

983 ENERO/ ABRIL / 2017



COLEGIO DE ESCRIBANOS PROVINCIA DE BUENOS AIRES

---

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

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

# Delegaciones del Colegio de Escribanos

<b>AZUL</b>	Marcela Marta Voiscovich (Vicepresidente 1° a cargo de la Presidencia) Av. 25 de Mayo 545 - (B7300FXF) - Tel. (02281) 43-2998 - Fax 43-0313
<b>BAHÍA BLANCA</b>	Marina Gabriela Arana Belgrano 252 - (B8000IJF) - Tels. (0291) 452-2953 / 453-9849 - Fax 454-5624
<b>DOLORES</b>	Jorge Ignacio Cambet Buenos Aires 536 - (B7100BLL) - Tel. (02245) 44-7699 - Fax 44-3637
<b>JUNÍN</b>	Walter César Schmidt General Paz 28 - (B6000FKB) - Tel. (0236) 443-2509 - Fax 443-3799
<b>LA PLATA</b>	Mirta Gladys Negrelli Calle 48 N° 716 - (B1900AND) - Tel. (0221) 482-9601 - Fax 483-5484
<b>LOMAS DE ZAMORA</b>	Alicia Noemí Broccardo Avda. Meeks 420 - (B1832DEJ) - Tels. (011) 4244-1453 / 6403 / 6408 - Fax 4292-3359
<b>MAR DEL PLATA</b>	Juan Manuel Area Avda. Independencia 2190 - (B7600DIR) - Tel. / Fax (0223) 493-6612 / 495-3649
<b>MERCEDES</b>	Miguel Ángel Queirolo Calle 18 N° 730 e/ 29 y 31 - (B6600HJT) - Tel. (02324) 42-4738 - Fax 42-7480
<b>MORÓN</b>	Diego Daniel de San Pablo San Martín 283 - (B1708IHE) - Tel. / Fax (011) 4629-8658 / 4628-8243 / 4627-5093
<b>NECOCHEA</b>	María Nélide Dómina Calle 65 N° 2755 - (B7630HLY) - Tel. (02262) 43-1482 - Fax 42-5385
<b>NUEVE DE JULIO</b>	Guillermo Martín Álvarez Avda. Libertad 836 - (B6500EVV) - Tel. (02317) 42-2123 - Fax 42-4138
<b>PERGAMINO</b>	Alberto Oscar Fernández Leandro N. Alem 623 - (B2700LHM) - Tel. (02477) 42-3971
<b>SAN ISIDRO</b>	Pablo Augusto Villola Chacabuco 484 - (B1642CHF) - Tels. (011) 4743-2052 / 3629 - Fax 4732-0862
<b>SAN MARTÍN</b>	Mariano Ignacio Socin Calle 91 (San Martín) N° 1834 - (B1650BEF) - Tels. / Fax (011) 4752-6132 / 4755-5630
<b>SAN NICOLÁS</b>	Eugenia Inés Zarranz Calle de la Nación 219 - (B2900AAE) - Tel. (0336) 442-5821 - Fax 442-4522
<b>TANDIL</b>	Juan Manuel García Gral. Martín Rodríguez 453 - (B7000AOI) - Tel. (0249) 442-5734 - Fax 444-3422
<b>TRENQUE LAUQUEN</b>	María del Rosario Paso Avda. Leandro N. Alem 172 (B6400BBO) - Tel. (02392) 42-2105 - Fax 42-5970

# Sumario 983

ENERO/ ABRIL / 2017

## Doctrina

El nuevo Código Civil y Comercial:  
el derecho transitorio  
Fernando López de Zavalía

9

---

Pactos sobre herencias futuras  
Luis Rogelio Llorens

37

---

Materia contractual en el Código  
Civil y Comercial de la Nación  
Horacio Cecilio Alfonso

65

---

Transacción y arbitraje  
Graciela Curuchelar  
Nora M. Georgieff

91

---

La vigencia de los poderes preventivos  
en el derecho argentino  
Enrique Jorge Arévalo

99

## Congresos y Jornadas

Conjuntos inmobiliarios  
Elba María Frontini

127

---

Análisis de la contratación  
mercantil moderna y los convenios  
de sindicación  
María Mercedes Braga Fusta

137

---

Herencia y cesión de herencia en el  
derecho argentino  
Néstor Daniel Goicoechea

171

---

## Universidad Notarial Argentina

Incumbencias notariales en materia  
matrimonial en el Código Civil y  
Comercial de la Nación  
Karina Vanesa Salierno

195

## **Técnica y Práctica Notarial**

El reglamento de propiedad horizontal en el Código Civil y Comercial  
**Nicolás Agustín Soligo Schuler**

**237**

---

## **Jurisprudencia**

SÍNTESIS DE FALLOS

**253**

---

NOTA A FALLO

El instrumento privado o la escritura pública como forma instrumental para el otorgamiento de los poderes judiciales

**Eugenia Inés Zarranz**

**257**

## **Informaciones**

42° Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

**283**

---

19° Jornada Notarial Cordobesa

**293**

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.

Academia Nacional  
Doctrina  
Congresos y Jornadas  
Derecho Comparado  
Derecho Registral  
Información  
Jurisprudencia  
Sociedades  
Técnica y Práctica  
Universidad

## DOCTRINA

Academia Nacional  
Doctrina  
Congresos y Jornadas  
Derecho Comparado  
Derecho Registral  
Información  
Jurisprudencia  
Sociedades  
Técnica y Práctica  
Universidad





# EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL: EL DERECHO TRANSITORIO

LOS SILENCIOS DE LA LEY, Y LA SUBSISTENCIA DE REGLAS  
PREVISTAS EN TEXTOS YA DEROGADOS

*Fernando López de Zavalía*

*SUMARIO: I. La permanencia de reglas pese a su aparente supresión. II. Primera causa o fuente de permanencia. III. Segunda fuente de subsistencia. 1. Los textos sancionados y sus supuestos motivos. 2. La supresión de reglas de clausura del sistema y los vacíos producidos por la derogación de soluciones actualmente contempladas. IV. Conclusiones*

\* Trabajo publicado originalmente en el sitio web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

El artículo 4 de la Ley 26.994, dispone literalmente: “Deróganse el Código Civil, aprobado por la Ley 340, y el Código de Comercio, aprobado por las leyes 15 y 2637, excepto los artículos 891, 892, 907, 919, 926, 984 a 996, 999 a 1003 y 1006 a 1017/5, que se incorporan como artículos 631 a 678 de la ley 20094, facultándose al Poder Ejecutivo nacional a reenumerar los artículos de la citada ley en virtud de la incorporación de las normas precedentes”.

En su oportunidad, nos manifestamos -muy tempranamente- en contra de la sustitución del Código Civil por un nuevo cuerpo normativo<sup>1</sup> y en general hemos sido muy críticos de todo ese proceso de reforma<sup>2</sup>. Pero, sin perjuicio de ello, una vez más hemos de lamentar que ella terminara cristalizando en una ley derogatoria del texto que nos rigiera por casi 150 años y que originariamente fuera obra exclusiva del genio de don DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD.

Y es que, lamentablemente y pese a que se ha pretendido lo contrario, fue un texto insuficientemente debatido no solamente en la comunidad académica, sino también -lo que es más grave- en el conjunto de la sociedad civil. E incluso más: ese escaso debate fue puramente formal, pues pese a que se formularon muy pertinentes observaciones, la gran mayoría -por no decir prácticamente todas- fueron desatendidas por el legislador de turno<sup>3</sup>.

Para empeorar las cosas, fue sancionado en soledad por el oficialismo y en medio de serios cuestionamientos de la oposición, que invocó la existencia de graves vicios en el procedimiento parlamentario, entre los que se contaba nada menos que la violación al reglamento por falta de tratamiento en las respectivas comisiones de la Cámara de Diputados<sup>4</sup>, y formuló una denuncia penal contra el

---

1 Hemos abordado estas cuestiones, entre otras oportunidades, en nuestros artículos: “Reflexiones preliminares sobre el proyecto de derogación del Código de Vélez y su sustitución por uno nuevo”. A modo de amigable respuesta a una opinión, publicada en ED, 2 de julio de 2012, y en “Apuntes sobre algunos errores de procedimiento observados en el proceso de derogación del Código Civil de los argentinos”, publicado en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/apuntes-sobre-algunos-errores-de-procedimiento>, y también en nuestra Ponencia presentada ante la Comisión Bicameral, en su Sesión Pública realizada en Tucumán, y que puede consultarse en [http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/tucuman/pdfs/TUC\\_039\\_LOPEZ\\_de\\_ZAVALLIA\\_Fernando\\_xF\\_Derecho-UNSTAx.pdf](http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/tucuman/pdfs/TUC_039_LOPEZ_de_ZAVALLIA_Fernando_xF_Derecho-UNSTAx.pdf)

2 Ver, entre otros, nuestro trabajo: “Nuevo Código Civil y Comercial. Cuestiones preliminares de carácter general”, publicado en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/codigo-civil-y-comercial-cuestiones-preliminares-de-caracter-general>.

3 En publicaciones científicas, y en distintas ponencias presentadas ante la Comisión Bicameral. En particular, es paradigmático el caso de la audiencia pública realizada en la ciudad de Córdoba, donde prestigiosos académicos y profesores de su Facultad de Derecho presentaron muy pertinentes observaciones, que no fueron ponderadas a la hora de aprobarse el texto finalmente sancionado.

4 <http://martinlousteau.com.ar/el-tratamiento-del-codigo-civil-es-inconstitucional-y-viola-el-principio-de-division-de-poderes/>.

presidente del cuerpo, hecho sin precedentes en la historia institucional argentina<sup>5</sup>. Dichos cuestionamientos han recibido el respaldo de reconocidos autores como SABSAY<sup>6</sup> y GARGARELLA<sup>7</sup> y de dos prestigiosas entidades académicas: el de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en sendos dictámenes fechados en diciembre de 2014, ambos postulando la nulidad e inconstitucionalidad de la sanción legislativa<sup>8</sup>.

Todo ello hace posible -e incluso altamente deseable- que en algún momento lo actuado sea sometido a una amplia revisión.

## I. LA PERMANENCIA DE REGLAS PESE A SU APARENTE SUPRESIÓN

Pese a aquella derogación, y como lo expusieramos ya en otro lugar<sup>9</sup>, existen múltiples razones que no solamente justifican, sino que incluso obligan a un estudio en paralelo de las disposiciones vigentes hasta el 1 de agosto de 2015 y de las que se aplicarán a las relaciones nacidas con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código, al que en adelante se aludirá con esta terminología o con la de CCyC, mientras que para referirnos a los que son objeto de derogación utilizaremos, respectivamente, las de CC y CCom.

5 <http://www.lanacion.com.ar/1731832-ultimo-recurso-denuncia-penal-de-los-diputados-opositores-contr-elkirchnerismo-para-frenar-el-codigo-civil>.

6 Para la opinión de Sabsay, aunque no se comparte lo relativo a contenido, ver: <http://www.serajusticia.net/2014/10/reforma-del-codigo-civil-la-opinion-de.html>.

7 La opinión del Profesor Gargarella sobre la inconstitucionalidad del nuevo Código Civil y Comercial ha sido volcada en distintas publicaciones en su blog, aunque tampoco compartimos sus puntos de vista en torno al contenido <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/search?q=C%C3%B3digo+civil&max-results=20&by-date=true>.

8 Para los dictámenes: [http://www.ancmyp.org.ar/user/files/Codigo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_Opinion\\_de\\_la\\_ANCMYP.pdf](http://www.ancmyp.org.ar/user/files/Codigo_Civil_y_Comercial_Opinion_de_la_ANCMYP.pdf), y [academiaderecho.org.ar/pdfs/97.pdf](http://academiaderecho.org.ar/pdfs/97.pdf). La de Derecho de Bs. As., expresa entre sus conclusiones: "La trascendental importancia social, jurídica y política de una norma como el Código Civil y Comercial de la Nación y las graves irregularidades que han tenido lugar durante el trámite de su aprobación legislativa, reclaman la máxima atención por parte de las autoridades políticas, los jueces, la comunidad académica y los grupos de opinión pública. (...) El manifiesto quebrantamiento de las normas y principios constitucionales previsto para la sanción de una ley vicia su legitimidad de origen y pone gravemente en duda su validez como norma que integra nuestro sistema jurídico. A ello se añade, en un plano distinto, la falta de un auténtico y profundo debate sobre su contenido. (...) Sería de desear que los sujetos debidamente legitimados planteen una causa judicial impugnando la constitucionalidad del procedimiento empleado en la sanción de esta norma que es pilar fundamental de nuestra convivencia".

9 V.gr. en nuestro ya citado trabajo: *Nuevo Código Civil y Comercial. Cuestiones preliminares de carácter general*.

Y no nos referimos a las puramente históricas, que por sí solas justificarían ese estudio conjunto. Antes bien, y por el contrario, pensamos que existen razones prácticas que en el futuro, y por largos años, van a obligar a dicha clase de análisis, y que serán demostrativas no solamente de la subsistencia de textos históricos teóricamente suprimidos, sino incluso del fracaso de la labor codificadora en la misión que es de su esencia y supuestamente la define: reunir en un cuerpo orgánico único el derecho que se pretende legislar.

## II. PRIMERA CAUSA O FUENTE DE PERMANENCIA

Una primera vía de subsistencia de las normas derogadas habrá de derivar de su necesaria ultraactividad, debida no solamente al juego de los principios generales, sino también al hecho de que no se han previsto normas de transición para regular el trascendente cambio que representa la derogación de un código que ha regido durante casi 150 años, y el paso ordenado hacia uno nuevo, pues el art. 3 del Código Civil, reproducido con algunos retoques por el nuevo art. 7, no estaba pensado para regir esa clase de eventos, y por lo tanto se ha de manifestar absolutamente insuficiente para solucionar la multiplicidad de problemas que se habrán de suscitar<sup>10</sup>.

Dejando de lado la pervivencia que ha de tener lugar como régimen supletorio en toda la materia contractual<sup>11</sup>, parece necesario apuntar otra fuente de

---

10 Coincide: Rivera, Julio César. "Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite. Y otras cuestiones que debería abordar el Congreso", en *La Ley* del 04/05/2015. Por ejemplo, y como lo recuerda el autor, en Italia la sanción del Código Civil de 1942 fue acompañada por el Real Decreto n° 138 del 30 de marzo de 1942 dedicado a las "Disposiciones para la aplicación del Código Civil y disposiciones transitorias". Los primeros 113 artículos contienen normas de aplicación de cada uno de los Libros del Código Civil; y el Capítulo II, relativo a las "Disposiciones transitorias" sigue el mismo método, esto es, Libro por Libro del Código Civil, disponiendo la vigencia temporal de múltiples normas, y se extienden hasta el artículo 248.

11 Es que, como expresamente lo recuerda el art. 962 del nuevo CCyC, "las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes", lo cual torna directamente aplicable el nuevo art. 7 -que, en lo substancial, reproduce lo dispuesto en el último precepto del art. 3 del Código Civil todavía vigente- a cuyo tenor las "nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo". Por ello, por regla, ambos códigos derogados serán aplicables ultraactivamente -y no obstante su derogación- a las relaciones jurídicas de carácter contractual nacidas con anterioridad al 1 de agosto de 2015. Por otra parte, nada impediría que en uso del poder normativo que expresamente acuerdan los arts. 958 y 962 del nuevo CCyC, las partes decidieran -al modo de unas condiciones generales de la contratación- que todo el contenido no imperativo de su autorregulación de intereses se rigiera, para las hipótesis que no hubieran contemplado, por los códigos ya derogados, cuyas soluciones -a

aquella vigencia que, a nuestro juicio, merece el máximo interés, a saber: como ya lo disponía el art. 3 del CC -y lo reitera el nuevo art. 7- como un límite infranqueable que no podía ultrapasarse “la retroactividad establecida por la ley”, ella nunca puede “afectar derechos amparados por garantías constitucionales”, de entre las cuales conviene tener presentes las establecidas por los arts. 17 y 19 de la Constitución Nacional. La posible afectación del art. 17 de la Constitución es la que, a primera vista, se exhibe con mayor evidencia en la materia pues, siguiendo a GOLDSCHMIDT, toda norma jurídica es la captación lógica neutral de repartos proyectados<sup>12</sup>, donde lo que se reparte o distribuye es potencia e impotencia de conducta humana y, en consecuencia, la potencia o posibilidad de conducta atribuida a un sujeto por la nueva norma representará de ordinario y en un considerable número de casos, para otro sujeto, la impotencia o imposibilidad de conductas que ya habían pasado a integrar el contenido de su derecho de propiedad. Ahora bien, como según la constante y reiterada jurisprudencia de la Excma. CSJN en la materia, el término propiedad, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional o en otras disposiciones de ese estatuto comprende “... todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer, fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad”, siempre que se encuentre en juego un derecho amparado por una garantía constitucional habrá de funcionar aquel límite infranqueable<sup>13</sup>.

---

fuer de cuerpos históricos suficientemente estudiados y aplicados por la doctrina y jurisprudencia- habrán de gozar de un mayor grado de previsibilidad para las partes, en tanto estatuto mejor conocido por ellas. Y es que, como expresara alguna vez uno de los grandes maestros del derecho civil que “... un viejo Código es como un viejo amigo. Se conocen sus virtudes y sus defectos. Y se sabe cómo aprovechar y gozar de las primeras, y cómo precaverse de los segundos. Cada una de sus disposiciones ha sido sopesada, analizada, desmenuzada y concordada con las restantes. Ya nada de él nos sorprende ni esconde trampas. Por eso la labor de perfeccionamiento, de adecuación de un Código Civil a las nuevas circunstancias, debe ser paulatina, operando aquí y allá, donde la reforma sea más urgente”. (Borda, Guillermo. “Ley 17.711 de Reformas al Código Civil”, ED, 228684).

12 Goldschmidt, Werner. *Introducción filosófica al derecho*, Bs. As., 1978, n° 16, pág. 14.

13 Con relación a la ley aplicable por remisión a las reglas que disciplinan el Derecho transitorio, la CSJT tuvo oportunidad de pronunciarse en la Sentencia N° 1316/2015 del 02/12/2015 y más recientemente en el voto de la mayoría recaído *in re*: “Juarez, María del Carmen Vs/ Clínica Mayo de UMCBSRL y Otros s/ Daños y perjuicios”. Expte. N° D 9965/13, Sentencia N° 140/2016. En ambos supuestos, se dejó sentado criterio en el sentido de que -como principio general que debe primar en lo que concierne a la ley aplicable en relación al tiempo- correspondía que la causa se resolviera conforme el texto vigente al momento de los hechos que dieron lugar a su formación, y conforme al cual las partes dedujeron sus pretensiones, y desplegaron su estrategia procesal, porque -como bien lo explicara Roubier- “los hechos que no han podido determinar la constitución (o extinción) de una relación jurídica, de acuerdo a la ley vigente el día en que se produjeron, no pueden, en virtud de una ley posterior, ser considerados como generadores (o extintivos), salvo que la ley sea retroactiva” (la cita puede consultarse en Moisset de Espanés: “Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 del Código Civil”, Universidad Nacional de Córdoba, 1976, pág. 42).

Pero por análogos motivos tampoco podría ultrapasar aquella frontera una denominada “aplicación inmediata” que, amparada en ese puro ruido verbal, terminara sacrificando en el altar de un fugitivo presente físico todo un pasado espiritual definitivamente incorporado al patrimonio de sus titulares en el sentido definido por la Constitución Nacional.

Aunque sería poco menos que imposible resumir en un breve párrafo el pensamiento del autor a quien se sigue en este punto<sup>14</sup>, a fin de que se entienda el núcleo de su substancia corresponde expresar: 1) el Derecho considera al tiempo como un transcurso y como una ubicación dentro de un transcurso. En el primer sentido, y para emplear las palabras del Estagirita, como medida del movimiento según el antes y el después; y en el segundo buscando situar un ente jurídico dentro de una de las tres dimensiones temporales: pasado, presente y futuro; 2) desde esta segunda perspectiva, cabe preguntarse: ¿en qué momento se ubican los hechos, las personas, las cosas, las relaciones jurídicas? El tema se vuelve candente cuando se enfoca la doctrina de la intertemporalidad de las leyes, donde ha recibido un especial desenvolvimiento, pues se enfrentan aquí dos concepciones del tiempo en un diálogo interminable: a) por un lado está la concepción del tiempo físico que llama pasado al pasado material, a esa hora marcada por los relojes que no retrocederán, o por el correr de las aguas de ese río en las que no volveremos a bañarnos, porque transcurre fatalmente la vida sin regreso; b) por el otro, está la concepción del tiempo espiritual que llama pasado al moral, al intelectual, esto es a un pasado que abarca en una sola unidad al pasado material y a una parte del futuro físico como algo ya conquistado, como una posición tomada en el posterior devenir. En la concepción del tiempo espiritual los hechos pasados sólo cobran sentido cuando las fuerzas morales que desencadenaron se efectivizan en el futuro material, en cuyo momento el pasado habrá llegado a su plenitud; 3) en tal orden de ideas, si partimos de una estructura básica de la norma jurídica según la cual “dado A debe ser B”, un jurista imbuido en la doctrina del tiempo físico se sentirá tentado a razonar así: A es el hecho, esto es, un acontecimiento (o no acontecimiento) que sucede en el mundo de la realidad; y B es la consecuencia jurídica que en definitiva se dirige a una conducta a cumplirse también en el mundo de la realidad. Y como los hechos que acaecen en el mundo de la realidad están

---

14 Ver López de Zavallia, Fernando. “Irretroactividad de las leyes” publicado en *La Ley*, 135, págs. 1495/3, y también en “Reflexiones sobre el tiempo en el derecho”, en *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNT*, N° 25, págs. 15 a 45, Tucumán, diciembre de 1978. Para otro enfoque, ver Moisset de Espanés. “Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 del Código Civil”, Universidad Nacional de Córdoba, 1976, obra que puede consultarse en <http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/bibliotecavirtual/Lairretroactividad.pdf>; ver también Junyent Bas, Francisco A. “El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial”. *La Ley*, 27/04/2015, 1.

sujetos al tiempo de los relojes, cuando hay un cambio de legislación, a la pregunta ¿qué ley los gobernará?, responden: la ley que rija en los respectivos tiempos. La ley del tiempo en el que se dio A, rige a A, y la ley del tiempo en que se dé B, rige a B. Pero el jurista que respira la doctrina del tiempo espiritual razona distinto. Parte de la base de que un acontecimiento del mundo de la realidad sólo es hecho jurídico en la medida en la que genera una consecuencia jurídica. En la norma “dado A debe ser B”, A sólo es un hecho jurídico determinado porque debe ser B; si no debiera ser B sino C, sería un hecho distinto, y si no debiera ser ninguna consecuencia se trataría de un simple hecho irrelevante para el Derecho. Por ello, sujetar a A y B a tiempos distintos equivale a fracturar la unidad inescindible del hecho jurídico. La ley nueva que se impusiera sobre B, so pretexto de gobernarlo, estaría en realidad alterando a A; 4) la concepción del tiempo físico desemboca en la doctrina de la aplicación inmediata; la del tiempo espiritual tuvo su exponente en la teoría de los derechos adquiridos y es notorio que la Ley 17.711, al substituir el art. 3 del Código Civil, se inspiró en la doctrina de la aplicación inmediata a través de las enseñanzas de ROUBIER. Pero, sea porque ROUBIER mismo no llevó la doctrina del tiempo físico a sus últimas consecuencias, sea porque nuestro texto contiene una relevante concesión a la doctrina del tiempo espiritual al referirse a las nuevas leyes supletorias; sea porque hablar de “derechos amparados” es aludir elípticamente a una subespecie de los “adquiridos” sea, en fin, por el peso del resto del articulado del Código unido al de una tradición jurídica formada a la sombra del viejo art. 3, lo cierto es que en la práctica se llega a múltiples soluciones que aun cuando se vistan con el ropaje de la aplicación inmediata son, en el fondo, respetuosas de los derechos adquiridos.

Por lo demás, la tesis de la aplicación inmediata inspirada en la concepción del pasado físico, que ya se está insinuando en algunas opiniones<sup>15</sup>, ha

15 El día 15 de abril de 2015 la Cámara de Apelaciones de Trelew emitió un acuerdo plenario en el que se resolvió: “DISPONER que una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los códigos civil y de comercio hoy vigentes, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos bajo cuyo amparo ella se dictó”. Este acuerdo produjo la respuesta de Kemelmajer de Carlucci, expuesta en “El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme”. La Ley, 22/04/2015, 1. Ver la réplica de Rivera en su ya citado trabajo: *Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite...*, y también en “El Código Civil y Comercial. Efectos sobre las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes”, publicado en elDial.com - DC1F98, del 07/08/2015. La propia la Sala A de la Cámara de Apelaciones de Trelew, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Natalia Isabel Spoturno y Carlos A. Velázquez, pudo desarrollar con enjundia su punto de vista en la Sentencia dictada en los autos caratulados: “Sánchez, N. O. y otros c/ D., D. Á. y otra s/ Daños y perjuicios” (Expte. 67 - Año 2015 CAT), de fecha 11 de agosto del año dos mil quince. El punto más sensible se ha producido en materia de aplicación del nuevo régimen de divorcio a las causas en trámite, donde los pronunciamientos

de traer problemas adicionales desde la perspectiva de la teoría constitucional, a la luz de lo dispuesto no solamente en el ya citado art. 17, sino también de lo prescripto en el art. 19, y que ya fuera denunciado por DWORKIN a propósito de la creación judicial de normas, pues, parafraseando y generalizando los dichos de este autor, si un juez "... aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho"<sup>16</sup>; y en consecuencia el justiciable habrá de conocer, recién en el momento de la sentencia, cuál era la regla de conducta a la que varios años atrás debió ajustarse su comportamiento, en franca colisión con el art. 19 de la Constitución Nacional<sup>17</sup>.

### III. SEGUNDA FUENTE DE SUBSISTENCIA

Una segunda fuente de subsistencia tendrá una mayor permanencia en el tiempo y habrá de derivar de los vacíos y silencios del nuevo texto respecto de hipótesis que el derogado contemplaba expresamente y que, en nuestra opinión, han de pervivir en un elevado número de supuestos y no obstante la opinión de los autores del nuevo Código Civil y Comercial.

Es el problema que, con arreglo a terminología que propusiera CARLOS COSSIO<sup>18</sup>, un sector de la doctrina califica de "caso no previsto"<sup>19</sup> o "caso de indeterminación involuntaria".

---

se han expedido en uno u otro sentido. Por lo anecdótico, merece citarse el de fecha dos de setiembre del año dos mil quince, emanado de la Excm. Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, con los votos de los señores jueces titulares Dres. Estela Inés Politino, Germán Ferrer y Carla Zanichelli, y traen a deliberación para resolver en definitiva la causa N° 522/12/4F-866/14, que ha merecido una encendida crítica por medios periodísticos de Kemelmajer de Carlucci.

- 16 Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*, Barcelona, 1989, cap. 4, pág. 150. Un interesante estudio del pensamiento de Dworkin que, en este punto, parte de una de sus discrepancias centrales con Hart acerca del rol creador de los jueces y la pretendida discrecionalidad de su función en los "hard cases", puede verse en Rojas Amandi, Víctor Manuel: "El concepto de derecho de Ronald Dworkin", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 246, Sección de Artículos, 2006.
- 17 Coincide: Rivera, Julio César. "Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite...". Para orgullo del abogado tucumano que esto escribe, el punto ya había sido insinuado por Cossio ("El problema de las lagunas del Derecho", en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, N° 5, año V, diciembre de 1941; y en *La plenitud del Ordenamiento jurídico*, pág. 26), como luego se ha de ver.
- 18 Cossio. "El problema de las lagunas del Derecho", en *La plenitud del Ordenamiento jurídico*, pág. 49.
- 19 Ver, por ejemplo, el magnífico ensayo de Juan Francisco Linares, "Caso administrativo no previsto", Bs. As., 1976.



Para solucionar dichas lagunas -reales según algunos autores y aparentes según otros<sup>20</sup>- conviene diferenciar cuál parece haber sido la intención del legislador, reflejada en las palabras de los autores del proyecto originario, de la que en definitiva quedara abstractamente plasmada en el texto sancionado.

Es que, como bien se ha dicho, las leyes se emancipan de sus autores y por ello la labor interpretativa debe buscar desentrañar la voluntad no de un legislador concreto, sino la de un legislador abstracto que se presume sabio, y que vive autónoma en el seno de la ley; una tarea, donde lo “que interesa es la

20 En rigor, el mero uso del término “lagunas” ya puede estar sugiriendo toda una toma de posición respecto de un problema recurrente en la teoría jurídica, según correcta calificación usada por un autor (Navarro, Pablo. “Lagunas, permisos y discreción”, en *Anal. filos.* vol. 33 no.1, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mayo 2013). Por ejemplo, no ha tenido inconvenientes en aludir expresamente a ellas Hart, quien incluso reconoce que su visión es la de un “derecho, en parte indeterminado o incompleto, con jueces llenando lagunas mediante el ejercicio de una limitada discreción judicial jurídico creadora” (Hart: “*Post scriptum* al concepto del Derecho”, UNAM, México, 2000, pág. 55); ni Goldschmidt quien llega a afirmar que “incurriría en contradicción lógica el legislador que prohibiese la existencia de lagunas. El legislador puede indicar un procedimiento a seguir en caso de lagunas: lo que no es posible es que decrete sencillamente su ausencia. El legislador resuelve en la ley determinados grupos de casos dejando necesariamente sin resolver otros tantos grupos de supuestos, por lo inagotable de la realidad y lo limitado de la mente humana” (Goldschmidt, Werner. *Introducción filosófica al Derecho*, n° 78, pág. 74). Para otra postura, y aún cuando el concreto problema sometido a examen del intérprete no se encuentre expresamente previsto en el sistema de fuentes formales, no existen -hablando con propiedad- lagunas en el Derecho, “ya que en ese caso su conducta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en ese sentido, le está permitida” (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México 1982, pág. 254); en el lenguaje de uso en la práctica forense, suele hablarse de lagunas de la ley, para significar la ausencia de una solución expresamente prevista en la norma, terminología que ya Kelsen conceptuara errada “puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido” (op. cit., pág. 255). El supuesto error conceptual de esta postura, ha sido abordado con enjundia por nuestro comprovinciano Cossio (Cossio, Carlos: “El problema de las lagunas del Derecho”, en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, N° 5, año V, diciembre de 1941; ver también *La plenitud del ordenamiento jurídico*, cuya segunda edición, del año 1947, contiene como primer capítulo el trabajo antes citado), como incluso lo recuerda Roberto Greco en un excelente trabajo publicado hace ya más de 30 años (Greco. “¿Ultraactividad de normas abrogadas o derecho libre?”, *ED*, T. 83, págs. 680 a 702). Cossio efectúa un repaso de las distintas posturas que, según considera, se han esbozado al respecto en la historia del pensamiento jurídico, las que examina sucesivamente bajo las siguientes denominaciones: a) realismo ingenuo; b) empirismo científico; c) eclecticismo; d) pragmatismo; y e) apriorismo filosófico; todo ese prolijo examen está dirigido a demostrar, siguiendo las huellas de Kelsen, que hablando con propiedad tampoco existen lagunas en la ley, y le permite reprochar a la tesis ecléctica -que sostuviera que no hay lagunas en el Derecho, pero sí las hay en la ley- un vicio conceptual, y una confusión de planos, pues “sólo nos viene a decir que no hay lagunas en el ordenamiento positivo pero que algunas leyes son o resultan injustas o inconvenientes, aunque se agregue que la referencia disvaliosa califica únicamente al disvalor involuntario”.

ley y no la opinión del legislador concreto, y es sabido que aquélla se emancipa de éste, y de ello recibe su más alta dignidad<sup>21</sup>, ya que de “la ley se afirma que es más sabia, más justa que el legislador”<sup>22</sup>.

## 1. LOS TEXTOS SANCIONADOS Y SUS SUPUESTOS MOTIVOS<sup>23</sup>

Ingresando a dicho análisis, que ha de efectuarse a la luz que puedan arrojar los textos sancionados por el legislador, cabe expresar que el nuevo código comienza, en su art. 1, con una muy clara, expresa -y altamente sugestiva- referencia a los “casos que este Código rige”, que, conforme el art. 3, el “juez debe resolver (...) mediante una decisión razonablemente fundada”.

Al decir de un prestigioso autor, con ello se ha perseguido acentuar el “nervio central de la vida jurídica en la sentencia judicial, lo que entraña poner el acento en el ‘caso’ o, como lo llamó VIEHWEG, en el ‘pensamiento problemático’...”<sup>24</sup>. Ahora bien, el pensamiento problemático no estuvo del todo ausente en el Código Civil, como lo demuestra una lectura de su art. 16, y como lo reconoce el propio autor a quien se viene de citar<sup>25</sup>.

Si todo se hubiera reducido a ello, el tema no merecería mayores comentarios. Sin embargo, en los “Fundamentos” (III.3) se lee además que “se prefiere incluir pocos artículos para mantener una regulación austera que permita el desarrollo jurisprudencial”; y más adelante todavía se añade que “Los dos primeros títulos ‘Del Derecho’ y

21 López de Zavalía, Fernando. *Teoría de los contratos*, § 19, III, 5, pág. 316.

22 López de Zavalía, Fernando. *Teoría...* § 25, IX, 1, pág. 446; y es que, como también enseñara el autor cuyo pensamiento se viene glosando “son posibles múltiples olvidos, y humanamente comprensibles, aun en el más sabio de los legisladores concretos, pero desechables para la sabiduría del legislador abstracto que vive autónomo en el seno del Derecho”. López de Zavalía, Fernando. *Teoría...* § 26, III, 2, pág. 463. Por ello, al tocar el tema del pacto comisorio, llegó a advertir que “quizás no haya sido ésa la intención del legislador concreto, pero, repetimos, buscamos la intención de la ley” (*Teoría...* § 36, II, 2, pág. 618), y otro tanto hizo, por ejemplo, al hablar de la lesión al apuntar que “las leyes se emancipan de sus autores concretos, y la letra se rebela contra el pensamiento de su redactor” (*Teoría...* § 38, VII, 4, pág. 702). En análogo sentido, Cossio enseñó que el “Derecho como un todo, además de la suma de normas, es la estructura que las totaliza en una unidad y que como cualquier todo empírico no tiene una realidad separable de cualesquiera de aquellas” (Cossio. “El problema de las lagunas del Derecho”, en *La plenitud del Ordenamiento jurídico*, pág. 44).

23 Hemos analizado estas cuestiones en nuestro trabajo “Código Civil y Comercial. El método. El Título Preliminar”, que puede consultarse en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/codigo-civil-y-comercial-el-metodo-titulo-preliminar>.

24 Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato. Su Comentario al Título Preliminar, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, dirigido por Rivera-Medina, Tomo 1, Introducción general, pág. 53.

25 Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato. Su comentario al Título Preliminar, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, dirigido por Rivera-Medina, Tomo 1, sobre el art. 1, pág. 58.

'De la ley' contienen guías dirigidas a los jueces y juezas. El título referido al ejercicio de los derechos tiene por destinatario principal a los ciudadanos"<sup>26</sup> (III.6.1).

A lo expuesto debe sumarse también la supresión de dos reglas de clausura del sistema, como las configuradas por los arts. 18 y 22 del código derogado. Con todos esos elementos, la visión panorámica sobre el conjunto bajo examen comienza a adoptar otras tonalidades bien diferenciadas y -por qué no decirlo- preocupantes.

1.1. Y ello al punto de que el distinguido jurista cuyo pensamiento veníamos exponiendo, se expresa del siguiente modo: "Se trata de una nota relevante, ya que muestra un paradigma teórico diverso del que caracterizó la idea codificadora decimonónica, la que pretendía, como es sabido, ceñir la totalidad de la vida jurídica a lo dispuesto por ese documento. Aquí, por el contrario, el Código no abraza pretensiones de completitud. Y dentro de ese horizonte, encomienda a los jueces la tarea de completar e integrar sus disposiciones. Se trata de una afirmación honda en consecuencias, ya que deposita en uno de los poderes del Estado (el Judicial) la compleja misión de perfilar el sentido del documento..."<sup>27</sup>.

1.2. De ser realmente ese el sentido perseguido por la reforma, es decir, dejar en manos de los jueces la solución de silencios y vacíos legales, ella nos merecería las siguientes observaciones de carácter crítico, que pasamos a sintetizar:

1.2.1. En primer lugar, cabe apuntar que la misión primera del derecho no reside en impartir pautas a los jueces para resolver los "casos"<sup>28</sup>, sino más bien en generar reglas destinadas a ordenar las conductas de los ciudadanos a fin de evitar que esos "casos" lleguen a los jueces.

26 Comentando ese pasaje Vigo (op. y loc. cit.) se ha expresado en los siguientes términos: "Más allá de que esa distinción puede tomarse como una orientación general, debemos señalar que nos resulta demasiado forzada y poco realista. Es que en definitiva los jueces deben guiarse por el modo que pretende la ley para el ejercicio de los derechos, más aún, todo el Derecho se dirige a ciudadanos y autoridades (incluidos los jueces) por eso en el marco del Estado de Derecho Constitucional autores como Peter Haberle han reclamado ir de una sociedad cerrada de intérpretes 'hacia la interpretación por y para la sociedad abierta'..."

27 Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato. "Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por Rivera-Medina, pág. 38.

28 Todavía, y afinando el análisis, cabe observar que detrás de afirmaciones como estas, podrían pretender buscar cobijo posturas enroladas en lo que Cossio denominara realismo ingenuo, que concibe "al Derecho como el catálogo de casos abstractamente señalados en las leyes; con lo cual se tiene en cuenta una pluralidad de casos individualizados y no una totalidad sistemática" (Cossio. "El problema de las lagunas del Derecho", en *La plenitud del Ordenamiento jurídico*, pág. 24). La observación parece pertinente, porque la postura que el autor tucumano calificara de realismo ingenuo, recibe últimamente nuevo impulso de la mano de teorías tales como la que cierta doctrina ha denominado "del espacio libre de Derecho" (Kaufman, Arthur. *Filosofía del Derecho*, Bogotá, 1999, cap. Décimoquinto), configurado por actos que, en esa polémica concepción, no son ni prohibidos, ni tampoco permitidos, en franca colisión con aquel axioma -que Cossio elevara a la categoría de principio ontológico- que enuncia que se encuentra jurídicamente permitido todo lo que no está jurídicamente prohibido.

Es que, como lo ha demostrado con singular brillo SEBASTIÁN SOLER a lo largo de una de sus obras maestras, toda acción humana presupone necesariamente un cálculo anticipatorio, de tal modo que “así como no hay acción humana eficaz sin cálculo de las relaciones naturales sobre las que aquella incide, así tampoco hay acción humana eficaz sin cálculo jurídico”, pues los “hombres ponen en marcha un plan solamente cuando conocen los márgenes de riesgo que comporta”<sup>29</sup>.

Desde esta perspectiva de análisis, “una regulación austera” y de “pocos artículos” que “permita el desarrollo jurisprudencial”, exige la correlativa supresión de reglas de conducta dirigidas a los ciudadanos, es decir de elementos necesarios, o cuando menos útiles para el cálculo anticipatorio de la acción humana y, por lo tanto, no merece aprobación.

1.2.2. Por ello, la “regulación austera” diseñada, no solamente ha de dificultar el cálculo anticipatorio, sino que además viene a representar una forma sutil, pero no por ello menos grave, de vulnerar el art. 19 de la Constitución Nacional cuya recta doctrina se traduce en una exigencia de que las acciones “prohibidas” estén claramente definidas por reglas previas dirigidas a los ciudadanos, pues a su abrigo ningún habitante de la Nación puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe, de modo que todo lo que escape de dichos mandatos se encontraría “reservado a Dios” y exento “de la autoridad de los magistrados”.

En dicho sentido conviene reiterar nuevamente que DWORKIN ha dicho que si un juez crea retroactivamente en el momento mismo de la sentencia la regla de conducta que supuestamente regía al caso que tiene a conocimiento y resolución “... entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho”<sup>30</sup>.

---

29 Soler, Sebastián. *Las palabras de la ley*, II, págs. 25 y 26. Dice nuestro autor: “así como no hay acción humana eficaz sin cálculo de las relaciones naturales sobre las que aquella incide, así tampoco hay acción humana eficaz sin cálculo jurídico. Es indispensable saber el comportamiento de las cosas y de los hombres. Lo uno se alcanza por el conocimiento causal; lo otro por el conocimiento de las normas que prescriben las acciones debidas. Lo uno es conocimiento del ser, lo otro del deber. Unas palabras mencionan el mundo de lo real; otras el mundo de lo posible (...) Toda teoría jurídica que tienda -y ello está muy difundido hoy- a buscar la juridicidad en los actos cumplidos efectivamente por los órganos del Estado, olvida este aspecto fundamental del actuar específico del hombre: la imposibilidad de acción alguna sin proyección anticipatoria referida a acciones humanas todavía futuras cuyo cómputo positivo o negativo es absolutamente condicionante para toda empresa (...) Sólo esta moderna actitud puede explicar que siendo Santo Tomás un autor tan citado en temas de derecho, no se recuerde hoy que su definición genérica de ley es la siguiente: *lex quaedam reglae est et mensuram actuum, secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo ditrahitur*: regla y medida de los actos según la cual alguien es inducido a actuar o retraído de hacerlo (...) Los hombres ponen en marcha un plan solamente cuando conocen los márgenes de riesgo que comporta”.

30 Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*, Barcelona, 1989, cap. 4, pág. 150. El punto ya había sido correctamente insinuado por Cossio, como a continuación se expone.

O, para decirlo en palabras formuladas ya en el año 1941 por aquel comprovinciano que fuera uno de los más grandes iusfilósofos que nuestro país diera al pensamiento jurídico universal, ello nos ha de colocar frente al juez que "... juzga sin norma positiva que lo regule, creando la norma individual de la sentencia al margen de la lógica del deber ser (con lo cual semejante sentencia no debería ser) y enunciando en la sentencia, *a posteriori* de los hechos, el principio regulador general que en teoría y como fundamento, ha de preceder a la sentencia"<sup>31</sup>, generando un verdadero contrasentido lógico que destruye la posibilidad de una construcción dogmática que pueda considerarse dotada de jerarquía científica.

Todo lo cual, en buen romance, equivale a decir que el litigante vencido habrá de conocer recién en el momento mismo de la sentencia cuál era la regla de conducta a la que, varios años atrás, debió haber ajustado su comportamiento para ser reputado conforme a derecho, en franca colisión con el art. 19 de la Constitución Nacional.

Dicho precepto consagra una libertad fundamental del ciudadano. Por ello, toda restricción a dicho poder debe ajustarse no solamente al principio de razonabilidad, sino también al de legalidad, lo cual en materia penal impone la necesidad de *lex praevia, certa, scripta y stricta*<sup>32</sup>, y en materia civil debería apuntar -al menos idealmente o en forma de tendencia- en una dirección análoga.

Por lo demás, si el "apartamiento de la solución normativa aplicable" ha sido definido como una de las formas que podía asumir la arbitrariedad, la supresión de toda solución normativa viene a representar la máxima manifestación de arbitrariedad imaginable por parte del legislador, pues ciertamente el juez no se podrá apartar más de lo que ya no existe, pero en cambio tendrá absoluta libertad para moverse en esa ausencia de solución.

31 Cossio, Carlos. "El problema de las lagunas del Derecho", en *La plenitud del Ordenamiento jurídico*, pág. 26; y continúa nuestro autor: "Con esto el realismo ingenuo, en cuanto aspira a ser ciencia jurídica se contradice doblemente: se contradice porque una sentencia dictada al margen de la lógica del deber ser, es una sentencia que no debería ser. Y se contradice porque la teoría jurídica afirma la precedencia de la norma general respecto de la sentencia, con lo cual, ocurriendo lo contrario en esta hipótesis, los hechos quedarían sin conceptualización teórico-jurídica, es decir sería imposible pensarlos científicamente. Pues, en efecto, la mera suposición resultante, de que se haría ciencia jurídica dogmática colocando las normas generales a posteriori de las normas individuales, es un contrasentido lógico porque destruye la posibilidad de la subsunción que caracteriza toda construcción dogmática".

32 Según enseña la doctrina penalista, el principio de legalidad implica cuatro prohibiciones que se erigen en otras tantas garantías del ciudadano: prohibición de la retroactividad (*lege praevia*); prohibición de la indeterminación (*lege certa*); prohibición del derecho consuetudinario (*lege scripta*); y prohibición de la analogía (*lege stricta*). Para la formulación en esos términos del principio de legalidad penal, ver Jescheck, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, 1993, § 15 III; Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1997, § 5; Wessels, Johannes. *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., 1980, § 2; Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2004, cap. II, III; ver también Maurach, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, 1962, § 10.

1.2.3. Por otra parte, la solución sería violatoria de los arts. 16 y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Del primero de esos textos de nuestra Carta Magna -el art. 16- porque la deliberada supresión de soluciones normativas aplicables, incluso ha de incrementar -*favor rei*- el riesgo potencial, siempre latente, de que dos ciudadanos -por hipótesis iguales entre sí frente a la ley- juzgados por dos jueces diferentes, obtengan soluciones desiguales para casos sustancialmente iguales. Y también del art. 75 inc. 12, porque la Constitución ha querido un solo y mismo código rigiendo sobre todo el territorio de la República y no un código distinto para cada juzgado.

1.2.4. Como bien se ha dicho, en "... una comunidad mínimamente desarrollada, la determinación del Derecho, *a fortiori* cuando éste venga identificado como 'lo justo' del caso concreto, está encomendada a los jueces, cuyo origen y diseño es necesariamente institucional, positivo. Por tanto, es imposible pensar un Derecho desprovisto de su dimensión cultural e institucional; y en consecuencia, resultan insuficientes las caracterizaciones del Derecho que prescindan de tales dimensiones. (...) Negar lo anterior o, más fácilmente, prescindir de ello, puede dar lugar entre los cultivadores académicos del Derecho natural a que se incurra en la tentación de acceder a la idea del Derecho, o a la definición del Derecho, directamente desde la idea misma de lo justo natural, o desde la división entre lo justo por naturaleza y lo justo positivo, rechazándose partir de la experiencia de las relaciones jurídicas, que se nos muestran siempre y universalmente como marcadas por una dimensión institucional"<sup>33</sup>.

1.2.5. De modo que a la luz del diseño institucional de nuestra República, dejar en manos de los jueces la solución de silencios y vacíos legales no es un recurso que pueda considerarse compatible con un enfoque de orden constitucional.

Por el contrario, una solución respetuosa del diseño institucional de nuestra República debe buscarse en un sistema de fuentes formales, para lo cual será clave lo que a continuación se pasa a examinar.

## **2. LA SUPRESIÓN DE REGLAS DE CLAUSURA DEL SISTEMA Y LOS VACÍOS PRODUCIDOS POR LA DEROGACIÓN DE SOLUCIONES ACTUALMENTE CONTEMPLADAS**

Vinculado al aspecto anterior se encuentra íntimamente ligada la supresión de dos reglas de clausura del sistema como las configuradas por los arts. 18 y 22

---

33 Serna, Pedro. "Sobre las respuestas al positivismo jurídico", en *Las razones del derecho natural*, Universidad Austral, Bs. As., 2000, págs. 82 y 83.

del CC. En ambos casos la intención general parecería estar dirigida a ampliar las potestades decisorias de los jueces y, en ese sentido, deben darse por reproducidas las observaciones antes efectuadas.

2.1. Por el primero de esos enunciados normativos resulta que los "... actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención". La coordinación de dicho texto con el art. 1037 CC, había dado lugar a discrepancias en la doctrina acerca de la existencia de nulidades virtuales, aunque compartimos la postura de quienes pensaban que el art. 18 daba sustento a la clasificación de nulidades expresas y virtuales, y a la posibilidad de ineficacias del segundo orden en nuestro derecho<sup>34</sup>.

La derogación de dicha regla de clausura del sistema plantea el interrogante acerca de la sanción que cabrá adoptar en caso de la violación de disposiciones legales relativas a los presupuestos y elementos del negocio jurídico al momento de constituirlo, si la ley no declara expresamente la nulidad del acto.

Adviértase que el problema no se resuelve por invocación de textos como los de los arts. 279 y 285 del nuevo código, porque el art. 18 tenía mayor amplitud y proyecciones, extendiéndose a otros requisitos del acto; por ejemplo, en materia de forma del negocio, a propósito de los contemplados en el art. 1184 CC, que un sector de la doctrina interpretaba que eran exigidos bajo pena de nulidad a pesar de la supresión de aquella aclaración por la Ley 17.711, precisamente por invocación del art. 18<sup>35</sup>, todo lo cual impactaba también en la exégesis del art. 1185. Desde esta perspectiva, el objeto puede estar permitido, pero el acto no alcanzaría a satisfacer, sin embargo, otras exigencias que se encuentran legalmente exigidas como "deberes", cuyo incumplimiento representaría la violación de una prohibición de hacerlo de otro modo.

Se trata de un problema que mantiene actualidad, porque el nuevo art. 1017 prescribe que ciertos contratos "deben ser otorgados por escritura pública", sin especificar la sanción para el caso de omisión, por lo cual el problema se habrá de resolver por remisión al art. 285 que ha generalizado para todo negocio jurídico la solución -y por lo tanto, también el problema interpretativo que generaba, y las interminables disputas entre las tesis formalistas y aformalistas<sup>36</sup>- que contemplaba

34 López de Zavalía, Fernando Justo. *Teoría de los Contratos*, T I., Parte General, § 34, V, 1; Salvat-López Olaciregui. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T II, N° 2588 y 2588-A; Borda, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, T II, n° 1258; todavía más clara es la exposición de Llambías, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T II, n° 1881 a 1883.

35 López de Zavalía, Fernando Justo. *Teoría de los Contratos*, T I. Parte General, § 19, III, 5; Brebbia, Roberto. *Hechos y actos jurídicos*, Bs. As., 1979, sobre el art. 916, § 8.

36 Para las distintas tesis: López de Zavalía, Fernando Justo. *Teoría de los Contratos*, T I. Parte General, § 19, III.

el art. 1185 CC para los contratos<sup>37</sup>. Otro tanto acontece, por ejemplo, con el art. 1188 para la locación, con los arts. 1380 y 1386 para los contratos bancarios, con el art. 1455 para las agrupaciones de colaboración, con el art. 1463 para las uniones transitorias, con el art. 1473 para los consorcios de cooperación, con el art. 1479 para el contrato de agencia, con el art. 1579 para la fianza, con el art. 1601 para el contrato oneroso de renta vitalicia, con el art. 1618 para la cesión, con el art. 1643 para la transacción, con el art. 1650 para el arbitraje, con el art. 1669 para el fideicomiso, etc.

Los “Fundamentos” no proporcionan razones de esta supresión, pero a estar a lo dicho en otros pasajes, todo parecería apuntar a la finalidad de ampliar las facultades de los jueces a la hora de proceder a una integración judicial de los negocios jurídicos en los términos del art. 389, convirtiendo en regla la nulidad parcial, que antes era excepción, modificación de la cual el art. 344 *in fine*, sería sólo una muestra. Volveremos sobre este problema en breve al analizar las implicancias de la supresión del art. 22.

Por ahora cabe anticipar que -por lo que luego se dirá a propósito de la supresión de dicho art. 22- entendemos que, en principio, tales problemas se habrán de resolver con arreglo a la costumbre -expresada en la doctrina y en la jurisprudencia- elaborada en torno a los textos derogados, de entre los cuales el primero en el orden será el propio art. 18. Es verdad que dicho texto ha sido eliminado del nuevo cuerpo escrito de la codificación, pero por contrapartida también se ha derogado la proposición normativa que podía representar un límite para su aplicación -el ya citado art. 1037- y que, no obstante su existencia, en su hora tampoco significara un obstáculo para que la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria concluyeran en la existencia de nulidades implícitas

---

37 Los fundamentos del “Anteproyecto” parecieran inclinarse por una de las variantes de entre las tesis aformalistas, aunque su lectura, y sobre todo la del texto del artículo 285, también han de dar argumentos a las tesis formalistas. El tema tiene capital importancia a la hora de plantearse la posibilidad de las acciones de cumplimiento del contrato, como, por ejemplo, la entrega del inmueble y del precio, cuando ha mediado boleto de compraventa. Dicen los Fundamentos: “En cuanto a la forma impuesta, se clasifican las formas distinguiendo entre formas absolutas, las relativas y formalidades para la prueba, en lugar de la clásica bipartición entre formas *ad solemnitatem* y *ad probationem*, que resultaba insuficiente, sobre todo a la vista de diversos negocios con forma exigida legalmente cuya no observancia no hace a la validez sino sólo a la producción de sus efectos propios”. Desde una perspectiva formalista se ha de leer el art. 285 interpretando que dará lugar a una nulidad efectual, a menos que la ley contemple una nulidad plena... pero desde la perspectiva aformalista se contestará que no da lugar a una invalidez, sino a una privación de sus efectos propios. Coincide con nuestra opinión acerca de la continuidad de la disputa, Rodrigo Padilla, en su obra *Cuestiones sobre Derecho Registral, Notarial, y Responsabilidad del Escribano*, Tucumán, págs. 93 a 110.



o virtuales en nuestro derecho, tesis esta que carga sobre sus espaldas con todo el peso de la tradición romanista<sup>38</sup>.

2.2. Del art. 22 del CC resultaba que lo “que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial”.

Cabe preguntarse si con la supresión de dicha regla de clausura del sistema, el legislador ha querido consagrar la solución inversa, a fin de adoptar un sistema abierto, como lo ha postulado ya algún comentarista<sup>39</sup>.

La pregunta es pertinente porque en su excesiva austeridad el legislador ha suprimido una gran cantidad de reglas expresas que solucionaban diferentes problemas -por ejemplo en materia de cumplimiento de las condiciones, novación, cesión de derechos, y en toda una múltiple y variada gama de cuestiones, lo que se advierte con un simple golpe de vista, al enfrentar alguna tabla comparativa entre los textos nuevos y los que fueron objeto de derogación- dejando lagunas que habrá que completar.

De allí que un examen profundo del nuevo régimen exige también dirigir las miradas hacia las reglas que han sido materia de supresión.

2.2.1. Pero antes de abordar aquel análisis conviene apuntar que la posibilidad de integración judicial plantea cuestiones conceptuales y filosóficas harto delicadas que hemos analizado en otro lugar<sup>40</sup>, y donde disputan terreno la teoría de la *intentio iuris* de la pandectística alemana y la *intentio facti*, que enarbolaban

38 En el Codex, Libro I, Título XIV, 5, puede leerse que ya había dispuesto el legislador romano: “Lo cual mandamos que en general sea aplicable también á todas las interpretaciones de las leyes, tanto antiguas como nuevas, de tal manera que baste al legislador tan solo haber prohibido lo que no quiere que se haga, y sea lícito colegir de la voluntad de la ley lo demás como si estuviera expreso, esto es, que si se hubiere hecho lo que por la ley se prohíbe hacer, no solo se tenga por inútil, sino también por no hecho, aún cuando el legislador solamente hubiere prohibido que se haga, y no hubiere dicho especialmente, que deba ser inútil lo que se hizo Pero aún si se hubiere seguido alguna cosa de lo hecho con prohibición de la ley, ó por causa de ello, mandamos que también esto sea nulo ó inútil (...) § 1 - Así, pues, conforme á la susodicha regla, por la que mandamos que en ninguna parte tenga valor lo hecho prohibiéndolo la ley, es cierto que ni tiene fuerza una estipulación de esta naturaleza, ni es de valor alguno el mandato, ni se admite el juramento”. Hemos tomado la traducción de don Ildefonso García del Corral.

39 Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato. Su “Comentario al Título Preliminar”, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, dirigido por Rivera-Medina, Tomo 1, sobre el art. 3.

40 Hemos ensayado una aproximación a este problema, en un trabajo publicado en la obra *Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset De Espanés*, Córdoba 2010, T I, págs. 471/498, titulado: “La integración del contrato. Perspectiva. Tendencias”, y también en nuestro comentario al art. 964 contenido en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por José María Curá, La Ley, Bs. As., 2014.

los juristas alemanes e italianos durante la última gran guerra mundial, al impulso de las ideas fascistas y nacionalsocialistas.

Cabe recordar que para los partidarios de la tesis de la *intentio iuris* la diferencia entre un simple acto voluntario lícito y un negocio jurídico debe establecerse teniendo en cuenta el objeto del querer, esto es la clase de modificación perseguida por la voluntad<sup>41</sup>. Según sus cultores, en los simples actos voluntarios lícitos la voluntad persigue una finalidad práctica, puramente empírica o económico-social, y los efectos jurídicos se producen independientemente de su voluntad. En los negocios jurídicos la voluntad persigue, además de ese resultado práctico o empírico, una modificación en el mundo de los valores, una mutación jurídica para crear, modificar, transferir o extinguir derechos, y *los efectos jurídicos se producen porque estos han sido queridos como tales*.

En el polo opuesto se encuentra la teoría de la intención empírica, para la cual el sujeto del negocio persigue un fin puramente práctico, busca alcanzar un fin económico social y *el Derecho adscribe a esa actuación un determinado efecto jurídico, independientemente de que haya sido querido como tal*<sup>42</sup>. En palabras de DANZ “jamás ocurre que la voluntad interna del que celebra un negocio jurídico se proponga producir un resultado de derecho (...) persigue de ordinario un resultado económico”<sup>43</sup>.

---

41 López de Zavalía. *Teoría de los contratos*, § 7, V, 1.

42 Cabe apuntar que la tesis clásica jamás negó la existencia de ese fin práctico; simplemente negó que el acto se agotara en ese fin puramente empírico, como puede inferirse de la lectura del siguiente pasaje de Savigny (*Traité de Droit Romain*, T III, § CIV): “En cuanto a los actos libres la voluntad del agente es susceptible de dos modos de actividad: a) puede tener por objeto inmediato formar o destruir la relación de derecho, aun cuando esto no sea sino un medio de conseguir un fin ulterior no jurídico...; y entonces se llama a los hechos de esta especie manifestaciones de voluntad”.

43 Danz, E. *La interpretación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1926, pág. 21. El pasaje ha alcanzado cierta celebridad, pues es frecuentemente citado (v.gr.: Orgaz, Alfredo. *El acto o negocio jurídico*, nota 21; López de Zavalía (“Las doctrinas de la intención jurídica y de la intención empírica”) y dice así: “Por lo que se refiere al requisito del resultado jurídico que ha de perseguir la voluntad, jamás ocurre que la intención, la voluntad interna del que celebra un negocio jurídico, se proponga producir un resultado de derecho. El que entra en un restaurante y pide una buena comida, el que alquila una casa bonita y bien situada, o pide prestado el paraguas a un amigo porque llueve, no pretende, evidentemente, en su interna voluntad, adquirir algo simplemente imaginario, el crédito que nace de un contrato de compra o de arrendamiento, porque eso no le sirve para acallar el hambre ni para habitar la casa o guarecerse de la lluvia. La voluntad interna del que celebra un negocio jurídico persigue de ordinario un resultado económico: procurarse el disfrute de una cosa, sea por un cierto tiempo, como en el contrato de alquiler y en el de préstamo, o de un modo definitivo y absoluto, como en el de compra”. Para la crítica a su postura, ver: Von Tuhr, *Teoría general del Derecho Civil alemán*, Vol. II.1, § 50, V y VI, y los autores citados en la primera parte de esta misma nota; para una réplica a esos argumentos de los partidarios de la doctrina clásica, y una nueva defensa de la tesis de la intención empírica, ver: Scognamiglio, Renato. *Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico*, Lima, 2004, n° 91 a 93, págs. 263 a 275.

Resumiendo lo que se expusiera en aquel trabajo -escrito antes de la sanción del nuevo código<sup>44</sup>-, en el problema de la integración supletoria de los contratos la teoría de la intención empírica es receptiva a la integración judicial, pues al decir de ALESSANDRO SOMMA: “Fascistas y nacionalsocialistas atribuyen a la magistratura la tarea de realizar el programa político del régimen mediante una relectura de las normas positivas preexistentes”<sup>45</sup>. En cambio, la teoría de la intención jurídica es, en principio, refractaria a toda integración judicial, porque en palabras de GIORGI: “Cualquiera comprende que el juez no puede tener la libertad de trocar un contrato, sujetando a las partes a consecuencias jurídicas a que ellas no pensaron someterse”<sup>46</sup>.

En materia de integración imperativa, para la teoría de la intención empírica, la regla será la nulidad parcial del contrato, pues como lo explica ALESSANDRO SOMMA, para los nacionalsocialistas una nulidad que no permita una reforma del contenido del acto, resulta un impedimento “inconciliable con el propósito de adecuar el propósito individual a las exigencias del ordenamiento, y que representa, entonces, un exagerado respeto a la libertad contractual”<sup>47</sup>. Para la teoría de la intención jurídica la regla

44 Conforme lo expusieramos en aquel trabajo, Vincenzo Roppo (*El contrato*, Cap. XXI) ha propuesto clasificar el fenómeno, siguiendo dos criterios distintivos: el de los *finés* que persigue, y el de los *modos* como se realiza; a estos dos criterios agregamos un tercero, que examinamos en primer término, para conjugarlo con los anteriores: el de las *fuentes* a las que acude. a) Por las fuentes a las que acude, suele hablarse de una autointegración y de una heterointegración. La autointegración opera *dentro del contrato*. Si las cláusulas del mismo prevén determinadas situaciones y surge una imprevista, pero análoga, se razona que debe tener una regulación similar; cierta doctrina la ha denominado interpretación integradora, pero existe una gran anarquía entre los juristas, acerca del uso de este último vocablo por lo que vamos a dejar dicho problema fuera de esta exposición. La heterointegración parte de *fuera* del contrato, anexándole reglas que no pueden obtenerse por el solo examen desde dentro del negocio, como son las derivadas de las leyes supletorias e imperativas, los usos, la buena fe, y la equidad. A su turno, la aquí denominada heterointegración puede ser examinada con los criterios que propone Roppo, y clasificarla. b) Por los fines que persigue, cabe distinguir entre integración supletoria e integración imperativa. La primera es amiga de la autonomía privada, y la segunda su antagonista, porque sacrifica la libertad contractual en nombre de intereses que se suponen superiores. c) Por los modos como procede, la integración puede ser legal o judicial. En la primera, la fuente directa de la integración es una ley en sentido material, tal como una norma supletoria, una regla de costumbre, o un uso contractual, que está definida con precisión antes del acto de integración. En la segunda, la fuente directa de la integración es la apreciación judicial que crea *ex post* la regla de conducta a partir de una fuente indirecta, tal como la equidad o la buena fe.

45 Somma, Alessandro. *El derecho fascista de los contratos: Una comparación con el modelo nacionalsocialista*, n° 8, pág. 103; en idéntico sentido: Monateri-Somma. *The Fascist Theory of Contract. A Comparative and Historical Inquiry into the Darker Side of Contract Law*, n° 7.

46 Giorgi. *Teoría de las Obligaciones en el derecho moderno*, Madrid, 1928, n° 194.

47 Somma, Alessandro. *El derecho fascista de los contratos: Una comparación con el modelo nacionalsocialista*, n° 8, pág. 105, nota 97; en idéntico sentido: Monateri-Somma: *The Fascist*

será la inversa, esto es la nulidad total y, sólo por excepción, la nulidad parcial. Es el principio sentado por el § 139 del Código alemán (BGB)<sup>48</sup>. La razón de esta solución ha sido bien explicitada por BIBILONI con argumentos de innegable peso y que no podemos menos que compartir; con palabras de aquel autor, en materia de contratos: “Sus cláusulas constituyen un conjunto. Lo que se ha querido no es tal parte aislada, y tal otra también aislada. Se ha querido el todo, tal como fue ajustado”<sup>49</sup>.

No está muy claro el sentido de la reforma, que pareciera haber llevado demasiado lejos su austeridad, y ello ha de traer serios problemas interpretativos en el futuro, pero por las razones aquí expresadas<sup>50</sup>, nos inclinamos -en principio y salvo expresa disposición legal en contrario- por las soluciones que postula la teoría de la intención jurídica.

2.2.2. Efectuadas las precisiones que anteceden, cabe volver al interrogante que dejáramos planteado sub 2.2, y contestar en forma afirmativa -como lo viene haciendo don LUIS MOISSET DE ESPANÉS- aquella pregunta para concluir que, como ya lo postulara RABBI-BALDI<sup>51</sup>, con la supresión de dicha regla de clausura del sistema el legislador ha querido consagrar una solución parcialmente inversa de aquella, a fin de adoptar un sistema abierto hacia reglas no escritas de manera explícita en la actualidad, pero que han de considerarse subsistentes -en tanto hasta el 1 de agosto de 2015 fueron solución normativa prevista por ley- como expresión de usos, prácticas y costumbres en situaciones no regladas legalmente, en los términos del art. 1 del nuevo CCyC<sup>52</sup>.

Por ello, a la hora de intentar solucionar los vacíos o silencios que ha dejado la nueva ley, habrá que considerar en principio subsistentes las reglas que han sido materia de supresión, salvo que ellas estuvieren expresamente excluidas por el nuevo régimen o fueren incompatibles con su letra o espíritu, único límite que traza a la costumbre el nuevo art. 1.

---

*Theory of Contract. A Comparative and Historical Inquiry into the Darker Side of Contract Law*, n° 7, y nota 61. Ambos trabajos señalan la peligrosa instrumentación política de una norma clásica como el § 138 del BGB, que prescribe la nulidad por infracción a las buenas costumbres, a partir de una redefinición en clave revolucionaria de lo que se debe entender por “buenas costumbres”, para avanzar -vía nulidad parcial- sobre el contenido del acto querido por las partes.

48 Para un análisis de dicho texto, ver Von Thur. *Teoría general del Derecho Civil alemán*, Vol. II.1, § 56, IV; Lehmann. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, § 27, II. 1; Flume, Werner. *El negocio jurídico*, § 32.

49 Bibiloni, J. A. *Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino*, Bs. As., 1929, t. I, pág. 181.

50 Y en los trabajos antes citados a los que remitimos.

51 Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato. Su “Comentario al Título Preliminar”, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, dirigido por Rivera-Medina, Tomo 1, sobre el art. 3.

52 Coincide con esta opinión don Luis Moisset de Espanés, conforme lo expresara en una conferencia pronunciada en Santiago del Estero, en oportunidad de ser investido como *Doctor Honoris Causa* de su Universidad Católica.

Es que conforme en su momento lo entendiera la doctrina, el texto del art. 22 del CC, inspirado en el art. 6 del *Código del Ducado de Baden*<sup>53</sup>, era fiel reflejo del ideal que presidiera toda la codificación decimonónica y por lo tanto de la pretensión de exclusividad que se suponía debía investir el Código Civil para regir en plenitud y de un modo completo todo lo relativo a dicha rama del derecho<sup>54</sup> hasta agotar la materia legislada<sup>55</sup>; razón esta por la cual sus vacíos debían llenarse por la forma que el propio código instituía, y no por aplicación de leyes anteriores cuya derogación expresa se disponía<sup>56</sup>, precisamente con la finalidad de tornar eficaces aquellas ideas de exclusividad, autosuficiencia y plenitud.

Y todo ello, en un marco conceptual donde la fuente formal por excelencia del derecho era la ley, pues a tenor del primitivo art. 17 del CC, el “uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellas”, y en consecuencia solamente la costumbre *secundum legem* era admitida con valor de fuente formal por las reglas de reconocimiento del sistema.

Pero el nuevo código no pretende erigirse en un sistema cerrado, ni mucho menos autosuficiente, en el que la ley venga prácticamente a agotar el elenco de fuentes formales del derecho, con la sola excepción de una muy modesta recepción de la costumbre *secundum legem*. Por el contrario, se inserta, como ya antes se dijera, en “un paradigma teórico diverso del que caracterizó la idea codificadora decimonónica,

53 El codificador cita en la nota el art. 1 del *Código de Baden*, pero en realidad la fuente es su art. 6.b. En lo pertinente, y conforme la información que hemos tomado de la *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon* de Saint-Joseph, decía aquel texto: “6.a. Chaque article de ce code dit tout ce qu'on y trouve explicitement ou par interprétation logique, relativement à la loi civile, à moins que d'autres articles ne s'y opposent. (...) 6.b. Ce qui n'est dit ni explicitement ni implicitement par aucun article de ce code, ne peut former loi en droit civil, quoiqu'antérieurement une disposition semblable ait été en vigueur soit d'après une loi générale ou spéciale, soit d'après des coutumes ou des arrêts”. El antecedente de esta regla puede encontrarse en el art. 7 de la Ley del 30 Ventoso del año XII, a cuyo expreso tenor se disponía que: “A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière, dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code”, y cuyo texto hemos tomado de Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, T I, §14.

54 Salvat-López Olaciregui. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, N° 58-C, pág. 102; Llambías, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, n° 217; Rivera, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil - Parte General*, 3ª edición, Bs. As., 2004, n° 213, pág. 240; Lavalle Cobo, en su comentario al art. 22 contenido en el *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* dirigido por Belluscio-Zannoni; Busso, Eduardo, *Código Civil, comentario al art. 22. Según Machado (Exposición y comentario del Código Civil argentino)*, T. I, pág. 57), el art. 22 sería también una expresión de la emancipación o autonomía legislativa, idea que es rechazada por Busso.

55 Machado, José O. *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, T. I, pág. 56.

56 Salvat-López Olaciregui. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, N° 58-C, pág. 102; Machado. Ob. cit., pág. 57.

la que pretendía, como es sabido, ceñir la totalidad de la vida jurídica a lo dispuesto por ese documento. Aquí, por el contrario, el nuevo Código no abraja pretensiones de completitud<sup>57</sup>. Es además expresión de un sistema en el que la costumbre *praeter legem* -de modo congruente con el papel que ella desempeña en materia comercial y que queda unificada con la civil- es ampliamente admitida en su art. 1, y donde la jurisprudencia estuvo originariamente llamada a desempeñar un papel más trascendente que el que finalmente quedara plasmado en la redacción de aquel texto legal.

Y la costumbre -ampliamente reconocida por el art. 1 del nuevo CCyC como fuente formal, salvo que sea contraria a derecho- es generadora de reglas de conducta de modo semejante a la que expresa la norma emanada del legislador, como bien lo expresara Kelsen<sup>58</sup>, siempre que ello esté previsto por los preceptos que regulan la producción de normas o que pudieran considerarse tales en virtud de lo que HART denominara reglas de reconocimiento del sistema<sup>59</sup>.

Lo dicho previamente -que la regla que hasta ayer era ley escrita emanada de la autoridad sobreviva en el futuro como expresión de una costumbre *praeter legem*- no debiera sorprender porque, como ya lo expusiera TOMÁS DE AQUINO, la observancia misma de la ley termina por generar una costumbre que viene a servirle de soporte a la primera, razón por la cual incluso se mostró, en principio, desfavorable a los

---

57 Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato. "Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por Rivera-Medina, pág. 38.

58 Dice Kelsen, Hans: "Los actos constituyentes del hecho de la costumbre pueden también establecer normas mediante las cuales un comportamiento queda determinado como debido. Cuando los hombres, que conviven socialmente, actúan durante cierto tiempo bajo ciertas condiciones idénticas, de manera de algún modo igual, surge en cada individuo la voluntad de actuar en la manera como los miembros de la sociedad consuetudinariamente actúan. El sentido subjetivo de los actos constituyentes del hecho de la costumbre, no es, por de pronto, un deber. Sólo cuando tales actos se han sucedido durante cierto tiempo, aparece en cada individuo la representación de que debe actuarse como los miembros de la sociedad suelen hacerlo, y el querer que también los restantes miembros de la sociedad se deban comportar así. Si un miembro de la sociedad no actúa en la forma en que los otros miembros suelen hacerlo, su conducta es objeto de reproches por aquéllos, puesto que no se conduce como ellos lo quieren. Así el hecho de la costumbre se convierte en una voluntad colectiva, cuyo sentido subjetivo es un deber. Como norma objetivamente válida sólo puede ser entendido el sentido subjetivo de los actos constituyentes de la costumbre, cuando la costumbre es introducida por una norma superior como una circunstancia productora de normas. Dado que el hecho de la costumbre está constituido por actos de conducta humana, las normas producidas por la costumbre son establecidas por actos de conducta humana, y, de ese modo, de igual manera que las normas cuyo sentido subjetivo es ser actos legislativos, son también normas impuestas, es decir: normas positivas. La costumbre puede producir tanto normas morales, como normas jurídicas. Las normas jurídicas son producidas consuetudinariamente cuando la constitución de la comunidad establece a la costumbre -y, ello, una costumbre especialmente caracterizada- como un hecho productor de derecho" (*Teoría pura del derecho*, México, 1982, pág. 23).

59 Hart, Herbert. *El concepto del derecho*, cap. VI, 1.

cambios legislativos, a los que encontraba el inconveniente de poner en pugna la ley nueva con la costumbre formada en torno a la abrogada<sup>60</sup>.

2.3. La aplicación de tales reglas derivadas de la costumbre, que ha de quedar en pie tras caer abatidas las normas positivas que le dieran vida y cobijo durante casi ciento cincuenta años, debe ser previa a la de los “principios” mentados en el art. 2 del nuevo Código Civil y Comercial<sup>61</sup>.

Contra dicho orden no cabría argumentar pretextando que la intención del legislador se ha exteriorizado por el diseño de “un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores” (“Fundamentos”, III.1).

No cabría argumentar de ese modo no solamente por lo ya expuesto sobre las leyes que se emancipan de sus autores, sino también por las siguientes razones adicionales:

2.3.1. En primer lugar, porque el propio art. 1 del nuevo código reconoce como “fuentes formales” del Derecho a la ley y a la costumbre. Esta última, al igual que el art. 17 del CC “cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente”, aunque a continuación se aclara de modo coherente con la distinción entre ley y derecho, que ello procederá “siempre que no sean contrarios a derecho”<sup>62</sup>.

