos de la EMPRESA excluida quedarán irrevocablemente afectados a la OBRA, hasta su terminación, a los valores de alquiler que pudieran en cada caso corresponder. La liquidación a la EMPRESA excluida hasta el momento de su exclusión, se efectuará en oportunidad de practicarse la liquidación final de cuentas entre las EMPRESAS. La EMPRESA excluida sólo tendrá derecho a participar de las ganancias una vez deducidas las eventuales pérdidas en la proporción que le corresponda. Dicha ganancia neta, se reitera, será proporcional a las prestaciones cumplidas hasta la fecha de producirse el incumplimiento. Si el resultado final de la OBRA o de las cuentas de LA U.T., fuese negativo, la EMPRESA excluida deberá soportar las pérdidas en la proporción establecida para la participación que LAS EMPRESAS han acordado. Son aplicables las disposiciones de la presente a los supuestos de exclusión especificados precedentemente. IX^o) INSCRIPCIÓN REGISTRAL: Conforme lo dispone el Artículo 1466 del citado Código, el presente contrato y su representante deberá ser inscripto en el órgano registral competente que corresponda ante quien se rubricarán los Libros de ley y convencionales que decidan las empresas. Ello en caso de resultar adjudicataria de la licitación la presente UT. X^o) QUORUM Y MAYORIAS. Todas las cuestiones vinculadas al presente contrato, su ejecución o desarrollo del objeto deberán ser decididas con la presencia de los representantes de ambas Empresas y las decisiones tomadas por unanimidad; salvo los casos de exclusión o sanciones por incumplimiento contractual conforme se regula en este contrato. De las resoluciones y decisiones se labrarán Actas por el representante de la UT, Ing^o... y firmadas por los representantes de ambas empresas determinadas precedentemente. Las EMPRESAS PARTÍCIPES, de común acuerdo, podrán celebrar reglamentos, manuales de trabajos, de organización y asignación de funciones, memorias

técnicas, cronogramas de ejecución de obras, sistemas de calificación y certificación de obras internos y todo otro documento técnico u organizativo funcional. Dichos documentos pasaran a formar parte del presente contrato, suscriptos por las partes. Todo documento será emitido por triplicado: uno para cada una de las partícipes y otro para la UT. XI^º) RÉGIMEN DE LAS RESPONSABILIDADES: Cada una de las PARTES y ambas en conjunto asumen la responsabilidad mancomunada y solidariamente ilimitada frente al COMITENTE por el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones emergentes de las LICITACIONES sus adjudicaciones y firma de los CONTRATOS, la ejecución de las OBRAS y el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la relación contractual. Las PARTES se comprometen a cumplir en tiempo y forma con las obligaciones asumidas y a realizar diligentemente todos aquellos actos que resulten necesarios para su participación en la LICITACIÓN y el cumplimiento total y oportuno de las obligaciones emergentes de los CONTRATOS, incluyendo las obligaciones que contraiga la UT a tales efectos. Se incluyen también las que contraiga la UT con las PARTES con motivo de los servicios y suministros que éstas puedan aportar en concepto de prestaciones. Las PARTES responderán en forma simplemente mancomunada entre sí y frente a terceros distintos al COMITENTE por los actos y operaciones realizados en beneficio común. Cada una de las PARTES asume el compromiso de no introducir modificaciones en sus estatutos que importen una alteración de la responsabilidad resultante de los pliegos de las LICITACIONES, los CONTRATOS y el presente ACUERDO, sin la aprobación previa y expresa del COMITENTE. XII^º) GARANTÍAS – SEGUROS. Las garantías por operaciones financieras y los seguros que deban constituirse, se contratarán afectando las responsabilidades de cada EMPRESA en el porcentaje de participación que le corresponde en este contrato, según se indica precedentemente. En el supuesto que alguna de LAS EMPRESAS asuma en forma individual un porcentaje mayor al que le corresponde respecto de las garantías o seguros necesarios para el cumplimiento del objeto de esta UT., la restante EMPRESA deberá necesariamente afectar fondos ante las Instituciones bancarias y/o financieras y/o aseguradoras y/o ante quien se hayan otorgado las garantías para contragarantizar a LA EMPRESA que asumió tal obligación en exceso, con una garantía a entera satisfacción de ésta en el plazo perentorio de diez (10) días contados a partir de su simple requerimiento. El incumplimiento con la obligación mencionada precedentemente será reputado un hecho de incumplimiento con los alcances y efectos regulados en este contrato. XIII^º) REPRESENTACIÓN Y LEGITIMACION SOCIETARIA. CALIFICACIÓN. XIII^º.1) “... S.A.”: Don..., con DNI...; interviene en nombre, representación y en el carácter de Presidente del Directorio de la entidad societaria “...S.A.” (CUIT...), con domicilio y sede social en la calle... de esta Ciudad de La Plata, a mérito de: A) La sociedad se constituyó bajo la tipología de las SRL mediante Estatuto Social otorgado por instrumento privado del... con firmas certificadas por ante el notario de esta ciudad y asícon ambas entidades societarias. y G) Con el Acta de Directorio Número..., de fecha... que pasó al Folio... del Libro de Actas de Directorio Número... por la cual la Sociedad resolvió la constitución del presente contrato de UT con todos los elementos constitutivos y reglamentarios precedentemente determinados. XIII^º.2) “... Empresa Constructora S.A.”. (C.U.I.T...), con domicilio y sede social en la Avenida de ésta Ciudad y Partido de La Plata, Jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires y prueba la existencia legal del ente societario, cargo, vigencia y legitimación que invoca, a mérito de la siguiente documentación: A) Estatutos:

C) El carácter invocado por su apoderado, Ing. //su legitimación y facultades suficientes para el presente otorgamiento se acreditan con el Poder General de Administración y Disposición otorgado a su favor según... XIVº) DOMICILIO LEGAL CONSTITUIDO POR LAS EMPRESAS constituyen domicilio legal y especial en... de la Ciudad y Partido de La Plata, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, a los efectos establecidos por el Artículo 378, Inciso 5 de la Ley 19.550. En dicho domicilio serán plenamente válidas todas las notificaciones, citaciones, comunicaciones y/o emplazamientos efectuados a LA U.T. y subsistirá mientras que LAS EMPRESAS no comuniquen la constitución de uno nuevo. Sin perjuicio de lo expuesto, LAS EMPRESAS, en sus relaciones entre sí, establecen de común acuerdo, como condición de su validez, que las notificaciones que se cursen entre ellas, deberán ser dirigidas a las direcciones enunciadas al comienzo del presente contrato. XV) AUTORIZACIÓN: A los efectos de proceder a la inscripción del presente ante la Dirección Provincial de Personas Jurídicas - Registro Público de Comercio y de la designación del Representante mencionado en el ARTÍCULO SÉPTIMO de este Contrato, se autoriza expresamente a la Notaria... de los Abogados... con facultades para efectuar aclaraciones, cumplimentar observaciones, contestar vistas, suscribir presentaciones que se hicieren entre ellas, solicitar la rubrica de Libros adjuntar documentación complementaria a efectos de salvar observaciones del Órgano de Control, y, en general, para efectuar cuantos más actos, gestiones y diligencias que resulten necesarias para el cumplimiento de las inscripciones mencionadas. BAJO las normas legales invocadas, cláusulas convencionales y estipulaciones, queda constituido el presente contrato de Unión Transitoria con el objeto único específico de dar cumplimiento cabal a los requerimientos normativos requeridos por la Dirección Provincial de Obra Hidráulica, la que por Expediente N°... ha llamado a Licitación Pública para la ejecución de la obra denominada: "Construcción del Derivador... Etapa..." en jurisdicción del partido de La Plata". EN PRUEBA DE CONFORMIDAD Y ACEPTACIÓN firman el presente en tres ejemplares de un mismo tenor y a un solo efecto, uno para la DIPOH, y los dos restantes para las empresas partícipes, las que por medio de sus representantes, así lo celebran prestando su formal consentimiento. -

ANEXO 4

MODELO del CONTRATO DE AGRUPAMIENTO de COLABORACION. Modelo de Introducción. Exordio: "ASOCIACION ARGENTINA..." En La ciudad... las partes signatarias que se expresan a continuación han resuelto celebrar el presente contrato asociativo en la especie de AGRUPACION DE COLABORACIÓN, en adelante AC, precedidos de múltiples tratativas que dieron lugar al contenido contractual, así como requerir de por parte de la asociación cuya representación orgánica ejerce, lo resuelto por su órgano asociativo competente, que lo habilita y legitima a tales efectos y con ese resultado e instrucciones recibidas, conjuntamente con don... lo someten a las siguientes estipulaciones: Iº) PARTICIPES: Iº.1) La "ASOCIACION..." (AS), es una entidad civil constituida bajo la tipología de las asociaciones civiles sin fines de lucro, constituida de conformidad con las previsiones normativas contenidas en el Libro Iº Título II Capítulo 2 Arts. al 186 en lo específico y en general los arts.148 inc. b) y 151 a 167 del Código Civil y Comercial de la Nación por el término de noventa y nueve años. La misma fue fundada

fundada...- Sus objetivos fundacionales contenidos en el Artículo 3º de los Estatutos Sociales (T.O.) invisten a la entidad de facultades suficientes, entre otras, para “la representación, defensa y promoción de los intereses profesionales de sus asociados, colaborar con su perfeccionamiento para el ejercicio profesional, a su capacitación técnica, a la constitución de cursos, investigaciones y todo cuanto más posibilite la realización del objeto societario”. La entidad aprobó por decisión unánime de la Asamblea extraordinaria de fecha..., el contenido del documento emitido por la Comisión especial designada con el objeto de instrumentar un plan maestro para el planeamiento estratégico y futuro desarrollo de... atendiendo a los profundos cambios socio-económicos globalizados a nivel internacional, que impactaron a la actividad aseguradora exigiendo de los asesores-productores un mayor grado de perfeccionamiento y paralelamente impulsar el desarrollo de herramientas que permitan dar inmediata respuesta a un nuevo consumidor también condicionado por los componentes tiempo-costo-seguridad.- Con directa aplicación a este acuerdo, la asociación elaboró un plan quinquenal dando formación a una Comisión de automatización e informatización (CAI) con el objeto de analizar y elaborar planes para poner en marcha la automatización del proceso técnico-administrativo entre Asesores y Compañías, a través de una red electrónica a crearse para tales fines. El acceso a la función como Productores-Asesores de Seguros, así como la capacitación permanente, constituyen objetivos estratégicos de alta significación institucional, que solo podrán alcanzarse si en forma simultánea se proveen herramientas tecnológicas para fortalecer el marketing, disminuir costos y proveer a la calidad y excelencia del servicio integral, lo cual solo es posible creando una red informática entre el productor y las Compañías de Seguros con aplicación exclusiva a los productores-asesores de la actividad. Iº.2) Don Angel Compu, se especializa en la prestación de servicios informáticos para el mercado de seguros. Desarrolla y distribuye Software orientado a satisfacer necesidades de presupuestación, gestión de solicitudes de emisión de pólizas, administración de carteras de seguros e información relacionada. La sociedad además tiene por objeto la realización por sí, por cuenta de terceros, asociada o en colaboración empresaria, la organización, administración y distribución de aplicaciones de software propias o de terceros, a todo el mercado consumidor de esos servicios y proveer el acceso a herramientas de alto contenido tecnológico que permitan crear y mantener una red integral de colaboración entre Asesores-Productores de Seguros, Aseguradoras y otros prestadores del mercado de seguros y comercializar dichos productos y servicios mediante abonos o cargos a los adherentes del sistema. La sociedad interviene en el negocio publicitario y la gestión de transacciones Interempresariales. La sociedad tiene plena capacidad para realizar negocios relacionados con su objeto social mediante todas las técnicas contractuales, integrándolas, entre otras con las de franchising, fideicomisos, Leasing, cuentas corrientes comerciales, transferencia tecnológica y derechos industriales y el ejercicio de representaciones y mandatos. La explotación de sistemas de administración y métodos de organización comercial, industrial y financiera. La prestación de servicios de registración, sistemas informáticos, clasificación, análisis, estadística e información para empresas. IIº) INTERVIENEN: IIº.1) Por la “ASOCIACION... IIº.2) Don Angel Compu... El mismo es titular registrado del sistema operativo denominado... Registro... IIº.3) ACREDITAN la existencia de la Asociación, el cargo invocado y la legitimación para celebrar el presente contrato mediante la siguiente documental: IIº.3.1) La ASOCIACION... (AS) reconoce su

existencia mediante los estatutos... IIº.3.2) Don Angel Compu, acredita la titularidad del sistema... EN EL CARACTER INVOCADO Y ACREDITADO, los comparecientes DECLARAN Y MANIFIESTAN:... IIIº) EXORDIO: Las profundas transformaciones operadas en el campo de los servicios asegurativos y la reconversión de su mercado, hacen necesario constituir instrumentos modernos de colaboración para abastecer nuevos y exigentes requerimientos en grado de calidad, celeridad y excelencia. Dichos servicios están en constante mutación y el nuevo escenario hace necesario optimizar sus prestaciones que además deben ser competitivas. Para ello es menester racionalizar los recursos humanos y técnicos, presupuestos contenidos en los objetivos fundacionales de AS y ampliados en el plan estratégico señalado. Por su parte el Ingeniero e informática don Angel Compu es un profesional ampliamente reconocido tanto en el país como en el extranjero que se encuentra ampliamente capacitado para abastecer tales requerimientos y constituirse en un partícipe activo y permanente en la asistencia a todos los protagonistas del servicio. Para su consecución han resuelto celebrar el presente contrato al que someten a los principios, estipulaciones y cláusulas obligacionales que a continuación se expresan: IVº) PRINCIPIOS RECTORES. DECLARACIONES GENERALES: Constituyen principios rectores de este acuerdo, los siguientes: IVº.1) El uso racional de los recursos. IVº.2) Lograr alta calidad profesional. IVº.3) Actualización y capacitación técnica-profesional permanente; IVº.4) Renovación e incorporación tecnológica permanente e intervencional institucional entre los usuarios de los servicios. IVº.5) Respetar el canal institucional de asesores profesionales como medio idóneo para la comercialización de seguros, en tanto resguarda los intereses de los consumidores. Respetar las condiciones comerciales acordadas entre Organizaciones, asesores y aseguradoras, actuando como prestador de servicios de software compartidos basados en el uso de internet. Respetar la libre elección de asesores y aseguradoras por parte de los consumidores. IVº.6) Constituir una red de asesores profesionales, aseguradoras y prestadores complementarios del mercado asegurador a fin de brindarles servicios para el acceso a herramientas de alto contenido tecnológico, que les faciliten la comercialización de productos de seguros y complementarios al mercado de seguros. IVº.7) Disponer de herramientas de cotización y comparación de alternativas de aseguramiento de distintos ramos (Automotores, Hogar, integrales, seguros de personas etc), simplificando las tareas de presupuestación y venta de los Productores-Asesores. IVº.8) Simplificar la gestión operativa de suscripción de seguros mediante acuerdos con las Aseguradoras que permitan el intercambio electrónico de Solicitudes de Emisión generadas por los Asesores Profesionales. IVº.9) Proveer información de "tracking" (seguimiento-auditoría) y estadísticas de las operaciones realizadas, ayudando a la determinación de la fecha de los contratos y el seguimiento de la evolución de las operaciones. IVº.10) Mantener la privacidad de la información administrada así como la confiabilidad y operatividad de los servicios. IVº.11) Facilitar la comunicación e interrelación entre el Asesor Profesional y sus Clientes utilizando las capacidades propias de la red. IVº.12) Incrementar el portafolio de productos comercializados por los Productores-Asesores profesionales, realizando acuerdos con empresas prestadoras de servicios relacionados con la actividad aseguradora. IVº.13) Facilitar el acceso a los productores-asesores a información sobre el mercado, productos y servicios de las Aseguradoras, así como de otros productos y servicios complementarios a la actividad profesional. IVº.14) Permitir a las empresas publicitar sus productos y servicios a los Asesores Profesionales a través