60 Summa: I – II, q 97, a 2. Dice allí el aquinate: “Objeciones por las que parece que la ley humana debe modificarse siempre que se encuentra algo mejor (...) En cambio está lo que se dice en el Decreto, dist. 12: Es una vergüenza ridícula y abominable que toleremos la violación de las tradiciones que desde la antigüedad recibimos de nuestros mayores. Solución. Hay que decir: Según ya vimos (a.1), en tanto es legítimo cambiar una ley en cuanto con su cambio se contribuye al bien común. Ahora bien, por sí mismo, el cambio de las leyes comporta ciertos riesgos para el bien común. Porque la costumbre ayuda mucho a la observancia de la ley, tanto que lo que se hace en contra de la costumbre ordinaria, aunque sea más llevadero, parece más pesado. Por eso, cuando se cambia una ley se merma su poder de coacción al quitarle el soporte de la costumbre. De aquí que la ley humana no debe cambiarse nunca a no ser que, por otro lado, se le devuelva al bien común lo que se le sustrae por éste. Lo cual puede suceder, ya porque del nuevo estatuto deriva una grande y manifiesta utilidad, ya porque el cambio se hace sumamente necesario debido a que la ley vigente entraña una clara iniquidad o su observancia resulta muy perjudicial. Por eso dice el Jurisconsulto que la institución de nuevas leyes debe reportar una evidente utilidad que justifique el abandono de aquellas otras que durante mucho tiempo fueron consideradas equitativas”.

61 Es la solución expresamente consagrada en el art. 1 del Código suizo: “La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l’esprit de l’une de ses dispositions.[...] A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur”.

62 Al decir de Vigo (op. y loc. cit.) “De ese modo no basta que exista alguna práctica consolidada o vigente para reconocerle eficacia jurídica, pues el límite es el Derecho. Este problema tiene su relevancia actual en nuestro continente en relación con ‘usos, prácticas y costumbres’ de los pueblos indígenas que pueden estar en conflicto con los derechos humanos”.

Ello implica, como ya se dijera, colocar a la costumbre, por el juego de lo que HART denominara reglas de reconocimiento del sistema, en un lugar preeminente a la hora de discernir el Derecho aplicable a la concreta relación o situación jurídica objeto de análisis.

Desde esta perspectiva, una “laguna de la ley” no implica necesariamente y sin más una “laguna del Derecho”<sup>63</sup> que deba llenarse acudiendo a medios distintos de los provistos por el sistema de fuentes formales, pues como puede leerse en los “Fundamentos” del anteproyecto, con el distingo efectuado en los dos primeros capítulos del “Título Preliminar”, se propone “distinguir normativamente el derecho de la ley”, pues una “identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica”.

2.3.2. En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior porque, como enseña ALEXY, si “... una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos”, y ello impediría echar mano al principio para no aplicar la regla, salvo que esta última fuera violatoria de lo prescripto por aquel.

A fin de aclarar los alcances de lo que se viene de afirmar, resulta conveniente atender a la explicación que proporciona ALEXY sobre el particular: “El punto decisivo para distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. (...) En cambio las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser siempre sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente”<sup>64</sup>.

---

63 Somos conscientes de que el enunciado pareciera reflejar la postura ecléctica, combatida con singular envidia por Cossio, pero lo hemos conservado no solamente porque como el propio autor lo reconoce, expresiones como éstas se encuentran muy difundidas en el lenguaje de los juristas que cultivan las distintas ramas del derecho, y cuyas obras han influido en nuestra formación y en la de generaciones enteras de abogados, sino también para evitar -por ahora- pronunciarlos expresamente sobre el punto; e incluso más, no tenemos prurito de confesar que tales expresiones se reiteraban con mayor frecuencia en un borrador previo al presente trabajo redactado a tambor batiente, al que todavía no habíamos sometido a una tarea de revisión crítica, y después de la cual hemos expurgado de varias de ellas al ser confrontado con algunos de los textos que aquí se citan, y que leyéramos en nuestra ya no tan cercana juventud.

64 Alexy, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, publicado en DOXA 5 (1988), de la Universidad de Alicante, nº 2.1.4.



En consecuencia, la solución acudiendo a principios exigirá no ya un simple vacío de la ley, sino también una ausencia de solución expresa en el sistema de fuentes formales<sup>65</sup>, pues como bien se ha señalado, los principios generales "... configuran el máximo grado de abstracción posible del ordenamiento, lo que los hace por un lado muy útiles en manos hábiles y, por el otro, muy peligrosos, al alcance de personas de formación deficiente, o faltos de medida y tino"<sup>66</sup>.

Nuevamente el principio de reserva de la ley al que aludiéramos párrafos atrás citando incluso la opinión del catedrático español PEDRO SERNA<sup>67</sup>, representa un valladar a la tentación de acudir a los principios para resolver casos que están directamente solucionados por el sistema de fuentes formales; y ello sea que por tales se entiendan unos principios materiales trascendentes al sistema o los positivizados que puedan considerarse inmanentes a él, cuestión que hemos analizado en otro lugar<sup>68</sup>.

El punto es tan claro que forma parte de la enseñanza corriente de los más modernos cultores del iusnaturalismo, que -por definición- poseen una actitud de apertura hacia valores materiales que trascienden al sistema<sup>69</sup>; valores que

65 Reiteramos lo dicho un par de notas atrás acerca de la filiación ecléctica que expresiones como estas puedan evocar, y que hemos expurgado parcialmente de un borrador previo al presente trabajo, pero que algunas veces hemos conservado a fin de que los miles de abogados que han sido formados en esa escuela comprendan mejor el sentido del texto.

66 López Mesa, Marcelo. *Derecho de las obligaciones*, Bs. As., 2015, T II, Cap. XXV.2, pág. 1091.

67 Serna, Pedro. "Sobre las respuestas al positivismo jurídico", en *Las razones del derecho natural*, Universidad Austral, Bs. As., 2000, págs. 82 y 83, quien, recordemos, enseña que en "una comunidad mínimamente desarrollada, la determinación del Derecho, *a fortiori* cuando éste venga identificado como 'lo justo' del caso concreto, está encomendada a los jueces, cuyo origen y diseño es necesariamente institucional, positivo. Por tanto, es imposible pensar un Derecho desprovisto de su dimensión cultural e institucional; y en consecuencia, resultan insuficientes las caracterizaciones del Derecho que prescindan de tales dimensiones".

68 En nuestro ya citado trabajo "Código Civil y Comercial. El método. El Título Preliminar", que puede consultarse en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/codigo-civil-y-comercial-el-metodo-titulo-preliminar>.

69 Por ejemplo, George ha escrito: "el papel del juez como creador del Derecho varía razonablemente de jurisdicción a jurisdicción, de acuerdo con las *determinations* [en latín y cursiva en el original] autoritativas propias de cada jurisdicción (...) La teoría del Derecho natural trata el papel del juez en sí mismo fundamentalmente como un asunto de *determinatio*, no de traducción directa de la ley natural. No imagina que el juez goza (o debería gozar), en virtud del Derecho natural, de una autoridad plena para sustituir por su propia comprensión de los requerimientos de la ley natural la comprensión contraria del legislador o del constituyente, en el momento de decidir los casos conforme a Derecho. Por el contrario, en virtud del imperio del Derecho (...), está moralmente obligado (es decir, obligado por el Derecho natural) a respetar los límites de su propia autoridad tal y como le ha sido asignada por medio de una *determinatio* autoritativa. (...) Debe respetar estas restricciones incluso donde su propia comprensión de la justicia natural se separa de la de los legisladores o del constituyente cuyas leyes debe interpretar y aplicar. (...) (Sobre) la cuestión acerca de si el mismo Derecho natural -independiente-

sirven para corregir las injusticias graves de aquél, pero que amén de no negarlo suponen su necesaria existencia y aplicación prioritaria. Como ha escrito FINNIS, una cierta teoría académica sobre el razonamiento jurídico "... exagera notablemente el punto hasta el cual puede la razón establecer lo que es bien mayor y mal menor. Al mismo tiempo, tal teoría minimiza la necesidad de fuentes autoritativas. Tales fuentes, en la medida que son claras y que respetan los mínimos derechos y deberes morales absolutos, deben ser respetadas como la única base razonable para el razonamiento judicial y la decisión, en lo relativo a aquellas innumerables cuestiones que no involucran directamente esos derechos y deberes absolutos. La teoría del Derecho natural no tiene, en la tradición clásica, la pretensión de que la razón natural está en condiciones de identificar la única respuesta correcta a las cuestiones infinitas que surgen para un juez que encuentra poco claras las fuentes. En la visión clásica, expresada por AQUINO con una obvia deuda hacia ARISTÓTELES, hay muchas formas de conducirse mal y de actuar mal, pero en muchísimas, quizá la mayoría, de las situaciones de la vida social y personal existe un número de opciones incompatibles entre sí que son correctas (es decir, no malas). Opción(es) personales previas, o tomas de decisión social autoritativas, pueden reducir notablemente esta variedad de opciones para la persona que ha adoptado aquel compromiso o para la comunidad que acepta tal autoridad. Es más, aquellas opciones y decisiones, aunque racionales y razonables, no estaban en la mayoría de los casos exigidas por la razón. No estuvieron precedidas por ningún juicio racional de que esta opción es la respuesta correcta, o la mejor solución"<sup>70</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

Todo ello se nos ofrece, en conclusión, con un perfil bifronte y problemático a una vez, que podemos describir del siguiente modo:

---

mente de lo que pueda decir la Constitución - confiere al juez una especie de poder pleno para imponerlo coactivamente (...) la respuesta correcta es 'no'. Para los jueces, arrogarse tal poder, infringiendo la Constitución, no es meramente exceder su autoridad bajo el Derecho positivo; es violar el Derecho natural en cuyo nombre pretenden actuar". (George, R.P., "Natural Law and Positive Law" en R.P. George (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, cit., págs. 331-332; la traducción pertenece a Serna: sobre las respuestas al positivismo jurídico, en *Las razones del derecho natural*, pág. 82, nota 67, pero el texto original puede consultarse en <http://winst.org/wp-content/uploads/George-Natural-Law-and-Positive-Law.pdf>).

70 Finnis, J., "Natural Law and Legal Reasoning", en George, R.P., *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992, págs. 151-152, citado por Serna, "Sobre las respuestas al positivismo jurídico", en *Las razones del derecho natural*, págs. 83 y 84; otra versión, con algunas variantes de redacción puede consultarse en Finnis, J., "Natural Law and Legal Reasoning", 1990, Scholarly Works, Paper 79.

a) Por un lado, representa el fracaso del ideal mismo que pretende reflejar el impulso codificador, pues el Derecho no habrá de encontrarse íntegramente contenido en un documento único, sino en cuerpos separados que habrá que consultar en forma simultánea, para arribar a la solución de los casos; un primer cuerpo que habrá de contener la ley vigente; y un segundo que contenga la ley derogada, y que habrá de funcionar al modo de una compilación de costumbres, para describirlo de un modo gráfico.

b) Por el otro, se trata de un fracaso feliz, porque de esta manera disminuirán las dudas acerca de la solución aplicable, cumpliendo el derecho con aquella misión de dar previsibilidad y certeza a las relaciones jurídicas.

Un semejante perfil ha de representar, sin dudas, un verdadero problema para la vivencia del Derecho por los particulares y su aplicación por los órganos del Estado investidos de alguna función pública.

¿Y cómo se ha de resolver ese problema?

Para dar una respuesta a dicho interrogante -de orden más general al aquí propuesto- don MIGUEL DE UNAMUNO, el sabio filólogo y Rector de la Universidad de Salamanca, nos ilustra en una de sus célebres obras sobre la etimología de la palabra “problema”, en los siguientes términos: “... es el sustantivo que representa el resultado de la acción de un verbo, *proballein*, que significa echar o poner por delante, presentar algo, y equivale al latino *proiicere*, proyectar, de donde problema viene a equivaler a proyecto. Y el problema, ¿proyecto de qué es? ¡De acción! El proyecto de un edificio es proyecto de construcción. Y un problema presupone no tanto una solución, en el sentido analítico, o disolutivo, cuanto una construcción, una creación. Se resuelve haciendo. O dicho en otros términos, un proyecto se resuelve en un trayecto, un problema en un metablema, en un cambio. Y sólo con la acción se resuelven problemas. Acción que es contemplativa como la contemplación es activa, pues creer que se pueda hacer política sin novela o novela sin política es no saber lo que se quiere creer”<sup>71</sup>.

Un “problema” se resuelve en un “metablema”, en un cambio; y un fracaso en un nuevo intento. Por ello, el problema consistente en que las soluciones normativas socialmente vinculantes no habrán de encontrarse íntegramente contenidas en un documento único, sino en cuerpos separados que habrá que consultar en forma simultánea, para arribar a la solución de los casos, se resuelve -desde la perspectiva codificadora- fusionando ambos cuerpos y volcando en un documento único el elenco de soluciones que ofrece cada uno por separado.

En consecuencia, y aún cuando, en definitiva, no prosperaran las impugnaciones a la constitucionalidad del texto sancionado que apuntáramos al comenzar

---

71 Unamuno, Miguel. *Cómo se hace una novela*.

estas reflexiones, un futuro racionalmente encarado exigirá, en algún momento, una revisión íntegra de toda la reforma, y un “trayecto” emprendido en la búsqueda de un texto superador de ambas codificaciones, con el que se persiga subsanar no solamente los vicios de contenido, sino también los de forma y finalidad que caracterizaran a todo el proceso de derogación del Código Civil de varias generaciones de argentinos, y su substitución por uno nuevo.

# PACTOS SOBRE HERENCIAS FUTURAS

*Luis Rogelio Llorens*

*SUMARIO: I. Introducción. II. Los textos legales. La prohibición. III. Requisitos para que se trate de un pacto sobre herencia futura. IV. La explotación productiva y las sociedades. V. Imputación de las donaciones hechas a descendientes y cónyuge. VI. Consentimiento de los coherederos con la enajenación. VII. La partición por donación. VIII. Donaciones entre cónyuges. IX. Pactos sucesorios indirectos. X. Promesas post mortem. XI. El caso de los bienes reservables. XII. Colofón.*

## I. INTRODUCCIÓN

La enseñanza universitaria exige que el derecho privado sea fraccionado para su estudio en diferentes materias. Así, dentro de una de ellas (el derecho civil) se analizan ramas como “Parte General”, “Obligaciones”, “Contratos”, “Derechos Reales” y “Familia y Sucesiones”, que conforman esquemas tradicionales que, con la sanción de la Ley 26.994 (que unifica el derecho civil y el comercial), quizás cabría modificar para su enseñanza integrada, ya que actualmente se siguen dictando generalmente en cátedras universitarias distintas<sup>1</sup>.

Estas divisiones y sus correspondientes especializaciones son indudablemente útiles. Sin embargo, hay temas que escapan a esa partición y que deberían ser investigados en varias o en todas las divisiones, pero en ninguna en particular. Uno de ellos es el que hoy nos ocupa: los pactos sobre herencias futuras.

Generalmente, en derecho privado, la bibliografía es abundante, incluido ya su tratamiento en el nuevo código. Empero, sobre la cuestión que hoy nos planteamos, es escasa, seguramente porque no pertenece a ninguna rama en particular.

Antes de la sanción de la Ley 26.994 el libro de referencia indudable era el de ELÍAS P. GUASTAVINO<sup>2</sup>, libro que no ha perdido en lo más mínimo su vigencia.

La prohibición genérica de pactar sobre herencias futuras es conocida y aceptada sin discusión, aunque generalmente se desconoce su contenido preciso. Suelen no tenerse en cuenta la variedad de excepciones y el uso constante de éstas. En general, los notarios recurrimos a ellas para solucionar cuestiones familiares complejas, sin advertir que se trata de institutos excepcionales a dicha prohibición genérica o muy cercanos a ella.

Ante la magnitud científica de la obra del maestro GUASTAVINO, sólo intentaremos precisar, con la ayuda de dicho maestro, el concepto de “pactos sobre

---

1 Para ser precisos, en nuestra opinión, la Ley 26.994 es una ley de unificación del derecho civil y comercial (ha eliminado la normativa acerca de los actos de comercio, de ciertos contratos que tenían legislación comercial específica y lo poco más que quedaba vigente del Código de Comercio anterior), pero el código que ella incluye en su sanción es un Código Civil. En los fundamentos los autores dicen: “En tanto se trata de la unificación del derecho civil y comercial, también se han adoptado decisiones para promover la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles. Por eso se regulan contratos de distribución, bancarios, financieros, fideicomisos, régimen contable de los comerciantes y muchos otros temas”. Sin embargo, esta ley ha dejado fuera un cúmulo de materias que continúan legisladas en las leyes respectivas (seguros, navegación, cheques, letras de cambio, vales y pagarés, transferencia de fondos de comercio, etc.) que constituyen la esencia de lo comercial y que no están incluidas en él. Entendida la palabra “código” como: “Conjunto de normas legales sistemáticas que regulan unitariamente una materia determinada” (*Diccionario de la Lengua Española*, Edición del Tricentenario, entrada: <http://dle.rae.es/?id=9daBvI8>), el nuevo código sistematiza sólo lo civil. Lo comercial ha quedado disperso mayoritariamente en una enorme pluralidad de leyes.

2 Guastavino, Elías P. *Pactos sobre Herencias Futuras*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1968.

herencias futuras” y luego enumerar sus excepciones, todo con el único ánimo de efectuar una introducción a su estudio en el nuevo Código que comenzó a regir el 1° de agosto de 2015.

## II.- LOS TEXTOS LEGALES. LA PROHIBICIÓN

Aunque en menor medida que en el de VÉLEZ SANSFIELD<sup>3</sup> la prohibición de la que tratamos también se halla repetida en algunos artículos del código de hogar.

Cabe comenzar por citar en primer lugar el art. 1010 que incluye la prohibición de manera genérica: “La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa”.

Incluye luego el mismo artículo la primera excepción: “Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros”.

Por su parte, el art. 1644 prohíbe transar “sobre las relaciones de familia”; el art. 2286 dispone que “Las herencias futuras no pueden ser aceptadas ni renunciadas”, y el art. 2449 que “Es irrenunciable la porción legítima de una sucesión aún no abierta”.

## III.- REQUISITOS PARA QUE SE TRATE DE UN PACTO SOBRE HERENCIA FUTURA

GUASTAVINO, en una definición que creemos aplicable a la normativa del nuevo código, afirma que “... pacto sucesorio es el contrato cuyo objeto es el todo o la parte de una herencia futura, y cuyo contenido concierne a su organización, o a un aspecto de esa organización, por referir a disposición o transferencia de derechos sucesorios eventuales o por referir a reglas de distribución de la herencia o a otras cuestiones sucesorias”<sup>4</sup>.

3 Ver arts. 1175, 1176, 848, 1327, 1449, 3311, 3312, 3599, 1790, entre otros.

4 Guastavino, Elías P. Ob. cit., pág. 76. Vigente el nuevo código, a esta definición adhiere Ferrer, Francisco A. M. en LL, 20 de agosto de 2015, cita on line: AR/DOC/2158/2015.

De donde dicho autor enseña que para ser considerado tal se requiere que el pacto se refiera a la sucesión “todavía no abierta” (esto es, de una persona con vida), “... que el objeto del contrato forme parte de esa sucesión” y que el contrato “se realice en virtud de un derecho hereditario”<sup>5</sup>, lo que exige que la cosa se vincule por tal motivo y no a causa de otra relación jurídica (que podrá ser válida o no).

Pero, quizás, el elemento más importante refiere a que los derechos que se incluyen en el pacto lo sean como derechos eventuales y no como derechos condicionales o a plazo: “La diferencia entre el derecho eventual y los derechos condicionales o a plazo permite distinguir los pactos sucesorios propiamente dichos de las promesas *post mortem*. Estas últimas sólo difieren la exigibilidad de derechos plenamente nacidos, de contenido conocido, y de naturaleza condicional o a plazo. Los pactos sobre herencias futuras, aún los que conciernen a objetos particulares, son de contenido incierto o atributivos de derechos eventuales; la convención celebrada no afecta en principio la facultad de disposición, al menos onerosamente, del actual titular de los bienes”<sup>6</sup>.

Lo trascendente entonces para que exista un pacto sobre herencia futura en sentido estricto no es que la muerte de una persona integre el contenido del contrato, sino que esa muerte sea el origen de los derechos emergentes. En el caso de las obligaciones condicionales o a plazo, el derecho condicional o aplazado nace y es protegido por la ley mediante acciones preventivas<sup>7</sup>, aun cuando

---

5 Guastavino, Elías P. Ob. cit., pág. 76.

6 Rabinovich-Berkman, Ricardo D. *Derecho Civil. Parte General*, 1º reimposición, Astrea, Buenos Aires, 2000, págs. 592 y 593. No existe una necesaria oposición entre los actos *mortis causa* y los actos *inter vivos*. En nuestro régimen jurídico la oposición se plantea entre actos entre vivos y actos de última voluntad, entendiendo por los primeros a aquellos en los que impera el principio *pacta sunt servanda* y la irrevocabilidad genérica de los contratos; y por los segundos a aquellos en los que impera en materia testamentaria su esencial revocabilidad. Como actos de última voluntad, además de los testamentos, podemos mencionar los actos de disposición de órganos para después de la muerte, la designación de tutor para los hijos menores (art. 106 CCyC) y de curador para los hijos con deficiencias mentales o intelectuales (art. 139 CCyC), que en ningún caso requieren forma testamentaria. Para ampliar sobre el tema ver del autor: “Pactos sobre herencias futuras en el proyecto de Código Civil” en *Revista Notarial* 935, págs. 87 y sgts. Este trabajo refiere al proyecto elaborado por la comisión creada por el decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 685/1995. Por su parte, Rabinovich-Berkman se queja en términos irónicos de la terminología: “Por cierto, todos los negocios son ‘entre vivos’, pues los muertos, que sepamos, no otorgan actos jurídicos. Los resabios de la cosmovisión animista latina a la que ya nos hemos referido, campean en esta errada designación. Y tampoco es cierto que los negocios proyectados por el sujeto para funcionar después de su deceso, sean su ‘última voluntad’, dado que lo corriente es que se otorguen mucho tiempo antes de la muerte, y a veces, hasta se ha olvidado su existencia, y no obstante valen igual”.

7 Arts. 347 y 353 CCyC.



esté pendiente el cumplimiento del plazo o de la condición<sup>8</sup>. En cambio, cuando se trata de derechos meramente eventuales, como en los pactos sobre herencia futura, más allá de la eventual invalidez del acto por otros motivos, no existe protección legal alguna porque se trata de derechos aún inexistentes.

Cabe recordar también que para que se constituya un verdadero pacto sobre herencia futura debe tratarse de un pacto; esto es, que no sea un acto de última voluntad, ya que en él impera el derecho del otorgante de revocarlo a su solo arbitrio. Por ello señala la doctora GRACIELA MEDINA que “La verdadera razón de la prohibición de los pactos sucesorios (...) ha sido que es extremadamente peligroso (para la persona) disponer durante su vida por un compromiso irrevocable y definitivo de todo o parte de los bienes que dejará a su muerte, porque nadie sabe lo que el futuro le puede reservar (...) la prudencia aconseja al hombre y la ley se lo impone, no disponer de los bienes más que por testamento, o sea mediante disposiciones siempre revocables hasta la muerte”<sup>9</sup>.

A continuación analizaremos diferentes pactos, algunos de los cuales constituyen verdaderas excepciones a la prohibición de contratar sobre herencias futuras. Otros que analizaremos finalmente se encuentran permitidos por no reunir todos los requisitos propios de estos pactos.

#### IV.- LA EXPLOTACIÓN PRODUCTIVA Y LAS SOCIEDADES

Trataremos en primer lugar la excepción prevista en el propio art. 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación, que faculta a otorgar actos que implican estrictamente una excepción a la prohibición de pactar sobre herencias futuras.

Tanto en el régimen anterior como en el actual, en materia societaria, el principio general es el de la incorporación de los herederos de los socios al fallecimiento de éstos, por aplicación de la disposición que ordena que el heredero es el continuador de la persona del causante (art. 2277 CCyC).

Sin embargo, este principio se ve limitado en materia de sociedades de personas ya que la incorporación de los herederos podría tornar inexistente la imprescindible *affectio societatis* entre los socios sobrevivientes y los herederos del fallecido. También podría ocurrir que los herederos plantearan reparos para su incorporación con motivo

---

8 Guastavino, Elías P. Ob. cit., pág. 79. Ver propuesta de promesa *post mortem* que no implica pacto sobre herencia futura en Di Castelnuovo, Gastón R. y Llorens, Luis Rogelio. “La donación con transmisión de dominio y entrega de posesión aplazadas”, *Revista Notarial* 978, págs. 797 y sgts.

9 Medina, Graciela. “Los pactos sobre herencia futura”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año VII, N° 9, octubre de 2015, Thomson Reuters, La Ley, pág. 113.

de la asunción del riesgo empresarial que podría llegar a comprometer el patrimonio de quienes se incorporan por este medio a la sociedad.

Por ello, el régimen anterior en el art. 1654 del Código Civil (según Ley 17.711) establecía por un lado que “Son válidas las estipulaciones siguientes (...) 3º que por fallecimiento de cualquiera de los socios, sus herederos sólo tengan derecho a percibir como cuota de sus ganancias una cantidad determinada, o que el socio o socios sobrevivientes puedan quedar con todo el activo social, pagándole una cantidad determinada. Empero la aplicación de esta estipulación no podrá afectar la legítima de los herederos forzosos. Además será invocable en cualquier caso el derecho que acuerda el art. 1198 respecto de las circunstancias imprevistas sobrevinientes”. Esto es, se podía prever la exclusión de los herederos del socio fallecido “pagándole una cantidad determinada”.

Correlativamente, el art. 1670 del Código anterior disponía para la sociedad civil que “No tienen calidad de socios los herederos o legatarios de los derechos sociales, si todos los otros socios no consintiesen en la sustitución”; y el art. 1761 negaba validez a los pactos celebrados que dispusieran “que la sociedad continuaría con los herederos, a no ser que éstos y los otros socios conviniesen entre ellos continuar la sociedad”.

En materia de sociedades comerciales, la Ley 19.550 dispuso (y continúa disponiendo actualmente, ahora como “Ley General de Sociedades”) según su art. 90 que “En las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria y en participación, la muerte de un socio resuelve parcialmente el contrato. En las sociedades colectivas y en comandita simple, es lícito pactar que la sociedad continúe con sus herederos. Dicho pacto obliga a éstos sin necesidad de un nuevo contrato, pero pueden ellos condicionar su incorporación a la transformación de su parte en comanditaria”. De esta manera, al limitar su responsabilidad al capital societario heredado, pueden los herederos proteger su patrimonio de los avatares societarios.

En materia de sociedades de responsabilidad limitada, el art. 155 establece que “Si el contrato previera la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para éstos y para los socios. Su incorporación se hará efectiva cuando acrediten su calidad; en el ínterin actuará en su representación el administrador de la sucesión”, lo que permite pactar tanto la incorporación obligatoria como la voluntaria (por simple omisión en el contrato de mención alguna al respecto).

Con la sanción del art. 1010 del nuevo Código, el primer punto que resalta dentro de esta excepción a la prohibición de pactos sobre herencias futuras es la inclusión de “explotaciones productivas” de cualquier tipo, aún cuando no se hayan conformedo dentro de contratos societarios. Al respecto afirma MEDINA: “El Código Civil y Comercial sorprende con una excepción a la regla de la prohibición de los contratos sobre herencia futura que parece estar dirigida a facilitar la gestión y mantenimiento

de la unidad de dirección de las denominadas empresas familiares<sup>10</sup> para agregar: “Estos pactos no son inmorales, son de gran valor porque buscan la continuidad de la empresa donde trabajan muchos empleados que dependen de la fuente de trabajo para su subsistencia”<sup>11</sup>.

Nótese que ya no es requisito que “... la actividad empresarial sea ejercida directamente por la sociedad cuyas participaciones sean objeto del pacto”<sup>12</sup>, de tal manera que cualquier tipo societario “familiar”, incluidos los tipos sociales no previstos, pueden ser objeto de ellos<sup>13</sup>.

A contrario, la ley exige que se trate verdaderamente de una empresa, por lo que “... las participaciones respecto de una sociedad meramente tenedora de bienes no podrán ser objeto del pacto por no desarrollar una actividad referida a la producción o intercambio de bienes o servicios”<sup>14</sup>.

Los pactos habilitados por la segunda parte del art. 1010 del CCyC deben ser accesorios al régimen de la explotación productiva o de las participaciones societarias “... con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos”. Queda claro así que la excepción se confiere únicamente con el fin de preservar el principio de conservación de la empresa mediante una gestión unificada y libre de conflictos.

Los pactos son válidos formen parte de ellos o no el futuro causante y su cónyuge. Con relación a este último cabe tener en cuenta que no sólo puede ser heredero del socio (en el caso de que la participación social lo fuera con carácter de bien propio o en el caso de que los cónyuges se encontraran bajo el régimen de separación de bienes previsto en el art. 505 y conc.) sino también tener derecho a la participación en la disolución y liquidación de la sociedad conyugal (cuando se tratare de bienes gananciales en el régimen de comunidad del art. 463 y ss.).

Por ello la norma no sólo habilita pactos sobre herencias futuras, sino también pactos sobre liquidación de bienes de la explotación productiva o de participaciones societarias en la disolución de la sociedad conyugal.

La nueva norma exige que estos pactos no afecten la porción legítima de ninguno de los herederos legitimarios ni los derechos de terceros. Por tanto, los

---

10 Medina, Graciela. Ob. cit., pág. 109.

11 Ibídem, pág. 112.

12 Cesaretti, María y Cesaretti, Oscar Daniel. “El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación”, Revista del Notariado 918, octubre-diciembre de 2014. Entendemos que el requisito de que el emprendimiento sea “familiar” surge de su vinculación con el tema sucesorio. Pero creemos que también sería aplicable en emprendimientos o en sociedades cuando se van incorporando a ella (o en previsión de que se incorporen) todos o algunos de los herederos de los fundadores que -entre ellos- carecían de parentesco.

13 Consideramos que integra y se adecua especialmente a estos fines el tipo societario de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) creado recientemente por la Ley 27.349.

14 Cesaretti, María y Cesaretti, Oscar Daniel. Ob. cit.

legitimarios excluidos de la explotación o disminuidos en su participación que vieren perjudicada su porción legítima de la herencia tendrán derecho a ser compensados con otros bienes de la herencia para que dicho pacto resulte válido.

Cabe preguntarse si quien se ve beneficiado con el pacto podría o no compensar a los herederos perjudicados con bienes de su propio peculio para obtener la validez de lo pactado cuando los bienes finalmente existentes en la herencia fueren insuficientes para cubrir la parte de todos los legitimarios.

## V.- IMPUTACIÓN DE LAS DONACIONES HECHAS A DESCENDIENTES Y CÓNYUGE

Si utilizáramos un concepto extremadamente amplio de los pactos sobre herencias futuras, podríamos decir que todo negocio jurídico afecta herencias futuras. Así, cualquier enajenación de un bien, aun a título oneroso y por un precio justo, importaría sustituir en la futura herencia del disponente el bien que se enajena por su contraprestación. Por ejemplo, podría decirse ante una venta de un inmueble que para determinado heredero no es lo mismo recibir dinero en lugar de ese inmueble, aun cuando los valores sean equivalentes. El inmueble podría tener para ese heredero un valor afectivo especial o podría serle útil para su desarrollo profesional o laboral.

Ahora bien, si el otorgante del acto se desprende de determinado bien con el ánimo de beneficiar a otra persona, sea hecho el desprendimiento sin contraprestación alguna o con alguna contraprestación de valor no equivalente, ese negocio jurídico implica que ha sido hecho con el ánimo de reducir los bienes que al momento de su fallecimiento han de integrar el acervo hereditario. De tal manera, ya no se trata de sustituir un bien por otro en el acervo hereditario, sino de reducir el acervo, lo que nos aproxima a un concepto más estricto de pacto sobre herencia futura. Empero, indudablemente no se refiere a las donaciones la prohibición del art. 1010 del CCyC. En primer lugar porque se trata de un contrato regulado y por tanto permitido por el legislador, y además porque los derechos de los herederos legitimarios están preservados por las acciones de colación (art. 2385), reducción (arts. 2386, 2453 y conc.) y complemento (arts. 2408, 2409 y conc.).

Durante la vigencia del código de VÉLEZ SANSFIELD, el art. 1805 permitía a los progenitores efectuar donaciones a sus hijos “de cualquier edad que éstos sean”, para agregar: “Cuando no se expresare a qué cuenta debe imputarse la donación entiéndese que es hecho como un adelanto de la legítima”.

Esta norma originó dos disputas tradicionales. Una, que no viene al caso de este estudio, fue acerca de si era necesario que en el acto de la aceptación los hijos menores estuvieran o no representados por un tutor ad-hoc. La otra se refería

precisamente a la vinculación de la donación con los pactos sobre herencias futuras en sentido totalmente estricto. ¿Podían los padres imputar la donación a los hijos a la porción disponible en el mismo acto de la donación a título de mejora, o era necesario que esa imputación se efectuara en un testamento?<sup>15</sup> Nótese que el texto de la norma no facultaba expresamente a efectuar tal imputación en el mismo acto de la donación, por lo cual podía interpretarse que tal imputación sólo podía ser hecha en un testamento (siempre revocable al solo arbitrio del disponente), interpretación que lograba que este artículo no importara una excepción (que como tal siempre deben ser entendidas en sentido estricto) a la prohibición de pactar sobre herencias futuras<sup>16</sup>.

Esta disputa quedó zanjada con la sanción del art. 2385 del CCyC que establece la obligación de colacionar por parte de los descendientes y el cónyuge supérstite "... excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento"<sup>17</sup>.

Al permitirse al donante imputar la donación a mejora, este se priva de parte de su libertad de testar, pues consume parte de su porción disponible que la ley le confiere.

La imputación en el propio acto de donar importa un compromiso definitivo e irrevocable para con el donatario formulada contractualmente, por lo que sin lugar a duda alguna el nuevo Código Civil y Comercial, en su art. 2385, admite un pacto sobre herencia futura, entendido este concepto en su sentido más estricto.

## VI.- CONSENTIMIENTO DE LOS COHEREDEROS CON LA ENAJENACIÓN

En nuestra opinión el art. 2461 del nuevo Código constituye ahora otro supuesto de excepción a la prohibición de pactar sobre herencias futuras. Para su análisis completo remitimos al excelente estudio que formula DI CASTELNUOVO en la obra ya citada<sup>18</sup>.

15 Ver un excelente resumen de esta disputa: di Castelnuovo, Gastón R. En *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo V, Eduardo Gabriel Clusellas (coordinador), Astrea-FEN, págs. 474 y sgts.

16 Ver *Usufructo y donaciones como negocios jurídicos familiares*, págs. 134 y sgts. En su momento adherimos a la postura, quizás minoritaria, que entendía que la imputación no podía hacerse en el mismo acto de la donación, sino en un testamento del disponente.

17 Ver Costanzo, Mariano y Posteraro Sánchez, Leandro N. *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo VIII, Eduardo Gabriel Clusellas coordinador, Astrea-FEN, págs. 176 y sgts.

18 *Ibidem*, págs. 436 y sgts.

Como se indica allí, este artículo reemplaza al art. 3604 del Código veleno, cuya última redacción había sido dispuesta por la “reforma” (decreto-ley 17.711/68) y cuyos antecedentes en el proyecto de FREITAS se remontan hasta el Código de NAPOLEÓN<sup>19</sup>.

La norma pretende evitar que mediante la transmisión de bienes instrumentada a título oneroso (con reserva de usufructo, uso o habitación o con la contraprestación de una renta vitalicia) se mejore fraudulentamente a determinados legitimarios en perjuicio de otros<sup>20</sup>. Para ello la norma ordena imputar los actos cuya instrumentación onerosa reúne esas características a la porción legítima del disponente (como si fuesen gratuitos y sin admitir prueba en contrario) y el excedente ser tomado como objeto de colación.

Novedad importante de la redacción actualmente vigente es la que ordena deducir de la obligación de colacionar “... las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado”.

Pero es el párrafo final del artículo en comentario el que incide directamente en nuestro estudio: “Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas”.

Este párrafo abre la puerta, según entendemos, para verdaderos pactos sobre herencias futuras, cuando consigna las cuatro palabras que destacamos: “sea onerosa o gratuita”.

En una primera lectura esta expresión parece contradecirse con las primeras palabras del primer párrafo: “Si por acto entre vivos a título oneroso el causante...”. ¿Se refiere el artículo a actos a título oneroso o también a los gratuitos?

La contradicción no es tal. La colación y la imputación que el artículo ordena se refieren únicamente a aquellos actos instrumentados con carácter oneroso a los que la ley presume simulados sin admitir prueba en contrario, como dijimos. Si, en cambio, se hubiesen transmitido bienes en las condiciones señaladas en el artículo en análisis a título gratuito, la colación debería efectuarse como en cualquier otra donación. En este caso, la imputación a la porción disponible o no, como vimos al referirnos al nuevo art. 2385, debería surgir del propio acto o de un testamento del causante.

---

19 La norma tuvo también otra versión que no llegó a sancionarse en el proyecto de la comisión correspondiente al decreto N° 685/1998.

20 La disposición se refiere a enajenaciones a favor de legitimarios. Por tanto, no es de aplicación si las enajenaciones onerosas con reserva de usufructo, uso o habitación, o que tienen como contraprestación una renta vitalicia son efectuadas a quienes no son legitimarios. Quien viere afectados sus derechos debe recurrir a otras acciones, tales como la de simulación, lesión, etc.

En cambio, cuando el último párrafo del artículo se refiere a actos onerosos o gratuitos, se refiere al consentimiento de los coherederos legitimarios del donatario para el acto celebrado, que puede ser prestado tanto en actos jurídicos onerosos como gratuitos. De tal manera permite que los coherederos del legitimario renuncien a colacionar en el futuro (los “que consintieron en la enajenación”), se trate o no de una donación encubierta, lo que lleva a incluir ciertamente a estos “consentimientos” entre los verdaderos pactos sobre herencia futura permitidos por la legislación actual.

Esto es una novedad pues durante la vigencia del art. 3604 (tanto en la versión original como en la del Decreto-Ley 17.711/68) del Código derogado, las interpretaciones posibles eran dos: una que sostenía que la referencia al “consentimiento” de los coherederos sólo podía referirse al reconocimiento de la onerosidad de la enajenación, con lo que se evitaba interpretar que el artículo en cuestión era una excepción a la prohibición de pactar sobre herencias futuras, postura en la que en su momento nos enrolamos<sup>21</sup>, y la otra que exponía que era una verdadera excepción a los pactos sobre herencias futuras.

La disputa ha quedado así zanjada con la nueva redacción que autoriza al coheredero legitimario a “consentir” con la enajenación también en los actos a título gratuito. Si el acto es gratuito, se trata de un indudable consentimiento porque nada podría reconocer acerca de la onerosidad del acto.

Párrafo aparte merecen las últimas palabras del artículo: “... con algunas de las modalidades indicadas”. ¿Significa que ese “consentimiento” de los coherederos (verdadera renuncia a colacionar según interpretamos) se puede otorgar sólo en los supuestos del artículo (enajenación con reserva de usufructo, uso o habitación o que tiene como contraprestación una renta vitalicia)? ¿O también si se trata, por ejemplo, de una donación pura y simple, sin reserva de usufructo? ¿Cuáles son exactamente “algunas de las modalidades indicadas”?

Además, si partimos de que el artículo permite otra excepción a la prohibición de pactar sobre herencias futuras: ¿el consentimiento dado por los coherederos solo implica una renuncia a colacionar, o el consentimiento lleva consigo que el bien incluido en el acto en cuestión ya no debe ser computado de manera alguna en una eventual sucesión, al menos con relación al heredero que “consintió”? En el caso de que un coheredero “consienta” la enajenación, si bien el artículo habla únicamente de colación: ¿es posible entender que tal “consentimiento” tiene también efecto con relación a la acción de reducción en contra de la prohibición específica contenida en el art. 2449?

---

21 *Usufructo y donaciones como negocios jurídicos familiares*, págs. 138 y sgts.

## VII.- LA PARTICIÓN POR DONACIÓN

El instituto se encuentra regulado en la nueva normativa a partir del art. 2415. Para su análisis completo remitimos también a la obra ya aconsejada<sup>22</sup>.

Durante la vigencia del Código velezano el instituto fue escasamente utilizado por el notariado. Se consideraba que algunas acciones que dicho código concedía a los herederos eventualmente perjudicados por tal acto podían afectar la seguridad del tráfico inmobiliario. Así, el art. 3528 determinaba la nulidad de la partición cuando no estaban incluidos en ella legitimarios "... que existan al tiempo de la muerte del ascendiente". Por su parte, el art. 3536 permitía "rescindir" el acto cuando no salvaba la legítima de alguno de los herederos.

El actual art. 2417 del nuevo Código faculta a "... ejercer la acción de reducción si a la apertura de la sucesión no existen otros bienes del causante suficientes para cubrirla", aunque según el art. 2459 "La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión...", por lo que entendemos que una vez cumplido ese plazo desde el otorgamiento del acto cesa la observabilidad del título por esta causa<sup>23</sup>.

A los fines de nuestro estudio, el artículo trascendente es el 2414 que dispone: "En la partición, el ascendiente puede mejorar a alguno de sus descendientes o al cónyuge dentro de los límites de la porción disponible, pero debe manifestarlo expresamente".

Por su ubicación dentro del Código la disposición ha de ser aplicada tanto a las particiones por donación como a las particiones por testamento, por lo que para el primer supuesto importa una nueva excepción a la prohibición de pactar sobre herencias futuras, entendida ella en su sentido más estricto.

---

22 Ver Costanzo, Mariano y Posteraro Sánchez, Leandro N. Ob. cit., págs. 248 y sgts.

23 *Ibidem*, pág. 267. Afirman que el plazo de 10 años: "... comienza a correr desde el mismo instante del otorgamiento de la partición, si en dicho acto se entregó al donatario la posesión del bien". Discrepamos empero con estos autores en la medida en que entienden luego que ello ocurre: "... si el donante no se ha reservado el usufructo de los bienes" y recomiendan: "... evitar la reserva de usufructo que posibilita el art. 2416 a favor del donante (...) para así proceder a la entrega de la posesión desde el momento mismo de la partición". Si bien se discute en doctrina cuál es la denominación correcta de la relación fáctica que tiene el usufructuario con la cosa, creemos que lo cierto e indiscutible es que si se transmitió el derecho real de dominio (aun cuando se trate sólo del dominio imperfecto -art. 1946 CCyC- por quedar gravado por el usufructo) se aplica el art. 1892 que exige que: "La adquisición derivada por acto entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes". La referencia efectuada en el segundo párrafo del mismo artículo a que ella "No es necesaria..." en los supuestos de *constituto posesorio* y *traditio brevi manu*, se refiere a la tradición posesoria con que se inicia el párrafo y no a la posesión misma.



Constituye una novedad porque en el art. 3524 del Código de VÉLEZ SANSFIELD se determinaba que tanto en la partición por donación como en la partición testamentaria podía existir cláusula de mejora, pero que esta última no podía ser incluida dentro de la partición por donación. ¿Se podía entender quizás, más allá de disputas doctrinarias importantes<sup>24</sup> y para armonizar las normas, que la voluntad de mejorar a un legitimario dentro de una partición por donación no debía ser otorgada en ella sino en el testamento del donante?

Otra disposición del nuevo Código que nos parece interesante a los efectos de este estudio que hemos emprendido es el art. 2411. En él se establece que si la persona es casada "... la partición de los bienes propios debe incluir al cónyuge que conserva su vocación hereditaria". En este punto coincidimos también con COSTANZO y POSTERARO SÁNCHEZ quienes consignan que "... respecto de los bienes propios, solamente podrá otorgarse partición por donación del ascendiente casado si los cónyuges han optado por el régimen de separación de bienes previsto en los arts. 505 a 508"<sup>25</sup>. Ello es así porque las donaciones entre cónyuges, dentro del régimen de comunidad de bienes, se encuentran prohibidas por el art. 1002 inc. d).

En cuanto a la inclusión de gananciales en la partición por donación el nuevo régimen también es novedoso. En el régimen de antaño, el art. 3526 disponía que "La partición por el ascendiente, entre sus descendientes, no puede tener lugar cuando existe o continúa de hecho la sociedad conyugal..."

En cambio, el código de hogaño dispone de manera original que "La partición de los gananciales sólo puede ser efectuada por donación, mediante acto conjunto de los cónyuges", prohibición de hacerlo por vía testamentaria que tiene su origen en la prohibición del otorgamiento de testamentos conjuntos (art. 2465 *in fine*).

La inclusión en la partición por donación de gananciales de titularidad de uno de los cónyuges abre la perspectiva de un interesante análisis doctrinario, pues cabe preguntarse si el otorgamiento de la partición por donación por el cónyuge no titular implica sólo otorgar el asentimiento conyugal prescripto por el art. 470 o importa más que esto.

En nuestra opinión la intervención del cónyuge no titular para permitir la inclusión de determinado bien en la partición por donación implica, dentro del régimen de comunidad, un acto de codisposición con el titular.

Afirmamos que se trata de un acto de "codisposición" no porque ambos dispongan del derecho real (por lo general de dominio) sobre lo incluido en la partición por donación. Resulta obvio que el transmitente del derecho real es únicamente su titular.

---

24 *Ibidem*, págs. 245 y sgts. Ver resumen de esas disputas en la obra citada.

25 *Ibidem*, pág. 239.

Lo que afirmamos acerca de que el cónyuge no titular codispone, se basa en el hecho de que es innegable que el cónyuge no titular también realiza un acto dispositivo, al permitir que el bien donado sea excluido de la eventual liquidación de la sociedad conyugal luego de su disolución por muerte de alguno de los cónyuges, por divorcio o por cambio de régimen, sin que se incluya bien alguno en su reemplazo.

Destacamos que esta renuncia no refiere a un derecho meramente eventual, sino que el derecho que se renuncia sólo se encuentra sujeto a un plazo incierto y por lo tanto está protegido aun antes de que el plazo se haya cumplido. Decimos que se trata de un derecho sujeto a un plazo incierto porque con seguridad y por algún motivo (muerte de uno de los cónyuges, divorcio, cambio de régimen), algún día la sociedad conyugal se va a disolver, momento en el cual se iniciará el proceso liquidatorio.

Nótese que se trata de un derecho amparado por la legislación aun antes del vencimiento del plazo, pues "... si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales" el cónyuge perjudicado puede solicitar la separación judicial de bienes (art. 477, inc. a).

Al permitir el cónyuge no titular la enajenación de determinado bien ganancial está asintiendo las enajenaciones que formula su cónyuge pero, al mismo tiempo, está admitiendo que bienes que deberían ser incluidos en la liquidación futura de la sociedad conyugal sean excluidos de ella, lo que importa realizar un acto dispositivo.

Este concepto acerca de la naturaleza de la intervención del cónyuge en la donación de bienes que son de titularidad exclusiva del otro cónyuge es de aplicación no sólo a la partición por donación sino también a todas las donaciones. Ello no implica un nuevo pacto admitido sobre herencia futura pues no se trata de una herencia sino de un pacto sobre la sociedad conyugal. Sin embargo, importa algo de naturaleza semejante al pacto sobre herencia futura, esto es, un pacto admitido que era contrario a la prohibición de que los cónyuges contraten entre sí en el régimen de comunidad (art. 1002 inc. d) ya que permite durante la vigencia del régimen excluir bienes de la futura liquidación de la sociedad conyugal.

Sabemos que no es lo mismo una transmisión hereditaria que la liquidación de la sociedad conyugal. Pero mencionamos esta excepción a la norma imperativa del art. 1002 inc. d) del CCyC porque en muchos casos la liquidación de la comunidad hereditaria y la liquidación de la sociedad conyugal se efectúan en forma conjunta. Se trata de los procesos sucesorios de quienes fallecen estando unidos por matrimonio dentro del régimen de comunidad.

## VIII.- DONACIONES ENTRE CÓNYUGES

Los supuestos posibles de donación entre cónyuges son tres:

### **A) DURANTE LA VIGENCIA DEL MATRIMONIO**

Tal como hemos visto, sólo están permitidas por el Código de hogaño en el caso de encontrarse los cónyuges sometidos al régimen de separación de patrimonios. Estas donaciones se encuentran sujetas al régimen general de las donaciones (acciones de colación, reducción, complemento, etc.).

En ningún caso puede afirmarse que la donación entre cónyuges permitida por el ordenamiento legal actual, en estos casos, importe un pacto sobre herencia futura en el sentido prohibido por el art. 1010 del CCyC.

### **B) ANTES DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO Y PARA TENER EFECTOS UNA VEZ CELEBRADO**

El actual art. 446 del CCyC dispone: “Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: (...) c) las donaciones que se hagan entre ellos; (...)”, para agregar en el art. 451: “(...) Sólo tienen efecto si el matrimonio se celebra”.

Se trata de donaciones condicionadas a la celebración del matrimonio. Por tanto, nada tienen que ver tampoco con los pactos sobre herencias futuras prohibidos por el art. 1010 del CCyC.

### **C) DONACIONES DE BIENES PARA LUEGO DEL FALLECIMIENTO DEL CONTRAYENTE DEL MATRIMONIO**

La redacción originaria del art. 1217 del Código de antaño disponía que “Antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: (...) 4º) Las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejen por su fallecimiento”, norma que autorizaba indudablemente un pacto sobre herencia futura.

El Decreto-Ley 17.711/68 derogó el mencionado inciso del art. 1217 pero mantuvo la vigencia en el capítulo II del título de la sociedad conyugal diversas normas

que autorizaban este tipo de donaciones, lo que originó una ardua disputa acerca de la posibilidad o no de efectuar este tipo de donaciones<sup>26</sup>.

Con la sanción de la Ley 26.994 y la entrada en vigencia del nuevo Código ha desaparecido de nuestro ordenamiento toda referencia a este tipo de actos, por lo que su instrumentación sería nula por encontrarse alcanzados por la genérica prohibición de pactar sobre herencias futuras del art. 1010.

## IX.- PACTOS SUCESORIOS INDIRECTOS

Según GUASTAVINO los negocios jurídicos indirectos "... consisten en negocios efectivos -no aparentes ni simulados- en los que para obtener un resultado jurídico se eligen vías transversales u oblicuas en lugar de las que serían naturales, produciéndose una disonancia entre el medio empleado y el fin práctico perseguido"<sup>27</sup>.

El autor ejemplifica con el otorgamiento de reconocimientos de filiación extramatrimonial y con el instituto de la adopción, mediante los cuales se otorga un acto jurídico permitido específico que produce luego consecuencias en el régimen sucesorio futuro. No se trata, propiamente, de pactos sobre herencias futuras, pero pueden esconder ese fin.

Intentaremos una aproximación a estas cuestiones desde la perspectiva del nuevo Código Civil y Comercial.

### **A) MEDIANTE EL RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

Los análisis genéticos permiten desde hace relativamente poco tiempo conocer con certeza la filiación de las personas<sup>28</sup>. Ello dificulta, en principio y más allá de su ilicitud, utilizar reconocimientos de filiación (por ejemplo, de la paternidad de una persona que carece de reconocimiento paterno) cuando ese reconocimiento es falso, para colocar a esa persona en el lugar hereditario que corresponde al hijo del reconociente, en desmedro o no de derechos de otros legitimarios.

Sin embargo, la cuestión se complica por varios motivos. Entre ellos, las técnicas de reproducción humana asistida y la incidencia de otros principios jurídicos como el derecho a conocer la propia identidad, la irrevocabilidad de los reconocimientos, etc.

---

26 Ver Lamber, Rubén A. *Usufructo y donaciones como negocios jurídicos familiares*, Ediciones Centro Norte, Buenos Aires, 1990, págs. 249 y sgts.

27 *Ibidem*, pág. 444.

28 Lo que ha tornado caduco el viejo y gracioso adagio romano *mater certa semper est*, que significaba lo que no decía: que la filiación paterna no es tan segura.

Como punto de partida hay que diferenciar aquellos casos en los que el reconocimiento de la filiación es real, de aquellos dolosos (llamados reconocimientos complacientes) que se hacen -entre otros- con fines de evitar la prohibición de pactar sobre herencias futuras.

El supuesto del reconocimiento de la filiación real, aun cuando tenga primordialmente en mira beneficiar al reconocido en la herencia del reconociente, es indudablemente lícito.

No podemos decir lo mismo del segundo supuesto, el de los llamados “reconocimientos complacientes”, que en la actualidad está legislado en el art. 593 del CCyC: “El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo<sup>29</sup>. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos”.

No pretendemos incursionar en el tema ya que ello excedería el objeto de esta introducción al estudio de los pactos sobre herencias futuras. Sólo advertimos acerca de lo peligrosos y complejos que resultan los reconocimientos complacientes, dada su ilicitud. Quienes se interesen pueden recurrir a los autos “C. O. R. c/ G. P. V. s/ Filiación” que tramitaron por ante el Juzgado de Familia Número Uno del Departamento Judicial de Azul (1-61012-2016) y que conocemos a través del muy interesante fallo dictado el 16 de agosto de 2016 por la Sala I de la Cámara de Apelaciones departamental<sup>30</sup>.

Sucintamente diremos que se trata de un matrimonio sin hijos. Él es empleado judicial y ella directora de una escuela rural, y oportunamente recibieron en guarda tramitada ante los organismos judiciales pertinentes a una niña de una familia de trabajadores rurales, familia que se mudó primero a otra localidad y luego a la ciudad de Buenos Aires. Este matrimonio se ocupó con esmero de la niña hasta que ella regresó con sus padres a Buenos Aires. Pasado el tiempo, la niña de cuya crianza se habían ocupado, ya mayor, regresó a la casa del matrimonio en cuestión con un hijo de corta edad que carecía de reconocimiento paterno. El matrimonio volvió a acoger a la madre, esta vez junto al hijo. Cuando el pequeño iba a ingresar al jardín de infantes, el antiguo guardador de la actual madre del pequeño efectuó un reconocimiento complaciente de este último con el fin de que el niño “tenga un apellido”.

---

29 Queda así excluida -a contrario- la posibilidad de que el propio reconociente impugne ese reconocimiento.

30 Publicado en La Ley on line, AR/JUR/55248/2016.

Transcurridos los años se produjo alguna desaveniencia entre el reconociente y la madre del menor, al parecer porque ésta formó una nueva familia. El conflicto originó la demanda de desconocimiento de filiación que fuera otorgada de manera complaciente.

Aun reconocidos los hechos por la madre del menor, en especial de que el reconociente no es el padre del niño, la demanda es rechazada fundamentalmente por aquel principio que establece que nadie puede alegar su propia torpeza. La Cámara explicó que "... el criterio de la relación genética para determinar la relación filiatoria no puede ser considerado como de carácter absoluto, ni resulta siquiera conveniente que siempre se le dé preeminencia, existiendo diversos supuestos en los que justificadamente el emplazamiento familiar de la persona no coincide con su presupuesto biológico".

Es interesante el análisis que efectúa la sentencia acerca del interés superior del niño -consagrado repetidamente por la legislación vigente- frente al derecho existencial de conocer la propia identidad.

Para resolver este conflicto la sentencia dispone encomendar a la Asesoría de Incapaces que cite al menor, ya adolescente "... a fin de hacerle conocer su derecho de ser asistido por un abogado del niño y de las acciones con las que cuenta si resulta de su interés ser desplazado de su actual filiación paterna".

La sentencia también dispone elevar el expediente a la fiscalía general con el fin de evaluar la existencia de delitos (art. 139, inc. 2, del Código Penal) por parte del actor y de la demandada en razón del reconocimiento cuya falsedad se reconoce. Ello abre también la puerta al análisis de cuál puede ser la validez civil de actos otorgados que importarían la comisión de un delito, esto es, si no resulta irremediamente nulo el reconocimiento complaciente por constituir un acto delictual. Se trata del conflicto entre el interés público de que no se produzcan los efectos de actos ilícitos y el interés superior del niño.

## **B) MEDIANTE LA ADOPCIÓN**

En las últimas décadas el instituto de la adopción ha visto modificada su regulación jurídica en distintas oportunidades. A los fines de este trabajo entendemos que basta con considerar que la actual del nuevo código es imperativa y rígida con el fin de evitar aprovechamientos o actividades ilícitas conocidas por medios públicos habitualmente. Estas circunstancias dificultan su empleo con fines indirectos vinculados con pactos sobre herencias futuras.

Entre esas normas que dificultan esta utilización ajena al fin del instituto, podemos consignar el actual art. 613, que ordena al juez que declaró la situación de adoptabilidad seleccionar "... a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes".

También podemos incluir a estos fines la norma del art. 611, que prohíbe la entrega directa en guarda en acto administrativo o escritura pública, u otorgada por cualquiera de los progenitores.

Por otro lado, el art. 598 establece que en el supuesto de que el adoptante tenga descendientes, estos tienen que ser escuchados por el juez, lo que impide que la adopción tenga por fin indirecto perjudicarlos.

## X.- PROMESAS *POST MORTEM*

Para GUASTAVINO “Las promesas *post mortem* refieren a estipulaciones por las que el efecto de un acto jurídico o la exigibilidad de un derecho se difieren hasta después del fallecimiento de una de las partes o de un tercero”<sup>31</sup>. Para el mismo autor, “Los pactos sobre herencias futuras atribuyen derechos eventuales; *las promesas post mortem confieren derechos sometidos a modalidades de plazo o condición*”<sup>32</sup>, por lo que estas últimas difieren de los pactos sucesorios.

De todas maneras agrega que “El estudio del derecho sucesorio contractual argentino quedaría incompleto si se omitiese una referencia, aunque somera, a los casos más típicos o frecuentes de promesas *post mortem*”<sup>33</sup>.

Con igual ánimo y a plena conciencia de que los casos de promesas *post-mortem* a los que nos referimos a continuación *no son pactos sobre herencias futuras* consignaremos algunos ejemplos de promesas *post mortem* utilizadas frecuentemente en nuestro quehacer notarial, a sabiendas de que “En legislaciones de orientación romanista los pactos sobre herencias futuras están prohibidos; las promesas *post mortem* son lícitas”<sup>34</sup>.

### **A) DONACIONES CON TRANSMISIÓN DE DOMINIO Y ENTREGA DE POSESIÓN APLAZADAS**

Con el colega DI CASTELNUOVO hemos desarrollado recientemente el tema en detalle<sup>35</sup>.

Basta aquí reiterar que la donación no es un contrato real que exija la transmisión de dominio para su eficacia (arts. 1542 y 1555), que son lícitos tanto la condición como el plazo y el cargo y que, en materia de donaciones, sólo está prohibida la con-

31 Ver Lamber, Rubén A. Ob. cit., pág. 455.

32 Guastavino, Elías P. Ob. cit., pág. 85.

33 Ver Lamber, Rubén A. Ob. cit., pág. 455.

34 Guastavino, Elías P. Ob. cit., pág. 85.

35 Ver Revista Notarial 978, págs. 797 y sgts.

dición suspensiva (art. 1546), por lo que se encuentra permitida la donación sujeta al *plazo* incierto de producirse la entrega de la cosa al tiempo del fallecimiento del donante.

Agregamos que “La normativa sólo exige como efecto del contrato de donación su efecto vinculante entre las partes que sólo puede verse extinguido por la rescisión bilateral”<sup>36</sup>.

## B) SEGURO DE VIDA

En muchos supuestos determinadas personas toman en cuenta su propio fallecimiento para contratar un seguro que en caso de siniestro ampare a determinadas personas que pueden no ser los herederos legitimarios.

GUASTAVINO afirma que “La facultad de revocar la designación de beneficiario hasta el momento de la muerte del asegurado y la posibilidad de hacerlo sin observar las formalidades estipuladas en el contrato, han aproximado el instituto del seguro de vida en favor de tercero a las disposiciones de última voluntad. La *revocabilidad* de la designación de beneficiario constituye una diferencia marcada con los pactos sobre herencia futura, que por el contrario son irrevocables. Con todo, aunque por excepción desaparezca el carácter revocable de la designación de beneficiario del seguro de vida, no cabría identificar tal contrato con los pactos sucesorios...”<sup>37</sup>.

La Ley de Seguros 17.418, en su art. 144 determina que “Los herederos legítimos del asegurado tienen derecho a la colación o reducción por el monto de las primas pagadas” y el art. 2392 del CCyC excluye de la colación el seguro de vida que beneficia al heredero, quien las debe “... por las primas pagadas por el causante al asegurador hasta la concurrencia del premio cobrado por el asegurado”.

Correlativamente, dentro del régimen patrimonial del matrimonio, si es de comunidad, el art. 465 establece que “... No son gananciales las indemnizaciones percibidas por la muerte del otro cónyuge, incluso las provenientes de un contrato de seguro, sin perjuicio, en este caso, de la recompensa debida a la comunidad por las primas pagadas con dinero de esta”.

## C) CONTRATO ONEROSO DE RENTA VITALICIA

Sobre el análisis de la nueva normativa en la materia remitimos al comentario de los arts. 1599 y siguientes en la obra ya citada<sup>38</sup>.

---

36 Ibidem, pág. 805.

37 Ver Lamber, Rubén A. Ob. cit., pág. 467.

38 Nos referimos al *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo V, Eduardo Gabriel Clusellas (coordinador), Astrea-FEN, págs. 666 y sgts. Sobre esta interesante figura en



Nos permitimos agregar que según la “Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana” la renta vitalicia “... constituida en contrato, presenta caracteres tan extraños, ya en sus combinaciones, ya en sus efectos, que bien meditado no se puede inclinar el ánimo, ni en su interés, ni en su contra: pues hay contratos en los que se constituye la renta vitalicia que evitan a los contrayentes y a cuantos lo conocen verdadero interés mientras otros contratos en los que tal renta se establecen no pueden menos de dar lugar a la más espontánea y acre indignación entre las personas de sana conciencia...”<sup>39</sup>.

Con esta advertencia agregamos que se trata de un contrato que puede ser extremadamente útil para proteger a personas mayores quienes al enajenar la nuda propiedad de su vivienda a cambio de una renta vitalicia consumen un capital que les ha de permitir vivir el final de su vida de manera digna. Pueden así también evitar dejar ese capital a herederos legitimarios que no son de su agrado o que no se han comportado adecuadamente en su vínculo familiar.

Como se trata de un contrato oneroso (se entrega un capital, generalmente la nuda propiedad de un inmueble, a cambio de la renta) no se encuentra afectado por eventuales acciones de los legitimarios.

Empero, es un contrato aleatorio que depende de la duración de la vida de quien o quienes resultan ser “cabeza de renta”, por lo que si la vida de esas personas resulta corta, habrá beneficio a favor de quien paga la renta. A la inversa, si la vida de esas personas es larga, habrá perjuicio para el deudor.

Por ello, quien entrega el capital y sus herederos pueden reclamar por lesión (art. 332 CCyC) sólo en el supuesto de que la renta pactada fuera exigua en comparación con la expectativa de vida al tiempo de la celebración del contrato de las personas que se constituyen en “cabeza de renta”<sup>40</sup>, esto es, aquellas personas de cuya vida depende la continuidad del pago de la renta<sup>41</sup>.

Se trata de un contrato que reúne todas las condiciones de tal y que, por tanto, no es revocable por alguna de las partes a su solo arbitrio, como lo son los actos de última voluntad. Aún siendo aleatorio, no incide sobre la determinación de la herencia futura. Por ello es que no se trata propiamente de una excepción a los pactos sobre

---

la legislación anterior ver comentarios del autor en “La crisis de los sistemas previsionales y el contrato de renta vitalicia”, *Revista Notarial* 908, págs. 583 y sgts. Ver también *Derecho de Autoprotección*, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2010, págs. 118 y sgts.; Soligo Schuler, Nicolás Agustín. “Contrato oneroso de renta vitalicia con aporte de derechos hereditarios y gananciales con reserva de usufructo como capital”, *Revista Notarial* 975.

39 *Enciclopedia Universal Ilustrada Europea Americana*, Espasa Calpe S.A., tomo L, Madrid, 1958, pág. 881, citando a Bonel.

40 El “cabeza de renta” puede o no coincidir con la persona del acreedor (arts. 1599 y 1606 CCyC).

41 Ver López de Zavalía, Fernando. *Teoría de los Contratos. Parte General*, 38-II-2 y 38-III-1. Sobre el vicio de lesión en los contratos aleatorios, aporta un interesante ejemplo.

herencia futura, ya que no negocia sobre ella sino sobre el contenido patrimonial actual de los contratantes.

Por otro lado, a partir del art. 537, el nuevo Código regula la obligación alimentaria pero sólo para aquellos casos en que constituye un deber legal. Cabe comentar aquí que el Código Civil español, de conformidad con la modificación introducida por la Ley 41/2003, a partir del art. 1791 regula otra fuente posible de alimentos: el contrato. Este artículo establece: “Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos”.

Sus similitudes con la renta vitalicia son evidentes. La diferencia radica en que en la renta vitalicia ésta está determinada por un monto en dinero<sup>42</sup>, mientras que en el contrato de alimentos la obligación es la de “proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo” y no solo una cantidad de dinero.

A pesar de la falta de regulación del contrato de alimentos en nuestro ordenamiento jurídico y fundados en la libertad contractual, apreciamos que resultaría posible instrumentarlo en nuestro régimen.

#### **D) CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA**

“Esta modalidad hipotecaria garantiza un crédito proveniente de un mutuo con desembolso del dinero en un pago único o en sumas periódicas durante un plazo determinado o vitalicio, en el que, a diferencia de los créditos tradicionales con garantía hipotecaria, el plazo de reembolso y eventual ejecución se encuentra diferido, dado que el capital e intereses adeudados no serán pagados por el deudor, sino por sus herederos al fallecimiento de aquél o del último beneficiario, según se haya pactado”<sup>43</sup>.

Este instituto no se encuentra regulado en nuestro país<sup>44</sup>. Sin embargo, nada impide su celebración pues no importa un pacto sobre herencia futura sino únicamente una promesa *post mortem* celebrada en un contrato irrevocable al solo arbitrio de una de las partes.

#### **E) CLÁUSULA DE ACRECENTAMIENTO A FAVOR DEL SUPERVIVIENTE**

“El derecho de acrecentamiento en favor de uno de los coadquirentes de derechos en actos entre vivos ha sido contemplado expresamente por el Cód-

42 Art. 1602: “La renta debe pagarse en dinero. Si se prevé esta prestación en otros bienes que no son dinero, debe pagarse por su equivalente en dinero al momento de cada pago”.

43 Lucero Eseverri, Roberto A. En *Derecho de Autoprotección* cit., Luis R. Llorens y Alicia B. Rajmil, págs. 139 y 140.

44 Ver, entre otros, en España, la Ley 41/2007.

go Civil en algunos contratos, como ser: en la donación (arts. 1794 y 1798)<sup>45</sup>; en la renta vitalicia (art. 2084)<sup>46</sup> y en la constitución de derecho de usufructo (art. 2823)<sup>47</sup>. Cabe observar que la posibilidad no se restringe a los contratos gratuitos...”<sup>48</sup>.

“El derecho de todos los cotitulares está subordinado a la condición resolutoria de premorencia y a la condición suspensiva de acrecentamiento para el sobreviviente. Esta cláusula no origina atribuciones *mortis causa* (...) el sobreviviente adquiere la exclusividad en virtud de una estipulación *inter vivos* donde la premorencia de los restantes cotitulares es sólo condición resolutoria pactada *ab initio*”<sup>49</sup>.

Vinculado con este punto hemos encontrado algunos actos notariales en los que dos condóminos (generalmente convivientes) que adquirieron el inmueble en partes iguales, proceden a constituir usufructo gratuito<sup>50</sup>, vitalicio y con derecho de acrecer uno a favor del restante sobre “su” mitad indivisa y, por su parte, el segundo a favor del primero sobre la “otra” mitad indivisa. De tal manera se pretende que cada uno de los condóminos sea titular de la nuda propiedad de una mitad indivisa y usufructuario de la “otra”.

Creemos que se trata de un artilugio. En un fallo muy claro se ha dicho: “La extensión del derecho de cada comunero abarca el uso y goce de la totalidad de la cosa; no se limita a una parte, sino que se ejerce sobre toda ella, sin perjuicio del derecho análogo de los restantes y lleva anejo la facultad de aprovechar de los frutos que la cosa produce. Pues bien, no se concibe la cesión recíproca del usufructo de un condómino al otro, puesto que el objeto de la misma sería el derecho que ya posee”<sup>51</sup>. Declara que “la cláusula de marras es, según los distintos puntos de vista enunciados, ineficaz e inválida”.

Ahora bien, y más allá de los restantes argumentos de la sentencia precedente, si el art. 2132 del CCyC admite la reserva y la constitución, por acto

45 Ver art. 1547 CCyC. No es de aplicación la prohibición contemplada en el art. 1546 porque los efectos de la donación siempre se producen en favor de alguno de los donatarios.

46 Ver art. 1603 CCyC: “... a falta de previsión contractual, les corresponde por partes iguales sin derecho de acrecer” (argumento “a contrario”).

47 Art. 2132 CCyC.

48 Guastavino, Elías P. Ob. cit., pág. 485.

49 Ibídem, págs. 485 y 486.

50 Decimos “gratuito” en el sentido de que durante la vigencia del usufructo nada le ha de deber ninguno de los usufructuantes al usufructuario. El acto de constitución sería un ejemplo de donaciones recíprocas (art. 1560 CCyC).

51 CNCiv. Sala E, 18/4/86 LL 1986-C-520. ED tomo 91, pág. 235. “P., E. c/ Sucesores de C., S. L.” citado en *Código Civil y Comercial Comentado...*, T VI, pág. 899. El fallo cita el art. 2712 del Código de antaño, hoy art. 1986 del Código de hogaño (con redacción similar). Se puede citar ahora también el art. 1988 del nuevo Código, sin antecedente en el código de Vélez Sarsfield.

oneroso o gratuito, del usufructo *con* derecho de acrecer, nos preguntamos: ¿qué es lo que impide que alguien adquiera el dominio pleno de un inmueble en partes iguales con otra persona y que en el acto de la adquisición, en modo recto, ambos establezcan que por la parte del derecho real que adquieren correspondiente al uso y goce<sup>52</sup> lo adquieren con recíproco derecho de acrecer entre ambos de tal manera que al fallecimiento de uno el restante gozará del usufructo sobre la parte indivisa del fallecido?<sup>53</sup> No se ve por qué razón admite la legislación el derecho de acrecer cuando la constitución o reserva es sólo del usufructo (sin que ello esté sujeto a la existencia de otros requisitos o condiciones) y se considere ilícito conceder igual derecho por el uso y goce cuando la adquisición es del dominio pleno.

## F) DERECHO DE REVERSIÓN EN LAS DONACIONES

Conforme con el art. 1566 del CCyC “En la donación se puede convenir la reversión de las cosas donadas, sujetando el contrato a la condición resolutoria de que el donatario, o el donatario, su cónyuge y sus descendientes, o el donatario sin hijos, fallezcan antes que el donante...”.

Según GUASTAVINO, con quien concordamos “... la cláusula de reversión condicional de las donaciones no crea un derecho de naturaleza sucesoria, sino que significa el sometimiento de la liberalidad a una condición resolutoria; los actos que tengan por objeto ese derecho condicional no constituyen pactos sobre herencia futura”<sup>54</sup>.

Sin embargo, pueden constituir también una herramienta muy eficaz para evitar desplazamientos sucesorios no deseados.

## XI.- EL CASO DE LOS BIENES RESERVABLES

La Ley 2393, llamada “de matrimonio civil”, disponía en su art. 115: “El viudo o viuda que teniendo hijos del precedente matrimonio, pase a ulteriores nupcias, está obligado a reservar a los hijos del primer matrimonio, o a sus descendientes legítimos, la propiedad de los bienes que por testamento o *ab intestato* hubiera

---

52 Se trataría de la afectación de la parte del dominio que se puede desmembrar con el usufructo (art. 1964 CCyC *in fine*).

53 No es de aplicación la prohibición del art. 1546 del CCyC porque la constitución del usufructo queda sujeta al plazo incierto de la muerte de uno de los contratantes y no a condición suspensiva.

54 *Ibidem*, pág. 483.

heredado de alguno de ellos, conservando sólo durante su vida el usufructo de dichos bienes”. Y en el art. 116: “Cesa la obligación de la reserva, si al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos de ellos, aun cuando existan sus herederos”.

El Código Civil redactado por VÉLEZ SANSFIELD disponía igualmente en su art. 3590: “Si a la muerte del padre o de la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos, ni descendientes legítimos del primer matrimonio, aunque existan herederos, éstos no tienen ningún derecho a suceder en los bienes reservados”.

Se consideraba injusto que al fallecimiento del viudo que había heredado bienes de un hijo, estos fueran heredados también por el cónyuge en segundas nupcias y no por los hermanos del hijo prefallecido. Por ese motivo la norma sólo amparaba a los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio y no a otros parientes.

GUASTAVINO entiende que era posible que quien se hallaba obligado a la reserva y los beneficiarios de dicha reserva celebraran pactos para disponer de los bienes sometidos a esta regla, y que estos pactos no constituían pactos sobre herencias futuras. Agrega: “La aceptación de la licitud de estos actos jurídicos relativos a bienes reservables, permitía desde un punto de vista axiológico, superar algunos de los inconvenientes que la institución de la reserva presentaba respecto a la circulación jurídica de los bienes y a la seguridad de las transmisiones”<sup>55</sup>.

Estas disposiciones fueron derogadas por el Decreto-Ley 17.711/68 conforme con la opinión de BORDA, quien consigna: “Esta institución (...) se originó en el sentimiento de hostilidad con que antiguamente se consideraba el casamiento de las viudas. Este prejuicio ha perdido vigencia en nuestros días...”<sup>56</sup>.

Tal como lo expresa el maestro BORDA, tal prejuicio ha perdido vigencia. Empero, en estos tiempos, con la existencia de innumerables “familias ensambladas”, sería interesante estudiar un “aggiornamento” de la institución de los bienes reservables.

La experiencia de nuestros escritorios nos enseña que en muchas ocasiones existen fundadas reticencias de determinadas personas a contraer nuevas nupcias, a pesar de conformar uniones de hecho muy estables, debido al peligro de que algunos bienes provenientes de anteriores nupcias o recibidos por herencia de progenitores lleguen a ser heredados por descendientes de la persona con quien conformó su actual familia convivencial. Ejemplo: una persona soltera que tiene sobrinos con quienes ha compartido su crianza y educación, y que se encuentra unida afectivamente a otra persona que tiene descendientes. En este

55 *Ibidem*, pág. 474.

56 Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, tomo II, 7ª edición actualizada, Ed. Perrot, Buenos Aires, N° 1004, págs. 131 y 132.

caso, la persona del ejemplo corre el peligro, al contraer nupcias, de que determinados bienes que ha heredado de sus progenitores no sean heredados por sus sobrinos (nietos de quienes se esforzaron para adquirirlos) sino la persona con quien convive y -a través de esa persona- los hijos de ésta, con quien la relación puede no ser buena<sup>57</sup>.

En nuestra opinión creemos que sería digna de estudiar la posibilidad de ampliar la nómina del art. 446 del CCyC para permitir que en pactos previos a la celebración del matrimonio los contrayentes pudieran separar algunos bienes que se encuentran en su patrimonio para que ellos no sean heredados por la persona con quien van a contraer nupcias. Inclusive se podría prever, para evitar la indisponibilidad de esos bienes, un régimen de sustitución, tal como se prevé para los bienes propios (art. 464 inc. c) del CCyC), esto es, que si se enajena uno de ellos el enajenante pueda adquirir otros en su reemplazo con su producido, los que tendrían el mismo carácter de bienes reservados.

Durante la vigencia del régimen legal de los bienes reservables no se producía en el momento de la reserva un pacto sobre herencia futura toda vez que se trataba del cumplimiento de una obligación legal. Por tanto, la denominación de “reservables”, que indica la facultad de constituirlos o no constituirlos parece inapropiada<sup>58</sup>.

Empero, en el sistema que ponemos a consideración se trataría siempre, en el caso de sancionarse una legislación que contemplara un régimen semejante, de una nueva excepción a la prohibición de pactar sobre herencias futuras.

## XII.- COLOFÓN

La discusión acerca de la existencia o inexistencia de “lo justo” como valor objetivo, suele remontarse hasta PLATÓN y ARISTÓTELES, aunque es posible continuar la tarea hasta los albores de la humanidad<sup>59</sup>.

---

57 En una consulta reciente acerca de la instrumentación de una convención prenupcial (ambos con hijos de anteriores uniones) para optar por el régimen de separación de bienes (art. 446, inc. d), ante el correcto asesoramiento notarial, el consultante quedó muy sorprendido con respecto a que con el matrimonio ambos pasaban a ser herederos el uno del otro luego de la celebración del matrimonio, a pesar de optar por el régimen de separación de bienes.

58 Según el diccionario de la *Real Academia Española* “reservables” significa: “que se pueden reservar” y remite a “bienes reservables” como término jurídico: “... bienes heredados bajo precepto legal de que pasen después a otra persona en casos determinados” (<http://dle.rae.es/?id=W9C3j9l>).

59 Sobre el punto ver Rabinovich-Berkman, Ricardo D. *¿Cómo se hicieron los derechos humanos?*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2013: “¿Quiere decir esto que las personas definidas por la legislación como ‘judíos’ ya no tienen derechos humanos? Por lo menos, que no tenían ya

Si bien adherimos a quienes postulan la existencia de lo justo como valor objetivo, lo cierto e innegable es que en el devenir de los tiempos la realidad social a la que el derecho se aplica influye extraordinariamente sobre la justicia y el derecho.

Por ello las normas jurídicas, aun las más indubitables, deben ser ajustadas convenientemente a través de los años para su adecuación a las cambiantes realidades sociales.

Si bien la prohibición de pactar sobre herencias futuras mantiene por ahora su lozanía, al parecer ha perdido alguno de sus sustentos. Nuevas realidades conducen a estudiar la conveniencia de ampliar tanto el número de sus excepciones como el de las facultades para regular el propio régimen sucesorio por los particulares.

---

aquellos que les habían sido quitados, como por ejemplo el de casarse con cualquier persona. ¿O bien sucedía que esas prerrogativas *habían dejado de serles reconocidas?* (...) Obviamente, la actitud que adoptemos frente a este problema dependerá de lo que creamos en cuanto a la objetividad de los parámetros que limiten el ejercicio del poder legítimo. Que es tanto como decir, la objetividad de los derechos humanos" (pág. 148). Continúa diciendo: "... ¿basta ese poder legítimo para legitimar también todos los actos de quien lo ejerce? ¿O podría un gobernante legítimo realizar acciones ilegítimas?" (pág. 149). Muy interesantes en esta obra son, especialmente, los comentarios acerca de la tragedia *Antígona* de Sófocles, en la que se discuten estos temas.





# MATERIA CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS CONTRATOS DE  
SERVICIOS Y DE OBRA, Y DEL CONTRATO DE  
TRANSPORTE DE PERSONAS

*Horacio Cecilio Alfonso\**

*SUMARIO: 1. Los contratos de servicios y de obra en el Código Civil y Comercial de la Nación. 1.I. Introducción. Aplicación temporal de los contratos. 1.II. De la definición y clasificación del contrato. 1.III. Invariabilidad de la obra. 1.IV. Responsabilidad del constructor. 1.V. Algunas cuestiones sobre ruina de la obra. 1.VI. Normas especiales en torno a los servicios. Servicios continuados. 1.VII. Conclusiones. 2. Contrato de transporte de personas.*

\* El presente trabajo contó con la colaboración de Constanza Belén Francingues, Mercedes Maqueira y Emiliano Javier Wigutow.

## 1. LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y DE OBRA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

### 1.1. INTRODUCCIÓN. APLICACIÓN TEMPORAL DE LOS CONTRATOS

El Código Civil y Comercial ha comenzado a regir el 1° de agosto de 2015 y ha introducido numerables modificaciones, tanto en el contrato de obra y de servicios como en todo nuestro ordenamiento jurídico.

Uno de los artículos más controvertidos en su interpretación, desde que entró en vigencia el nuevo Código, ha sido el art. 7°, ya que establece el límite temporal de su aplicación, al decir que: “Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario...”. Establecer dicho marco resulta de prioritaria importancia. Al respecto, basta recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que: “... los particulares deben conocer de antemano las reglas de juego a las que atenerse en aras de la seguridad jurídica y la aplicación en el tiempo de nuevos criterios debe estar precedida de especial prudencia”<sup>1</sup>.

Sin embargo, esto no implica la inconstitucionalidad de la ley que establece su retroactividad. Con la regla de la irretroactividad no se niega al legislador el poder dar efecto retroactivo a ciertas disposiciones, porque en materia civil (a diferencia de lo que ocurre en materia penal) la irretroactividad no tiene jerarquía constitucional. Sin perjuicio de esa posibilidad, la misma debe ser establecida expresamente para no afectar la seguridad jurídica<sup>2</sup>.

Continuando en la misma línea, el art. 7° del Código Civil y Comercial, en su tercer párrafo, establece que: “Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”. Así, cabe sólo recordar que, de conformidad con el art. 962 del mismo ordenamiento, las normas relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, por lo que como regla el Código Civil y Comercial no sería aplicable a los contratos constituidos, modificados o extinguidos conforme al Código Civil o al Código de Comercio.

Otra consideración importante merece el tema de los plazos de caducidad incorporados por el Código Civil y Comercial, no existentes en el Código Civil, toda vez que -en torno al contrato de obra- es una de las cuestiones que está generando mayor polémica tanto doctrinaria como jurisprudencial.

1 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7/5/1998, ED, 179-712.

2 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, págs. 52 y 53.

Si bien a continuación se hará especial mención al tema plazos de caducidad en torno a los vicios, se recuerda que si el contrato fue celebrado antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, estos plazos no serán aplicables pues, como se ha dicho, se trata de normas supletorias y ellas no son de aplicación inmediata<sup>3</sup>.

Esta introducción en torno a la aplicación temporal del Código Civil y Comercial en las relaciones jurídicas existentes se ha efectuado con el fin de poner en conocimiento que, desde la entrada en vigencia de la nueva normativa, la jurisprudencia en materia contractual es escasa, toda vez que las controversias contractuales que llegan a sentencia -tanto en primera como en segunda instancia- corresponden a contratos celebrados con anterioridad al 1° de agosto de 2015. Por lo que, al momento de sentenciar, corresponde aplicar -de conformidad con el art. 7°- la normativa vigente al momento de la celebración del mismo, es decir, el Código Civil.

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia ya se venía pronunciando en favor de la tendencia adoptada por nuestro nuevo ordenamiento jurídico.

Se abordará el análisis con los debates doctrinarios más polémicos en torno al contrato de obra y de servicio, surgidos con posterioridad a la reciente aplicación del Código, y se hará mención a la jurisprudencia más relevante en el tema.

## **1.II. DE LA DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO**

Una de las modificaciones relevantes que recibieron tanto el contrato de obra como el de servicios con la sanción del Código Civil y Comercial, fue su cambio de denominación: pasaron de llamarse “locación de obra” o “locación de servicios” a ser denominados “contrato de obra” y “contrato de servicios”. Esta modificación terminológica fue producto de un reiterado reclamo de la doctrina que venía pidiendo que se sustraiga el contrato de obra y el de servicios de la lógica de las locaciones, toda vez que su asimilación resultaba anacrónica y sólo se justificaba por razones históricas derivadas del derecho romano. Ello también se ve plasmado no sólo con la denominación del contrato, sino en que, a diferencia del código de VÉLEZ, en el Código Civil y Comercial se encuentran definidos independientemente de la locación de cosas.

En virtud de la modificación terminológica mencionada surge otro cambio: ya no podrán mencionarse como sujetos de este contrato al “locador” y al “locatario”, toda vez que ya no estamos situados dentro de la locación propiamente dicha. En adelante, por imperio del nuevo texto legal vigente, los sujetos del contrato de obra serán el “contratista o empresario” y el “comitente o dueño de la obra”; y, en el contrato de servicios, las partes serán el “prestador” y el “comitente”.

---

3 Kemelmajer de Carlucci, Aída. Ob. cit., págs. 147 a 150.

Otra consideración especial merece la calificación del contrato que otorga el art. 1252, la que no se encontraba presente en el código de VÉLEZ, en donde se establece que: “Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega. Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral...”.

Por lo tanto, sí existen dudas; si la obligación es de medios estamos en presencia de un contrato de prestación de servicios; y si es de resultado estaremos frente a un contrato de obra, siempre y cuando no haya relación de dependencia.

Corresponde agregar que, si bien parece que el párrafo de esta norma hace sólo referencia a la relación de dependencia en el contrato de servicios, tal conclusión es también aplicable cuando se contrata la ejecución de una obra, sea material o intelectual. Habrá que analizar en cada caso si se presenta la subordinación constitutiva de la relación de dependencia -subordinación técnica, económica y jurídica- o si se trata de un trabajo independiente.

En lo que respecta al cambio de denominación de los sujetos intervinientes, la jurisprudencia surgida en los meses posteriores a la sanción del Código Civil y Comercial no ha efectuado modificaciones significativas. Tal como se ha explicado, los contratos que se encuentran con controversias judiciales por resolver son actos celebrados con anterioridad a la sanción del código, por lo que están siendo resueltos de conformidad con la normativa vigente al momento de su celebración.

Sin embargo, advertimos que el fallo “Martín, Lina Gabriela c/ Aranda Julia s/ resolución de contratos civiles y comerciales” de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata (AR/JUR/4131/2015 -La Ley Online-) del 13/03/2015 estableció que: “... las partes se han vinculado mediante el contrato de proyecto y dirección (...) el profesional asumía el contralor de los materiales y mano de obra (...) corriendo por cuenta y a cargo del comitente la compra de los materiales...”. Allí vemos que si bien es anterior al Código, ya no se utiliza el término “locación de obra” sino “contrato de proyecto y dirección” y se define a las partes como “profesional” y “comitente”, y no “locador” y “locatario”.

Asimismo y como cuestión relevante, sin perjuicio de que el código de VÉLEZ no lo tenía receptado, de dicho fallo surge que la obligación del contratista es una obligación de resultado. Así establece que: “... es su obligación alcanzar el resultado prometido respondiendo al fin perseguido, realizándolo conforme a las reglas del arte de construir, que son las reglas de la experiencia o de la práctica que suelen usarse corrientemente para un tipo de obra y en un lugar determinado, debiendo interpretarse cuál fue la intención de las partes, conforme lo pactado, ponderando el precio estipulado y las costumbres del lugar...”.

En el mismo sentido se pronuncia el fallo “Tiesqui, Ana Cristina c/ Rintal SRL s/ordinario” de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (AR/JUR/49033/2015 -La Ley Online-) del 17/09/2015 en donde el sentencian- te expone que: “En la locación de obra el trabajo es un medio para obtener el re- sultado perseguido. A diferencia de la locación de servicios, donde se contrata a la persona como productora de utilidad; en la locación de obra se contrata a la utili- dad y la persona sólo es relevante en los supuestos en que sea *intuitio personae*...”.

### **1.III. INVARIABILIDAD DE LA OBRA**

El art. 1264 establece la regla de la invariabilidad de la obra. El mismo prescribe que: “Cualquiera sea el sistema de contratación, el contratista no puede variar el proyecto ya aceptado sin autorización escrita del comitente, excepto que las modificaciones sean necesarias para ejecutar la obra confor- me a las reglas del arte y no hubiesen podido ser previstas al momento de la contratación; la necesidad de tales modificaciones debe ser comunicada inmediatamente al comitente con indicación de su costo estimado. Si las va- riasiones implican un aumento superior a la quinta parte del precio pactado, el comitente puede extinguirlo comunicando su decisión dentro del plazo de diez días de haber conocido la necesidad de la modificación y su costo estima- do. El comitente puede introducir variantes al proyecto siempre que no impliquen cambiar sustancialmente la naturaleza de la obra”.

Este artículo tiene su origen en la Ley 17.711 y su objetivo principal es evi- tar que el comitente se vea sorprendido por modificaciones a su obra que él no ha autorizado al momento de la celebración del contrato y que, en definitiva, no impacten en su precio final.

La regla que impone el citado artículo es la de la invariabilidad, por lo que si el contratista varía la obra sin autorización del comitente no puede pedir un mayor precio por ella, salvo que las mismas hayan sido “imprevisibles”. En este su- puesto, el contratista debe notificar al comitente la necesidad de efectuar dichas modificaciones y el costo de las mismas. En caso de aceptar deberá manifestar su voluntad en forma expresa y abonar su costo, el que en principio será acordado por las partes.

Por otro lado, tenemos el tema de los “adicionales” que son aquellos trabajos que en el transcurso de una obra (por distintas razones, inherentes al propietario y/o al contratista) se decide realizar a pesar de que no estén presupuestadas o planteadas en los planos y/o memoria descriptiva. Si el comitente no autoriza ex- presamente los adicionales, el contratista no podrá modificar el proyecto y deberá soportar los costos por no haber previsto dicho adicional. Tal situación se modifica si el comitente tuvo conocimiento de los adicionales y, pudiendo haber impedido su

ejecución, no lo hizo. En dicho caso, deberá abonar el costo correspondiente, dado que la negativa del mismo implicaría un supuesto de enriquecimiento sin causa.

Finalmente, en torno a las modificaciones de la obra, si las mismas superan en su valor una quinta parte del precio pactado, el comitente podrá rescindir el contrato comunicando dicha decisión dentro de los diez días de conocida la necesidad de modificación y su costo<sup>4</sup>.

Respecto de este tema consideramos interesante un fallo del Juzgado de Documentos y Locaciones de la Octava Nominación de los tribunales de la ciudad de Tucumán (véase MOEREMANS. Ob. cit., autos "Aráoz Gerardo Enrique c/ Abregú Eduardo Augusto s/ cumplimiento de contrato", Expte. 4393/98, del 19 de febrero de 2013 -inédita-). En dicho caso, el actor demandó por cobro de pesos en concepto de adicionales ejecutados, con más sus accesorios. El demandado negó haber autorizado en forma expresa la ejecución de adicionales y por lo tanto deber suma alguna en tal concepto, pues los trabajos debían ser considerados como incluidos en el precio.

El fallo dispuso que las partes se vinculan por un contrato de obra siendo el actor el locatario y el demandado el locador de la misma. Asimismo, sostuvo que el contrato se realizó con el sistema de ajuste alzado -cuestión no controvertida-. Es, en virtud de dicha calificación, que surge la duda de si dentro del sistema de ajuste alzado pueden existir o no adicionales, en atención a que el ajuste alzado significa una obra cuyo precio se fija a un tanto global y requiere por lo tanto una invariabilidad de la obra que corresponda a esa invariabilidad en el precio. Cabe agregar en relación a esto que el Código Civil y Comercial evita esta discusión, toda vez que en el mencionado art. 1264 establece la invariabilidad en "cualquier sistema de contratación".

El juzgador remite al art. 1633 bis del Código Civil -antecedente del art. 1264- para establecer el criterio de invariabilidad de la obra como forma de tutelar al dueño de la obra al impedir que el locador pueda pretender cumplir con su obligación mediante la ejecución de una obra distinta a la convenida y querida por el comitente; o que éste se vea en la obligación de afrontar gastos que no tenía previsto hacer. Todos los trabajos adicionales realizados fuera de las previsiones del contrato se considerarán comprendidos dentro del precio total pactado. Sin embargo, hace expresa mención a que más allá de que el contrato sea de ajuste alzado absoluto, si no existe una prohibición relativa a la no realización de trabajos extras o adicionales y el empresario prueba que los hizo, puede cobrarlos si el dueño de la obra los conoció y consintió, lo cual se presume si este visitaba la obra o vivía en ella; lo contrario implicaría un enriquecimiento indebido del propietario.

Así en el caso, ambas partes reconocieron que los trabajos adicionales fueron llevados a cabo, con la diferencia de que el actor los considera como distintos al

---

4 Moeremans, Daniel E. "Contrato de obra y de servicios en el Código Civil y Comercial", La Ley Online AR/DOC/1125/2015, abril de 2015.

proyecto u obra originalmente convenido, y el demandado los considera comprendidos dentro de la obra por la modalidad de ajuste alzado, es decir que no revisten el carácter de adicionales. De las probanzas de autos -prueba confesional- se desprende la presunción de que el dueño de la obra conoció y consintió los trabajos que se efectuaron, toda vez que este la visitaba periódicamente. Lo que resta que el juzgador determine es si los trabajos mencionados como adicionales, formaban parte de la obra por ajuste alzado o revisten el carácter de extras. Concluye que, en virtud del sistema de contratación elegido, como los trabajos enunciados no se encontraban comprendidos en la memoria descriptiva de la obra, son adicionales en el sentido de que implican variantes a la obra no esenciales para que la obra fuera recuperada o refaccionada conforme el proyecto original; es decir, se apartan notoriamente del proyecto original.

Establece que siendo posible la realización de adicionales en un sistema de ajuste alzado y presumiéndose conocidos por el demandado los trabajos adicionales realizados -ya que éste visitaba la obra periódicamente-, se considera que consintió la realización de los mismos, a sabiendas de que se trataba de trabajos adicionales, en el sentido de que resultaban extraños al proyecto original. En consecuencia, no quedan comprendidos en el precio pactado para la realización de la obra o proyecto original, debiendo el accionado abonar los mismos, puesto que, de no hacerlo, implicaría un enriquecimiento indebido al haber obtenido beneficios sin ningún tipo de sacrificio.

## **1.IV. RESPONSABILIDAD DEL CONSTRUCTOR<sup>5</sup>**

### **1.IV.a. Destrucción antes de la entrega**

Tal como se ha explicado *ut supra*, el contratista asume frente al comitente una obligación de resultado, por lo que si la obra se destruye antes de su entrega, éste será responsable, salvo que dicha destrucción sea por caso fortuito.

Tal como surge del art. 1268, el nuevo ordenamiento excluye del ámbito de la responsabilidad del contratista el supuesto de caso fortuito, permitiendo que este sea reintegrado por el precio de los materiales -si es que los aportó- y hasta obtener una compensación equitativa por las tareas efectuadas.

Sin embargo, las consecuencias varían según que el empresario haya o no provisto los materiales o según que el comitente estuviera en mora al momento de la destrucción:

1.a. Contratista provee materiales y la obra se realiza en inmueble del comitente

---

5 López Mesa, Marcelo J. "Responsabilidad de ingenieros, arquitectos y constructores por vicios de edificación", La Ley Online, AR/DOC/608/2016 del 04/04/2016.

Si la obra se destruye por caso fortuito, el contratista tiene derecho al valor de los materiales y a una compensación económica por el trabajo realizado.

1.b. Contratista que no provee materiales pero sí su trabajo en inmueble del comitente

Si bien la norma nada dice al respecto, se interpreta -a contrario sensu- que si la obra se destruye por caso fortuito antes de su entrega, el contratista tendrá derecho a ser compensado por la tarea efectuada, toda vez que no puede estar en peor situación quien no provee los materiales que quien sí lo hace.

2. Otro supuesto

Se da cuando la destrucción de la obra -antes de su entrega- ocurre por la mala calidad de los materiales. En dicho caso el contratista será responsable tanto por no haber advertido la calidad deficiente de los mismos, y aun habiéndolo hecho por no haberse negado a continuar la obra.

En este caso, se carga al contratista -en su carácter de profesional- con las consecuencias del empleo de materiales defectuosos toda vez que por su aptitud profesional no puede ignorar la mala calidad de los mismos, ante lo cual debió negarse a emplearlos. En consecuencia, el comitente no debe pagar la remuneración pactada.

Al respecto, resulta interesante citar un fragmento del fallo “F. de G., B. y otro c/ C., N. E. / daños y perjuicios” de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y comercial de Azul, Sala I del 20/05/2014 que resolvió que: “El Maestro Mayor de Obras contratado para construir el inmueble de propiedad de los actores es responsable de la amenaza de ruina que presenta el bien derivada de la deficiente cimentación efectuada, pues, si bien invocó que advirtió sobre los posibles riesgos de emprender la obra bajo la modalidad requerida, el art. 1646 del Código Civil prohíbe la dispensa contractual en tal sentido, dado que todo lo vinculado al arte de la construcción interesa al orden público general, máxime tratándose de un profesional que debe conducirse de acuerdo a las reglas del arte y de la técnica”.

3. Finalmente se evalúa si el comitente se encontraba en mora en la recepción de la obra cuando se produjo el deterioro o la destrucción de ella. En dicho caso, el código establece que el comitente deberá pagarle al empresario la remuneración pactada. Cabe agregar que si bien no lo dice expresamente, se interpreta que -en caso de haberlos suministrado- deberá también los materiales.

#### **1.IV.b. Responsabilidad luego de la recepción de la obra**

*La recepción de la obra. Responsabilidad por vicios aparentes y vicios ocultos*

En primer término corresponde diferenciar los términos “aceptación” de “recepción” de la obra. La aceptación de una obra es un acto jurídico unilateral no



formal mediante el cual el comitente exterioriza su conformidad con la obra realizada. Es un paso previo a la recepción. Por su parte, la recepción presupone otra aceptación. Al ser conceptos diferentes puede ocurrir que el comitente se encuentre en posesión de la obra pero que no la haya aceptado.

Una vez finalizada la obra, la recepción de la misma es obligatoria -siempre y cuando se ajuste a lo pactado- y su negativa faculta al contratista a constituir en mora al comitente. Por lo general, la recepción de la obra va precedida con la verificación por parte del comitente -o por un experto designado por este-. Tal como establece el art. 1269, la verificación es un derecho y no una obligación, dado que es el propio comitente quien resultará ser el único perjudicado por las consecuencias de no realizarla.

La aceptación de la obra sin reserva alguna libera de responsabilidad al constructor por los vicios aparentes. El efecto de la aceptación se produce en forma inmediata, lo que difiere -según haya o no un plazo de garantía- será que, en caso de haberse pactado uno, la liberación de responsabilidad se producirá una vez vencido el mismo. En caso de no haberse pactado plazo de garantía, la aceptación se considera definitiva; caso contrario, la recepción será considerada provisoria. En este último supuesto se recibe la obra y se fija un plazo para ponerla en funcionamiento y verificar si aparecen defectos que no se percibieron al momento de recibirla. Una vez vencido ese plazo, la obra se considera aceptada y se liberará de responsabilidad por vicios aparentes.

Si nos remitimos al art. 747 -como establece el art. 1270- surge que la aceptación de la obra hace presumir la inexistencia de vicios aparentes. Sin embargo, lo cierto es que no existe tal presunción, sino que la aceptación genera la purga de toda posibilidad del dueño de reclamar al constructor por ellos -salvo en el supuesto de ruina-. Al respecto cabe hacer dos aclaraciones: en primer lugar, que subsiste la obligación de saneamiento; y, en segundo, que es una "presunción" que admite prueba en contrario, aunque no sería una prueba fácil de aportar. Si el dueño fue diligente, habrá citado al acto jurídico de recepción al director de obra, protegiendo así sus derechos; y, si no lo fue, la habrá recibido sin dar intervención a este purgando así los vicios aparentes.

Por su parte, en torno a la redacción del artículo, es importante saber que nunca "es de uso" otorgar un plazo de garantía. Si nada se pactó, no hay plazo de garantía.

Sobre este tema, el citado fallo "Tiesqui c/ Rintal" determinó que "Tampoco la actora rechazó la obra al tiempo de su recepción (...) el comitente debe verificar la misma (...) una vez comprobado ello y aprobada la construcción, la obra es recibida sea provisionalmente o en forma definitiva. En este caso, las diferencias en las medidas de ventanales y puertas constituyeron un hipotético vicio aparente, pues el dueño lo pudo constatar a simple vista. En

este caso, la recepción de la obra con vicios aparentes libera al empresario...”. Asimismo, el fallo destaca que: “Resulta claro, entonces, que al verificar las medidas de las aberturas como paso previo a la aprobación de los trabajos, la actora constató que algunas de ellas eran de mayor tamaño al que requería el estado actual de la obra... pero aún frente a aquella contingencia... la señora Tiesqui no se quejó a Rintal S.R.L...”.

Por otro lado, el fallo “Martín c/ Aranda” estableció que: “El locatario tiene el deber de recibir y aceptar, pero ello ocurrirá siempre y cuando la obra sea de recibo, es decir, que implique el cumplimiento del deber jurídico del empresario, una vez terminada conforme a lo convenido. La operación por la cual se declara aceptable la obra debe referirse a todo el complejo de la obra y no estar sujeta a condiciones o reservarse de observar si en las obras existen defectos.

La aceptación, a su vez, ocurre previa verificación de la obra. Mediante el acto de verificación, el locatario controla el cumplimiento de lo pactado, es decir, si la obra se ha realizado conforme al contrato respectivo. Así, la recepción viene a ser una consecuencia de la verificación, si ésta ha dejado satisfecho al comitente en el sentido de que la obra se ha efectuado en la forma prevista y estipulada (puede hacerse la verificación durante el curso de los trabajos o bien al término de éstos) y la recepción puede ser definitiva o provisional, aparte de que se convenga la recepción no sólo total, sino también de partes de la obra, esto es, recepción total o parcial.

En el caso traído está claro que la parte actora, locataria del contrato que la ligara con la demandada, ha verificado la obra pero no la ha aceptado. Lejos de manifestarle a la locadora su satisfacción respecto de los trabajos realizados, se ha alzado en disconformidad, protestando en múltiples aspectos sobre tales trabajos mediante la confección del acta notarial en la que dejó sentado las observaciones de lo construido, y en la carta documento que envió a la contraparte para hacerle saber que en virtud de su inconformidad prescindiría de los servicios contratados y en la que, además, le reclamaba el dinero que le había adelantado...”.

Ahora, cabe preguntarse qué sucede respecto a los vicios ocultos. Si, tal como dijimos, la recepción libera al contratista por los vicios aparentes, los vicios ocultos -de conformidad con el art. 1272- quedan sujetos a un régimen de denuncia, caducidad y prescripción.

Tal como establece el inc. b) del citado artículo, el contratista: “... responde de los vicios o defectos no ostensibles al momento de la recepción, con la extensión y en los plazos previstos para la garantía por vicios ocultos prevista en los artículos 1054 y concordantes”. Esta última norma dispone que: “... el adquirente tiene la carga de denunciar expresamente la existencia del defecto oculto al garante dentro de los sesenta días de haberse manifestado. Si el de-

fecto se manifiesta gradualmente, el plazo se cuenta desde que el adquirente pudo advertirlo. El incumplimiento de esta carga extingue la responsabilidad por defectos ocultos, excepto que el enajenante haya conocido o debido conocer, la existencia de los defectos”.

La remisión a esta normativa nos genera diversos cuestionamientos: ¿cuáles son los artículos concordantes al art. 1054 que expone el art. 1272? El constructor y demás sujetos legitimados pasivamente en el art. 1274, ¿frente a quién responden por vicios ocultos<sup>6</sup>?

Sintetizando en torno a este tema, si los vicios son aparentes, la recepción de la obra libera al constructor por ellos; si los vicios son ocultos, responde el constructor siempre que se cumpla con el procedimiento de denuncia dentro de los sesenta días de conocidos, salvo que sean de tal gravedad que ocasionen o necesariamente vayan a ocasionar la ruina total o parcial, en cuyo caso, aunque el vicio no haya sido denunciado en término, responderá el constructor conforme el art. 1273 CCyC<sup>7</sup>.

#### **1V. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE RUINA DE LA OBRA**

A modo introductorio, recordamos que el Código Civil y Comercial regula la responsabilidad por ruina en los arts. 1273, 1274, 1275 y 1276. Se establece una responsabilidad especial en los contratos de obra que tienen por objeto inmuebles destinados a larga duración cuando determinada clase de vicios ocasione la ruina total o parcial o tornen la obra impropia para su destino. Dicha responsabilidad -en principio del constructor- no concluye cuando la obra se entrega, sino que la misma se extiende por el plazo legal establecido, no sólo frente al comitente, sino también frente al adquirente de la obra o a su beneficiario -en caso de ser contrato de consumo-.

La responsabilidad -de todos los intervinientes en el proceso de construcción- es objetiva agravada y sólo se podrán liberar demostrando la causa ajena, no considerando causa ajena al vicio del suelo, los materiales y vicios de la construcción. Finalmente, se establece un plazo de caducidad de diez años desde el momento de la recepción definitiva.

Ya adentrándonos en cuestiones más polémicas, SERGIO BERTONE en su artículo “Régimen de vicios aparentes y ocultos, y ruina en el Código Civil y Comercial” plantea -a nuestra consideración acertadamente- que existe una contradicción

---

6 Bertone, Sergio O. “Régimen de vicios aparentes y ocultos, y ruina en el Código Civil y Comercial”, La Ley Online, AR/DOC/1386/2015.

7 Conf. López Mesa, Marcelo J. Ob. cit.

lógica entre la primera y la segunda parte del art. 1272. Mientras que en la primera parte establece que: “Si se trata de vicios que no afectan la solidez ni hacen la obra impropia para su destino...”, en el inc. b) de ese mismo artículo manda a responder conforme a “la extensión y los plazos previstos para la garantía por vicios ocultos” -lo que paradójicamente incluye a las obras impropias para su destino-. Asimismo, esta contradicción también surge de la remisión al art. 747, el que alude a la obligación de saneamiento -la cual también incluye a las obras impropias para su destino-.

La garantía por saneamiento incluye los vicios ocultos de cualquier magnitud, incluso aquellos que hagan la obra impropia para su destino por razones estructurales o funcionales. Esta garantía es en algunos casos dispensable contractualmente y puede caducar por negligencia del acreedor en sólo sesenta días, siempre y cuando el vicio se manifieste dentro de los tres años; mientras que la ruina edilicia en sentido estricto no tiene plazo de caducidad, sino sólo de garantía que no es dispensable por contrato alguno.

El concepto de: “... defectos ocultos que hacen a la obra impropia para su destino por razones estructurales o funcionales...”, tanto en los términos del art. 1051, inc. b), como en los del art. 1273 no es fácil de verificar en la realidad cotidiana y menos lo es sin culpas concurrentes o directamente sin la fractura del nexo causal, en virtud de la casi segura culpabilidad del adquirente, del dueño o de un tercero por quien no se debe responder. Un juez puede pasar su vida sin tener que juzgar un caso que encuadre fácticamente en lo antedicho.

En virtud del poco caudal jurisprudencial en relación a este tema, traeremos nuevamente a colación el fallo “F. de G., B. y otro c/ C., N. E s/ daños y perjuicios” de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I del 20/05/2014, que si bien es del año 2014 -previo a la sanción del código- el mismo ya se encontraba con el proyecto finalizado. Asimismo, tal fallo establece cuestiones muy relevantes en torno a la ruina y a su regulación.

Los actores inician demanda contra el maestro mayor de obras por daños y perjuicios. Manifiestan que celebraron un contrato por el cual se encomendó al demandado el proyecto, la dirección y administración de la construcción de una vivienda, a edificarse en un terreno aportado por los actores. Afirman que, al adquirir la obra, habitaron con total normalidad, pero que unos meses después comenzaron a detectar que en ciertos sectores de la misma se comenzaban a producir desniveles y hundimientos que anunciaban un grave y anormal deterioro en una vivienda destinada a larga duración. Comenzaron con pequeñas fisuras para luego ser verdaderas rajaduras cuyas medidas aumentaban día tras día. Ante dicha situación promovieron medidas de prueba anticipada en donde se realizó una pericia de arquitectura, la cual advirtió sobre un peligro de ruina inminente y sugería medidas de evacuación, por lo que procedieron a mudarse de su inmueble.

Por su parte, el demandado, luego de su negativa de rigor, manifiesta que resulta ilógico reclamar por ruina cuando la misma aún no se ha producido y no existe prueba contundente de que pueda producirse. Continúa diciendo que el terreno que proveyó la locataria no era el adecuado, por lo que aconsejó adquirir otro. Frente a la negativa por parte de los actores expone que puso en conocimiento de ellos las posibles consecuencias.

Así la sentenciante establece cuestiones sumamente relevantes: en torno al comienzo del cómputo de la prescripción expone que: "... el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por ruina contra el constructor, en los casos de ser ésta inminente o por degradación paulatina, será la fecha en que el dueño actuando diligentemente, haya podido cerciorarse de la virtualidad ruinosa de los vicios aparecidos en la obra..."

La magistrada cita a la obra de LORENZETTI, *Tratado de los Contratos*, en donde se menciona que la ruina ilustra situaciones muy diversas. En lo que interesa, establece como ruina a: "... la posibilidad concreta y previsible de que se produzca un derrumbe" y "... las filtraciones importantes o humedad generalizada; las rajaduras de muros que excedan las simples fisuras; los hundimientos de pisos". Así en este caso: "... se verificaron sucesivamente las dos situaciones contempladas por Lorenzetti en los puntos transcriptos, lo que *a priori* podría llevar a pensar que el inicio del cómputo de la prescripción debe contarse desde que se produjeron las rajaduras y hundimientos...". Finalmente, establece que: "... si se le exigiera al dueño del inmueble que promueva la acción ante el primer supuesto de ruina que se le presente, correría el riesgo de que su demanda sea rechazada por entenderse que el caso no constituye un supuesto de ruina..."

En relación al concepto de ruina: "... etimológicamente 'ruina' significa 'destrucción', es decir, 'el fin de la cosa', es la 'acción de caerse o destruirse una cosa, destrozado, decadencia, restos de un edificio arruinado', pero no es el que sostienen mayoritariamente los autores y jurisprudencia de nuestro país quienes consideran que a la ruina aludida por la norma en examen debe asignársele un sentido jurídico y no gramatical, comprensivo de la destrucción total o parcial, la amenaza de ruina y la ineptitud funcional de la obra..."

En otro punto del fallo no menos relevante, relata que el demandado pretende liberarse de responsabilidad manifestando que los actores fueron advertidos de los posibles riesgos de emprender la obra y que aun así decidieron continuar asumiendo ellos los eventuales daños. Delimitado ello recuerda que: "... no será admisible la dispensa contractual por ruina total o parcial (...) ha quedado en claro que se trata de una norma imperativa, pues todo lo vinculado al arte de la construcción interesa al orden público general (...) Por tal motivo, y por ser el locador de obra un profesional, no debe seguir los pedidos del comitente, sino conducirse de conformidad con las reglas del arte y de la técnica, y tal como dice Tronchet, en esos supuestos el profesional debe negarse a construir..."

## **1.VI. NORMAS ESPECIALES EN TORNO A LOS SERVICIOS. SERVICIOS CONTINUADOS**

Para ir concluyendo la presente actualización, abordaremos un artículo polémico dentro del contrato de servicios. Así, el art. 1279 relativo a los servicios continuados establece: “El contrato de servicios continuados puede pactarse por tiempo determinado. Si nada se ha estipulado, se entiende que ha sido por tiempo indeterminado. Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato de duración indeterminada; para ello debe dar preaviso con razonable anticipación”. En torno a la definición, lo único que cabe recordar es que servicio continuado es todo aquel que se presta periódicamente. Sin embargo, la polémica de esta norma gira en torno a la frase “razonable anticipación” en donde no queda otra que preguntarnos: ¿qué es razonable anticipación? Lo que para uno puede ser razonable, para otro no, y está en juego nada más y nada menos que la extinción del contrato.

Algunos dicen que dependerá del tiempo en que se encuentra en vigencia el vínculo, el servicio o la actividad, la importancia económica del mismo y que ante una eventual discusión será una cuestión librada a apreciación judicial.

A nuestro parecer es un término sumamente vago, subjetivo e impreciso para determinar la extinción unilateral de un contrato y que nada dice en torno a la sanción que acarreará quien no otorgue el preaviso dentro de esa “razonable anticipación”. Lejos de brindar soluciones, deja abierta la puerta para que cuestiones que deberían ser pactadas por la autonomía de la voluntad de las partes deban debatirse en la justicia generando un dispendio jurisdiccional innecesario.

En relación a este tema, traemos a colación el fallo “Grintours SA c/ Laboratorios Phoenix SA s/ ordinario” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D del 27/10/2015 (La Ley Online AR/JUR/42180/2015), en donde Grintours S.A. promovió demanda contra Laboratorios Phoenix S.A. para que se la condene con costas a resarcir los daños y perjuicios más intereses, derivados de la rescisión unilateral e intempestiva que la última provocó respecto del contrato verbal que las unía, el cual tenía por objeto la prestación de servicios terrestres de traslado de pasajeros.

Allí la Excelentísima Cámara resolvió que: “Si en un contrato verbal de traslado de pasajeros la demandada comunicó a su contratante que mantendría el servicio hasta una fecha determinada y esta última, en función de ello, llegó a solicitarle que organice sus medios para que los servicios culminaran en esa fecha, no puede luego aquélla anunciar que la extinción contractual tendría lugar más adelante, pues es inadmisibles la contradicción con la conducta jurídicamente relevante previa y propia del sujeto, máxime cuando contravenir el hecho propio implica no sólo destruirlo sino desconocerlo para evitar secuelas o eludirlas, lo que no puede tolerarlo -art. 1067 del Código Civil y Comercial...”. Por otro lado, establece que: “... la empresa que rescindió unilateralmente y sin causa un contrato de servicios continuados por

tiempo indeterminado sin otorgar un plazo de preaviso razonable debe responder por las consecuencias dañosas de su conducta -en el caso se la condenó a abonar una indemnización sustitutiva de preaviso de un mes de utilidad neta mensual por cada año de duración del contrato-, en consecuencia con la jurisprudencia anterior a la vigencia del Código Civil y Comercial, el cual consagra expresamente esa solución en su art. 1279 (...) A efectos de determinar la indemnización sustitutiva del preaviso en un supuesto de rescisión unilateral sin causa de un contrato de servicios continuado por tiempo indeterminado debe tenerse en consideración, como pauta valorativa, el tiempo en que efectivamente el contrato estuvo vigente -arts. 1492 y 1493 del Código Civil y Comercial- (...) Sí es aceptable, en cambio, que se considere que la demandada debió cursarle un preaviso extintivo de cuatro meses, solución subsidiariamente reclamada en su memorial de agravios. Ello es así, pues partiendo de la base de que ha sido admitido por Laboratorios Phoenix SA que la relación contractual se extendió por cuatro años, el criterio comúnmente aceptado por esta alzada mercantil para casos semejantes es, precisamente, el de exigir que el plazo de preaviso sea de un mes por cada año de vigencia del contrato...”.

Para concluir, el fallo tiene dos cuestiones a destacar: no sólo fija un parámetro jurisprudencial para fijar qué es “razonable anticipación”, sino que resuelve aplicando y citando la nueva codificación vigente en nuestro ordenamiento legal.

## **1.VII. CONCLUSIONES**

El Código Civil y Comercial establece una terminología más moderna en torno a los contratos de obra y de servicios, y mayores precisiones en muchos casos. Sin embargo, el tema de los vicios y de la ruina introduce innumerables contradicciones. Deja en evidencia la falta de integración del cuerpo normativo en general y la poca practicidad que genera la remisión de un artículo a otro.

Llama poderosamente la atención que temas tan discutidos y tomados en cuenta por la doctrina y por la jurisprudencia hayan sido recibidos con serios errores, omisiones y deficiencias.

Un punto no mencionado en el análisis que cabe destacar es que, si bien la definición establece que se regulan tanto las obras materiales como intelectuales, la normativa omite considerablemente hacer referencia alguna a las obras intelectuales, toda vez que las cuestiones reguladas remiten pura y exclusivamente a las obras en inmuebles.

Esto no quiere decir que el régimen sea insuficiente para hacer justicia. Sin embargo, se constituyó un régimen complejo, difícil de entender y muchas veces de aplicar, y que genera un arduo trabajo para hallar soluciones concretas y aceptables.

Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta el breve lapso que hace que la normativa ha comenzado a regir y poniendo de resalto el principio de temporalidad de las normas jurídicas, corresponde otorgar el tiempo suficiente para evaluar su aplicación una vez que, controversias contractuales -de contratos celebrados con posterioridad a la sanción del código- lleguen a manos de los jueces, quienes en definitiva deben poder hacer justicia con cualquier norma.

## 2. CONTRATO DE TRANSPORTE DE PERSONAS

En materia de transporte, desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial no ha habido fallos resonantes que recepten las nuevas reglas sancionadas. En general, los conflictos que llegaron a sentencia a partir del primer día de agosto del 2015 debieron ser resueltos por los jueces aplicando el Código Civil derogado, ya que los reclamos versaron sobre consecuencias de relaciones o situaciones jurídicas que se habían agotado con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código (art. 7° CCyC).

Lo dicho no obsta a que distintos tribunales en sus fallos hayan aprovechado para hacer mención a la nueva norma ni tampoco impidió que hayan proliferado varias publicaciones doctrinarias que, como hicimos en nuestra obra comentada, analizaron el impacto de las reformas introducidas por la flamante legislación. Afortunadamente, tanto los jueces como los distintos autores han coincidido con las apreciaciones que plasmamos en el Código Civil y Comercial comentado, y ello vaticina un buen porvenir en lo que hace a la aplicación de los nuevos preceptos de aquí en adelante.

Una de las cuestiones que mereció mayor atención fue la relativa al derecho aplicable a los contratos de transporte que el Código regula en el art. 1281 de la siguiente manera: "Ámbito de aplicación. Excepto lo dispuesto en leyes especiales, las reglas de este Capítulo se aplican cualquiera que sea el medio empleado para el transporte. El transporte multimodal se rige por la ley especial".

Como comentamos oportunamente, el transporte admite diversas modalidades, cada una de ellas con sus particularidades técnicas (vehículo, medio en el que se desarrollan, infraestructura, riesgos que se enfrentan y demás aspectos) y, por tal motivo, con soluciones jurídicas específicas que se hallan plasmadas en diversas normas especiales. Conciente de ello, el legislador ha optado por otorgarle carácter residual o supletorio a las normas del Código, las que sólo regirán en aquellos casos en los que una cuestión determinada no se encuentre regulada en la norma especial aplicable.



En este sentido se expidió la doctrina recientemente<sup>8</sup> y coincidentemente con lo que ya expresáramos en nuestra obra comentada, que en los casos de transporte aéreo: “La normativa de aplicación es en primer lugar el Derecho Aeronáutico, y en segundo lugar, la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial”. También se especificó que: “El Código Aeronáutico Argentino establece un claro orden de prelación en la aplicación de las normas. Así, en primer lugar se deberán aplicar las previsiones y principios generales del Código Aeronáutico, los tratados internacionales, siguiéndole a éstos los usos y costumbres de la actividad aérea. Luego, si aún la solución a la cuestión fuere dudosa, se resolverá por las leyes análogas o por los principios generales del derecho común (art. 2º, Código Aeronáutico)”.

Manteniéndonos en el asunto del ámbito de aplicación de las reglas del capítulo 7 (título IV del libro tercero), una cuestión que merece especial mención es la incidencia que el derecho de los consumidores y usuarios proyecta en materia de transporte. Como oportunamente lo habíamos señalado, siempre que el contrato de transporte se celebre dentro del marco de una relación de consumo, este se verá afectado por el plexo normativo consumeril, cuyas disposiciones se sumarán a las del Código Civil y Comercial con el fin de incrementar el espectro de protección al consumidor.

En ese entendimiento se ha analizado el lugar que ocupa el contrato de transporte -en este caso el aéreo- como un contrato de consumo<sup>9</sup>. Así, se ha expresado que: “A la luz de dicha norma (refiere al art. 1093, que define al contrato de consumo), no caben dudas de que el contrato de transporte aéreo inexorablemente es de consumo, toda vez que resulta incontestable el carácter de usuario del pasajero que adquiere y/o para sí o para su grupo familiar o social, el servicio de transporte aéreo brindado por una empresa aerocomercial”. Más allá de los reparos que deba hacerse a esa afirmación, en tanto la ley de defensa del consumidor tiene un carácter meramente supletorio en materia aerocomercial<sup>10</sup>, lo cierto es que, como bien señala la autora: “... nada impide la inclusión del contrato de transporte aéreo -y de cualquier tipo de contrato de transporte- dentro de la categoría más amplia de contratos de consumo mencionada más arriba”.

8 Albano, Carlos Alberto. “Incumplimiento doloso del contrato de transporte aéreo”, SJA, 2016/07/13-43; JA 2016-III.

9 Barreiro, Karina M. “El contrato electrónico de transporte aéreo de pasajeros a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, RCCyC, julio de 2016, pág. 186.

10 El art. 63 de la Ley 24240 dispone: “Para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley”.

Siguiendo con el articulado comentado, nos encontramos con el art. 1282, que excluye la aplicación de las normas relativas al contrato de transporte en aquellos casos en que este sea de carácter gratuito. La norma dispone que: “El transporte a título gratuito no está regido por las reglas del presente Capítulo, excepto que sea efectuado por un transportista que ofrece sus servicios al público en el curso de su actividad”.

En oportunidad de comentar aquel artículo, explicamos que el Código parecía haber resuelto la discusión que existe acerca de la naturaleza jurídica del transporte a título gratuito. Ello, en tanto la aclaración expresa de que el transporte gratuito no se rige por las normas atinentes a los “contratos de transporte”, entraña necesariamente la negativa a su naturaleza contractual; de lo contrario, no se lo habría excluido de esa regulación.

Esa interpretación fue compartida por cierta doctrina<sup>11</sup> que afirmó: “Rápidamente dejaremos claro que discrepamos con la postura contractualista, pues, amén de generar un régimen de responsabilidad aún más estricto para el transportador, ya que implica la existencia de un deber de seguridad en su cabeza ajeno al encuadre aquiliano, lo cierto es que adherimos a la postura que lo desestima. Basta pensar, en tal sentido, que todo contrato implica la intención de ligarse, el *animus negotii contrahendi*, la voluntad negocial”.

Y en cuanto a las posibles dudas acerca del factor de atribución aplicable a casos de daños en transporte gratuito (los que, recordemos, no se hallan regulados por el capítulo de “contrato de transporte”), el mismo autor expresó que: “... no quedan dudas, desde nuestro punto de vista, de que a partir de la cita legal transcripta (refiere al art. 1769 del CCyC) el factor de atribución aplicable en casos como el aquí anotado será el objetivo inherente al riesgo o vicio de las cosas. Ello da por tierra con la amplia corriente jurisprudencial que postulaba la necesidad de que la víctima acreditase la culpa del ocasional transportista, pues, desde nuestro punto de vista, tal cuestión no admite, con el nuevo marco legal, otro análisis posible”<sup>12</sup>.

Finalmente, en otros aportes doctrinarios se ha aclarado -de la misma forma que lo hicimos en el Código Civil y Comercial comentado- que al analizar el art. 1282 no cabe hacer distinción entre el benévolo y el gratuito, como las que se realizan en doctrina y jurisprudencia<sup>13</sup>. Ello, dado que ambos supuestos encua-

11 Sobrino Reig, Ezequiel. “El transporte benévolo en el Código Civil y Comercial de la Nación”, SJA, 2015/4/15-55; JA, 2015-II-366.

12 Ibidem.

13 Piedecabras, Miguel A. Comentario al art. 1282, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ricardo L. Lorenzetti director, tomo 7, 1º edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, págs. 16 y 17.

dran dentro de los transportes “a título gratuito” y, consiguientemente, estarán excluidos del capítulo analizado, por cuanto la onerosidad es un elemento necesario, tal como tradicionalmente lo había declarado la jurisprudencia<sup>14</sup>.

Otro interesante tópico que la doctrina se ha encargado de desarrollar es el relativo a la previsibilidad contractual. Se trata de una cuestión que el Código regula en el art. 1728 y que tiene por finalidad determinar qué consecuencias son resarcibles en el marco de una relación contractual paritaria. Así pues, la regulación de esa cuestión proyecta una gran influencia dentro de lo que es el contrato de transporte de personas y de cosas (verbigracia, en los arts. 1287, 1291 y 1294). Veamos.

El art. 1728 dispone: “En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”. La norma importa una excepción a la regla sentada en los dos artículos anteriores, que establecen que sólo son indemnizables las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, salvo pacto en contrario (art. 1726). En definitiva, el esquema de consecuencias indemnizables del Código Civil y Comercial queda regulado de la siguiente manera: en principio, se reparan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (definidas en el art. 1727); pero si estamos ante un daño culposo producido en el marco de una relación contractual paritaria, se configura la excepción del art. 1728 y serán resarcibles las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Y si dicho daño fuera doloso, se tomarán en cuenta las consecuencias que fueran previstas o que pudieron preverse al momento del incumplimiento.

Como consecuencia de lo dicho, conforme lo explicara GALDÓS<sup>15</sup>, pese a la unificación del sistema de responsabilidad civil, se mantiene una distinción de órbitas en cuanto a la determinación de las consecuencias resarcibles. En concreto, el art. 1728 CCyC adopta el parámetro de la previsibilidad para la responsabilidad contractual, mientras que los arts. 1726 y 1727 del mismo Código determinan la regla de la relación de causalidad adecuada para la órbita extracontractual. En consecuencia, las categorías definidas en el art. 1727 (consecuencias mediatas, inmediatas y casuales) no resultan de aplicación para efectuar el juicio de previsibilidad, el que se efectúa con referencia a lo que las

---

14 Barbado, Patricia B. “El transporte de personas en el Código Civil y Comercial”, Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, “Contratos en particular”, abril de 2015, pág. 113.

15 Galdós, Jorge Mario. “Relación de causalidad y previsibilidad contractual”, RCyS, octubre de 2015, pág. 19.

partes previeron efectivamente o pudieron prever al momento de la celebración del contrato, y si se tratare de un caso de incumplimiento doloso, se añadirán las consecuencias que se previeron o pudieron preverse al momento del incumplimiento.

¿Cuál es la incidencia de esta cuestión en materia de transporte? Pues bien, influye al menos en dos aspectos.

Uno de ellos es el vinculado a la delimitación de consecuencias resarcibles por incumplimiento contractual del transportista. En oportunidad de comentar el art. 1291 del Código unificado dijimos que el plazo es uno de los elementos esenciales del contrato de transporte, de modo que la infracción al tiempo estipulado altera el acuerdo de voluntades y otorga al pasajero el derecho a ser compensado. En este orden de ideas, a fin de esclarecer qué daños debe resarcir el transportista y cuáles no le resultan imputables, resulta de vital importancia la regla de la previsibilidad contractual contenida en el art. 1728. Con base en esta regla, el transportador que incumple su obligación de trasladar al pasajero hacia el sitio pactado (art. 1280), que viola el deber de puntualidad (art. 1284) o que incurre en un retraso al trasladar cosas (art. 1285 *in fine*), deberá responder por las consecuencias previstas o que pudo haber previsto al momento de celebrar el contrato (caso de incumplimiento culposo) o incluso al momento en que se produce el incumplimiento (si este es doloso).

El otro aspecto en el que la previsibilidad contractual proyecta su injerencia es en lo atinente a la responsabilidad por daños o pérdida del equipaje de las personas transportadas. Como hemos visto en su oportunidad, el art. 1294 dispone que: “El transportista no responde por pérdida o daños sufridos por objetos de valor extraordinario que el pasajero lleve consigo y no haya declarado antes del viaje o al comienzo de éste”. Según lo entendemos, la regulación es clara en cuanto delimita las consecuencias por las cuales tendría que responder el transportista en caso de daños o extravío de las cosas transportadas. En efecto, se establece una especie de presunción según la cual, ante la ausencia de una declaración especial de valor por parte del viajante, se garantiza al transportador que no habrá de responder por aquellos bienes cuyo valor excede al de las cosas que habitualmente llevan consigo los pasajeros. En otras palabras, la norma está fijando un estándar de previsibilidad para el transportista, al determinar que únicamente deberá responder por la pérdida o daño al equipaje de valor “ordinario” y sólo responderá por aquellas de valor “extraordinario” (léase, fuera de lo común; y, por lo tanto, que no es previsible que las personas lleven consigo) cuando el pasajero declare expresamente que las está transportando. De esta manera, se facilita el proceso de prueba de la previsibilidad contractual en materia de transporte de equipaje: es previsible

sólo aquello que fue expresamente declarado; mientras que lo que no fue declarado escapa al marco de previsibilidad de ese transportista en concreto.

Entendemos, como consecuencia de lo expuesto, que en ausencia de declaración especial de valor, el transportista no podrá ser condenado aun si se demostrase que las cosas de valor extraordinario efectivamente estaban en bulto dañado o extraviado. Dicho de otro modo, el pasajero sólo podrá obtener una compensación si acredita que el transportista “previó o pudo haber previsto al momento de la contratación” (art. 1728) que el viajero llevaba consigo cosas de valor extraordinario; pero el único medio que el Código admite para rendir esa prueba es mediante una declaración especial de valor.

No obstante, también consideramos -por aplicación de los principios generales de la materia- que el sujeto transportado debiera ser resarcido si demuestra que el transportista obró con dolo; es decir, que sabía de la existencia de las cosas de valor extraordinario y aun así permitió que se dañaran o se perdieran. Ello así pues, de lo contrario, se permitiría que el transportista que conoce de la existencia de las cosas valiosas, ante la ausencia de declaración por parte del pasajero, saque provecho de tal omisión sin que pueda emitirse condena alguna en su contra.

¿Cuál es el fundamento de esta importante restricción al derecho a la reparación? En una reciente publicación sobre el tema, Picasso<sup>16</sup> ha explicado que: “La razón de ser de esta regla especial se encuentra en el respeto del esquema de riesgos y beneficios que los contratantes reflejaron en su acuerdo, que se vería desvirtuado si se aplicara derechamente el criterio de la causalidad adecuada”. Es que, de la información conocida o conocible, dependerá la posibilidad de que el deudor pueda imaginar las consecuencias posibles de un eventual incumplimiento. Por ello, se ha dicho que si una de las partes tuviere un interés especial en el contrato, que luego se ve frustrado con el incumplimiento, debe anunciarlo antes al cocontratante para que este pueda incluirlo en su análisis de riesgo y, en su caso, modificar los sacrificios de la ecuación económica. De no hacerlo, luego no podrá -por regla- pretender la indemnización de los daños generados<sup>17</sup>.

Para culminar con este tópico, corresponde hacer una breve aclaración. Según fue plasmado en los “Fundamentos” del anteproyecto del Código Civil y Comercial, la regla contenida en el art. 1728 rige sólo cuando las partes negocian el precio (es decir, en los contratos paritarios) y, por lo tanto, no se aplica a los contratos de consumo ni tampoco a los celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas. Se trata de un dato

---

16 Picasso, Sebastián. Comentario al art. 1728, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ricardo L. Lorenzetti director, tomo 8, 1º edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, págs. 426 y 427.

17 Galdós, Jorge Mario. Ob. cit.

que debe ser tenido en cuenta, pues en aquellos tipos de contratos la delimitación de consecuencias resarcibles se regirá por el principio general contenido en el art. 1726; es decir, que se resarcirán sólo las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

Nos interesa traer a colación un tópico más en materia de contrato de transporte, que es la discusión que ha traído aparejada la sanción del Código Civil y Comercial en torno a la subsistencia o no del deber tácito de seguridad. Sus principales exponentes han sido SEBASTIÁN PICASSO y RAMÓN DANIEL PIZARRO, quienes encabezaron una controversia que puede resumirse de la siguiente manera:

En su *paper* “Réquiem para la obligación de seguridad en el derecho común”<sup>18</sup>, PICASSO afirma que, frente a la existencia de una obligación de seguridad expresa y de resultado en el ámbito de las relaciones de consumo y a la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual que operó el Código Civil y Comercial, la obligación tácita de seguridad carece actualmente de razón de ser. A ello obedecería que el nuevo Código nada dice a su respecto. La total ausencia de referencia se explicaría precisamente por la intención del legislador de excluirla expresamente del derecho común.

Para fundar su postura explica el jurista que, nacida por decisión pretoriana, la obligación de seguridad fue el ariete que permitió la entrada de la protección de la persona y de los bienes del acreedor en la fortaleza otrora inexpugnable del contrato. Con ella se incorporaron al contrato deberes de protección de la persona del contratante y, de ese modo, se amplió el ámbito de los intereses protegidos contractualmente: ya no sólo era el interés de la prestación (patrimonial) del acreedor, sino también el que este último tiene sobre su integridad física. En otras palabras, la contractualización de la seguridad importó emplazar en la esfera del contrato un equivalente al deber general de no dañar, aunque circunscrito a las partes contratantes.

En nuestro derecho, explicita: “... la obligación de seguridad se explica, en buena medida por la imposibilidad de aplicar directamente al contrato las normas del código (...) que regulan la responsabilidad por riesgo. Frente a esa dificultad, el recurso a una obligación de seguridad de resultado sirvió muchas veces como un subterfugio para lograr una protección equivalente (responsabilidad objetiva) frente a los daños a la persona del acreedor contractual. La cuestión cambia por completo en un código que (...) unifica la responsabilidad civil y la somete -en principio- a un régimen unitario (art. 1716) (...) En ese marco unificado, ningún impedimento existe para aplicar directamente a los daños sufridos por el acreedor con motivo u ocasión de la ejecución del contrato... las normas que estructuran

---

18 Picasso, Sebastián. “Réquiem para la obligación de seguridad en el derecho común”, RCCyC, julio de 2015, pág. 146.

la responsabilidad extracontractual, y en particular las que refieren a la responsabilidad por riesgo”.

Por su parte, PIZARRO<sup>19</sup> coincide con PICASSO en que la unificación de los sistemas de responsabilidad ha producido que gran parte de la utilidad de la obligación tácita de seguridad en el plano resarcitorio se haya desvanecido significativamente. En tal sentido, explica el autor que: “... el nuevo Código permite, en la inmensa mayoría de los casos, llegar a las mismas soluciones que se obtenían a través de la figura que nos ocupa, con mejor basamento normativo. Ya no es necesario acudir a ella para fundar la responsabilidad por el hecho de las cosas, o por actividades riesgosas, o por el hecho ajeno (dependientes, auxiliares, colaboradores, sustitutos) en materia contractual u obligacional. Tenemos ahora un marco normativo específico (arts. 732, 1753, 1757, 1758 y concs.) que puede ser aplicado sin inconvenientes en toda tipología de responsabilidad”.

Sin embargo, considera que la obligación tácita de seguridad sigue teniendo valor en otros aspectos tales como la ejecución forzada, en tanto la obligación de seguridad expresa o tácita podría ser objeto de una pretensión de cumplimiento por parte del acreedor, o la resolución del contrato por incumplimiento, particularmente en: “... contratos que proyectan sus efectos en el tiempo, ya de manera escalonada, hora de duración”. Añade que la obligación tácita de seguridad también permitiría impulsar las: “... vías de tutela preventiva que consagran los arts. 1710 y siguientes del Código Civil y Comercial”.

Es importante resaltar que lo que está en juego no es la obligación de seguridad en sí misma, sino únicamente la obligación tácita de seguridad. En efecto, existen múltiples supuestos en los que ese especial deber calificado está expresamente previsto por la ley<sup>20</sup>. Por ejemplo, en el transporte, una de las áreas en las que más se ha echado mano a la obligación tácita de seguridad, el Código Civil y Comercial establece una obligación expresa de seguridad en el art. 1289, inc. c). Por ello es que la discusión suscitada pierde sentido en el ámbito que nos ocupa, en tanto la garantía de resguardo de la integridad corporal y de los bienes del acreedor aquí goza de fundamento legal, a la par de las demás prestaciones esenciales del contrato.

Sin embargo, vale aclarar que esta obligación de seguridad, aunque con previsión normativa expresa, ya no constituye el factor de atribución en aquellos supuestos de daños derivados de la lesión de la persona del acreedor con motivo o en ocasión de la ejecución del contrato de transporte.

19 Pizarro, Ramón D. “¿Réquiem para la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial?”, *La Ley*, 21/9/2015, pág. 1.

20 Picasso, Sebastián. “El nuevo Código y la obligación tácita de seguridad: ¿un entierro demorado?”, *La Ley*, 4/12/2015, pág. 1.

Recordemos que la obligación tácita de seguridad en el transporte, conceptualizada como aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante -ya sea en su persona o en sus bienes- sano y salvo a la expiración del contrato<sup>21</sup>, fue utilizada como mecanismo para objetivar la responsabilidad del deudor contractual por los daños derivados de la lesión a la persona del acreedor a causa de la ejecución del contrato. Es decir que, como deber de resultado, la obligación tácita de seguridad permitió atribuir responsabilidad objetiva al deudor incumplidor en un marco contractual. Ello justificó que, mediando un daño a la persona o a los bienes del acreedor, el transportista respondiese por aquél, aun cuando hubiera actuado sin culpa, por el solo hecho del transporte.

Ahora bien, esa obligación así concebida tenía sentido en un sistema que -como el del Código de Vélez- sentaba normas distintas para regular la responsabilidad contractual y la extracontractual, donde -por expresa previsión del art. 1107 de ese Código- no era posible aplicar la responsabilidad por riesgo creado (art. 1113, Código derogado) al ámbito del contrato. En la actualidad, la unificación de la responsabilidad civil torna aplicables al ámbito del contrato las disposiciones referidas a la responsabilidad objetiva por riesgo (arts. 1757 y 1758), con lo que deja de ser necesario seguir recurriendo a la obligación tácita de seguridad de resultado para objetivar la responsabilidad del deudor<sup>22</sup>. Precisamente en el contrato de transporte, el art. 1286 establece que la responsabilidad del transportista por los daños a las personas transportadas está sujeta a lo dispuesto en los arts. 1757 y sgts. Ello implica que su responsabilidad es de carácter objetivo, de modo que únicamente puede eximirse de ella probando el hecho ajeno, pero no ya en virtud de una obligación de seguridad implícita, sino con fundamento en las normas sobre actividad riesgosa. Es decir, el factor de atribución que se aplica en el contrato de transporte para los daños causados a la persona del acreedor o sus bienes muta hacia el riesgo creado (dejándose atrás a la obligación de seguridad), aunque en los efectos prácticos la responsabilidad se mantiene igualmente objetiva.

Así pues, puntualmente con relación al contrato de transporte, lo que ha mutado es el fundamento de la responsabilidad del transportista por los daños que sufra el pasajero en ocasión del contrato. Ello debería llevar a que en unos años, cuando empiecen a florecer las condenas a transportistas sustentadas en la

---

21 Vázquez Ferreyra, Roberto A. "Contrato de transporte, obligación de seguridad y causa ajena", RCS, 1999, pág. 335.

22 Picasso, Sebastián. "La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", La Ley, Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial, noviembre de 2014, pág. 151.



nueva legislación, estas ya no se sustentan en la obligación tácita de seguridad, sino en que el transportador realiza una actividad calificable como: "... riesgosa o peligrosa por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización" (art. 1286).

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que en la práctica el régimen de responsabilidad no ha sufrido cambios sustanciales, ya que ambas figuras (la del deber de seguridad y la de la actividad riesgosa) siguen desempeñando papeles esenciales en su fundamentación, pues confluyen en una obligación de seguridad, por cierto de resultado, que tiene como fundamento mediato el "riesgo creado". La obligación de seguridad va unida al contrato y así enlaza al porteador con el pasajero, pero se fundamenta en el "riesgo" que crean los transportistas en su actividad, con la que ellos lucran y obtienen beneficios<sup>23</sup>.

---

23 Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*, tomo II, La Ley, 2004, pág. 243.



# TRANSACCIÓN Y ARBITRAJE

ARTS. 1641 A 1665 CCYC

*Graciela Curuchelar  
Nora M. Georgieff*

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. Métodos adversariales. 3. Métodos no adversariales. 4. La transacción y arbitraje: instrumentos para promover la autonomía de la voluntad. 5. La autonomía de la voluntad y el Código Civil y Comercial de la Nación.*

## 1. INTRODUCCIÓN

En el primer año de vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, no abunda jurisprudencia sobre transacción sobre derechos litigiosos y sobre derechos dudosos; ni de arbitraje, como contratos particulares y sus efectos jurídicos.

Sin embargo, podemos englobarlos como procesos de participación de los particulares en los que predomina la autonomía de la voluntad, sin perder de vista que también implica los derechos de acceder a los tribunales, al proceso y a la acción.

Estos derechos se plasman cuando los derechos son vulnerados o las personas así lo sienten. Aunque también, en muchos casos, recurrir a los tribunales también implica acceder a otro tipo de proceso de gestión de justicia, como puede ser el ejercicio de los métodos participativos y pacíficos no adversariales, como la mediación en diversas provincias en que esto es posible.

Aquí habría que hacer un distingo entre el acceso a justicia y el acceso a la justicia. El concepto de “acceso a justicia” es más amplio que el de “acceso a la justicia”, ya que incluye una gran variedad de soluciones alternativas de disputas. Si acceder a los tribunales es pedir justicia, se pondrá en marcha el proceso judicial; si el acceso a los tribunales implica el acceso a justicia, se pueden elegir otros procesos, como el de mediación.

Basta con ver la página web de la Corte Nacional de Acceso a Justicia, para vislumbrar la diferencia. En la misma se establece un mapa de acceso a justicia donde se ven los diferentes modos que presenta: así se advierten los varios modos y en qué provincias se utilizan: mediación en todas las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, salvo en La Rioja y Santa Cruz; facilitación en Río Negro y Tierra del Fuego; conciliación en casi todo el país, salvo en Buenos Aires, Catamarca, Formosa y Tierra del Fuego; y arbitraje en Córdoba, Chaco, Jujuy, La Pampa, Misiones, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe y Santiago del Estero<sup>1</sup>.

Para encuadrar los contratos particulares de transacción y arbitraje como procesos donde prima la autonomía de la voluntad, es importante distinguir los métodos adversariales de los no adversariales.

## 2. MÉTODOS ADVERSARIALES

Son aquellos en los que se busca satisfacer los propios intereses. Se considera al otro como mi adversario, mi enemigo, a quien tengo que vencer.

Tiene como regla usar como base la imposición y como herramienta la victoria. Ya hemos visto el estilo competitivo de resolución de conflictos. Quienes se

---

1 <http://www.cnaj.gob.ar/cnaj/docs/cuadro.jsp>.

ubican en este lugar quieren ganar a toda costa, tienen una altísima preocupación por satisfacer sus propios intereses. Sostienen que la vida es una lucha. El otro es un adversario. No les interesa conservar la relación con él. Su meta es ganar. No aceptan ofertas. Utilizan la amenaza para conseguir lo que quieren.

Sin embargo podemos decir que la victoria no es un modo de resolución de conflictos. La victoria es un modo que implica baja intensidad en el conflicto. Cuando la victoria no es una forma de finalización del conflicto, tarde o temprano el mismo va a escalar de nuevo.

No son quienes tienen el conflicto quienes deciden si ganan, sino que el poder de decisión lo tiene un tercero.

### 3. MÉTODOS NO ADVERSARIALES

Son aquellos que buscan encontrar una solución basada en la satisfacción de intereses de ambos. Se considera al otro como socio para la solución de problemas. Tiene como regla usar como base la disuasión y su herramienta es la argumentación.

Es un trabajo de persuasión, de ejercer la capacidad de convencer al otro a los efectos de establecer una solución a ese conflicto.

Quienes se ubican en este lugar son quienes se preocupan tanto en satisfacer sus propios intereses como en satisfacer los intereses del otro. Se quiere lograr las propias metas, pero no en desmedro de las necesidades de la otra persona. Se buscan soluciones que satisfagan a todos. Se logran acuerdos de posible cumplimiento y de mejor calidad que perduran a lo largo del tiempo.

Quienes tienen el conflicto son los verdaderos protagonistas del mismo. Ellos son quienes buscarán una solución. El poder de decisión radica en ellos mismos.

Cabe advertir que el 23 de abril de 2015 se cumplieron 20 años desde que se puso en vigencia la primera ley que dispuso la mediación prejudicial obligatoria en la Justicia Nacional en lo Civil, en lo Comercial y en la Justicia Federal en lo Civil y Comercial (Ley 24.573), hoy Ley nacional 26.589. Y, en la Provincia de Buenos Aires, está vigente la Ley 13.951.

Los estudios realizados para medir el impacto que produce en el sistema judicial este método pacífico de resolución de disputas, dan cuenta de su efectividad en la disminución de la litigiosidad judicial y en la ampliación del acceso a justicia. Baste recordar, en este aniversario de la que fue una de las más grandes y eficaces reformas procesales, que del cien por ciento de los casos tratados en mediación, sólo reingresa al sistema el 34,71 %, o sea que el 65,29 % no se convierte en juicios.

Los centros de mediación realizan una actividad incansable y productiva, en ámbitos diversos.

Es dable destacar que nuestro Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires cuenta con doce subcentros de Mediación y un Centro de Mediación.

La función del notario en la mediación emerge con fuerza por contar con un perfil idóneo para ejercer como mediadores. Nuestra función se basa en el asesoramiento imparcial, la neutralidad, la voluntariedad, la confidencialidad, el carácter personalísimo y la buena fe, principios presentes en todos los aspectos del ejercicio de la función notarial y coincidentes con los requeridos en la mediación. Por otro lado, somos juristas prácticos que vivimos muy de cerca los intereses y necesidades del ciudadano, aportándole soluciones y ofreciéndole seguridad jurídica preventiva, eje de nuestra función y cuya aplicación consigue, a su vez, otra de las máximas que persigue la mediación: evitar el conflicto en varios ámbitos como en casos de herencias, operaciones societarias, compraventas, empresas familiares, liquidaciones de bienes gananciales o problemas urbanísticos de lindes, por poner sólo algunos ejemplos de temas que constituyen el día a día del ejercicio de nuestra profesión.

Si volviéramos la mirada a aquel 23 de abril de 1996, nos daríamos cuenta de lo mucho que hemos avanzado. Si miramos a nuestro alrededor, necesitamos seguir trabajando por la paz, acercándonos a la gente y ayudando a los grupos vulnerables a tener acceso a justicia, que es un derecho del ser humano.

#### 4. LA TRANSACCIÓN Y EL ARBITRAJE: INSTRUMENTOS PARA PROMOVER LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Como los demás métodos pacíficos y participativos, radican en la autonomía de mujeres y hombres de decidir cómo poner fin a sus litigios que hacen de los contratos particulares un verdadero medio eficaz de acceso a justicia. Así se logra potenciar y modificar las relaciones entre las partes, restaura la comunicación entre los involucrados en conflictos, democratizar la solución -ya que los contratantes son quienes toman sus propias decisiones- y detener la escalada de violencia y la puesta en marcha de un proceso judicial.

Alcanzar un acuerdo y reforzarlo posteriormente, elevándolo a público ante notario, constituye una fórmula francamente útil y eficaz para resolver muchos de estos asuntos.

La transacción es un negocio jurídico en la esfera de la libertad individual, la autonomía de la voluntad y en beneficio mutuo de las partes. El contrato de transacción es un negocio o acto jurídico de fijación que tiende a hacer cierta, o a poner fuera de discusión, una situación determinada, eliminando la incerteza de la relación *cuya finalidad es extinguir obligaciones o relaciones jurídicas dudosas o litigiosas*.

La evolución del concepto permite definirlo como un contrato mediante el cual las partes realizan concesiones recíprocas con la finalidad de extinguir una controversia, respecto de derechos litigiosos o dudosos.

Sus requisitos son que tenga una finalidad extintiva, ya que con la transacción se concluye un conflicto jurídico, y que haya concesiones recíprocas.

*El arbitraje es un método de resolución de conflictos que nace de la voluntad de las partes, quienes deciden excluir la jurisdicción judicial, remitiendo determinadas cuestiones litigiosas a la decisión de particulares* (CAIVANO, ROQUE J. “El compromiso arbitral: una institución inconveniente”, Revista La Ley, 1997-F-1177).

En este acuerdo, cláusula o convenio arbitral, las partes deciden que la resolución de ciertas cuestiones que surjan entre ellas con motivo de determinada relación jurídica que las vincule, deberá ser efectuada por árbitros, renunciando de esta forma a la justicia impartida por los tribunales competentes. Como en todo contrato, uno de los elementos esenciales para la validez del mismo es que las partes manifiesten su voluntad de obligarse ya que hay contrato de arbitraje cuando “las partes deciden someter” a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.

Desde el notariado somos conscientes, por un lado, de la necesidad de dar a conocer a los ciudadanos las bondades y ventajas que aportan las escrituras de transacción y arbitraje. Pero además de restablecer la autonomía de la voluntad, los contratos particulares de transacción y arbitraje tienen un fuerte impacto en la economía no sólo de las partes en disputa, sino también del estado, que tiene que invertir mayores recursos cuando las causas se judicializan.

En palabras de JOSEPH MURPHY y PHILIP HALLINGER (en HENDERSON y otro, 2003, pág. 87): “... se está tomando creciente conciencia de que el cambio es un proceso, un esfuerzo por mejorar, y no una búsqueda de la solución definitiva”. Y siguiendo a JULIA CAMERON (en HENDERSON y otro, 2003, pág. 122): “... los grandes cambios se producen a través de pequeños avances. Es útil considerarlos en términos de un vuelo espacial: alterando muy levemente la trayectoria de lanzamiento, con el tiempo puede producirse una gran diferencia”. Este cambio llevará un tiempo, por ello aún no vemos resultados contundentes.

Sí podemos tener en cuenta que la aplicación de los contratos particulares de transacción y arbitraje conlleva concreción, brinda oportunidades de participación efectiva, fomenta expectativas elevadas basadas en la autonomía de la voluntad, promoviendo el consenso y la equidad en la toma de decisiones.

## 5. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Los códigos son los grandes organizadores de la vida social. Se estructuran en base a los principios esenciales del ser social: la libertad, la igualdad, la no discriminación, la autonomía de la voluntad, la equidad, la buena fe, la justicia, entre otros.