de la red. IVº.15) Utilizar las facilidades de comunicación brindadas por la red para desarrollar nuevos servicios que promuevan la colaboración on-line, como por ejemplo: consultas a especialistas, capacitación a distancia, foros de discusión, publicidad compartida, emprendimientos comunes (círculos de compra o venta), u otros servicios útiles al conjunto de los usuarios. IVº.16) Posibilitar el acceso a una solución de alto contenido tecnológico, cuya inversión excede las capacidades individuales de los Productores-Asesores en forma aislada, mejorando la eficiencia del conjunto. IVº.17) Incrementar los servicios brindados al mercado mediante la consulta y prospección permanente de necesidades. IVº.18) En la medida que internet y la contratación en línea se difundan en la sociedad, permitir el ingreso al servicio de los consumidores para la selección de su asesor profesional entre los integrantes de la red. Vº) DECLARACIONES GENERALES. Ante tales fenómenos y los principios rectores enunciados, AS y Angel Compu, han resuelto celebrar el presente contrato con el objeto de establecer una organización común con la finalidad de desarrollar determinadas fases de la actividad de las partes y prestar los servicios que se describirán así como establecer sus derechos y obligaciones y contribuir a la adhesión de los asesores-productores de seguros, afiliados o no a la entidad, al sistema descrito en el Anexo Iº “Descripción Funcional del sistema que firmado entre las partes se agrega al presente. El presente contrato no se traduce en el ejercicio de una actividad común sino en la organización de una estructura complementaria destinada a satisfacer tales requerimientos y auxiliar y asistir a los fines empresariales de las empresas coligadas sin que éstas pierdan su individualidad funcional, autonomía económica y jurídica. Para tales objetivos, los representantes de las entidades partícipes de este Acuerdo, sin mengua alguna de su capacidad operativa de contratación individual y sin dar nacimiento a otra persona jurídica diferenciada, por el principio de la autonomía de la voluntad, han decidido formalizar el presente contrato de comercialización como instrumento jurídico organizacional, regulatorio de sus actividades comunes, sus resultados y la determinación e implementación de los métodos, atribuciones diferenciadas y poderes para desarrollar el producto con arreglo y sujeción a sus estipulaciones. Dichas convenciones contractuales constituyen para las partes una regla a la cual se someten como a la ley misma, de forma tal que garanticen tanto la independencia de las actividades, emblemas y antecedentes como también la interdependencia funcional para el mejor logro de los resultados prestacionales ya mencionados y el aseguramiento que las ventajas económicas serán imputadas y distribuidas entre las partes conforme se estipula y regula en el ANEXO 2 “Servicios a AS”. Cualquier modificación de dicho Anexo en lo referente a los porcentajes de participación de AAS por la comercialización deberá ser pactado de común acuerdo entre AS y Angel Compu. En el ANEXO 3 se agregan las “Normas operativas y de Contabilidad y Administración” que regulan la operatoria, para cuyo efecto AS se obliga a aportar a Angel Compu, mensualmente, por el término de... meses, la suma de dólares... a los efectos de abastecer las inversiones y gastos propios del inicio y puesta en marcha del sistema. La primer cuota comenzará a abonarse el día... del mes... Desde este mismo instante, como principio de ejecución contractual, las Partícipes ponen a disposición su cooperación, colaboración, recursos humanos e infraestructuras técnicas-edilicias, suficientes para satisfacer todos los requerimientos que los servicios contratados involucren. Asimismo, como declaración previa, las Partícipes, y sus representantes declaran bajo juramento no encontrarse comprendidos por las inhabilidades o

incompatibilidades que las normas del derecho común o las leyes especiales estipulan para formalizar estos emprendimientos, ni estar viciada su actuación por actos de competencia que el régimen legal general contempla. Prueban estar legitimados y habilitados para otorgar el presente acto, con capacidad de obligar y vincular a sus representadas, mediante la documental relacionada precedentemente. VIº) COMERCIALIZACION: VIº.1) Angel Compu, transfiere por este acto, con carácter de exclusividad, la comercialización de... en todo el territorio de la República Argentina, sus servicios tendientes a conformar una red de Asesores-Profesionales, Aseguradores y entidades y/o servicios relacionados directa o indirectamente al mercado asegurador, a AS para la colocación del mismo entre los Productores-Asesores de Seguros socios o no socios de la Asociación, las Aseguradoras y demás proveedores de productos y servicios que adhieran al sistema. VIº.2) AS comercializará el servicio "...com" con carácter exclusivo en todo el territorio de la República Argentina, asumiendo y tomando a su cargo las actividades propias de la difusión y concreción de adhesiones tanto entre sus asociados como entre las Aseguradoras, otras entidades relacionadas directa o indirectamente al mercado asegurador u Asesores Profesionales aún no asociados a AS. Los folletos, imágenes, mensajes para su difusión y los documentos para comprometer las adhesiones deberán estar supervisadas y con el visto bueno previo de Angel Compu, quien celebrará el contrato definitivo con cada uno de los usuarios. Las tareas de comercialización comprenden las actividades y gestiones tendientes a lograr las metas establecidas en el ANEXO 4 "Metas de desarrollo y comercialización de "...com. por parte de AS". VIº.3) AS acepta que el modelo de negocios aplicado al mercado de Seguros, el software que se utiliza, desarrollado y/o contratado por bienseguro S.A., la documentación, tecnología y procesos que se implementan, los servicios puestos en marcha, así como la denominación "...com" son propiedad de Angel Compu y en su conjunto, integran un activo propiedad de bienseguro S.A., son intransferibles y están sujetos al régimen de propiedad intelectual vigente y registrado en el Registro de Propiedad Intelectual, con fecha..., bajo el número... Por lo tanto el presente contrato se realiza bajo estricta reserva y confidencialidad, no pudiendo AS proceder a la reproducción de medios materiales, investigación, ingeniería reversa, reprogramación en el mismo u otros lenguajes, divulgación de información técnica, ni cualquier otra actividad o método tendiente a violar los derechos de propiedad sobre la tecnología que hace posible "...com". VIº.4) Privacidad de la información: AS y Angel Compu aceptan que la información que será administrada a través de "...com", relacionada con las actividades y transacciones realizadas, son propiedad de los abonados al servicio. Aceptan también que la confidencialidad de la información es la base sobre la cual el servicio será útil y confiable para los destinatarios del mismo. Por lo tanto "AS" y el Ing. Angel Compu declaran como su interés colaborativo la responsabilidad por la custodia y privacidad de los datos administrados. La información de las transacciones, condiciones comerciales propias de cada Organización de..., los datos personales de consumidores y toda otra de la misma naturaleza, se encuentran amparadas por el principio de reserva y confidencialidad, por lo tanto ni "AS" ni Angel Compu podrán utilizarla ni difundirla con fines contrarios a los intereses de los usuarios y los principios en que se sustentan las normas del presente contrato. VIº.5) Cargos de los Servicios y participación de AS: El ANEXO 4 "Metas de desarrollo y comercialización de "...com" por parte de AS", constituye un solo e inescindible cuerpo documental con el presente acuerdo, sin

perjuicio de todo lo que en el se regula y determina, AS, si bien participará de la comercialización de las extensiones del actual sistema y nuevos productos que tengan aplicación al objeto principal de este contrato, no queda obligada a realizar el aporte de capital inicial para su implementación y desarrollo. Los porcentajes de participación sobre los nuevos servicios y extensiones, a favor de AS, para que ésta cumpla con los procedimientos a su cargo establecidos en este contrato y sus anexos, deberá ser pactado de común acuerdo con Angel Compu, quien comunicará fehacientemente a AS los cambios en los precios de los servicios con la prudente antelación para que esta desarrolle su difusión. Para el hipotético caso que AS no quiera participar en la comercialización de los nuevos servicios que se desarrollen y que éstos cumplan con los principios rectores de este contrato, Angel Compu, queda automáticamente habilitada y en absoluta libertad a comercializar o establecer contratos de comercialización con terceros. A los efectos operativos se establece que AS tendrá quince días corridos desde su toma de conocimiento indubitada que le hará llegar “al Ing. Angel Compu, para aceptar su participación. Si así no lo hiciera también por medio indubitado deberá entenderse como renuncia irrevocable a la comercialización de los mismos. VIº.6) Desarrollos especiales requeridos por AS. Los desarrollos de software y nuevos servicios basados en Internet que sean requeridos por AS, adicionalmente a los emprendimientos relacionados con la puesta en marcha de adicionales o nuevos servicios que compatibilicen o formen parte de los principios rectores de este acuerdo, deberán ser solicitados prioritaria y exclusivamente a Angel Compu quien deberá dar respuesta en el plazo de quince días corridos, decisión que también deberá ser comunicada por el mismo medio. El porcentaje de participación en estos nuevos servicios deberá establecerse de común acuerdo y el presupuesto de su puesta en marcha así como los precios para los abonados-adherentes serán determinados por Carlos Compu de común acuerdo con AAPAS, concluida esta etapa “bienseguro S.A.” desarrollará los nuevos servicios y AS procederá a su difusión y campaña comercializadora en los mismos términos que los regulados para todos los productos. VIº.7) Beneficios a los socios de AS. Los precios de los abonos fijados por el Ing.º Angel Compu y comunicados por “AS” a sus asociados tienen el carácter de “abono bonificado”. Los usuarios adherentes que no pertenezcan a la nómina social de AS deberán abonar el abono general que será fijado por Angel Compu. La participación de AS se calculará sobre la base del valor bonificado. VIº.8.1) De la exclusividad de AS. AS mantendrá la exclusividad de la comercialización del producto y servicios establecidas en este contrato siempre que de cumplimiento a todas y cada una de sus obligaciones, integrando las mismas el estricto cumplimiento de las metas establecida en el ANEXO...- Dicha caducidad operará de pleno derecho sin necesidad de formalidad, aviso o interpelación judicial o extrajudicial alguna, pudiendo a partir de ese momento Ing. Angel Bueno, extender su red de distribuidores y desarrollar sus propios planes de comercialización. AS continuará percibiendo la participación solamente por las adhesiones que concrete o las que se hayan concretado con anterioridad a través de sus propias gestiones. Sin perjuicio de ello el Ing Angel Compu podrá redefinir o flexibilizar las metas, a su solo criterio, comunicándole a AS dicha decisión por escrito y medio indubitado, debiendo ésta, para el caso de aceptación, comunicarlo en el plazo de quince días con las mismas formalidades a al Ing. Angel Compu, caso contrario se entenderá formalmente no aceptada. VIº.8.2) De la exclusividad del Ing. Angel Compu. En el carácter de titular dominial y registral de la propiedad intelectual del sistema, documentos y procedimientos

determinados en el numeral VI.3) de este contrato, también es proveedor exclusivo para todos los servicios relacionados con internet y con la automatización de la gestión de seguros. AS por su representante así lo reconoce y declara expresamente. Por ello AS no podrá emprender ninguna actividad que entre en competencia o colisión con los servicios brindados por AC. La violación de esta exclusividad será causal suficiente para la rescisión anticipada del contrato y la pérdida al del derecho a la percepción de la comisión en forma inmediata e irrevocable...

El contrato se integra con los contenidos el art. 1455...

Disposiciones testamentarias. Relevancia de la función notarial en su redacción

Sebastián E. Sabene

SUMARIO. *I.- Introducción. II.- La institución de heredero. III.- La sustitución de heredero. IV.- Los legados. V.- Reflexión final*

I. INTRODUCCIÓN

La autorización de escrituras públicas de testamento constituye una de las mayores incumbencias del notario. Esto ha sido así durante el régimen velezano, y en la actualidad se agudiza su importancia en atención a la supresión del testamento cerrado como forma testamentaria permitida, y al tratamiento procesal del testamento ológrafo¹, frente al cual se potencian las razones por las cuales resulta aun más aconsejable testar en sede notarial.

Si bien toda actuación notarial se encuentra impregnada de un escenario normativo que evidencia las razones económicas, sociales, culturales y jurídicas de la existencia del Notariado, resaltamos siempre, desde nuestra actividad catedrática -y lo hacemos desde esta publicación- la acentuada relevancia de la función notarial y sus operaciones de ejercicio cuando el notario es requerido para la autorización de una escritura pública de testamento.

Debe tenerse presente, en todo momento, que el testamento en el que el notario interviene será interpretado por un juez cuando el testador se encuen-

1 El artículo 2339 del CCyC exige la producción de prueba pericial caligráfica para acreditar que la letra y la firma del testamento ológrafo pertenecen a la persona a la que se atribuye el otorgamiento del acto, con carácter previo a la declaración de validez formal del testamento.

tre fallecido y ya no sea posible consultar su voluntad. Por ello, el conocimiento y la pericia para volcarlo al documento autorizado deben profundizarse aún más, a fin de garantizar al testador que su voluntad haya sido exteriorizada en un documento sustancial y formalmente válido, con disposiciones testamentarias que contengan la exacta manifestación de su voluntad.

Si bien es cierto que, en orden a lo normado en el artículo 2470 del CCyC, “las disposiciones testamentarias deben interpretarse adecuándolas a la voluntad real del causante”, no lo es menos que la misma norma aclara que, para ello, corresponderá apreciar “el contexto total del acto”.

De ello se desprende que, con justicia, no serán interpretados del mismo modo un testamento ológrafo y un testamento por acto público. Mientras en el primero, el testador ha elegido dar predominio a la intimidad de su voluntad prescindiendo de todo asesoramiento profesional, en el segundo ha requerido a un notario que autorice la escritura pertinente, redactando las disposiciones testamentarias en la forma adecuada.

Por consiguiente, aun cuando la interpretación de un testamento es, a grandes rasgos, más flexible que la de un contrato, las disposiciones testamentarias contenidas en un testamento por acto público son valoradas, considerando que han sido redactadas por un profesional del derecho a cargo de una función pública.

Por ello es que, con el presente artículo, se propone un espacio de reflexión acerca de la importancia de una adecuada redacción de las disposiciones testamentarias al confeccionar este documento notarial.

II. LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO

El CCyC define al heredero como “la persona a quien se transmite la universalidad o una parte indivisa de la herencia”². Por consiguiente, el heredero, mientras subsista la comunidad hereditaria, no ostenta ningún derecho exclusivo sobre ninguno de los objetos que componen el acervo hereditario.

Su llamamiento es universal y sólo se concretará en uno o varios objetos específicos cuando se provoque la partición por alguna de las formas y modos autorizados por la ley.

Cabe recordar que en el marco de una sucesión por causa de muerte pueden existir sucesores universales y sucesores singulares. Conforme al artículo 400 del CCyC, son universales los sucesores que reciben todo o una parte

2 Arg. art. 2278, CCyC.

indivisa del patrimonio de otro; en cambio, son singulares aquellos que reciben un derecho en particular.