Los dilemas de la sociedad actual postglobalización son de una complejidad y multiplicidad que imponen un abordaje inter y multidisciplinario, donde los principios esenciales se expresan y trascienden.

Así lo ha entendido el legislador del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, tanto para la regulación del derecho privado como también en lo referente al derecho internacional privado.

El principio de autonomía de la voluntad, intrínsecamente ligado a la libertad y de raigambre constitucional (art. 19 CN), es el eje sobre el cual se han regulado las distintas relaciones sociales. En efecto, en el mencionado código se puede apreciar su consagración a través de distintos institutos, algunos ya existentes y actualizados del Código Civil velezano y otros innovadores, a saber:

1. La ampliación de derechos en materia de menores (arts. 25 y sgts. CCyC).
  2. El régimen de capacidad progresiva y la regulación de los apoyos para las personas con facultades disminuidas (arts. 32, 43 y sgts. CCyC).
  3. Una innovación ha sido legislar sobre los distintos métodos de reproducción humana asistida, determinando a su vez la creación de vínculos filiatorios, desplazando la identidad biológica y redefiniendo la relación parental (arts. 560 y sgts. CCyC).
  4. En el ámbito del derecho de familia, este principio ha sido receptado de múltiples y diferentes formas, ya que la persona puede decidir formar para sí la familia que elige y del modo que estima conveniente (arts. 401 y sgts. CCyC).
  5. La opción de los contrayentes para determinar el régimen patrimonial del matrimonio, ya sea por comunidad o por separación de bienes, y su posibilidad de cambiarlo *a posteriori* (arts. 446 y sgts. CCyC).
  6. Las uniones convivenciales, su regulación y alcance (arts. 509 y sgts. CCyC) y pactos de convivencia (art. 513 CCyC).
  7. La nueva regulación del divorcio y la posibilidad de los cónyuges de decidir la conclusión de la relación matrimonial, la determinación respecto a la atribución de los bienes, al régimen de alimentos, a la tenencia, etc., a través del convenio regulador que se acompaña con la petición de divorcio (arts. 437 y sgts. CCyC).
  8. La regulación de la legítima (arts. 2445 y sgts. CCyC).
  9. Mejora a favor del heredero con discapacidad (art. 2448 CCyC).
  10. En el ámbito contractual, se consagra el principio de autonomía de la voluntad, el cual comprende: a) libertad para elegir contratar o no, b) libertad para elegir al otro contratante, c) libertad de disponer sobre el contenido del contrato dentro de lo establecido por la ley, y d) libertad de elegir el tipo contractual.
- El ejercicio de este derecho va unido en cuanto a su ejecución al principio de la buena fe, así está expresado en el art. 961 CCyC. Asimismo, este principio no es absoluto, sino que está subordinado a la ley, al orden público, a la moral y a las buenas costumbres y a la decisión judicial (art. 958 CCyC).



La complejidad de la sociedad moderna hace cada vez más difícil preservar el ámbito de la autonomía de la voluntad del sujeto sin caer en la tentación por parte del poder estatal de su regulación excesiva. El legislador ha tenido en miras este aspecto, y así lo ha reflejado en los distintos temas, sabiendo que ello impactará a futuro positivamente en la sociedad.

Así, por ejemplo, la transacción (arts. 1641 y sgts. CCyC), concebida por el Código Civil velezano como una forma de extinción de las obligaciones, pasó a ser considerada como un contrato por el cual las partes pueden evitar un litigio, o bien optar por ponerle fin a uno existente, haciéndose concesiones recíprocas y extinguiendo obligaciones dudosas o litigiosas.

Este cambio en cuanto a la naturaleza jurídica de la transacción ya había sido receptado por la jurisprudencia, coincidiendo con parte de la doctrina (verbigracia, Segovia y Salvat) y sin lugar a dudas implica el reconocimiento de la autodeterminación de las partes, en cuanto a su libertad de decidir el contenido, el tipo y los alcances del contrato que los vincula.

Asimismo, refuerza la importancia y los efectos de la voluntad acordada por las partes, al otorgar a la transacción los efectos de cosa juzgada (art. 1642 CCyC).

También en este sentido y respetando la voluntad de las partes, el legislador ha traído como innovación, la regulación del contrato de arbitraje (arts. 1649 y sgts. CCyC) como alternativa para la resolución de un conflicto, ampliando un campo de acción que la propia sociedad convalida.

Las partes de común acuerdo designan árbitros, arbitradores o amigables componedores, o bien encomiendan la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles y otras entidades nacionales o extranjeras -cuyos estatutos lo prevean- para la resolución de sus controversias, siempre que se trate de temas de derecho privado y no esté comprometido el orden público. Se recepta así la experiencia que esta figura ha demostrado y los efectos benéficos que puede aportar a la sociedad.

11. En materia de derecho internacional privado, el art. 2651 CCyC también consagra el principio de la autonomía de la voluntad.

En síntesis, la vigencia y aplicación del nuevo código compromete a los profesionales del derecho, juristas, jueces, abogados, notarios, a impulsar el cambio cultural, educativo y jurídico que posibilite encontrar la mejor solución posible a los intereses sociales en juego y donde los principios de libertad, autonomía de la voluntad, equidad, buena fe y justicia alcancen su plenitud.



# LA VIGENCIA DE LOS PODERES PREVENTIVOS EN EL DERECHO ARGENTINO\*

UNO DE LOS SISTEMAS DE APOYO AL EJERCICIO DE LA  
CAPACIDAD JURÍDICA

*Enrique Jorge Arévalo*

*SUMARIO: I. Prólogo: los poderes preventivos, un medio de ejecución de las directivas anticipadas. II. Conceptos: mandatos, representación, poder y apoderamiento. III. El artículo 60 CCyC y su interpretación. La necesaria remisión a los principios generales. IV. La aplicación de los métodos interpretativos al caso concreto. V. Características y alcances de los poderes preventivos. VI. Las escrituras de apoderamiento y los poderes preventivos. Particularidades. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.*

\* Trabajo presentado por el autor en la XXXII Jornada Notarial Argentina, realizada en la ciudad de Buenos Aires, del 24 al 26 de agosto de 2016.

## I. PRÓLOGO

### **LOS PODERES PREVENTIVOS, UN MEDIO DE EJECUCIÓN DE LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS**

La pertinaz lucha que desde fines del siglo XX se viene verificando mediante los encomiables esfuerzos de la doctrina, de la jurisprudencia y del legislador, con el propósito de alcanzar la igualdad en el efectivo ejercicio de los derechos por parte de las personas que padecen distintos grados de discapacidad con respecto a aquellas que no se encuentran alcanzadas -al menos momentáneamente- por esas limitaciones, se ha materializado a través de institutos previstos en la normativa sustancial. Constituyen herramientas que permiten a los sujetos en situación de mayor vulnerabilidad sortear los obstáculos que les impiden o restringen: "... su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás" (art. 1º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuya adhesión por parte de la República Argentina se concretó por medio de la Ley 26.378, sancionada el 21/05/2008, reconociéndole jerarquía constitucional la Ley nacional 27.044).

A pesar de la diversa dinámica que se advierte en los distintos países en cuanto a la aplicación efectiva del cambio de paradigmas ocurrido en materia de capacidad jurídica, esa fuerza incontenible que lo impulsa -la realidad social- concluirá consolidando inevitablemente el camino iniciado. Llegará el tiempo en que los principios igualitarios habrán trascendido definitivamente el terreno de los conceptos y expresiones declamatorias para insertarse con firmeza incommovible en la realidad cotidiana<sup>1</sup>. Bien entendido que, tal como puede advertirse de un superficial repaso a los hechos que registra la historia de la humanidad, todo avance o evolución -particularmente en lo que refiere a derechos y garantías individuales y de orden social-, sufre inevitables tentativas de retroceso que se concretan a través de decisiones anacrónicas. Corresponde a la sociedad en su conjunto velar

---

1 Resulta ilustrativo al respecto Leña, Rafael. "Prólogo", en *Discapacidad Intelectual y Derecho*, editado por Æquitas, Impresión Gráficas Arias Moreno S.A., Cuartas Jornadas de la Fundación Æquitas y II Jornadas FEAPS, Andalucía, España, febrero de 2005, págs. 57 y sgts. Refiere el autor que: "Los preceptos de que hablo, son conocidos por todos, pero creo que no es ocioso proclamarlos una vez más. Las palabras repetidas acaban por echar raíces y dejan de ser llevadas al viento para convertirse en árboles concretos, que poco a poco, van desarrollándose en ramas y hojas para acabar dando los frutos apetecidos". Revisten particular interés los conceptos del profesor Leonardo B. Pérez Gallardo en "El notario ante las recientes reformas a los códigos civiles y de familia latinoamericanos en materia de autoprotección: crónica de un protagonismo anunciado", *Revista del Instituto de Derecho e Integración -IDeI-*, N° 11, año 7, págs. 20 y sgts.

por la vigencia permanente de esos derechos reconocidos universalmente. En esa tarea, cabe al notario como profesional del derecho en ejercicio de una función pública un papel garantista de relevancia<sup>2</sup>.

La superación del esquema binario relativo al ejercicio de la capacidad jurídica registra en nuestro derecho un antecedente de marcada relevancia en la reforma introducida en el Código Civil argentino a través de la Ley nacional 17.711: el art. 152 bis asignó al curador (hasta ese momento, representante y sustituto de la voluntad de los incapaces) de las personas inhabilitadas judicialmente funciones limitadas a su asistencia. Hoy en el contexto del derecho positivo vigente, pese a la catalogación que se verifica en el Código Civil y Comercial de la Nación y en diversa normativa sustancial, la categoría de incapaces que agrupa a personas humanas en situación de mayor vulnerabilidad debe considerarse inexistente. Esa inadecuada designación legislativa resulta contradictoria dentro del contexto normativo vigente -leyes 26.061, 26.529 y 26.657- y preceptos de jerarquía constitucional<sup>3</sup>. No se debe a la casualidad la inclusión dentro del actual régimen del Código Civil y Comercial de la Nación del sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad, cuyo objeto es facilitar la toma de decisiones de carácter personal, relativas a la administración de bienes a los sujetos necesitados de esa asistencia, salvaguardando su derecho a la determinación (art. 43). Las medidas de apoyo, por su naturaleza, no comprenden la sustitución de la voluntad del asistido debido a que su: "... función es promover la autonomía..." de este. Es la aplicación concreta de la tutela que la normativa dispensa a la capacidad de obrar: está sujeta al principio de la excepcionalidad en cuanto a sus restricciones (art. 31)<sup>4</sup>.

Pero además el derecho positivo contempla dos institutos que garantizan a

- 
- 2 Wingarten, Celia y Ghersi, Carlos. "Los magistrados y el control de constitucionalidad. El principio de progresividad como principio general del derecho", en *Código Civil y Comercial en Cuadros Sinópticos*, Editorial Nova Tesis, octubre de 2015, págs. 14 y sgts. No debe olvidarse el constante zigzag que ha caracterizado a nuestro país en materia de derechos, cuya evolución suele verse frustrada atendiendo a las: "... variables de intereses que se presentan como 'tutores de los débiles' y en general actúan con contradicciones, primero generan derechos fundamentales (...) y luego (...) consideran que ha ido demasiado lejos y se pretende volver atrás...".
- 3 Conforme lo enseñan Rajmil, Alicia Beatriz; Llorens, Luis Rogelio y Torrent, María Claudia. Comentario al art. 24 CCyC en *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, Eduardo Gabriel Clusellas coordinador, tomo 1, Astrea-FEN, pág. 101: "... los nuevos postulados en la materia afirman, como principio general, el ejercicio igualitario de los derechos para todas las personas, con las limitaciones que excepcionalmente imponga la ley o una sentencia judicial, pero estas limitaciones no justifican (...) que se catalogue a las personas sometidas a ellas como incapaces". Ver además Rajmil, Alicia B. y Llorens, Luis Rogelio. "¿Existen personas humanas incapaces en el derecho civil argentino?", publicado en DF y P, marzo de 2016, 145.
- 4 Rajmil, Alicia Beatriz y Llorens, Luis Rogelio. Comentario al art. 31 CCyC en *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, cit., pág. 125.

los individuos la adopción de medidas en previsión de su propia incapacidad, relativas a sus cuidados personales y a la administración de sus bienes, salvaguardando el principio de autonomía de la voluntad de cada sujeto en un todo de acuerdo a sus necesidades y deseos de índole particular. Nos referimos a las estipulaciones o “previsiones para la eventual pérdida de discernimiento”, conocidas en la doctrina como “actos de autoprotección” y a los denominados poderes preventivos. Estos últimos se efectivizan a partir de actos de apoderamiento y permiten el cumplimiento de la voluntad expresada por cada sujeto en el acto de autoprotección en circunstancias en que este se encuentre impedido de hacerlo por sí<sup>5</sup>.

La ligazón necesaria entre los actos de autoprotección y los poderes preventivos puede advertirse en el art. 60 CCyC, que garantiza a las personas el otorgamiento de directivas anticipadas de salud y de mandatos en previsión de: “... su propia incapacidad...”.

El propósito del presente trabajo es fundamental, acudiendo a los métodos de interpretación de la ley, la plena vigencia en nuestro CCyC de los poderes preventivos en sus dos variantes contempladas con meridiana claridad en el art. 1732 del Código Civil español: los poderes preventivos propiamente dichos o los poderes, o los llamados mandatos prorrogados. Los primeros se otorgan para que produzcan sus efectos una vez acaecida la pérdida de discernimiento o situación de incapacidad -permanente o temporaria- por parte del otorgante. Por su parte, caracteriza a los poderes o mandatos prorrogados por la posibilidad de su continuación aun cuando sobrevengan en la persona del mandante las circunstancias indicadas<sup>6</sup>.

Consideramos de utilidad ensayar una recapitulación de los conceptos de mandato, representación, poder y apoderamiento en forma previa al tratamiento de la cuestión hermenéutica, debido a las modificaciones ocurridas en la codificación a partir del 1º de agosto de 2015.

---

5 Brandi Taiana, Maritel Mariela. “El poder al servicio del derecho de autoprotección”. Sostiene la autora que el poder preventivo es la herramienta: “... más concreta, eficiente y efectiva para poner en marcha y asegurar...” el ejercicio del derecho de autoprotección.

6 Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro. “Comparencia de una persona con discapacidad ante el notario”, *Revista IUS*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, año IX, N° 36, punto 2.1 “Poderes preventivos”, págs. 20 y sgts. Roldán Sánchez, Alida Viviana. “Poderes Preventivos o de Autoprotección”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración -iDeI-*, N° 5, año 3, págs. 99 y sgts. Llorens, Luis Rogelio. “El notario ante los deficientes mentales. Hacia una revitalización de la capacidad en el derecho civil”, trata sobre “Mandato otorgado en previsión de la incapacidad propia”, págs. 99 y sgts. Taiana de Brandi, Nelly A. y Llorens, Luis Rogelio. *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Astrea, Buenos Aires, 1996, capítulo III, págs. 42 y sgts. Ordellin Font, Jorge Luis y Vega Cardona, Raúl José. *Los poderes preventivos. Breves apuntes para su aplicación dentro del ordenamiento jurídico cubano*.

## II. CONCEPTOS: MANDATO, REPRESENTACIÓN, PODER Y APODERAMIENTO

### II.1. MANDATO

El mandato en nuestro derecho es un contrato bilateral, nominado, conmutativo, presuntamente oneroso, que puede ser conferido con carácter representativo y cuyo objeto es el compromiso que asume una parte (mandataria) para realizar uno o más actos en interés de la otra (mandante). El concepto insinuado es el resultante incompleto de lo expuesto por los arts. 966, 967, 968, 970, 1319, 1320, 1322 y conc. CCyC de la Nación. Con acierto se ha caracterizado al mandato como a un contrato auxiliar mediante el cual el mandante encomienda al mandatario la ejecución de actos jurídicos. Por cierto que una de las notas distintivas de este contrato es su situación de accesoriedad con relación a otros actos jurídicos, ya que su celebración es la resultante del propósito de que alguien -mandatario- actúe por cuenta de otro -mandante-<sup>7</sup>. Como refiere la nota glosada al art. 1869 del derogado Código Civil argentino: "Todo mandato presupone una orden para obrar; pero no toda orden de obrar es mandato para obrar como contrato". El mandato es un medio que la normativa pone a disposición de los sujetos para que puedan llevar a cabo los diversos fines (la causa -art. 281-) que determinan la realización de los actos jurídicos. Apartándose el legislador de lo referido en la nota al art. 1871 del derogado Código Civil argentino: "... el rasgo característico y distintivo del mandato es la función representativa y nada más". Debemos insistir, siguiendo enseñanzas de IHERING, que no necesariamente el mandato coexiste con la representación (art. 1929 CC y 1320 CCyC)<sup>8</sup>. En el contexto de los principios reglados en el Libro Primero, Título I, puntualmente en los capítulos 2 -Capacidad- y 3 -Derechos y Actos Personalísimos- del Código Civil y Comercial de la Nación, la figura del mandato debe ser entendida como una herramienta eficaz para la ejecución de las directivas anticipadas (art. 60).

---

7 Farina, Juan M. "Representación, Mandato y Poder", *Revista Zeus*, tomo 2D, mayo-agosto, 1974, págs. 41 a 45. Lamber, Rubén A. "Representación, poder y mandato", *Revista Notarial* 898, pág. 638. Llorens, Luis R. y Rajmil, Alicia B. "Representaciones, poderes y mandatos. Casos de irrevocabilidad, de eficacia post-mortem y de eficacia post-incapacidad".

8 Spota, Roberto G. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, volumen VIII, "Mandatos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.

## II.2. REPRESENTACIÓN

Refiere a la potestad que tiene una persona -representante- para realizar uno o más actos jurídicos en nombre y por cuenta de otra -representado-. El representante declara su propia voluntad pero acredita ante los terceros con los cuales concreta negocios jurídicos, que los derechos y obligaciones emergentes de esas celebraciones recaen exclusivamente en cabeza de su representado de quien ha recibido la investidura y atribuciones pertinentes (art. 366 CCyC). La figura del representante difiere de la del nuncio o mensajero, que se limita a comunicar una declaración ajena. Es el caso del notario cuando realiza una diligencia de notificación (una de las numerosas variantes que admite el acta notarial, arts. 310 a 312 CCyC). En virtud de la representación, es la persona del representado quien asume la autoría de los actos jurídicos que su representante ejecuta en su nombre. Como se ha indicado, el contrato de mandato permite el otorgamiento de potestades representativas (art. 1320 CCyC)<sup>9</sup>.

## II.3. PODER

En el derogado Código Civil argentino (arts. 1880 y 1881) el término se refería a las atribuciones o facultades del mandatario para obligar al mandante. El actual CCyC (art. 375, “poder conferido en términos generales y facultades expresas”), con mayor precisión terminológica, alude a facultades expresas, otorgando una significación genérica a la expresión poder. Sin embargo, conforme la terminología empleada en los arts. 366 (“actuación en ejercicio del poder”) y 367 (“representación aparente”) la palabra “poder” equivale a las potestades -facultades- conferidas al representante. Situación similar se advierte en el art. 1320 que trata sobre mandato con representación. Por otra parte, se ha equiparado el término poder al instrumento en el cual consta el otorgamiento de la representación (escritura pública, carta-poder, acta de discernimiento de tutela, curatela, etc.). Esa significación “documental” era la sostenida por el art. 1877 del abrogado Código Civil argentino al legislar sobre la presunción relativa a la aceptación entre presentes del mandato que operaba en caso de que el mandante hubiera entregado: “... su poder al mandatario y éste lo recibió sin protesta alguna”. También el documento era reconocido a través de la expresión “procura” o “procuración” (art. 1878, inc. 1, del derogado Código Civil argentino)<sup>10</sup>.

9 Farina, Juan M. Ob. cit., págs. D-41 y sgts. Llorens, Luis R. y Rajmil, Alicia B. Ob. cit., punto II. Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil, Introducción y Parte General*, Librería Bosch, Barcelona, 2002, pág. 803. El jurista español sostiene que el poder de representación es una autorización dada al representante para que actúe en interés y en nombre de otro.

10 Farina, Juan M. Ob. cit., pág. D-43. Lamber, Rubén A. Ob. cit., pág. 665. Considera al poder: “... atributo o facultad...”.



## II.4. APODERAMIENTO

Entendemos por tal al acto jurídico unilateral (interviene en su otorgamiento el poderdante), recepticio (usualmente tiene por destinatario al apoderado), modal (sometido a la modalidad de la aceptación por parte del mandatario) y dirigido a terceros por el cual el mandante otorga al mandatario facultades suficientes a los fines del cumplimiento del objeto del mandato<sup>11</sup>.

## III. EL ARTÍCULO 60 CCYC Y SU INTERPRETACIÓN. LA NECESARIA REMISIÓN A LOS PRINCIPIOS GENERALES

La aplicación concreta de los diversos métodos interpretativos al contenido de los principios consagrados por el actual art. 60 CCyC -directivas médicas anticipadas- fundamentará la hipótesis sobre la vigencia de los poderes preventivos en nuestro ordenamiento jurídico.

Conviene recordar especialmente el texto del primer párrafo de ese precepto: “La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad”. Acertadamente se ha calificado a la inclusión de las directivas anticipadas como: “... un reconocimiento de la realidad social en la que vivimos y atiende a cuestiones ignoradas o que -al menos- no salían a la luz pocas décadas atrás”<sup>12</sup>. Resulta pertinente insistir que, sistemáticamente, la consagración de institutos a través de la legislación es la resultante de las necesidades impuestas por el devenir histórico de cada pueblo o de la humanidad. Las directivas anticipadas o actos de autoprotección no escapan a esa regla. Los pertinaces esfuerzos de la doctrina, jurisprudencia y legislaciones locales (provincias del Chaco y Buenos Aires), lúcidos receptores de los cambiantes paradigmas sociales, fueron receptados -aunque en forma insuficiente- por la legislación sustancial positiva<sup>13</sup>.

El primer párrafo del art. 60 autoriza a la “persona plenamente capaz” a la anticipación de directivas y: “... conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad”. La interpretación gramatical de la regla, procedimiento prioritario en la indagación de su fidelidad (art. 2º CCyC), nos presenta un primer

11 Spota, Roberto G. Ob. cit., págs. 37 y sgts. Mosset Iturraspe, Jorge. *Contratos*, edición actualizada, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe, pág. 211.

12 Clusellas, Eduardo Gabriel (coordinador). *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, comentario al art. 60, págs. 230 y sgts.

13 Cifuentes, Santos. “Régimen general de incapacidad y el denominado *living will*”, *La Ley*, 2006, A-1183. Taiana de Brandi, Nelly A. y Llorens, Luis Rogelio. *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*. Llorens, Luis Rogelio y Rajmil, Alicia B. *Derecho de Autoprotección*, Astrea, Buenos Aires, 2010.

interrogante: si se verifica una mayor amplitud del texto con relación al título que solamente refiere a “directivas médicas anticipadas”. La aplicación del denominado “principio de vigencia” nos indica que la propia letra de la norma -elemento gramatical- permite al interesado el otorgamiento de las mentadas directivas anticipadas: “... y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad”<sup>14</sup>.

La conjunción copulativa “y” sugiere una concatenación necesaria entre las directivas anticipadas y los poderes preventivos. Es el criterio sostenido por las conclusiones de la jornada organizada por el Instituto de Derecho e Integración (IDel) del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe -2º Circunscripción- realizada el 6 de mayo de 2016. Allí se puntualiza sobre la insuficiente especificación de los poderes preventivos por parte del legislador y se destaca su implementación como: “... necesaria y altamente beneficiosa para la persona (...) en situación de vulnerabilidad...”. Sin que se contraponga al procedimiento judicial, el poder preventivo conlleva una mayor celeridad en la aplicación concreta de la tutela de los derechos de todo sujeto que padece la pérdida -permanente o transitoria- de su discernimiento<sup>15</sup>. Desde el punto de vista “gramatical” puede considerarse que la escueta referencia del art. 60 reproducida anteriormente admite con recelo el instituto de los poderes preventivos. Cabe recurrir a una interpretación extensiva con miras a la superación de la tacañería literal que luce la norma.

Esa carencia, o mejor dicho insuficiencia de previsión normativa, impone al intérprete abocarse a la indagación finalista de la ley con miras a su aplicación, conforme a lo establecido por la Constitución Nacional, los usos, prácticas y costumbres vinculantes conforme a derecho, y a los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (arts. 1º y 2º CCyC; y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional). Por sobre la intención del legislador volcada de ordinario en exposiciones de motivos y discusiones parlamentarias, la atención se finca en la verificación permanente del cumplimiento de las finalidades y valores ínsitos en la propia normativa. El legislador es un receptor de creaciones culturales pre-existentes, encargado de plasmarlas en la norma que sanciona<sup>16</sup>. Si reconocemos

14 Soler, Sebastián. *La interpretación de la Ley*, Ediciones Ariel, Barcelona, España, 1962, pág. 168.

15 El punto 5 de las conclusiones del mentado “Desayuno de Trabajo” expresa: “Cuando el art. 60 del CCyC determina que la persona plenamente capaz puede conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad, se entiende que se refiere tanto a la pérdida del discernimiento como a la restricción judicial de la capacidad de ejercicio, pues la urgencia de las decisiones en el ámbito de la salud no puede supeditarse a una sentencia judicial”.

16 Soler, Sebastián. Ob. cit., pág. 121. Aunque la jurisprudencia ha dicho que: “... es regla en la interpretación de las leyes, dar pleno efecto a la intención del legislador...”, sin que esa finalidad sea descartada, se sostiene que en forma creciente la finalidad se encuentra: “... en la propia

que la ley adquiere, como las personas, vida propia y autónoma una vez que ha nacido, independientemente del pensamiento de sus hacedores, ella resultará un instrumento de justicia duradero y apto en la satisfacción de las necesidades sociales sujetas a cambios continuos. La interpretación lógica suple la escasez de la que adolezca el lenguaje, apoyándose en el razonamiento que otorga coherencia a valores y principios sustentados por la norma. La importancia de los poderes preventivos en su función operativa del derecho de autoprotección amerita largamente el esfuerzo.

Asimismo, la analogía (mencionada en tercer lugar como opción interpretativa en el art. 2° CCyC a través de la expresión “las leyes análogas”), permite la integración de la laguna legislativa acudiendo al auxilio de preceptos que contemplen situaciones semejantes. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un antiguo pronunciamiento del 29 de agosto de 1958 (JA 1959-II-311), ha sostenido que: “Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país”. Más recientemente la jurisprudencia -fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala A, del 18/08/2000- admitió que: “... ante situaciones de vacío legal, silencio o insuficiencia de las leyes es menester acudir a los principios de las leyes análogas...” (arts. 15 y 16 del derogado Código Civil)<sup>17</sup>. Así resulta posible aplicar principios de una norma vigente a situaciones no contempladas legislativamente en casos que guarden semejanza. Una situación análoga puede encontrarse en el segundo párrafo del art. 1333 CCyC que impone al mandatario la ejecución de los actos de conservación en resguardo de los intereses del mandante fallecido o incapacitado ante el supuesto de “peligro en la demora”. Otra semejanza puede advertirse en un requerimiento que debe atender el notario relativo a la autorización de escrituras de apoderamiento cuyo objeto es la percepción de haberes previsionales (Ley nacional 17.040, Boletín Oficial del 18/06/1974). Es frecuente que tales solicitudes respondan a motivaciones de naturaleza preventiva. Es el otorgante que al advertir la inevitable disminución de sus aptitudes físico-mentales, resuelve encomendar esa gestión -cobro de haberes previsionales- en cabeza de apoderados de su confianza (cónyuge, parientes, profesionales y demás sujetos contemplados en la legislación). Un hipotético planteo relativo a la extinción de esos mandatos que se fundara en la pérdida de capacidad del poderdante (art. 380, inc. h, CCyC) rayaría en lo absurdo. En los hechos se lo

---

ley que establece objetivos y valores”. Ver *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ricardo Luis Lorenzetti director, tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe, pág. 35.

17 Fallo citado en *Código Civil de la República Argentina*, Legis Argentina SA, 2007, pág. 14, comentario al art. 15 del Código Civil.

privaría, cuanto menos en forma temporaria, de un derecho inviolable de rango constitucional: los beneficios de la seguridad social (art. 14 bis, CN).

No debe escapar al intérprete una fuente del derecho trascendente como son los tratados internacionales (art. 1° CCyC) y la particular relevancia de los tratados sobre derechos humanos (art. 2°). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que: "... la operatividad de los tratados sobre derechos humanos, y el carácter de fuente de interpretación que tienen las opiniones dadas por los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en casos análogos" (fallos: 315:1492). Es el corolario al que se arriba por aplicación del principio jerárquico, otro elemento gravitante en la amplísima tarea interpretativa, que fue proclamado sistemáticamente por la doctrina y mencionado en el art. 1° CCyC que ratifica la supremacía de la Constitución Nacional y de los tratados de derechos humanos en la resolución de los casos<sup>18</sup>.

La referencia a "los principios y los valores jurídicos", restante pauta interpretativa contemplada por el art. 2° CCyC, nos retrotrae al antecedente expuesto en el art. 16 del Código Civil que establecía la resolución de cuestiones dudosas: "... por los principios generales del derecho". La jurisprudencia los ha caracterizado como: "... aquellos principios superiores de justicia radicados fuera del derecho positivo y a los cuales éste trata de darles encarnación en una circunstancia histórico-concreta determinada"<sup>19</sup>. En el sistema actual, los principios y valores jurídicos sustentan el ordenamiento ensamblándose de modo coherente a las reglas anteriores. Su operatividad se materializa a través de la aplicación de principios que orientan axiológicamente el sistema jurídico y lo preservan mediante la descalificación de decisiones manifiestamente contrarias a derecho. En este sentido, sostener la hipótesis de la vigencia de los poderes preventivos en alguna de sus variantes (ya sea vía subsistencia del apoderamiento originario en caso de incapacitación del otorgante o a través del otorgamiento condicionado a su vigencia a partir del momento en que se verifique la pérdida o disminución -transitoria o permanente- de las aptitudes de aquel) responde a la tutela de principios constitucionales: la igualdad, la autonomía de voluntad, los derechos y garantías individuales consagrados reconocidos expresamente en los arts. 14 a 20 CN, los contemplados por tratados de derechos humanos y por la normativa sustancial,

---

18 Soler, Sebastián. Ob. cit, pág. 169. Recuerda que: "... para nosotros...", el orden de prelación de las leyes que: "... está fijado, en efecto, por el art. 31 de la CN..." y "... la importancia de los principios generales del derecho, y de la elaboración sistemática creadora de las partes generales de distintas ramas del derecho".

19 Cámara Nacional de Apelaciones, Sala F, 24/03/80, autos "Rodríguez, Alberto R. y otra c/ Agrupación Médica Argentina S.A. y otra", sentencia glosada en *Código Civil de la República Argentina*, Legis Argentina S.A., año 2007, pág. 15.

garante de la inviolabilidad de la persona humana y del: "... derecho al reconocimiento y respecto de su dignidad" (art. 51 CCyC).

## IV. LA APLICACIÓN DE LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS AL CASO CONCRETO

### IV.1. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL (O FILOLÓGICA)

No obstante la igualación establecida por el CCyC en su art. 2º en lo referente al orden para la utilización de los métodos interpretativos, modificatoria de las reglas generales receptadas por el procedimiento tradicional (el art. 16 del Código Civil argentino postulaba un orden prioritario encabezado por lo que indicaba la letra de la norma), puede advertirse en el cuerpo normativo vigente (art. 2º CCyC) la mención en primer término del elemento gramatical. En ese aspecto, se verifica una continuación de las reglas generales impuestas por la metodología prevista en el CC<sup>20</sup>. Bien entendido que el lenguaje empleado debe aportar claridad meridiana en un todo de acuerdo a su sentido normativo, no necesariamente será similar a su significación usual<sup>21</sup>. Ya hemos advertido sobre la exigua previsión terminológica del art. 60 CCyC que solamente se refiere a la potestad otorgada a "la persona plenamente capaz" para: "... conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad". Comencemos pues por las palabras "conferir mandato". El verbo conferir, en nuestro contexto normativo sustancial, está vinculado a las prestaciones propias del mandante en la estructura del contrato de mandato (Capítulo 8, Título V, Libro Tercero). Así se desprende del contenido de los arts. 1319 (segundo párrafo del título "Definición"), 1320 (representación), 1323 (capacidad), 1326 (mandato a varias personas), donde se cita la palabra "conferir", que guarda

20 Salvat, Raymundo. *Tratado de Derecho Civil Argentino*, tomo 1, undécima edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964, pág. 274, parágrafo 263: "De conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza con las palabras de la ley". Lorenzetti, Ricardo Luis -director-. Ob. cit., pág 34, punto III.1: "Toda interpretación de la ley debe empezar por la ley misma (...) por ello, cuando la ley es clara se debe respetar su texto...". Similar criterio fue sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 24/04/1962, LL, 106-893. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2/06/1939, LL 10-1014.

21 Lorenzetti, Ricardo Luis -director-, ob. cit., puntualiza: "... no se trata aquí del lenguaje común ni del significado que se puede conseguir en los diccionarios, sino del significado normativo de los vocablos". Por su parte, Soler, Sebastián. Ob. cit., pág. 168, refiere: "Cuando la ley ha dicho algo, debe entenderse que ha querido algo y que por regla general, ha querido precisamente lo que dice". Diverso es el criterio que rige en materia de interpretación de los contratos, que prioriza en: "... las palabras empleadas...", el significado que: "... les da el uso general..." (art. 1063 CCyC).

identidad con el verbo otorgar, mencionado en el art. 1321 (mandato sin representación). Digamos al pasar que, en este caso, “conferir” y “otorgar” no difieren del significado que les atribuye el Diccionario de la Lengua Española (XXI edición). La “previsión” es una cualidad inherente a la buena fe, presupuesto ineludible en la formación contractual (art. 961 CCyC) y en la aplicación concreta del principio que rige el ejercicio de los derechos individuales (art. 9º). El valor buena fe está enraizado al obrar lícito, requerido en la formación de todo acto jurídico (art. 259 CCyC). La conducta previsora se encuentra estrechamente vinculada al concepto “obrar cuidadoso”. No resulta casual que el legislador haya insertado las expresiones: “contratante cuidadoso y previsor” en el art. 961 del código actual y: “obrando con cuidado y previsión” en el art. 1198 del Código Civil argentino, una a continuación de la otra. Se trata de conductas concatenadas, propias -no exclusivas- del tramo anterior al perfeccionamiento del contrato y que responden a criterios de ejecución diligente -el obrar cuidadoso- y a la adopción de medidas convenientes con el propósito de evitar o paliar los efectos de las contingencias desfavorables que tarde o temprano afectarán al sujeto como la incapacidad temporal o permanente -previsión-<sup>22</sup>. El art. 60 comienza refiriéndose a la “persona plenamente capaz”, debiendo entenderse por tal a todo sujeto dotado de discernimiento; esto es, aquel que en el momento de la realización del acto reúna la aptitud necesaria para entender su trascendencia y consecuencias<sup>23</sup>. *A contrario sensu*, la expresión “incapacidad” abarca el espectro de situaciones que padece todo sujeto que afronta en diversos grados la carencia de aptitudes relativas a la comprensión, contenido, alcance y consecuencias de sus actos que limitan su capacidad de obrar. Esas circunstancias pueden ser reconocidas mediante decisiones judiciales de acuerdo a las opciones que otorga al magistrado el art. 32 CCyC (capacidad restringida e incapacidad, esta última con carácter excepcional), decisorio al que arribará una vez cumplimentadas las etapas regladas en la Sección 3º del Capítulo 2, Título I, Parte General del Libro Primero (art. 33 y sgts.). El contenido literal del art. 60 reconoce claramente la vigencia de los denominados poderes preventivos en sentido estricto o *ad cautelam*, una de las modalidades previstas en el art. 1732 del Código Civil español<sup>24</sup>.

22 Mosset Iturraspe, Jorge. *Contratos*, edición actualizada, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe. Refiriéndose al obrar cuidadoso y previsor, requerido a las partes en la celebración del contrato, ha dicho: “El deber de diligencia o atención es básico para juzgar de la buena fe...”.

23 Rajmil, Alicia B. y Llorens, Luis Rogelio. “¿Existen personas incapaces de ejercicio en el derecho civil argentino?”, pág. 2, punto II, en *Código Civil y Comercial en cuadros sinópticos*.

24 Roldán Sánchez, Alida Viviana. Ob. cit. en nota 6, págs. 110 y 111.

## IV.2. FINALIDADES

Las finalidades de la ley, consideradas en la especie bajo la luz de los criterios resumidos en el punto anterior, avalan suficientemente la afirmación de que el otorgamiento de mandato por parte de un sujeto en previsión de su propia incapacidad (art. 60) resulta una excepción a los supuestos en los arts. 1329, inc. e -extinción de mandato-, y 380, inc. h -extinción de poder-. En suma, si del contenido del poder (entendido en este caso al sustantivo como el documento portante de la voluntad del sujeto -la procuración o procura-) surge que el otorgante ha incluido la posibilidad de su vigencia con posterioridad a su estado de incapacidad o para su ejecución en el momento de que se verifique esa situación, la representación conferida en tales condiciones tiene plena vigencia. Entre las fuentes materiales de esa regla, cabe recordar el despacho de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Mar del Plata en 1995<sup>25</sup>. La subsistencia se mantendrá hasta el momento del dictado de la sentencia restrictiva o relativa a la declaración de incapacidad del otorgante (art. 32 CCyC), y se debe tener en cuenta la necesidad de su registración a los fines de la eventual anulación de los actos posteriores a su dictado, en un todo de acuerdo a lo normado por los arts. 44 y 45 CCyC. La causal resumida no excluye a las restantes mencionadas por el art. 380, susceptibles de aplicación en cada caso.

## IV.3. ANALOGÍA

La analogía, también mencionada anteriormente, nos permite integrar la laguna legislativa verificada en el texto del art. 60. De la lectura del art. 139 CCyC se infiere que el contenido de las directivas anticipadas reconocidas por el ordenamiento jurídico actual tiene una mayor amplitud que la indicada en el título y en el texto del art. 60 (constreñidas a cuestiones de salud). Adviértase que el art. 139 permite que la persona “mediante directiva anticipada” designe curador. Igual potestad otorga a los padres a los fines del nombramiento de apoyos de sus: “... hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores”. Los respectivos textos comienzan con una expresión común: “La persona plenamente capaz...” (art. 60) y “La persona capaz...” (art. 139). Ambos preceptos responden a finalidades preventivas -pérdida de aptitudes-, pero guardan diferencias entre sí: el art. 139 impone la aprobación

25 En esa reunión jurídica, se resolvió: “Debe permitirse el ejercicio de la representación aún después de la incapacidad del mandante, cuando el mandato ha sido dado en previsión de la propia incapacidad”. La importancia de las fuentes materiales del derecho (doctrina, jurisprudencia) reside en su contribución al esclarecimiento de las instituciones jurídicas.

judicial de las designaciones de curadores o apoyos -párrafo tercero<sup>26</sup>. La aplicación de lo preceptuado por el art. 60 es independiente de toda decisión judicial y atiende a requerimientos propios de situaciones cuya resolución no admite demoras (cobros de haberes, gestiones administrativas, actos conservatorios, etc.). La situación planteada en el precepto anterior es comparable a la del apoderado, puntilloso en el cumplimiento de sus obligaciones, que cuenta con facultades suficientes emergentes del acto de apoderamiento previo, cuyo representado ha desaparecido sin tenerse noticias de su paradero (art. 79 CCyC). En este caso corresponderá a ese apoderado abocarse al cuidado de los bienes del ausente mientras tramita el procedimiento reglado en el Capítulo 6, Título I del Libro Primero del CCyC. La comparación referida corresponde a una de las conclusiones de la reunión organizada por el IDel (“desayuno de trabajo”), realizada en la sede del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2º Circunscripción, el 6 de mayo de 2016<sup>27</sup>.

#### **IV.4. LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS**

El esfuerzo emprendido hacia una interpretación legitimadora de los poderes preventivos conforme las alternativas previstas por el art. 2º CCyC encuentra otra herramienta normativa, también incluida entre las fuentes en el art. 1º: los tratados sobre derechos humanos. La indisoluble vinculación de los poderes preventivos con los actos de autoprotección otorga a cada sujeto una herramienta que le permite la aplicación concreta de principios normativos internacionales reconocidos por nuestro derecho positivo: los derechos humanos, entendido el concepto en su mayor amplitud. Los derechos fundamentales, como el de la igualdad ante la ley, trascendieron su origen estrictamente formal reconocido por las constituciones decimonónicas (de mezquino alcance económico-liberal), extendiendo su protección a los derechos del trabajo, de la seguridad social y de la igualdad de oportunidades. Quedan contempladas en el concepto “igualdad de oportunidades” las personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad que sus semejantes a causa de disminuciones en sus aptitudes físico-psíquicas de

---

26 El art. 139 en lo pertinente reza: “Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente”.

27 El punto 7 de las “Conclusiones”, correspondiente al acápite “A” -“Poderes Preventivos”, que en lo pertinente dice: “Cabe comparar la situación planteada con la que regula el CCyC en relación al ausente, en la que no procede la declaración judicial de ausencia ni el nombramiento de curador a los bienes del ausente si ha dejado apoderado, salvo...” (a continuación el despacho indica los supuestos de atribuciones -poderes- insuficientes o mal desempeño del cargo, circunstancias que determinan la designación de curador -art. 79-).



carácter transitorio o permanente. Es lo previsto expresamente por el art. XVI de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (Noventa Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948) que establece para toda persona el derecho a la seguridad social: "... que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, vejez e incapacidad...". La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica del 22/11/1969, ratificado por la ley N° 23.054/84) regla en el art. 1° el compromiso de los estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos por la propia convención y: "... garantizar su libre ejercicio sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo (...) o de cualquier otra índole". Entre ese conjunto normativo cabe recordar a la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley N° 23.849/1990), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Guatemala, 08/06/1999, aprobada por la ley N° 25280), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Naciones Unidas, 13/02/2006, aprobada por la Ley N° 26.378), preceptos de relevancia que sustentan la vigencia de nuestros poderes preventivos en tanto posibilitan la realización efectiva de sus principios inspiradores. Finalmente, corresponde recordar que entre las atribuciones del Congreso de la Nación se incluye la legislación y promoción de medidas: "... de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades (...) en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad"<sup>28</sup>.

#### IV.5. PRINCIPIOS Y VALORES JURÍDICOS

En la estructura del actual art. 2° CCyC se verifica un acto de jerarquización de los principios y valores como normas de integración y control axiológico, equiparándolos a los restantes métodos de interpretación. Adviértase que en el anterior ordenamiento jurídico (art. 16 del Código Civil argentino) se recurría a los principios generales del derecho solamente en el caso de que "una cuestión civil" no pudiera resolverse acudiendo a los restantes procedimientos indicados en el orden de prelación que fijaba la propia norma: las palabras, el espíritu de la ley, los principios de leyes análogas<sup>29</sup>. Actualmente el intérprete debe prestar similar atención a los principios y valores jurídicos en forma armónica con el ordenamiento. Los actos de autoprotección, reconocidos insuficientemente en la letra del art.

<sup>28</sup> Art. 75 -atribuciones del Congreso-, inc. 23, CN.

<sup>29</sup> Así, Salvat, Raymundo. Ob. cit., pág. 277, punto 271. Sostenía: "En defecto de las leyes análogas, se recurre a los principios generales del derecho...". Ver Lorenzetti, Ricardo Luis (director). *Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 37, punto III. En el ordenamiento actual, los principios cumplen: "... además una función de integración y control axiológico".

60 como directivas médicas anticipadas, constituyen la respuesta del legislador a reclamos sociales sustentados en valores como el derecho a la autodeterminación (art. 19 de la Constitución Nacional), el respeto por la dignidad de las personas (art. 51 CCyC), el reconocimiento por parte de cada sujeto a la toma de decisiones personales que no afecten los derechos de terceros ni el orden público<sup>30</sup>. Esa potestad inalienable atribuida a cada ser humano para adoptar decisiones concernientes a su propia existencia ante una eventual pero posible (en ocasiones, fatal) disminución o pérdida de su discernimiento, constituye el soporte axiológico que legitima el otorgamiento de directivas anticipadas -actos de autoprotección- y la suscripción de sus instrumentos operativos: los poderes preventivos. El contenido de cada directiva anticipada no se limita a las cuestiones tan trascendentes como la salud, también abarca aspectos relacionados al plan de vida de cada persona<sup>31</sup>. Los valores que legitiman la celebración de directivas anticipadas y el otorgamiento de poderes preventivos fundamentan asimismo una interpretación extensiva del art. 60 que en modo alguno puede circunscribirse a previsiones relativas a la salud. El criterio interpretativo propuesto satisface el “principio de unidad sistemática”, garante de la aplicación coherente del precepto -art. 60- armonizándolo con el resto del ordenamiento jurídico a través del proceso de sistematización resultante de su codificación. No resulta ocioso recordar que las modernas codificaciones posibilitaron la culminación de la tarea esclarecedora valiéndose de los procesos de sistematización que, actuando en consuno con los referidos anteriormente, neutralizaron los efectos de la situación inorgánica y dispersa que caracterizaban la presentación de los sistemas jurídicos<sup>32</sup>.

## V. CARACTERÍSTICAS Y ALCANCE DE LOS PODERES PREVENTIVOS

Entendemos que del contenido de la recapitulación insinuada en los puntos anteriores sobre los métodos interpretativos surgen argumentos que fundan debidamente la vigencia de los poderes preventivos en nuestro derecho positivo.

---

30 Al decir de Ascarelli, Tullio. *Problemi giuridici*, tomo I, citado por Soler, Sebastián. Ob. cit., pág. 155: “Norma giurídica e realtà sociale”; es un proceso de tipificación de la realidad social, seleccionándose determinada cantidad de hechos dentro de la infinita variedad que cada situación presenta.

31 Llorens, Luis Rogelio y Rajmil, Alicia B. *Derecho de Autoprotección*, Editorial Astrea, 2010, págs. 6 y sgts.

32 Conf. Soler, Sebastián. Ob. cit., págs. 88 y sgts. Parecen superadas las controversias originadas a partir de la sanción del Código Civil francés de 1804 (conocido como código napoleónico), relativa a las conveniencias o desventajas de la codificación. La adecuada interpretación de los principios allí contenidos permite superar todo riesgo de estancamiento en el derecho.

Un mayor conocimiento del instituto cuyo propósito es su aplicación en la realidad cotidiana que viven los sujetos, urgidos de manera permanente por necesidades que requieren ser satisfechas con la mayor eficacia posible, puede ser alcanzado indagando sobre sus características partiendo de los principios generales.

1) El mandato que confiere un sujeto: "... respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad..." (art. 60 CCyC) se concreta por medio de un acto de apoderamiento.

2) Ese mandato, en tanto contrato o negocio jurídico auxiliar o accesorio, responde a la finalidad de dotar de mayor eficacia a las diligencias inherentes a la ejecución de las directivas anticipadas (actos de autoprotección) dispuestas por el otorgante. Estas últimas constituyen el elemento causal del acto de apoderamiento, usualmente inserto en el documento representativo (arts. 281 y 282 CCyC).

3) Las particularidades que reviste el mandato previsto en el art. 60 no desnaturalizan su carácter contractual. Por tanto, resultan de aplicación a la especie preceptos contenidos en el Título II (Contratos en General) y a los que refiere el Capítulo 8 (arts. 1319 y sgts.) del Título IV (Contratos en Particular), ambos del Libro III CCyC, en la medida que tales preceptos se adecuen a las peculiaridades que caracterizan a ese mandato.

4) El mandato regulado por el art. 60, en cuanto especie del género contractual, se caracteriza por su bilateralidad. El vínculo obligacional que genera entre las partes es recíproco (arts. 966 -segunda parte-, 1319, 1324, 1328 CCyC).

5) La posibilidad de su aceptación tácita por parte del mandatario a través de la ejecución de los actos encomendados (art. 1319, párrafo final, CCyC) es una opción que optimiza la diligencia relativa a la conclusión del contrato (art. 978 CCyC). Esa cualidad permite atender con prontitud necesidades impuestas por la dinámica propia de los actos cuya celebración le encomienda el mandante.

6) El estado de vulnerabilidad que padece el representado al momento de la ejecución de las gestiones a su cargo justifica una atenta mirada al contenido de las facultades que pueden ser insertas en esta clase de mandatos. Una vez sobrevenida la pérdida de discernimiento por parte del otorgante, puede considerarse al mandatario en situación similar a la de un curador. Consecuentemente, este no se encuentra legitimado para celebrar actos de disposición patrimonial (art. 121, por remisión del art. 138). Análogo principio rige para el curador del ausente o a su apoderado con poderes suficientes (arts. 83, segundo párrafo, y 79 CCyC). De allí que las atribuciones susceptibles de otorgamiento se circunscriben a los actos de administración ordinaria en un todo de acuerdo a lo preceptuado por el art. 375 CCyC: "... poder conferido en términos generales". Los actos de administración revisten en sí mismos una considerable amplitud de potestades: comprenden, entre otras, la percepción de frutos, rentas o bienes de acuerdo a la composición del

patrimonio del titular, incluyendo todo lo atinente a su conservación. Resultará de buena práctica que las facultades que se otorguen al mandatario incluyan lo inherente a gestiones y actuaciones ante la administración pública (presentaciones, recursos, tramitación y obtención de certificaciones y determinados beneficios, etc.) y los estrados judiciales (pleitos, incluyendo cuestiones relativas a la jurisdicción voluntaria). Se trata de atribuciones que permiten atender con eficacia a los intereses del mandante en situación de mayor vulnerabilidad. En cuanto a los contenidos personales, la función ejecutoria de los actos de autoprotección que se le asigna a este instituto fundamenta la inclusión de asuntos relativos a la calidad de vida del otorgante (lugar de residencia, designación de guardadores de hecho o personas acompañantes, tipo de alimentación, vestimenta; en fin, lo inherente a cuestiones cotidianas propias del desenvolvimiento de cada sujeto). Todo mandato que comprenda facultades referidas a la disposición de derechos personalísimos estará sujeto a las limitaciones impuestas por los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN y normativa desplegada en el CCyC en el Capítulo 3 del Título I -Parte general-. En esta materia -derechos personalísimos-, el otorgamiento de atribuciones en cabeza del mandatario se ajustará con estrictez a las pautas impuestas por la legislación: la exigencia de que ese consentimiento sea expreso, la puntualización en el texto del instrumento de los derechos que se disponen (aplicación del principio de interpretación restrictiva) y la absoluta libertad en cuanto a su revocación (art. 55). La inalienabilidad, perpetuidad e indisponibilidad -regla general- de tales derechos constituyen las resultantes del soporte axiológico de la normativa citada: la inviolabilidad de la persona humana y el respecto de su dignidad (art. 51). Recuérdese que las cuestiones relativas a la salud se incluyen entre las personalísimas<sup>33</sup>.

7) Conforme a lo reglado por el art. 1322 del actual CCyC, el mandato que se otorgue en los términos del art. 60 se presume oneroso. Aquí se advierte en el mandatario -representante- otra situación análoga a la del tutor: el curador (arts. 128 y 138). El código vigente prioriza el derecho a la retribución que asiste a toda persona que obra en interés de otra. Como se expresa la nota correspondiente al art. 1871 del derogado CC: "... el mandato no es gratuito por su esencia...".

8) La circunstancia que motiva a un sujeto a otorgar esta clase de mandatos -"en previsión de su propia incapacidad"-, impone la necesaria inclusión de atribuciones representativas en el acto de apoderamiento (arts. 1320, 362 y sgts. CCyC).

9) La trascendencia de los actos a celebrar por parte del representante (resumidos en el punto 6) fundamentan la instrumentación del apoderamiento por

---

33 Ver Llorens, Luis Rogelio; y Rajmil, Alicia B. *Representaciones Poderes y Mandatos*, pág. 24.

escritura pública. La amplitud del contenido atribuido a los actos de administración ordinaria (cobros, pagos, cumplimiento de obligaciones), la realización de actos conservatorios, las diligencias administrativas y judiciales, y hasta ciertas actuaciones cotidianas ameritan suficientemente la acreditación de la investidura otorgada al mandatario mediante el referido instrumento público dotado de probanza indubitable (arts. 293, 296, 317 CCyC, doctrina referente a actos de administración). El escribano además de cumplimentar los requisitos inherentes a su función de carácter público (específicamente los previstos en la legislación sustancial y en las leyes orgánicas notariales), tendrá a su cargo -dentro del cúmulo de sus incumbencias profesionales- la evaluación del grado de discernimiento del otorgante, presupuesto que hace a la validez del acto (art. 60). Tampoco debe subestimarse la obligatoriedad impuesta al representante de la presentación de la copia o testimonio de la escritura (art. 308 CCyC) a los terceros con los cuales se celebren vínculos obligacionales y su entrega a éstos de una reproducción suscripta por el notario (art. 374). Un reciente pronunciamiento jurisprudencial (Cámara Nacional Civil, Sala H, 33630/2015, mayo de 2016) ha resuelto que el acto de otorgamiento de poderes para la representación en juicio debe ser instrumentado en escritura pública. El referido decisorio se funda en lo normado por el art. 1017, inc. d, CCyC que incluye entre los contratos sujetos a las formas escriturarias a los "... que, por acuerdo de partes o disposición de la ley deben ser otorgados en escritura pública", y por lo previsto por el Código Procesal de la Nación. Indica el fallo que en este caso el legislador al mencionar "disposición de la ley" dejó sujeta a las "autonomías provinciales" la potestad de legislar sobre la forma a la que debe ajustarse el otorgamiento de poderes judiciales. Ese decisorio encuentra su apoyo en lo normado por el art. 363 CCyC que dispone: "El apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar". Finalmente, la sentencia recuerda que: "... no existe libertad absoluta de formas en la medida que distintas normas procesales o de fondo regulen la cuestión". Un aspecto de particular importancia para los terceros que establecen relaciones jurídicas con el representante es la posibilidad de conocer en forma fehaciente toda modificación o cesación del mandato representativo (art. 381 CCyC). La comunicación que el escribano autorizante de actos de revocatoria o el magistrado de las resoluciones relativas a los nombramientos de apoyos con representación o curadores efectúen al fedatario autorizante de la escritura de apoderamiento, o en su caso a los archivos de protocolos, otorgará un plus de seguridad al tráfico jurídico y optimizará la tutela que el derecho dispensa a personas en situación de mayor vulnerabilidad. Los anoticiados anotarán de las escrituras matrices de apoderamiento las cesaciones comunicadas, agregando copia del documento respectivo.

10) A falta de prohibición expresa, el mandato previsto en el art. 60 puede ser objeto de sustitución (arts. 1327 y 377). La indisoluble ligazón de este instituto a las directivas anticipadas -actos de autoprotección- torna aconsejable la indicación expresa de la persona del sustituto.

11) La posibilidad que detenta el mandante en la designación de varios representantes (art. 378) incluye las variantes de actuación conjunta, fraccionada (gestión dividida, opción contemplada particularmente en la ejecución de actos de autoprotección), sustituta o subordinada. Todas esas posibilidades mantienen estrecha vinculación en la tarea cotidiana del notario. La presunción legal es la actuación indistinta de los mandatarios (artículo citado).

12) En cuanto a la obligación puesta en cabeza del mandatario relativa a la rendición de cuentas relativas a su gestión (arts. 1324, inc. f, y 372, inc. d), la situación particular del mandante -incapacidad- permite sostener -en principio- que esa diligencia se concretará al tiempo de la conclusión de la relación contractual. Una oportunidad para su realización puede encontrarse en el momento en que debe practicarse el inventario y avalúo de los bienes del mandante, una vez realizado el discernimiento de la tutela (art. 115). Ello no excluye en modo alguno el derecho de la persona en situación de "capacidad restringida", e incluso aquella "declarada incapaz" (art. 32), de requerir por sí las rendiciones o, cuanto menos, el de expresar su opinión que deberá ser tenida en cuenta. Los actuales principios rectores del régimen jurídico de capacidad (Convención sobre los Derechos del Niño, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, leyes nacionales 26.061 y 26.378, todos antecedentes de rango constitucional -Ley 27.044-) y los preceptos vigentes en el CCyC (particularmente la regla del art. 38 que obliga al juzgador a minimizar en lo posible la afectación de la autonomía personal del sujeto) fundamentan suficientemente esta postura. Hoy los representantes de las personas en situación de mayor vulnerabilidad no sustituyen la voluntad de sus tutelados, sino que completan ese vacío asistiéndolos o actuando en sus nombres (representación en casos extremos -art. 32-). A través de los actos de autoprotección y de los mandatos que se otorguen en consecuencia (art. 60), estos apoderados son los intérpretes de las voluntades de aquellos sujetos impedidos de exteriorizarlas por sí.

13) Entre las particularidades que distinguen al mandato que nos ocupa, debe excluirse entre las causales de extinción la que hace a la esencia de su otorgamiento: la incapacidad del mandante (art. 1329, inc. d, CCyC). El carácter representativo de estos mandatos, puntualizado en el punto 8, determina la aplicabilidad de las causales indicadas en el art. 380, descartándose la mencionada en el inc. h: "... pérdida de la capacidad exigida en el representante...". La excepción comprende tanto a los poderes preventivos propiamente dichos -los indicados en el art. 60- como a aquellos otorgados con la indicación expresa de su continuación una vez sobrevenida la incapacidad del mandante.

14) Un supuesto inherente a la conclusión del mandato en consideración es el dictado de la sentencia restrictiva de las limitaciones al ejercicio de la capacidad de la persona si ésta dispone la designación de curador (art. 38). En este caso, las funciones del mandatario concluirán al tiempo del discernimiento de la curatela (art. 115 por remisión del art. 138). Asimismo, el nombramiento “de uno o más apoyos” a la persona con capacidad restringida (art. 32, segundo párrafo) puede incluir el otorgamiento de facultades representativas para determinados actos (art. 101, inc. c), quedando finiquitado el mandato preventivo. Por cierto que la designación del apoyo puede recaer en la persona del mismo apoderado, teniendo en cuenta la pauta del art. 43, último párrafo: se trata de una persona de confianza del interesado. No resulta ocioso recordar aquí que la función primordial de los apoyos a las personas con capacidad restringida y a las inhabilitadas es de asistencia o protección preservando, en la medida de lo posible, su autonomía y capacidad de actuación (art. 32, tercer párrafo). Las facultades representativas en el sistema de apoyo (art. 101, inc. c, ya citado) tienen carácter excepcional.

15) La interdependencia entre esta especie de mandatos y los actos de autoprotección (directivas anticipadas) acentúa la posibilidad de su revocación a simple voluntad del mandante (ver art. 60). Consideramos que este instituto no encuadra entre los supuestos de irrevocabilidad.

## VI. LAS ESCRITURAS DE APODERAMIENTO Y LOS PODERES PREVENTIVOS. PARTICULARIDADES

Adhiriéndonos a la recomendación inserta en las conclusiones del encuentro jurídico-notarial, organizado como “Desayuno de Trabajo” por el Instituto de Derecho e Integración (IDel) -realizado el 6 de mayo de 2016 en Rosario-, postulamos que en los textos escriturarios relativos a poderes de representación se incluya una cláusula que prevea su subsistencia aun en caso de pérdida de discernimiento del otorgante y hasta que la incapacidad sea declarada judicialmente. Resultará de utilidad, particularmente en el eventual proceso de restricción a la capacidad, que el poderdante instituya a los mismos apoderados que indique en la escritura como las personas de su confianza para ser designadas a los fines de prestarle apoyo (arts. 43 y 32 ya citados).

A tenor del presupuesto contenido en el art. 60 (“persona plenamente capaz”), el notario, y como tarea de apoyo a su función calificadora (art. 301, segundo párrafo, CCyC), podrá -si lo considera conveniente- complementar su juicio relativo a la capacidad del otorgante realizando la consulta ante el registro de estado civil y capacidad de las personas sobre la inexistencia de inscripciones de sentencias restrictivas (art. 39). La realización del trámite estará supeditada al

estado operativo de cada demarcación notarial. Conviene recordar en este punto el principio de la presunción de la capacidad de la persona humana de derecho y de ejercicio (Título I, Capítulo 2, Sección 1º, CCyC, y plexo normativo constitucional), que dispensa la obligatoriedad de la exhibición de certificados o partidas de nacimiento por parte de los registros de estado civil y capacidad de las personas a los fines de la realización de actos y contratos (punto 2 de las conclusiones de la Comisión I de la XXXII Jornada Notarial Argentina).

Es conveniente que el contenido del documento autorizado prevea lo relativo a la retribución que corresponderá a los apoderados por el ejercicio de las funciones a su cargo, o que se aclare en el caso de que estas se realicen a título gratuito (art. 1322 CCyC). Las situaciones mencionadas ameritan la comparecencia de los mandatarios en acto notarial, aceptando los encargos.

En relación al precepto que rige para la expedición de segundos o ulteriores testimonios de las escrituras (art. 308 CCyC), las particulares características de estos apoderamientos imponen la redacción de una cláusula que faculte expresamente a los apoderados para que efectúen esas diligencias prescindiendo de la intervención del otorgante, sin perjuicio de la conveniencia de que esa autorización incluya el retiro de la primera copia. Toda escritura que contenga la revocación de estos mandatos será comunicada al notario autorizante de la instrumentación de su otorgamiento o, en su caso, al archivo de protocolos a los fines de su toma de razón mediante nota marginal (ver ítem 9 del punto 4).

## VII. CONCLUSIONES

1. El examen del art. 60 del Código Civil y Comercial de la Nación, a la luz de los métodos interpretativos previstos en el art. 2º, permite sostener que nuestra legislación sustancial ha reconocido a las personas la posibilidad del otorgamiento de mandatos en previsión de su incapacidad. Se trata de una excepción a lo reglado por el art. 380, inc. h, que contempla como causal de extinción del poder la pérdida de capacidad del representado<sup>34</sup>.

2. El texto del art. 60 alude con meridiana claridad, al: "... mandato (...) en previsión de su propia incapacidad". Teniendo en cuenta la terminología empleada por la propia ley, se advierte la admisión expresa de la variante conocida como "poder preventivo en sentido estricto", que tendrá vigencia en el

---

34 Llorens, Luis Rogelio y Rajmil, Alicia Beatriz. "Régimen de capacidad de las personas humanas y de los derechos personalísimos en el Código Civil y Comercial (Ley 26.994)", en *Revista del Instituto de Derecho e Integración -IDeI-*, N° 11, año 7, pág. 175.



momento de la disminución o pérdida, temporal o permanente, del discernimiento del otorgante (interpretación gramatical).

3. La aplicación de los restantes métodos interpretativos previstos en el art. 2º a la especie en estudio, permite afirmar que la normativa sustancial contempla tanto la posibilidad de mandato con poder preventivo o *ad cautelam* como aquellos poderes que contengan la posibilidad de su subsistencia una vez acaecida la situación de incapacidad del otorgante.

4. El mandato reglado por el art. 60 CCyC integra la especie de estos contratos de carácter auxiliar que tienen por finalidad la celebración de otros contratos o negocios jurídicos mediante la actuación de una parte (mandatario) en interés de otra (mandante). En este caso, se otorga con el propósito de optimizar la ejecución de las directivas anticipadas (actos de autoprotección) y de tutelar, con la eficacia e inmediatez requeridas por las circunstancias, los intereses del otorgante ante la pérdida de su discernimiento.

5. El apoderamiento es el acto mediante el cual la persona viabiliza el mandato que resuelva otorgar en previsión de su propia incapacidad.

6. La terminología empleada en el actual CCyC ha limitado el alcance significativo de la palabra “poder”. Se descarta toda alusión instrumental aludida en los arts. 1184, inc. 7, 1869 y 1877 CC, manteniendo su similitud con las expresiones: facultades, atribuciones, potestades. Es lo que se infiere del texto de los arts. 366, 367 y 1321 de nuestra normativa sustancial vigente.

7. Las facultades insertas en esta especie de mandatos comprenden esencialmente actos relativos a la administración de bienes, aquellos de carácter conservatorio y cuestiones que responden a la atención de las necesidades cotidianas del otorgante. Quedan excluidos los actos de disposición y rige, con carácter inderogable, el principio de interpretación restrictiva en cuanto al ejercicio de los derechos personalísimos (art. 55 CCyC).

8. La amplitud de los actos susceptibles de ser incluidos en los mandatos previstos en el art. 60 CCyC, su relevancia y la necesidad por parte del representante relativa a la acreditación fehaciente de su investidura ante los terceros con los cuales establezca relaciones jurídicas ameritan su otorgamiento mediante intervención notarial -escritura pública-. En suma, corresponde incluir a estos actos jurídicos entre aquellos cuya celebración debe ajustarse a la forma antes indicada -escritura pública-, apartándose del principio de libertad que con carácter general rige para la especie en el CCyC (arts. 284 y 1015).

9. Atento a la finalidad que determina el otorgamiento de esta especie de mandatos, se excluye entre las causales de extinción toda situación que genere disminuciones -en diverso grado- o pérdida de la capacidad del mandante. El dictado de sentencia restrictiva o de declaración de incapacidad (art. 32 CCyC), se erige entre los supuestos conclusivos si la resolución judicial incluye la desig-

nación de apoyos con atribuciones representativas -supuesto de capacidad restringida- o curador. En este último caso, las funciones del apoderado cesarán en el momento en que el curador sea discernido judicialmente en su cargo (arts. 138 y 112 CCyC). Una causal conclusiva que se acentúa en este instituto es la voluntad del mandante (art. 60). Queda descartada, en principio, la posibilidad de su otorgamiento con carácter irrevocable.

10. No obstante el expreso reconocimiento legislativo a los mandatos preventivos en nuestro derecho sustancial vigente (art. 60 CCyC), se impone una modificación a la normativa tendiente a otorgar mayor claridad al instituto. La fuente más cercana se encuentra en el actual art. 1732 español, en su número 2, que prevé como excepción a las causales extintivas del mandato mencionadas en ese precepto (revocación, renuncia o incapacitación del mandatario; la muerte, prodigalidad, concurso o insolvencia del mandante o mandatario e incapacitación) el caso de que el propio mandante hubiera dispuesto su continuación sobrevinida su incapacidad (poder que continúa subsistente) o que lo hubiese otorgado para que tenga vigencia una vez acaecida esa situación (poder preventivo en sentido estricto). La normativa ibérica autoriza al propio mandante para que establezca las pautas a los fines de la verificación de su estado de vulnerabilidad: "... o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste". El párrafo reproducido facilita la aplicación concreta del instituto, adecuándola a las particulares circunstancias que hacen a la vida de cada sujeto. Finalmente, establece la conclusión del mandato "... por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor". La mayor claridad que se refleje en los textos normativos garantizará su eficaz funcionamiento y preservará el valor seguridad jurídica.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL. "El Apoderamiento o Mandato Preventivo como medida en la protección de personas mayores", Portal Mayores, Informes Portal Mayores N° 78, Madrid, publicado el 17-01-2008 ([http:// www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/berrocal-apoderamiento](http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/berrocal-apoderamiento)).
- BRANDI TAIANA, MARITEL MARIELA. "El Poder al servicio del Derecho de Autoprotección", julio-septiembre de 2015.
- CIFUENTES, SANTOS. "Régimen General de la Capacidad y el denominado *living will*", LL 2006-A-1183.
- Código Civil de la República Argentina, abril de 2007 - abril de 2008, Legis SA, 2007.
- CLUSELLAS, EDUARDO GABRIEL (coordinador). *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomos 1 y 2, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015.
- ETCHEGARAY, NATALIO P. "Representación Voluntaria", LXXI Seminario Teórico-Práctico "Laureano Arturo Moreira", Buenos Aires, 9 y 10 junio de 2016.
- FARINA, JUAN M. "Representación, Mandato y Poder", Revista Zeus, Tomo 2 D-41/45, mayo-agosto, 1974.
- Fundación Æquitas. "Discapacidad Intelectual y Derecho", IV Jornadas Fundación Æquitas, 2° edición, febrero 2005, Madrid.
- GEUNA, REGINA y VERGAGNI, JOSEFINA MARÍA. "Menores decidiendo cuestiones mayores", trabajo preparado para la XXXII Jornada Notarial Argentina, Buenos Aires, 24 al 26 de agosto de 2016.
- GHERSI, CARLOS A. *El Código Civil y Comercial en cuadros sinópticos*, Nova Tesis, Editorial Jurídica, Buenos Aires, 2015.
- LAMBER, RUBÉN A. "Representación, poder y mandato", Revista Notarial 898, pág. 638.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, ISIDORO. "Comparencia de una persona con discapacidad ante el notario", Revista IUS, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, N° 36, Nueva Época I, año IX, julio-diciembre de 2015.
- LORENZETTI, RICARDO LUIS (director). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, tomos I y II, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe.
- LLORENS, LUIS R. y RAJMIL, ALICIA B. "Regulación de la prórroga de los poderes en los casos de incapacidad del poderdante", Trabajo presentado en la XV Jornada Notarial Iberoamericana, Madrid, 2012.
- LLORENS, LUIS R. y RAJMIL, ALICIA B. "Representaciones, Poderes y Mandatos: casos de irrevocabilidad, de eficacia *post mortem* y de eficacia *post* incapacidad".
- MOSSET ITURRASPE, JORGE. *Contratos*, edición actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe.
- ORDELIN FONT, JORGE LUIS y VEGA CARDONA, RAÚL JOSÉ. "Los poderes preventivos. Breves apuntes para su aplicación dentro del ordenamiento jurídico Cubano".
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. "El notario ante las recientes o posibles reformas a los códigos civiles y de familia latinoamericanos en materia de autoprotección: crónica de un protagonismo anunciado", Revista del Instituto de Derecho e Integración, IDel, N° 11, año 7, 2015.

## / DOCTRINA/

- ROLDÁN SÁNCHEZ, ALIDA VIVIANA. "Poderes preventivos o de autoprotección", Revista del Instituto de Derecho e Integración, IDel, N° 5, año 3, 2011, págs. 99 y sgts.
- SALAS, ACDEEL ERNESTO. *Código Civil y leyes complementarias. Anotados*, tomo I, 2° edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.
- SALVAT, RAYMUNDO M. Tratado de Derecho Civil Argentino, tomo 1, undécima edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964.
- SOLER, SEBASTIÁN. *La Interpretación de la Ley*, Ediciones Ariel, Barcelona, España, 1962.
- SPOTA, ALBERTO G. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, volumen VIII, Editorial Depalma, 1983, Buenos Aires.
- TAIANA DE BRANDI, NELLY A. y LLORENS, LUIS ROGELIO. *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996.
- WOLKOWICZ, ANA MARCELA. "Capacidad jurídica. Su concepción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", publicación de la Secretaría de Extensión Universitaria, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, FDER Edita Ediciones.

Academia Nacional  
Doctrina  
Congresos y Jornadas  
Derecho Comparado  
Derecho Registral  
Información  
Jurisprudencia  
Sociedades  
Técnica y Práctica  
Universidad

## CONGRESOS y JORNADAS

Academia Nacional  
Doctrina  
Congresos y Jornadas  
Derecho Comparado  
Derecho Registral  
Información  
Jurisprudencia  
Sociedades  
Técnica y Práctica  
Notariedad Notarial



# CONJUNTOS INMOBILIARIOS\*

*Elba María Frontini*

*SUMARIO. 1. Las nuevas formas de dominio. 2. Regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación. Aspectos principales. 3. Regulación en la Provincia de Buenos Aires.*

\* Trabajo presentado en el XXIX Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, celebrado en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, entre el 3 y el 7 de octubre de 2016. Corresponde al Tema III, referido a "Folio Real".

## 1. LAS NUEVAS FORMAS DE DOMINIO

### 1.1. CONSIDERACIONES GENERALES

A medida que las sociedades modernas se han ido complejizando y se ha introducido la idea de mejoramiento de la calidad de vida y de la racionalización en el uso de las cosas, han nacido nuevas formas de aprovechamiento de ellas, que cada vez se van haciendo más comunes y normales. E inclusive: "... actualmente la tendencia es que el hombre ha comenzado a utilizar los inmuebles en forma compartida y no exclusiva"<sup>1</sup>.

Esto ha dado lugar al nacimiento de nuevas formas de uso de los inmuebles con los más diversos fines, ya sea la habitación permanente, vacacional, habitación temporaria o social, también comercial, industrial o con fines de enterramiento según prácticas y costumbres religiosas.

A lo largo de los últimos años han crecido notablemente los emprendimientos urbanísticos denominados clubes de campo, barrios cerrados, parques industriales, chacras y condominios; algunos de los cuales han comenzado siendo residencias de uso transitorio y ahora constituyen viviendas permanentes para las familias.

Este tipo de urbanizaciones ha creado un conjunto de relaciones patrimoniales especiales y complejas que carecían de normas específicas que las regularan. En su análisis parecían responder, en principio, a diversas figuras jurídicas y, en consecuencia, a diversas naturalezas jurídicas<sup>2</sup>.

### 1.2. ENCUADRE JURÍDICO

De acuerdo al encuadre dado en el nacimiento de la figura comercializada, esta puede ser de naturaleza real, personal o ambos; deberá contener los elementos propios del tipo elegido para que podamos diferenciar claramente a cuál estamos haciendo referencia y, ya que están dotados de características sustanciales contrapuestas, recordemos que rige la autonomía de la voluntad en los derechos personales y en los derechos reales predominan las normas estatutarias de orden público.

Las ventajas y seguridades que confiere el derecho real son muy superiores a las que otorga el derecho personal, ya que, en principio, se minimizan los riesgos de la inversión.

El orden público gravita en forma excluyente en la determinación de cuáles son los derechos reales, les da un nombre y una configuración de su esencia y

1 Highton, Elena I. y otros. *Nuevas formas de dominio*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 15.

2 Giacomoso, Paula C. y Laurenti, María del Pilar. "Urbanizaciones privadas ¿Nuevo derecho real?", *Revista Notarial* 962, 2008, pág. 453.



contenido. Existe relación directa con la cosa; oponibilidad *erga omnes*; requisitos formales de título suficiente y modo suficiente para su transmisión, modificación y constitución; inscripción registral de los títulos para su oponibilidad a los terceros interesados de buena fe; e inherencia del *ius preferendi*, el *ius persecuendi*<sup>3</sup>.