La expresión sucesor universal no debe confundirse con el concepto de heredero universal. Todo heredero es universal como sucesor, pero no siempre es universal como heredero. Éste último es aquel que, además de haber adquirido todo o una parte alícuota de la herencia, tiene -en este último caso- vocación sucesoria eventual al todo a través del derecho de acrecer. En cambio el heredero de cuota -siendo universal como sucesor, por cuanto adquiere una cuota parte de la herencia- no es universal como heredero porque carece de derecho de acrecer, a menos que la institución hereditaria le haya conferido expresamente este derecho³.

En suma, la universalidad del sucesor se vincula con el objeto (todo o parte alícuota de una herencia), y en este sentido, todo heredero lo es. Pero la universalidad del heredero responde a la posibilidad, o no, de expandir objetivamente los alcances del llamamiento sucesorio⁴.

En las sucesiones intestadas, los sucesores -herederos, cuyo llamamiento tiene origen legal- son siempre universales, como sucesores y como herederos; en cambio, en las sucesiones testamentarias, el llamamiento es originado por la voluntad del causante vertida en un testamento otorgado con las formas previstas legalmente, razón por la cual corresponderán distintas soluciones de acuerdo a cómo estén redactadas las disposiciones testamentarias en cada supuesto.

a.- Institución de heredero sin asignación de parte

La disposición testamentaria:

“(…) Que instituye herederos, en la porción disponible, a María A., Juan B. y Pablo C.”.

La disposición se sitúa en el marco de una sucesión mixta, esto es, deferida en parte de acuerdo a la ley, y en parte de acuerdo al testamento.

Si la disposición se redacta con este contenido, debe considerarse que la porción disponible corresponderá a los tres herederos instituidos, en partes iguales. Esto quiere decir que, v.gr., si la porción disponible es de un tercio, cada uno de los herederos testamentarios tendrá un derecho equivalente a una novena parte del acervo, que materializará en dinero o en bienes en ocasión de partir la herencia.

Asimismo, toda vez que no se han asignado partes, existirá derecho de

3 Arg. art. 2488, CCyC.

4 SABENE, Sebastián E. “El derecho real y la posesión en la transmisión *mortis causa*”. SJA, 26/10/2016, pág. 5 y ss.

acrecer, en virtud de lo normado en el artículo 2486 del CCyC cuyo texto proclama que “los herederos instituidos sin asignación de partes suceden al causante por partes iguales y tienen vocación a todos los bienes de la herencia a los que el testador no haya dado un destino diferente”.

Así entonces, si ha renunciado María A. (heredera testamentaria), acrecerán la parte de ella Juan B. y Pablo C., en igual proporción.

b.- Institución de heredero con asignación de parte confiriendo derecho de acrecer recíprocamente entre los herederos testamentarios

La disposición testamentaria:

“(…) Que instituye herederos, a María A., por un medio de la porción disponible; a Juan B., por una cuarta parte de la porción disponible; y a Pablo C., por una cuarta parte de la porción disponible, confiriéndoles expresamente el derecho de acrecer”.

Esta disposición puede resultar útil cuando el testador quiere conferir a los herederos testamentarios, el derecho de acrecer, en los supuestos en que desea instituirlos herederos en distintas proporciones.

Con la asignación de parte, resulta aplicable el artículo 2488 del CCyC que niega expresamente el derecho de acrecer al heredero de cuota, a menos que el testamento se lo confiera expresamente. Esto último es posible en atención a que las normas sobre derecho de acrecer no son de orden público, en el sentido que el testador puede conferir esta prerrogativa a quien no la tenga por ley⁵, o bien retirarla recurriendo a la sustitución vulgar.

c.- Institución de heredero con asignación de parte confiriendo derecho de acrecer

La disposición testamentaria:

“(…) Que instituye herederos, a María A., por un medio de la porción disponible; y a Juan B. y Pablo C., por el otro medio indiviso de la porción disponible”.

En este supuesto, Juan B. y Pablo C. tendrán derecho de acrecer entre ellos, dentro del medio indiviso de la porción disponible con el que fueron beneficiados, pero no más allá de él.

La solución se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 2486 y 2488 del CCyC.

5 FERRER, Francisco A. M., en: Alterini, Jorge Horacio (Dir). *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*. Tomo XI, pág. 70; Pérez Lasala, José Luis. *Tratado de Sucesiones*. Tomo I, N° 219 y 234.

Por lo tanto:

I.- Si Juan B. renuncia a la herencia, Pablo C. acrece su parte;

II.- Si Pablo C. renuncia a la herencia, Juan B. acrece su parte;

III.- Si María A. renuncia a la herencia, Juan B. y Pablo C. no acrecen la parte de ella porque ellos, conjuntamente, tienen su llamamiento recortado a un medio indiviso de la porción disponible, no existiendo posibilidad de extender sus efectos;

IV.- Por idénticos fundamentos, si Juan B. y Pablo C. renunciaran, María A. no tendría derecho de acrecer en relación a la parte de ellos.

En cualquiera de estos últimos dos casos, la parte sería acrecida por los herederos intestados.

III. LA SUSTITUCIÓN DE HEREDERO

La sustitución de heredero no es otra cosa que una institución de heredero dispuesta para el supuesto en que otra institución no alcance a producir efectos.

La doctrina distingue la sustitución vulgar y la sustitución fideicomisaria. Es importante resaltar que sólo la primera está permitida en nuestro ordenamiento vigente -que, en este punto, sigue la solución velezana- existiendo expresa prohibición en relación a la segunda.

La llamada sustitución vulgar hoy se halla legislada en el segundo párrafo del artículo 2491 del CCyC, por cuanto proclama que “el testador puede subrogar al instituido para el supuesto de que éste no quiera o no pueda aceptar la herencia o el legado”; agregando luego que “la sustitución establecida para uno de esos casos vale para el otro”.

Consideramos importante resaltar que se ha deslizado, en este artículo, la misma imprecisión que se observaba en el artículo 3725 del Código velezano, toda vez que esta norma también se referían a los casos en que el heredero no pudiere o no quisiere “aceptar” cuando, en rigor de verdad, se trata los casos en que no quisiere o no pudiere “adquirir”.

Es oportuno recordar que, en nuestro régimen sucesorio, la aceptación no es adquisitiva. Los derechos hereditarios se adquieren con la muerte de acuerdo con los artículos 2277 y 2280 del CCyC. La eventual aceptación posterior sólo produce el efecto de fijar o consolidar la posición de heredero ya adquirida. El error ya se advertía en VÉLEZ y era producto del trasvasamiento de la letra del Proyecto de Código Civil Español de GARCÍA GOYENA.

Lamentablemente, en ocasión de redactar el CCyC, se desaprovechó la oportunidad de corregir tal imprecisión en su artículo equivalente; pero, por los mismos fundamentos, entendemos que es tal el sentido en el que debe interpretarse la norma.

Por consiguiente, una sugerida redacción podría ser la siguiente:

“Instituye heredero, en la porción disponible, a María A.; designando heredero sustituto, para el caso en que María A. no quiera o no pueda adquirir la herencia, a Juan B.”.

De este modo, si María A. fallece antes que el testador, o si renuncia a la herencia -y por consiguiente se juzga que jamás ha sido heredera- quedará instituido Juan B., por su condición de heredero sustituto.

Deberá considerarse que, en principio, el heredero sustituto se encuentra sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido en primer término, a menos que del testamento surja claramente que éstas sólo fueron impuestas en relación a éste último, y no a aquél⁶.

En cambio, el primer párrafo del artículo 2491 del CCyC se ocupa de pronunciar la nulidad absoluta de las sustituciones fideicomisarias, estableciendo que “la facultad de instituir herederos o legatarios no importa el derecho de imponer un sucesor a los instituidos”.

Es decir, que la prohibición de la sustitución fideicomisaria reposa en la imposibilidad jurídica de instituir a un heredero, y disponer que a su muerte, lo continuará en tales derechos otra persona. Ello implicaría alterar el orden sucesorio del heredero, cuya sucesión -como cualquier otra- será deferida de acuerdo a la ley o a un testamento otorgado por éste, y no por quien testó a su favor.

Por ello, en términos más categóricos, se explica que el veto de esta disposición testamentaria radica en la imposibilidad de “darle un heredero al heredero”.

Por el mismo motivo, el artículo 2492 del CCyC prohíbe también la sustitución de residuo que, como puede observarse, no es otra cosa que un supuesto especial de sustitución fideicomisaria⁷.

Idénticas reglas imperan en materia de legados.

IV. LOS LEGADOS

Los legados son disposiciones testamentarias que conllevan un llamamiento singular, correspondiendo entonces a la figura de un sucesor particular.

En este orden de ideas, el legatario no integra la comunidad hereditaria y, por consiguiente, nada tiene que partir. No precisa hacerlo. Su derecho

6 Arg. art. 2491, 3º párrafo, CCyC.

7 CCyC, art. 2492: “Sustitución de residuo. No es válida la disposición del testador por la que llame a un tercero a recibir lo que reste de su herencia al morir el heredero o legatario instituido. La nulidad de esta disposición no perjudica los derechos de los instituidos”.

ya nace concretado en el bien que constituye su objeto, a diferencia de cuanto le ocurre al heredero.

Participamos de la corriente doctrinaria que entiende que no es necesario que el legatario consienta la partición, como que no tiene calidad de parte en ese acto jurídico. El posible sentido de su intervención -de acuerdo al caso- será que, en el marco de una partición, deban separarse bienes suficientes para cumplir los legados, cuando éstos no afectan la legítima, pero de ningún modo implica que el legatario se encuentre en la necesidad jurídica de partir. La partición es un negocio pensado, legislado y puesto al servicio del heredero.

Aunque es cierto que cualquier bien puede ser objeto de legado -incluso aquel que no existe pero que puede llegar a existir- son más habituales los legados de derechos reales, es decir, aquellos que tienen por finalidad constituir o transmitir un derecho real sobre una o varias cosas determinadas.

En estos legados, debe advertirse que la tradición es irrelevante a los fines de la adquisición del derecho real. Por ello, el artículo 1892 del CCyC, luego de exigir la concurrencia de título y modo suficientes para la adquisición derivada de derechos reales por actos entre vivos, agrega en su último párrafo que "a la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto"⁸.

El derecho real resulta adquirido por el solo hecho de la muerte del causante, aun cuando tal adquisición no cuente aún con un instrumento. Es que, aplicándose las normas del Libro Quinto, se imponen los artículos 2496 y 2497 del CCyC.

El primero de ellos dispone que "el derecho al legado se adquiere a partir de la muerte del testador o, en su caso, desde el cumplimiento de la condición a que está sujeto"; agregando el segundo que "el legatario de bienes determinados es propietario de ellos desde la muerte del causante y puede ejercer todas las acciones de que aquel era titular".

Por consiguiente, el derecho real se constituye o transmite operativamente con el deceso del testador, a favor del legatario designado en el testamento.

Analizaremos seguidamente distintos casos:

a.- Legado de transmisión de dominio

Se sugiere una redacción similar a la siguiente:

"Lega el inmueble sito en la calle Rivadavia N° 110 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a favor de María A."

Se trata del legado más habitual. Aquél que suele ser denominado "legado de cosa cierta y determinada" que, desde el enfoque de los derechos reales, es, v.gr., un legado de transmisión de dominio.

8 SABENE, Sebastián E. "El derecho real y la posesión...". Op. cit.

El legatario es dueño desde la muerte del testador, aun cuando no tenga título escrito ni tradición. Sin perjuicio de ello, por supuesto precisará tramitar el juicio sucesorio y obtener la declaración de validez formal del testamento a los fines de encontrarse legitimado para disponer, cuando se trate de bienes registrables⁹. Pero, en nuestra opinión, no creemos que hasta entonces el legatario no tenga dominio, sino todo lo contrario.

La designación del objeto del legado debe ser precisa, sin perjuicio que, cuando se trate de cosas, como en el ejemplo abordado, no se requerirá su designación con el rigor que se exige, por ejemplo, para la autorización de una escritura de venta. Bastará que se encuentre determinado de modo tal que se sepa que es ese objeto, y no otro, aquel con el cual el testador ha querido beneficiar al legatario.

b.- Legado en condominio

Cuando la misma cosa se lega a favor de dos o más personas en un mismo testamento, se constituye entre los legatarios un condominio, pudiendo recurrirse a una redacción similar a la siguiente:

“Lega el inmueble sito en la calle Rivadavia N° 110 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a favor de María A. y de Juan B.”.

En nuestro ejemplo el legado se hace conjuntamente en el mismo testamento y en la misma disposición.

Puede ocurrir que, en un mismo testamento, se legue el mismo inmueble a dos personas en distintas disposiciones. En tal caso, se entenderá que hay legado en condominio.

Distinto es el supuesto en que se legue el mismo inmueble a favor de dos o más personas en distintos testamentos. En este supuesto prevalecerá el último, por el efecto revocatorio que tiene respecto de los testamentos anteriores¹⁰.

El legado en condominio que no indica proporciones importa un legado en partes iguales. En el ejemplo que se analiza, el legado hará nacer un condominio entre María A. y Juan B., en el que cada uno será condómino por un medio indiviso.

Asimismo, toda vez que no se han asignado partes, los colegatarios tendrán derecho de acrecer, siempre limitado al objeto del legado. Así, si María A. fallece antes que el testador o renuncia al legado, éste valdrá como un legado de dominio a favor de Juan B.

⁹ Esta conclusión se desprende del adecuado resguardo del principio registral de tracto sucesivo (arg. art. 16, ley 17.801).

¹⁰ Arg. art. 2513, CCyC.

Si se quisiera legar una cosa en condominio, pero en proporciones distintas, podría recurrirse, por ejemplo, a la siguiente redacción:

“Lega el inmueble sito en la calle Rivadavia N° 110 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por un tercio indiviso, a favor de María A.; y por dos tercios indivisos, a favor de Juan B.”.

En este supuesto:

I.- La partes indivisas del condominio nacido por testamento no serán equivalentes, sino que corresponderán las que haya designado el testador;

II.- No existirá derecho de acrecer entre los colegatarios, puesto que, desde el propio llamamiento testamentario, cada legatario tiene su derecho recortado dentro del límite de la proporción asignada por el testador. Así, entonces, si María A. fallece antes que el testador o renuncia al legado, Juan B. no tendrá derecho de acrecer, ingresando esa parte indivisa a la masa partible para ser dividida entre los herederos.

Si, en este mismo supuesto, se quisiese otorgar derecho de acrecer, éste deberá ser concedido expresamente a través de una cláusula como la siguiente:

“Lega el inmueble sito en la calle Rivadavia N° 110 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por un tercio indiviso, a favor de María A.; y por dos tercios indivisos, a favor de Juan B.; confiriendo a ambos recíprocamente el derecho de acrecer”.

c.- Legado de constitución de usufructo de un inmueble, sin asignación de partes ni mención expresa al derecho de acrecer

La disposición testamentaria:

“Lega el usufructo del inmueble sito en la calle Rivadavia N° 110 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a favor de Juan A. y Nicolás P.”.

Comenzamos por recordar que al referirnos al “legado de usufructo” estamos en presencia de un legado de constitución de este derecho real. Por supuesto, no se trata de un legado de transmisión, toda vez que el usufructo no se transmite por muerte, sino que, por el contrario, el fallecimiento del usufructuario marca el fin de su derecho¹¹.

La figura bajo estudio consiste en un legado que dará nacimiento a este derecho real, constituyéndolo y, por consiguiente, desmembrando el dominio.

El derecho real de usufructo admite su constitución por vía testamentaria¹². Idéntica conclusión cabe predicar respecto del derecho real de uso¹³.

Por consiguiente, el derecho real de usufructo habrá nacido operativamente con la muerte del testador, recordando nuevamente que, en la constitución y

11 Arg. Art. 2152, inc. “a”, CCyC.

12 Arg. arts. 2130, 2134, 2137, 2280, 2490, 2497 y concordantes del CCyC.

13 Arg. art. 2155, CCyC.

transmisión de derechos reales por causa de muerte, la tradición nunca es constitutiva, no correspondiendo la aplicación del artículo 1892 del CCyC, en virtud del mandato contenido en su último párrafo.

Desde el deceso del testador, la propiedad del inmueble, en nuestro ejemplo, habrá quedado desmembrada, resultando usufructuarios los colegatarios. En cuanto a la nuda propiedad, si ésta ha sido objeto de otro legado, corresponderá al legatario en cuestión. De lo contrario, integrará la masa partible y, por consiguiente, formará parte de la indivisión hereditaria, hasta tanto se produzca la partición por alguno de los modos y formas que contempla la ley.

En lo concerniente al derecho de acrecer entre los colegatarios de usufructo, identificamos una sutil pero sustancial diferencia que debe apuntarse entre el derecho de acrecer en el usufructo y el derecho de acrecer en la disposición testamentaria. El primero supone un usufructo ya constituido. El segundo campea cuando uno o varios colegatarios no han podido o querido adquirir tal derecho.

Los veremos separadamente:

En torno al primero, dispone el artículo 2490 del CCyC que

“La muerte del colegatario de usufructo, posterior a la del testador, no produce el acrecimiento de los otros colegatarios excepto disposición en contrario del testamento”.

Pensamos que la norma es sobreabundante. Ya lo proclama el primer párrafo del artículo 2132 del CCyC, al regular el contenido del derecho real de usufructo, a tenor del siguiente texto:

“El usufructo puede establecerse conjunta y simultáneamente a favor de varias personas. Si se extingue para una subsiste para las restantes, pero sin derecho de acrecer, excepto si en el acto constitutivo se prevé lo contrario”.

Debe tenerse presente que el artículo 2490 del CCyC contempla la hipótesis en que primero ha fallecido el testador y posteriormente ha muerto el colegatario de usufructo. Considerando que, en orden a los artículos 2496 y 2497 que referimos anteriormente, el usufructo ha quedado adquirido desde la muerte del testador, y que el colegatario no ha renunciado al legado, la solución no podía ser otra: fallecido un usufructuario, no acrece su parte indivisa en el usufructo el otro, si ello no surge expresamente del testamento.

Pero esto no debe confundirse con el derecho de acrecer de la disposición testamentaria, que campea justamente cuando el derecho no ha quedado adquirido a favor del colegatario, ya sea porque el colegatario falleció antes que el testador, ya sea porque renunció al legado, con el correspondiente efecto retroactivo al día de la muerte del testador¹⁴.

14 Es importante, en este punto, no confundir la renuncia al legado con la renuncia al usufructo. La primera es retroactiva al momento de la muerte del testador y jurídicamente implica que el beneficiario será juzgado como si nunca hubiese sido legatario ni, por

En estos dos últimos casos, el legatario no habrá adquirido el derecho real de usufructo -por prefallecimiento o renuncia- y por consiguiente la solución es otra. No llegó a ser usufructuario. No es posible aplicarle los artículos 2132 y 2490 del CCyC.

Tanto es así que -insistimos- el artículo 2490 exige, para su aplicación, que el colegatario haya sobrevivido al testador. Si esto no ocurrió, la solución debe buscarse en otra norma.

¿Cuál es la norma que resuelve este caso?

A nuestro criterio, el artículo 2489 del CCyC que contiene, en este punto, la regla general: "cuando el testador (...) atribuye un bien conjuntamente a varios legatarios, cada beneficiario aprovecha proporcionalmente de la parte perteneciente al (...) legatario cuyo derecho se frustra o caduca".

A falta de una norma especial, lógico es recurrir a la norma genérica.

Por consiguiente, existirá derecho de acrecer, aun cuando no se haya conferido expresamente, en estas circunstancias, puesto que el derecho no ha quedado adquirido por el colegatario.

En resumen, tomando como ejemplo la disposición testamentaria propuesta, decimos que:

a.- Si Juan A. falleció después que el testador, Nicolás P. no tiene derecho de acrecer, correspondiendo el usufructo sobre este medio indiviso del inmueble a la masa hereditaria¹⁵;

b.- Si Juan A. falleció antes que el testador, Nicolás P. adquiere el usufructo de la totalidad del inmueble¹⁶, puesto que la disposición testamentaria no asigna proporciones, ni puede aplicarse el artículo 2490¹⁷.

c.- Si Juan A. renuncia al legado, corresponde aplicar la solución del apartado "b"¹⁸.

Si el testador, en los supuestos "b" y "c", quisiera evitar que Nicolás P. acreciera, le bastará con asignar partes en la disposición testamentaria, redactando el legado, por ejemplo, con el siguiente contenido:

consiguiente, usufructuario; en cambio, la renuncia al usufructo produce efectos hacia el futuro e implica la aceptación de legado, si antes no ha sido aceptado. Con respecto al efecto retroactivo de la renuncia al legado, si bien no surge expresamente del artículo 2521 del CCyC, acompañamos la interpretación que entiende que se debe aplicar el artículo 2291 del CCyC.

15 Arg. arts. 2132 y 2490, CCyC.

16 Arg. art. 2489, CCyC.

17 Recordemos que el artículo 2490 del CCyC exige que el colegatario de usufructo haya fallecido con posterioridad al testador.

18 Arg. art. 2521, CCyC.

“Lega el usufructo de: a) un medio indiviso del inmueble sito en la calle Rivadavia N° 110 de la Ciudad Autónoma de BUENOS AIRES, a favor de Juan A.; y b) un medio indiviso del mismo inmueble, a favor de Nicolás P.”.

La asignación de partes impedirá la aplicación del artículo 2489 del CCyC, y por consiguiente no existirá derecho de acrecer el usufructo ni derecho de acrecer la disposición testamentaria.

d.- Legado de constitución de usufructo de un inmueble, sin asignación de partes, confiriendo derecho de acrecer

La disposición testamentaria:

“Lega el usufructo del inmueble sito en la calle Rivadavia N° 110 de la Ciudad Autónoma de BUENOS AIRES, a favor de Juan A. y Nicolás P., con derecho de acrecer entre ambos cusufructuarios”.

En este supuesto, además de existir derecho de acrecer en la disposición testamentaria (arg. art. 2489, CCyC), existirá además derecho de acrecer en el usufructo si, v.gr., Juan A. fallece con posterioridad al testador, puesto que esta prerrogativa ha sido expresamente conferida en el legado¹⁹.

e.- Legado de constitución de usufructo sobre parte indivisa de la herencia

En el régimen derogado, la herencia o una parte indivisa de ella podían ser objeto de usufructo, ya sea cuando éste se constituía por contrato o por testamento.

Con la entrada en vigor del CCyC, ello sólo puede acaecer cuando la constitución de usufructo ha tenido lugar por vía testamentaria, quedando vedada la posibilidad de constituir contractualmente usufructos sobre partes indivisas de herencias.

Esto se desprende del artículo 2130, inciso “d”, en orden al cual:

“El usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa de los siguientes objetos: (...) d.- el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario”.

En estos supuestos, puede recurrirse a una redacción similar a la siguiente:

“Lega el usufructo de dos terceras partes de su herencia a favor de Nicolás P.”.

¹⁹ Se trata de la salvedad contenida en el artículo 2490 del CCyC.

f.- Legado de constitución de derecho real de habitación

“Lega el derecho real de habitación, gratuito y vitalicio, sobre el inmueble sito en la calle Rivadavia Nº 110 de la Ciudad Autónoma de BUENOS AIRES, a favor de su conviviente, Lilitana F.”.

Las normas que regulan los derechos reales de usufructo y uso son supletoriamente aplicables al derecho real de habitación²⁰, de modo que todo lo apuntado sobre la adquisición del derecho real es de aplicación a esta figura, y si imaginamos un llamamiento a favor de varios colegatarios de derecho real de habitación, aplicaremos idénticas conclusiones a las que arribamos anteriormente.

Pero hemos elegido una disposición testamentaria con este contenido para resaltar que, en nuestro régimen vigente, continúa siendo posible constituir el derecho real de habitación por testamento, no debiendo esto confundirse con los derechos reales de habitación de fuente legal que los artículos 527 y 2383 del CCyC contemplan para el conviviente y cónyuge supérstite, respectivamente.

Nosotros hemos elegido un ejemplo en el que el testador confiere la habitación gratuita y vitalicia a favor de su conviviente, lo que resultará particularmente útil en atención a que el artículo 527 contempla una habitación limitada a los dos años.

No existe ningún obstáculo para hacer nacer tal derecho real por fuente testamentaria. No se aplicará a esta figura, entonces, el referido artículo 527, sino el contenido de la disposición testamentaria, y las normas que regulan el derecho real de habitación.

Por supuesto, la eficacia de este derecho dependerá de que el legado no afecte la legítima de los herederos forzosos, en caso que éstos últimos existan. Para ello, será menester considerar el artículo 2460 del CCyC, de acuerdo al cual “si la disposición gratuita entre vivos o el legado son de usufructo, uso, habitación, o renta vitalicia, el legitimario o, en su caso, todos los legitimarios de común acuerdo, pueden optar entre cumplirlo o entregar al beneficiario la porción disponible”²¹.

La constitución testamentaria de derecho real de habitación también puede ser útil a favor del cónyuge supérstite, cuando se pretende atribuirle el derecho de habitar un inmueble distinto al que era sede del hogar conyugal.

20 Arg. arts. 2155 y 2159, CCyC.

21 Por supuesto, esta norma también deberá considerarse para los legados de usufructo y uso que hemos desarrollado en los apartados anteriores.

e.- Legado de transmisión de derecho real de sepultura

La disposición testamentaria:

“Lega el derecho real de sepultura que le corresponde sobre la parcela X, ubicada en el cementerio privado Y, a favor de Juan A.”.

En nuestro ejemplo, el testador era titular del derecho real de sepultura sobre una parcela en un cementerio privado encuadrado en las disposiciones del CCyC.

Tenemos dicho que, a nuestro entender, el derecho real de sepultura es un derecho real distinto al de cementerio privado, aunque no sea autónomo y se encuentre necesariamente vinculado a éste último²². Así, entonces, el derecho real de cementerio privado es un derecho real sobre cosa propia, cuyo objeto es el inmueble o los inmuebles sobre los que se asienta la necrópolis, siendo su titular el mismo dueño o, en su caso, los condóminos, por cuanto, al ser un derecho real de afectación, se somete el inmueble al destino especial, sin alterar su titularidad. Por su parte, el derecho real de sepultura es un derecho real sobre cosa ajena, cuyo objeto se compone de la parcela (objeto de derecho exclusivo) y los sectores de uso común (objetos de derecho coparticipado), siendo su titular el usuario que adquirió el derecho a inhumar restos humanos en ella.

El derecho real de sepultura es, por consiguiente, transmisible por causa de muerte, dado que ninguna disposición normativa contempla que el fallecimiento de su titular marque su extinción.

Pues, entonces, como pueden ser objeto de legados todos los bienes que están en el comercio -y el derecho real de sepultura sobre una parcela emplazada en un cementerio privado lo está- es jurídicamente posible un legado con este contenido.

En algunos casos, es viable imaginar que el testador quiera imponer cargos, como por ejemplo, el cumplimiento de disposiciones atinentes al destino de su propio cuerpo o la construcción de un sepulcro cuando la necrópolis lo permita.

22 Hemos afirmado que “el derecho real de cementerio privado y el derecho real de sepultura son dos derechos reales distintos, con diversos titulares y distintos objetos, no obstante lo cual se advierte entre ellos una vinculación que los conecta necesariamente para el desarrollo del emprendimiento inmobiliario, toda vez que el derecho real de sepultura no existe si previamente no se afectó el inmueble al derecho real de cementerio privado, y este último sólo existe para hacer posible el nacimiento de aquél”. Ver: SABENE, Sebastián E. y Panizza, Leopoldo M. “Cementerio privado y sepultura. Nuevas situaciones jurídicas registrables”. JA, Supl. 20/04/2016, pág. 40 y ss.

f.- Legado de transmisión de derecho real de superficie. ¿Es posible constituir la superficie por testamento?

El artículo 1887 del CCyC menciona, en su inciso “g”, a la superficie, entre los derechos reales permitidos; la regula luego en sus artículos 2114 a 2128.

De acuerdo al art. 2114 del CCyC, “el derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este título y las leyes especiales”.

La constitución de derecho real de superficie importa una excepción al principio de accesión regulado en el art. 1945 del CCyC, al ocuparse de legislar la extensión material del derecho real de dominio. Por consiguiente, la accesión -que continúa siendo la regla en el nuevo Código- cede por voluntad del propietario cuando se constituye este derecho²³.

Cabe resaltar que, desde su óptica material, el inmueble sigue siendo uno solo -compuesto por el suelo y lo plantado, forestado o construido sobre o debajo de él-, pero la superficie permite que constituyan objetos de derecho independientes, siempre que el propietario así lo disponga²⁴. Así, el titular de dominio ostentará un derecho que tendrá por objeto, v.gr., el suelo y el subsuelo del inmueble; y el superficiario, uno que recaerá sobre la construcción, plantación o forestación que existen sobre aquél. Los dos derechos reales -el dominio y la superficie- coexisten sobre partes materiales distintas del mismo objeto.

De los artículos 2114 y 2115 del CCyC, se deduce que la nueva norma contempla la posibilidad de constituir superficie en sus dos modalidades, a saber:

23 En concordancia con esta idea, el art. 226 del CCyC, al caracterizar a los inmuebles por accesión, luego de definirlos como “las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable”, agrega que “los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario”. *A contrario sensu*, el propietario puede, con su voluntad, producir tal efecto. Ver: ABELLA, Adriana y Sabene, Sebastián. En: Clusellas, Eduardo Gabriel (coord). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*. Tomo 1, pág. 567 y ss.

24 SABENE, Sebastián E. “Constitución, transmisión, extinción y oponibilidad del derecho real de superficie”. SJA, 09/12/2015, pág. 3 y ss.

1.- Superficie de primera modalidad. Esta modalidad de superficie ocurre cuando el constituyente concede al superficiario el derecho de realizar plantaciones, forestaciones o construcciones, sobre la rasante, el vuelo o el subsuelo de un inmueble ajeno, y posteriormente la potestad de hacer propio lo plantado, forestado o construido.

Se identifican aquí dos etapas: la primera se extiende desde la constitución del derecho real hasta que el superficiario planta, foresta o construye.

Aquí la superficie es un derecho real sobre cosa ajena, puesto que el suelo es objeto de propiedad del titular de dominio, y el espacio aéreo en el cual plantará, forestará o construirá no es cosa, de modo que no puede ser objeto de propiedad. En este estado, hay derecho real de superficie, pero aún no hay propiedad superficiaria.

La segunda etapa de esta primera modalidad comienza con la plantación, forestación o construcción, extendiéndose hasta el vencimiento del plazo previsto en el contrato, a menos que prevenga otra causal extintiva.

En esta segunda etapa existe propiedad superficiaria. Por consiguiente, aquí sí estamos en presencia de un derecho real sobre cosa propia, puesto que ya hay cosa que pertenezca en propiedad al superficiario. Esto se desprende del propio art. 1888 recién mencionado.