### 1.3. DERECHO CIVIL ARGENTINO

En el sistema argentino rige el *numerus clausus* (art. 1884 CCyC), que consiste en que la ley y sólo la ley crea y organiza los derechos reales, los que serán, en consecuencia, limitados y cerrados. La ley fija su contenido y les da un nombre, es decir que la ley crea el concepto de cada derecho real. Nuestro sistema impide constituir los derechos reales con arreglo a la voluntad del individuo.

La ausencia de legislación nacional específica hasta el 1° de agosto de 2015 provocó que las provincias (en ejercicio del poder de policía inmobiliario y de la facultad de regular lo atinente a la división y al uso racional del suelo; el planeamiento urbano y el emprendimiento y desarrollo de urbanizaciones abiertas y cerradas) hayan dictado sus propias normas y disposiciones técnico-legales y que se encuadre, dentro de figuras jurídicas ya existentes, a esta nueva forma de dominio, lo cual ha generado, en ciertos casos, serias contradicciones con el derecho de fondo anteriormente vigente.

## 2. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. ASPECTOS PRINCIPALES

### 2.1. ENUMERACIÓN DE LOS DERECHOS REALES

El art. 1887 enumera los derechos reales reconocidos por la legislación y entre ellos incluye: "... e) los conjuntos inmobiliarios; f) el tiempo compartido; g) el cementerio privado..."

Es decir, incluye como "nuevos derechos reales" a las también denominadas urbanizaciones privadas y que llama "Conjuntos inmobiliarios" y separadamente incorpora al tiempo compartido y a los cementerios privados.

---

3 Allende, Guillermo. *Panorama de derechos reales*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 1967, pág. 18. Gatti, Edmundo y Alterini, Jorge Horacio. *El Derecho Real*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, en nota 6, págs. 74 y 75.

## 2.2. CONJUNTOS INMOBILIARIOS

En el Código Civil y Comercial, el Título VII es el dedicado a los “Conjuntos inmobiliarios”, Capítulo 1 (“Conjuntos inmobiliarios” -arts. 2073 al 2086 inclusive-).

### 2.2.1. Concepto

En el art. 2073 designa “conjuntos inmobiliarios” a los: “... clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales”.

Se observa que no son definiciones de los poderes que caracterizan al derecho real, sino descripciones de los objetos sobre los que esos derechos reales recaerían.

A los clubes de campo y barrios privados residenciales, la doctrina los designa y caracteriza por contar con un: “... área territorial de extensión limitada, regida por un plan de ordenamiento territorial, con unidades funcionales o parcelas privativas independientes (construidas o a construirse) y áreas comunes de uso común, destinadas las primeras a vivienda (transitoria o permanente) y las segundas a la práctica de actividades deportivas, culturales y sociales, existiendo entre el área de viviendas y la recreativa una relación funcional y jurídica que las convierte en un todo inescindible, vinculadas por el destino común, hallándose dotadas de la correspondiente infraestructura para la prestación de los servicios esenciales, la que reposa en cabeza de la urbanización y es comunitaria”<sup>4</sup>.

En cuanto a los parques industriales y los centros de compras (que también son urbanizaciones privadas), tienen elementos comunes con los clubes de campo, barrios cerrados o de chacras, distinguiéndose por el destino, industrial en los primeros y comercial en los segundos, siendo diferentes la clase de infraestructura y el equipamiento de las áreas comunes y los servicios que se prestan y también su regulación desde la óptica del derecho público<sup>5</sup>.

---

4 Abella, Adriana y Mariani de Vidal, M. *Clubes de Campo y Barrios Cerrados*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2009, pág. 21.

5 *Ibidem*.

### 2.2.2. Características

En el art. 2074 se dan las características del derecho real de manera no taxativa. Enumera cuáles son los elementos que integran los conjuntos inmobiliarios, a saber: a) el cerramiento perimetral, que puede ser con muros o cercos vivos, y que cumple dos funciones primordiales, como son: por un lado, marcar los límites físicos de la urbanización o emprendimiento inmobiliario y, por el otro, controlar el ingreso y egreso de las personas a éste; b) la existencia de partes privativas (y por ende, de uso y goce exclusivo de sus titulares, en atención al destino que se haya fijado al instalarse el complejo vivienda, comercio, oficina, industria, etc.) y comunes (a las que pueden acceder todos los miembros de la urbanización en pie de igualdad, en tanto contribuyan a su mantenimiento y conservación: *club house*, plazas, canchas para la práctica de deportes, caballerizas, piscinas, amarraderos, garitas de vigilancia, vías de circulación interna del complejo, etc.); c) las partes comunes se encuentran sometidas a un estado de indivisión forzoso y perpetuo, de manera que no es menester efectuar pacto alguno en la materia (sea para prolongar dicha indivisión o para derogarla); d) la relación de inescindibilidad e interdependencia jurídico funcional a que se hallan sometidas las partes comunes con respecto a las de uso privado, de forma tal que no se puedan transferir las unas sin las otras, ni que quepa la posibilidad de excusarse de abonar los gastos que irrogue la conservación y el mantenimiento de las primeras, alegando que se hará abandono de éstas o que no se las va a usar en el caso concreto; e) la creación de una entidad con personería jurídica que agrupe a todos los propietarios de las partes privativas, que se ocupará de gestionar el desarrollo y el funcionamiento del complejo y en su caso de su administración efectiva, y de aplicar las sanciones a quienes infrinjan las reglas de convivencia dentro de éste; f) la sanción de un reglamento que establezca los derechos y las obligaciones de quienes acceden al sistema como titulares de derechos reales o personales sobre las partes privativas y de uso particular, las restricciones de los derechos de éstos, la estructura orgánica de aquel (alusiva al régimen de la administración, a los órganos con potestad disciplinaria, a las comisiones asesoras o de contralor del desempeño del administrador, etc.) que permitan su funcionamiento; g) la obligatoriedad por parte de quienes se sumen al complejo de contribuir con los gastos y cargas comunes que se fijen en el reglamento y, en su caso, por la administración del complejo.

### 2.2.3. Legislación aplicable y marco legal

#### 2.2.3.1. Legislación aplicable

El art. 2075 deriva a las jurisdicciones locales los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos privatísticos y, concordantemente, el art. 2079 enfatiza que: "... la localización de los conjuntos inmobiliarios dependerá de lo que dispongan las normas provinciales y municipales aplicables".

Los límites perimetrales del conjunto inmobiliario y el control de acceso a él podrán materializarse mediante cerramientos perimetrales, con sujeción a cuanto establezcan las reglamentaciones provinciales o municipales, en función de aspectos urbanísticos y de seguridad (art. 2078).

#### 2.2.3.2. Marco legal

El art. 2075 vigente no da lugar a la posibilidad de elección de régimen jurídico proyectado. Su segunda parte determina el marco legal de la figura: "Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial".

Pasa a ser denominado como "propiedad horizontal especial", el objeto de este derecho real no es el conjunto inmobiliario, sino sus sectores o partes de uso privativo y común que se transfieren en propiedad al adquirente. Así, se obtiene una potestad real no solo sobre el sector exclusivo, sino también sobre las partes de uso común a las que el primero está indisolublemente unido.

Se trata de un *derecho real sobre cosa propia, registrable, principal y que se ejerce por la posesión*, que se regirá por las regulaciones del derecho real de propiedad horizontal en lo que no sea modificado expresamente en los artículos específicos de los conjuntos inmobiliarios.

El artículo no permite, en consecuencia, que puedan organizarse los conjuntos inmobiliarios también bajo el régimen de los derechos personales, y tampoco a un esquema combinado de derechos personales y reales. La configuración jurídica del complejo inmobiliario como derecho real es obligatoria, y al ser un derecho real y rigiendo -como ya lo explicamos- el sistema de *numerus clausus*, esta sujeción no puede ser dejada de lado por convenio de las partes (emprendedor y adquirente).

### 2.2.3.3. *Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes*

La última parte del artículo establece: "Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real".

La configuración como derechos personales se ha utilizado en nuestro país en muchas oportunidades, y supone que la titular de dominio del complejo sea una persona jurídica (asociación, sociedad) y los que se incorporen al régimen pasen a detentar una porción del capital de la asociación o sociedad. Las utilidades y beneficios se traducen en el uso exclusivo de determinadas áreas del conjunto (con fines residenciales, comerciales o industriales), y en el uso común de las restantes.

La mayoría de la doctrina y de los distintos congresos y jornadas consideran que la ley no establece una obligatoriedad para los sistemas de conjuntos inmobiliarios constituidos con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, y existen decisiones de los registros de la propiedad inmueble que consideran como "no calificable" la adecuación al sistema actualmente vigente, cuando se presenten actos registrables en conjuntos inmobiliarios ya constituidos<sup>6</sup>.

Si es voluntad de los integrantes del conjunto inmobiliario realizar la adecuación al sistema, la misma debe realizarse por escritura pública ya que supondrá la constitución de un derecho real, y debe registrarse en el registro de la propiedad inmueble que corresponda.

### 2.2.4. **Cosas comunes y privativas**

El art. 2076 del Código Civil y Comercial dice: "Son necesariamente comunes o de uso común las partes y lugares del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales, instalaciones y servicios comunes, y todo otro bien afectado al uso comunitario, calificado como tal por el respectivo reglamento de propiedad y administración que regula el emprendimiento. Las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no esté determinado se consideran comunes".

En la propiedad horizontal común (recordemos que en los conjuntos inmobiliarios la ley la llama propiedad horizontal especial) el terreno es una cosa necesariamente común (art. 2041, inc. a).

Cuando se configure una propiedad horizontal especial solamente serán comunes las áreas destinadas específicamente al "uso común", ya que el art. 2077 permite: "Cosas y partes privativas. La unidad funcional que constituye parte pri-

---

6 Orden de servicio 45/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires.

vativa puede hallarse construida o en proceso de construcción, y debe reunir los requisitos de independencia funcional según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta”.

Se han superado de esta forma los impedimentos jurídicos que existían al afectar a propiedad horizontal una urbanización de estas características.

### **2.2.5. Transmisión de unidades. Derecho de admisión**

En el art. 2085 se prevé la posibilidad de que el reglamento del conjunto inmobiliario prevea “restricciones” a la transmisión de la unidad funcional, siendo una de las posibilidades el “derecho de preferencia o tanteo” a favor del consorcio o de otro u otros integrantes del conjunto.

El derecho de preferencia o tanteo se encuentra definido en el art. 997 CCyC como aquel que genera una obligación de hacer a cargo de una de las partes, quien si decide celebrar un futuro contrato debe hacerlo con la otra o con las otras partes. Los pactos de preferencia pueden asumir múltiples variables; generalmente obliga a conceder a la otra parte una primera opción para contratar en las mismas condiciones que se ofrezcan a terceros.

Se permite, entonces, determinar en los reglamentos el derecho de tanteo a favor del consorcio y de sus integrantes para el caso de que el titular de una unidad funcional del complejo pretenda enajenarla por actos *inter vivos* y a título oneroso. En realidad es un medio de efectuar indirectamente un control sobre los terceros que eventualmente se incorporen al complejo.

De acuerdo a la orden de servicio 45/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, este derecho de preferencia, en caso de existir, tiene vocación registral, debiendo dejarse constancia de su existencia en el reglamento de propiedad horizontal especial.

## **3. REGULACIÓN EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

La Provincia de Buenos Aires ha dictado una profusa legislación con referencia a los hoy denominados “conjuntos inmobiliarios”, llamados clubes de campo, barrios cerrados o parques industriales.

De esta forma podemos enumerar como normas legales aplicables en la Provincia de Buenos Aires para la construcción de barrios cerrados y clubes de campo, a las siguientes.

### **3.1. DECRETO 2489/63**

Reglamentó el régimen de la propiedad horizontal. En su art. 6º establecía

que se podían inscribir en el registro unidades de dominio exclusivo a construir o en construcción, cualquiera sea el estado de ejecución de la obra, entre otras consideraciones.

### **3.2. LEY 8912 DE 1977 (ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y USO DEL SUELO)**

La misma, en la parte referida a clubes de campo, fija sus características: localizados en una zona no urbana, con una parte destinada a la práctica de actividades deportivas y socio/culturales; y la parte restante para la construcción de viviendas, debiendo guardar el área de esparcimiento y viviendas una relación funcional y jurídica que las convierta en un todo inescindible. Requiere contar con la previa aprobación municipal y con la responsabilidad del patrocinador del proyecto de construir las obras de infraestructura de servicios esenciales (agua, cloacas, energía eléctrica), con el tratamiento de las vías de circulación y acceso, con la parqueización y forestación y construcción de las obras de equipamiento deportivo y sociocultural.

### **3.3. DECRETO 9404/86**

El mismo permitió que los clubes de campo que se constituyan por el régimen del decreto 8912/77 puedan hacerlo por el régimen de parcelas de dominio independiente (división por geodesia), constituyendo una entidad jurídica integrada por los titulares de dichas parcelas, propietaria de las áreas recreativas y de esparcimiento (incluso de las calles internas, si se opta por mantenerlas en el dominio privado), responsable de la prestación de servicios generales.

### **3.4. RESOLUCIÓN 74/97 (SECRETARÍA DE TIERRAS Y URBANISMO)**

Define a los barrios cerrados como emprendimientos urbanos destinados a uso residencial predominante y equipamiento colectivo, con perímetro cercado que no ocasione perjuicios a terceros. Se refiere a las zonas donde pueden localizarse y condiciona su creación a: la compatibilidad con los usos del sector, la garantía de las condiciones de habitabilidad (no sólo en infraestructura de servicios, sino también en educación y salud) y la presentación de un estudio de impacto ambiental (urbanístico, socioeconómico y físico).

### **3.5. DECRETO 27/98**

Referido especialmente a los barrios cerrados, ratifica todo lo establecido en la resolución 74/97 en cuanto a definición y condiciones para su creación. Esto debe formalizarse a través de un estudio urbanístico, que junto con las certificaciones municipales y provinciales debe ser aprobado por la Subsecretaría de Asuntos Municipales del Ministerio de Gobierno de Buenos Aires. En cuanto a su forma jurídica, da la opción de encuadrarse dentro del régimen de la Ley nacional 13.512 de Propiedad Horizontal o por el régimen establecido por el decreto 9404/86 (parcelas independientes con servidumbre predial).

### **3.6. DECRETO 1727/2002**

Transfiere a las municipalidades que se adhieran ciertos trámites de factibilidad y planeamiento cuando se creen clubes de campo, barrios cerrados.

### **3.7. DECRETO 947/2004**

Legisla sobre la modificación del estado constructivo de las unidades funcionales previstas en los emprendimientos urbanísticos, clubes de campo y barrios cerrados, la que se hará por la confección de cédula catastral sin constituir reforma del reglamento de propiedad horizontal. La modificación del estado constructivo se realizará por el otorgamiento de una escritura pública autónoma.

### **3.8. DECRETO 97/2008**

Encuadra la organización de los barrios cerrados dentro del ámbito de la provincia encuadrándolo jurídicamente en la propiedad horizontal.

### **3.9. RESOLUCIÓN NORMATIVA 69/2016**

Art. 1º: "Dejar establecido que, hasta tanto se reglamente el ejercicio de los derechos reales de Propiedad Horizontal y Conjuntos Inmobiliarios, regulados en los Títulos V y VI, respectivamente, del Libro Cuarto del Código Civil y Comercial de la Nación, deberán aplicarse las normas del Decreto provincial 2489/63 y su modificatorio, así como de las disposiciones establecidas a los efectos de su implementación".



# ANÁLISIS DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL MODERNA Y LOS CONVENIOS DE SINDICACIÓN\*

*María Mercedes Braga Fusta*

*SUMARIO. Introducción. Características de la contratación comercial en el siglo XXI. Comercio electrónico. Convenios de sindicación. Conclusión. Ponencias. Bibliografía.*

\* El presente trabajo fue presentado en el marco de la XVII Jornada Nacional del Notariado Novel y de la XVIII Jornada del Notariado Novel del Cono Sur, celebradas en la ciudad de Salto, Uruguay, entre el 26 y el 28 de mayo 2016. Corresponde al tema II.

## INTRODUCCIÓN

La temática del presente trabajo nos brinda un espacio para la reflexión con respecto a las nuevas formas de contratación mercantil, en especial en lo referente a los contratos de adhesión que presentan cláusulas abusivas, que son regulados exclusivamente por empresas e imponen su contenido a la parte débil, es decir los consumidores, sin posibilidad de negociación alguna. Este tipo de contratos, muy comunes en la actualidad, no son ilícitos, pero se tornan patológicos cuando contienen cláusulas abusivas. Ante ello debemos efectuar un análisis de las herramientas con las que cuenta el consumidor tanto en la legislación argentina como en el derecho comparado para disminuir los riesgos en la contratación y tutelar su integridad y sus derechos económicos y extraeconómicos.

También profundizaremos sobre los contratos cibernéticos que forman parte de esta nueva “revolución digital” de la cual formamos parte y no podemos desconocer. Esto genera nuevos planteamientos que deben ser resueltos, dejando de lado muchas de las premisas con las que ha sido pensado el derecho en su génesis, a la luz de esta nueva realidad.

Por último abordaremos el tema sindicación de acciones, una clase de pactos o acuerdos parasociales que forman parte de la realidad de toda sociedad, cualquiera sea el tipo empleado, y que funcionan como accesorios al contrato principal y sirven como pieza de interpretación de él, siendo plenamente lícitos. Trataremos esta temática también a la luz del derecho comparado.

## CARACTERÍSTICAS DE LA CONTRATACIÓN COMERCIAL EN EL SIGLO XXI

### **ATIPICIDAD**

El principio contractual en la legislación argentina que reconoce el art. 970 del Código Civil y Comercial se basa en contratos nominados e “innominados”, más correctamente podríamos diferenciar contratos de tipicidad legal y contratos con tipicidad consuetudinaria o social. En la práctica se utiliza la expresión contrato innominado como sinónimo de atípico, o sea no regulado por la ley.

Raros son actualmente en el ámbito comercial los contratos absolutamente atípicos. No obstante, la permanente evolución de las relaciones económicas, la revolución tecnológica y digital, la ampliación de los mercados, la expansión de la economía y las renovadas necesidades del tráfico mercantil, determinan la aparición de relaciones contractuales no previstas por los textos. Surgen así los contratos innominados.

Los comerciantes han ido creando su propio derecho sobre la base de costumbres, cuando las fórmulas del derecho clásico resultaron insuficientes para dar adecuada solución a los nuevos problemas. La regla o principio general de la libertad contractual otorga a las partes la posibilidad de que celebren contratos sin necesidad de ajustarse a los tipos preestablecidos por la ley.

### **¿CÓMO NACEN LOS LLAMADOS CONTRATOS DE ADHESIÓN?**

La aparición de la empresa en el siglo XX originó sistemas de producción seriados y una metodología de consumo masivo que requirió de una estructura legal especial y diferente de la negociación individual para la comercialización de aquellos bienes y servicios seriados.

La revolución industrial, con la introducción de la máquina al proceso productivo, permitió la fabricación en “serie” de los bienes, lo que generó dos cuestiones: a) el aumento de la cantidad de los bienes producidos, y b) la modificación del mercado de consumo. Estas dos cuestiones trajeron aparejada la necesidad de la empresa de vender con rapidez el producido, pero esto requería una herramienta jurídica que regulara las relaciones de esta con los consumidores. Así nacieron los denominados *contratos de adhesión*.

A pesar de la existencia de igualdad de poder de negociación puede suceder que en el devenir del contrato por fenómenos de imprevisibilidad e inevitabilidad se alteren las condiciones de cumplimiento, generando situaciones de inequidad para una de las partes. Frente a estos acontecimientos el derecho moderno en la mayoría de los ordenamientos jurídicos desarrolló construcciones que contrarrestan estos efectos, basándose en principios como el de la *buena fe*, la *equidad*, etc.

“El contrato debe guardar la adecuada finalidad que debe perseguir. Debe haber un intercambio justo, razonable y las prestaciones intercambiadas deben seguir manteniendo una razonable ecuación de valores para alcanzar lo que MOSSET ITURRASPE denomina justicia contractual”<sup>1</sup>.

### **CONTRATOS DE ADHESIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA**

Algunos de los códigos vigentes en América no tratan el tema de contratos de adhesión o con cláusulas predispuestas como es el caso de Brasil, Uruguay y Colombia. La excepción la constituye Perú, que lo hace en diez disposiciones. Otros países poseen leyes especiales, como por ejemplo el Código de Defensa del

---

1 Weingarten, Celia. *Derecho del Consumidor*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2007.

Consumidor de Brasil. Asimismo Paraguay, por ley especial define el contrato por adhesión. Finalmente, Colombia carece de toda regulación sobre el tema.

En nuestro país el actual CCyC en su art. 984 define al contrato de adhesión como "... aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción".

Estos contratos producen significativos ahorros propios de la economía de escala: un ahorro de tiempo al ser evitada la discusión individual de las cláusulas, y un ahorro de litigiosidad, en razón de que este tipo de contratos prevé de antemano soluciones puntuales para las distintas alternativas posibles en el desarrollo de la relación entre partes.

En el caso de que estos contratos sean celebrados por escrito deben ser redactados de manera clara, completa y fácilmente legible y en el idioma común de la gente. Las cláusulas deben ser comprensibles y autosuficientes. Así lo determinan el art. 985 CCyC, y el art. 987 del mismo cuerpo legal expresa que "... las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente". Se trata de aquellas cláusulas oscuras, confusas y dudosas para el adherente.

## **CLÁUSULAS ABUSIVAS**

El contrato es una herramienta fundamental en toda economía capitalista. Esta situación genera una constante tensión entre empresa y consumidores.

Las empresas cuentan con dos herramientas para consolidar sus intereses y eliminar la tensión con los consumidores: a) *el contrato de adhesión* y b) *las cláusulas abusivas*, para maximizar sus beneficios.

Para que una cláusula sea abusiva debe tener por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor.

## **CLASIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS:**

Las empresas generan cláusulas abusivas para mantener su poder y beneficio económico. Existen dos tipos de cláusulas: 1) cláusulas directas: son aquellas que solucionan en forma inmediata los posibles conflictos a su favor, como por ejemplo un interés exorbitante para la mora, la renuncia del consumidor a determinados derechos esenciales, etc. 2) Cláusulas indirectas: son aquellas con las cuales los objetivos favorables a la empresa se cumplen pero en forma de previsión mediata. Por ejemplo la facultad de modificar servicios por razones de aparente

fuerza mayor o estado de necesidad, o la interpretación futura de cláusulas bajo condiciones extremadamente favorables para la empresa dada su ambigüedad.

En toda cláusula abusiva existe una aparente situación igualitaria y justa para el consumidor<sup>2</sup>.

El art. 988 CCyC establece que para este tipo de contratos deben tenerse por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente y c) las que por su contenido, redacción o presentación no son razonablemente previsibles.

La ventaja de este artículo es que la claridad en la definición de los supuestos disminuye la litigiosidad porque las partes saben a qué atenerse cuando redactan un contrato. La mayoría de los autores opinan que un listado de cláusulas abusivas sería útil, pero debe estar en la legislación especial ya que estas pierden actualidad rápidamente con lo cual surge la necesidad de actualizar el listado, lo que es sencillo de hacer en una ley especial pero no en un código. Además estas cláusulas son distintas dependiendo de cada sector, como puede ser el del turismo, los automotores, la medicina prepaga.

## **EL CONTRATO DE CONSUMO Y LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Hemos analizado que en la contratación moderna frente a las desigualdades económicas que surgen de los contratos de adhesión, desaparecen los conceptos de libertad e igualdad jurídica.

Este esquema contractual de adhesión requería de un tratamiento específico que atendiera las necesidades e intereses del contratante más débil, sometido al poderío económico y jurídico de quien estipula unilateralmente las condiciones contractuales. Esta cuestión es lo que impulsa la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor<sup>3</sup> que produjo un gran avance en muchos aspectos de contratación

---

2 Por ejemplo, en las cláusulas que permiten a ambas partes del contrato la rescisión incausada. Tal es el caso de los contratos de medicina prepaga donde se suele colocar esta cláusula que a simple vista resulta respetuosa de los derechos del consumidor, pero pasado el tiempo (adherente con 20 años de antigüedad y 30 años de edad), si el adherente decide rescindir el contrato, la cobertura en otra prepaga le resultará más onerosa, pues comienza la edad de riesgo por lo tanto deberá abonar aranceles discriminatorios. Para la empresa es muy ventajoso pues se ha capitalizado con la cuota del afiliado a bajo costo (recibe dinero pero brinda pocas prestaciones o muchas de bajo costo, y cuando debe afrontar las de elevado valor económico rescinde el contrato).

3 La Ley 24.240, de Defensa del Consumidor fue sancionada por el Congreso dentro de las facultades otorgadas por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, otorgando una mayor protección a la parte contratante más débil (los consumidores) y recomponiendo con un sen-

(los cuales hasta ese momento no se encontraban regulados en nuestro Código Civil), al regular lo atinente a los contratos con cláusulas predispuestas, la nulidad de cláusulas abusivas, la interpretación más favorable al consumidor y normas relativas a la publicidad, otorgando fuerza normativa a los anuncios publicitarios, aun cuando no fueran incluidos en el contrato.

El legislador parte del supuesto de la debilidad de los consumidores en las relaciones con los empresarios. Por esto es que sus disposiciones se basan en esta situación de desequilibrio y a favor del consumidor.

Dentro de los ya mencionados contratos de adhesión encontramos otra categoría conformada por los contratos de consumo, que son receptados por la Ley de Defensa del Consumidor. En los contratos de consumo los bienes y servicios se comercializan por medio de los contratos de adhesión, por lo tanto los contratos de consumo son una subcategoría dentro de los contratos de adhesión.

## **REMEDIOS EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR CON RESPECTO A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**

En primer lugar, para hablar de soluciones o remedios a las cláusulas abusivas, debemos analizar qué condiciones deben darse para configurarla como tal: a) existencia de un contrato donde se pacten derechos y obligaciones de las partes; b) que la cláusula haya sido redactada por una parte (generalmente la parte fuerte) y sin margen de discusión; c) dicha cláusula debe perjudicar a la otra parte (débil), imponiendo derechos y obligaciones que en situaciones de paridad contractual no aceptaría y d) que se produzca un desequilibrio contractual irrazonable o no justificado<sup>4</sup>.

El art. 37 de la Ley 24.240 establece que las cláusulas abusivas que enumera son ineficaces y se tendrán por no escritas o convenidas. A través de este artículo el legislador trata de remediar posibles abusos provenientes de la parte fuerte en la contratación. Así, el mencionado artículo establece que se tendrán por no convenidas las cláusulas que: a) desnaturalicen las obligaciones<sup>5</sup> o limiten las responsabilidades

---

tido ético de justicia y de solidaridad social el equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios, que se veían afectados ante situaciones abusivas que se presentaban en la vida cotidiana

4 Se ha considerado abusiva la cláusula inserta en un seguro de vida contratado por el banco acreedor de un mutuo hipotecario, donde se estipulaba que sólo el codeudor nombrado en primer término estaba asegurado y no así los demás codeudores, aunque estos cumplieron con todas las directivas impuestas por el Banco para contratar el seguro y pagaron todas las primas ("Catena, Martha Enriqueta c/ Banco Bansud s/ cumplimiento de contrato", 15/9/2011, Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil).

5 Es abusiva la cláusula inserta en un contrato de compraventa de automotor importado, según la cual cualquier variación del precio es a cargo del comprador ya que el contrato que esta-

por daños; b) importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Las leyes de consumo a nivel mundial y en el ordenamiento jurídico argentino no prohíben esta modalidad de contratación. Pese a ello, las leyes de consumo tienden a limitar estas cláusulas, generando un equilibrio entre las partes, donde usualmente el aceptante (consumidor) se encuentra en inferioridad de condiciones.

Las cláusulas ambiguas o confusas se interpretan conforme a lo establecido por la doctrina y la jurisprudencia en forma unánime a favor del consumidor y en contra del redactor de la cláusula<sup>6</sup>. Es claro que ante la duda la solución deberá inclinarse en favor del consumidor. Pero cuando el desequilibrio carezca de una razonabilidad justificada deberá optarse por una solución más razonable.

La Ley no exige para aplicar la sanción del art. 37 (tenerlas por no escritas) que el contrato haya sido redactado por el proveedor de bienes y servicios. La carga de controlar y depurar las cláusulas ambiguas o abusivas sólo recae en el empresario. El consumidor sólo tiene el derecho de impugnar aquellas cláusulas que lo afecten directamente. Si el empresario no fue diligente en dicha determinación, deberá cargar con los costos de la negligencia. La ley supone que el empresario está en mejores condiciones de controlar el contenido de un contrato y de evitar las situaciones conflictivas para con el consumidor.

Sin dudas que el último fundamento radica en la *buena fe* de las partes contratantes, que no solo debe reinar en la etapa precontractual del contrato sino también durante su ejecución y en la etapa postcontractual. En el caso “Healy Jaime Miguel c/ Vansal SA (UAISALUD)” del 14/12/2010, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial declaró abusivo el aumento de un 400% en la cuota establecida por la empresa de medicina prepaga demandada. La Cámara consideró que tal modificación unilateral del contrato, además de afectar el equilibrio contractual no cumplía con las disposiciones vigentes en tanto no prevenía la notificación con antelación que correspondía.

La buena fe en la etapa precontractual impone que el oferente ponga al alcance del destinatario de la oferta la *información adecuada* sobre hechos relativos al contrato que pueden tener aptitud para influir sobre su decisión de aceptar. Se trata del de-

---

blece un precio variable no puede prever sólo una variación para el caso de aumentos (“G., M. J. c/ Honda Automóviles de Argentina SA y Otro”, 3/7/2008, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 110).

6 Junyent Bas, Francisco y otros. *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada, Anotada y Concordada*, Errepar, Buenos Aires, 2013: “La interpretación de una cláusula puede realizarse en contra del redactor y no obstante ello puede no ser beneficiosa para el consumidor; de igual modo una cláusula puede ser favorable al consumidor y no necesariamente ser perjudicial para el empresario”.

nominado *deber de información*, que tiene manifestaciones máximas en los contratos de consumo.

La regla de la buena fe determina que los jueces resuelvan las cuestiones de nulidad total o parcial del contrato o de su modificación, procurando asumir qué actitud habría adoptado un contratante de buena fe en la etapa previa a la celebración del contrato o en su etapa de cumplimiento, según el caso. También corresponde que se atengan al criterio de procurar conservar la *eficacia del contrato*.

Este rechazo a las cláusulas abusivas tiene un trasfondo ético: en él aparecen la moral, las buenas costumbres, la buena fe.

Es importante aclarar que las cláusulas abusivas no constituyen usos y costumbres, aunque sean de práctica. En todo caso, la interpretación de los contratos predispuestos debe ser hecha en sentido favorable a la parte no predisponente.

## **CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO COMPARADO**

La Ley Federal de Protección de Consumidores de México ha definido al contrato de adhesión como el documento elaborado unilateralmente por el proveedor para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o a la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato.

La *legislación chilena* en su Ley 19.496 de Protección de los Consumidores define el contrato de adhesión como aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido.

La *legislación brasilera* reconoce como contrato de adhesión a aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido. La Ley 8078 conocida como Código de defensa del Consumidor enumera una lista ejemplificativa de cláusulas abusivas.

*Uruguay* en su Ley 17.250 denominada Norma para las relaciones de Consumo, define como contrato de adhesión aquel cuyas cláusulas o condiciones han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios sin que el consumidor haya podido discutir, negociar o modificar sustancialmente su contenido. Además dispone la protección contra las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y realiza una nómina ejemplificativa de estas.

En la *normativa paraguaya* el Código Civil de dicho país se refiere a cláusulas abusivas. Asimismo la Ley de Defensa del Consumidor y Usuario regula los contratos de adhesión, las cláusulas abusivas y la interpretación.



La *legislación española* posee la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios. Esta contiene también previsiones expresas para los contratos que contengan cláusulas no negociadas individualmente, imponiendo una serie de condiciones para estas.

## **RESPONSABILIDAD EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL**

Durante siglos la única forma de fabricar productos era de manera artesanal. En nuestros días esta forma de fabricación ha sido reemplazada por la producción en serie. Así, los bienes son lanzados al mercado mediante diversas vías de comercialización en las que aparecen distintos personajes como: el importador, el mayorista, el distribuidor, el minorista, etc. En esta nueva realidad económica los bienes y servicios son el resultado ya no sólo de un fabricante sino de varios (siendo cada uno de ellos elaborador de una parte del producto) que segmentan la responsabilidad, evitando la relación directa entre el fabricante y el adquirente.

El consumidor que ha sufrido el daño por un vicio del producto se halla por lo tanto frente a una compleja red de responsables, con la mayoría de los cuales no ha contratado. Pero además, si aceptamos la responsabilidad del fabricante que no vendió directamente el producto, hay que resolver si la responsabilidad es contractual o extracontractual, subjetiva u objetiva.

El moderno derecho de daños se orienta hacia la objetivación de la responsabilidad, que prescinde de la culpa como factor de atribución y tiene en cuenta otros criterios basados en valoraciones económicas, sociales etc. La idea se centra en que el daño debe ser reparado y no solamente en la sanción al autor de la conducta dañosa.

## **LA RESPONSABILIDAD EN LA LEY 24.240**

El derecho del consumo en nuestro ordenamiento tiene su base en el art. 42 de la Constitución Nacional y en la Ley 24.240, modificada por Ley 26.361.

La Ley 24.240 establece un régimen de responsabilidad a cargo de quienes colocan bienes y servicios en el mercado, procurando una mejor tutela de los derechos de los consumidores. Esta Ley incluyó en su art. 40 la *responsabilidad objetiva y solidaria* del productor, fabricante, importador, proveedor, vendedor y de quien haya puesto la marca en la cosa o en el servicio.

La Ley de Defensa del Consumidor nace para dar una sólida respuesta a los consumidores, permitiéndoles acceder a la reparación y así evitar la fragmentación de la responsabilidad, al ampliar el círculo de responsables a todos los que intervienen en la cadena de producción y comercialización, es decir que busca responsabilizar a todas aquellas personas físicas y jurídicas que han participado en la concepción,

creación, comercialización de servicios o de la cosa, predicando la *unidad del fenómeno resarcitorio*.

## **RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS ELABORADOS**

La noción de producto elaborado tiene en cuenta los daños que pueden producirse debido al grado actual de tecnificación en la producción y en la comercialización de bienes y servicios<sup>7</sup>.

Podemos definir al producto elaborado como toda cosa mueble, natural o industrial destinada a volcarse en el mercado, en cuyo proceso de creación, transformación o desarrollo, así como en la preparación para su consumo o uso, haya intervenido la actividad del hombre, sin olvidar que también cabe ubicar dentro de este concepto a los productos naturales, pues estos en la mayoría de los casos requieren la actividad humana tanto en su desarrollo (utilización de fertilizantes) como en su conservación, fraccionamiento o envase.

El producto elaborado causante del daño puede llegar al consumidor mediante distintas vías, las que a su vez generan diversas responsabilidades: 1) del fabricante que enajena la cosa directamente al consumidor final; 2) del fabricante que transfiere el producto a un intermediario para que lo coloque en una cadena de comercialización; 3) de los diversos intermediarios; 4) del intermediario fabricante que es el vendedor directo del producto al consumidor final; 5) del concedente por hechos del concesionario.

## **PRODUCTO DEFECTUOSO**

El Código brasileiro establece que es aquel que no ofrece la seguridad que legítimamente puede esperarse.

El carácter defectuoso de un producto no se identifica con su falta de aptitud para el uso previsto (vicio redhibitorio), sino más bien con la seguridad que el consumidor puede esperar.

---

7 Conforme expresa Alcover Garau: "Es a partir de los años cincuenta y sesenta (siglo XX) cuando las cuestiones englobadas en la responsabilidad civil del fabricante adquieren importancia en los países capitalistas más avanzados, y en especial en Estados Unidos. Y en este sentido se considera que es un fenómeno típico de la segunda era industrial". Y agrega que este fenómeno ha sido propiciado: "... por la generalización de los eventos dañosos y su alto costo social debido a la cada vez más tecnificada e ingente producción en serie, el surgimiento de ideologías políticas y sociales que estiman que el desarrollo económico no debe sacrificar el social, la aparición de un amplio movimiento de protección de los consumidores y las nuevas orientaciones de la responsabilidad civil, hechos todos ellos relacionados entre sí y significativos por igual". Ver Farina, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*, Tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 265.

Un producto puede cumplir adecuadamente su función y sin embargo ser defectuoso. Es lo que se da con ciertos medicamentos que, aunque hayan sido elaborados con las especificaciones técnicas, no informan la forma correcta de empleo o sus efectos colaterales, por contar con instrucciones deficientes o carecer de ellas, pudiendo generar un daño a quien los ingiere.

A su vez un producto defectuoso puede poseer diferentes tipos de defectos: 1) *defectos de diseño*: son los que afectan las características del producto; 2) *defectos de fabricación*: el vicio o falla se da en la etapa de fabricación; 3) *defectos de conservación*: se da cuando no se toman los recaudos necesarios, porque los productos son depositados en un sitio no apto, generando alteraciones de diversa índole; 4) *defectos de información*: se refiere a las instrucciones que se deben brindar al usuario sobre los riesgos que conlleva la utilización del producto o servicio. La ausencia o defecto de información coloca al consumidor en una situación de riesgo y constituye un factor objetivo de atribución de responsabilidad. La Ley de Defensa del Consumidor en sus arts. 4 y 5 y nuestra Carta Magna en su art. 42 consagran el deber de informar. Una adecuada y buena información es cada vez más necesaria para la transparencia comercial y para que el adquirente pueda conocer las diferentes opciones y operar con mayor libertad. La información debe estar presente, no sólo en el momento de la celebración del contrato sino también en la etapa de ejecución y en la postcontractual. La Ley de Defensa del Consumidor en su art. 4 sostiene que la información debe ser *suficiente, clara y adaptada al nivel sociocultural* del consumidor. Pero por otro lado la información tampoco debe ser tan excesiva, produciendo idéntico efecto que la falta de información y 5) *daños por publicidad imprudente*: su función es persuadir las actitudes y preferencias de los consumidores para estimular el consumo. La tendencia a nivel mundial es establecer regulaciones publicitarias para proteger al consumidor a través de restricciones en la estructura de los mensajes y a proporcionar una información veraz sobre el producto y sus riesgos.

## LEGITIMADOS

La Ley de Defensa del Consumidor menciona, como ya vimos, al productor, fabricante, importador, distribuidor, vendedor y a quien haya puesto la marca en el bien o en el servicio. Todos ellos asumen un deber *objetivo de seguridad*. El producto o servicio no debe ser dañino y debe servir adecuadamente a su destino normal de uso y consumo<sup>8</sup>.

---

8 La Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala II, 27/10/94, en "Rizzo de Angiulli, Lidia c/ Autolatina Argentina", estableció que: "Aun cuando el fabricante del vehículo no es el encargado de concluir la operación comercial concreta, su relevante participación en el negocio no es sólo implícita sino decisiva. Quien adquiere un auto cero kilómetro tiene en cuenta marca, precio

**1) Fabricante:** el fabricante crea un riesgo al introducir sus productos o servicios en el mercado, pero a su vez obtiene beneficios económicos, por ello surge la obligación de asumir las consecuencias nocivas que esa actividad genera.

Frecuentemente en el proceso productivo hay varias empresas que fabrican distintas partes de un mismo producto y un fabricante final que las ensambla. Entendemos que frente al damnificado todos son responsables solidarios, tanto el fabricante final como el de parte componente, tal como lo establecen la Directiva de la Comunidad Económica Europea o el Código del Consumidor brasileño. De este modo se evita que la protección del consumidor quede comprometida en la medida en que se cree un fabricante final insolvente para eludir la responsabilidad<sup>9</sup>.

**2) Importador, distribuidor, comerciante, minorista:** estos dos últimos quedan en pie de igualdad contra el fabricante a diferencia de otras legislaciones, como la brasileña o la uruguaya en donde la responsabilidad del comerciante o vendedor es subsidiaria, limitando su responsabilidad a los supuestos en que el fabricante o importador no puedan ser identificados cuando el producto se provee sin identificación clara o cuando el comerciante no hubiese conservado adecuadamente los productos percederos. Dicha solución se basa en el hecho de que tanto el distribuidor y el proveedor como el vendedor no se encuentran en condiciones de controlar ni de garantizar la inocuidad del producto o servicio que el fabricante introduce en el mercado.

Con respecto a la responsabilidad del importador o exportador por los productos elaborados, consideramos que los distintos problemas que puede acarrear la importación de productos elaborados exige la celebración de tratados entre las distintas naciones tendientes a determinar el derecho aplicable, así como los órganos jurisdiccionales ante los cuales podrán acudir los consumidores reclamando los daños y perjuicios derivados del consumo o de la utilización de productos nocivos y peligrosos.

La Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre contrato de compraventa de mercaderías (celebrada en 1980 y ratificada por Argentina en 1988) especifica los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador en el ámbito internacional.

---

y condiciones específicas de contratación derivadas de la voluntad del fabricante respecto de lo cual la empresa vendedora (concesionaria) que participa en este tramo de concreción simplemente concurre a ella a consumir el negocio conforme condiciones que no puede modificar" (JA, 1995-II, pág. 1984).

9 "La circunstancia de que el codemandado utilizara piezas provistas por terceros para la construcción de las bicicletas por él vendidas bajo una marca de su propiedad, no puede llevar a desconocer a su respecto la condición de fabricante, en orden a la responsabilidad que le compete por los defectos que las bicicletas contengan" (Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala II, 9/2/99, "G. A. Ricardo Elias", LL, 2000-c, pág. 931).

**3) Transportista por los daños causados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio:** la ley incluye al transportador únicamente cuando el daño se produce con motivo o en ocasión del servicio, como por ejemplo el corte de la cadena de frío en el transporte de alimentos o ciertos medicamentos que lo requieran. Aquí resulta muy difícil probar cuando el daño es el resultado de esa actividad. Esto ha merecido alguna crítica ya que aun cuando el transportador opere independientemente, siempre desarrolla una actividad inherente y específica de la empresa, que es colocar los bienes en el mercado a través de la subcontratación de sus servicios.

**4) Fabricante aparente que colocó la marca en el producto o servicio:** es el que se presenta como fabricante a pesar de no serlo. Esto se basa en la idea de que quien coloca una marca en el producto genera en el consumidor la creencia de que es él el fabricante produciendo confianza y seguridad y de esta manera garantiza la calidad. Esta confianza es lo que permite extender la responsabilidad a todas las empresas partícipes del negocio, en base al factor objetivo de atribución.

## **RESPONSABILIDAD SOLIDARIA**

Todos los sujetos mencionados en el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante LDC) responden por el todo frente al consumidor, pudiendo el damnificado reclamar a cualquiera de los responsables o a todos ellos la reparación integral del daño.

## **UNIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA-CONTRACTUAL**

La LDC elimina la distinción entre la órbita contractual y extracontractual. Una de las consecuencias más importantes que se derivan de la unificación de la responsabilidad es la aplicación de la prescripción trienal (art. 50 LDC). En el CCyC el plazo genérico de prescripción es de cinco años, salvo que la normativa específica prevea otra cosa (art. 2560) y tres años en la esfera extracontractual (art. 2561).

## **RÉGIMEN PROBATORIO Y EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD**

Por tratarse de un régimen de responsabilidad objetiva, la víctima sólo debe probar el daño, la intervención de la cosa y la relación causal entre la cosa y el daño.

Para liberarse de responsabilidad se debe acreditar el quiebre del nexo causal, es decir la culpa de la víctima, el caso fortuito o la fuerza mayor o la culpa de un tercero por quien no se debe responder.

Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado.

Existen defectos que se descubren una vez que el producto es puesto en circulación debido a los avances tecnológicos y científicos, en estos casos el fabricante no podía detectarlos de ninguna manera.

Quienes propician esta responsabilidad entienden que son los consumidores los que soportan en forma directa los riesgos del progreso.

Los que están en la tesitura contraria argumentan que si el fabricante soporta los riesgos del desarrollo se paralizará la fabricación y comercialización de productos, en especial los medicamentos y los de alta tecnología, ámbitos en los que los riesgos están implícitos. Compartimos esta última idea.

Nuestra LDC no dice nada al respecto, en cambio la Directiva 85 de la Comunidad Económica Europea dispone que el productor no será responsable si prueba que "... en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto".

El último eximente de responsabilidad es la culpa de un tercero extraño por el que no se deba responder. Quien aporta un insumo para satisfacer necesidades ordinarias de la empresa es un dependiente. La posición del consumidor no puede variar por el hecho de la subcontratación.

## **LA FUNCIÓN DEL ESTADO**

Es necesaria una política de control y sanción para evitar poner en circulación productos y servicios peligrosos y riesgosos para la salud y la seguridad. Por ello tanto las empresas como el Estado son solidariamente responsables para reparar el daño causado.

## **COMERCIO ELECTRÓNICO**

Vemos día a día el papel protagónico que cumplen las computadoras e internet en el nuevo mundo jurídico para concretar la celebración de contratos. Esto conlleva a la liberación del soporte papel. Por lo tanto, en esta nueva forma de contratación, este último desaparece y nos encontramos frente a un contrato que no contiene las firmas de las partes en forma manuscrita, sino que hay una identificación de la persona por medios informáticos, que

permiten reconocerla por ejemplo con un *password* o palabra personal, firma electrónica o digital, etc.

El fenómeno de internet puede ser definido según CELIA WEINGARTEN como “un complejo sistema de intercomunicaciones de computadoras y redes de computadoras con alcance mundial”<sup>10</sup>.

La OMC (Organización Mundial del Comercio) en 1998 se expidió con respecto al comercio electrónico diciendo que “... debería ser definido simplemente como la producción, publicidad, venta, y distribución de productos vía redes de telecomunicaciones. Muchas de las discusiones están limitadas a internet -el medio con el cual el comercio electrónico es primariamente asociado-”.

Se trata del intercambio de bienes o servicios utilizando medios electrónicos en por lo menos alguna etapa de la transacción comercial<sup>11</sup>.

Se trata de un contrato postmoderno que reúne todas las técnicas de la contratación en masa: contrato de adhesión con cláusulas predispuestas, *marketing* agresivo, cautividad del cliente e internacionalización de las relaciones sumado a la distancia entre proveedor y consumidor. Por lo tanto son contratos resultantes de diálogos virtuales y automatizados, es decir realizados directamente por computadoras (por ejemplo contrato de *home banking*). No podemos dejar de reconocer las ventajas que esta nueva contratación brinda tanto al proveedor como al consumidor: al primero le genera incentivos económicos, como la reducción de costos administrativos e impositivos, el acortamiento del proceso de distribución e intermediación, la posibilidad de operar durante todo el día, la superación de barreras nacionales y el aumento de la celeridad en las transacciones; al usuario, le permite adquirir bienes y servicios cómodamente desde su casa, todos los días y en cualquier horario, no solamente en el mercado nacional sino también en cualquier parte del mundo.

El contrato electrónico ha sido definido como el acuerdo de voluntades perfeccionado a través de medios electrónicos o de la propia internet.

Los contratos realizados mediante ordenadores poseen características comunes: a) falta de documento escrito y firmado en papel; b) no existe relación directa entre los contratantes; y c) la oferta deberá limitarse a bienes fungibles, inequívocamente, e individualizados mediante una descripción a distancia de su especie y calidad.

---

10 Weingarten, Celia. Ob. cit., pág. 369.

11 El tema ha sido especialmente considerado en los países que integran la Unión Europea, muy especialmente a través de directivas como la N° 2000/31 de la Comunidad Europea del Parlamento Europeo. España hizo la transposición a su derecho nacional a través de la ley N° 34/2002 sobre “Comercio Electrónico”, bajo la denominación de “Servicios de la Sociedad de la Información”, que enmarca en su regulación no sólo la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, sino además el suministro de información vía internet.

## **CONTRATOS CELEBRADOS POR INTERNET A TRAVÉS DE ORDENADORES: ¿CONTRATOS ENTRE PRESENTES O AUSENTES?**

La contratación por internet se ubica en el art. 33 y siguientes de la LDC ya que se refiere a la venta en la que la propuesta se efectúa por telecomunicaciones o electrónicamente o por medio similar y la respuesta es por iguales medios. Además nuestro CCyC incluyó un nuevo capítulo en “Contratos parte general: modalidades especiales”: art. 1104 y siguientes. Allí trata los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, utilización de los medios electrónicos, las ofertas realizadas por estos medios y todas las consecuencias que derivan de su empleo.

En primer lugar debemos aclarar que por medio de internet se pueden celebrar tanto contratos de negociación individual como contratos de adhesión.

Debemos también distinguir aquellos contratos donde la oferta se lleva a cabo por *mail*, también denominados contratos “off line”, cuya aceptación se concreta por igual medio, existiendo entre uno y otro un tiempo que los separa de los contratos que se realizan cuando un usuario accede a internet en busca de un producto o servicio, también conocidos como contratos “on line”. El primero de los casos se trataría de contratos entre ausentes ya que no hay concurrencia física de las partes en el mismo lugar ni simultaneidad en el tiempo. Supone un estado de comunicación diferida. En el segundo supuesto el carácter de simultaneidad en el tiempo es confuso, pues la utilización de las nuevas tecnologías permite la simultaneidad en el tiempo. Estamos ante una comunicación interactiva entre las partes.

El nuevo CCyC en el art. 1105 sustituye la clásica noción de contratos entre ausentes. Sostiene que los contratos celebrados a distancia son aquellos donde se utilizan medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser usados sin la presencia física simultánea de los contratantes y enuncia los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión y prensa.

Por lo tanto podemos decir que las contrataciones vía *mail* son estáticas e interactivas si se efectúan *on line* ya que las partes se encuentran en el mismo ciberespacio y podemos decir que son contratos entre presentes.

Otra diferencia que encontramos es que en los contratos vía *mail* habría un diálogo virtual entre los contratantes. Por el contrario en los contratos efectuados en una página *web* no hay diálogo, ya que son concluidos mediante la acción de apretar un botón aceptando las condiciones que el oferente establece.

Como todo contrato, aquellos celebrados a distancia también requieren de una oferta y una aceptación para su conclusión. La oferta se traduce en el envío de un catálogo, prospecto o cualquier método de promoción de ventas. Estos



acuerdos requieren la aceptación del destinatario de la oferta. En cuanto al silencio habrá de estarse a lo dispuesto por el art. 979 CCyC, de modo que importe aceptación sólo cuando exista deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las relaciones precedentes.

Si se trata de una oferta realizada entre presentes o la formulada por un medio de comunicación instantáneo (teléfono-internet) sin fijación de plazo, para que el contrato quede perfeccionado sólo puede ser aceptada inmediatamente (art. 942 CCyC), aunque no se haya ingresado en la etapa funcional, pues si el medio empleado es el teléfono queda impedida la entrega de la cosa y el precio, lo que significa que la ejecución queda diferida a la oportunidad acordada por las partes. No es el caso del mecanismo electrónico como es internet que posibilita el pago inmediato con tarjeta de crédito por lo que sólo queda diferida en el tiempo la entrega de la cosa.

Todas estas cuestiones traen aparejados interrogantes acerca de lugar y momento de celebración del contrato. Creemos que la comunicación a través de ordenadores es instantánea, por lo tanto el momento de celebración se asemeja a un contrato celebrado personalmente y se concluye con la aceptación inmediata del usuario.

El art. 1108 del CCyC habla de la vigencia de la oferta llevada a cabo por medios electrónicos y establece que esta "... debe tener vigencia durante el período que fije el oferente o en su defecto durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación". Por lo tanto la oferta es obligatoria y sólo podrá ser revocada por el oferente excepcionalmente cuando así lo establezca o resulte de la naturaleza del negocio.

Con respecto al lugar de celebración debe entenderse que es donde se emite la aceptación. Así, determina el art. 980 del Código Civil y Comercial que la aceptación perfecciona el contrato cuando es manifestada en el caso de contratos entre presentes.

El art. 1109 del CCyC fija el lugar de cumplimiento de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia y con utilización de medios electrónicos. Considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato.

El interrogante que se plantea la doctrina es si puede un estado nacional regular una red que opera globalmente, señalándose que un Estado no puede legislar respecto de las violaciones a la normativa que se den en extraña jurisdicción. Para ello se requiere la sanción de normas comunitarias o tratados internacion-

les, en lo referente a comercio electrónico, que fijen criterios uniformes para las naciones. Ejemplos de esto son la regulación sobre el derecho a la información del consumidor en las transacciones comerciales efectuadas a través de internet del Mercosur, y la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de las Naciones Unidas.

## **PRUEBA DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS**

La inclusión de la informática en el mundo de los contratos comerciales nos conduce al llamado documento electrónico, el cual prescinde del papel. Esta circunstancia es irreversible para la actividad económica, consecuentemente el documento manual será sustituido por el documento electrónico.

La Ley 25.506 se refiere al documento digital en el art. 6 y lo define como “la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura”.

Con respecto al documento electrónico, el art. 11 dispone que “los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en forma digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación”.

A través de la prueba se busca demostrar la existencia de un contrato. Para facilitarla las partes que han celebrado un contrato electrónico, pueden elaborar con posterioridad un documento escrito y firmado por ellas, pero si esto no sucede y sólo se emplearon medios electrónicos se plantean dificultades en materia probatoria.

Los proveedores para respaldar su legitimidad utilizan la modalidad de presentar condiciones generales de contratación a fin de acreditar que el usuario tuvo que leerlas antes de contratar. Se vuelve imposible aceptar el contrato sin que el aceptante vaya en primer lugar donde están estas cláusulas para luego sí poder clicar en la aceptación.

Otra medida del mismo tenor que toman los proveedores es la certificación notarial del contenido de las condiciones. Ello es utilizado como prueba documental de la aceptación de la oferta para el caso de que el usuario niegue conocer las condiciones generales a las cuales quedó sometido.

No se puede desconocer que un documento electrónico puede asumir el valor de acto escrito. Por ello esta especie de documentos puede constituir principio de prueba por escrito.

Con respecto a la firma en las contrataciones celebradas por internet, el ingreso de una clave personal es tomado como la firma manuscrita a efectos obligacionales y asegura la integridad del contenido del documento.

## **LEY MODELO SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO DE LAS NACIONES UNIDAS**

La opinión generalizada juzga conveniente y adecuada la existencia de un marco regulatorio uniforme e internacional de las transacciones a través de internet, teniendo en cuenta el carácter esencialmente global de la red.

Esta ley fue elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1996.

Su objetivo fundamental es otorgar validez y certeza jurídica a las comunicaciones electrónicas. Asimismo persigue asegurar la eficacia probatoria de los contratos celebrados por medio de comunicaciones electrónicas. Además determina que se considera cumplido el requisito de la firma cuando el método utilizado permite identificar a la persona. En su art. 5 determina como regla general la no discriminación de la información contenida en mensajes de datos por la sola razón de no constituirse sobre soportes de papel.

## **CONDICIONES PARA UNA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA SEGURA**

En el comercio electrónico el usuario no utiliza los sentidos. Sólo emplea la vista para visualizar una imagen, pero no puede ver directamente el producto real. Esto requiere una protección especial que se da a través de: a) *información*: se refiere a la información detallada, eficaz y suficiente sobre el producto o servicio que se ofrece. La información debe versar además sobre los datos del proveedor, pues el usuario no cuenta con la posibilidad de conocerlo, de acceder a un lugar físico o la sede de la empresa. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor<sup>12</sup>; b) *confianza*: las pruebas que tiene el usuario para verificar la seriedad de la oferta son muy pocas y c) *seguridad*: un daño muy común al que están expuestos los consumidores en estos tipos de contratos es la utilización de los datos financieros que remiten a los vendedores y que son usados para otros fines,

---

12 Los países miembros del Mercosur elaboraron un proyecto donde se trató el derecho a la información del consumidor en las transacciones comerciales efectuadas a través de internet. Tal proyecto se transformó en la resolución 21 del Grupo del Mercosur y fue incorporada a nuestro ordenamiento por la resolución 104/05 de la Secretaría de Coordinación Técnica y Defensa del Consumidor. El art. 1º de la resolución 21 dispone: "En las relaciones de consumo realizadas por comercio electrónico a través de internet, debe garantizarse a los consumidores durante todo el proceso de transacción comercial, el derecho a la información clara, precisa, suficiente y de fácil acceso sobre el proveedor del producto o servicio sobre el producto o servicio ofertado; y respecto de las transacciones electrónicas involucradas. La presente norma será aplicable a todo proveedor radicado o establecido en alguno de los Estados parte del Mercosur".

causando graves perjuicios económicos a los consumidores. Por ello ciertas páginas *web* contienen sistemas de seguridad que impiden que esto ocurra.

La tecnología para cubrir estas lagunas debe cumplir además con las siguientes condiciones: 1) confidencialidad, 2) autenticación y 3) no repudio.

## **NUEVAS FORMAS DE PAGO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS**

Las compras por internet a través de sitios de compra o subasta han pasado a ser un hecho común de nuestros días, así como nombres con Ebay, Amazon en Estados Unidos o Mercado Libre en Argentina, como medio de intercambio de bienes o servicios.

Los pagos de las compras realizadas por internet pueden efectuarse con tarjetas de crédito (el más usado), giro bancario, depósito en cuenta, cheques. El cobro puede efectivizarse cuando se entrega el producto o se presta el servicio.

Sin embargo este método muchas veces no ofrece las seguridades necesarias y está expuesto a los riesgos de la piratería de datos personales.

Como consecuencia de ello y sumado al avance del comercio electrónico surgió el sistema del pago electrónico; entre los que se destacan Pay Pal, Pay Now, Net Cheque, entre otros. Estas empresas funcionan como intermediarios electrónicos y los usuarios del sistema que tengan un código de identificación pueden realizar transacciones y pagos en la red utilizando dicha identificación. Por su parte la empresa descontará el monto de la tarjeta de crédito del usuario. Previamente y asegurándose un marco serio y seguro es necesario que el comprador suministre información sobre su tarjeta de crédito y ciertos datos personales al intermediario y este le proporcione al usuario un código para identificarlo en las transacciones que celebre. Asimismo es necesario que el vendedor acepte el pago mediante este medio o esté adherido al sistema.

Con este tipo de pagos se genera lo que se denomina “dinero virtual o electrónico”, mediante la compra de dinero virtual con dinero real.

Dentro de este contexto también ha surgido lo que se conoce como “banca electrónica”, que es un sistema por el cual el usuario opera su cuenta desde su domicilio mediante una computadora con un código personal, lo que evita en las entidades bancarias la acumulación de público y al usuario las colas.

Hay distintos sistemas de pago: los sistemas prepago, el pago inmediato y el diferido. El primero de ellos se paga y luego se puede adquirir un producto o servicio, funciona a través del ahorro de dinero digital. Los sistemas de pago inmediato debitan el dinero en forma simultánea a la transacción. La manifestación más habitual de este tipo son las tarjetas de débito. Por último los sistemas de pago diferido son los más habituales en el comercio electrónico. Mediante ellos es posible adquirir un bien o un servicio y pagar con posterioridad. Dentro de estos, las tarjetas de crédito son las más utilizadas por su facilidad y practicidad.

En el pago con tarjeta de crédito coexisten tres partes y tres contratos: un contrato de emisión de tarjeta de crédito entre la entidad emisora y el titular de la tarjeta de crédito, un contrato entre el emisor y el proveedor, y un último contrato entre el titular y el proveedor por la transacción efectuada. Son todos contratos conexos que tienen una finalidad económica común. El sistema de tarjeta de crédito solamente difiere el pago para el titular responsable y su obligación se extingue con el pago al emisor.

## **EMPRESAS VIRTUALES**

En esta “revolución digital”, en la que estamos inmersos aparece la llamada “empresa virtual”, que es la representación de la organización montada sobre la tecnología de internet.

Este nuevo tipo de empresas se relaciona con sus clientes y proveedores vía internet, con las nuevas tecnologías que la red brinda

Cada vez más se escucha la palabra virtual. Muchos lo interpretan como una ausencia estructural y así, cuando se emplea el término virtual para definir una empresa, se piensa en la absoluta ausencia de estructura que trae aparejada muchos riesgos. Creemos que la empresa virtual es todo lo contrario: esta constituye una estructura organizativa que responde a las necesidades del mercado actual con mayor facilidad que otras estructuras tradicionales, debido a su facilidad de adaptación y utilizando las tecnologías de la información de forma intensiva. Con esto último se limitan gran parte de los riesgos que las transacciones por internet implican.

## **PROPIEDAD INTELECTUAL**

El comercio electrónico ha planteado nuevos desafíos en lo referente a la protección de la propiedad intelectual, pues el uso de internet y el creciente valor de la información y las publicaciones en soporte digital han generado inconvenientes. Esta problemática se vincula con la reproducción indebida de obras, facilitado por las vías tecnológicas.

En el ámbito internacional, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante OMPI) ha trabajado activamente para elaborar normas sobre internet y sus consecuencias. Así, en marzo de 1998 se aprobó en Ginebra el establecimiento de un comité permanente de tecnologías de la información, que se dedica a estudiar la problemática de la propiedad intelectual en el campo digital. Una de las primeras problemáticas que se presentan es la difusión no autorizada en internet de videos, música, libros, etc. Esto afecta a los autores y a los produc-

tores de dichos productos. Los estados frente a este fenómeno comenzaron a dictar normas que prohíben y sancionan estas conductas.

El mayor desafío que presenta el tema es el choque entre la territorialidad de la protección intelectual con la multinacionalidad de situaciones jurídicas que se originan como consecuencia del comercio electrónico. Por ello es necesario desarrollar una legislación aplicable a nivel mundial que tenga en cuenta la problemática de las cuestiones digitales.

Dentro de este marco debemos destacar el Tratado de internet de la OMPI, celebrado en 1996. El 6 de marzo de 2002 entró en vigencia el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor, que permite a los compositores, artistas, escritores y demás creadores utilizar internet para divulgar o reproducir sus obras y controlar su explotación en el entorno digital. El 30 de mayo de 2003 entró en vigencia el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonograma, que protege los intereses de productores y fonogramas. Ambos tratados fueron ratificados por nuestro país.

En la actualidad se busca la armonización de la legislación sobre jurisdicción internacional para evitar la multiplicidad de foros y el reconocimiento de sentencias extranjeras. Es importante el reconocimiento de una jurisdicción única para demandar a todas las partes por delitos cometidos mediante una única vía que permita defender en forma efectiva los derechos de autor.

Por otro lado con respecto al tema de las marcas, se encuentran regidas en nuestro país por la Ley 22.362 y por los convenios internacionales ratificados por Argentina. Esta regulación ha permitido que se extienda la protección de las marcas internacionales de público conocimiento, impidiendo que ciertas personas puedan aprovecharse de la reputación de la marca para hacer sus negocios. Esto se relaciona con los dominios de internet y su posible conflicto con el derecho marcario, ya que se presentan situaciones en que personas registran dominios de internet utilizando marcas previamente registradas. La protección de los nombres de dominio se logra mediante su registración. En Argentina, NIC (Network Information Center -órgano dependiente del gobierno-) es el ente encargado de registrar los dominios de internet. "Los criterios que rigen el sistema de nombre de dominio se caracterizan particularmente por los principios de universalidad y de identidad frente a los principios de territorialidad y de especialidad propios del sistema marcario"<sup>13</sup>.

---

13 Richard, Soledad y Rodríguez, Pablo J. "Conflictos entre el Sistema de marcas y el Sistema de nombres", LL, 2000-F-1258.

## DOMINIOS DE INTERNET EN ARGENTINA

El ente regulador NIC, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, se encarga de todo lo concerniente a la solicitud y registro de dominios “ar” (.com.ar, .net.ar, .org.ar). El registro se realiza *on line* y previamente se determina si ya existe el dominio que se busca registrar.

Es importante aclarar que no existe una interrelación entre el registro de nombres de dominio y el registro de marcas, no efectuándose un control, antes de la registración del nombre de dominio, de la existencia de un registro marcario idéntico.

## CONVENIOS DE SINDICACIÓN

### ¿CÓMO SURGEN LOS CONVENIOS DE SINDICACIÓN?

Con frecuencia los socios acudían a este tipo de convenios suplementarios del contrato social para lograr un mejor orden de sus derechos y obligaciones y asimismo para confirmar la persecución de los objetivos comunes que tuvieron en vista al vincularse societariamente.

La actual legislación societaria argentina no los prohíbe y numerosos fallos de nuestros tribunales han sentado importante doctrina, de la que se desprende que tales pactos, como cualquier otro contrato, podrán ser lícitos o ilícitos en función de su objeto o aceptación de la voluntad o capacidad de las partes<sup>14</sup>.

Consideramos estos pactos lícitos siempre y cuando no se afecten los derechos fundamentales de los socios ni la estructura fundamental de la normativa societaria, y analizando cada caso en concreto. Contrariamente con las legislaciones francesa, italiana y española, en las cuales su ilicitud no siempre dependerá de que no estén en conflicto con el interés social.

Cada vez con más frecuencia se observa que detrás de cada reunión de asamblea hay acuerdos previos concertados entre grupos de socios o accionistas. Los sindicatos de votos aminoran conflictos constituyendo coaliciones de accionistas, facilitando muchas veces el desarrollo de la actividad empresarial. Sin embargo, no hay que desconocer que en ciertos casos los sindicatos de acciones pueden llegar a lesionar derechos legítimos de los accionistas no sindicados, pero esta desviación no es propia del instituto y de ella no puede concluirse su ilegitimidad.

---

14 *Leading cases*: CNCom, Sala C, 22/9/82, autos “Sánchez, Carlos J. c/ Banco de Avellaneda SA y otros”, LL, 1983-B-246; CNCom, Sala E, 23/6/95, “N. L. SA c/ Bull Argentina SA y otro”, LL, 1996-D-408.

Muchas circunstancias justifican la existencia de estos pactos, la cual fue reconocida por la legislación argentina en la exposición de motivos de la Ley de Sociedades e indujo a no regular el instituto para permitir su fluido funcionamiento. Contrariamente la Ley brasilera 6404 de 1976 y la uruguaya 16.060 que recogieron este tema.

Cabe aclarar que si bien nuestra doctrina y el derecho comparado centran el tema en las sociedades de acciones, este tipo de pactos en nuestra opinión puede darse en cualquier tipo societario y no solamente entre socios sino también con otros funcionarios integrantes de órganos sociales o no, pero siempre en adición a por lo menos un grupo de socios.

### **NATURALEZA JURÍDICA**

Los convenios de sindicación son las convenciones de voto en las asambleas de las sociedades anónimas -por ejemplo-, es decir que son contratos plurilaterales.

Es un medio para mantener la estabilidad de la administración y si se reúne a un grupo de socios minoritarios puede constituir una herramienta para la defensa de las minorías.

Además por tratarse de acuerdos que tienden a obtener un resultado análogo al que se conseguiría por la sociedad al que se refieran, se los ha caracterizado como atípicos.

La doctrina más moderna adopta una postura *contractualista* y reconoce a estos convenios una naturaleza contractual. Se basa en que existe un acuerdo de voluntades entre dos o más partes, que implica una manifestación de voluntad común dirigida a generar una obligación de hacer o no hacer, es decir, votar en determinado sentido o abstenerse.

Por lo tanto podemos decir que se trata de pactos, acuerdos o convenios parasociales que pueden referirse a derechos políticos o influir en la vida o en la marcha de la sociedad. Coexisten en paralelo con el contrato social, y si bien requieren la participación de los socios, pueden intervenir otros funcionarios sociales para darles más fuerza ejecutoria.

Estos pactos poseen características comunes: a) son convenciones accesorias al contrato social, de allí su carácter consensual; b) son atípicos o innominados, por carecer de regulación legal específica y c) son plurilaterales, pues pueden participar dos o más partes.



## CONTENIDO

Se trata de la reunión de varios accionistas para combinar fuera de la sociedad los derechos de voto correspondientes a sus acciones e influir en la vida social de acuerdo con las directrices marcadas por el grupo sindicado<sup>15</sup>.

Estos pactos se hallan ligados al contrato principal de sociedad por un vínculo de accesoriedad. Si bien son independientes, los relaciona un objeto común: la sociedad. La nulidad del contrato social ocasiona la del pacto pero no así a la inversa. Puede integrarse al contrato social o ser paralelo a él.

## MODALIDADES

Los convenios de sindicación de acciones se adecuarán a las condiciones de cada programa de propiedad participada, establecerán la obligación para todos los adquirentes de gestionar colectivamente el conjunto de acciones sindicales y de adoptar por mayoría de las acciones sindicadas las posiciones a sostener en las asambleas de la sociedad, con fuerza vinculante para todos y establecerán la obligación de designar por mayoría de las acciones sindicadas un representante o síndico para que ejerza el derecho de voto de todos en las asambleas de la sociedad anónima.

a) *Pactos de voto y de bloqueo*: se da cuando se junta un grupo de socios para ejercer el control de las políticas de la empresa. Se los llama “sindicatos o pactos de mando”. Cuando sus integrantes son un grupo de socios minoritarios se los denomina “pactos de defensa”.

Estos actos jurídicos tienden a satisfacer el interés de los sindicatos, sin perjuicio de que en ciertos casos el de ellos coincida con el interés social. Si bien por vía de estos pactos puede llegar a formarse un grupo de control, tal circunstancia no puede llevar a sostener que el pacto es una inducción para los accionistas o socios no sindicados a que voten en determinado sentido. Cuando el pacto de bloqueo forma parte del contrato social, se convierte en cláusula de un contrato de adhesión para los futuros socios sea por adquisición originaria (suscripción de acciones o cuotas) o derivada (por acto entre vivos o *mortis causa*).

---

15 Ascarelli sostiene: “... mediante estas convenciones (sindicatos de accionistas) constituyen contratos plurilaterales, los accionistas se obligan recíprocamente a votar en un nuevo sentido o se obligan a entregar todas las acciones propias a un gerente de confianza común con mandato irrevocable, para que este lleve a cabo la actuación que se acuerda por la mayoría de los accionistas sindicados”.

Los llamados “acuerdos de defensa” tienen por objeto juntar un grupo minoritario para equilibrar el poder del controlante y ejercer los derechos que la Ley de Sociedades otorga a los socios minoritarios<sup>16</sup>.

En la práctica no es común encontrar pactos de mando o de bloqueo puros, sino que se encuentran disfrazados a través de cláusulas contractuales o estatutarias.

*b) Pactos complementarios y colaterales:* los primeros solo pueden ser creados por los socios, y serán revocables mientras la sociedad no los hubiese aceptado pero frente a terceros pueden adquirir fuerza vinculante cuando se otorgan para que estos terceros celebren contratos con la sociedad. Los segundos son aquellos por los cuales los socios delegan en otros socios o terceros sus derechos resultantes del contrato social, por lo general de naturaleza política. Estos pactos solo generan obligaciones entre sus partes a diferencia de los complementarios que operan como estipulaciones a favor de tercero.

## ELEMENTOS

*a) Sujetos:* al ser un acto plurilateral se requiere la participación de dos o más personas. Pueden ser parte del convenio de socios: los socios, los terceros ajenos a la sociedad pero con interés en lo pactado, integrantes de los órganos de administración o fiscalización en cuanto tuvieran obligaciones o derechos establecidos por este pacto y, finalmente, la sociedad misma. Esta última posibilidad no le quita al pacto el carácter de parasocietario ya que esto no apunta a la ignorancia que la sociedad tenga de su existencia, sino que se refiere a un convenio que funciona en paralelo al contrato social como acto jurídico relacionado.

*b) Objeto:* sin objeto no hay contrato. Nuestra Ley de Sociedades, al referirse al contrato social, exige que su objeto sea preciso y determinado. La similitud entre el contrato social y los pactos de socios motivo de la presente, no alcanza a hacer exigible este requisito a estos últimos. Además en los pactos de socios no se da nacimiento a una nueva persona jurídica como es el caso del contrato social.

El objeto debe ser de posible cumplimiento y lícito. Son nulos los convenios ilícitos, contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

Los pactos de los socios pueden versar sobre diversos temas: a) relativos a la compra y venta de partes sociales; el principio general que gobierna la licitud del objeto de los pactos que versan sobre restricciones de transferencia es que

---

16 Un ejemplo de ello son los acuerdos para el ejercicio coordinado del derecho de votar acumulativamente para la elección de los integrantes del órgano de administración o fiscalización.

no deben suponer prohibiciones absolutas a la enajenación. Para el derecho uruguayo, Hoz sostiene que estas limitaciones, aplicables a las cláusulas estatutarias, no son aplicables a los convenios de sindicación por cuanto estos se basan en el principio de autonomía de la voluntad en materia negocial, en virtud del art. 331 de la Ley de Sociedades. Por tales fundamentos la cláusula de prohibición de enajenar no importaría la ilicitud del objeto del convenio; b) ejercicio de los derechos y obligaciones propias del *status socii*: se trata de regular los derechos individuales y obligaciones de cada socio; c) convenios con influencia en la estructura orgánica: son aquellos convenios en virtud de los cuales un socio cede a los otros socios o a terceros su derecho político o se obliga a ejercitar de una manera determinada una conducta para actuar en el marco de la sociedad a la que se refieren. Son típicos convenios de voto, su objeto es regular el ejercicio de los derechos propios del estado de socio y también puede versar sobre la designación o remoción de los integrantes del órgano de administración.

c) *Forma*: por tratarse de declaraciones de voluntad no formales rige la libertad de formas.

d) *Publicidad*: las legislaciones que regulan este instituto imponen el recaudo de publicidad de la relación jurídica establecida mediante la notificación y archivo en la sociedad, e inscripción en los libros sociales y en los títulos accionarios para darle más fuerza ejecutoria ante la sociedad y los terceros ajenos a ella, como es el caso de Brasil y Uruguay. La publicidad es un medio tendiente a inducir a las partes a que obren con buena fe negocial y es una herramienta de protección para los terceros.

## **OPONIBILIDAD FRENTE A TERCEROS**

La publicidad otorga seguridad y confianza en el tráfico negocial. Nuestra Ley de Sociedades nada regula al respecto, a diferencia de otras legislaciones. La Ley brasilera de sociedades por acciones prevé la publicidad de estos convenios parasociales con efectos vinculantes para la sociedad y para terceros si se anotan en los certificados de acciones. También la Ley uruguaya de sociedades 16.060 contempla la obligación de notificar a la sociedad la existencia del pacto, incorporar un ejemplar al legajo y anotarse en los títulos accionarios o en el registro de acciones escriturales (art. 331).