2.- Superficie de segunda modalidad. En la superficie de segunda modalidad, al constituirse el derecho real, las plantaciones, forestaciones o construcciones ya existían, esto es, no están a cargo del superficiario. De tal modo, en este supuesto, el nacimiento del derecho real de superficie y de la propiedad superficiaria coinciden en un mismo momento, reconociendo aquí una única etapa, a la que cabe la aplicación de lo que hemos señalado para la segunda etapa de la superficie de primera modalidad.

Dispone el artículo 2119 del CCyC que “el derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte”. Por consiguiente, es preciso distinguir la constitución del derecho y su transmisión posterior. La transmisión del derecho puede operar por acto entre vivos o mortis causa, pero su constitución sólo es posible por vía contractual²⁵.

Si el superficiario fallece sin disponer en su testamento de su derecho de superficie, ésta se transmitirá operativamente a favor de sus herederos, integrando la masa hereditaria, de modo que, en ocasión de partirse la herencia, será adjudicada a uno o más herederos con el efecto declarativo y retroactivo

25 SABENE, Sebastián E. *Constitución,...* Op. cit.; Sabene, Sebastián E. “El derecho real y la posesión en la transmisión mortis causa”. JA, Supl. 26/10/2016, pág. 5 y ss.

de la partición, en virtud del cual se juzgará que el o los adjudicatarios han sido superficiarios desde la fecha de la muerte del causante²⁶.

Si, en cambio, la superficie ha sido legada por el superficiario, el legatario será superficiario desde el instante de la muerte del testador²⁷.

En cualquier caso, el sucesor adquiere la superficie por el tiempo que falte hasta el vencimiento del plazo que se haya estipulado en el contrato, que nunca podrá ser superior a setenta años (para la superficie con finalidad de construir) o cincuenta años (para la superficie con finalidad de forestar o plantar).

En atención a la amplitud del objeto de los legados, regulada en el artículo 2497 del CCyC, puede ser legada tanto la superficie de primera modalidad, como la de segunda modalidad; y en el primer caso, en cualquiera de sus dos etapas.

Se proporcionan, a continuación, dos propuestas redacción para ambos supuestos, a saber:

I.- Legado de transmisión de superficie de segunda modalidad (también útil para la superficie de primera modalidad en su segunda etapa):

La disposición testamentaria:

“Lega la propiedad superficiaria de lo edificado sobre el suelo del inmueble sito en la calle Rivadavia N° 110 de la Ciudad Autónoma de BUENOS AIRES, a favor de Juan A.”.

Puede advertirse que, en este supuesto, habiendo propiedad superficiaria, el objeto del legado es lo edificado, no así el suelo, que pertenece al dominio de otra persona, por hipótesis. Se está legando un derecho real sobre cosa propia.

II.- Legado de transmisión de superficie de primera modalidad, en su primera etapa:

La disposición testamentaria:

“Lega el derecho real de superficie que le corresponde, para edificar sobre el inmueble sito en la calle Rivadavia N° 110 de la Ciudad Autónoma de BUENOS AIRES, a favor de Juan A.”.

En esta etapa, en cambio, aún no ha comenzado la edificación, legándose un derecho real sobre cosa ajena. El objeto, en este caso es aún el suelo del inmueble sobre el que el superficiario edificará.

²⁶ Arg. art. 2403, CCyC.

²⁷ Arg. arts. 2496 y 2497, CCyC.

V. REFLEXIÓN FINAL

Sin perjuicio de la inabarcable gama de situaciones jurídicas que pueden ser abrigadas en distintas disposiciones testamentarias, el presente artículo busca constituir un aporte a la aproximación del estudio del Código Civil y Comercial de la Nación en lo concerniente a la elaboración y redacción de algunas disposiciones testamentarias, ya sea por la habitualidad de su requerimiento o por su ligamen con algunas de las nuevas figuras que el nuevo cuerpo normativo incorporó al derecho vigente.

Enfatizamos, como en cualquier requerimiento, la relevancia de la intermediación con el requirente a fin de conocer positiva y exactamente su voluntad; y una redacción precisa, que denote con exactitud los efectos jurídicos que el testador pretende producir con posterioridad a su fallecimiento, un valor que el requirente ha confiado al notario autorizante, y que éste último debe enaltecer y cuidar rigurosamente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, JORGE HORACIO (Dir.). *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*. Buenos Aires, La Ley, 2015.
- BORDA, GUILLERMO A. *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, 2 vols., 8ª ed. actualizada, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2003.
- CLUSELLAS, EDUARDO GABRIEL (Coord.). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.
- FAZIO DE BELLO, MARTA y SABENE, SEBASTIÁN E. *El condominio y su dinámica*. Buenos Aires, Cátedra Jurídica, 2012.
- FAZIO DE BELLO, MARTA y SABENE, SEBASTIÁN E. "El derecho real de condominio en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012". JA, 2012-IV-994.
- GOYENA COPELLO, HÉCTOR. *Tratado del Derecho de Sucesión*, 3 vols., 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2007.
- GOYENA COPELLO, HÉCTOR. *Curso de Procedimiento Sucesorio*, 9ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2008.
- LORENZETTI, RICARDO LUIS (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2014.
- MAFFIA, JORGE O. *Manual de Derecho Sucesorio*, 5ª ed., Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2002.
- PÉREZ LASALA, JOSÉ LUIS. *Curso de Derecho Sucesorio*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2007.
- SABENE, SEBASTIÁN E. "Constitución, transmisión, extinción y oponibilidad del derecho real de superficie". SJA, 09/12/2015, pág. 3 y ss.

- SABENE, SEBASTIÁN E. "El derecho de opción del heredero en el Código Civil y Comercial de la Nación. Primeras reflexiones". SJA, 07/10/2015, pág. 3 y ss.
- SABENE, SEBASTIÁN E. "El derecho real y la posesión en la transmisión mortis causa", SJA, 26/10/2016, pág. 5 y ss.
- SABENE, SEBASTIÁN E. y PANIZZA, LEOPOLDO. "Cementerio privado y sepultura. Nuevas situaciones jurídicas registrables". SJA, 20/04/2016.
- ZANNONI, EDUARDO. *Derecho de las Sucesiones*, 2 vols., 5ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2008.

SÍNTESIS DE FALLOS DE INTERÉS JURÍDICO-NOTARIAL
SELECCIÓN REALIZADA POR LA COMISIÓN DE LEGISLACIÓN Y
JURISPRUDENCIA DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA
DE BUENOS AIRES

Mantenimiento de anotación de embargo sobre bien inmueble afectado a bien de familia. Aplicación del art. 7° CCyC

Hechos

Apeló el actor la decisión de grado que declaró oponible la afectación a bien de familia que pesa sobre el inmueble embargado en autos y, en consecuencia, ordenó el levantamiento de la medida cautelar ordenada. No hay desacuerdo entre las partes en que la afectación al régimen de bien de familia del inmueble embargado en este juicio es de fecha anterior al título base de la ejecución.

Doctrina

La cuestión se centra en determinar si, pese a ello, corresponde o no mantener la propiedad embargada, toda vez que los efectos procesales futuros que puedan acontecer con respecto a la afectación de inmuebles al régimen de bien de familia efectuada bajo la derogada ley en todo caso están en curso de desarrollo al tiempo de la sanción de la nueva ley y es en los términos de esta en que deben ser resueltas (conf. art. 7° CCyC). Dispone el CCyC, art. 249 que el inmueble es inejecutable por deudas posteriores a la afectación, admitiéndose excepciones enumeradas taxativamente por la norma. Así entonces, la norma prevé una "inejecutabilidad" y no una "inembargabilidad", resolviendo que el embargo puede ser trabado perfectamente en el inmueble donde se asienta la vivienda familiar y así se exhibirá en la publicidad registral. El acreedor embargará, pero no podrá ejecutar su crédito y proceder a la realización en subasta pública si no acredita alguna causal de exclusión de dicho beneficio.

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F
Autos: "GÓMEZ, ALBERTO ANTONIO Y OTRO c/ SAMA EXPLOTACIONES AGRÍCOLAS S.R.L. Y OTRO s/ EJECUTIVO", Expediente

N° 21893/2013

Fecha: 15 de septiembre de 2016

Subasta de derechos y acciones hereditarios. Aplicación del art. 7° CCC

Hechos

Ejecución de tres pagarés sin protesto promovida contra los herederos del librador. Si bien en la instancia de grado se desestimó la solicitud de subasta de derechos y acciones hereditarios de los ejecutados, la Cámara Nacional en lo Civil revocó dicha sentencia.

Doctrina

El derecho sucesorio del heredero *ab intestato* se rige por la ley vigente al momento de la muerte del causante. Empero, las normas procesales son aplicables a los procedimientos en trámite siempre que esta aplicación no implique afectar situaciones ya agotadas. Sin embargo, existen normas del código unificado que carecen de naturaleza procesal y, a pesar de ello, se aplican igualmente aunque el *de cuius* haya fallecido con anterioridad a su entrada en vigencia. A guisa de ejemplo, se puede citar el art. 2321 que dispone que el heredero responde con sus propios bienes por el pago de las deudas del causante y cargas de la herencia, entre otros supuestos, si exagera dolosamente el pasivo sucesorio. Sobre la base de las premisas expuestas, en el caso bajo examen la relación o situación jurídica había quedado constituida con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (1º de octubre de 2014). De allí que resultaba de aplicación el código velezano. El ejecutante había solicitado se ordenara la subasta de los derechos hereditarios que ya se encontraban embargados, petición que fue desestimada en el decisorio de grado. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil considera que es posible subastar los derechos y acciones hereditarios que se encuentran en el patrimonio del deudor. Revoca la sentencia interlocutoria referida precedentemente sobre la base de los siguientes argumentos: a) si es posible la cesión de derechos hereditarios (conf. art. 1444 del Código Civil), es factible también su venta en subasta judicial, puesto que se torna aplicable el art. 1435 del mismo cuerpo legal citado; b) el art. 1327 del código velezano autoriza la venta de todo aquello que puede ser objeto de los contratos, aunque sea cosa futura,

siempre que su enajenación no esté prohibida; c) si los derechos hereditarios son susceptibles de embargo, entienden los magistrados que también son pasibles de ejecución, dado que creemos que no se cautela ejecutivamente lo que no se va a rematar; d) la subasta de acciones y derechos hereditarios es una alternativa de ejecución directa frente a la acción oblicua y la realización de la partición para individualizar los bienes de los deudores y poder ejecutarlos; e) el ordenamiento jurídico no prohíbe subastar los derechos hereditarios y sabido es que el patrimonio tiene como función la garantía de las deudas de su titular, cualesquiera sean los derechos presentes y/o futuros que lo compongan; f) los derechos hereditarios poseen valor económico al integrarse al acervo con los derechos patrimoniales de que era titular el causante, g) los derechos hereditarios en cuestión no tienen relación alguna con su personalidad individual; *ergo*, resultan transmisibles (arts. 498, 1195 y 3417 del Código Civil).

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J

Autos: "LLAVALLOL, ESTEBAN R. c/ L., J. y OTROS s/ EJECUCIÓN"

Fecha: 12 de mayo de 2016

Publicado en: LL 14-6-16, 9. LL 2016-C-567, L.L. RCCyC 2016 (junio) 104, LL DFyP 2016 (agosto), 189

División de condominio. Bien propio de excónyuges. Adjudicación por convenio. Prescripción adquisitiva

Hechos

Un bien inmueble era propio de los excónyuges por mitades. Sin perjuicio de ello, en el proceso de divorcio presentaron un acuerdo de adjudicación del mismo a la exesposa, que no llegó a ser homologado. En la sentencia dictada en primera instancia se hizo lugar a la demanda interpuesta por Luis Alberto Canale contra María Inés Ridolfi de división de condominio respecto del inmueble en cuestión. La crítica del fallo de primera Instancia por la parte apelante (Sra. Ridolfi) discurre por dos argumentos: por un lado, la omisión de tratamiento de la adjudicación que efectuara el actor de su parte indivisa en el proceso de divorcio vincular a su favor y la renuncia expresa a cualquier derecho que pudiese corresponderle sobre el mismo y que ahora pretende desconocer volviendo contra sus propios actos; y por el otro, que el pronunciamiento desestimó la defensa de prescripción adquisitiva o usucapión opuesta asimismo por la señora Ridolfi, atribuyendo efecto interruptivo a la demanda de liquidación

Jurisprudencia

de sociedad conyugal promovida en febrero de 1998 y recién notificada en junio de 2013 para sostener que la interversión de título de su parte no habría alcanzado el plazo de 20 años de posesión continua e ininterrumpida. Señala en este sentido que además de haberse notificado la demanda cuando ya se había cumplido ampliamente ese plazo, la misma conforme dispone el art. 3987 Código Civil de Vélez no tiene efecto interruptivo cuando es rechazada, tal como aconteció con la pretensión deducida por el actor en ese proceso.

Doctrina

La Cámara resuelve en que, en atención al carácter propio del bien y demás circunstancias del caso, el acto de abandono o renuncia al dominio de un inmueble, en cuanto liberalidad, debe quedar asimilado a las formalidades de la donación. Descartada de esta forma la renuncia gratuita, luego retractada, como obstativa de la división de condominio pretendida, corresponde analizar si se cumplió la prescripción adquisitiva del dominio exclusivo opuesta como defensa. Considera que la interrupción de la prescripción se produce con la interposición de la demanda que exterioriza que no ha abandonado su derecho y que su propósito es no dejarlo perder, lo cual constituye una manifestación de voluntad idónea, suficiente para ese efecto, resultando irrelevante -en principio- la fecha de su notificación. Por tanto se confirma la sentencia apelada, haciendo lugar a la demanda de división de condominio.

Tribunal: Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Junín

Autos: "CANALE, LUIS ALBERTO c/ RIDOLFI, MARÍA ISABEL s/DIVISIÓN DE CONDOMINIO"

Fecha: 30 de Junio de 2016

Publicado en: El Dial 18/7/2016

Plazo de prescripción de acción cartular. Aplicación del art. 7º CCyC

Hechos

Apeló la demandada la resolución de primera instancia que desestimó la prescripción de la ejecutoria, nulidad de lo actuado, caducidad de la instancia y prescripción de la acción cartular.

Doctrina

El art. 3956 CC establece que el plazo de prescripción de la ejecutoria previsto por el art. 4023 CC comienza a correr desde que la sentencia queda firme. En el caso, la sentencia fue notificada al demandado con fecha 6/3/2001. Frente a ello y en tanto el cómputo de prescripción comienza desde que la sentencia quedó firme. El proceso continuó con actos que tuvieron por finalidad lograr la ejecución de la deuda que reclama, por lo que es dable colegir que los actos posteriores a la sentencia resultan interruptivos de la prescripción, en tanto denotan o trasuntan la voluntad del acreedor de mantener vivo el derecho, contradiciendo de este modo la presunción de abandono que requiere el instituto de la prescripción liberatoria. La prescripción es una institución de orden público que encuentra su fundamento en la necesidad de dar estabilidad y firmeza a los negocios, disipar incertidumbres y poner fin a la indecisión de los derechos; un instrumento de seguridad que permite que los conflictos humanos no se mantengan indefinidamente latentes. Cabe señalar que si bien el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación reduce el plazo ordinario decenal (art. 4023), adoptando el genérico de cinco años, lo cierto es que en función de lo dispuesto por el art. 2537 CCyC, los plazos de prescripción en curso entrada en vigencia la nueva ley se rigen por la ley anterior.

Tribunal: Cámara Nacional en lo Comercial, Sala F

Autos: "FUNES, MARTA ESTER c/ HERRADA, ALEJANDRO MARTÍN s/ EJECUTIVO"

Fecha: 3 de mayo de 2016

Publicado en: El Dial 2/6/2016

Compensación económica. Art. 7º CCyC

Hechos

La Cámara confirmó el rechazo de un pedido de compensación económica realizado por una mujer contra su excónyuge con posterioridad al divorcio de ambos y antes de la vigencia del Código Civil y Comercial. Se consideró que en el caso no había acción, pues el matrimonio de los cónyuges no estaba vigente al momento en que comenzó a regir la nueva legislación invocada, habiéndose ya agotado a tal época la situación jurídica y las consecuencias que de la misma derivaron. Se recurrió tal decisión.

Jurisprudencia

Doctrina

A través de la presente acción la exesposa pretende que se establezca a su favor la compensación prevista por los arts. 441 y 442 CCyC. Las normas citadas establecen los casos en los que el instituto procede así como el plazo de caducidad para su reclamo (6 meses desde el dictado de la sentencia de divorcio). En la resolución en crisis se decidió la falta de acción en función de que la norma no es aplicable al caso, por cuanto a la época de su entrada en vigencia el matrimonio de la recurrente se encontraba extinguido (desde el 27 de junio de 2013). La actora insiste en que ante el silencio de la ley al respecto, en casos de divorcios decretados con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial (que introdujo los art. 441 y 442 CCyC), el plazo de caducidad debe computarse desde que entró en vigencia la nueva ley (1° de agosto de 2015, ley N° 26.994), por lo que no habiendo vencido tal período al momento de interponer la acción (28/12/2015; fs. 1), cabe aplicar el instituto en estudio. Conforme reza el citado art. 442 del CCyC, en su último párrafo: "...la acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio". Es decir que se establece una regla temporal que habilita la solicitud por parte de uno de los cónyuges y que, como se dijo, fija el límite para su reclamo en el lapso de hasta 6 meses de haber adquirido firmeza la sentencia de divorcio. En consecuencia, en función de los principios de irretroactividad de la ley y seguridad jurídica contenidos en el art. 7° CCyC, es que la acción intentada resulta objetivamente improponible, en tanto por su intermedio se propugna la aplicación de la nueva ley (art. 441 del CCyC) a una situación jurídica -y sus consecuencias- agotada.

Tribunal: Cámara 1° de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala III

Autos: "O. L. F. c/ Y. M. E. s/ ACCIÓN COMPENSACIÓN ECONÓMICA"

Fecha: 12/05/2016

Publicado en: LA LEY 06/07/2016, 06/07/2016, 9

Partición de herencia. Cesión de herencia. Escritura pública. Herederos mayores y capaces

Hechos

El juez de primera instancia rechaza la partición por instrumento privado que realizaron la cónyuge supérstite y sus hijos, entendiendo que la misma

importa una cesión de herencia y no una partición, por no quedar compensadas las masas y mandando a realizar la misma por escritura pública conforme al art. 1184, inc. 6, del Código Civil derogado.

Doctrina

La Cámara de Apelaciones en lo Civil entendió que siendo mayores y capaces la partición puede hacerse de manera libre, exponiendo que: "...en cuanto al contenido del acto rige la absoluta libertad (...) inclusive la adjudicación de lotes desiguales".

Asimismo analiza a la partición como un negocio mixto en cuanto a que se parten dos masas: la formada por la disolución del matrimonio por fallecimiento y la otra por la herencia. Realizando un análisis del término de copartícipes y no coherederos, entendiendo al primero como un término más amplio.

Tribunal: Cámara Nacional Civil, Sala M

Autos: "GAMARNIK, YULITA s/ SUCESIÓN AB INTESTATO"

Fecha: 22/03/2016

Simulación. Falta de legitimación pasiva del escribano interviniente

Hechos

El acreedor del Sr. Gómez inicia demanda de simulación de la venta de acciones de una sociedad de responsabilidad limitada realizada por escritura pública en el año 2003. Se demanda al vendedor, al comprador, a la sociedad y a la escribana que intervino. Prosperó la demanda con relación a la simulación y se hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por la escribana interviniente.

Doctrina

Señala el *a quo* y la Cámara confirma que la participación de la notaria: "...en el juicio sería necesaria si se hubiera planteado una nulidad formal. A *contrario sensu*, no estando en tela de juicio la actuación del notario, la excepción debe ser receptada". Hace referencia a varios fallos que decidieron de

Jurisprudencia

igual forma. Por último la cámara revoca en cuanto a las costas, imponiendo las mismas a la parte actora, con relación a la demanda contra la notaria.

Tribunal: Cámara Civil y Comercial de Junín, Provincia de Buenos Aires
Autos: "BATAFARANO, MARÍA TERESA c/ GARCÍA, RUBÉN OSCAR y OTROS s/ SIMULACIÓN"
Fecha: 01/11/2016

Donación con cargo. Carácter accesorio. Requisitos. Escritura pública. Forma *ad solemnitatem*. Efectos. Revocación de la donación

Hechos

El Sr. Moretti inicia acción de revocación de donación, realizada por su padre a sus hermanos en el año 2004, por incumplimiento del cargo. Manifiesta que los mismos no cumplieron con el cargo, el cual fue impuesto por instrumento privado con firma certificada el mismo día que la escritura de donación, por ante el mismo notario. Tanto el juez de primera instancia como la Cámara rechazaron la acción.

Doctrina

El fallo establece que: "Si la donación, atento referirse a bienes inmuebles debió realizarse en escritura pública, de conformidad a lo dispuesto por el art. 1810 del CC (ley 340), el cargo que se impusiera, en tanto acto accesorio de una escritura pública, debía revestir idéntica formalidad de conformidad a lo dispuesto por el art. 1184 inc. 10, del mismo cuerpo normativo. Es que debe recordarse que el cargo constituye una obligación accesorio a la principal o al derecho al cual accede. A diferencia de la condición, que subordina a la ocurrencia del hecho incierto la eficacia del negocio, y del plazo que modula la exigibilidad de la prestación, el cargo no se dirige a limitar los efectos del negocio jurídico, sino a introducir una prestación accesorio, cuya existencia y validez dependen de aquél".

Tribunal: Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y de Familia Nº1, Río Cuarto, Provincia de Córdoba
Autos: "MORETTI, JOSÉ OMAR c/ DECLARATORIA DE HEREDEROS", INCIDENTE DE REVOCACIÓN DE DONACIÓN DEDUCIDO POR ALBERTO NÉSTOR MORETTI
Fecha: 23/12/2015

Validez formal del poder otorgado en el extranjero

Hechos

La coheredera cuestionó la validez del poder judicial otorgado en el extranjero por la restante coheredera por, entre otras razones, no hallarse traducido al español, pretensión que fue desestimada en la instancia de grado. El juez de grado destacó que el documento cuestionado tiene plena validez formal, pues cuenta con la "Apostilla" contemplada por la Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961, y tanto el país donde se celebró el acto como el nuestro resultan ser signatarios de la misma.

Doctrina

La cámara resalta que: "Para el Derecho Internacional Privado argentino, cabe distinguir por un lado la forma y, por otro la sustancia del mandato. Desde el punto de vista de la forma del acto, el art. 12 del CC establece que las formas y solemnidades de los contratos se rigen por las leyes del país en que se hubieran celebrado. De manera que, al respecto, en nuestro derecho positivo rige el principio *locus regit actum* o *lex loci* (...) El idioma es un aspecto que hace a la forma extrínseca del documento, y, por ende, queda sujeto a la ley del lugar donde el mismo se emite (...) si el poder extranjero se presenta debidamente autenticado, podrá presumirse, *iuris tantum*, que su autorizante ha actuado dentro de los límites de su competencia. La intervención de notario en el mencionado país genera una presunción *iuris tantum* de que ha sido realizado de conformidad con las leyes del país de celebración, por lo que cabe inferir que la ley del Estado de Israel autoriza la redacción de los poderes en un idioma distinto (en el de autos en español)".

Tribunal: Cámara Nacional Civil, Sala G

Autos: "M., R. s/ SUCESIÓN AB INTESTATO"

Fecha: 19/02/2016

Personalidad jurídica del consorcio. Capacidad para adquirir bienes

Hechos

El juez de grado rechazó el pedido del ejecutante (el consorcio “Club de Campo la Martona”) tendiente a adquirir la propiedad a subastarse por carecer el consorcio de aptitud jurídica para adquirir bienes, decisión que motiva la apelación sosteniendo el ejecutante que lo petitionado debe ser resuelto teniendo en cuenta el nuevo plexo normativo.

Doctrina

La cámara resolvió que: “La cuestión atinente a la posibilidad de que el ejecutante adquiera la propiedad a subastarse (...) admite ser revisada dado que, habiendo cambiado el plexo normativo sustancial y reconocida la personalidad jurídica del consorcio, su capacidad para realizar el acto jurídico de que se trata no es aquella que fuera interpretada en el decisorio citado.

En efecto, a la luz del nuevo artículo 2044 del Código Civil y Comercial, aquella discusión en base a la cual se denegó la aptitud del ejecutante para adquirir inmuebles ha sido sustancialmente modificada. Es por ello que, tratándose la venta en subasta que se realizará una situación no consumada (art. 7º del CCyC), resulta viable que el apelante pueda ejercer la capacidad que el ordenamiento posterior le ha expresamente atribuido al reconocer su personalidad como sujeto de derecho”.

Tribunal: Cámara Nacional Civil, Sala B

Autos: “CONSORCIO CLUB DE CAMPO LA MARTONA c/ CORRIENTES S.A. s/ EJECUCIÓN DE EXPENSAS”

Fecha: 07/04/2016

Aplicación temporal de la ley. Ley procesal de aplicación inmediata

Hechos

El juez de grado resolvió, con carácter previo, dar cumplimiento con el trámite de protocolización de los testamentos ológrafos conforme las previ-

siones de los arts. 704 y 705 del Código Procesal, decisión que motiva la apelación de las pretendientes de la herencia, procurando su revisión por parte de la alzada. La crítica de los recurrentes enfatiza sobre la falta de necesidad de la protocolización resuelta, habida cuenta que ninguno de los sujetos presentados ha cuestionado que los testamentos no hayan sido otorgados por ella. La Fiscal General, en tanto, dictaminó a favor de la aplicación inmediata en el *sub examine* del art. 2339 del Código Civil y Comercial, esto es, la comprobación de la autenticidad de la escritura y firma de la causante mediante experticia caligráfica.

Doctrina

En el caso se resuelve que: "...las leyes sobre procedimiento y competencia son de orden público y, por consiguiente, las nuevas que se dicten, aun en caso de silencio de ellas, se aplican a las causas pendientes (...) Ello es así, porque la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía y no existe un derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento (...) En suma, y por entender que el art. 2339 es una norma de contenido procesal, su aplicación inmediata al caso de autos se impone". En consecuencia, la Cámara resolvió confirmar la sentencia de grado y disponer la aplicación inmediata del art. 2339 del Código Civil y Comercial.

Tribunal: Cámara Nacional Civil, Sala G

Autos: "A., M. L. s/ SUCESIÓN TESTAMENTARIA - PROCESO ESPECIAL"

Fecha: 22/04/2016

Obligaciones de dar moneda extranjera (art. 765 CCyC). Aplicación temporal de la ley. Normas supletorias

Hechos

En el marco de una ejecución hipotecaria el accionante se agravia por la desestimación del pedido para que se aplique la disposición contenida en el art. 765 del Código Civil y Comercial de la Nación. Sostiene el apelante que en virtud de lo dispuesto en el art. 7º del Código Civil y Comercial de la Na-

Jurisprudencia

ción, corresponde la aplicación de la norma indicada. El art. 765 del Código Civil y Comercial de la Nación establece en lo pertinente que, si por el acto por el que se ha constituido la obligación se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

“Por de pronto cuadra señalar que en este proceso ejecutivo, tres años antes de la entrada en vigencia del nuevo código, se ha dictado la sentencia de primera instancia (...) que, confirmada por esta Sala..., admitió la demanda y condenó a abonar la suma reclamada en la moneda pactada por las partes, es decir en dólares estadounidenses, de modo que la cuestión ahora planteada ya ha sido decidida y pasada en autoridad de cosa juzgada”.

Doctrina

Más allá de desestimar los agravios formulados por el demandado por haberse decidido la cuestión y pasado en autoridad de cosa juzgada, el tribunal se detiene en el análisis de la normativa estableciendo que: “...el artículo 7 del CCyC, en lo pertinente establece que las nuevas leyes supletorias no se aplican a contratos en curso de ejecución. La disposición contenida en el art. 765 del CCyC, en tanto permite al deudor liberarse de la obligación pactada en moneda extranjera mediante el pago en moneda local, resulta ser una norma supletoria y plenamente disponible por las partes, desde que las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, no dándose en la especie el supuesto de excepción previsto en el art. 962 del CCyC...”.

En efecto, cabe destacar que las normas supletorias integran la voluntad contractual. De manera que, en materia de contratos, ha de estarse a la normativa vigente al momento de la celebración del mismo, de conformidad con el último párrafo del art. 7º del nuevo cuerpo normativo.