En nuestro derecho el decreto 677/01 impone la obligatoriedad de denunciar tales pactos a las autoridades de control por escrito, en forma directa, veraz, suficiente y oportuna. A pesar de lo dispuesto por el decreto no se reconoce la validez de estos convenios.

a) La oponibilidad frente a la sociedad notificada del pacto: la tendencia legislativa moderna es incluir en los convenios de voto cláusulas por las que se notifica

de ellos a la sociedad para que esta se informe de su contenido y una copia del pacto queda en la secretaría social. Es preciso señalar que la fuerza vinculatoria de lo pactado sólo alcanza a quienes revisten el carácter de partes en el convenio.

Sin embargo, aun sin ser parte, cuando la sociedad toma conocimiento de la existencia del contrato y este no está en conflicto con sus intereses, las obligaciones que de tal convenio resulten deben ser respetadas por la sociedad, incluso cuando revista el carácter de tercero con relación a las partes. Esto tiende a preservar la buena fe en el tráfico.

b) Efectos con relación a los sucesores: los pactos de los socios no son transmisibles a sus herederos si no existe un convenio expreso, tanto en el pacto como en el contrato social del cual sean anexos. Por el contrario, en las sociedades por acciones los pactos de sindicación de acciones son transmisibles a los sucesores universales.

En principio la sociedad no queda afectada con estos acuerdos privados de socios. Los convenios de socios deben ser respetados por los terceros que los conozcan. Cuando la sociedad es notificada de la existencia del pacto pueden ocurrir dos cosas: que su objeto sea producir efectos positivos para la sociedad, imponiendo obligaciones de conductas favorables para ella y que opere como estipulación a favor de un tercero, salvo que la sociedad se constituya en parte del contrato; o que el objeto del convenio sea regular derechos de los socios y en virtud de ellos surjan obligaciones de los socios entre sí, con efectos indiferentes para la sociedad. En ambos casos la sociedad no puede desconocer las obligaciones contraídas por los socios, pero su indiferencia no producirá consecuencias, salvo cuando de ella resulte un daño a alguno de los contrayentes.

El contrato de sindicación de acciones es oponible a la sociedad y a los terceros.

## **DERECHO COMPARADO**

Alemania: aquí se desarrollan los sindicatos de bloqueo y de voto para asegurar la unidad de dirección de la empresa.

España: el art. 7.1 Párrafo 2, del Real Decreto Legislativo 1584/89 establece que “los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”. Esta disposición implica su reconocimiento y, de hacerse públicos, un paso adelante para su oponibilidad.

Francia: ha progresado en la materia sosteniendo que las convenciones sobre el voto que no supriman totalmente el derecho del accionista a participar en las decisiones sociales, como las que no sean contrarias al interés social y las que estén exentas de cualquier idea de fraude, han de ser tenidas por lícitas.

Italia: la licitud de los convenios de voto es opinión dominante. La ley impone un plazo máximo de cinco años prorrogable. La publicidad de los pactos es obligatoria para las sociedades abiertas.

Portugal: el Código de Sociedades Comerciales regula los acuerdos parasociales. Admite los convenios de voto pero aclarando que no pueden comprometer la conducta de los contrayentes o de terceros en el ejercicio de funciones de administración o de fiscalización.

Estados Unidos: son válidos en la mayoría de las jurisdicciones estatales y muchos estados han regulado su régimen y funcionamiento. La mayoría de los regímenes estatales limitan la duración de los acuerdos a diez años, pero dicho plazo puede prorrogarse. Los *voting agreements*, son acuerdos mediante los cuales los accionistas pactan por anticipado el modo en que ejercerán sus derechos de voto y son válidos siempre que no signifiquen avasallar los derechos de los accionistas minoritarios o tengan objetos ilícitos. El único requisito formal es que se instrumenten por escrito.

Brasil: la Ley de sociedades por acciones, regula los acuerdos de accionistas, tanto de bloqueo como de voto y son oponibles frente a terceros desde su inscripción en los libros de registro y en los certificados de las acciones.

Uruguay: la Ley uruguaya de sociedades, trata estos acuerdos en el art. 331, que sostiene que son legítimos los convenios de accionistas cuando versen sobre la compra y venta de sus acciones, ejercicio de los derechos de preferencia y de voto o cualquier otro objeto lícito. Asimismo establece un plazo máximo de duración de quince años prorrogable tácita o automáticamente. Para su publicidad la norma exige la incorporación de un ejemplar del convenio al legajo de la sociedad, posibilitando a los terceros el conocimiento de todo el contenido del acuerdo y no solo de alguno de sus aspectos. El art. 331 legitima a estos convenios cualquiera sea el tipo social de que se trate en la medida en que su objeto sea lícito.

Con relación a los convenios de voto los arts. 324 y 325 establecen que podrá demandarse la responsabilidad de los accionistas que votaron lesionando el interés social o en perjuicio de los accionistas no sindicados, abusando de su derecho de voto.

## CONCLUSIÓN

En relación al primer tema tratado: los contratos de adhesión, podemos concluir que estos son plenamente válidos y no son sinónimo de ilegales siempre que sean redactados de manera clara, completa y fácilmente legible y en el idioma común de la gente. Este tipo de negociaciones tienen un alto voltaje ético. En ellos aparecen la moral, las buenas costumbres, la buena fe. Si estos contratos

conlleven cláusulas abusivas, perjudicando al consumidor (parte débil), estas son inaceptables tanto en los contratos de empresa como en cualquier otro.

Es también tarea de los gobiernos brindar un marco jurídico que provea las condiciones de certeza, previsibilidad y claridad necesarias respecto de los derechos y de las obligaciones de las partes que llevan a cabo sus contrataciones. Dentro de este esquema también debe contemplarse la legislación para proteger a los consumidores, es decir, la parte más débil del contrato ante contratos de adhesión que conlleven cláusulas abusivas.

Internet o la red de redes está cambiando la forma de comunicación entre las personas de todo el mundo. Nos encontramos inmersos en una nueva realidad en la cual no podemos mantenernos al margen y donde será necesario remover muchas de las premisas con las que ha sido pensado el derecho, así como también las tradicionales formas en que la gente negocia. Estamos ante una revolución digital donde la distancia y el tiempo ya no son obstáculos en este tipo de negociaciones. Sólo hace falta contar con un ordenador y una conexión a la red para que la comunicación sea en tiempo real en cualquier parte del mundo donde nos encontremos.

Esta nueva forma de contratación trae aparejada muchas ventajas como la reducción de la papelización, menores costos administrativos e impositivos, una gran eficiencia en los negocios por su rapidez y posibilidad de negociación durante todo el día, sobre todo si tenemos en cuenta que en el ciberespacio desaparecen las barreras jurisdiccionales. Sin dudas el comercio electrónico es un reflejo de la globalización de la economía donde espacio y tiempo se desnaturalizan. Las tecnologías evolucionan rápidamente pero las costumbres son reticentes a estos cambios, siendo la inseguridad y la incertidumbre en la utilización de los medios electrónicos una de las principales barreras al crecimiento del comercio electrónico. Es el derecho sin duda, el llamado para regular estas nuevas conductas y a conformar la seguridad jurídica.

Para concluir podemos decir que ni la privacidad ni la seguridad fueron pensados para internet. Esta cuestión ha llevado a que se formule esta pregunta: ¿son los usuarios los que miran dentro de la *web* o es la *web* la que espía a los usuarios? Por tal motivo deben desarrollarse políticas tendientes a equilibrar el derecho a la privacidad de los consumidores y los beneficios propios del comercio electrónico.

Como protagonistas de esta revolución tecnológica debemos estimular el acercamiento y la investigación de esta nueva forma de tráfico comercial, que será una nueva área profesional que no se puede ignorar. Para ello es importante el desarrollo de tratados y acuerdos internacionales con otros países para lograr así opiniones uniformes sobre determinados temas.

Con respecto al tema convenios de sindicación no podemos negar que en nuestro país forman parte de la realidad negocial. Nuestra Ley de Sociedades omi-

tió tratarlos, fundándose en que estos pactos parasociales no integran el régimen legal de las sociedades.

Lo cierto es que estos acuerdos son válidos y lícitos, y sería conveniente incorporarlos a nuestra regulación legal societaria, estableciendo las bases para su eficacia, publicidad y oponibilidad. De hecho, a lo largo del siglo XX numerosas legislaciones han incorporado los convenios de sindicación en sus legislaciones.

Estos sindicatos de acciones pueden resultar beneficiosos al ente social para evitar continuos cambios en la composición de los órganos de administración y con ellos se logran políticas comerciales para determinados períodos. Por ende, a través de estos pactos de socios se da cumplimiento a uno de los principios básicos en materia societaria: la conservación de la empresa y su desarrollo.

Su legitimidad se da siempre que no haya conflictos con el interés social y que no se afecte la estructura fundamental de la normativa societaria. Deben encuadrarse en los principios generales del derecho y la buena fe para que sean válidos.

## PONENCIAS

1) Actualmente no interesa tanto que los contratos tengan una denominación, sino si están regulados o no por la ley. Por ello es preferible hablar de contratos atípicos en lugar de contratos innominados.

2) Proponemos la inclusión de un listado de cláusulas abusivas en la legislación especial argentina ya que sería de gran utilidad, siempre y cuando este listado se actualice permanentemente en lo referente a cada sector del comercio mercantil (ejemplo: turismo, automotores, medicina prepaga).

3) Los contratos de consumo no conforman una categoría nueva de contratos, sino que son una subcategoría dentro de los contratos de adhesión que acota su ámbito de aplicación a las relaciones de consumo.

4) Las cláusulas abusivas no constituyen usos y costumbres, aunque sean de práctica corriente.

5) La ausencia o defecto de información coloca al consumidor en una situación de riesgo y constituye un nuevo factor de atribución autónomo de responsabilidad objetiva a quienes están obligados a brindarla. El derecho a la información constituye un derecho personalísimo del consumidor vinculado a su libertad e integridad física.

6) Las contrataciones vía *mail* son estáticas e interactivas si se efectúan *on line*, ya que las partes si bien no están en el mismo lugar físico, se encuentran en el mismo espacio virtual. Con esto desaparece la distancia en la interacción inmediata entre proveedor y consumidor, y podemos decir que son contratos entre presentes. En los contratos vía *mail* habría un diálogo virtual entre los contratan-

tes, ya que se trata de un diálogo similar al de la correspondencia tradicional. Por el contrario, en los contratos efectuados desde una página *web* no hay diálogo ya que son concluidos mediante la acción de apretar un botón aceptando las condiciones del oferente. Creemos que la comunicación hoy en día a través de computadoras es instantánea, por lo tanto el momento de celebración se asemeja al de un contrato celebrado personalmente, y se concluye con la aceptación inmediata del usuario.

7) Es necesaria, en materia de comercio electrónico, la sanción de normas comunitarias o tratados internacionales que fijen criterios de regulación de las operaciones y transacciones que se realicen *on line*, para su adaptabilidad a los diversos países.

8) No se puede desconocer que un documento electrónico puede asumir el valor de acto escrito, pues contiene un mensaje en un lenguaje convencional sobre un soporte material (discos, memorias) y destinados a durar en el tiempo. Por ello esta especie de documentos pueden constituir principio de prueba por escrito y este posee mayor certeza que el que lleva la firma autógrafa, teniendo en cuenta los nuevos métodos para controlar la autenticidad del documento, sistemas que son muy superiores al método conocido de la firma manuscrita.

9) En la legislación argentina sería muy importante la interrelación entre el registro de nombres de dominio y el registro de marcas para que exista un mayor control antes de la registración del nombre de dominio.

10) Los acuerdos de sindicación son pactos parasociales que funcionan en paralelo al contrato social pero como acto jurídico relacionado.

11) Los pactos de sindicación son lícitos siempre y cuando no afecten los derechos fundamentales de los socios ni la estructura de la normativa societaria y analizando cada caso en concreto.

12) Los pactos de sindicación pueden darse en cualquier tipo societario y no solamente entre socios sino también con otros funcionarios integrantes de órganos sociales, o no, pero siempre en adición a por lo menos un grupo de socios.

13) Por vía de los pactos de sindicación se puede formar un grupo de control. Tal circunstancia no significa que el pacto es una inducción para los accionistas o socios no sindicados a que voten en determinado sentido.

## BIBLIOGRAFIA

ALLENDE, LISANDRO A. "Comercio Electrónico. Aspectos generales, normativos y contractuales", [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com), 1º de enero de 2001.

ALTERINI, ATILIO ANÍBAL. "Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno", *La Ley*, tomo 1998-B, pág. 1172.

ARAMOUNI, ALBERTO. *Práctica del Derecho Societario*, tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 2009.



- CZARNY, NATALIO. "Ciberespacio y Derecho (Desafíos que el comercio electrónico plantea al derecho comercial tradicional. Los contratos telemáticos)", [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com), 1° de enero de 1997.
- Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado.* Eduardo Gabriel Clusellas (coordinador), tomos 3 y 4, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015.
- DROMI, ROBERTO y MENEM, EDUARDO. *La Constitución Reformada, Comentada, interpretada, concordada*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.
- FARINA, JUAN M. *Contratos Comerciales Modernos*, tomos 1 y 2, Astrea, Buenos Aires, 2005.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L. "Reflexiones sobre los acuerdo de selección de foro en comercio electrónico", [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com), 22 de diciembre de 2014.
- GHERSI, CARLOS ALBERTO. *Contratos Civiles y Comerciales*, partes general y especial, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1998.
- GÓMEZ CALLEJA, ISABEL. "La Influencia del Comercio Electrónico sobre la fiscalidad del siglo XXI", [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com), 1° de enero de 2001.
- GÓMEZ POMAR, FERNANDO. "La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia", Universitat Pompeu Fabra, Working Paper N° 113, [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona, 2003.
- HOCSMAN, HERIBERTO S. *Negocios en Internet. E-commerce. Correo Electrónico. Firma Digital*, Astrea, Buenos Aires, 2005.
- JUNYENT BAS, FRANCISCO y otros. *Ley de Defensa del Consumidor, Comentada, Anotada y Concordada*, Errepar, Buenos Aires, 2013.
- KATZ, FLORA M. "Comercio Electrónico. Garantías en esta forma de contratación", [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com), 1° de diciembre de 2009.
- LORENZETTI, RICARDO LUIS. "Resarcimiento del daño contractual: confianza, información, previsibilidad", [www.alterini.org](http://www.alterini.org).
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES. "Protección del consumidor a crédito frente al financiador", *Revista Actualidad Civil*, N° 17, primera quincena de octubre de 2004.
- NISSSEN RICARDO A. *Ley de Sociedades Comerciales, Comentada Anotada y Concordada*, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 2010.
- PAPA, RODOLFO G. *Transferencia del control accionario, claves para su negociación contractual*, Errepar, Buenos Aires, 2012.
- ROVIRA, ALFREDO L. *Pactos de Socios*, Astrea, Buenos Aires, 2006.
- SILVANO, MARCELO HORACIO. "Internet y su influencia sobre las relaciones jurídicas - Aproximación a la cuestión de los contratos celebrados por Internet", [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com), 1° de enero de 2000.
- STIGLITZ, RUBÉN S. "Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y contratos a distancia", Suplemento especial nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, "Contratos", 25/2/2015, pág. 255.
- STIGLITZ, RUBÉN S. "Contratos por adhesión, contratos de consumo y cláusulas abusivas", RCyS 17/9/2015-125.
- STIGLITZ, RUBÉN S. "Contratos por adhesión control judicial", RCyS 2015-VIII.
- WEINGARTEN, CECILIA y otros. *Derecho del Consumidor*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2007.



# HERENCIA Y CESIÓN DE HERENCIA EN EL DERECHO ARGENTINO\*

*Néstor Daniel Goicoechea*

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sucesión por causa de muerte. 2.1. Sistemas posibles. 2.2. Sucesores: heredero y legatario. 3. La herencia. 3.1. Definición y contenido. 3.2. Naturaleza jurídica de la herencia. 3.3. Adquisición de la herencia. 4. Cesión de herencia. 4.1. Concepto. 4.2. Objeto. 4.3. Forma. 4.4. Oportunidad. 4.5. Oponibilidad y publicidad. 5. Ponencias. 6. Bibliografía.*

\* El presente trabajo fue presentado en el marco de la XVII Jornada Nacional del Notariado Novel y XVIII Jornada del Notariado Novel del Cono Sur, celebradas en la ciudad de Salto, Uruguay, entre el 26 y el 28 de mayo de 2016. Corresponde al Tema I, "El derecho sucesorio".

## 1. INTRODUCCIÓN

Antes de referirnos a la sucesión por causa de muerte resulta necesario recordar algunos conceptos básicos, para poder situar en la teoría general los temas propios del presente.

### SUCESIÓN

“Con el término sucesión se designan todos aquellos supuestos en que se produce el cambio o sustitución de uno o más sujetos de una relación jurídica, o de un conjunto de relaciones jurídicas, en virtud de una transferencia o transmisión, cesión, enajenación, etcétera. La sucesión, de tal modo, provoca una modificación subjetiva de la relación jurídica aunque queda inalterado, en principio, su contenido y su objeto”<sup>1</sup>.

Lo antedicho implica que la sucesión, en términos generales, sólo hace referencia a la transferencia de derechos de una persona a otra, lo cual se encuentra regulado en los arts. 398 a 400 del Código Civil y Comercial de la Nación<sup>2</sup>. El primero de dichos artículos enuncia el principio general de que todos los derechos son transmisibles, principio que como sabemos, y veremos más adelante, reconoce numerosas excepciones. El segundo de los artículos reconoce el principio *nemo plus iuris...*, fundamental en el sistema romanista de los derechos reales, y uno de los pilares en el cual se basa nuestra formación como notarios de tipo latino. El tercero de los artículos diferencia al sucesor universal y singular, lo cual analizaremos más adelante.

Ahora bien, la transmisión puede ser clasificada conforme a distintos criterios. De acuerdo al origen, la transmisión puede ser legal o voluntaria, según si proviene de la ley -verbigracia: la que se produce a favor de los herederos legítimos del difunto- o de la voluntad del individuo en cuyos derechos se sucede<sup>3</sup>. En función de la extensión del título, la transmisión puede ser universal o particular.

---

1 Zannoni, Eduardo A. *Manual de derecho de las sucesiones*, 2º edición actualizada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 1.

2 “Título V”, “Transmisión de los derechos”. “Art. 398- Transmisibilidad. Todos los derechos son transmisibles excepto estipulación válida de las partes o que ello resulte de una prohibición legal o que importe trasgresión a la buena fe, a la moral o a las buenas costumbres”. “Art. 399- Regla general. Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas”. “Art. 400 - Sucesores. Sucesor universal es el que recibe todo o una parte indivisa del patrimonio de otro; sucesor singular el que recibe un derecho en particular”.

3 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, tomo 11, pág. 274, citado en Lorenzetti, Ricardo Luis (dirección). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, pág. 554.

En el primer caso, se refiere a la totalidad de un patrimonio del cual una persona puede recibir todo o una parte alícuota, según sea el número de herederos. En la sucesión particular se transmite un objeto que sale del patrimonio de una persona a otra. Según la causa que produce la transmisión, la sucesión se clasifica por actos entre vivos o mortis causa. La primera es la que se produce a raíz de un acto traslativo del derecho, como la compraventa, la donación, etcétera. La segunda, opera con motivo del fallecimiento del transmitente<sup>4</sup>.

Asimismo, las clasificaciones pueden cruzarse en todos los sentidos. La transmisión entre vivos puede ser tanto particular (verbigracia compraventa), como universal (verbigracia fusión societaria); la transmisión por causa de muerte puede ser universal (heredero), como singular (legatario), y también legal (si suceden los herederos designados por ley) como voluntaria (si es testamentaria).

Aclarados los conceptos antedichos, podemos referirnos a la clase de transmisión objeto del presente.

## 2. SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

Conforme al art. 2277 del Código Civil y Comercial "La muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por ley...".

En la norma transcrita pueden verse todos los elementos relativos a la transmisión: la causa fuente, conformada por la muerte real o presunta del causante; los sujetos posibles, que son el causante o autor de la sucesión como transmitente, y los herederos y legatarios como sucesores (adquirentes), haciendo además referencia a la fuente de la vocación sucesoria de éstos últimos, sea la ley y/o la voluntad del causante; y el objeto de la transmisión, es decir, la herencia.

Las posibles causas de la transmisión, es decir, la muerte como hecho natural, o la declaración judicial de muerte presunta (con el procedimiento previo que ello implica), no serán analizadas en el presente trabajo. Respecto a la herencia como objeto de la transmisión, será examinado en el acápite siguiente, mientras que los próximos apartados serán dedicados a caracterizar sucintamente a los sucesores, su llamamiento a la herencia, y su investidura como tales.

Previo a esto, debemos referirnos a los dos grandes sistemas que pueden existir para la transmisión universal al heredero, ya sea éste designado por la ley o instituido por el testador.

---

4 Lorenzetti, Ricardo Luis (dirección). Ob. cit., tomo II, pág. 554.

## 2.1. SISTEMAS POSIBLES: SUCESIÓN EN LA PERSONA O EN LOS BIENES

En términos generales, podemos caracterizar estos dos sistemas en la siguiente forma:

En los sistemas donde rige la “sucesión en la persona”, como el adoptado originariamente por VÉLEZ SANSFIELD para el Código Civil argentino, vigente desde el siglo XIX, se reputa al heredero como un continuador de la personalidad del causante, asumiendo todos los derechos, pero también todas las obligaciones, las cuales deberá afrontar con sus propios bienes. Se produce entonces la mentada “confusión de patrimonios” y se genera la “responsabilidad *ultra vires hereditatis*”. Se considera al sucesor universal como si fuese el propio causante en orden al patrimonio en su integridad que no puede ya, por la muerte, atribuírsele<sup>5</sup>. Este sistema reconoció en el Código de VÉLEZ el límite del “beneficio de inventario”, el cual fue profundizado por la reforma introducida en 1968 por la Ley 17.711. Luego de esta ley se discutió durante mucho tiempo si la sucesión en Argentina seguía siendo “en la persona” del causante.

“En el sistema de la sucesión en los bienes, en cambio, a la muerte del sujeto su patrimonio recibe, en términos generales, la consideración de un activo con un pasivo constituido por obligaciones que pesan como ‘cargas a liquidar’. El heredero no subentra en la posición jurídica del causante, permanece ajeno a ella, y recibe, una vez liquidadas las cargas, los bienes relictos”<sup>6</sup>.

“De este modo el presupuesto de la sucesión en los bienes es la adquisición del patrimonio como activo líquido, o adquisición de un conjunto de bienes, a diferencia de la sucesión en la persona, en que la adquisición es un fenómeno secundario, pues lo esencial es la continuación de las relaciones jurídicas en cabeza de los herederos”<sup>7</sup>.

El Código Civil y Comercial vigente en la República Argentina desde el 1° de agosto de 2015 ha modificado definitivamente el sistema, y adoptando la tendencia de las legislaciones modernas, ya “... no se conserva la confusión de patrimonios del causante y los herederos. Por ello, se elimina el beneficio de inventario habida cuenta que el heredero queda obligado por las deudas y legados de la sucesión sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes hereditarios recibidos. Excepto que se dé alguna de las hipótesis previstas en el art. 2311, en cuyo caso responderá con sus propios bienes por el pago de las deudas del causante y cargas de la herencia”<sup>8</sup>.

5 Zannoni, Eduardo A. Ob. cit., pág. 6.

6 *Ibidem*.

7 *Ibidem*.

8 Lorenzetti, Ricardo Luis (dirección). Ob. cit., tomo X, pág. 392.

## 2.2. SUCESOES: HEREDERO Y LEGATARIO

El art. 2278 del Código Civil y Comercial los define en la siguiente forma: “Herederos y legatarios. Concepto. Se denomina *heredero* a la persona a quien se transmite la universalidad o una parte indivisa de la herencia; *legatario*, al que recibe un bien particular o un conjunto de ellos”.

“Por lo tanto, se han establecido claramente dos especies de sucesores: los herederos, que tienen un llamamiento que puede ser universal o bien a una parte indivisa de la herencia, y los legatarios, que tienen un llamamiento particular. Como se aprecia de lo expuesto, el heredero de cuota queda en una situación intermedia, ya que se lo considera heredero, pero sin posibilidad de recibir toda la herencia...”<sup>9</sup>.

El análisis de la naturaleza del heredero o legatario de cuota, y de los distintos tipos de legatarios posibles excede el cometido del presente trabajo.

### 2.2.1. Capacidad sucesoria

Conforme al art. 2279 del CCyC: pueden suceder al causante: a) las personas humanas existentes al momento de su muerte; b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida; c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el art. 561; d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.

### 2.2.2. La vocación sucesoria

La vocación sucesoria es el llamamiento hecho por la ley o por la voluntad del causante a una persona para que reciba una herencia determinada<sup>10</sup>.

La vocación sucesoria testamentaria se da en los supuestos en que el causante ha dejado un testamento en el cual instituye herederos universales, herederos de cuota y/o legados particulares.

La vocación hereditaria legal es la que corresponde a los “herederos legítimos”, es decir, a aquellas personas a las que la ley designa como sucesores universales para el supuesto de falta de testamento. En el derecho argentino estos serán los descendientes, los ascendientes (en ausencia de descendientes), y el cónyuge en su caso y, en defecto de ellos, los parientes consanguíneos colaterales hasta el

<sup>9</sup> Azpiri, Jorge O. *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Sucesorio*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, pág. 35.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pág. 39.

cuarto grado. Además, los descendientes y el cónyuge (y ascendientes en ausencia de descendientes) disponen en todos los casos de una porción de la herencia reservada a ellos, denominada “legítima”, de la cual no pueden ser privadas por testamento, donaciones previas ni por ningún acto oblicuo con finalidad de defraudarla, en virtud de ser una disposición de orden público. Por ello estos herederos, además de ser legítimos, son “legitimarios”.

Nos remitimos a la bibliografía existente sobre el orden del llamamiento de los herederos, la forma en que unos desplazan a otros, las porciones de la legítima, el derecho de representación, las causas que implican la exclusión de la vocación sucesoria y demás cuestiones que exceden al presente.

### 3. LA HERENCIA

#### 3.1. DEFINICIÓN. CONTENIDO

Como hemos mencionado, la herencia compone el objeto de la transmisión por causa de muerte. Es por ello que resulta tan importante tratar de definirla, y delimitar su contenido y naturaleza.

El art. 2277 del CCyC, en su último párrafo establece: “La herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento”.

Esta definición implica que debemos *diferenciar claramente el patrimonio del causante de la herencia*, pues esta será necesariamente menor a aquel. Si bien en materia contractual el principio es la transmisibilidad, existen distinta cantidad de derechos patrimoniales no transmisibles por causa de muerte, es decir, que se extinguen con la vida de su titular. Como ejemplos de ello podemos mencionar el usufructo, el uso y la habitación, la servidumbre personal, por ser considerados derechos *intuito personae*. En materia contractual, la disposición básica es el art. 1024 del CCyC, en cuanto señala: “Los efectos del contrato se extienden, activa y pasivamente, a los sucesores universales, a no ser que las obligaciones que de él nacen sean inherentes a la persona...”. Esto conlleva que las obligaciones de quien fue contratado en virtud de una cualidad personal no puedan transmitirse por causa de muerte (no obstante el derecho de reembolso que pueda plantear el acreedor).

Otros ejemplos son: el pacto de preferencia en la compraventa (art. 1165 CCyC), el contrato de mandato que se extingue con la muerte de alguna de las partes (art. 1329, inc. e, CCyC) salvo excepciones, etc.



### 3.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA HERENCIA.

La herencia como universalidad es indiscutible en el derecho argentino. Tanto antes, como luego de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, “La herencia, considerada como objeto del derecho de sucesión, es tan indivisible como el patrimonio, en tanto que a éste se lo considera como objeto del derecho de propiedad de aquel a quien pertenece”<sup>11</sup>.

El derogado Código Civil establecía en su art. 3281 “La sucesión a título universal es la que tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos”.

Asimismo, el actual código unificado establece en el art. 2280: “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...”. El art. 2287, referente al derecho de aceptar o renunciar la herencia, establece: “Todo heredero puede aceptar la herencia que le es deferida o renunciarla, pero *no puede hacerlo por una parte de la herencia ni sujetar su opción a modalidades. La aceptación parcial implica la del todo*; la aceptación bajo modalidades se tiene por no hecha”.

Lo dispuesto en los artículos citados implica que los herederos no podrán recibir en la sucesión los bienes en particular de manera optativa, sino que deberán aceptar o repudiar la herencia con todo su contenido, tanto activo como pasivo, y luego de ello podrán adquirir definitivamente los bienes que contenga la misma, ya sea de forma inmediata, o como resultado de la partición en los supuestos de comunidad hereditaria.

Al respecto dice ZANNONI: “La teoría del patrimonio-persona subsume de tal modo dos momentos distintos en la adquisición del sucesor: el de la adquisición de la herencia, como universalidad, incorporando al patrimonio una expectativa al todo o a una parte alícuota de aquella, y sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos; y en segundo término, la adquisición a título singular *-ut singuli-* de determinados bienes o derechos, lo que acaece con la subsiguiente partición y adjudicación”<sup>12</sup>.

Si bien la postura citada en el párrafo anterior resulta muy gráfica para advertir la diferencia entre la adquisición de la herencia y la adquisición de los bienes que la componen, no implica que debamos identificar a la herencia con la comunidad hereditaria existente en los supuestos de pluralidad de herederos, puesto que esta última, si bien contendrá los mismos objetos, nace con la idea de preservar indiviso el patrimonio relicto hasta la partición.

11 Lorenzetti, Ricardo Luis (dirección). Ob. cit., tomo X, pág. 406.

12 Zannoni, Eduardo A. Ob. cit., pág. 10.

Debemos advertir además que la herencia como tal debe ser considerada como una universalidad aun en los casos de un heredero único, en los cuales la comunidad hereditaria no tendrá lugar.

No obstante lo antedicho, la naturaleza de la herencia como universalidad se discute en los casos en que esta se consume con los legados, pues allí no tiene lugar una transmisión universal y los legatarios recibirán singularmente los bienes. Desde mi punto de vista, lo que cabría preguntarnos en estos casos es si debe hablarse de “herencia” en los supuestos donde no existen herederos.

### 3.3. ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA (TRANSMISIÓN)

Es ahora momento de determinar “cómo” y en “cuándo” los sucesores del causante adquieren la herencia.

Conforme al ya citado art. 2280 del CCyC “Desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa... y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor...”. Asimismo, el art. 2277 expresa que “la muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión, y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle...”.

Ambos artículos guardan relación con la disposición 3282 del Código Civil de VÉLEZ SARFIELD, ya derogado<sup>13</sup>. El citado codificador explica en la nota al citado artículo “La muerte, la apertura y la transmisión de la herencia se causan en el mismo instante. No hay entre ellas el menor intervalo de tiempo”.

Lo dicho implica sin lugar a equivocarnos, que el heredero recibe *ipso iure*, aún sin saberlo, no sólo la propiedad, sino también la posesión del difunto<sup>14</sup>.

En resumen, citando a GRACIELA MEDINA, podemos afirmar que: “La transmisión de los derechos y obligaciones desencadenada por la muerte del titular del patrimonio por disposición de la ley, se produce de pleno derecho, en el mismo instante de la muerte del autor de la sucesión, adquiriendo el heredero desde ese momento la propiedad de la herencia aun cuando fuese incapaz o ignorase que la sucesión se le ha deferido (arts. 2280 y 2337 CCyC). Ello implica que los derechos y los bienes del causante no quedan un solo momento sin titular; el difunto es reemplazado por los sucesores universales en el mismo momento en que se produce su deceso, es decir que entre la muerte del causante, la apertura de la sucesión y la transmisión de la herencia no trans-

13 Art. 3282 del Código Civil argentino (derogado): “La sucesión o el derecho hereditario, se abre tanto en las sucesiones legítimas, como en las testamentarias, desde la muerte del autor de la sucesión, o por la presunción de muerte en los casos prescriptos”.

14 Lorenzetti, Ricardo Luis (dirección). Ob. cit., tomo X, pág. 405.

curre el menor intervalo de tiempo, aunque en nuestro sistema sucesorio esta adquisición automática de la herencia, *ministerio legis*, es provisoria y queda subordinada a la posterior aceptación<sup>15</sup>.

Desde luego, la transmisión instantánea de la herencia y su contenido a los herederos debe valerse de algunas ficciones jurídicas para poder sostener el sistema. Esto sucede tanto con el efecto retroactivo de la aceptación de la herencia, como con el efecto declarativo de la partición.

Respecto al derecho de aceptar o repudiar la herencia, cualquiera sea la decisión del heredero, el art. 2291 del CCyC le otorga efecto retroactivo al día de la apertura de la sucesión.

Según ZANNONI, durante el período de herencia no aceptada, no existe estrictamente titular de la herencia, sino titular de la vocación hereditaria. La titularidad de la herencia recién se adquiere, aunque con efecto retroactivo, con la aceptación y por efecto de la vocación<sup>16</sup>.

En definitiva, el derecho hereditario se abre tanto en las sucesiones legítimas como en las testamentarias desde la muerte de su autor, y a quien ejerce el derecho de opción repudiando la herencia, se le adjudican los efectos de un extraño a la sucesión, y al que lo ejerce aceptándola, le corresponden los efectos del dueño que recibió directamente del muerto, es decir, en el mismo instante de la apertura.

Asimismo, en las sucesiones en que existe pluralidad de herederos, desde el momento mismo de la apertura de la sucesión y hasta la partición, se conforma la llamada "indivisión hereditaria" (art. 2323 CCyC), también conocida en el código derogado como "comunidad hereditaria". Esta indivisión implica, para la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, una universalidad jurídica que contendrá de forma indivisa todos los bienes de la herencia, de manera que ninguno de los herederos puede arrogarse derechos sobre estos en forma particular.

"Si concurren dos o más sucesores a adquirir una misma herencia, o una parte de ella, se configura la llamada comunidad hereditaria. En virtud de esta comunidad, y puesto que el llamamiento a la herencia tiene carácter *universal*, el derecho sobre los bienes que la constituyen pertenece al conjunto de los coherederos. Pero es importante destacar que esta comunidad no significa que cada bien reproduzca, singularmente, una situación de *copropiedad* o *cotitularidad* en concreto. El derecho hereditario *in abstracto*, recae sobre

---

15 Rivera, Julio César (dirección). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, tomo VI.

16 Zannoni, Eduardo A. Ob. cit., pág. 20.

el complejo de titularidades transmisibles como una totalidad patrimonial”<sup>17</sup>. Puede verse allí, en la caracterización del objeto, la diferencia esencial entre la comunidad hereditaria y el condominio, pues este último recae necesariamente sobre cosas en forma particular.

Ahora bien, si hemos expuesto que los herederos adquieren la herencia y los bienes que la componen desde el momento mismo de la apertura de la sucesión, ¿cómo sostenemos esta afirmación ante el hecho de que ninguno de ellos pueda arrogarse un derecho sobre los bienes particulares hasta después de la partición?

La respuesta a este interrogante está dada por el art. 2403 del CCyC: “Efecto declarativo. La partición es declarativa y no traslativa de derechos. En razón de ella *se juzga que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos en su hijuela y en los que se le atribuyen por licitación*, y que no tuvo derecho alguno en los que corresponden a sus coherederos. Igual solución se entiende respecto de los bienes atribuidos por cualquier otro acto que ha tenido por efecto hacer cesar la indivisión totalmente, o de manera particular respecto a ciertos bienes o ciertos herederos”.

Podemos decir entonces que en los casos de pluralidad de herederos, una vez aceptada por todos la herencia y realizada la partición, la ley establece que cada heredero ha sucedido al causante en los bienes que se adjudica desde el momento mismo de la apertura de la sucesión, con lo cual el efecto inmediato del art. 2280 se mantiene inalterado gracias a estas ficciones jurídicas, sin importar el tiempo que haya transcurrido desde la muerte del autor de la sucesión hasta la aceptación de la herencia, y entre ésta y la partición.

## 4. CESIÓN DE HERENCIA

### 4.1. CONCEPTO

ZINNY<sup>18</sup> define a la cesión de herencia como el contrato mediante el cual una parte (cedente) transfiere a la otra (cesionario) el todo o una parte alícuota de la universalidad jurídica que le corresponde en su calidad de heredero. Recuerda, asimismo, que por universalidad jurídica cabe entender aquel conjunto de derechos y obligaciones considerados por la ley como un todo ideal.

---

17 Zannoni, Eduardo A. *Manual de derecho de las sucesiones*, 4º edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, 1999, pág. 267.

18 Zinny, Mario Antonio. “Cesión de herencia y otras figuras”, en *Revista del Notariado* 796, 1984, pág. 993.

Asimismo, ZANNONI<sup>19</sup> define a la cesión de derechos como un contrato por el cual el titular del todo o de una parte alícuota de la herencia, transfiere a otro el contenido patrimonial de aquélla, sin consideración al contenido particular de los bienes que la integran.

Como puede apreciarse en ambas definiciones, lo que define al contrato es la noción de universalidad jurídica de la herencia y los derechos del cedente, lo cual será profundizado al analizar el objeto del contrato.

En cuanto a los caracteres, se trata de un contrato traslativo (porque, al igual que la cesión de créditos, transmite los derechos en ella comprendidos por la sola fuerza del contrato mismo), formal (pues exige siempre la escritura pública), gratuito u oneroso (en el último caso se recibe a cambio dinero, la propiedad de una cosa, la titularidad de un crédito, la titularidad de otra universalidad jurídica, etcétera), y aleatorio (porque su contenido es variable e incierto hasta el momento de la partición)<sup>20</sup>.

El actual Código Civil y Comercial argentino, en vigencia desde el 1° de agosto de 2015, regula expresamente la cesión de herencia en los arts. 2302 a 2309, subsanando de esta forma la omisión de VÉLEZ SANSFIELD, que trajo aparejados varios inconvenientes interpretativos<sup>21</sup>. El nuevo cuerpo incorpora dichas normas en el libro quinto, dedicado a la transmisión de los derechos por causa de muerte, tomando también el consejo velezano de no tratarlo junto con los contratos en particular.

Lógicamente, estos ocho artículos no bastan para solucionar todas las dudas posibles sobre el contrato, por lo cual se aplicarán en forma supletoria, en primer término, las normas relativas al contrato de cesión de derechos, y por remisión de éstas, las normas de la donación, venta o permuta, dependiendo si la cesión es gratuita u onerosa, y a cambio de dinero u otros bienes.

## 4.2. OBJETO

El objeto del contrato es una universalidad jurídica, esto es, los derechos del heredero respecto a la herencia o a una parte alícuota de ella, sin consideración a los bienes que la integran. En los casos en que existe más de un heredero, el cedente transmite su posición en la comunidad hereditaria sin consideración a los

---

19 Zannoni, Eduardo A. *Manual de Derecho de las Sucesiones*, 2° Edición, Buenos Aires, Astrea, 1989, págs. 280 y sgts.

20 Cerniello, Romina I.; Goicoechea, Néstor D. y Sued Dayan, Leticia. "Cesión de Derechos Hereditarios y su tratamiento en el proyecto de Código único", *Revista del Notariado* 910, pág. 73.

21 *Ibidem*.

bienes que la componen, y será el cesionario quien deba colocarse en el lugar del cedente para dar fin a la indivisión mediante la partición. La cesión nunca comprende la calidad de heredero, la cual es intransferible.

Lo dicho anteriormente implica que la cesión abarca los derechos que al heredero le correspondan sobre todo el activo de la herencia, pero también sobre el pasivo, es decir, las obligaciones de la sucesión. La extensión definitiva de la herencia, como objeto incierto, es lo que torna aleatorio el contrato.

El contenido del contrato puede apreciarse también analizando la extensión de la garantía de evicción dispuesta por el art. 2305: "... 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...". Entonces, lo que se garantiza es la calidad de heredero, y no el contenido patrimonial de la herencia. Como veremos más adelante, esto no quiere decir que las partes no puedan incluir cláusulas relativas a los bienes que componen la herencia.

Respecto a la magnitud del derecho del cesionario el art. 2303 del CCyC dispone: "La cesión de herencia comprende las ventajas que pueden resultar ulteriormente por colación, por la renuncia a disposiciones particulares del testamento, o por la caducidad de éstas. No comprende, excepto pacto en contrario: a) lo acrecido con posterioridad en razón de una causa diversa de las expresadas, como la renuncia o la exclusión de un coheredero; b) lo acrecido anteriormente por una causa desconocida al tiempo de la cesión; c) los derechos sobre los sepulcros, los documentos privados del causante, distinciones honoríficas, retratos y recuerdos de familia".

Asimismo el art. 2304, referido a los derechos del cesionario, expresa: "El cesionario adquiere los mismos derechos que le correspondían al cedente en la herencia. Asimismo, tiene derecho de participar en el valor íntegro de los bienes que se gravaron después de la apertura de la sucesión y antes de la cesión, y en el de los que en el mismo período se consumieron o enajenaron, con excepción de los frutos percibidos". Esto último resulta de extrema importancia a la hora de redactar el contrato, puesto que si los cedentes han enajenado bienes con anterioridad a la cesión, deberán aclararlo en el contrato, si es que no desean reintegrar los valores recibidos al cesionario.

#### **4.2.1. Pacto de no asunción de deudas**

Como hemos mencionado, la cesión de la herencia comprende también las obligaciones de la sucesión, esto es, las deudas del causante. La asunción del cesionario de las obligaciones de la sucesión es una consecuencia natural del contrato, de la cual las partes no pueden sustraerse, pues es parte de la universa-

lidad jurídica que se transmite. Sin embargo “... el cesionario sólo responde por las obligaciones hasta el valor de los bienes incluidos en la universalidad”<sup>22</sup>.

No obstante esto, las partes pueden estipular que el cesionario no responderá por las obligaciones de la sucesión, pero esta garantía no tendrá efectos frente a terceros. Los acreedores de la sucesión siempre podrán atacar el acervo hereditario para cobrar su acreencia. En este caso, si se ha pactado la garantía, el cesionario deberá reclamar directamente al cedente.

#### **4.2.2. Garantía de existencia de un bien determinado**

En principio, nada obsta a que la parte cedente garantice que dentro del acervo hereditario esté comprendido determinado bien. Esto resulta implícitamente del ya citado art. 2305, relativo a la garantía de evicción, “No responde por la evicción ni por los vicios de los bienes de la herencia, excepto pacto en contrario”.

No implica desnaturalizar el objeto del contrato, sino por el contrario darle relevancia jurídica a la causa fin subjetiva del acto, de conformidad al art. 281 del CCyC<sup>23</sup>. En tanto la cesión siga recayendo sobre todos los derechos y obligaciones de la herencia, seguirá siendo cesión de herencia aunque se garantice la existencia de un bien. Distinta será la conclusión cuando la cesión comprende únicamente ese bien en particular. En este último supuesto, nos hallaríamos ante una cesión sobre bien determinado (ver punto 4.2.3.).

No obstante lo expuesto, la utilización de la cesión de herencia cuando las partes sólo tienen en miras la contratación sobre un determinado bien debe llevarnos a tomar determinados recaudos, pues el cesionario quedará en la misma situación que el cedente ante el supuesto de que aparezcan más herederos con igual o mejor derecho que el cedente, es decir no podrá valerse de la defensa del “heredero aparente” (art. 2312 *in fine* CCyC).

#### **4.2.3. Cesión sobre bien determinado**

Mucho se ha discutido en la doctrina nacional argentina sobre la viabilidad y calificación del acto en la denominada cesión sobre bien determinado.

Respecto a la calificación del acto, el art. 2309 del CCyC ha puesto un corte definitivo a la discusión: “Cesión de bienes determinados. La cesión de derechos sobre bienes determinados que forman parte de una herencia no se rige por las

---

22 Zinny, Mario Antonio. *Cesión de Herencia*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, pág. 18.

23 “Art. 281- (...) 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”.

reglas de este Título, sino por las del contrato que corresponde, y su eficacia está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición”.

Con este breve artículo el legislador ha dado claridad respecto al tema. La “Cesión de herencia sobre bien determinado” no es cesión (ni de herencia, ni de derechos), sino una venta, permuta o donación (según la contraprestación) sujeta a una condición suspensiva: que el bien sea atribuido al cedente en la partición.

Esto no implica que el acto esté prohibido o que no pueda instrumentarse, sino que deberán tomarse todos los recaudos relativos a la verdadera calificación del acto, es decir el notario autorizante deberá tener perfectamente claro que se está celebrando una venta, permuta o donación, con independencia de la calificación que hagan las partes y que figure en el contrato.

En principio, el acto estará sometido a la mencionada condición suspensiva. Sin embargo, si el cedente es el único heredero, o si ceden todos los herederos, o cede alguno de los herederos con la conformidad del resto, el acto no sería observable en un eventual estudio de títulos, pues estaremos ante el supuesto de una “partición parcial”, o bien ante el compromiso de todos los interesados de asignar dicho bien al cesionario en la partición.

No obstante ello, la utilización de esta figura conlleva varias consecuencias no deseables:

- Esta compraventa, permuta o donación será inoponible, hasta tanto se logre su registración, pues “... al no haberse dictado o inscripto la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento no resulta posible recurrir al tracto abreviado para registrarlas”<sup>24</sup>.

- Se estará otorgando un acto con vocación traslativa de dominio sin contar con un título inscripto (art. 23 Ley 17.801), y sin poder solicitar los certificados registrales que otorguen al acto la retroprioridad que el sistema argentino propone, la cual ha sido fuente de elogios en todo el mundo por la seguridad en el tráfico jurídico que supone.

- En el supuesto de presentarse nuevos herederos con posterioridad a la cesión, la posibilidad del cesionario de oponer la defensa del heredero aparente resulta discutible, máxime en los casos en que la cesión se efectúe con anterioridad al dictado de la declaratoria de herederos<sup>25</sup>.

---

24 Zinny, Mario Antonio. *Cesión de Herencia*, cit., pág. 52.

25 El art. 2315 CCyC, relativo a la validez de los actos del heredero aparente, ha eliminado la referencia expresa a la declaratoria de herederos como requisito de la buena fe del tercero adquirente, el cual había sido incorporado por la Ley 17.711 al art. 3430 del derogado Código Civil. Será cuestión de tiempo ver cómo la doctrina y la jurisprudencia analizan el significado de esta modificación.



- Deberá cumplirse con todas las cargas tributarias (tanto de retención como de información) relativas a la naturaleza del acto.

- En caso de ser gratuita, participará de las mismas contingencias en materia de estudio de títulos que el contrato de donación, como consecuencia de la posible acción de reducción, lo cual conforme a la opinión más extendida, no sucede con la cesión gratuita de herencia propiamente dicha<sup>26</sup>.

- La mala calificación del acto como “cesión de derechos hereditarios o de herencia” dificulta la interpretación del contrato.

#### 4.2.4. Cesión de derechos gananciales

Este supuesto se refiere al caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, lo que produce la disolución de la comunidad de gananciales y el derecho del supérstite a la mitad de los bienes que la componen, ingresando la restante mitad en la sucesión del causante (se presenta una acumulación de comunidades). Cabe aclarar que en el supuesto de concurrir a la herencia el cónyuge con los hijos del causante, el primero no tiene derechos hereditarios sobre los bienes gananciales.

Al no ser el derecho del cónyuge supérstite hereditario, se discutía con anterioridad a la reforma si éste podía cederlo. La respuesta mayoritaria ha sido siempre positiva, y ya era extendida en la doctrina, la jurisprudencia y en la práctica cotidiana la denominada cesión de gananciales.

Este supuesto se ve expresamente contemplado en el art. 2308 del CCyC: “Indivisión postcomunitaria. Las disposiciones de este título se aplican a la cesión de los derechos que corresponden a un cónyuge en la indivisión postcomunitaria que acaece por muerte del otro cónyuge”.

Vale acotar que el contrato deberá hacer constar expresamente la voluntad de incluir estos derechos en la cesión, en cuyo caso esta tendrá por objeto, además de la herencia, los derechos a los bienes que correspondan al cedente sobre los gananciales. No obstante esto, si todos los bienes son gananciales, deberían entenderse comprendidos, puesto que de lo contrario el cónyuge no estaría cediendo bien alguno<sup>27</sup>.

26 Moretti, Diego H. “Cesión gratuita de derechos hereditarios, Título Inobservable”, Revista del Notariado 868, pág. 31.

27 Borda, Guillermo A. *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008, págs. 586 y sgts. Citado por Cerniello, Romina I.; Goicoechea, Néstor D. y Sued Dayan, Leticia. Ob. cit., pág. 83.

### 4.3. FORMA

El nuevo Código Civil y Comercial ha superado la antigua discusión en materia de forma de este contrato, imponiendo claramente la escritura pública como formalidad para el acto.

Así, el art. 1618, correspondiente al capítulo del contrato de cesión de derechos, dice: “La cesión debe hacerse por escrito, sin perjuicio de los casos en que se admite la transmisión del título por endoso o por entrega manual. *Deben otorgarse por Escritura Pública: a) La cesión de derechos hereditarios...*” (el destacado nos pertenece).

Asimismo, el contrato debe encuadrarse como un acto de solemnidad relativa. Esto en tanto el citado art. 1618 no impone sanción de nulidad para las formas allí estatuidas, ni tampoco se desprende esta sanción del resto de los artículos referidos al contrato de cesión de derechos, ni a la cesión de herencia en particular.

En consecuencia, las cesiones de derechos hereditarios que se efectúen por instrumento privado serán válidas como contratos en los cuales las partes se obligan a efectuar la pertinente escritura pública, obligación de hacer plenamente exigible conforme al citado artículo<sup>28</sup>.

### 4.4. OPORTUNIDAD

#### 4.4.1. Desde cuándo puede cederse la herencia. Principio general y excepción: pacto sobre herencia futura en la empresa familiar

Respecto a la oportunidad para otorgar la escritura de cesión de herencia, el art. 1010 del CCyC mantiene la regla establecida por VÉLEZ SANSFIELD, que prohibió los pactos sobre herencia futura, incluyendo obviamente a la cesión de ésta (arts. 1175, 1449 y 3311 CC). De esta manera, la cesión de herencia puede realizarse desde el momento de la apertura de la sucesión, o lo que es lo mismo desde el momento de fallecimiento del causante.

Sin perjuicio de ello, el citado art. 1010 incorporó una excepción a dicha prohibición, lo cual resulta un avance sumamente importante para el derecho argentino. El mismo reza: “La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa. *Los pactos relativos a una explotación productiva o*

---

28 Cerniello, Romina I.; Goicoechea, Néstor D. y Sued Dayan, Leticia. Ob. cit., pág. 79.

*a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros” (el destacado nos pertenece).*

“Esto último implica la adopción por parte del proyecto de la moderna doctrina relativa a la empresa familiar, entendida ésta como aquella en la que sus miembros más importantes se encuentran ligados por lazos familiares... Uno de los mayores problemas que se advierten hoy en día en este tipo de empresas es su dificultad para lograr una continuidad en las segundas generaciones, sucesoras de los fundadores. Creemos que el artículo bajo análisis está dirigido a brindar a las partes las herramientas necesarias para zanjar estas dificultades, mediante la redacción de un ‘Protocolo de empresa familiar’ que prevea cómo será la continuidad de la unidad empresarial con posteridad al fallecimiento de alguno o algunos de sus integrantes”<sup>29</sup>.

El análisis profundo de este supuesto escapa a las posibilidades del presente trabajo, no obstante lo cual debe resaltarse que este instituto brinda innumerables posibilidades a los ciudadanos y por sobre todo al notario, como jurista de confianza en la planificación patrimonial de la familia.

#### **4.4.2. Hasta cuándo puede cederse la herencia**

Antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación se esgrimieron diferentes teorías al respecto. Siempre ha sido mayoritaria la opinión que sostenía que puede cederse hasta la partición, por cuanto hasta dicho momento continúa vigente la comunidad hereditaria. También se ha sostenido que la cesión no puede realizarse con posterioridad al dictado de la declaratoria de herederos, o a la inscripción registral de ésta con relación al bien en cuestión, encontrando esta última postura incluso respaldo normativo en disposiciones reglamentarias y registrales, lo cual ha generado enorme controversia y una grave deformación de la figura<sup>30</sup>.

Respecto a la situación actual, el art. 2363 del CCyC estipula expresamente que la comunidad hereditaria continúa hasta la partición, por lo cual entiendo que debería considerarse sin lugar a dudas que hasta dicho momento puede realizarse la cesión de herencia, por continuar la universalidad jurídica.

29 Cerniello, Romina I.; Goicoechea, Néstor D. y Sued Dayan, Leticia. Ob. cit., pág. 91.

30 Al respecto remitimos al análisis que hemos tenido oportunidad de realizar en: Cerniello, Romina I.; Goicoechea, Néstor D. y Sued Dayan, Leticia. Ob. cit., págs. 92 y sgts.

No obstante, señala oportunamente AZPIRI: "Si bien esta solución es in-cuestionable cuando existe comunidad hereditaria, es decir, cuando hay más de un heredero, se presentan dificultades interpretativas en el caso de que exista un solo heredero, ya que no será necesaria la partición"<sup>31</sup>.

#### 4.5. OPONIBILIDAD Y PUBLICIDAD

Si bien nunca existió discusión acerca de que entre las partes la cesión produce efectos desde el momento de su celebración, VÉLEZ SANSFIELD guardó silencio respecto al momento en que la misma produce efectos frente a terceros, lo cual produjo innumerables problemas interpretativos que la doctrina y jurisprudencia resolvieron de la forma más variada durante el extenso período de vigencia del Código Civil.

"En algunos casos nuestros tribunales han resuelto que la publicidad de la cesión se obtenía con la escritura pública; en otros, que el sistema adecuado era el propuesto por Huc para el derecho francés, es decir que como con este tipo especial de cesión se transmite una universalidad jurídica distinta de las cosas que la componen, basta la agregación del instrumento de la cesión en el expediente judicial sucesorio como suficiente publicidad; también, y en contra de ello en razón de que la cesión de derechos hereditarios que comprenden cosas inmuebles debe poder oponerse a terceros interesados, requiere ser anotada en el Registro de la Propiedad"<sup>32</sup>.

En base a estas discusiones, distintas demarcaciones establecieron sistemas de registración de las cesiones que aún hoy siguen generando conflicto sobre su verdadero efecto y eficacia<sup>33</sup>.

El Código Civil y Comercial solucionó la discusión, adoptando la posición que resultaba mayoritaria en la doctrina y la cual consideramos mejor se adapta a la naturaleza del contrato.

"Artículo 2302.- Momento a partir del cual produce efectos. 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".

La norma hace una clara diferenciación. En primer lugar, los efectos entre partes, que se dan desde el momento de celebración del acto. Diferencia a los deudores de la sucesión como terceros especiales, requiriendo la notificación a éstos, basándose

31 Azpiri, Jorge O. Ob. cit., pág. 77.

32 Lorenzetti, Ricardo Luis (dirección). Ob. cit., tomo X, pág. 497.

33 Al respecto ver: Cerniello, Romina I.; Goicoechea, Néstor D. y Sued Dayan, Leticia. Ob. cit., pág. 87.

en el sistema de la cesión de créditos, lo cual resulta oportuno para poder exigirse a éste que conozca a su acreedor. Por último, para el resto de los terceros que puedan verse interesados (coherederos, legatarios y acreedores) impone la oponibilidad desde que la copia o testimonio de la cesión se incorpora al expediente.

Como afirma ZANNONI, en el proceso sucesorio se encuentra todo lo relativo a la existencia, cuantía y extensión de los derechos hereditarios, por ello la agregación del testimonio de la escritura de cesión coloca a todos los interesados en la posibilidad de conocerla y, si fuere el caso, impugnarla. Esta publicidad ha sido considerada suficiente para preferir al cesionario ante conflictos con terceros y eventuales cesionarios sucesivos de la misma parte de la herencia<sup>34</sup>. Asimismo, brinda una publicidad más amplia, pues abarca toda clase de bienes, más segura en cuanto basta revisar los autos para enterarse de la cesión, y más fácil, sobre todo en los supuestos en que hay inmuebles en varias jurisdicciones<sup>35</sup>. También toma conocimiento el juez que es quien debe dar la posesión de la herencia a quienes no la tienen por el ministerio de la ley<sup>36</sup>.

En la solución prevista en el inciso “b” habrá que incorporar a nuestro entender a otros terceros interesados. Por ejemplo en el supuesto de colisión entre dos cesiones sucesivas hechas por el mismo heredero, se dará prioridad a quien haya presentado primero la escritura de cesión en el sucesorio, siempre que en el supuesto de ser el último, tenga buena fe.

La solución adoptada por el nuevo legislador en el CCyC nos impone, desde el punto de vista del asesoramiento notarial, el deber de informar al cesionario sobre la necesidad y conveniencia de agregar lo más rápidamente posible la cesión al expediente y, en su caso, de promover el proceso cuanto antes si aún no se ha iniciado.

## 5. PONENCIAS

- El nuevo Código Civil y Comercial argentino instauró definitivamente el sistema de sucesión en los bienes en lugar del sistema de sucesión en la persona.
- La transmisión de la herencia a los sucesores se produce en forma inmediata desde la apertura de la sucesión, gracias a los efectos retroactivos de la aceptación y de la partición.

34 Zannoni, Eduardo A. *Manual de Derecho de las Sucesiones*, cit., pág. 288.

35 Fornieles, S. *Sucesiones*, pág. 302, citado por Carlos Marcelo D’Alessio, “Cesión de derechos hereditarios: forma, publicidad y registración”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, año 2000, sección “Sucesiones”, Editorial Rubinzal Culzoni.

36 López de Zavalía. Fernando J. *Tratado de los contratos. Parte especial*, tomo 1, pág. 665, citado por Carlos Marcelo D’Alessio, “Cesión de derechos hereditarios: forma, publicidad y registración”, ob. cit.

## / CONGRESOS Y JORNADAS /

- La herencia como objeto de la transmisión sucesoria conforma una universalidad jurídica no susceptible de adquirirse o repudiarse por partes.

- El contenido de la herencia es necesariamente menor al patrimonio del causante en virtud de la existencia de derechos patrimoniales no transmisibles por causa de muerte.

- El objeto del contrato de cesión de herencia es una universalidad jurídica, entendida como la herencia o una parte alícuota de ella, sin consideración a los bienes que la integran.

- El contrato de cesión de herencia puede incluir la garantía del cedente de que no existen deudas, o de que el cesionario no deberá asumirlas, pero esta cláusula es inoponible a los acreedores de la sucesión.

- En la cesión de herencia el cedente puede garantizar la existencia de un bien dentro del acervo hereditario sin desnaturalizar el contrato, pues esto sólo implica dar trascendencia jurídica a la causa fin subjetiva del acto jurídico.

- La "cesión de herencia" realizada exclusivamente sobre un bien determinado se juzgará por las normas de una compraventa, permuta o donación (según el caso), sujeta a la condición suspensiva de que ese bien sea adjudicado al cedente en la partición.

- La cesión de herencia debe otorgarse por escritura pública, como solemnidad relativa impuesta al contrato.

- La cesión de herencia puede otorgarse hasta el momento de la partición, con independencia de la previa inscripción de la declaratoria de herederos respecto de bienes determinados.

- La plena publicidad del contrato de cesión de herencia se logra con su agregación al expediente sucesorio.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

AZPIRI, JORGE O. *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Sucesorio*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

CERNIELLO, ROMINA I.; GOICOECHEA, NÉSTOR D. y SUED DAYAN, LETICIA. "Cesión de Derechos Hereditarios y su tratamiento en el proyecto de Código único", Revista del Notariado 910, Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

D'ALESSIO, CARLOS MARCELO. "Cesión de derechos hereditarios: forma, publicidad y registración", Revista de Derecho Privado y Comunitario, "Sucesiones", año 2000, Editorial Rubinzal-Culzoni.

LORENZETTI, RICARDO LUIS (dirección). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2014.

MORETTI, DIEGO H. "Cesión gratuita de derechos hereditarios, Título Inobservable", Revista del Notariado 868, pág. 31.

- RIVERA, JULIO CÉSAR (dirección). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014.
- ZANNONI, EDUARDO A. *Manual de Derecho de las Sucesiones*, Editorial Astrea, 2º edición, Buenos Aires, 1989, pág. 288.
- ZANNONI, EDUARDO A. Versión taquigráfica de la exposición sobre el tema del título que realizó el día 14/10/1987, programada por la Comisión Especial de Cursos de Extensión de Posgraduados de la Universidad de Buenos Aires.
- ZINNY, MARIO ANTONIO. *Cesión de Herencia*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.
- ZINNY, MARIO ANTONIO. "Cesión de herencia y otras figuras", *Revista del Notariado* 796, 1984, pág. 993.
- ZINNY, MARIO ANTONIO. "Mala práctica en materia de cesión de derechos hereditarios", publicado en *La Ley*, 22/11/2005, 1-La Ley 2005-F, 1027-LLLitoral 2006 (febrero).





Academia Nacional  
Doctrina  
Congresos y Jornadas  
Derecho Comparado  
Derecho Registral  
Información  
Jurisprudencia  
Sociedades  
Técnica y Práctica  
Universidad

UNIVERSIDAD  
NOTARIAL  
ARGENTINA

Academia Nacional  
Doctrina  
Congresos y Jornadas  
Derecho Comparado  
Derecho Registral  
Información  
Jurisprudencia  
Sociedades  
Técnica y Práctica  
Universidad



# INCUMBENCIAS NOTARIALES EN MATERIA MATRIMONIAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

*Karina Vanesa Salierno*

*SUMARIO: Introducción. Régimen patrimonial matrimonial. El régimen patrimonial matrimonial argentino. A) Características. Régimen primario: la vivienda y la solidaridad entre cónyuges. B) Régimen de comunidad de bienes: bienes propios y gananciales. C) Régimen de separación de bienes. Conclusión. Ponencia. Bibliografía consultada.*

\* Trabajo presentado en la XXXII Jornada Notarial Argentina, celebrada en la ciudad de Buenos Aires entre el 24 y el 26 de agosto de 2016. Corresponde al Tema II, "El régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación".

## INTRODUCCIÓN

El Título I del Libro segundo del Código Civil y Comercial de la Nación se refiere al matrimonio, y el capítulo uno se denomina “Principios de Libertad y de Igualdad”. Esto nos marca el camino en la interpretación de las normas, en el sentido de que todo aquello que se encuentra plasmado en la letra por el legislador deberá ser aplicado e interpretado bajo dos pilares básicos, que son el principio de libertad y de igualdad. Toda la materia matrimonial se encuentra teñida por normas internacionales que han ingresado a nuestra pirámide jurídica a través del inc. 22 del art. 75 de nuestra Constitución Nacional, y se han convertido en el impulso hacia lo que se denomina en doctrina como la “constitucionalización del derecho privado” y la “democratización de la familia”. En virtud de ello, se introdujeron principios y estructuras jurídicas tendientes a lograr un equilibrio entre la rigidez del orden público imperante en el derecho de familia y la autonomía de la voluntad, que se erige en el principio rector de la reforma.

El principio orientador en materia interpretativa se encuentra en el art. 2 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación, que reza: “Interpretación: la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

A partir de este concepto los operadores del derecho debemos analizar la reforma de nuestro Código Civil teniendo presente que los dogmas que veníamos sosteniendo han mutado, se han flexibilizado y modernizado y han avanzado hacia una mayor libertad e igualdad del sujeto frente a las construcciones e instituciones jurídicas, siempre dentro de los límites iusfilosóficos de la moral, la ética y las buenas costumbres, que siguen siendo los valores supraleales que mantienen coherente todo el ordenamiento legal.

Así podemos sostener que los presupuestos que inspiraron la reforma son principios que habían sido receptados en numerosos fallos jurisprudenciales<sup>1</sup>,

---

1 En febrero de 2013 la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones de Azul decretó la inconstitucionalidad del llamado a la primera audiencia de conciliación entre las partes de una pareja sin hijos ni bienes comunes, que tras un año de matrimonio se presentó de manera conjunta ante la justicia para solicitar un divorcio vincular. La Cámara consideró que la convocatoria obligatoria a una audiencia de conciliación vulneraba el derecho a la privacidad, a la autonomía personal, a la libertad y a la igualdad. Los jueces citaron los fundamentos del proyecto de reforma del Código Civil. En el mes de abril de 2013 la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata revocó un fallo de primera instancia que había rechazado un pedido de divorcio vincular porque no se había cumplido con el requisito del plazo mínimo de tres años desde la celebración del matrimonio. En el fallo se hizo referencia a los arts. 436 a 438 del proyecto de reforma del Código Civil. Asimismo, la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones de Mercedes hizo referencia al art. 509 del proyecto de reforma, acerca de la ampliación de la

congresos y jornadas civiles y notariales, y que ya formaban parte de nuestro plexo normativo (art. 75, inc. 22, CN). Estos principios son: a) el principio de la autonomía de la voluntad en cuanto principio general del derecho, ingresa en el régimen patrimonial matrimonial, dejando a los cónyuges la elección del régimen patrimonial que los vincula, su extinción y su posible mutación, así como la posibilidad de contratar entre cónyuges; b) el principio de igualdad y libertad en cuanto el Libro segundo, Título I, Capítulo I expresa “Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”; c) la libertad de elección del modelo de familia y la recepción de las llamadas “familias ensambladas”, y el reconocimiento de la unión convivencial. “El avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia no es ajeno al ámbito del derecho matrimonial. Precisamente, ha sido en este campo en el cual la jurisprudencia y doctrina nacional y comparada muestra un desarrollo exponencial del principio previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional; prueba de ello son diversas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de algunos artículos del Código Civil por atacar el principio de libertad de los cónyuges en la construcción, vida y ruptura matrimonial”<sup>2</sup>.

Aplicados en este caso al matrimonio, vemos cómo los principios de igualdad y libertad marcan el camino en esta materia. Estos principios se verán reflejados en todos los institutos del derecho de familia y, en lo que a incumbencia notarial se refiere, impacta especialmente en todos aquellos actos en los cuales se presente el sujeto como compareciente o requirente de un acto notarial.

La sanción y entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, nos plantea, como operadores del derecho, el desafío del estudio exhaustivo de las nuevas figuras para que, a través del asesoramiento notarial, los requirentes que se acercan a la notaría encuentren canalizadas sus expectativas y necesidades. El notario es el intérprete de las partes, el encargado de traducir la voluntad

---

legitimación para impugnar la filiación. El código actual limita a que sólo puedan impugnar la paternidad el padre o el hijo. El nuevo texto contempla a la madre y a terceros que invoquen un interés legítimo. Planteo del caso: una mujer casada durante una separación temporal de su marido quedó embarazada de mellizos tras entablar una relación con otro hombre. Al enterarse del embarazo, volvió con su marido y anotaron a los bebés como hijos del matrimonio. Tiempo después se separaron y ella le reclamó al padre biológico que reconozca a sus hijos y los indemnice por daño moral. Si bien la primera instancia tomó el reclamo contra el padre biológico, la cámara lo anuló por considerar que el hombre no podía haber reconocido a los chicos, inscriptos con otro padre. Aunque hace mención a la ampliación del derecho a impugnar la filiación del nuevo código: “... el proyecto todavía no es ley y no se podría aplicar en forma retroactiva...”, dice el fallo.

2 Fundamentos al Título I; Libro Segundo, “De las Relaciones Familia”; Anteproyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial (2° párrafo).

de hecho al derecho dentro de los parámetros de legalidad. El notario debe informar, dar noticias de posibles caminos, características y riesgos de cada uno, asesorar, complementando la información, aconsejar y asistir a las partes. Para ello deberá capacitarse y asumir un rol activo para la correcta configuración y posterior documentación del negocio jurídico.

En materia patrimonial matrimonial, los principios de libertad e igualdad han ampliado la contratación entre cónyuges bajo el régimen de comunidad, posibilitando el otorgamiento de convenciones matrimoniales de mutación del régimen vigente la comunidad, el mandato entre cónyuges y la constitución de sociedades, y lo ha liberado totalmente en el caso del régimen de separación de bienes.

El notario latino cumple un papel fundamental en la redacción del documento ajustándolo a la voluntad de las partes dentro de los parámetros de legalidad, analizando sus consecuencias mediatas e inmediatas, y la circulabilidad del documento resultante, con el fin último de proteger la seguridad jurídica a través de la función preventiva de conflictos.

Las necesidades sociales son captadas por el legislador y transformadas en derecho positivo en forma diferida en el tiempo en que se producen. Es indudable que la práctica notarial es un factor idóneo para el nacimiento, desarrollo y perfeccionamiento del derecho positivo. La colaboración del documento notarial en todas las facetas del desarrollo de la vida matrimonial es un valor agregado que cotiza en seguridad jurídica. El notario se encuentra todos los días en su notaría con alguna cuestión de derecho matrimonial. Por su cualificación como jurista conoce el derecho interno de su país. Sin embargo, actualmente la globalización y la facilidad de las comunicaciones internacionales llevan al notario a la competencia transfronteriza, por lo tanto se hace necesario también el conocimiento del derecho matrimonial internacional.

A lo largo de los últimos años se aprecia en las legislaciones una tendencia a afirmar la igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges, lo que lleva asimismo a igualitarias contribuciones y atribuciones de uno y otro en cuanto a la gestión del patrimonio familiar. Se hace especial énfasis en el régimen primario como protector de los derechos fundamentales y, en cuanto al régimen secundario, la mayoría de los sistemas se encaminan hacia un modelo de comunidad de bienes. La mayoría de las legislaciones europeas exigen que el otorgamiento de convenciones matrimoniales se haga necesariamente en un documento público notarial. En materia matrimonial es esencial y fundamental la participación activa del notario como asesor, intérprete y documentador de la vida matrimonial, como en el caso del necesario asesoramiento previo a la celebración del acto matrimonial analizando y aconsejando sobre las ventajas y desventajas de la opción del régimen patrimonial aplicable durante la vigencia del matrimonio, el reconocimiento de las recompensas en materia notarial a los efectos de preconstituir la

prueba en una futura partición de la comunidad, los acuerdos de gestión de los bienes indivisos de la comunidad, los pactos sobre compensaciones en el caso de la elección del régimen de separación de bienes, la incidencia transversal del régimen de protección de vivienda, entre otros, que analizaremos a continuación como incumbencias notariales en materia matrimonial que nos presenta el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación como desafíos de capacitación profesional permanente y constante superación.

## RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL

El régimen patrimonial matrimonial es un conjunto de normas y criterios jurídicos que rigen las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí y de estos con relación a los terceros. Principia inexorablemente desde la celebración del matrimonio y se extiende hasta su disolución. Se caracteriza por la existencia de normas total o parcialmente imperativas direccionadas a salvaguardar principios constitucionalmente protegidos como la solidaridad familiar, el derecho a la vivienda y la buena fe.

Los regímenes patrimoniales pueden ser clasificados desde varios puntos de vista, pero en esta oportunidad tomaremos sólo tres clasificaciones porque son las que nos ubicarán en el desarrollo del presente trabajo.

Desde el punto de vista de la *base normativa* se los puede clasificar en imperativos, convencionales o libres. Los regímenes imperativos son aquellos en los que la ley establece un estatuto legal forzoso del cual los cónyuges no se pueden apartar. Los convencionales son aquellos que permiten a los cónyuges una cierta libertad para optar el tipo de régimen que desean adoptar para su vida en común. La opción puede ser libre entre dos o más regímenes, o bien puede ser restringida a dos regímenes con aplicación subsidiaria de uno en defecto de uso del derecho de opción. Finalmente los regímenes libres son aquellos en los cuales los cónyuges tienen pleno uso de la autonomía de la voluntad para pactar las reglas específicas que regirán sus relaciones patrimoniales entre sí y frente a terceros, y en consecuencia los futuros contrayentes podrán elegir cualquier régimen conocido o aun crear un régimen patrimonial distinto o combinar diversos regímenes patrimoniales.

De acuerdo a la *mutabilidad o inmutabilidad* del régimen, estos se clasifican en mutables, si permiten a los cónyuges cambiar de régimen luego de haber optado por alguno determinado, e inmutable, en donde no hay derecho de opción, ya que el régimen se les presenta como un estatuto legal forzoso rígido e inmodificable.

De acuerdo a la *propiedad de los bienes*, los regímenes en la modernidad pueden tipificarse como régimen de unión de bienes, de separación de bienes, mixto o de participación, y régimen de comunidad. En el régimen de unión de bienes la

mujer transfiere al marido, no ya la propiedad de los bienes, sino sólo su usufructo; o sea que los frutos devengados por esos bienes corresponden al marido. Ella conserva su nuda propiedad y los bienes le deben ser devueltos al disolverse el matrimonio. Este régimen ha desaparecido totalmente del derecho moderno. En el régimen de separación cada cónyuge conserva la titularidad, administración y disposición de los bienes anteriores al matrimonio y los que adquiere durante el mismo. Cada uno de los cónyuges responde exclusivamente por sus deudas, ya que existe una independencia patrimonial absoluta, y pueden celebrar todo tipo de contratos entre ellos, ya que son extraños patrimonialmente hablando. Finalmente, al extinguirse el régimen no existe ningún tipo de expectativa sobre los bienes del otro.

En el régimen de participación, durante la vigencia del matrimonio, los cónyuges administran y disponen como en el de separación de bienes, pero una vez extinguido el régimen se otorga un crédito de compensación al cónyuge menos favorecido patrimonialmente por el matrimonio. Para ello se calcula el patrimonio inicial y el final, la diferencia representa la ganancia, si hay desequilibrio, se compensan. Finalmente, en el régimen de comunidad se configura una masa común de bienes que pertenece a los cónyuges, la que se dividirá entre ellos o sus sucesores al momento de la extinción. La comunidad puede ser universal si la masa es omnicompreensiva de bienes anteriores y los adquiridos durante el matrimonio independientemente de la causa de adquisición, o restringida a los bienes gananciales, cuya tipificación está legalmente impuesta por la causa de su adquisición.

## EL RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL ARGENTINO

### **A) CARACTERÍSTICAS. RÉGIMEN PRIMARIO: LA VIVIENDA Y LA SOLIDARIDAD ENTRE CÓNYUGES**

A partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, el régimen económico matrimonial argentino es convencional, mutable y con posibilidad de opción limitada entre los regímenes de comunidad o de separación de bienes, cuya estructura está legalmente impuesta y en donde existe un estatuto legal forzoso<sup>3</sup> de solidaridad familiar que subyace en ambos, como base imperativa de orden público y que, como tal, se extiende asimismo al régimen de uniones convivenciales.

---

3 Cit. por Molina de Juan, Mariel. En *Tratado de Derecho de Familia según Código Civil y Comercial de 2014*, tomo I, Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras (directoras), Rubinzal Culzoni Editores, pág. 602: "Esta sección 3 del Capítulo I sigue el modelo del Código francés reformado en 1965 -que a su vez se basó en anteriores modificaciones de la legislación belga y holandesa- y propone un cuerpo de normas aplicables a los cónyuges, sea que permanezcan bajo el régimen legal o que hayan elegido uno convencional, no sólo constituye la base de todo régimen sino también lo esencial para los matrimonios que carecen de fortuna".



Las normas inderogables e indisponibles para los cónyuges casados bajo cualquiera de los dos regímenes posibles son: 1) el deber de contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes o de los hijos de uno de ellos que conviva con los cónyuges, si son menores de edad, tienen capacidad restringida o discapacidad; 2) la necesidad de contar con el asentimiento para la realización de cualquier acto dispositivo sobre los derechos de la vivienda familiar y los muebles indispensables de esta y su transporte, bajo pena de nulidad; 3) la responsabilidad solidaria por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes o de los hijos de uno de ellos que conviven con los cónyuges si son menores de edad, tienen capacidad restringida o discapacidad.

La denominación “régimen primario” tiene su origen en el derecho continental, en la reforma del Código Civil francés de 1965 y surge de la distinción entre normas “primarias”, aquellas inderogables que nacen como consecuencia del matrimonio, y normas “secundarias” que derivan de la voluntad de las partes, según el régimen de bienes del matrimonio o de la aplicación supletoria de la ley, y ha sido definido por SIMÓN SANTONJA<sup>4</sup> como “... reglas de carácter imperativo aplicables a todos los regímenes sean legales o convencionales, y que tienen por objeto asegurar un mínimo de interdependencia y satisfacer las necesidades del hogar y la independencia, en especial de la mujer casada”<sup>5</sup>. Estas normas de carácter imperativo tienden a hacer operativos los pilares y valores básicos de la familia que deben ser protegidos y garantizados por el estado: vivienda, solidaridad, protección de tráfico negocial, buena fe y protección de los menores e incapaces.

La protección de la vivienda consagrada en el régimen primario es parte de un verdadero sistema tuitivo que va más allá de la vivienda efectiva de la familia y que cuenta con un amplio sustrato normativo en el derecho internacional de considerable desarrollo<sup>6</sup>. Asimismo, la garantía constitucional de protección de la vivienda familiar ampara no sólo el derecho de los titulares de la vivienda sino también el “derecho a la vivienda” del que gozan quienes aún no lo son. Por vivienda común se debe entender la propia de uno de los cónyuges donde resida el hogar conyugal, el inmueble de propiedad común de ambos, el inmueble alquilado, prestado, usufructuado, entregado como parte de pago, o el mueble o embarcación donde los cónyuges residan habitualmente. El concepto de vivienda es más amplio y se aplica también a aquellas

---

4 Simón Santonja, Vicente. *Compendio de regímenes matrimoniales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 16.

5 Medina, Graciela. “Mesa Redonda N° 6”, tema “Derecho de Familia”, 14/09/1999, temas de Derecho Privado, *Revista del Notariado* 860, pág. 132.

6 Pisarello, Gerardo. *Vivienda para todos, un derecho en (de) construcción, el derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, pág. 76.

viviendas familiares no tradicionales como casas rodantes, *trailers*, barcos, siempre que sean registrables. La Dra. KEMELMAJER DE CARLUCCI señala que en la “family home protection” irlandesa del 12/7/1976 el término vivienda incluye a cualquier edificio, vehículo, nave, estructura móvil o inmóvil -o parte de ellos- utilizados como vivienda, así como las porciones de terreno, jardines, unidos a la vivienda y utilizados habitualmente con ella<sup>7</sup>. El derecho a una vivienda digna “... obliga al estado a procurar mediante políticas diversas que todos los hombres puedan obtener un ámbito donde vivir decorosamente, sean o no propietarios de él”<sup>8</sup>.

En el régimen patrimonial matrimonial se instala el estatuto legal forzoso de la vivienda familiar, que impone la necesidad de contar con el asentimiento del cónyuge para la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar o los muebles indispensables de ella (art. 456), vedando en este caso la posibilidad de conferirse mandato entre ellos (conforme art. 459). Esta protección es más amplia que la que establecía el art. 1277 del código de VÉLEZ para la disposición de los bienes propios en el régimen de comunidad, ya que no exige como condición la existencia de hijos menores o incapaces, sino que la protección se otorga desde el nacimiento del matrimonio. Basta que en la vivienda convivan los cónyuges, independientemente de la existencia de hijos. El asentimiento en caso de ser anticipado deberá versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos (art. 467) y, en caso de negativa del cónyuge a prestarlo se podrá solicitar la venia judicial y el juez autorizará al titular de dominio a la realización del acto dispositivo si no se encuentra comprometido el interés familiar.

La jurisprudencia delineó el concepto de interés familiar y coincide que el mismo se ve vulnerado si el acto priva al cónyuge o a sus hijos de la habitación, y la autorización sólo debe conferirse cuando se reemplaza el inmueble por otro de comodidad suficiente de acuerdo al estándar de vida familiar<sup>9</sup>. El art. 456 establece la consecuencia del acto otorgado sin asentimiento “El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto...” de lo cual se deriva que el acto es válido hasta tanto el cónyuge demande su nulidad en los términos del art. 388.

## 1. El asentimiento en interés familiar: la protección de la vivienda

Su función se expande y se generaliza al estar contemplado dentro del régimen primario protegiendo la vivienda y los muebles indispensables de esta. El art. 457 establece que en todos los casos en los que se requiera el asentimiento del cónyuge para otorgar un acto jurídico, este debe versar sobre el acto en sí,

7 Medina, Graciela. Ob. cit., pág. 137.

8 Bidart Campos, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo I, Ed. Ediar, 1986, pág. 437.

9 CNCiv., Sala C, 27/5/1986, “M.J.M c. M.D.M”, JA, 1986-IV-150.

dejando claro entonces la ineficacia de los asentimientos otorgados en forma general y anticipada, estableciendo las limitaciones justificadas en el interés superior protegido. En lo que respecta a nuestro quehacer notarial, en materia de disposición de bienes inmuebles, la declaración del cónyuge titular, en el sentido de que el bien transmitido no constituye la vivienda familiar, será manifestación suficiente para: 1) dar por cumplido con los requisitos de ley, 2) considerar el título inobservable desde el punto de vista de un futuro estudio de títulos<sup>10</sup> y 3) no justificar una ampliación de la calificación registral en oportunidad de acceder el título al Registro de la Propiedad Inmueble.

Con respecto al acto dispositivo otorgado sin asentimiento se establece que el mismo es un acto inválido relativo con un plazo de caducidad de la acción de seis meses de haberlo conocido y no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

El asentimiento no compromete el principio de administración separada, sino que opera como condición jurídica para la validez<sup>11</sup>. Quien dispone en todos los casos es el cónyuge titular de dominio en ejercicio pleno del derecho real, bajo la facultad jurídica que le compete, por lo que la necesidad del asentimiento del otro cónyuge no significa ninguna limitación a su capacidad, y su declaración sola es suficiente para producir los efectos naturales del acto jurídico, aunque inidónea para oponer al cónyuge omitido.

## 2. El acto dispositivo otorgado sin asentimiento: invalidez

El acto otorgado sin asentimiento está afectado por una nulidad relativa, que sólo puede ser invocada por el cónyuge que debía prestar el asentimiento omitido y en cuyo interés se ha establecido. Por esta razón este puede confirmar el acto, en forma expresa o tácita, aunque para su inscripción registral necesita la forma correspondiente al acto principal, produciendo efecto retroactivo al día del acto confirmado. El vicio también puede ser subsanado por la consolidación o convalidación judicial, en el caso de que se otorgue *a posteriori* la autorización supletoria del juez, sea a pedido del titular del bien o del tercer adquirente. Declarada la nulidad, las cosas deben volver al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado, lo que implica la restitución del bien por el adquirente o el levantamiento del gravamen constituido, además de la responsabilidad por daños y perjuicios que le pudiera caber al disponente. Con relación al efecto frente a terceros de la declaración de nulidad del acto, decimos

---

10 Conclusión de la 38 Jornada Notarial Bonaerense, 2013.

11 Zannoni, Eduardo. *Derecho Civil. Derecho de Familia*, tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 2006, pág. 612.

que la buena fe del tercer adquirente del art. 392 estaría protegida si del estudio de títulos que se realiza surge que el vicio no era ostensible. Caso contrario no podrá ampararse en su buena fe y sufrirá también las consecuencias de la nulidad<sup>12</sup>. El art. 459 establece que el cónyuge que no ha prestado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto, por lo cual este será válido hasta tanto sea declarado nulo por petición del cónyuge omitido y siempre que afecte el interés familiar o habitacional comprometido. La doctrina de la anulabilidad del acto fue defendida principalmente por MÉNDEZ COSTA y MAZZINGHI, quienes la fundaron en que la actitud del juez cuando examina la oposición del cónyuge no disponente es la misma que le compete asumir cuando ese mismo cónyuge, ante el acto consumado sin su asentimiento demanda la nulidad, pues en ambos casos es forzoso que examine motivos, pormenores y circunstancias antes de tomar una decisión. Por ello, les parece obvio que cuando se infringe la disposición del art. 1277 el acto así realizado es un acto anulable, pues su nulidad depende de juzgamiento<sup>13</sup>. Continúa manifestando MAZZINGHI<sup>14</sup>: “Es cierto que el cónyuge no titular no dispone a título propio, pues no es el dueño del inmueble, es cierto también que el asentimiento no equivale a co-disposición, pues el cónyuge titular tiene el poder de administrar y disponer de los bienes que posee (...) Sin embargo, y a los efectos de valorar la legitimación activa en la pretensión de validez, parece claro que la voluntad de asentimiento del cónyuge no titular tiene un valor de integración, y que la disposición no se ajusta al requerimiento legal si no contempla la voluntad del cónyuge no titular”<sup>15</sup>.

Habiéndose derogado la categoría de actos nulos y anulables, el artículo establece que *el cónyuge omitido “puede” demandar la nulidad*, lo que nos lleva a concluir que la sentencia judicial será el elemento configurante de dicha nulidad. En síntesis la nulidad relativa consagrada en el artículo en estudio, no puede ser declarada de oficio, sino únicamente a petición de parte (art. 388). Sólo puede ser alegada por las personas en cuyo beneficio se establece aunque, a modo de excepción, puede ser invocada por la contraparte si es de buena fe y ha sufrido un menoscabo importante. El acto puede ser confirmado, la acción es prescriptible y renunciable y no podrá ser alegada por la parte que, careciendo de capacidad de

---

12 CNCiv., Sala G, diciembre, 26-985, ED, 118-435; ídem, Sala A, agosto 30-983; ídem Incom, Sala A, diciembre, 13-982, ED, 103-704; ídem CCiv. Tucumán, mayo 14-981, ED, 95-659; CNCiv., Sala F, diciembre 31-997, El Dial AE1AC.

13 Méndez Costa, María J. “El art. 1277 y la capacidad de los cónyuges”, Gaceta del Notariado, N° 49 y 50, Santa Fe, 1970. Mazzinghi, Jorge Adolfo. *Derecho de familia*, tomo II, Buenos Aires, 1972, pág. 303. Guaglianone, Aquiles. *Régimen patrimonial del matrimonio*, tomo II, N° 323, págs. 389 y sgts.

14 Mazzinghi, Jorge Adolfo. Ob. cit.

15 Zannoni, Eduardo. Ob. cit. Borda, Guillermo. *La reforma de 1968 al Código Civil*, pág. 487.

ejercicio para el acto, haya actuado con dolo. Para demandar la nulidad el cónyuge omitido tiene un plazo de caducidad de 6 meses desde que pudo conocer el acto, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

Desde cuándo comienza a correr el plazo de caducidad de la acción es un interrogante que el artículo no responde y que genera cierta incertidumbre vinculada justamente con la circulabilidad del título. Está claro que en los casos de cese del régimen se produce por nulidad de matrimonio, divorcio, separación judicial de bienes, mutación del régimen o muerte de uno de los cónyuges. El plazo se contará desde el acaecimiento de la causal, teniendo en consideración los efectos establecidos por el art. 480. Por lo tanto, una vez vencido el plazo de caducidad establecido en el artículo, el acto otorgado sin asentimiento será inatacable. Pero en los casos de subsistencia del vínculo matrimonial, la determinación del momento del comienzo del cómputo del plazo de seis meses es aun más difícil.

La disposición de los derechos sobre la vivienda es un concepto más amplio y no se circunscribe a los derechos reales, sino que se extiende también a los derechos personales y a los muebles de uso indispensable para la misma. Pero toda disposición que de ella haga su titular implicará un cambio en la relación de poder real con la cosa que se reflejará primero en la posesión como modo de publicidad inmediato y luego en el Registro de la Propiedad Inmueble, cuando se trate de situaciones registrables. La publicidad registral es el medio idóneo para dar a conocer las situaciones jurídicas que nacen extrarregistralmente pero que acceden al registro para su conocimiento *erga omnes*. Esta publicidad y la posesoria en los casos de derechos personales, o ambas, son los medios suficientes para dar a conocer la disposición de los derechos sobre la vivienda, por lo cual entendemos que el plazo de caducidad deberá contarse desde la inscripción registral en el caso de disposición de derechos reales sobre inmuebles.

### ***Efecto temporal de la ley y su impacto en el asentimiento otorgado antes de su vigencia***

Entendemos que en virtud de lo establecido por el art. 7 del CCyC y la naturaleza jurídica del acto unilateral recepticio de asentimiento, los asentimientos conyugales especiales anticipados otorgados en el marco del art. 1277 del Código Civil sin cumplir con el requisito de la expresión de uno de los elementos constitutivos -como es el precio- hoy exigido por la nueva legislación, en el caso de compraventa de inmuebles, por ejemplo, no perderán su vigencia y podrán ser utilizados en actos dispositivos actuales. El asentimiento prestado de modo anticipado bajo la forma del acto principal, especial, con la identificación del inmueble objeto del acto a otorgarse ya ha producido sus efectos propios, en

cuanto permiso inmediato para la disposición o gravamen de bienes gananciales o propios en su caso, en virtud de configurar una situación jurídica agotada. La nueva ley no puede privar de eficacia propia a las situaciones jurídicas agotadas sin neutralizarla ya que configuraría una retroactividad de la ley que sólo puede tener lugar por disposición legal y siempre que no afecte garantías constitucionalmente reconocidas.

### 3. Mandato entre cónyuges: la protección de la vivienda

El mandato es un contrato permitido en ambos regímenes. En el de comunidad el art. 459 opera como norma especial por sobre la inhabilidad del art. 1002 inc. d) y en el régimen de separación es una consecuencia lógica de la estructura de libertad contractual de los cónyuges que caracteriza dicho régimen.

La inhabilidad establecida por el art. 1002 inc. d) no se corresponde con los principios de igualdad y libertad contractual que venimos analizando, ni se encontraba en la versión originaria del Código Civil y Comercial de la Nación, sino que fue el resultado de la modificación posterior que no guarda coherencia con el sistema flexibilizador propuesto. En la actualidad ninguno de los fundamentos que justificaban la limitación de la contratación entre cónyuges tiene vigencia en el derecho moderno. La interpretación de la normativa en materia contractual está condicionada por el principio de igualdad emanado del bloque de constitucionalidad y por la plena capacidad jurídica de ambos cónyuges. Resulta incongruente un sistema que reconoce a cada uno de los esposos la libre administración y disposición de sus bienes, pero les limita irrazonablemente la posibilidad de celebrar contratos entre sí<sup>16</sup>.

La posibilidad de celebrar este contrato encuentra su límite en el caso de disposición de los derechos sobre la vivienda, donde el mandato no podrá ser celebrado entre cónyuges si el objeto del mismo es prestar el asentimiento conyugal para la disposición de la vivienda.

Un sector de la doctrina entiende que la remisión que hace el art. 459 al 456 se aplica asimismo a los casos de disposición de bienes gananciales, ya que el art. 470 *in fine* remite también a la aplicación de las normas de los arts. 456 a 459. Por lo cual, el mandato entre cónyuges no podrá tener por objeto el asentimiento para la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de ella y/o de los bienes gananciales. No compartimos dicho criterio, la remisión que realiza el art. 470 en el caso de

---

16 Giménez, Jorge Osvaldo. *Cuestiones patrimoniales del matrimonio*, citado por Molina de Juan, Mariel. Ob. cit., pág. 658.

asentimiento para la disposición de bienes gananciales, es a los arts. 456 a 459. Este último comienza con un principio general y establece una excepción circunscripta a los casos del art. 456, es decir cuando el bien además de ser ganancial es la vivienda de los esposos. La protección de la vivienda es lo que justifica únicamente la limitación del mandato entre cónyuges, ya que al ser un bien tutelado por el orden público lo que la norma busca es proteger el interés superior, evitar conflictos entre los cónyuges, debiendo apoderar a un tercero, ajeno a la relación matrimonial.

#### **4. La solidaridad entre cónyuges: un principio que se expande**

También se conjuga con el deber de contribución establecido por el art. 455 que establece que los cónyuges deben contribuir a las necesidades del hogar, entendido como el lugar habitual o transitorio donde se satisfacen las necesidades básicas de la familia, los hijos comunes y los hijos del otro cónyuge que convivan con ambos hasta los 21 años (art. 658) y durante la incapacidad, hasta los 25 años mientras estudien o se capaciten (art. 663) y siempre que no posean medios para alimentarse (art. 622). La contribución será proporcional a los recursos económicos de cada uno de los cónyuges y en caso de incumplimiento podrá ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga. Interpuesta la demanda, el juez tiene las más amplias facultades para disponer las medidas cautelares que estime convenientes para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria. La norma sigue los antecedentes del derecho comparado. En España el art. 1438 del Código Civil, que se refiere al régimen de separación de bienes, expresa: “Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos”. El deber de contribución de los cónyuges impone la cooperación para el sostenimiento del hogar común, compartiendo esfuerzos y sacrificios de acuerdo a las posibilidades concretas de cada uno, lo que se traduce en una base sustancial para la concreción del proyecto de vida en común<sup>17</sup>. El art. 455 reconoce valor al trabajo doméstico en tanto impone que sea tomado como un aporte al sostenimiento del hogar. Se trata de otro indicador que recoge el postulado solidario que atraviesa toda la reforma en procura de la protección de la igualdad real entre los cónyuges y la consideración de las personas más vulnerables<sup>18</sup>. El trabajo en el hogar al que alude el precepto se refiere a aquella dedicación de uno de los miembros de la pareja a

---

17 Fanzolato, Eduardo. “El régimen patrimonial primario y la regulación de las capitulaciones matrimoniales en el Mercosur”, en Cecilia Grosman (directora), *Hacia una armonización de derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 139.

18 Molina de Juan, Mariel. Ob. cit., pág. 617.

la familia y, por consiguiente, a las labores domésticas (limpieza del hogar, cuidado de los niños, ropa, aseo, educación, colegio, comida, labores administrativas del hogar...)¹⁹, lo que le ha conllevado no poder ejercitar su profesión u obtener recursos económicos fuera del matrimonio y, asimismo, ha supuesto un ahorro para la economía familiar. El concepto es amplio y es factible incluir en el mismo el cuidado de hijos, personas mayores, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos y esencialmente la dirección y la organización de la economía del hogar.

## 5. La responsabilidad entre cónyuges

Finalmente el art. 461 establece su responsabilidad solidaria por las obligaciones contraídas por cada uno de ellos, para solventar las necesidades del hogar y la educación de los hijos, configurando una clara excepción al principio general de separación de responsabilidad. Este artículo marca una gran diferencia con el régimen anterior de los arts. 5 y 6 de la Ley 11.357, en el cual los cónyuges bajo el régimen de comunidad respondían con todo su patrimonio por las deudas por ellos contraídas, mientras que por las deudas comunes relativas a la conservación de los bienes comunes, la educación de los hijos y el mantenimiento del hogar, el cónyuge que no contrajo la deuda sólo respondía con los frutos de los bienes propios y los frutos de los gananciales que él administraba. La responsabilidad solidaria consagrada en el “régimen primario” conlleva a que ambos deban contribuir a los gastos del hogar y al mantenimiento de los hijos sin tener en cuenta quién es el que contrata, en la medida de sus posibilidades y de sus recursos económicos. Esta solidaridad protege a los acreedores, asegurándoles el cobro de su crédito, ya que ambos pueden ser demandados por el cumplimiento de la obligación y ambos cónyuges responden con todo su patrimonio sin limitación alguna. Al configurar la responsabilidad solidaria una fuente de obligaciones de carácter excepcional, la enumeración que hace el art. 461 es de carácter restrictivo sin perjuicio de una razonable valoración judicial en caso de conflicto.

---

19 Pastor Álvarez, María del Carmen. *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, 1998, pág. 254. Lo define como: “... la actividad y dedicación dentro del hogar atendiendo las necesidades de los miembros de la familia, cuidando de los hijos, llevando la buena marcha o dirección de la casa e incluso las gestiones administrativas y burocráticas realizadas fuera del hogar”.



## **B) RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE BIENES: BIENES PROPIOS Y GANANCIALES**

Tiene carácter supletorio en caso de no haberse optado por un régimen de separación. Se estructura sobre la base de la configuración de dos masas de bienes, propios y gananciales, en donde cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y gananciales con la sola limitación de la exigencia del asentimiento conyugal para la disposición de los bienes gananciales, bajo pena de nulidad. La legislación adhiere a la teoría monista de clasificación de los bienes (art. 464, inc. k), terminando así con una contienda doctrinaria y jurisprudencial de larga data, adoptando asimismo la teoría de las recompensas (art. 464, inc. c, y art. 465, inc.f). Vigente el matrimonio, todos los bienes que se adquieran se presumen *iuris tantum*, gananciales, excepto subrogación legal o adquisiciones a título gratuito. La comunidad está reservada a los bienes gananciales, los que al tiempo de la extinción del régimen ingresarán en una indivisión postcomunitaria hasta la partición. La calificación de los bienes en propios y gananciales es de fuente legal ya que durante el matrimonio los cónyuges no pueden determinar voluntariamente la naturaleza jurídica de los bienes que integran su patrimonio. Dentro de este análisis, para la calificación de los bienes, estaremos al mayor aporte en adquisiciones simultáneas, al acrecentamiento funcional y a la retroactividad declarativa en las adquisiciones sucesivas y a la presunción de ganancialidad como principio general y ante la ausencia de prueba causada. Ello se ve reforzado por los requisitos exigidos por el art. 466 para la prueba del carácter propio o ganancial de los bienes. El artículo contiene el principio general de presunción de ganancialidad de todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad. Luego señala que entre los cónyuges la confesión de ellos sobre el carácter propio del bien es prueba suficiente, pero frente a terceros se hace necesaria una justificación detallada en el acto de adquisición del origen propio de los fondos refrendada con la conformidad del otro cónyuge. Tratándose de bienes propios aportados por los esposos a la comunidad (art. 464, inc. a, CCyC), los obtenidos durante aquella por un derecho nacido con anterioridad a la misma (art. 464, incs. g, h, i, l, CCyC); los obtenidos por accesión (art. 464, inc. j, CCyC) o en virtud del principio de accesoriedad (art. 464, inc. k, CCyC) y la de los obtenidos durante la comunidad por título gratuito (art. 464, inc. b, CCyC), queda claro que para probar tal carácter bastará con acreditar la fecha de adquisición documentada en los respectivos instrumentos de operación pero en el caso de *inversión o reinversión* de bienes propios, la prueba se vuelve más compleja<sup>20</sup>.

Subrogar es reemplazar una cosa por otra, y puede existir de inmueble a inmueble o de inmueble a valores propios de los cónyuges. Mediante la subroga-

---

20 Código Civil y Comercial de la Nación comentado, tomo II.

ción se busca que un inmueble que es propio de uno de los cónyuges se sustituya por otro inmueble que entonces no ingrese a la comunidad, sino que le pertenezca a aquel. Si los dos bienes tienen el mismo valor, la subrogación no suscita dificultad. Pero si al hacerla se encuentra que la finca que se tenía es de diferente precio que la que se adquiere, habrá un excedente que lo deberá la comunidad al cónyuge subrogante cuando la primera vale más que la segunda o el cónyuge a la comunidad, en el caso contrario.

No cabe duda de que el principio de la subrogación real permite calificar como propios a los bienes adquiridos durante el matrimonio con fondos provenientes de la enajenación de otros bienes propios. Sin embargo, no siempre es fácil seguir el camino y las vicisitudes de las sumas de dinero que se manejan en sucesivas operaciones, cuya individualización ofrece con frecuencia dificultades de prueba insuperables. No obstante, el juego de presunciones permite hacer cierta luz: la relativa coincidencia de fechas entre la enajenación de un bien propio y la compra de aquel cuyo carácter se discute, la falta de recursos propios que puedan explicar la adquisición de este último, y otras circunstancias que toca a los jueces valorar, permiten que se haga funcionar la subrogación real, aun cuando, tratándose de inmuebles, los adquirentes omitan referirse al origen de los fondos aplicados a la compra o el otro cónyuge omita la declaración que exige el art. 466 del CCyC.

La confesión entre cónyuges es prueba suficiente para demostrar el carácter propio del bien, pero para la oponibilidad a terceros la confesión no es suficiente y entonces se requerirá que conste en la escritura pública de adquisición:

- a) la declaración del cónyuge adquirente de que los fondos con los que adquiere son por inversión o reinversión de bienes propios;
- b) la manifestación detalladamente causada del origen de los fondos;
- c) la conformidad del cónyuge del adquirente.

Luego, el art. 466 plantea el caso de *imposibilidad de obtener la conformidad o negación por parte del cónyuge*, estableciéndose el procedimiento judicial para obtener la declaración sobre el carácter propio del bien. Es claro el texto del artículo cuando requiere imposibilidad o negación del cónyuge, que es lo que justifica la intervención judicial, ya que en cualquier otro caso acudir a la justicia implicaría un inútil desgaste de actividad jurisdiccional que puede verse canalizado por la intervención notarial en un caso típicamente de jurisdicción no *contenciosa*. Por lo cual, en caso de omisión de la conformidad en la escritura pública de adquisición, el adquirente con la conformidad de su cónyuge puede complementar el acto adquisitivo con una declaración notarial del cónyuge prestando su conformidad si del acto adquisitivo surge el origen circunstanciado de los fondos propios por inversión o reinversión de los mismos. En un reciente fallo, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 63, en los autos caratulados "Pugliese, Rosana s/acción declarativa", va más allá de la solución planteada y en este antecedente tuvo oportunidad de expedirse sobre el art. 466

en un caso donde se solicitaba la declaración judicial en virtud de haberse omitido la justificación del origen de los fondos y la conformidad del cónyuge en la escritura pública de adquisición: "A los fines de subsanar la omisión, que según manifiesta se habría incurrido al llevarse a cabo la escrituración a su favor del inmueble sito en (...) y que consistía en no haber dejado constancia que se trataba de un bien propio atento que la adquisición se efectuaba con fondos provenientes de una donación que le habría efectuado su madre, no se verifica en la especie hipótesis de negativa o imposibilidad de obtener la conformidad del cónyuge que prevé el art. 466 del CCyC que habilite el requerimiento de una declaración judicial (...) pues nada impide que ambos cónyuges efectúen una declaración notarial complementaria del acto escriturario en cuestión (Conf. Lorenzetti, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. III, pág. 456, Rubinzal-Culzoni Editores) (...)"

La vía idónea para obtener la declaración judicial será la acción declarativa de certeza -también nominada meramente "declarativa"- en tanto, a través de ella, se trata de definir una situación de falta de certeza acerca de la existencia o de las modalidades de un derecho. No se fija límite temporal para deducir la petición judicial. Por tanto, si bien de ordinario la acción se planteará en la etapa de liquidación de la comunidad, o en el juicio sucesorio, nada obsta a que la misma se deduzca estando vigente la comunidad si hubiere discrepancias e interés legítimo en dilucidarlas<sup>21</sup>.

La declaración que realizan los cónyuges sobre el carácter del bien tiene que ser verídica y eficaz, y aquí juega un papel importantísimo el asesoramiento notarial en la materia ya que constituirá una prueba preconstituída contenida en un documento auténtico. No se trata de un hecho auténtico, pero sí de un hecho autenticado en los términos del art. 296 inc. b, es decir que hará plena fe hasta que se produzca prueba en contrario. En tal sentido los herederos podrán impugnar tal declaración en caso de perjuicio a sus legítimas y los acreedores también podrían hacerlo, por vía de acción o de excepción, aplicándose las normas sobre simulación y fraude, pesando sobre el tercero que la invoca la prueba de la falsedad. Por ello insistimos en la necesidad de un asesoramiento completo e integrador que anoticie a los requirentes de las posibles consecuencias de sus manifestaciones vertidas en un instrumento público.

### **Responsabilidad de los cónyuges en el régimen de comunidad**

En el régimen de comunidad la responsabilidad de los cónyuges es separada, es decir que cada uno de ellos responde frente a los acreedores con todos sus bienes propios y gananciales por él adquiridos. Por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda

---

<sup>21</sup> Mazzinghi, Jorge Adolfo. Ob. cit.

sólo con sus bienes gananciales. Asimismo el cónyuge cuya deuda fue solventada con fondos gananciales debe recompensa a la comunidad, y esta debe recompensa al cónyuge que solventó con fondos propios deudas de la comunidad. La responsabilidad separada cede ante el régimen primario, como vimos, y es reemplazada por la solidaridad matrimonial como eje de protección de la familia.

### **1. Reconocimiento de las recompensas en sede notarial**

Uno de los aspectos fundamentales de la teoría monista es el reconocimiento del derecho de recompensa del cónyuge cuando han ocurrido aportes de fondos de diferente origen para la adquisición de los bienes. Reciben la denominación de recompensas los créditos entre uno de los cónyuges y la comunidad que surgen con motivo de la gestión patrimonial de los bienes propios y gananciales durante la vigencia del régimen matrimonial de comunidad de ganancias y que deben ser determinados después de su disolución para establecer con exactitud la masa que ha de entrar en la partición. A través de las “recompensas” se procura mantener cada masa de bienes en su integridad, reincorporándole los valores que se han desprendido de ella para ser aplicados a las otras masas, y resarciendo los perjuicios que la masa ganancial o propia de un esposo ha sufrido por obra de otra masa. Su propósito es, pues, el de restablecer la exacta composición de las masas patrimoniales propias de cada cónyuge, teniendo en cuenta los bienes que las constituían al iniciarse el matrimonio y los que fueron adicionándoseles o sustrayéndoseles después, logrando correlativamente la determinación exacta de la masa partible. Para un sector de la doctrina, la enajenación de un bien propio durante el matrimonio, sin reinversión de los fondos obtenidos como precio, genera un derecho a recompensa en favor del cónyuge enajenante, y a cargo de la comunidad.

Pero para otros, la enajenación de un bien propio, sin que queden rastros del destino de sus fondos no genera recompensa alguna mientras no resulte que dichos fondos se hayan aplicado a alguna inversión que subsista a la hora de liquidar la comunidad, ya que el consumo del dinero en beneficio de la comunidad y que no se aplica a la adquisición de otros bienes jamás podrá ser entendido como factor de enriquecimiento. El derecho a recompensa sólo nace si lo invoca su presunto titular en la etapa de la liquidación de la comunidad, es decir entre cónyuges divorciados o cónyuges que han optado por el régimen de separación de bienes, o entre el supérstite y los herederos del premuerto, donde los cónyuges entre sí o bien el supérstite y los herederos pueden efectuar las negociaciones que quieran en orden a la distribución de los gananciales, e incluso uno de ellos puede renunciar a los que les correspondan en beneficio del otro<sup>22</sup>. En caso de fallecimiento de uno de

---

22 Mazzinghi, Jorge Adolfo. Ob. cit. CNCiv., sala D, 24/VII/1959, La Ley, tomo 137, pág. 601.

los cónyuges, los bienes propios se excluyen de la división de la comunidad, pero para el reconocimiento de las recompensas podría denunciarse el valor ganancial invertido para la adquisición del bien propio, el que será tenido en cuenta como crédito de la sucesión para compensar a la comunidad en una ecuación partitiva conjunta.

El inmueble propio al que se le han hecho aportes gananciales, ya sea en dinero o por adquisición de partes indivisas de carácter ganancial, mantiene su carácter, se excluye de la división de gananciales y genera un derecho creditorio de recompensa para el no titular o sus herederos o sucesores. El bien es de carácter propio en su totalidad, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de esta para su adquisición. Para el supuesto de adquisición de nuevas partes indivisas por el cónyuge que ya es propietario de alguna con calidad de propia (caso donde sin dudas antes de la entrada en vigencia del CCyC aplicaríamos la doctrina del plenario "Sáenz") las nuevas partes indivisas conservarán el carácter de la adquisición originaria sin perjuicio de la recompensa a favor de la comunidad<sup>23</sup>. Por lo cual, para la disposición del mismo se estará al régimen del bien propio con las restricciones establecidas en el caso de que el inmueble revista la calidad establecida en el art. 456 del CCyC.

El reconocimiento de las recompensas en sede notarial es un instrumento útil en dos momentos: A) como forma válida y eficaz para preconstituir la prueba sobre: El origen de los fondos utilizados por los cónyuges en la adquisición de los bienes durante el matrimonio, la manifestación de reconocimiento de inversión de bienes propios o gananciales en determinado negocio, la utilización de dinero propio en mejoras sobre un bien ganancial y viceversa, o un recibo de fondos propios invertidos en cancelación de deudas; B) como forma válida y eficaz complementaria de un acuerdo de liquidación de la comunidad tanto en vida de los cónyuges como también en caso de fallecimiento de uno de ellos para reconocer el derecho creditorio a favor del cónyuge y/o de la comunidad.

## 2. Convenciones matrimoniales en sede notarial

En el derecho romano y también en el derecho medieval el régimen matrimonial era legal. Es en el siglo XVII cuando surge la costumbre de convenir sobre el régimen matrimonial a través de las capitulaciones matrimoniales. Esta designación, que proviene del derecho español, debe reservarse para los pactos que se realizan antes del matrimonio, ya que da una idea de arreglo previo. Por ello la terminología del Código Civil y Comercial de la Nación es la

---

<sup>23</sup> Belluscio, Augusto C. *Manual de Derecho de Familia*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pág. 551.

correcta al denominar convenciones matrimoniales a este tipo de convenios previos y posteriores al matrimonio que forman parte del régimen patrimonial matrimonial. Su posible contenido está determinado en cada legislación, según sistemas que varían desde la libertad absoluta hasta la restricción a objetos taxativamente enunciados en la ley.

Existen además legislaciones en donde no están permitidas y en las cuales el régimen matrimonial es único e inmodificable (como lo fue el nuestro hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación) y otras en las cuales los cónyuges pueden diagramar su régimen patrimonial conforme sus deseos y necesidades. Entre ambos extremos nuestra legislación ha posibilitado la opción del régimen mediante convención matrimonial pero limitada a los dos regímenes legales existentes. En ese sentido, la comisión de las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en Buenos Aires en 1987, recomendó que "... debe posibilitarse a los futuros cónyuges la adopción, mediante capitulaciones matrimoniales, de regímenes patrimoniales alternativos, que regulen sus relaciones y las de los cónyuges con terceros. A falta de capitulaciones, se aplicará un régimen legal supletorio". Este criterio fue recogido por el proyecto del Poder Ejecutivo de unificación de las obligaciones y contratos civiles y comerciales de 1993, que establece como régimen legal el de comunidad y como convencionales al de separación de bienes y el de participación; y por el proyecto del Poder Ejecutivo de Código Civil de 1999, que limita la opción al régimen de separación de bienes. Ambos permiten el cambio convencional de un régimen a otro después de dos años de vigencia del anterior.

#### ***A) Convenciones matrimoniales previas: objeto plural taxativo***

Antes de la celebración del matrimonio los futuros contrayentes pueden celebrar una convención para acordar exclusivamente sobre: a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, b) la enunciación de las deudas, c) las donaciones que se hagan entre ellos, y d) la opción que hagan del régimen patrimonial que los vinculará en el futuro matrimonio. El art. 448 establece la escritura pública como forma exclusiva de validez del acto y su eficacia se encuentra condicionada a la efectiva celebración del matrimonio. La elección de la forma impuesta legalmente responde a la necesidad de contar con un profesional del derecho que intervenga a través del asesoramiento notarial. El mismo brindará a los futuros contrayentes, en el momento previo a la celebración del acto, las consideraciones sobre las consecuencias jurídicas de la opción realizada, los derechos y deberes de los cónyuges derivados de dicha opción, la forma de administración y disposición de los bienes y la posibilidad de mutar dicho régimen elegido una vez cumplido el plazo de un año. La opción realizada en la convención

matrimonial tendrá publicidad suficiente frente a terceros desde su anotación marginal en el acta de matrimonio (art. 420, inciso j). Cabe aclarar que el derecho de opción que se consagra no es libre, y se limita exclusivamente al régimen de separación, ya que en caso de no existir opción se aplica *ipso jure* el régimen de comunidad.

a) La designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio

La función del inventario y avalúo de los bienes que ingresan al matrimonio es la de preconstituir la prueba del carácter propio de un bien. Es de suma importancia en el caso de aporte de bienes muebles no registrables de difícil identificación y que se constituyan en bienes indispensables para el hogar, debido a su limitación en la transmisibilidad que establece el art. 456. El avalúo de los bienes al momento de la convención otorga seguridad y firmeza a las vicisitudes posteriores que pueda sufrir el bien, fijando de modo fehaciente mediante un acto auténtico el valor de los bienes. Los bienes podrán valuarse de acuerdo a tasaciones y asimismo mediante la valuación fiscal que le otorga el organismo correspondiente en cada demarcación. La importancia de esta designación y avalúo es que el valor es estimado y reconocido por ambas partes, y puede ser utilizado luego en la determinación y reconocimiento de las recompensas.

b) La enunciación de las deudas

Con respecto al pasivo que los futuros esposos llevan al matrimonio, es interesante documentar detalladamente las deudas y sus orígenes para evitar futuros pleitos y determinar la utilización de dinero propio o ganancial en la cancelación de la mismas, generando así prueba clara de futuras recompensas. La utilidad de este tipo de enumeración se vislumbra en aquellos matrimonios sucesivos, en los que la confusión de patrimonios puede generar conflictos entre los cónyuges y estos con sus futuros herederos. Podríamos decir que la enunciación de las deudas tiene proyección en la vida matrimonial y en el futuro sucesorio.

c) Las donaciones que se hagan entre ellos

A este tipo de contrato se le aplican las normas del contrato de donación, pero su eficacia se encuentra condicionada a que el matrimonio efectivamente se celebre. Por lo cual se deberá aplicar el concepto de donación del art. 1542 que establece que "Hay donación cuando una parte *se obliga* a transferir gratuitamen-

te una cosa a otra y ésta lo acepta” (el destacado nos pertenece). Pero la norma nos indica que la donación solo tiene efecto si el matrimonio se celebra, por lo tanto el contrato celebrado es válido pero su eficacia se encuentra suspendida hasta tanto se celebre el matrimonio, momento en el cual el contrato despliega eficazmente todos sus efectos. Asimismo el art. 452 establece que las donaciones entre futuros cónyuges o las efectuadas a uno o ambos futuros cónyuges por un tercero llevan la condición implícita de que se celebre el matrimonio. En ambos casos el donante subordina la plena eficacia del contrato de donación a la celebración del matrimonio válido.

La ley establece la existencia de una condición implícita en este tipo de contratos ya que su configuración tuvo en miras exclusivamente la celebración del matrimonio. Pero si el matrimonio no se celebra, las partes deberán restituirse el objeto donado más sus accesorios, con excepción de los frutos percibidos por el donatario. La celebración del matrimonio producirá el cumplimiento de la condición y la perfección del dominio del donatario. La posterior declaración judicial de nulidad del matrimonio tendrá los efectos restitutivos establecidos por el art. 390, volviendo las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo, quedando a salvo en todos los casos los derechos de los terceros de buena fe y a título oneroso, conforme art. 480. Declarada la nulidad del matrimonio la restitución del dominio se impone a través de una escritura pública de restitución de donación por cumplimiento de condición implícita, en los términos del art. 452. Finalmente el art. 453 plantea el caso de oferta de donación hecha por un tercero a uno o ambos futuros cónyuges. Se trata de una donación de aceptación diferida modalizada con una condición cuya vigencia se limita al plazo de un año desde el otorgamiento de la escritura pública de donación. La donación se presume aceptada con la celebración del matrimonio si antes no fue revocada. Se trata de una aceptación a través de la ejecución de un hecho, en los términos del art. 262, que imposibilita la futura revocación, pero para que opere la transferencia de dominio al donatario, este deberá formalizar la aceptación por escritura pública sin consideración de la muerte o incapacidad del donante, circunstancias que sí deberán meritarse a la fecha de la celebración del matrimonio, que es el momento en el cual se considera formalizado el contrato desde el punto de vista obligacional, independientemente de los efectos en materia de derechos reales.

#### ***B) Convenciones matrimoniales de modificación del régimen patrimonial: objeto único***

En base a los principios de igualdad y autonomía de la voluntad que nutren la materia patrimonial matrimonial, los cónyuges tienen derecho a modificar el régimen patrimonial que los vincula durante el matrimonio mediante una



convención celebrada por *escritura pública*, cuyo objeto será exclusivamente la mutación del mismo, pudiendo ser otorgada después de un año de aplicación del régimen convencional o legal anterior y tantas veces como lo estimen conveniente. Asimismo, se contempla una protección para los acreedores anteriores al cambio de régimen, para quienes la mutación les será inoponible si con ella perjudicaran sus créditos dentro del plazo de un año desde que lo conocieron. Por muchos motivos puede ser que a los cónyuges no les interese más vincularse patrimonialmente con el régimen elegido en la convención matrimonial o bien el régimen supletorio que se les impone legalmente. La libertad contractual conyugal del régimen de separación atrae numerosas parejas que antes de la sanción del Código Civil y Comercial se veían imposibilitadas de contratar entre sí por la prohibición legal de contratar entre cónyuges que imperaba en el código velezano. La mutación hacia el régimen de separación de bienes es una opción muy interesante para los cónyuges comercialmente activos.

Con respecto a la capacidad de los cónyuges para celebrar convenciones matrimoniales, se impone como principio la mayoría de edad, estableciéndose claramente que los menores de edad no pueden pactar el régimen patrimonial del matrimonio. El art. 450 dispone “Las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial ni ejercer la opción prevista en el art. 446 inciso d)”. Con relación al matrimonio de los menores de edad el art. 404 establece que el menor de 16 años puede contraer nupcias previa dispensa judicial y los menores que hayan cumplido la edad de 16 años pueden contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales, por lo cual entendemos que los menores de 16 años o más pueden celebrar convenciones matrimoniales y en su caso ejercer la opción prevista en el art. 446 inciso d), ya que esta se aplica exclusivamente a los menores cuya autorización para contraer matrimonio ha sido judicial. El principio general en la materia es la capacidad y en especial en el tema de los menores de edad, se aplica el concepto de capacidad progresiva, por lo cual, si la norma no lo prohíbe expresamente entendemos que en este caso el acto podrá ser celebrado. Cabe puntualizar que los menores emancipados por matrimonio autorizados por sus representantes legales no podrán hacer donaciones de lo que hubieran recibido a título gratuito, ni aun con autorización judicial, porque en este caso rige la expresa prohibición legal.

El notario que autorice una convención “matrimonial” tiene la obligación de inscribirla en el Registro Civil y Capacidad de las Personas conforme el art. 449. Se registra mediante nota al margen en el acta del matrimonio. La inscripción de las convenciones matrimoniales referida a los arts. 448 y 449 es meramente declarativa.

Una cuestión que debemos plantearnos es si, una vez otorgada la escritura de modificación del régimen matrimonial en caso de régimen de comunidad, es necesario al mismo tiempo liquidar los bienes gananciales. Ninguna norma establece imperativamente la liquidación ni se establece un plazo para su realización, pero es aconsejable hacerlo ya que en el mismo acto quedarán resueltas las titularidades de los bienes, evitando así futuros conflictos de administración y disposición de los bienes indivisos. Asimismo, se debe asesorar a los requirentes sobre casos de subrogación real en la ganancialidad que pueden subsistir en la indivisión postcomunitaria si no se liquida la comunidad y se parten los bienes o el dinero resultante.

***C) Convenciones matrimoniales por opción del régimen patrimonial por cambio de domicilio de los cónyuges a la República Argentina***

Cuando el matrimonio se celebra en el extranjero, las acciones de validez, nulidad y disolución del matrimonio deben interponerse ante los jueces del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado. Asimismo, a las convenciones matrimoniales prenupciales se les aplica el derecho del primer domicilio conyugal. La capacidad para realizarlas se rige por la ley del domicilio de cada uno de los cónyuges al momento de su celebración. Pero en el caso de cambio de domicilio a la Argentina, los cónyuges podrán celebrar la convención matrimonial de opción del régimen patrimonial aplicándosele en dicho caso las normas del derecho argentino, ya que a las convenciones matrimoniales que se realizan vigente el matrimonio se les aplica la ley del domicilio conyugal al momento de su celebración. Por ello, los cónyuges podrán inscribir su matrimonio, realizar la convención matrimonial por escritura pública sujetándose a uno de los dos regímenes vigentes en nuestro país, y el notario deberá inscribir dicha opción al margen del acta de matrimonio y en los registros respectivos según la naturaleza de los bienes de los cónyuges.

***D) Convención matrimonial: extinción de la comunidad o cese del régimen de separación de bienes***

La modificación del régimen patrimonial matrimonial produce tanto la extinción del régimen de comunidad de bienes como el cese de la separación de bienes. En caso de comunidad de bienes, la extinción del régimen producto de la mutación hará nacer en ese mismo momento la indivisión postcomunitaria sobre los bienes gananciales. En la escritura pública que formalice la convención matrimonial de modificación de régimen de comunidad, los cónyuges tienen la oportunidad de pactar las reglas de administración y disposición de los bienes

indivisos en los términos del art. 482 del CCyC, caso contrario subsistirán las reglas de administración y disposición del régimen de comunidad, o bien podrán simultáneamente liquidar la comunidad poniéndole fin a la indivisión, partiendo los bienes y adjudicándolos en forma total o parcial. De esta forma se identificarán los bienes que corresponden a cada cónyuge y se facilitará el régimen de administración y disposición de los mismos. “Sólo quedan, tras la extinción de la sociedad conyugal (hoy comunidad), los patrimonios personales de los esposos, a los que no corresponde ya denominar propios, pues ésta es una designación que sólo cabe emplear dentro del régimen originario”<sup>24</sup>.

### **3. Acuerdo de administración y disposición de bienes indivisos**

Durante la etapa de indivisión postcomunitaria resultante de la extinción de la comunidad en vida de ambos, los cónyuges pueden celebrar por escritura pública acuerdos de administración, disposición y uso de los bienes indivisos en los términos del art. 481 del CCyC a los efectos de reglar en forma ordenada la gestión y uso de todos sus bienes. Por ejemplo, podrán pactar la codisposición de todos sus bienes indivisos. Dichos acuerdos tienen vocación registral a los efectos de la oponibilidad *erga omnes* de las limitaciones impuestas a la gestión de bienes registrables, por lo cual una vez celebrado el acuerdo de codisposición de los bienes indivisos y obtenida la publicidad registral suficiente, los cónyuges no podrán disponer dichos bienes aplicando las reglas de la comunidad, sino que deberán respetar el acuerdo de gestión conjunta. La inexistencia de acuerdo inscripto no impide de ninguna manera la codisposición de los bienes indivisos, ya que el acuerdo tácito surgirá de la misma escritura de venta del bien en la cual ambos cónyuges comparezcan disponiendo del mismo.

### **4. Indivisión postcomunitaria en vida de ambos cónyuges (art. 481)**

La indivisión postcomunitaria es la masa de bienes gananciales que se proyecta durante el período que va desde la extinción del régimen de comunidad hasta su partición. Si la extinción del régimen de comunidad se produce en vida de ambos cónyuges a la etapa de indivisión postcomunitaria, en lo que respecta a la administración y disposición de los bienes indivisos se le aplicarán las normas de la Sección 6 del Capítulo 2, del Título II del Libro 2. En cambio si la extinción del régimen de comunidad se produce por la muerte de uno de los cónyuges o se produce el fallecimiento de uno de ellos vigente la indivisión postcomunitaria, estas

---

24 Guaglianone, Aquiles. “Disolución y liquidación de la sociedad conyugal”, N° 289. Borda, Guillermo A. Ob. cit., tomo VI, N° 259.

reglas ya no serán aplicables, siendo desplazadas por las de la indivisión hereditaria del Libro V. La indivisión postcomunitaria es una indivisión de liquidación, es decir que debe ser liquidada antes de ser partida, en cambio la indivisión hereditaria, es una indivisión de distribución, de reparto en virtud de lo que establece la ley o el testamento. En el caso de la indivisión postcomunitaria generada en vida de ambos cónyuges, conforme lo establecido por el art. 482, en caso de ausencia de pactos sobre la gestión de los bienes indivisos, seguirán siendo aplicables las normas de administración y disposición de los bienes durante la vigencia de la comunidad. La disposición de bienes de titularidad de uno será celebrada por él, con el asentimiento del otro. En este supuesto no se concluye la indivisión y los bienes recibidos en cambio en caso de disposición onerosa continúan integrando la indivisión hasta que las partes resuelvan su partición. En este sentido tengamos muy en cuenta que el principio de subrogación real se extiende hasta la partición, por lo cual de la escritura deberá surgir expresamente la referencia sobre la partición y adjudicación del dinero recibido evitando el reingreso en la masa indivisa y posibilitando su futura aplicación a la adquisición de bienes personales de los excónyuges, ya que asimismo el derecho a demandar la mitad del precio obtenido o, en su caso, la compensación en su respectiva hijuela con otros bienes de la comunidad es innegable.

La postura adoptada por el art. 482 fue sostenida por gran parte de la doctrina civilista: "(...) La gestión de esos bienes, en mi opinión, continuará como durante la vigencia del régimen, sin perjuicio de las medidas cautelares que se puedan adoptar. Algunos autores sostienen que ninguno de los esposos continúa siendo propietario exclusivo y que por tanto, se ha configurado un condominio sobre las cosas o una copropiedad si son bienes que no son cosas, de lo que resulta que la gestión debe ser conjunta. Sin embargo, no hay norma que sirva de respaldo a esta solución y una modificación tan sustancial del régimen de gestión separada debería surgir de una solución expresa de la ley... Además, los terceros no tendrían forma de conocer esta nueva situación ya que no existe una publicidad del estado de indivisión postcomunitaria, por lo que merecen ser amparados si contrataron con el cónyuge que tenía el bien inscripto a su nombre, salvo que hubieran obrado de mala fe (...)"<sup>25</sup> "(...) Pero mientras el condominio no está inscripto, no producirá efectos respecto de terceros... Creemos, por lo tanto, que mientras los efectos de la disolución de la sociedad conyugal no hayan quedado reflejados en el título del bien, continúa siendo aplicable la norma del art. 1277..."<sup>26</sup>.

25 Azpiri, Jorge O. *Régimen de bienes en el matrimonio*, Ed. Hammurabi, pág. 242.

26 Mazzinghi, Jorge Adolfo. *Ob. cit.*, pág. 558.

“... La posición de quienes sostienen la aplicación de los arts. 1276 y 1277 -que se corresponde con la idea de que la indivisión post comunitaria no altera la pluralidad de masas vigente durante la sociedad conyugal-, es la que resulta más adecuada para proteger los intereses de terceros que contratan con los esposos y que no tienen por qué conocer la situación conyugal de los mismos, sobre todo no estando contemplada la inscripción de dicho cambio de estado en los registros patrimoniales correspondientes a los bienes de su titularidad, salvo que se hubieran trabado medidas precautorias. También resulta adecuada para los cónyuges, toda vez que al control existente en los actos de disposición sobre bienes gananciales registrables previsto por el art. 1277 del Código Civil se sumaría el control derivado de la obligación de rendir cuentas por parte de quien realiza el acto de administración y/o disposición. Por otra parte, cualquiera de los cónyuges podría solicitar las medidas precautorias que considere convenientes a fin de garantizar la intangibilidad del patrimonio común hasta el momento de la liquidación (arts. 233 y 1295 del Código Civil), medidas cuya existencia carecería de sentido si fuera cierto que para la validez de los actos de disposición durante la indivisión post comunitaria se requiriera la actuación conjunta de los esposos”<sup>27</sup>.

## 5. Cesión de gananciales

Disuelta la comunidad por muerte de uno de los cónyuges las normas de la Sección 6, del Capítulo 2, del Título 2 se desplazan, dándole lugar a la aplicación de las normas del Libro sexto. Las reglas sobre administración y disposición de los bienes indivisos que analizamos en los arts. 481 y 482 no son aplicables, siendo necesario remitirnos a lo establecido en materia de indivisión hereditaria. La indivisión hereditaria existe en toda sucesión en la que hay más de un heredero. Se genera y principia en el mismo momento de la muerte del causante y finaliza con la partición. La partición es el modo de hacer cesar la indivisión y, si todos los copartícipes están presentes y son capaces, la partición puede hacerse por el acto y la forma que por unanimidad entiendan conveniente. La partición no es constitutiva ni traslativa de derechos, sino que declara un derecho que se entiende adquirido con retroactividad a la fecha de fallecimiento del causante. Existen actos que sin ser particiones en sentido estricto, tienen el mismo efecto atributivo de bienes y hacen cesar la indivisión total o parcialmente. Es el caso por ejemplo de la cesión de herencia de todos los herederos a favor de uno. En materia de cesión de herencia, la cesión de

---

27 Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y Roveda, Eduardo G. *Régimen de bienes del matrimonio*, Ed. La Ley, pág. 160.

gananciales obtuvo su cristalización legal en el art. 2308. Este contrato tiene como objeto el conjunto de bienes indivisos gananciales producto de la indivisión postcomunitaria generada por la muerte de uno de los cónyuges.

La distinción entre bienes propios y gananciales debe efectuarse en el caudal relicto y en la masa a partir. El caudal relicto abarca todas las relaciones jurídicas de las cuales era titular el causante y que se transmiten por causa de muerte. La partición se efectúa con los bienes dejados por el difunto y asimismo con las donaciones que efectuó en vida, y con los frutos de los bienes hereditarios posteriores a la apertura de la sucesión. Para la determinación de la masa a partir es necesario previamente resolver la partición de la comunidad, ya que la liquidación de esta puede influir en los bienes propios del causante desde que se deberán contemplar y generar las compensaciones necesarias a partir de la teoría de las recompensas.

El proceso de liquidación de la comunidad se confunde con el trámite sucesorio y no requiere normas especiales. El fuero de atracción que ejerce el proceso sucesorio sobre la liquidación y partición de la comunidad implica que este es el único ámbito en donde ventilar aquella (art. 2336). En este ámbito es en donde la cesión de gananciales tiene lugar y se incluyen los casos de bienes gananciales indivisos por la premoriencia del otro cónyuge y los gananciales que llegan a la sucesión indivisos por extinción de la comunidad en vida de ambos cónyuges. En ambos casos, en la herencia del difunto ingresan los gananciales que le corresponden por la partición de la comunidad y el cónyuge o el excónyuge en su caso primero tiene que partir con los herederos la masa indivisa de gananciales, recoger su parte y luego determinar así la masa hereditaria propiamente dicha susceptible de partición hereditaria. Se deberá liquidar la comunidad en el sucesorio, por lo cual será necesario declarar en el acervo hereditario la totalidad de los bienes gananciales existentes independientemente de la titularidad de los mismos, para que se proceda a la liquidación conjuntamente con la masa hereditaria, solicitándose la inscripción del ciento por ciento de los bienes a nombre de quien en definitiva resulte adjudicatario.

El reconocimiento del contrato de cesión de gananciales como una especie del contrato de cesión de herencia deja sin sustento la discusión acerca de la necesidad o no de la inclusión expresa de los gananciales en los contratos de cesión de herencia, por lo cual ya no caben dudas de que la cesión de herencia sin expresión de los derechos gananciales no los incluye y que el contrato de cesión de gananciales sobre la universalidad es el único contrato con eficacia traslativa, ya que la cesión de gananciales sobre bien determinado será ya un contrato diferente cuya eficacia estará condicionada a la partición de los bienes indivisos y a la efectiva atribución del bien objeto de la cesión en la hijuela del cedente.

### C) RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

Tuvo su origen en el derecho romano, se desarrolló también en los países del *common law* y actualmente es reconocido en la mayoría de las legislaciones que admiten la libertad de elección del régimen por parte de los esposos, en algunos casos con carácter opcional y en otros -como Cataluña, Grecia, Austria- como régimen legal básico. En el proyecto de reforma al Código Civil Argentino de 1998 se lo introdujo como régimen supletorio y lo reproduce el Código Civil y Comercial de la Nación<sup>28</sup>. En el régimen de separación de bienes existe independencia patrimonial entre los cónyuges, los esposos son extraños patrimonialmente hablando y pueden celebrar todo tipo de contratos entre sí. El matrimonio no introduce modificaciones en la propiedad de los bienes de cada uno y no confiere a los esposos expectativas comunes sobre los mismos. Cada uno conserva la propiedad de los bienes que poseía con anterioridad al matrimonio y de los que adquiriera posteriormente, los administra y dispone, y tiene exclusiva responsabilidad personal por las deudas contraídas, con excepción de las provenientes de cargas del hogar y ciertos supuestos de responsabilidad común. No implica de ninguna manera ausencia de régimen matrimonial (pues este es el conjunto de soluciones cualesquiera dadas a la cuestión de los intereses económicos de las personas casadas) ni ausencia de régimen, ya que siempre hay cuestiones que deben ser solucionadas<sup>29</sup>. En muchos países que lo han adoptado existe una tendencia legislativa a atenuar las consecuencias de la separación estableciendo núcleos de protección del patrimonio familiar común, con restricciones al poder de disposición o destino final de dichos bienes o la admisión jurisprudencial de prestaciones compensatorias para el cónyuge que se ve muy perjudicado con las consecuencias estrictas de una separación de bienes. El Código Civil y Comercial de la Nación consagra el régimen de separación de bienes como un régimen convencional, mutable y de gestión separada. La ley no impone a los cónyuges una separación de bienes, pero les permite asumirla en forma consciente y voluntaria.

En el régimen de separación de bienes cada uno de los cónyuges conserva la propiedad de los bienes adquiridos sin generar expectativa de compartirlos. Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus *bienes personales*, con la sola excepción que vimos del art. 456 que responde a la protección de la vivienda. Asimismo la responsabilidad por las deudas es separada con excep-

---

28 Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y Roveda, Eduardo G. Ob. cit., pág. 3.

29 Roguin, Ernest. *Traité de Droit Civil Compare*, tomo II, "Le régime matrimonial", París, 1905, 843/844, cit. por Belluscio, Augusto C. "La separación de bienes sin separación de cuerpos", *Revista de Derecho de Familia*, N° 4, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, pág. 67.

ción de lo establecido en el art. 461. Ambos mantienen su autonomía patrimonial sin depender de las ganancias del otro y sin perjuicio de su obligación frente a las necesidades del hogar. No existe distinción entre bienes propios y gananciales, ya que como vimos no hay expectativa ganancial. En caso de adquisición de bienes por ambos cónyuges nacerá entre ellos un condominio de bienes personales al que se aplicarán las reglas del derecho real de condominio. Tanto entre ellos como respecto a terceros se establece el principio de amplitud de la prueba para demostrar la propiedad exclusiva de los bienes; caso contrario, se presumirá que existe condominio.

El art. 507 establece que el régimen patrimonial de separación de bienes en vida de los cónyuges cesa en caso de disolución del matrimonio (ya sea por anulación del matrimonio putativo, por divorcio o por muerte) y por modificación del régimen patrimonial formalizado por escritura pública una vez transcurrido el año de vigencia del mismo. Los cónyuges tienen derecho a modificar el régimen patrimonial por su sola voluntad por escritura pública y no se establece límite en cuanto al número de sucesivas modificaciones, ni se requiere homologación o autorización judicial para la validez del cambio. Para su oponibilidad a terceros se exige su inscripción al margen del acta de matrimonio. Esta inscripción no es constitutiva, ya que entre los cónyuges el acuerdo de mutación celebrado en la forma establecida por la ley es válido y eficaz, pero frente a terceros no será oponible sino a partir de su inscripción marginal.

Cuando la mutación es de régimen de separación al de comunidad, los acuerdos sobre administración y disposiciones de los bienes no son necesarios, ya que no existe estado de comunidad de bienes. Cada uno de los bienes personales ingresarán como propios a partir de la entrada en vigencia del régimen de comunidad elegido. Disuelto el matrimonio de los cónyuges separados de bienes no hay partición alguna, permaneciendo en el patrimonio de cada uno los bienes personales que hayan adquirido durante la vigencia del matrimonio. Pero el artículo se refiere al caso de falta de acuerdo de los cónyuges entre sí o con sus herederos sobre la partición de los *bienes indivisos*. ¿A qué bienes indivisos se refiere el artículo? La fuente directa de la norma fue el art. 559 del proyecto del año 1993, que ha seguido en este punto al art. 1542 del Código Civil francés, donde el concepto de bienes indivisos se refiere exclusivamente al supuesto de disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges. Ahora bien, la última parte del artículo nos indica que la partición de estos bienes indivisos se hará en la forma prescripta para la partición de las herencias. En el régimen de separación, los bienes indivisos sólo derivarán de la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges en concurrencia con herederos del difunto o en los casos de disolución del matrimonio con relación a los bienes que estuvieran en condominio. Para ambos casos el artículo remite a las normas de partición



de bienes hereditarios. La muerte de uno de los cónyuges separado de bienes, en caso de existir otros herederos del causante, provocará el nacimiento de una indivisión hereditaria a la cual se aplicarán las normas del art. 2323 y sgts.

La sucesión del cónyuge separado de bienes: el cónyuge separado de bienes es heredero legítimo del causante y heredero forzoso conjuntamente con los descendientes y ascendientes, es legitimario y su porción es de un medio. En el caso de concurrencia con los descendientes, el cónyuge tiene en el acervo hereditario la misma parte que un hijo. El art. 2433 establece en el primer párrafo la regla general aplicable tanto a los bienes propios como a los bienes personales, respecto de los cuales el cónyuge supérstite hereda la misma porción que corresponde a los hijos, dividiéndose la herencia por cabeza. En este párrafo quedan comprendidos los bienes propios del cónyuge fallecido bajo el régimen de comunidad de ganancias (arts. 463 y 464) y los bienes personales del causante casado bajo el régimen de separación de bienes (arts. 505 y 506)<sup>30</sup>. En el caso de concurrencia con ascendientes, al cónyuge le corresponde la mitad de la herencia. A falta de descendientes y ascendientes, el cónyuge hereda la totalidad, con exclusión de los colaterales. El segundo párrafo del art. 2433 reafirma la norma del art. 3576 del Código de VÉLEZ porque establece la regla de la exclusión del cónyuge supérstite de la mitad de ganancias que corresponden al cónyuge fallecido. De los bienes gananciales, el cónyuge retira su mitad a título de socio, pero nada tiene o le corresponde sobre la mitad del causante. El fallecimiento de una persona casada bajo el régimen de comunidad dispara dos efectos jurídicos inmediatos, la disolución *ipso iure* de la comunidad que integrara con el supérstite naciendo una indivisión postcomunitaria y la formación de la masa indivisa hereditaria. ZANNONI explica que ambas masas a liquidar se unifican, vinculando en lo sucesivo al cónyuge supérstite y a los herederos del premuerto sin consideración al contenido particular ni a los objetos de los derechos. Con la introducción del régimen de separación de bienes, cuatro son las situaciones que pueden darse con relación al acervo sucesorio en general: 1. que se componga sólo de bienes gananciales, 2. que se componga sólo de bienes propios, 3. que se componga de bienes propios y gananciales y 4. que se componga de bienes personales. Pero podría configurarse una quinta hipótesis de concurrencia de bienes gananciales indivisos por disolución del régimen de comunidad por mutación de régimen no liquidada y bienes personales, circunstancia que nos lleva a reflexionar sobre la importancia del estudio y análisis de los casos que requieren intervención notarial a los efectos de encuadrar la voluntad de las partes en el negocio jurídico

---

30 Lloveras, Nora y Orlandini, Olga. "La sucesión intestada en el Anteproyecto de Código Civil", JA, 2012, II. Azpiri, Jorge. *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Sucesorio*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, pág. 223.

indicado. Es necesario efectuar un prolijo distingo entre los derechos que, con motivo de la muerte del *de cuius*, podría llegar a pretender transferir el supérstite. Porque a partir del fallecimiento del causante podrán transferirse tanto derechos gananciales como derechos hereditarios sin que pueda existir confusión alguna.

### 1. La compensación económica en sede notarial

Las compensaciones económicas surgen dentro de un escenario respetuoso de la igualdad y de la solidaridad familiar, que reconoce el derecho de las personas a casarse y la facultad de los cónyuges de poner fin a su matrimonio sin invocar y acreditar una causa para obtener una sentencia judicial que disuelva el vínculo matrimonial<sup>31</sup>. Dentro de los autores que entienden que el régimen de separación de bienes no se acerca a nuestras costumbres y no se ajusta a la realidad social argentina, encontramos que ven en el régimen de separación un posible núcleo generador de “despojo y desamparo del cónyuge” o de “desigualdad jurídica de los cónyuges”. Entendemos que la reforma ha mejorado la situación del cónyuge aún en el caso de encontrarse bajo un régimen de separación de bienes ya que existe un cúmulo de remedios de equidad que dejan a salvo los derechos del cónyuge que pudiera llegar a quedar en una situación de desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación, como son los casos de los arts. 2332 (párrafos 1, 2, 3 y 4), 2380, 2381 y 2383, y especialmente en caso de divorcio la posibilidad de aplicar el art. 441 que regula la pensión compensatoria que configura un derecho personal reconocido al cónyuge al que el divorcio le produce un empeoramiento en la situación económica que gozaba en el matrimonio, colocándole en una posición de inferioridad frente a la conservada por el otro consorte<sup>32</sup>. El Código Civil y Comercial de la Nación recepta una figura que tiene aceptación en varias legislaciones del derecho comparado, que es coherente con el régimen incausado de divorcio con el fundamento en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro. Se prevé la posibilidad de que los cónyuges acuerden o el juez establezca pensiones compensatorias<sup>33</sup>.

La viabilidad de la compensación económica va a depender de la existencia o no de un desequilibrio manifiesto que tenga por causa el vínculo matrimonial y la alteración patrimonial provocada por la vida en común. En principio se otorgará

---

31 Molina de Juan, Mariel. “Compensaciones económicas para cónyuges y convivientes. Preguntas necesarias y respuestas posibles”.

32 Yzquierdo Tolsada, Mariano. *Tratado de Derecho de Familia*, volumen II, Aranzadi, Navarra, 211, pág. 519.

33 Juzgado de Familia N° 1, Mendoza, “H. V. M. y G. A. por divorcio C. G. A. por inc. aumento cuota alimentaria”, 9/10/2012.

por un plazo determinado y puede consistir en una prestación única o en una renta. De acuerdo a las circunstancias la renta podría llegar a ser vitalicia, puede pagarse en dinero o con el usufructo de determinados bienes. La compensación económica debe reclamarse con la demanda de divorcio al momento de acompañar la propuesta del art. 438 y tiene un plazo de caducidad de seis meses (arts. 441, 442 y 2567 CCyC) posteriores al dictado de la sentencia de divorcio y es renunciable al momento de presentar el convenio regulador. También pueden ser reclamadas por el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio ha sido anulado (arts. 428 y 429). En dicho caso el plazo de seis meses corre a partir de la sentencia que declara la nulidad del matrimonio. Pero si los excónyuges no acordaron nada sobre este punto y se reúnen los requisitos legales para su procedencia, como se trata de una protección legal basada en el principio de solidaridad familiar, ante la falta de acuerdo el juez puede determinar su procedencia y fijar su monto si correspondiere<sup>34</sup>.

La compensación económica está prevista tanto para las uniones conyugales como para las convivenciales y se la define en doctrina como una institución jurídica de naturaleza *sui generis* que propicia la superación de la injusta pérdida patrimonial que el divorcio puede provocar en alguno de los cónyuges o convivientes. Integra la órbita de los derechos-deberes derivados de las relaciones familiares<sup>35</sup>. Desaparecida la comunidad de vida y la contribución a las cargas del hogar que permitían que ambos gozaran del mismo estándar, afloran los niveles económicos y sociales correspondientes a los recursos y las posibilidades que cada uno tenía y ha podido forjar en razón de la peculiar división de funciones llevada adelante durante la vida matrimonial<sup>36</sup>. Cabe destacar que no corresponderá su reconocimiento si finalizado el régimen de separación de bienes el desequilibrio económico entre los cónyuges es por causas personales no atribuibles al proyecto en común ni al otro como por ejemplo si uno de ellos ha recibido una herencia o donación o ha desarrollado una actividad profesional más rentable que la de su compañero. Todas estas variables deberán ser apreciadas judicialmente en cada caso particular, ya que su determinación no se simplifica con un criterio cuantitativo sino que requiere un análisis de las circunstancias y tipologías de cada unión conyugal. En el régimen de separación de bienes debemos partir del principio de proporcionalidad es decir, los cónyuges deben contribuir

---

34 Fundamentos del anteproyecto.

35 Schiro, María Victoria. "El derecho de daños en el derecho de familia", en Adriana N. Krasnow directora, *Tratado de derecho de familia*, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 1082.

36 Molina, Mariel. "Compensación económica en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género", *Revista de Derecho de Familia*, 57-188.

a las cargas del matrimonio “proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos”. Desde el momento en que se produce una ruptura en dicha proporcionalidad, la misma debe ser compensada para evitar un desequilibrio entre los patrimonios. A lo largo del articulado del Código Civil y Comercial de la Nación, en materia de derecho de familia se hace continua referencia a dicha contribución equitativa o proporcional; incluso en relación al deber de los hijos se establece que contribuirán “equitativamente, según sus posibilidades”. Por consiguiente, se trata de restablecer el desequilibrio patrimonial entre los cónyuges a consecuencia de no cumplir la regla de la proporcionalidad a lo largo de la vida conyugal. Se adoptará un criterio de equidad para salvaguardar el desequilibrio entre patrimonios y para comprobar si se ha originado un enriquecimiento de un cónyuge a costa del otro. Ahora bien, sin llegar a su reclamo vía judicial, lo que se propone es un reconocimiento económico con carácter de compensación en sede notarial como resultado de la extinción del régimen de separación de bienes en caso de acuerdo entre los excónyuges. Se sugiere un acuerdo pacífico celebrado por escritura pública en donde se reconozca el desequilibrio resultante del régimen de separación de bienes y se pacte una compensación con carácter indemnizatorio, lo que generará un derecho creditorio que podrá ser satisfecho en el mismo momento mediante el pago de una suma de dinero, lo que permitirá disponer de un capital inmediato para reequilibrar la situación y evitar los conflictos que pueda generar un pago aplazado o podrá ser cancelado por ejemplo por la dación en pago de bienes del otro cónyuge o aún podrá ser pactado el pago aplazado garantizándolo con derecho real de hipoteca sobre los bienes del deudor. La hipótesis de renta vitalicia sólo se permite en aquellos casos en donde el desequilibrio se presenta como un obstáculo insalvable, como por ejemplo si la persona está en edad de jubilarse y se ha dedicado toda la vida al cuidado del hogar y los hijos, o si tiene alguna enfermedad que le impida el acceso al mercado laboral. En este caso, la fijación de la compensación económica excluye el reclamo de alimentos (conf. art. 434). La compensación se reconoce como un derecho creditorio<sup>37</sup>, por lo cual es susceptible de negociación. Se le aplican las normas de las obligaciones de dar y, asimismo, los acuerdos podrán modalizarse con condiciones resolutorias o plazos. Finalmente, frente a la muerte del cónyuge deudor, el beneficiario podrá reclamarlo en la sucesión como un acreedor más del causante.

---

37 Lepin Molina, Cristián (director). *Compensación económica. Doctrinas esenciales*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, pág. 170. Para este autor es el único efecto patrimonial que nace con la terminación del matrimonio.

## 2. Reconocimiento notarial del derecho real de habitación del cónyuge supérstite

El derecho real de habitación del cónyuge supérstite fue consagrado por la Ley 20.798 que modificó el Código de VÉLEZ incorporando el art. 3573 bis, configurando una iniciativa que no contaba con sustento de doctrina previa ni antecedentes en el derecho comparado. El art. 2383 del Código Civil y Comercial de la Nación consagra este derecho a favor del cónyuge supérstite en forma vitalicia y gratuita y de pleno derecho, conforme la causa adquisición legal establecida por el art. 1894.

Establece que este derecho se ejerce sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal y con la única limitación de no encontrarse en condominio al momento de la apertura de la sucesión. Este derecho real de fuente legal tiene carácter asistencial ya que el cónyuge obtiene un beneficio directamente de la cosa sin intermediación alguna. Constituye asimismo un desmembramiento del dominio que es necesario exteriorizar para el conocimiento de los herederos o legatarios y de los terceros interesados. No impide la adjudicación de los bienes a los herederos y tampoco configura una causal de indivisión hereditaria. Configura un derecho propio del cónyuge que podrá ser ejercido o no hasta el momento mismo de la partición. No es un derecho hereditario, por lo cual, aunque en el acervo sólo existan bienes propios, el cónyuge podrá solicitar su reconocimiento. Configura una carga para la sucesión, su valor deberá descontarse a los efectos del cálculo de las legítimas hereditarias. La causa del nacimiento del derecho real es legal, por lo cual excepciona a la teoría general del título y modo del derecho real. De todos modos depende de la efectiva manifestación del cónyuge en el expediente sucesorio, solicitando su reconocimiento con efecto retroactivo al fallecimiento del causante, momento en el cual su derecho será oponible a los herederos y/o legatarios, y desde su inscripción registral será oponible a los terceros interesados, pero no será oponible a los acreedores del causante y a todas aquellas personas a cuyo favor se impongan cargas en la sucesión. El cónyuge podrá realizar todo tipo de actos materiales para efectivizar su derecho sobre el inmueble, el cual es vitalicio y gratuito. Conforme el art. 2160 CCyC el derecho real de habitación no es transmisible por acto entre vivos ni por causa de muerte, y el habitador no puede constituir derechos reales o personales sobre las cosas. Quien tiene un derecho de habitación es realmente usuario de todo o en parte de la casa sobre la cual ese derecho se ha constituido, según que el cónyuge la ocupe en todo o en una parte material. El habitador tiene derecho a usar y gozar de los muebles indispensables de la casa porque son los objetos accesorios del inmueble, para cuya comodidad han sido establecidos y porque el derecho de habitación no es un simple alojamiento personal sino un derecho real de uso y goce de todos los accesorios del fundo. MOISSET DE ESPANÉS reconoció el carácter tuitivo de esta figura y entendió que el objeto del derecho real es el “hogar conyugal” por lo cual

la protección debería incluir asimismo a los muebles que forman el ajuar de la casa o lo que denomina “muebles por accesión moral”<sup>38</sup>.