Tribunal: Cámara Nacional Civil, Sala K

Autos: “M. S. c/ M. G. G. s/ EJECUCIÓN HIPOTECARIA”

Fecha: 24/02/2016

XXIX Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral

Acta de Santo Domingo

En la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, a los tres días del mes de octubre del año dos mil dieciséis, se reúnen los registradores y miembros que firman al pie de la presente quienes representan a los siguientes países: ARGENTINA, COSTA RICA, DOMINICANA, ECUADOR, GUATEMALA, HONDURAS, EL SALVADOR, NICARAGUA, PANAMÁ, PARAGUAY, PERÚ y como invitado permanente ESPAÑA, con motivo de la celebración del XXIX Encuentro que se llevará a cabo en esta ciudad convocado por el COMITÉ ORGANIZADOR del referido país, de conformidad con lo resuelto en el XXVIII Encuentro celebrado en la ciudad de La Habana, República de Cuba y para abordar el tratamiento de los temas oportunamente dispuestos en la misma de conformidad con el desarrollo establecido por las autoridades organizadoras. De acuerdo al programa establecido, a partir de las 8,30 hs. del día 3 de octubre de 2016, comenzó la recepción y registro de los asistentes, recibir los trabajos elaborados por ellos y posteriormente a las 9,30 hs. se realizó el ACTO DE

Informaciones

APERTURA. La mesa de honor se integró con la presidencia del Magistrado Mariano Germán Mejía, Presidente de la Suprema Corte de Justicia y del Consejo del Poder Judicial de la República Dominicana, la Dra. Rosabel Castillo, Directora Nacional de Registros de Títulos, el Dr. Alberto F. Ruiz de Erenchun como Secretario Coordinador del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, el Magistrado Manuel Alexis Read, Presidente del Tribunal Superior de Tierras, y el Lic. Andrés de Jesús Rosario Reyes, Director Nacional de Mensuras Catastrales. Además, contó con la asistencia de destacadas personalidades del país. Para abrir el acto, se entonó el Himno Nacional de República Dominicana, y el del Poder Judicial. Se escucharon palabras alusivas de recepción y bienvenida por parte de la Dra. Rosabel Castillo, del Dr. Alberto Federico Ruiz de Erenchun y el discurso central cerrando el acto con palabras del Magistrado Mariano Germán Mejía. A continuación siendo las 11,00 hs., se dio inicio a la primera reunión de trabajo en la cual se comenzó el tratamiento del TEMA I: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: Impacto en la seguridad jurídica en los registros. Relación con otros principios. Tratamiento en cada país. Con relación al cual fueron presentados los siguientes trabajos: 1. "Principios de tracto sucesivo. Impacto en la seguridad jurídica en los registros" por Alberto Ruiz de Erenchun de Argentina; 2. "Tracto sucesivo en la práctica registral en Argentina" por Adriana Abella de Argentina; 3. "Seguridad jurídica. Finalidad del Registro", por Oscar Rodríguez Sánchez de Costa Rica; 4. "Principio de tracto sucesivo" por Guadalupe Ortiz Mora de Costa Rica; 5. "Las excepciones del tracto sucesivo en la legislación paraguaya" por Mercedes Vera de Auada del Paraguay; 6. "Tracto sucesivo en la legislación ecuatoriana", por Víctor Hugo Molineros Gallegos del Ecuador; 7. "Principio de tracto sucesivo. Proceso registral nicaragüense" por Maura Lylha Montoya, de Nicaragua; 8. "La aplicación del tracto sucesivo en el fideicomiso" por Yessenia Padilla de la República Dominicana. De conformidad con lo acordado se escucharon los aportes enunciados precedentemente con el desarrollo que cada uno comprendió. Concluidos, en el diálogo de intercambio, se destacó por su interés el carácter inexcusable que el tracto sucesivo brinda a la seguridad jurídica y la garantía de legalidad que establece la calificación registral, la importancia que tiene como vínculo en la actividad económica para la adquisición de la propiedad y circulación del crédito. También acerca de la calificación de documentos judiciales, en especial los del fuero penal, y su incidencia en el tracto sucesivo en cada país. Se trató también el desarrollo de la normativa que regula el sistema registral paraguayo y los lineamientos del Reglamento General Técnico Registral vigente desde este año en ese país, que implementa los principios registrales y su implicancia en cuanto al tracto sucesivo y abreviado. Asimismo la calificación de los documentos judiciales en Panamá, Argentina y Ecuador entre otros, las instancias

recursivas para esos casos en Costa Rica y la experiencia y tratamiento dentro de la problemática y dificultad en Nicaragua para su implementación, sobre todo en los casos de tenedores de tierras comuneras. Se describió la aplicación del tracto sucesivo en la nueva figura del fideicomiso en la República Dominicana, a partir de la ley 189/11, sobre todo en la inversión inmobiliaria y fideicomiso en garantía como lo más saliente, todo ello en un animado intercambio entre todos los países asistentes, que evidenció el interés del tratamiento de todos estos temas, para conocer las particularidades de cada uno de ellos en cada país de los asistentes, concluyendo que la eficiencia y legalidad se vinculan con el principio de tracto sucesivo para el sostenimiento de la confianza que genera la fuerte presencia del principio de legalidad. Finalizada la jornada se pasó a un cuarto intermedio hasta el día 4 de octubre de 2016 donde se procedió a continuar con el temario abordando el TEMA II: REGISTRO DE LA PROPIEDAD. MODERNIZACIÓN: Técnicas de registración. Avances logrados en cada país. Componentes esenciales: el bien inmueble, sujeto titular, publicidad de los derechos reales desmembrados y su cancelación. El documento inscribible: electrónico/papel. Mejoramiento técnico: propuestas para avanzar en el área mediante el estudio del Derecho. Capacitación y demás acciones a distancia. Posibles acuerdos en la materia. Al respecto fueron presentados los siguientes trabajos: 1. "Modernización. Oficios electrónicos en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires" por María de la Paz Des- sy y Virginia Labbate de Argentina; 2. "Ejes entre lo DINARDAP y los Registros por su correcto funcionamiento" por Nuria Butiñá del Ecuador; 3. "Modernización del Registro Inmobiliario" por Oscar Rodríguez Sánchez de Costa Rica; 4. "Cambio o defensa del sistema registral en el Perú. A raíz de la ley de garantía mobiliarias y el caso Orellana" por Rosa María Ibañez Rodríguez del Perú; 5. "Modernización y fortalecimiento de los registros públicos de Nicaragua" por Eduardo Ortega Roa de Nicaragua, 6. "Registro de la Propiedad. El reto de la modernización" por Gisel Olmedo de Panamá, 7. "Registro electrónico y registro digitalizado" por Paula Zaragoza; 8. "La interoperabilidad orgánica de la jurisdicción inmobiliaria dominicana a partir del Sistema Torrens" por Yeymi Portes Perdomo de la República Dominicana, 9. "Escuela del Comité" por Alberto Ruiz de Erenchun de Argentina, 10. "La visión integral de la modernización" por Teresa Vigón de Panamá; 11. "El Registro de la Propiedad en el Paraguay y su transitar hacia la modernización" por Mercedes Vera de Auada del Paraguay; 12. "Registro electrónico" por Jorge Blanco Urzaiz de España; 13. "Avances en el proyecto de modernización" por Betty Pineda de El Salvador, 14. "Experiencia del plan de titulación de tierras" por el Lic. José Dantes Díaz de Dominicana. Abierto el tratamiento del tema los asistentes expusieron los trabajos mencionados, los autores lo hicieron con el auxilio de Powerpoint en al-

Informaciones

gunos casos, e igualmente tomaron intervención los registradores de los países asistentes, en el diálogo abierto al efecto. Ello dio lugar a que los exponentes de los trabajos de diferentes países explicitaran los planes de modernización de cada uno. Se efectuó un pormenorizado análisis sobre la modernización de los Registros en Ecuador, Argentina (Provincia de Buenos Aires), Paraguay, Costa Rica, Panamá, Perú, la informática y planes para la gestión registral en Ecuador y Nicaragua, la firma electrónica y reforma del sistema de ingreso avanzado en Panamá, como así también la reducción de plazos de entrega de los documentos, la cual se redujo a la mitad. Se destaca que de las exposiciones e intercambios efectuados, se continúan las acciones destinadas a la modernización con medios electrónicos, según el grado de avance en las distintas cuestiones registrales que requiere el servicio. La modernización de los registros hizo ver que la misma comprende no solo los medios técnicos, sino también las reformas legales y estructurales que demanda el servicio y la consecuente capacitación del recurso humano afectado al mismo.

Reanudado el Encuentro, por la tarde se continuó con el temario cerrando el tratamiento del tema II y se pasó a abordar el TEMA III: FOLIO REAL: Tratamiento de las nuevas figuras: conjunto inmobiliario y otros. Fideicomiso. Enunciado de los existentes en cada país. Importancia del derecho sustantivo. Aplicación de la técnica del folio real en propiedad horizontal y otros regímenes (continuación del tratamiento del tema). Se recibieron los siguientes trabajos: 1. "Publicidad del planeamiento urbano y sus derivaciones registrales", por Edgardo Oscar Scotti de Argentina; 2. "Folio real: tratamiento de la figura del fideicomiso" por Alberto F. Ruiz de Erenchun de Argentina, 3. "Conjuntos inmobiliarios" por Elba María Frontini de Argentina. Abierto el tratamiento del tema se dirigió particularmente la atención por ser una nueva manifestación con independencia de las diversas formas legislativas y de trato que hubiere en cada país, a los denominados conjuntos inmobiliarios, que comprenden los emprendimientos inmobiliarios y demás cuestiones vinculadas con estas nuevas figuras, que tienen reflejo e incidencia en la materia registral. Se presentó una idea sobre los conjuntos inmobiliarios y un modelo de folio real para las nuevas especies de dominio a las que se le aplica este régimen. Panamá señaló el tratamiento de estas cuestiones y la casuística registral que en cada país se está produciendo, abriéndose el diálogo sobre esa casuística registral; cuestiones que dieron lugar a un intercambio y diálogo, que determinó el marcado interés por continuar en los próximos encuentros, con el tratamiento de la nueva realidad que presenta en todos los países y su incidencia en la labor. Con respecto al fideicomiso y folio real, se escuchó una exposición que señaló su nacimiento como contrato, las dos modalidades existentes en cuanto al sujeto fiduciario y asimismo las particularidades inscribibles en cada país. El

día 5 se realizó una visita al polo turístico de Punta Cana. El día 6 de octubre de 2016 en horas de la mañana se procedió a efectuar una visita de los delegados internacionales a la Jurisdicción Inmobiliaria donde se apreció, cómo a partir del denominado Sistema Torrens, la República Dominicana dispone de un completo sistema de Registro Público Inmobiliario. Se apreció sus componentes catastrales y documentales y cómo nacen y se registran cada uno de ellos; la documentación final que intitula al adquirente. La modernización edilicia, tecnológica, organizacional e instrumental, que lo pone al frente de los registros de la materia. Terminada la visita los asistentes regresaron al ámbito dispuesto para el desenvolvimiento del Encuentro; donde se continuó con el tratamiento del tema III y por la tarde se pasó a tratar el TEMA IV: OTROS REGISTROS: Registro de: personas naturales, personas jurídicas, mercantil, automotor, naves y aeronaves. Efectos. Diseños en cada país. Creciente importancia de los mismos. Propuestas para avanzar en la integración del Derecho Registral en América Latina. Capacitación y demás acciones a distancia. Demás acuerdos posibles en la materia. Al respecto se recibieron los siguientes trabajos: 1. "Aspectos del régimen jurídico automotor" por Malvina Julia Zalabardo y Fernando Gabriel Sánchez, de Argentina, 2. "Desafío del acceso de los usuarios al Registro del Automotor en el siglo XXI" por Oscar Agost Carreño y Martín Pennella de Argentina, 3. "Dirección de Bienes Muebles" por Mauricio Soley de Costa Rica, 4. "Registro de la Propiedad Automotor. Implementación informática ley 5531" por Patricia Ferreira de Paraguay, 5. "Personas jurídicas en Costa Rica" por Luis Gustavo Álvarez de Costa Rica. Escuchados los aportes con un interesante intercambio respecto a los avances en la materia donde se expuso el régimen registral de las motocicletas en el Paraguay. En cuanto al Registro Mercantil, Costa Rica destacó las nuevas implementaciones en formulario electrónico en la registración societaria y el plan de reformas regulatorias. Desde Argentina se expuso el régimen registral de la propiedad automotor para la tutela del dominio, cédula de identificación de vehículos y los distintos programas relativos y las formas de las donaciones de este tipo de bienes. La identificación del bien, propuestas sobre placa o chapa (Mercosur), conexiones que permiten estos datos respecto de la identificación del automotor, su titular, y habilitados para circular. El desarrollo que el apoyo informático permite para avanzar en la suscripción y ejecución de acuerdos internacionales, y los beneficios resultantes para los gobiernos y pueblos que lo suscriban, con relación al robo de estas unidades, blanqueo, tráfico y otros delitos, fue motivo de tratamiento. Se trató la necesaria atención de figuras impulsadas como vehículo automotor de carga, las destinadas a actividades de cultivo, construcción,

Informaciones

etc. Finalizada la jornada se pasó a un cuarto intermedio hasta el día 7 por la mañana donde finalmente se trató el TEMA V: Propuestas para avanzar en la integración del Derecho Registral. Capacitación y demás acciones a distancia. Posibles acuerdos en la materia sin perjuicio de los acuerdos bilaterales existentes para llevar a cabo los objetivos que se indican. 1. "Capacitación y demás acciones a distancia" por Alberto Ruiz de Erenchun de Argentina; 2. "Propuestas para avanzar en la unificación del derecho registral" por William Enrique Soto Ramos y Lisset Lucía Irene Prado Odias del Perú. Se escuchó la iniciativa para la creación de una escuela de capacitación. Recibidas las adhesiones y dudas iniciales, se acordó para dar lugar a que en cada país, se efectúen las consultas jerárquicas a que hubiere lugar y demás aspectos vinculados, la designación de un país receptor y coordinador de los ajustes que en la propuesta inicial se pudieren sugerir, y para ello por unanimidad y con la aceptación de la representante se designó al Paraguay al efecto. Se estableció que luego de consultados todos los países, reúna conclusiones y demás que se consideren, y se lleven para el próximo Encuentro con el mayor avance posible continuando su tratamiento. En relación a las propuestas en la integración del derecho registral, el expositor a partir de la existencia de los asientos viciados por distinto tipo de irregularidades, destacó la nueva legislación (ley 30.313) vigente en la República del Perú, subrayando debilidades y fortalezas de dicho sistema, que constituye una novedad legislativa introducida como reforma al propio Código Civil. Continuando con lo ya efectuado en encuentros anteriores, se enumeran en la presente las diferentes páginas web que cada uno de los países asistentes tiene en aplicación, y mediante las cuales se puede acceder a todos los detalles de los servicios web disponibles en ellas, y la información de cada uno con la amplitud y dinámica que precisamente este medio permite. Ellas son: Colegio de Registradores Mercantiles de España www.registradores.org; el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal de la República Argentina, www.dnrpi.jus.gov.ar; Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, Argentina www.rpba.gov.ar; Registro de la Propiedad Automotor de la República Argentina: www.dnrpa.gov.ar, Brasil: www.lamanapaiva.com.br; México: www.economia.gob.mx, y la del Registro del Distrito Federal www.consejeria.df.gob.mx, www.tamaulipas.gob.mx; Costa Rica: www.rnp-digital.com; Ecuador: www.datospublicos.gob.ec, El Salvador: www.cnr.gob.sv; Guatemala: www.rgp.org.gt, firma electrónica: www.rpsc.gob.gt; República Dominicana www.ji.gov.do; Panamá: www.registro-publico.gob.pa; Perú: www.sunarp.gob.pe y Paraguay: www.pj.gov.py, link DGRP, redes sociales Colegio de Registradores de España: Facebook: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Twitter: @registrador_es: Colegio de Registradores, LinkedIn: Colegio de Registradores de España. El facebook del Comité Latinoamericano de Consulta Registral www.facebook/encuentrodelcomité.

TEMAS PARA EL PRÓXIMO ENCUENTRO:

TEMA I: PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN: Contenido y naturaleza jurídica del asiento registral. Acto causal. Título archivado o asiento registral. La calificación registral, ámbito, efectos y responsabilidad. Proceso de saneamiento de la inscripción registral.

TEMA II: REGISTRO DE LA PROPIEDAD: MODERNIZACIÓN: Técnicas de registración. Avances logrados en cada país. La organización y administración del Registro. Vinculación Catastro y Registro. Capacitación (continuación ideas en tratamiento).

TEMA III: FOLIO REAL: Tratamiento de las nuevas figuras: Regímenes especiales de propiedad. La propiedad horizontal (condominio) y la personalidad jurídica. Desarrollos urbanísticos y cuestiones ambientales: Zonas marítimo terrestre, Territorios indígenas, etc. Régimen jurídico aplicable.

TEMA IV: OTROS REGISTROS Y SUS FINALIDADES: Registro de: Personas naturales, Personas Jurídicas, Mercantil, Automotor, Naves y Aeronaves. Publicidad de la Inscripción - Registro de drones. Creación, funcionamiento, soporte y publicidad. Nuevos actos y contratos legalmente inscribibles: Registros dispuestos al efecto en cada país. Relaciones con otras entidades: Poder Judicial, Notariado, otras. Lavado y demás delitos. Aportes de la información.

ELECCIÓN DE SEDE: Por Secretaría de Coordinación se da a conocer la ratificación de la representación de Costa Rica, por intermedio del Dr. Oscar Rodríguez Sánchez y demás delegados asistentes, quienes confirman el formal ofrecimiento para efectuar el XXX Encuentro del año próximo, en razón de las condiciones existentes en su país que permiten una adecuada organización. Se acepta con un cerrado aplauso quedando fijada para el año 2017 como sede del XXX Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, la República de Costa Rica. Asimismo se postuló como sede futura y alterna la República de El Salvador para el año 2018. Se deja constancia que los enlaces de comunicación serán promocionados y difundidos a través de las redes sociales (Facebook y Twitter), ambas a ser proporcionadas por la Secretaría de Coordinación del Encuentro a través de su respectiva organización.

ACTO DE CIERRE:

Informaciones

En consecuencia de lo actuado y siendo las 18,00 horas del día 7 de octubre de 2016, se llevó a cabo el acto de clausura, escuchándose en forma unánime palabras de agradecimiento al país organizador, por la calidad de las atenciones recibidas y el trato dispensado a partir de la Dirección Nacional de Registro de Títulos, sus colaboradores, demás funcionarios y personal. Cerrando el acto se procedió a la firma de la presente por parte de los asistentes de los países arriba enunciados. Siguen las firmas.

XXVII Encuentro Nacional del Notariado Novel

Formosa, 17 al 19 de noviembre de 2016

TEMA I: SUCESIONES

Pacto sobre herencia futura (art. 1010). La separación de hecho y la exclusión de la vocación hereditaria entre cónyuges (art. 2437). La vocación hereditaria en la unión convivencial. Donaciones a herederos forzosos y no forzosos. Dispensa de la acción de colación e imputación a la parte disponible. Régimen de mejoras. Acciones de protección de legítima. Cesión sobre bien determinado. Partición por ascendientes. Partición por donación y partición por testamento.

Coordinadora: Mariana Hefling (Buenos Aires).

Subcoordinador: Agustín Barberis Gaya (Formosa).

Comisión redactora: Agustín Barberis Gaya (Formosa), Juan Manuel Bruna (Santa Fe, 1° circunscripción), Romina Ivana Cerniello (Ciudad Autónoma de

Informaciones

Buenos Aires), María Laura Fernández Ríos (Jujuy), Enzo Fabián Galleguillo (Tucumán), Néstor Daniel Goicoechea (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Mariana Hefling (Buenos Aires), María Losardo (Buenos Aires), Andrés Martínez (h) (Buenos Aires), Daiana Priscila Marty (Santa Fe, 1° circunscripción), Lucrecia Magdalena Nuñez Mihura (Santa Fe, 2° circunscripción -Rosario-), Natasha Magalí Ostapczuk (Chaco), José Leandro Parajón (Formosa), Vanina Perron (Santa Fe, 1° circunscripción), Natalia Fiorela Pini, (Santa Fe, 2° circunscripción -Rosario-), María Soledad Savino (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), María Eliana Suárez (Buenos Aires), Carlos Aníbal Vega (Entre Ríos).

Relatores: Romina Ivana Cerniello (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Enzo Fabián Galleguillo (Tucumán).

CONCLUSIONES

En la Comisión I del XXVII Encuentro Nacional del Notariado Novel, luego de las exposiciones de los trabajos presentados, se realizó el debate de las ponencias en un clima de respeto y amistad, llegando a las siguientes conclusiones por unanimidad:

Donación. Acción de reducción

El heredero declarado que vea vulnerada su legítima como consecuencia de una o varias donaciones efectuadas por el causante y el donatario que tenga una pretensión contra el legitimario podrán celebrar el contrato de transacción, conviniendo la transferencia del inmueble que fuera pasible de acción de reducción; evitando el litigio y arribando a una composición pacífica del conflicto.

El contrato de transacción es un negocio jurídico causal apto para transferir el dominio, debiendo realizarse por escritura pública, conforme lo estipulado en el art. 1017 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Mejora a favor del heredero con discapacidad (art. 2448 CCyC)

La mejora no procede de pleno derecho ni tampoco puede ser solicitada por el heredero.

Depende de la voluntad del causante, ya que es este quien puede optar por hacer uso de la mejora, sea por actos entre vivos o *mortis causa*. Es decir, la discapacidad no otorga un mejor derecho a uno o varios de los herederos por sobre el resto, sino que es condición necesaria para ser mejorado por el causante en los términos del art. 2448 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El artículo citado establece que la mejora a favor del heredero con discapacidad podrá ser realizada por el medio que se estime conveniente. Pudiendo utilizarse, entre otros: el pacto sobre herencia futura, la partición por donación, la partición por testamento, el legado de alimentos, el usufructo, el uso y la habitación, inclusive pactar la indivisión forzosa.

De lege ferenda

Se propone la inclusión del cónyuge supérstite como beneficiario de la mejora a favor del heredero con discapacidad.

Cesión sobre bien determinado (art. 2309 CCyC)

No obstante las distintas posturas existentes respecto a la calificación del acto, en materia de estudio de títulos se concluye que, si la cesión fue otorgada por todos los herederos, el título no resulta observable.

El doble negocio de cesión parcial de herencia y partición es la solución más adecuada para contratar sobre bienes particulares durante el período de indivisión hereditaria, poniendo fin a esta sobre el bien en cuestión al efectuarse la partición.

Se aconseja buscar una herramienta registral que, en materia inmobiliaria, permita dar publicidad de estos contratos en el folio real o en la matrícula respectivos sin modificar la titularidad del bien. No obstante ello, entendemos conveniente realizar la publicidad en el juicio sucesorio.

Pacto sobre herencia futura (art. 1010 CCyC)

Los herederos no legitimarios pueden otorgar pactos de herencia futura cuando presuman su vocación hereditaria. Los terceros con interés en la sociedad pueden formar parte o consentir el pacto cuando esto resulte relevante para la efectividad del mismo.

El respeto a la causa fin impuesto por la norma (esto es, la conservación de la unidad de la gestión empresarial o la prevención o solución de conflictos) constituye un presupuesto de validez del pacto, pues dicha finalidad es el fundamento de la excepción al principio general consagrado en el primer párrafo del art. 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación.

No existe forma impuesta para el pacto de herencia futura. No obstante, la escritura pública resulta ser el instrumento más adecuado conforme a la naturaleza del acto, los efectos previstos, el asesoramiento, y la matricidad.

Se recomienda la inscripción de los pactos sobre herencia futura en los registros de testamentos.

Informaciones

La contradicción entre el pacto celebrado sin la participación del futuro causante y un testamento otorgado por este, se debe resolver a favor de la voluntad del testador.

El pacto sobre herencia futura produce efectos desde el fallecimiento del causante.

Respecto del objeto inmediato del pacto, la explotación productiva puede ser, entre otros, de carácter agropecuaria, industrial, comercial y profesional. Respecto de la participación societaria quedan comprendidas las participaciones en todos los tipos societarios incluyendo las de la sección cuarta capítulo primero de la ley general de sociedades.

Partición por descendientes

La inscripción de la declaratoria de herederos o del auto aprobatorio del testamento, con relación a los bienes del sucesorio, no importa una adjudicación en condominio.

La venta realizada por tracto abreviado con la comparecencia de la totalidad de los herederos se considera en sí mismo un acto partitivo.

La venta o hipoteca realizada sin la totalidad de los herederos quedará sujeta a la adjudicación por partición.

Conviviente. Vocación hereditaria

El conviviente no tiene vocación hereditaria, siendo este un derecho propio del matrimonio.

TEMA II: NUEVOS DERECHOS REALES

Coordinador: Federico Carlos Orduña Salas (San Juan).

Subcoordinadora: Paula Coll Aráoz (Salta).

Comisión redactora: Christian Emilio Abdenur Vidoni (Salta), Manuel Aguilera (Buenos Aires), Rodrigo Cabrera Araoz (Entre Ríos), Carolina Noemí Díaz (Chaco), Emilia Inés Flores (Corrientes), Mauricio Ernesto Freites (Córdoba), Pamela Etelvina Garelli (Entre Ríos), Lidia Yesica Hamernick (Formosa), Flavia Daiana Hurt (Misiones), Diego José Mayordomo (La Pampa), Emmanuel Miguel Ojeda Georgieff (Buenos Aires), Walter Daniel Pedrozo (Chaco), Martín Rachid (San Luis), Bárbara María Ríos (Buenos Aires), Pedro Facundo Sáenz (San Luis), Sofía Teresa Scotti (Buenos Aires).

Relatora: Bárbara María Ríos (Buenos Aires).

CONCLUSIONES

Cementerios privados

I.- El cementerio privado y la sepultura son derechos reales distintos pero vinculados entre sí. En primer lugar, se debe afectar el inmueble a cementerio privado para luego constituir derecho real de sepultura.

II.- El reglamento es una parte esencial del contrato. En cuanto a su instrumentación, no se observa que deba ser otorgado en escritura pública, por lo que las partes podrán optar por la libertad de forma. Sin embargo, recomendamos que el mismo se realice conjuntamente con la afectación de la propiedad al derecho real de cementerio privado mediante escritura pública.

III.- El acto jurídico por el cual se transmite el derecho real de sepultura debe instrumentarse por escritura pública y, a los efectos de la oponibilidad a terceros, debe ser anotado en el libro de registros de titulares de los derechos de sepultura de los cementerios privados y en el registro de la propiedad inmueble.

IV.- A la fecha no se han dictado normas tributarias respecto a esta materia, por lo cual el escribano deberá actuar como agente de retención de impuesto a la transferencia inmobiliaria (ITI) o impuesto a las ganancias, como así también a nivel provincial de los respectivos impuestos locales. En virtud de ello recomendamos una adecuación a los efectos de establecer alícuotas diferenciales.

Informaciones

V.- Consideramos acertada la incorporación del art. 2111 CCyC, que establece que las relaciones entre el propietario y el administrador del cementerio privado con los titulares de las parcelas se rige por las normas que regulan la relación de consumo previstas en este código y en las leyes especiales.

Conjuntos inmobiliarios

I.- Debido a que el art. 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación no impone plazo ni sanción para el cumplimiento del deber de adecuación, ello no sería un obstáculo para su aplicación, la cual podría darse: 1) por adecuación voluntaria de sus destinatarios; 2) por decisión de un juez que lo ordene a instancia de los interesados.

II.- Para los conjuntos inmobiliarios preexistentes constituidos adoptando las formas exclusivamente de derechos reales no sería obligatoria la adecuación, aunque sí recomendable. Sólo debería entenderse obligatoria para aquellos emprendimientos que para su implementación recurrieron a los derechos personales o a la combinación de estos con derechos reales.

III.- Consideramos que una opción para el caso de existir conformidad o mandato judicial de adecuación es utilizar la figura del fideicomiso.

Superficie

I.- El derecho real de superficie es de naturaleza jurídica mixta en el sentido de que puede catalogarse tanto como derecho real sobre cosa propia como derecho real sobre cosa ajena.

II.- Mientras no haya edificación, plantación o forestación (derecho real de superficie en sentido estricto) el objeto será un inmueble ajeno perteneciente precisamente al dueño del suelo. Ello en tanto que, una vez comenzadas las plantaciones, construcciones o forestaciones (propiedad superficiaria) el objeto será un inmueble propio.

III.- 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, ya que resultaría suficiente que la extensión y medidas surjan del título por el cual se constituye.

IV.- El acto jurídico que va a dar origen a este derecho necesariamente deberá ser de naturaleza contractual. La transmisión del derecho de superficie que se ha constituido puede darse, en cambio, tanto por acto entre vivos como por causa de muerte.

V.- En los contratos en los que el superficiario transmita su derecho se estima necesario que se imponga al adquirente del contenido y las cláusulas del

instrumento que ha dado nacimiento al derecho real de superficie, dejando constancia en el texto de la escritura traslativa, de tal conocimiento y aceptación.

VI.- El objeto de este derecho debe ser un inmueble ajeno, pudiendo ser superficiario el condómino.

VII.- Los legitimados conforme al art. 2118 del Código Civil y Comercial de la Nación son los titulares de dominio, de condominio y de propiedad horizontal. Nada obstaría a que lo fueran los titulares de conjuntos inmobiliarios al ser estos una propiedad horizontal especial y el estado respecto de los bienes inmuebles de dominio privado. Creemos que no habría que hacer distinción respecto a los titulares de dominio perfecto o imperfecto.

VIII.- El plazo fijado para la duración del derecho comienza a computarse desde la adquisición del derecho de superficie, es decir, cuando se reúnen título y modo.

IX.- Está permitida la prórroga en el plazo. Si bien el plazo originalmente convenido por las partes puede ser prorrogado por estas, en ningún caso las sucesivas prórrogas -si las hubiere- pueden superar los plazos máximos establecidos. Para el caso del no uso y destrucción, los plazos máximos establecidos están regulados por normas imperativas no pasibles de ser modificadas por voluntad de las partes.

X.- El superficiario puede afectar al régimen de protección a la vivienda -consagrado por los arts. 244 y sgts. del Código Civil y Comercial de la Nación- la edificación que, siendo objeto de propiedad superficiaria, constituye su vivienda.

XI.- Es recomendable que los parámetros para determinar la indemnización correspondiente al superficiario una vez operada la extinción de su derecho sean pactados contractualmente por las partes, previendo las herramientas necesarias para que tal compensación resulte satisfactoria a los intereses de los involucrados.

XII.- La indemnización correspondiente al superficiario una vez operada la extinción de su derecho puede fijarse en especie, pudiendo recibir en propiedad parte de lo edificado. Por lo que, en el caso de que el superficiario hubiese enajenado unidades y estas le fueron definitivamente adjudicadas por aplicación de la convalidación prevista en el art. 1885 del Código Civil y Comercial de la Nación, los terceros adquirentes quedarían constituidos en titulares de dominio pleno.

XIII.- Cuando se constituye el derecho de superficie no se configuraría el hecho imponible previsto en la ley N° 23.905 de impuesto a la transferencia de inmuebles, pues no hay transferencia de dominio sino una desmembración del mismo, pudiendo configurarse el hecho imponible para el impuesto a las ganancias.

Informaciones

Cuando el superficiario transmita la propiedad superficiaria de lo plantado, forestado o construido a terceros adquirentes a título oneroso, el escribano interviniente deberá actuar como agente de retención del impuesto a la transmisión de inmuebles o a las ganancias, según correspondiere.

XIV.- En el seno de la comisión redactora se concluyó que, por aplicación analógica del art. 37, inc. a), de la ley nacional N° 17.801, caduca de pleno derecho y sin necesidad de solicitud alguna la inscripción del derecho de superficie al vencimiento del plazo máximo legal.

XV.- En el contrato constitutivo se podrá pactar derecho de preferencia a favor de los eventuales adquirentes de unidades construidas que hubieren contratado con el superficiario para que, una vez operada la extinción del derecho real de superficie, puedan adquirir el dominio pleno en caso de que el propietario decidiera enajenarlas, supuesto en el cual el plazo máximo de cinco años previsto en el art. 1167 del Código Civil y Comercial de la Nación comenzará a computarse desde la extinción del derecho de superficie.

XVI.- Las partes pueden pactar expresamente que la afectación al régimen de propiedad horizontal, que eventualmente otorgue el superficiario, subsista con posterioridad a la extinción del derecho real de superficie.

XVII.- En caso de constitución o transmisión a título gratuito, se debe estar a lo regulado en el art. 1543 del Código Civil y Comercial de la Nación y, por la remisión de este, a las normas sobre donación. En caso de que se afecte a la legítima, resultan aplicables las disposiciones referentes a la inoficiosidad de las donaciones.