En materia de uniones convivenciales, cabe destacar que se le reconoce el derecho real al conviviente supérstite, pero se lo limita al plazo de dos años y se exige para su reconocimiento que este no tenga los medios suficientes para su subsistencia, circunstancia que justifica únicamente el reconocimiento del derecho real de habitación durante el plazo mencionado.

En ambos casos se sugiere la forma notarial para el reconocimiento de este derecho real a favor del cónyuge o conviviente supérstite, con la adecuada descripción e identificación del objeto sobre el cual recae, facilitando así su publicidad *erga omnes*, a través del acceso al registro de un documento autosuficiente que puede cristalizar sólo este derecho real o bien formalizar simultáneamente, por ejemplo, una partición hereditaria.

## CONCLUSIÓN

Del estudio del Código Civil y Comercial de la Nación y del análisis de los distintos institutos que en materia matrimonial se nos presentan, entendemos que cada vez más la sociedad reclama un notariado caminando a la par de la familia. Conociendo las vicisitudes especiales que lo ayudan a diagramar el patrimonio familiar, otorgándoles herramientas que puedan serles útiles para cada caso en particular. Cuanto más cerca de las características propias de cada familia estemos, más alejados estaremos del formulismo masivo que se intenta imponer como facilitador de la tarea del notario y económicamente más beneficioso para el estado. La tarea es la misma que sintetizaran grandes maestros del arte notarial en 1948 “... recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos necesarios para ese fin y confiriéndoles autenticidad ... pero el mundo es otro... la globalización y la modernidad acercan a las personas humanas desde el punto de vista tecnológico y comercial pero los separan emocionalmente, los enfrentan patrimonialmente y los verticalizan en las relaciones de poder”.

La complejidad matrimonial nos demuestra que un notario de tipo latino es la figura necesaria para entender el entramado patrimonial matrimonial en todas sus variables, respetando las directivas de interpretación y aplicación de las normas que en la materia establece el art. 402 del CCyC.

***“Reconocer las nuevas incumbencias notariales es un gran paso, sólo nos queda estudiarlas profundamente, jerarquizarlas y difundirlas”.***

---

38 Moisset de Espanés, Luis. “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite. (Protección de bienes muebles)”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pág. 9.

## PONENCIA

- El acto dispositivo otorgado sin asentimiento en los términos de los artículos 456 o 470 es válido hasta tanto el cónyuge demande su nulidad en los términos del art. 388.

- En materia de disposición de bienes inmuebles, la declaración del cónyuge titular, en el sentido de que el bien transmitido no constituye la vivienda familiar, será manifestación suficiente para 1) dar por cumplido con los requisitos de ley, 2) considerar el título inobservable desde el punto de vista de un futuro estudio de títulos.

- El plazo de caducidad de seis meses establecido en el art. 456, deberá contarse desde la inscripción registral en el caso de disposición de derechos reales sobre inmuebles.

- El contrato de mandato no podrá ser celebrado entre cónyuges solo si el objeto del mismo es prestar el asentimiento conyugal para la disposición de la vivienda conforme art. 456.

- En caso de omisión de la conformidad en la escritura pública de adquisición, el adquirente, con la conformidad de su cónyuge, puede complementar el acto adquisitivo con una declaración notarial del cónyuge prestando su conformidad.

- Se propicia el reconocimiento de las recompensas en sede notarial.

- La donación entre cónyuges en la convención matrimonial se presume aceptada con la celebración del matrimonio, por lo cual ya no podrá ser revocada, sin perjuicio de requerirse la forma escritura pública.

- Durante la etapa de indivisión, los cónyuges pueden celebrar por escritura pública acuerdos de administración, disposición y uso de los bienes indivisos y pueden codisponer los bienes indivisos.

- El principio de subrogación real se extiende hasta la partición.

- El contrato de cesión de gananciales sobre la universalidad es el único con eficacia traslativa.

- Se propone un reconocimiento económico con carácter de compensación indemnizatoria en sede notarial.

- Se sugiere la forma notarial para el reconocimiento del derecho real de habitación del cónyuge supérstite.

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ARMELLA, CRISTINA. *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada*, primera edición, Ad-Hoc, 1998.
- ARMELLA, CRISTINA y ESPER, MARIANO. *Summa Notarial, Registral e Inmobiliaria*, 6 tomos, Ed. Abeledo Perrot.
- BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR. *Manual de Derecho de Familia*, 9º edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- BIDAU, JOSÉ F. "El derecho de ambos cónyuges de exigir el reintegro del valor no invertido de sus bienes", N° 3, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1946.
- BORDA, GUILLERMO A. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Contratos*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.
- BUERES, ALBERTO J. *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, tomos 1 y 2, Hammurabi, 2014.
- BUERES, ALBERTO J.; CAUSSE, FEDERICO y PETTIS, CHRISTIAN. *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derechos Reales*, Hammurabi, 2015.
- CALÒ, EMANUELE. *La planificación patrimonial internacional del derecho de familia y sucesiones*, FEN.
- CLUSELLAS, EDUARDO GABRIEL (coordinador). *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, Astrea-FEN, 2015.
- DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE. "La restitución de los bienes propios del marido, cuando no subsisten en especie al liquidarse la sociedad conyugal", JA., t. 75.
- FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL y ROVEDA, EDUARDO G. *Manual de Derecho de Familia*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.
- GURFINKEL DE WENDY, LILIAN N. (directora). *Summa de Derechos Reales*, 2012, Abeledo-Perrot. Jornadas Notariales Argentinas, 1944-2008, primera edición, FEN, 2010.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA; HERRERA, MARISA y LLOVERAS, NORA. *Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014*, 2 tomos, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA y MOLINA DE JUAN, MARIEL. *Alimentos*, 2 Tomos, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2013.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA y HERRERA, MARISA (coordinadoras). *La familia en el nuevo Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN. *Tratado de derecho civil. Parte General*, tomo I, N° 128.
- LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN y ALTERINI, ATILIO A. *Código Civil anotado*, tomo III-A.
- LLOVERAS, NORA y SALOMÓN, MARCELO. *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO. *Teoría de los contratos, Parte General*, tomo I, Ed. Víctor P. de Zavallía, Buenos Aires, 1984.
- MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, LEÓN y MAZEAUD, JEAN. *Lecciones de derecho civil*, Parte IV, tomo 1, N° 412.
- MAZZINGHI, JORGE A. *Derecho de familia*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, N° 189 b) y 194.
- NERI, ARGENTINO I. *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, Ed. Depalma, volumen 2,



“Instrumentos”; volumen 3, “Escrituras y Actas”; volumen 4 “Protocolo. Títulos”.

NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1967.

RIPERT, GEORGES y BOULANGER, JEAN. *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, t. IX, La Ley, N° 889.

RIVERA, JULIO CÉSAR y MEDINA, GRACIELA (directores). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, varios tomos, La Ley, 2014.

ZANNONI, EDUARDO A. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, 1986.

ZANNONI, EDUARDO A. *Derecho Civil, Derecho de Familia*, 5° edición actualizada, Astrea, Buenos Aires, 2006.



Academia Nacional  
Doctrina  
Congresos y Jornadas  
Derecho Comparado  
Derecho Registral  
Información  
Jurisprudencia  
Sociedades  
Técnica y Práctica  
Universidad

TÉCNICA y  
PRÁCTICA  
NOTARIAL

Academia Nacional  
Doctrina  
Congresos y Jornadas  
Derecho Comparado  
Derecho Registral  
Información  
Jurisprudencia  
Sociedades  
Técnica y Práctica  
Universidad



# EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

*Nicolás Agustín Soligo Schuler*

*SUMARIO. Terminología del Código Civil y Comercial. Constitución, forma, naturaleza y contenido. Trámites preescriturarios. Modelo comentado*

## TERMINOLOGÍA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El “reglamento de propiedad horizontal” constituye el estatuto fundamental que contiene los derechos y las obligaciones de los consorcistas.

El Código Civil y Comercial de la Nación ha abandonado la expresión “reglamento de copropiedad y administración”<sup>1</sup> empleada en la derogada ley 13.512, en concordancia con la sustitución de la voz “copropietario” por la de “propietario”. A su vez, la nueva normativa ha reemplazado la tradicional referencia al “consejo de administración” por la de “consejo de propietarios”. En la redacción notarial debe evitarse el empleo de las expresiones derogadas, a excepción de que el contexto sea una referencia a consorcios preexistentes al Código Civil y Comercial<sup>2</sup>.

Nuestra jurisprudencia sostuvo bajo el régimen anterior que las cláusulas del reglamento integran el título de los propietarios y que resultan obligatorias por el solo hecho de ser titular de dominio<sup>3</sup>. El segundo párrafo del art. 2038 del Código Civil y Comercial ha reeptado esta postura, al establecer que “El reglamento de propiedad horizontal se integra al título suficiente sobre la unidad funcional”. El reglamento forma parte de la causa del derecho de propiedad horizontal y, por tanto, las cláusulas de aquel también conforman el estatuto de la prerrogativa real, siendo oponible a los adquirentes sucesivos.

## CONSTITUCIÓN, FORMA, NATURALEZA Y CONTENIDO

El primer párrafo del art. 2038 del Código Civil y Comercial establece que “A los fines de la división jurídica del edificio, el titular de dominio o los condóminos deben redactar, por escritura pública, el reglamento de propiedad horizontal, que debe inscribirse en el registro inmobiliario”.

El otorgamiento del reglamento, junto con la inscripción registral (para la oponibilidad a terceros interesados de buena fe), genera el denominado “estado de propiedad horizontal”; se trata de la aptitud jurídica de la cosa para constituir derechos reales de propiedad horizontal, sea en forma simultánea o ulterior.

1 La palabra “copropiedad” aludía a las distintas partes del edificio y a los porcentuales, mientras que el vocablo “administración” se refería al funcionamiento de los órganos del consorcio.

2 Por ejemplo, en una escritura de compraventa actual referida a un departamento existente bajo la Ley 13.512 resulta válido emplear el vocabulario derogado, pues el respectivo reglamento fue otorgado bajo el régimen anterior, sin perjuicio de la vigencia imperativa de las nuevas normas de orden público.

3 CNCiv., Sala E, 11/12/1981, Jurisprudencia Argentina, tomo 1982-IV, pág. 623; SCBA, 6/6/2001, JUBA, sumario B25743.

Aquello que jurídicamente constituía una sola cosa queda sustituido por dos o más susceptibles de convertirse en propiedades separadas de distintos titulares<sup>4</sup>.

En cambio, el derecho real de propiedad horizontal nace con la primera enajenación o adjudicación de algún departamento, siempre que se verifiquen los demás requisitos para la adquisición derivada de derechos reales sobre inmuebles por actos entre vivos. Cumplidas las exigencias de título y modo suficientes, se originan centros de interés diferenciados y nace el consorcio de propietarios<sup>5</sup>.

La forma del reglamento es la escritura pública (art. 2038, CCyC), que constituye una solemnidad relativa a la cual resultan aplicables los arts. 285 y 1018 del Código Civil y Comercial<sup>6</sup>.

Respecto de la naturaleza jurídica, nuestra doctrina mayoritaria distinguía dos situaciones, a saber: a) cuando existe un condominio previo sobre el inmueble, se trata de un contrato<sup>7</sup>; y b) cuando existe un único titular de dominio, consiste en una oferta contractual (acto jurídico unilateral).

A pesar de que esta postura es ampliamente mayoritaria en nuestra doctrina, entendemos que reposa sobre la confusión entre el concepto de pluralidad de “personas” y de “partes”, tal como hemos sostenido en otras oportunidades<sup>8</sup>. Consideramos que el reglamento consiste invariablemente en un acto jurídico unilateral, con prescindencia de la existencia de dominio o condominio sobre el inmueble, dado que al momento del otorgamiento no se observan centros de interés diferenciados ni entrecruzamiento de voluntades. Al acordar el reglamento, las voluntades de los condóminos no se “cruzan” ni se “oponen”, sino que se “funden” o se “integran” en un solo deseo. Si es otorgado por condóminos, consiste en un acto jurídico unilateral y plurisubjetivo. El contrato (acto jurídico bilateral y patrimonial) nace con la primera enajenación o adjudicación de un departamento.

El art. 2056 del Código Civil y Comercial, que enumera los requisitos que debe contener el reglamento, será citado a lo largo de la explicación del modelo de escritura.

---

4 Conf. Tranchini, Marcela H. “El objeto de la propiedad horizontal”, en *Estudios de Derecho Notarial y Registral*, Marcela H. Tranchini (coordinadora), La Plata, FEN, 2005, págs. 178 y 179.

5 Conf. Abella, Adriana N. *Derecho inmobiliario registral*, Buenos Aires, Zavalía, 2008, pág. 460; Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana N. *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, tomo 1, Buenos Aires, Zavalía, 2016, pág. 258.

6 Esta forma no puede suplirse a través de otras especies de instrumentos públicos.

7 Conf. Highton, Elena I. *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 172. En la especie, se trata de un contrato plurilateral de organización porque la finalidad consiste en formar una comunidad en vez de intercambiar prestaciones.

8 Conf. Soligo Schuler, Nicolás A. “Naturaleza jurídica del reglamento de copropiedad y administración”, *Revista del Notariado* 895, pág. 75; y *Derecho a sobreedificar. Modelos contractuales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, pág. 38.

## TRÁMITES PREESCRITURARIOS

El artículo 1° de la disposición técnico registral 14 del año 2010 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires establece que a los efectos de gozar de la reserva de prioridad indirecta para el otorgamiento del reglamento de propiedad horizontal, debe solicitarse el certificado de dominio por el inmueble que será afectado al sistema<sup>9</sup>.

En cambio, el art. 3 de dicha disposición impide la observación de aquellas escrituras de reglamento de propiedad horizontal que hayan sido otorgadas sin previa certificación de anotaciones personales por inhibiciones.

El fundamento de esta última norma consiste en que el otorgamiento del reglamento sólo genera el “estado de propiedad horizontal”, sin creación inmediata del “derecho real de propiedad horizontal”. En cambio, si se pretendiese enajenar o adjudicar las unidades resultantes, será necesaria la solicitud de dicha certificación para cumplir con el art. 23 de la Ley 17.801 (conf. art. 3°, *in fine*, DTR citada).

El certificado catastral debe solicitarse vía web, previa constitución del legajo parcelario de propiedad horizontal o del estado parcelario correspondiente, con una vigencia de treinta y seis meses desde la registración catastral<sup>10</sup>. La expedición del certificado catastral (cuyo objeto sea la afectación al sistema de propiedad horizontal) provoca la apertura de las cuentas correspondientes a las unidades y requiere la inexistencia de deuda tributaria por la partida inmobiliaria de origen.

La solicitud de certificados municipales sólo es necesaria si el reglamento se otorga en forma simultánea con la enajenación o con la adjudicación de una o más unidades del edificio.

Resulta conveniente verificar la comunicación previa del plano al Registro a través de la anotación respectiva en el folio real (conf. art. 8, DTR citada), pues la inexistencia o la inexactitud de dicha registración, aunque no impida la expedición del certificado de dominio (conf. art. 4, DTR citada), obsta a la inscripción definitiva del reglamento.

---

9 Conf. Villaro, Felipe P. “Derecho registral inmobiliario”, en *Función Notarial*, tomo 2, Natalio P. Etchegaray (coordinador), Astrea, Buenos Aires, 2010, pág. 231; Tranchini, Marcela H. “El objeto...” cit., pág. 176. La doctrina fundamenta la aplicación del art. 23 de la Ley 17.801 en razón de que la afectación al sistema genera una modificación o -a lo sumo- una limitación al derecho real de dominio o condominio.

10 Conf. disposición 6117 del año 2015 dictada por la Gerencia General de Información y Desarrollo Territorial de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires.



## MODELO COMENTADO

ESCRITURA NÚMERO... REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL<sup>11</sup>. ... En la ciudad de..., Partido de..., Provincia de Buenos Aires, República Argentina, a... de... de..., ante mí, ..., Notario titular del Registro número... de este Partido, COMPARECE... (*datos personales*). CONSIDERO al compareciente con capacidad legal para este otorgamiento y su identidad queda justificada por la exhibición del mencionado documento de identidad idóneo, que en fotocopia autenticada de las partes pertinentes agregó a esta escritura. INTERVIENE por sí y expresa: EXPOSICIÓN:<sup>12</sup> a) ... es propietario del inmueble ubicado en... (*descripción del inmueble*<sup>13</sup>); b) Según plano PH..., aprobado por el Departamento Propiedad Horizontal de esta Provincia con fecha..., el inmueble se designa como... y constan las siguientes medidas, superficie y linderos:...; c) el compareciente desea someter dicho inmueble al régimen de propiedad horizontal y en tal virtud formaliza el presente REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL, de acuerdo con el Código Civil y Comercial de la Nación, sus decretos reglamentarios y las cláusulas que a continuación se establecen: ESTIPULACIÓN:<sup>14</sup> PRIMERO: El consorcio de propietarios del edificio individualizado quedará constituido por los titulares de las unidades que lo componen, según las respectivas escrituras públicas que acrediten la propiedad de las distintas unidades, y su régimen será el que prescribe el Título V del Libro Cuarto del Código Civil y Comercial de la Nación y el que establece el presente reglamento, que regirá para los actuales y futuros propietarios de las unidades en que se ha subdividido el inmueble. SEGUNDO: Conforme con el citado plano de subdivisión característica PH... el edificio se compone de... unidades funcionales y UNA unidad complementaria, TOTALMENTE CONSTRUIDAS, con entrada común por la calle... número..., a saber: UNIDAD FUNCIONAL número UNO: integrada por el polígono CERO CERO-CERO UNO, el cual consta de una superficie cubierta y total para el polígono y la unidad funcional de... me-

---

11 Se plantea el caso del reglamento de propiedad horizontal otorgado por el único dueño, quien a su vez revestirá el carácter de administrador hasta la primera reunión del consorcio en asamblea.

12 En el sector de la escritura denominado "exposición", las partes efectúan declaraciones de ciencia sobre los antecedentes del negocio jurídico contenido en el capítulo siguiente, denominado "estipulación". Se afirman datos existentes tales como la titularidad del derecho, la descripción del inmueble y la aprobación del plano de propiedad horizontal.

13 Conf. art. 2056, inc. a, CCyC.

14 En el sector de la escritura denominado "estipulación" se exteriorizan las declaraciones de voluntad del compareciente. En este caso, se vierten todas las cláusulas que constituyen el contenido del reglamento. Las constancias notariales se reservan para el último capítulo de la escritura. Resulta innecesario reiterar la descripción del inmueble y los datos del plano de propiedad horizontal, ya que se efectuaron en el capítulo anterior.

tros... decímetros cuadrados. Partida Inmobiliaria:... UNIDAD FUNCIONAL número DOS: Integrada por el polígono CERO CERO-CERO DOS, el cual consta de las siguientes superficies: cubierta... metros... decímetros cuadrados, descubierta... metros... decímetros cuadrados, y total... metros... decímetros cuadrados. Superficie total de la unidad funcional:... metros... decímetros cuadrados. Partida Inmobiliaria:... (...). UNIDAD COMPLEMENTARIA letra "A": integrada por el polígono CERO CERO-CERO TRES, el cual consta de las siguientes superficies: semicubierta... metros... decímetros cuadrados, descubierta... metros... decímetros cuadrados, y total... metros... decímetros cuadrados. Superficie total de la unidad complementaria:... metros... decímetros cuadrados. Partida Inmobiliaria:...<sup>15</sup> TERCERO: conforme con el plano de subdivisión mencionado, son cosas y partes comunes: a) el terreno; b) los cimientos, vigas portantes, muros maestros, vereda y techos; c) los muros exteriores y los divisorios de unidades entre sí y con cosas y partes comunes; d) las cañerías y tuberías que conducen fluidos o energía en toda su extensión, y los cableados, hasta su ingreso en la unidad funcional; e) las puertas y ventanas que cierran los vanos de los muros maestros; f) la entrada principal y su pasaje; g) las escaleras de acceso a las unidades y el ascensor; h) los tanques generales de agua; i) los conductos de ventilación; j) los artefactos o instalaciones para servicios de beneficio común; k) los extinguidores de incendio reglamentarios; l) las cosas, muebles y/o accesorios que se incluyan en el respectivo inventario que la administración formule con la aprobación de los propietarios; y m) todas aquellas partes y cosas del edificio sobre las cuales ninguno de los propietarios pueda invocar dominio exclusivo, según constancias de su título de propiedad<sup>16</sup>. En el plano de subdivisión citado se asignan las siguientes SUPERFICIES COMUNES: planta baja:... Primer piso:... Segundo piso:... Total general superficies comunes:... CUARTO: el valor proporcional de cada unidad funcional en relación con el conjunto del inmueble, y el valor proporcional del derecho que al propietario de cada unidad corresponde respecto de los bienes comunes, será de acuerdo con los siguientes PORCENTUALES: unidad funcional UNO coeficiente...; unidad funcional DOS coeficiente... (...); y unidad complementaria letra "A" coeficiente...<sup>17</sup> QUINTO: las unidades funcionales que componen el edificio se

15 Conf. art. 2056, inc. b, CCyC. La descripción de las unidades del edificio no ha variado respecto del régimen del Código Civil derogado. Se indica la partida inmobiliaria de cada una.

16 Conf. art. 2056, inc. d, CCyC. La enumeración de las partes comunes se adecua a los arts. 2040, 2041 y 2042 del Código Civil y Comercial. Es conveniente que la enunciación de partes comunes se adapte a cada edificio en razón de sus particularidades, como por ejemplo: la existencia de ascensores, tanques de agua comunes, calefacción central, etc.

17 Conf. art. 2056, incs. f y g, CCyC. En este caso coinciden los porcentuales fiscales, de dominio y de expensas, aunque pueden pactarse en forma diferenciada, tal como también era posible bajo el régimen derogado.

destinarán a vivienda. La unidad complementaria se destinará a espacio para estacionamiento<sup>18</sup>. SEXTO: el destino dado a las diferentes partes del edificio, como así también la proporción establecida para las unidades de propiedad exclusiva, no podrán modificarse sino por resolución unánime de los propietarios<sup>19</sup>. SÉPTIMO: el propietario de cada unidad lo es en relación con la superficie y espacio adquiridos en propiedad, según constancia del título de adquisición y plano registrado, dentro de cuyo ámbito podrá ejercer todos los derechos inherentes al dominio, en cuanto no afecten las disposiciones legales, reglamentarias y el presente reglamento. Se consideran propias, con respecto a la unidad funcional, las cosas y partes comprendidas en el volumen limitado por sus estructuras divisorias, los tabiques internos no portantes, las puertas, ventanas, artefactos y los revestimientos<sup>20</sup>. Además será propietario de los lugares y cosas comunes en la proporción prevista en el artículo cuarto de este reglamento. Cada propietario podrá usar de las cosas y partes comunes conforme con su destino, con las limitaciones establecidas por las reglamentaciones y con el cuidado y moderación necesarios para no privar de igual derecho a los demás<sup>21</sup>. OCTAVO: los daños que se ocasionen en los sectores o en las cosas de propiedad común o privativa deberán ser resarcidos por el propietario causante del daño, ya sea que éste provenga de los hechos, circunstancias y/o de la propia negligencia, o bien sea provocado por sus empleados, huéspedes, inquilinos o visitantes particulares. En el supuesto de no poder individualizarse al causante del daño, los gastos serán soportados por todos los propietarios, aplicándose al efecto los porcentuales establecidos en este reglamento. NOVENO: cada propietario deberá atender de su peculio el mantenimiento de su piso, cielo raso y superficie de las paredes y tabiques divisorios, puertas, ventanas, vidrios, revoques, pinturas y demás obras que sean de carácter interno de su unidad, obligándose a ejecutar de inmediato las reparaciones cuya omisión pueda representar daño o inconveniente a la unidad vecina, siendo responsable de los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento de esta obligación, y deberá permitir el ingreso a la unidad a las personas encargadas de proyectar, inspeccionar y/o realizar trabajos de interés común, sea que afecten a bienes comunes o privativos. DÉCIMO: en caso de transferencia de la unidad de su propiedad, el transmitente se obliga a comunicar al administrador el nombre, apellido y domicilio del adquirente, quien también deberá notificar al administrador dichos datos, junto con la fecha de adquisición, y confirmar tal circunstancia con la presentación, dentro de los 180 días, del respectivo título de propiedad para su anotación

18 Conf. art. 2056, inc. j, CCyC.

19 Conf. art. 2056, inc. ñ, CCyC.

20 Conf. art. 2056, inc. c, CCyC.

21 Conf. art. 2056, incs. h y k, CCyC.

en el registro de propietarios<sup>22</sup>. En defecto del cumplimiento de esta formalidad, será tenido por propietario el que figure en el referido registro y por domicilio el que esté anotado en él. UNDÉCIMO: está prohibido a los ocupantes, sean o no propietarios: a) ocupar en cualquier forma y para cualquier objeto, aunque sea temporalmente, los lugares de uso y propiedad común; b) arrojar toda clase de objetos o desperdicios a la vía pública o acumular basura en las unidades, las que deberán ser eliminadas en la forma y oportunidad que determinen los reglamentos municipales; c) introducir o mantener en depósito, aunque sea bajo el pretexto de formar parte de las actividades personales del ocupante, materiales inflamables, explosivos o antihigiénicos; y d) modificar el aspecto externo del edificio. DUODÉCIMO: todo trabajo y/o actividad que produzca ruidos, cualquiera sea su clase o naturaleza, no podrá comenzar antes de las ocho horas y deberá cesar indefectiblemente a las veintidós horas, respetando también el horario de catorce a dieciséis horas. El uso de aparatos de radio, televisión y/o instrumentos musicales está igualmente sometido a este horario, cuando su empleo trascienda a la unidad vecina. DECIMOTERCERO: queda designado administrador el mismo compareciente, quien acepta su nombramiento<sup>23</sup>, procederá como mandatario y representante de la comunidad, y no percibirá en principio por su cometido remuneración alguna. El administrador cesará en oportunidad de la primera asamblea si no es ratificado en ella. El nuevo administrador será designado de común acuerdo por los propietarios por mayoría absoluta, debiendo fijarse en el acto del nombramiento su remuneración. En la misma forma se procederá para su remoción. El mandato del administrador durará un año a partir de su designación<sup>24</sup>. Son deberes del administrador: a) representar al consorcio en todas las gestiones administrativas y judiciales como mandatario exclusivo, con todas las facultades propias de su carácter de representante legal; b) convocar a la asamblea y redactar el orden del día; c) cumplir y hacer cumplir este reglamento y ejecutar las decisiones de la asamblea; d) atender la conservación de las cosas y partes comunes, la seguridad de la estructura del edificio y dar cumplimiento a todas las normas de seguridad y verificaciones impuestas por las reglamentaciones locales; e) practicar la cuenta de expensas, remitir a los propietarios mensualmente su detalle y recaudar los fondos necesarios para satisfacerlas; f) rendir cuenta documentada dentro de los sesenta días de la fecha de cierre del ejercicio financiero; g) nombrar y remover al personal del consorcio, con acuerdo de la asamblea convocada al efecto; h) cumplir con las obligaciones impuestas por la legislación laboral, previsional y tributaria; i) constituir y renovar un seguro integral de consorcios que incluya incen-

22 Conf. art. 2067, inc. i, CCyC.

23 Conf. art. 15, inc. g, Disposición Técnico Registral 14/2010.

24 Conf. art. 2056, inc. s, CCyC.

dio, responsabilidad civil y demás riesgos de práctica, aparte de asegurar otros riesgos que la asamblea resuelva cubrir; j) llevar en legal forma los libros de actas, de administración, de registro de propietarios, de registros de firmas y cualquier otro que exija la reglamentación local; k) archivar cronológicamente las liquidaciones de expensas y conservar todos los antecedentes documentales de la constitución del consorcio y de las sucesivas administraciones; l) en caso de renuncia o remoción, entregar al consejo de propietarios dentro de los quince días hábiles los activos existentes, libros y documentos del consorcio, y rendir cuentas documentadas; m) notificar a los propietarios inmediatamente de la existencia de reclamos administrativos o judiciales que afecten al consorcio; y n) expedir dentro del plazo de tres días hábiles, a pedido de parte interesada, el certificado de deudas y de créditos del consorcio por todo concepto, con constancia de la existencia de reclamos administrativos o judiciales e información sobre los seguros vigentes y el estado del fondo de reserva<sup>25</sup>. DECIMOCUARTO: el administrador representará al consorcio en toda relación jurídica frente a los integrantes del consorcio, sus dependientes, terceros y autoridades públicas, personalmente o mediante apoderado, ejerciendo todos los derechos, recursos y acciones del consorcio, pudiendo contratar, adquirir derechos, contraer obligaciones, e intervenir en todos los juicios, causas y procedimientos judiciales y administrativos en que tenga interés o parte, que se encuentren en curso o se inicien en el futuro, como actor, demandado, denunciante, denunciado, querellante, tercerista, interesado o en cualquier otro carácter<sup>26</sup>. DECIMOQUINTO: serán válidas las resoluciones del consorcio, ya sea en las asambleas ordinarias como en las extraordinarias, cuando se tomen por mayoría absoluta de votos, computada sobre la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales y formada con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de éstas en relación con el conjunto<sup>27</sup>. Las cláusulas del presente reglamento sólo podrán modificarse por una mayoría de dos tercios calculada sobre la totalidad de los propietarios<sup>28</sup>, a excepción de las cláusulas estatutarias cuya modificación requiere unanimidad, tales como la estructura del edificio, el destino y el porcentual de las unidades. También requerirán unanimidad la sobreedificación, las mejoras u obras nuevas que graviten o modifiquen la estructura del inmueble de una manera sustancial o que se realicen en cosas y partes comunes en interés particular que sólo beneficie a un propieta-

25 Conf. arts. 2056, inc. r, y 2067 CCyC.

26 Conf. art. 2065 CCyC. Con la redacción amplia de la nueva norma resulta innecesaria la enumeración exhaustiva de facultades judiciales que resultaba frecuente en los reglamentos otorgados bajo la Ley 13.512 (arg. art. 11 de dicha norma).

27 Conf. art. 2056, inc. p, CCyC.

28 Conf. art. 2057 CCyC.

rio. Para la supresión o limitación de derechos acordados a las unidades que excedan de meras cuestiones de funcionamiento cotidiano, la mayoría debe integrarse con la conformidad expresa de sus titulares<sup>29</sup>. DECIMOSEXTO: el ejercicio financiero del consorcio durará un año y la fecha de cierre será el día... de... de cada año<sup>30</sup>. DECIMOSÉPTIMO: las asambleas podrán ser ordinarias o extraordinarias y serán presididas por quien ejerza la administración del consorcio. En la primera asamblea que se realice, el consorcio deberá fijar el mes de cada año en que se celebrarán las asambleas ordinarias en el futuro, debiendo mediar entre el cierre del ejercicio y el mes fijado, por los menos dos meses. La periodicidad de las reuniones no podrá ser superior a un año. En las reuniones ordinarias se considerarán los informes, balances, determinación del monto y compañía en que debe ser tomado el seguro integral del consorcio, rendición de cuentas de la administración, honorarios de esta, monto y destino del fondo de reserva, y demás asuntos presentados por los propietarios<sup>31</sup>. La asamblea puede autoconvocarse para deliberar y las decisiones adoptadas serán válidas si la autoconvocatoria y el temario se aprueban por una mayoría de dos tercios calculada sobre la totalidad de los propietarios. Las reuniones extraordinarias se solicitarán indicando el asunto a tratar al administrador, quien las convocará. Corresponde a las asambleas extraordinarias tratar además sobre los siguientes puntos: remoción de los integrantes de la administración, ejecución de trabajos o modificaciones no imprescindibles en los bienes comunes, modificación del presente reglamento e iniciación de acciones judiciales. La administración deberá avisar a los propietarios de las reuniones con diez días de anticipación, mediante comunicación fehaciente remitida al domicilio declarado o en su defecto a la unidad de la cual es propietario. Se notificará el lugar, el día y la hora de la reunión y el orden del día a tratar<sup>32</sup>. Para sesionar válidamente deberán encontrarse presentes los titulares de dominio de las unidades o quienes los representen legalmente, siendo suficiente la presentación de una carta poder. Un mismo apoderado no podrá representar a más de dos propietarios y el administrador no podrá ser apoderado<sup>33</sup>. En los casos de condominio, los diferentes titulares deberán unificar representación. De dichas reuniones se levantará un acta que deberá contener el lugar y fecha de la reunión y el texto de las resoluciones adoptadas. La administración comunicará las resoluciones de las asambleas a los ausentes por carta certificada. DECIMOCTAVO: las expensas por administración y/o reparación de las partes y bienes comunes del edificio, serán

29 Conf. arts. 2056, incs. ñ y o, 2060 y 2061 CCyC.

30 Conf. art. 2056, inc. t, CCyC.

31 Conf. art. 2056, inc. l, CCyC.

32 Conf. art. 2056, inc. m, CCyC.

33 Conf. art. 2056, inc. n, CCyC.

soportadas por los propietarios en igual proporción a la establecida en el artículo cuarto<sup>34</sup>. Los propietarios no podrán eximirse del pago por renuncia al uso de los bienes y servicios comunes ni por abandono de la unidad de su propiedad. Integrarán las expensas comunes: a) los gastos de administración; b) los impuestos, tasas, contribuciones y servicios de cualquier naturaleza que graviten sobre el inmueble en su calidad de cosa común; c) los gastos ocasionados por la reparación y conservación de las partes y bienes comunes; d) las primas de los seguros del edificio en su conjunto; e) las obras nuevas autorizadas por el consorcio; f) los servicios por capital e intereses de las hipotecas u otros derechos reales que graven al inmueble en conjunto; g) los gastos de reconstrucción en los casos de grave deterioro o destrucción del edificio, cuando así se hubiere resuelto en asamblea; y h) todo otro gasto o servicio que se origine como consecuencia de la resolución válida de los propietarios sobre asuntos de interés común no comprendidos dentro de las atribuciones conferidas al administrador. DECIMONOVENO: los propietarios contribuirán a solventar las expensas comunes mediante el pago de una cuota mensual que resultará del cálculo que el administrador realice periódicamente a ese efecto. Dicha cuota deberá ser abonada del uno al diez de cada mes, por períodos adelantados y en el domicilio del administrador o mediante depósito bancario según se acuerde en la asamblea ordinaria. Las cuotas no abonadas en los términos establecidos devengarán, a favor del consorcio, un interés igual al que fije en ese momento el “Banco de la Nación Argentina” para sus operaciones a plazo fijo a treinta días, y la mora de dos servicios no abonados totalmente dentro de las cuarenta y ocho horas de exigido su pago por un medio fehaciente, dejará abierta la vía judicial para proceder al remate de la unidad por el martillero que la administración designe, con la base de la deuda por expensas y monto de la hipoteca u otros gravámenes que reconozca, con sus servicios, intereses y gastos. El consorcio podrá adquirir la unidad subastada por decisión unánime de la asamblea. VIGÉSIMO: la asamblea podrá decidir la creación de un fondo de reserva, mediante una contribución adicional de todos los propietarios en la proporción establecida en el artículo cuarto de este reglamento, el que será contabilizado en una cuenta especial<sup>35</sup>. VIGESIMOPRIMERO: el conjunto de los propietarios de las unidades constituye la persona jurídica consorcio, con domicilio en el inmueble, quien será titular del crédito por expensas comunes, del fondo de reserva que eventualmente se constituya y de todo otro bien que adquiriera<sup>36</sup>. El uso y goce de los bienes del consorcio será conforme con su destino y según

34 Conf. art. 2056, inc. g, CCyC.

35 Conf. art. 2056, inc. l, CCyC.

36 Conf. art. 2056, inc. e, CCyC.

las previsiones legales y reglamentarias<sup>37</sup>. VIGESIMOSEGUNDO: la asamblea puede decidir la creación de un consejo de propietarios, integrado por titulares de unidades del edificio, quienes deberán ser designados por la asamblea. Tendrá las siguientes atribuciones: a) convocar a la asamblea y redactar el orden del día si por cualquier causa el administrador omitiera hacerlo; b) controlar los aspectos económicos y financieros del consorcio; c) autorizar al administrador para disponer del fondo de reserva, ante gastos imprevistos y mayores que los ordinarios; y d) ejercer la administración del consorcio en caso de vacancia o ausencia del administrador, con convocatoria a la asamblea dentro de los treinta días de producida la vacancia<sup>38</sup>. VIGESIMOTERCERO: el hecho de ser titular de cada una de las unidades e integrante del consorcio importa el conocimiento y la aceptación de este reglamento, que se integra al título suficiente sobre la unidad funcional<sup>39</sup>, como así también la obligación de someterse para toda cuestión propia de este instrumento, a la jurisdicción de los tribunales ordinarios de justicia de la ciudad de..., quedando expresamente convenido que los domicilios especiales que se constituyan no han de importar prórroga de jurisdicción y que sólo quedarán establecidos a los efectos de recibir las notificaciones judiciales o extrajudiciales. BAJO los términos que anteceden, se deja establecido el presente reglamento de propiedad horizontal. DECLARACIONES COMPLEMENTARIAS: el compareciente manifiesta bajo juramento que sus datos personales son correctos, completos y fiel expresión de la verdad, y que no se encuentra alcanzado por las disposiciones a que se refiere el punto 1.3.4.3. de la Sección 1 de las normas sobre “Prevención del lavado de dinero y de otras actividades ilícitas” y la Resolución 11/2011 de la Unidad de Información Financiera (UIF), cuyo contenido manifiesta conocer. CONSTANCIAS NOTARIALES<sup>40</sup>: CERTIFICADOS REGISTRALES: de acuerdo con los certificados expedidos por el Registro de la Propiedad con fecha... de... de... bajo los números... el de dominio y... el de inhabilidades, el compareciente no está inhabilitado para disponer de sus bienes y el inmueble no se halla afectado por gravámenes, restricciones ni interdicciones. TÍTULO: le corresponde al compareciente el inmueble deslindado en virtud de... INSCRIPCIÓN REGISTRAL:... CERTIFICADO CATASTRAL: informado por la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA) con fecha... bajo el número... NOMENCLATURA CATAS-

37 Conf. art. 2056, inc. i, CCyC.

38 Conf. art. 2056, inc. u, CCyC.

39 Conf. art. 2038, segundo párrafo, CCyC.

40 En este sector de la escritura el notario vierte sus propias manifestaciones acerca de aquellos extremos que la ley le exige acreditar, tales como la legitimación, la inscripción de dominio, el certificado catastral y otras atestaciones. Desde el punto de vista de técnica notarial, es recomendable reunir en este sector todos estos aspectos para separarlos de las manifestaciones negociales de las partes.



TRAL:... PARTIDA INMOBILIARIA:... VALUACIÓN FISCAL:... VALUACIÓN FISCAL PARA IMPUESTO AL ACTO:... PLANO PH: a) el citado plano PH..., uno de cuyos ejemplares se agrega a la presente, se halla registrado en la Dirección Provincial de Catastro Territorial en el Legajo Parcelario (Ley 10.707) número..., Folio..., con fecha..., en el Partido de... (...); b) dicho plano PH ha sido comunicado al Registro de la Propiedad con fecha... bajo el número... en la matrícula citada; y c) contiene las siguientes notas: "...". LEO al compareciente esta escritura, quien la otorga y firma ante mí, doy fe.



Academia Nacional  
Doctrina  
Congresos y Jornadas  
Derecho Comparado  
Derecho Registral  
Información  
Jurisprudencia  
Sociedades  
Técnica y Práctica  
Universidad

## JURISPRUDENCIA

Academia Nacional  
Doctrina  
Congresos y Jornadas  
Derecho Comparado  
Derecho Registral  
Información  
Jurisprudencia  
Sociedades  
Técnica y Práctica  
Universidad



## SÍNTESIS DE FALLOS

**Selección realizada por la Comisión de Legislación y Jurisprudencia  
del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires**

### PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE ESCRITURACIÓN

#### HECHOS

Inicia acción el cesionario de un boleto de compraventa, celebrado el 8/02/1987 con pago a cuenta, cumplido el pago del precio el 10/05/1989. Posteriormente el titular dominial dispone del inmueble por escritura pública. La cámara declaró la prescripción de la acción de escrituración.

#### DOCTRINA

La cuestión se centra en la acción de escrituración y su prescripción. El accionante no pudo demostrar la posesión del inmueble, ni la interrupción del plazo de 10 años que establece el artículo 4023 por el Código Civil velezano, el cual entiende que comenzó a correr a partir de la última fecha de pago. Por lo cual tanto la Cámara como la primera instancia rechazan la acción. Destaca que el instituto de la prescripción tiende “a aportar seguridad jurídica para que los conflictos humanos no se mantengan latentes indefinidamente”.

**Tribunal:** Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial – Sala II. Azul

**Autos:** San Juan Alejandro C/ Villar Beatriz y otra S/ Escrituración Expediente N° 60987/2016

**Fecha:** 27 de junio de 2017

### NULIDAD DE ESCRITURA

#### HECHOS

El actor demanda la resolución de un contrato de compraventa por la falta de entrega de la posesión. Declara haber abonado la totalidad del precio. El actor

había adquirido el inmueble del demandado por escritura traslativa de dominio. Con pago diferido. Y firmaron entre ellos un contrato de comodato, quedando en el inmueble el aquí demandado.

## DOCTRINA

Tanto la primera como la segunda instancia, entendieron que la venta fue abusiva, teniendo especial importancia la edad del vendedor, una persona de 87 años. Declarando la nulidad de la compraventa y del contrato de comodato. Para así resolver tuvo en cuenta la desproporción entre las prestaciones, y además de la edad avanzada, también el estado de vulnerabilidad en el que se encontraba el demandado-vendedor.

Establece “la situación es de edad avanzada son presupuestos, en nuestro encofrado constitucional, como desniveladoras respecto de las personas más jóvenes”. Establece que hay que darle a los adultos mayores una especial protección.

También resalta que en cuanto al precio y tasaciones acompañadas hay una desproporción notable, más del 50 por ciento. Hace especial referencia a las cuotas pactadas, a su excesiva cantidad y la falta de intereses en las cuotas. Y que tampoco se haya pactado una garantía ante el incumplimiento en el pago de las cuotas.

**Tribunal:** Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, sala II Morón

**Fecha:** 21 de noviembre de 2017

**Autos:** C.J.C. C/ M.F. Sobre resolución de contrato

**Publicado en:** [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar)

## UNIÓN CONVIVENCIAL

### HECHOS

El presente se trata de una acción de *materia de categorización*. La misma se realiza a los efectos de dejar establecido algún hecho o dilucidar cuestiones doctrinarias o de interpretación de la norma. En el presente se trata de una persona que convivía con otra, desde el año 2009, una de ellas al momento de iniciar la convivencia era de estado civil casada. Luego durante la convivencia se divorcia,

año 2014. Lo que se trata de establecer es si tenían o no la unión convivencial conforme artículo 510 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La Cámara entiende que hay una unión convivencial a pesar del impedimento de ligamen que existía al momento de su inicio.

## DOCTRINA

“... es dable comenzar por resaltar que la ausencia de impedimento de ligamen, y el mínimo de duración de dos años de la convivencia se encuentran en dos incisos separados, sin que de la lectura literal del artículo pueda extraerse que la ausencia de ligamen debe estar presente, durante todo el plazo de la convivencia”.

“Por el contrario, considero que, los recaudos establecidos por los incs. d y e del art. 510 deben ser interpretados a la luz de la singularidad de la unión convivencial consagrada por el art. 509, la que excluye la posibilidad de toda otra convivencia que no sea monogámica o exclusiva (conf. LAMBER en *Código Civil y Comercial*, Clusellas -coordinador-, T 2, pág. 579)”.

“En esta misma dirección se ha sostenido que: ‘... Por lo expuesto, entendemos que el estado civil matrimonial no es un obstáculo para la constitución de la UC (abreviatura de unión convivencial), pero sí a su inscripción en el RPLUC (abreviatura de: Registro Público Local de Uniones Convivenciales), ya que, de lo contrario, un registro público daría a publicidad una situación reñida con los deberes nacidos de la institución matrimonial que la ley fomenta y protege. Pero la ley no debe permitir que dicha protección sea usada como escudo para burlar los derechos y deberes que resultan de la UC. Si al solicitarse la registración de la UC se hubiera removido el impedimento, el tiempo transcurrido desde el inicio de la UC hasta el cese del impedimento debe tenerse en cuenta para cubrir los dos años de convivencia que la ley exige para su inscripción...’ (SZMUCH, MARIO G., ‘Sobre algunos aspectos de la unión convivencial. La protección de la vivienda y los pactos de convivencia. Propuestas de implementación’, pub. en: *Revista del Notariado* 919, 143 -las aclaraciones entre paréntesis me pertenecen-)”.

**Tribunal:** Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Junín

**Fecha:** 07 de noviembre de 2017

**Autos:** F.A. S/ Materia a categorizar

**Publicado en:** [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar)





NOTA A FALLO

## **EL INSTRUMENTO PRIVADO O LA ESCRITURA PÚBLICA COMO FORMA INSTRUMENTAL PARA EL OTORGAMIENTO DE LOS PODERES JUDICIALES**

*Eugenia Inés Zarranz*

Se han seleccionado dos fallos testigo, ya que a la fecha existen otros, pero sin mayores variantes en sus argumentos, los que concluyen aplicando e interpretando las mismas normas en forma contradictoria. El contenido completo de ambas sentencias se reproduce a continuación del presente comentario.

### **PRIMER FALLO**

*Tribunal: Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata*

*Fecha: 31 de mayo de 2016*

*Autos: Expte. N° 161144: "G. A. A. c/ Cons. Prop. Edificio Santa Lucía s/ Cobro de sumas de dinero (Exc. Alqui. Arren. etc.)"*

Se revoca la resolución del Tribunal de primera instancia, que daba por cumplida la acreditación de la representación invocada por el abogado mediante la presentación de un instrumento privado.

## HECHOS

El letrado de la parte actora se presenta invocando su representación por instrumento privado. El juzgador lo da por presentado y representación acreditada. Corrido el traslado a la demandada esta plantea revocatoria con apelación en subsidio invocando la falta de acreditación del letrado por cuanto el art. 47 del CPCyC de la Provincia de Buenos Aires exige la escritura pública. El *a quo* resolvió que la escritura pública no es requisito de forma para acreditar la personería en los poderes judiciales, argumentando que el CCyC a diferencia del Código velezano (art. 1184 inc. 7 CC), no requiere para tales actos jurídicos dicho requisito.

Elevados los autos a Apelación, la Sala II revocó el fallo argumentando que el art. 47 del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires exige la escritura pública para acreditar la representación en procesos judiciales, manteniendo plenamente su vigencia y que la entrada en vigencia del nuevo Código Civil no deja sin efecto la normativa procesal. A criterio del Tribunal el instrumento privado acompañado por la parte actora a fin de acreditar la personería invocada no cumple con las disposiciones legales vigentes que regula el Código de forma.

## JURISPRUDENCIA

Con igual criterio, se expidieron la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sala H, el 20 de noviembre de 2015 en los autos “Medina, Alejandra Elizabeth c/Saettone, Sergio Omar y otro s/ Daños y Perjuicios”; la Cámara Civil y Comercial de San Isidro Sala III, en los autos “Oropel, Clara Angélica c. Gómez, Raúl Alberto s/ acción declarativa” el 25/02/2016; la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, el 12/05/2016 en los autos “Arroyo, Nicolás Sebastián c. Dreid, Carlos Arturo y otro s/ prueba anticipada” y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, el 13/5/2016 en los autos “R. V. A. y otros c/ A. M. U. F. A. y otros s/ interrupción de la prescripción”.

En fechas más cercanas, la Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, expte. N° 1-62169-2017 en los autos “González Hugo Alberto c/ Castellano Yanel Anahí y otro s/ daños y perj. incump. contractual (exc. estado)”, resolución del 8/05/2017.

## SEGUNDO FALLO

*Tribunal: Sala II de la Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de los Tribunales de La Plata*

*Fecha: 16 de junio de 2016*

*Autos: "Sciatore, Diego Martín y otro/a c. Rossini, Estela Laura y otro/a s/ daños y perj. autom. c/ les. o muerte"*

Revoca la resolución del Juez de grado argumentando que en el art. 1017 del CCyC no se reproduce el inc. 7 del art. 1184 del derogado Código Civil, que establecía la obligatoriedad de la escritura pública para el otorgamiento de los poderes generales o especiales, considerando que estos instrumentos se deben otorgar en el marco de la libertad de formas.

## HECHOS

En el mismo escrito de inicio de la demanda, la parte actora otorga poder a su letrado para que la represente. El Juez ordena que a los fines de acreditar el apoderamiento se acompañe la escritura pública o la copia de escritura pública de poder general o especial. Al sustanciar su resolución expresa que si bien el art. 1017 no lo enumera en forma expresa, el inciso d) establece la obligatoriedad de la escritura pública en los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deban serlo. Entendiendo que al citar "disposiciones de ley", el Código deriva al art. 47 del CPCyC de la Provincia de Buenos Aires, que exige la escritura pública como forma de apoderamiento para estar en juicio.

Otorgado el recurso de apelación, la Cámara deja sin efecto la resolución de primera instancia argumentando que el texto del art. 1017 del nuevo CCyC no posee una norma análoga a la del anterior art. 1184 inc. 7 del CC, que establecía la obligación de la escritura pública en los apoderamientos judiciales. Al no estar expresamente establecido en el actual Código, se debe respetar el principio de libertad de forma en dicha materia (arts. 284, 285, 363 y 1319 CCyC). Sustenta su postura en que la normativa de fondo (art. 47 CPCyC Provincia de Buenos Aires) no puede imponer la forma porque estaría limitando el alcance de lo establecido por la ley de fondo que no la prevé (conf. arts. 31 y 75 inc. 12° de la Constitución Nacional).

## JURISPRUDENCIA

El fallo sustenta su postura en la resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores, autos “Focke, Teófilo s/ sucesión”.

Y posteriormente, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Com. de San Isidro, el 06/12/2016, en los autos “G., G. M. c. F., M. E. y otro s/petición de herencia”, se expidió en igual sentido y en forma contradictoria a lo resuelto por la sala III de la misma Cámara.

La misma Sala recientemente reafirmó su postura el 27/6/2017, en la causa n° 35.192 “B. O., A. c/ R. F. H. y ot. s/ daños y perjuicios”.

## NORMAS QUE SUSTENTAN LOS FALLOS

Ambos dictámenes se desarrollan y centran sus conclusiones en las interpretaciones de los arts. 363 y 1017 inc. d) del CCyC; 47 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, y en los arts. 19, 31 y 75 inc. 12 y 121 de la Constitución Nacional. Por ello los transcribimos para facilitar el análisis de ambos fallos:

Art. 363 del CCyC: *El apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar.*

Art. 1017 del CCyC: *Deben ser otorgados por escritura pública:*

*a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa; b) los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles; c) todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública; d) los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública.*

Art. 47 CPCC Provincia de Buenos Aires: *“... presentación de poderes. Los procuradores o apoderados acreditarán su personalidad desde la primera gestión que hagan en nombre de sus poderdantes, con la pertinente **escritura** de poder...”.*

Y los artículos de la Constitución Nacional:

Art. 19: *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.*

Art. 31: *Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones*

provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto de 11 de noviembre de 1859.

Atribuciones del Congreso:

Art. 75, inc. 12: *Dictar los códigos civil, comercial, penal, de minería, y del trabajo y seguridad social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.*

Facultades reservadas de las provincias:

Art. 121: *... el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.*

## LOS ARGUMENTOS CENTRALES DE AMBAS DECISIONES

El análisis se realizará en dos etapas: I) las coincidencias y II) las divergencias.

### I. Las coincidencias

#### 1) La forma en los contratos de mandato

Ambas salas coinciden en encuadrar jurídicamente a la representación dentro de los contratos de mandatos (art. 1319 y sigs.). Cuando el mandato requiere apoderamiento para ejercer la representación voluntaria, el art. 1320 remite a las formas regladas por los arts. 362 y siguientes; y especialmente al art. 363: *El apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar.*

De igual forma reafirman el concepto de que el contrato de mandato es formal si la ley lo impone o si el acto al que accede lo es.

Según cita la Cámara de Mar del Plata “El contrato de mandato es formal cuando la ley lo impone porque el interés comprometido es relevante, o el acto al que accede es formal, como en los casos en que se exige la escritura pública para el mandato”.

Y según la Cámara de La Plata “... La forma en que deba realizarse el apoderamiento estará dada por el acto que el representante deba realizar de modo que ata la suerte de la formalidad del poder a aquella prescripta (ÁLVAREZ JULIÁ, LUIS y

SOBRINO REIG, EZEQUIEL, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina, La Ley, Buenos Aires, 2010, T I, pág. 811”.

## 2) *Obligatoriedad de la forma escritura pública*

Ambas sentencias analizan la obligatoriedad de la forma escritura para la instrumentación de los actos y negocios jurídicos partiendo de la diferencia entre el Código velezano y el nuevo Código.

En el primero, el art. 1187 en sus once incisos enumera todos los actos que debían realizarse por escritura pública bajo pena de nulidad y específicamente el inc. 7 citaba los poderes para estar en juicio.

En cambio, en el CCyC, el contrato de mandato se lo trata a partir del art. 1319 y el art. 1320 remite al 363 cuando el mandato requiere apoderamiento. Este último artículo expresa que la forma en la representación voluntaria depende del acto a realizarse. Esta remisión nos lleva al estudio de los incs. a), b), c) y d) del art. 1017. Ambos tribunales, en este punto del análisis, concluyen que del art. 1017 no surge en forma expresa que los poderes especiales y generales para estar en juicio deban instrumentarse por escritura pública, como lo hacía el anterior art. 1184 inc. 7.

A partir de este punto comienzan las interpretaciones contradictorias.

## II. Las divergencias

### 1) *La interpretación del art. 1017 del CCyC*

El fallo de la Cámara de Mar del Plata interpreta que el inciso d) del art. 1017 es una cláusula residual, que simplifica la casuística del art. 1184 del Código Civil, siendo la voluntad de las partes (siguiendo el principio general de la libertad de formas) o la regulación específica los que establezcan su obligación; expresándolo así:

“... establece que deben realizarse por escritura pública los convenios que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, así lo dispongan. Esta cláusula residual extiende los supuestos más allá de los casos que establece el propio artículo. De este modo, se ha simplificado la casuística que proveía en artículo 1184 del Código Civil, sin significar que los supuestos que no han sido incluidos expresamente en la norma no sigan requiriendo escritura pública para su instrumentación bajo el nuevo régimen, pero la necesidad en ese sentido surgirá de la voluntad de los contratantes o de la regulación específica (*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo I, págs. 811 y sgtes. por LUIS ÁLVAREZ JULIÁ y EZEQUIEL SOBRINO

REIG. Directores Julio César Rivera y Graciela Medina, La Ley, Bs. As., 2014)”.

En consonancia con este razonamiento, deduce que el art. 47 del CPCC de la Provincia de Buenos Aires, que establece la obligación de la escritura pública para acreditar la personaría en los procesos judiciales, es una “disposición específica de la ley”, la cual no contradice el principio del art. 363 del CCyC.

Contrariamente, el fallo de la Sala II de La Plata, argumenta que el art. 1184 inc. 7 del Código Civil, preveía expresamente el requisito de la escritura pública para acreditar la representación en procesos judiciales; requisito que en la actual legislación no se ha establecido, por lo que se debe estar al principio general de la libertad de formas consagrado en el actual código; y así lo expresa:

“... cabe señalar que en el anterior Código Civil se preveía expresamente que los poderes generales o especiales a presentarse en juicio, debían hacerse por escritura pública, conforme el art. 1184 inc. 7 de ese digesto. Actualmente, no se ha establecido ese requisito para el otorgamiento de este tipo de poderes. Por el contrario, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación consagra el principio de libertad de formas al respecto (arts. 284, 285, 363, 1319 del CCyC)”.

## *2) Facultades constitucionales delegadas a la Nación y facultades reservadas por las provincias*

Ambas salas centran la interpretación de los arts. 1017 inc. d) y 363, a la luz de las normas constitucionales (arts. 31, 75 inc. 12 y 121) que reglan las facultades delegadas y reservadas por las provincias. Y arriban a conclusiones opuestas, acerca de la facultad de la legislación de fondo (Código Civil) para modificar o no la legislación de forma reservada por las provincias (Código de Procedimiento).

La Cámara de Mar del Plata sentencia que las provincias en ejercicio y cumplimiento de los preceptos constitucionales tendientes a asegurar la administración de la justicia, pueden imponer las reglas que rigen en la materia; y que la legislación procesal no es materia delegada al gobierno central. Es así como expresa: “De este modo, no es posible sostener que la modificación efectuada en la legislación en la materia haya tenido como fin suprimir el requisito exigido en código de rito (arts. 5; 75 inc. 12; 121 y 123 de la Constitución Nacional)”.

Opuestamente, el fallo de la Sala II de la Cámara de La Plata sostiene que el nuevo Código suprime la obligatoriedad de la escritura pública para el apoderamiento en los procesos judiciales, en consecuencia el art. 47 del CPCC de la provincia no puede exigir lo que no obliga el Código de fondo:

“... no resulta admisible que la legislación local limite el alcance establecido por la normativa de fondo (conf. arts. 31 y 75 inc. 12° de la Constitución

Nacional; cfme. Ac. 79.617 del 18/04/2001). Al haberse sancionado un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación por parte del Congreso Nacional en ejercicio de las facultades delegadas (Ley 26.994), en el que no se exige expresamente el instrumento público para la acreditación del mandato para intervenir en juicio (arts. 1015 y 1017 del CCyC), a su disposición ha de estarse". Y continúa sentenciando: "No puede entenderse de la prescripción del artículo 47 del Código Procesal Civil y Comercial -que ha sido dictado con anterioridad y no ha sido reformado desde la sanción del CCyC...", "... la Provincia no puede imponer las formas a los contratos, cuando ellas no están previstas en la ley nacional que regula sobre la materia delegada".

En efecto, las provincias renunciaron a la facultad de dictar el código de fondo y entre ellos el Código Civil, delegándola a la Nación (art. 126 CN); no obstante, el artículo 126 se articula con el art. 75 inc. 12 (facultades del Congreso de la Nación) que le atribuye a éste el dictado de los códigos, bajo la condición de que los mismos no alteren las jurisdicciones locales (art. 75 inciso 12 CN:... dictar los códigos civil, comercial, penal, de minería, y del trabajo y seguridad social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales).

Se deduce entonces, que *las provincias se han reservado las facultades no delegadas* (art. 121 CN) y *con respecto a las delegadas a la Nación, esta las debe ejercer sin alterar las jurisdicciones locales*.

También es cierto que la Corte Suprema de la Nación, viene sosteniendo desde el año 1923 a partir del fallo "Bernabé Correa" (Fallo 138:157), que el Congreso Nacional está habilitado para dictar normas de procedimiento, en relación con el derecho común, aplicables por los tribunales locales (sin perjuicio de ser una de las atribuciones reservadas por las provincias según el art. 121 de la Constitución Nacional), cuando fueren "razonablemente estimadas necesarias para el mejor ejercicio de los derechos" consagrados por las normas de fondo (*Elementos de Derecho Constitucional*, NÉSTOR P. SAGÜÉS, 3ra. Edición, act. y ampliada, Tomo II, pág. 129, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003).

Sin embargo, no debemos perder de vista que la postura de la Corte Suprema hace prevalecer los aspectos procesales de la legislación de fondo sobre la legislación de forma, dejando sin efecto los principios constitucionales (art. 75 inc. 12 CN), en determinadas situaciones, cuando lo "*estima razonablemente necesaria para el mejor ejercicio de los derechos*".

Lo que nos permite afirmar que la prevalencia del Código de fondo por sobre la legislación provincial, se da como una *excepción* para favorecer el ejercicio de los derechos. "... las competencias delegadas a la Nación por las provincias deben ser expresas, limitadas y excepcionales" (BIDART CAMPOS, GERMAN J. *Manual de la Constitución Reformada*, Bs. As., 1997, T I, pág. 442).



### 3) Facultad de los abogados para instrumentar el apoderamiento

Siguiendo el desarrollo de los argumentos de ambas salas, pasamos a analizar la imposibilidad y la viabilidad, respectivamente, para que el apoderamiento se realice por instrumento privado.

Es así como la Sala II de Mar del Plata, sostiene la aplicación del art. 47 del CPCyC (apoderamiento por escritura pública), priorizando la seguridad jurídica que debe prevalecer en el proceso judicial y la protección de las partes: “El interés comprometido que indica dicha exigencia se sostiene en la necesidad de la protección tanto del representado como del oponente, a los fines de que el contradictorio se realice con la real intervención de los interesados, recaudo que se hace efectivo a través de la actuación del notario en el instrumento público o, en su caso, la del funcionario judicial, garantizando de este modo la seguridad jurídica buscada con dicha regulación (arg. arts. 46, 47, 85 y ccs. del CPCC)”.

En cambio, la Sala II de Mar del Plata, en el punto VI, prioriza la libertad de las partes (sustentando su fallo en el art. 19 CN) considerando que el abogado con sus conocimientos provenientes del título habilitante se encuentra facultado para elaborar y explicar los alcances del contrato de apoderamiento que suscribiría con su cliente:

“... La función del abogado es acompañar a su parte en el más adecuado ejercicio y defensa de sus derechos, en tanto con su título habilitante posee los conocimientos jurídicos necesarios para conocer de las características del contrato de apoderamiento que suscribe con su cliente, al igual que se encuentra en condiciones de explicar a quien representará de los alcances y efectos de su suscripción”.

## NUESTRA OPINIÓN

Considerando que el núcleo de la cuestión es dilucidar si la representación voluntaria para estar en juicio debe instrumentarse por escritura pública o instrumento privado, lo apropiado es analizar la naturaleza jurídica del poder, ya que el poder judicial es una especie dentro de este género.

### Naturaleza jurídica del poder

En primer lugar, ambos fallos le otorgan al poder el carácter de contrato bilateral. Sin embargo la opinión de la doctrina mayoritaria lo considera un acto jurídico unilateral (“... El poder ‘constituye un negocio unilateral’ -perfecto con la voluntad del poderdante-...” (MOSSET ITURRASPE. *Contratos*, Editorial Ediar, 1984, pág. 181, en nota al pie 10)).

El nuevo Código en el Libro Primero, Parte General, recoge esta doctrina mayoritaria y trata al instituto de la representación en forma separada del contrato de mandato, a diferencia del Código velezano.

Es así como el art. 358 establece que los actos jurídicos pueden celebrarse por medio de representantes y el art. 362 otorga los principios y reglas que rigen la representación voluntaria.

Y como corolario el art. 363 CCyC, establece la forma del apoderamiento: “debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar”.

Siguiendo este camino de razonamiento, podemos afirmar que nos encontramos ante un acto jurídico, por el cual el poderdante se vincula con un tercero que debe obrar dentro de las facultades que le otorga: “Poder de representación es una declaración unilateral y recepticia dirigida a otra parte, por la cual se autoriza un acto ajeno, recabando anticipadamente para sí las consecuencias que hayan de derivarse de ello” (BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, pág. 436). Al respecto el notario NATALIO ETCHEGARAY escribió: “La actuación del representante será eficaz y comprometerá al representado, vinculándolo con el tercero, si se obra dentro de las facultades conferidas. Regula las relaciones entre el representado y el tercero” (autor citado: “Temas de representación convencional”, *Revista del Notariado* 884, pág. 41).

“En principio, la relación jurídica entre poderdante y apoderado es naturalmente extingible por declaración unilateral de quien también por declaración unilateral ha instituido una facultad de representación mediante la cual el apoderado podía producir efectos jurídicos a favor y en contra del poderdante” (ENNECCERUS; KIPP; WOLFF, *Derecho Civil. Parte general*, t. I, pág. 274, obra mencionada por NATALIO ETCHEGARAY en su obra citada).

### **La autonomía de la voluntad en los actos jurídicos**

El principio rector de los actos jurídicos es que deben realizarse en ejercicio de la autonomía de la voluntad y de realizarlos, deberán hacerlo con la forma y en la extensión que la ley y/o las partes consideren conveniente.

Para que el acto jurídico sea válido, es necesario que la manifestación de la voluntad sea libre y consciente; en otras palabras sin vicios del consentimiento. Y la libertad para elegir, que antecede a la manifestación de la voluntad, depende del conocer (*La voluntad debe ser inteligente*. San Agustín).

Es decir, la libertad de la voluntad para elegir depende del conocer. ¿Qué sucede cuando la voluntad no fue instruida?

## **Delegación para estar en juicio y contrato de prestación de servicios profesionales**

En un proceso judicial nos encontramos, por una parte, con el acto jurídico unilateral por el cual el poderdante delega la facultad de estar en juicio al letrado; y por otra parte, con el contrato bilateral de prestación de servicios profesionales, que conlleva una obligación patrimonial para el poderdante.

Por ello, el acto jurídico de delegar en otro su representación en juicio, es un acto trascendente para quien lo hace, debiendo cumplir con los recaudos de todo acto jurídico, que garantice la expresión de una voluntad inteligente, es decir instruida e informada sobre los alcances de su manifestación.

Y ello debe estar en manos de quien está capacitado por naturaleza para otorgarle al acto los requisitos de legalidad, despejando toda duda sobre la expresión de la voluntad, que reiteramos, debe ser libre de todo vicio que posteriormente entorpezca la función del juzgador.

La escritura pública otorgada por el notario, a quien el Estado le delegó la fe pública, garantiza los principios de:

- 1) imparcialidad: el poderdante es un requirente y no un cliente;
- 2) identidad: constata que la persona que firma es quien dice ser;
- 3) autenticidad: otorga fe de autenticidad a la rúbrica;

4) capacidad: constata que el requirente posee la capacidad que requiere para realizar el acto jurídico. Y en el caso de actuar en representación verifica que la misma sea acorde a los requerimientos de la ley.

5) inmediatez: asegura que el requirente recibe en forma objetiva el debido asesoramiento para entender el alcance del acto que se otorga.

## **Derechos del consumidor**

Resulta interesante relacionar este tema con los derechos del consumidor, reconocidos por la Constitución Nacional, que le da protección a sus intereses económicos, a una información adecuada y a la libertad de elección (art. 42 CN).

## **Seguridad jurídica**

Como ya dijimos, el art. 363 remite al art. 1107 cuyo inciso d) establece que deben realizarse por escritura pública "... los convenios que, por acuerdo de partes o *disposición de la ley, lo dispongan...*"; derivando de esta forma a las leyes provinciales y por ende a los códigos de procedimientos. Entonces: "No existe una libertad absoluta de formas en la medida que distintas normas procesales o de fondo, regulen la cuestión" (RIVERA-MEDINA, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo I, pág. 812, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014).

La aplicación del art. 47 CPCC Provincia de Buenos Aires, no contradice los principios constitucionales, pues tal como ya lo expresamos, el Congreso Nacional puede aplicar normas de procedimiento, no obstante las facultades reservadas por la Nación, solamente cuando sean “razonablemente estimadas necesarias para el mejor ejercicio de los derechos”.

El inciso d) respeta las autonomías provinciales, que no pueden ser ni reguladas ni derogadas por el CCyC (arts. 75 inc. 12 y 121 de la Constitución Nacional).

La derogación tácita del art. 47 CPCC, no está acorde con el criterio de la Corte, porque además de regular sobre la materia siguiendo la ley de fondo vigente al momento de su promulgación, tiene por finalidad garantizar que la manifestación de la voluntad se realice libre de todo vicio, en aras de la seguridad jurídica. Prueba de ello, es que el mismo Código de procedimiento en el art. 46 segundo párrafo, prevé otros medios de apoderamiento que preservan la seguridad jurídica, en los casos en que resultara oneroso para los otorgantes apoderar por escritura pública; determinando para juicios cuyo valor pecuniario no supere un valor equivalente a ciento veinte (120) Jus, la instrumentación del poder mediante acta labrada ante el Secretario del Juzgado. De igual modo, el art. 85 del mismo Código procesal establece el acta ante el actuario cuando la acción se refiere al beneficio de litigar sin gastos.

Llegados a este punto del análisis, podemos afirmar que las normas de procedimiento son creadas para dar certeza jurídica a los actos que forman parte de un proceso, impidiendo planteos dilatorios por falta de legitimidad pasiva o activa o sustitución de personas, lo que se impide mediante el necesario control de legalidad que garantice a los individuos el derecho constitucional del debido proceso.

Finalmente la legislación ya sea de forma o de fondo “siempre” debe brindar seguridad jurídica a los hechos y actos jurídicos, garantizando la igualdad entre los contratantes.

Considerar derogado el art. 47 bajo los argumentos de la postura tomada por la Corte acerca de las facultades reservadas por las provincias, es interpretar sus fallos en forma parcializada, ya que la instrumentación del apoderamiento por instrumento privado “.. no es razonablemente necesario para un mejor ejercicio del derecho”; al contrario genera inseguridad jurídica. Y sin seguridad jurídica las libertades individuales se vuelven ilusorias.

Por ello es que la voluntad del poderdante debe expresarse en el marco de la seguridad jurídica otorgado por la escritura pública.

## FALLO

Expte. N° 161144 - "G. A. A. c/ Cons. Prop. Edificio Santa Lucía s/ Cobro de sumas de dinero (Exc. Alqui. Arren. Etc.)" - CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MAR DEL PLATA (Buenos Aires) - SALA SEGUNDA - 31/05/2016

Mar del Plata, 31 de mayo de 2016

**AUTOS Y VISTOS:** Las presentes actuaciones caratuladas:

"G. A. A. C/ CONS. PROP. EDIFICIO SANTA LUCÍA S/ COBRO DE SUMARIO DE SUMAS DE DINERO (EXC. ALQUI. ARREN. ETC.)", son traídas a despacho a fin de resolver el recurso de apelación deducido de manera subsidiaria por la parte demandada a fs. 404, contra la resolución de fs. 396.

**Y CONSIDERANDO:**

I. En el auto apelado, el *a quo* tuvo por acreditada la personería invocada por los letrados representantes de la parte actora, Dres. G. y J. Del C., a mérito del instrumento privado acompañado a fs. 393/4, en función de los arts. 1017 del Código Civil Comercial nacional y 47 del ordenamiento procesal.

A fs. 404, el Dr. J. C. por la parte demandada, interpuso revocatoria con apelación en subsidio. Fundamentó su posición en que lo resuelto infringe lo dispuesto por el art. 47 del CPCC, en la medida en que éste indica que la acreditación de la personería debe realizarse a través de escritura pública. A los fines de sustentar su postura, citando al Dr. DAVID HALPERIN en su dictamen como Asesor para el Colegio de Escribanos de la CABA, indicó que dicha exigencia se mantiene vigente frente al dictado del nuevo código de fondo, en función de lo dispuesto por el artículo 1017 de dicho digesto.

Corrido el traslado de ley, a fs. 415 contestó el Dr. C. G. Del C. Expuso que el cambio en la legislación ha modificado la materia en cuestión al haberse suprimido de los actos que deben instrumentarse por escritura pública el supuesto del poder para representación en juicio. En función de ello, concluyó que la cuestión se rige por el principio de libertad de formas, en concordancia con los arts. 1320, 363 y 1015 del CCyC. Alegó que dicha postura responde al mandato constitucional de tutela judicial efectiva y acceso a la justicia y, por último, manifestó que es competencia del gobierno federal el dictado de la legislación en materia contractual.

A fs. 418/9 se desestimó la revocatoria interpuesta y se concedió la apelación en tratamiento.

II.- Adelantamos que el recurso merece prosperar.

1. El Código Procesal de la provincia de Buenos Aires, a través del art. 47, exige que la acreditación de la representación en juicio se efectúe a través de la “pertinente escritura poder”. Dicho cuerpo normativo establece que de manera excepcional pueda otorgarse poder mediante un acta efectuada ante el secretario del juzgado, en los supuestos cuyo valor pecuniario del proceso no supere los 120 Jus (art. 46), o cuando el poderdante cuente con el beneficio de litigar sin gastos (art. 85).

Con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, el mencionado precepto se articulaba con las normas pertinentes a la representación voluntaria, regulada por las disposiciones aplicables al contrato de mandato (art. 1869 del CC), en tanto ellas no se opongan a las contenidas en las leyes procesales (art. 1870 inc. 6 del CC). El sistema cerraba con la inclusión de los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio, a los actos jurídicos que deben efectuarse a través de escritura pública -art. 1184 inc. 7 del CC- (*Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados*, Segunda Edición, Tomo II, pág. 893. MORELLO, SOSA y BERIZONCE, Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, 1984).

2. Entrado en vigencia el Código Civil y Comercial nacional, estimamos que la norma procesal que exige la escritura pública para acreditar la personería en juicio no se ve contrariada por la nueva legislación, manteniendo plenamente su vigencia.

a) En primer lugar debe recordarse que la legislación procesal no es materia delegada al gobierno central y son las provincias las que, en ejercicio y cumplimiento de los preceptos constitucionales tendientes a asegurar la administración de la justicia, pueden imponer las reglas que rigen en la materia.

De este modo, no es posible sostener que la modificación efectuada en la legislación en la materia haya tenido como fin suprimir el requisito exigido en código de rito (arts. 5; 75 incs. 12, 121 y 123 de la Constitución Nacional. Ob. cit., pág. 900).

b) Realizada dicha salvedad, a su vez, no encontramos discordancias entre ambos cuerpos normativos al respecto. En ese parecer, dentro de la figura del mandato, el art. 1320 del CCyC indica que cuando el contrato conlleve el ejercicio de la representación del mandante, resultan de aplicación las normas de los arts. 362 y siguientes. Así, “el apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar”, conforme reza el art. 363, estableciendo la pauta general en materia de forma para la representación voluntaria.

En cuanto su interpretación, la doctrina tiene dicho que “el poder y el mandato no requieren formalidades. El contrato de mandato es formal cuando la ley

lo impone porque el interés comprometido es relevante, o el acto al que accede es formal, como en los casos en que se exige la escritura pública para el mandato” (*Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo II, pág. 442, por ENRIQUE C. MÜLLER. Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As., 2015; con cita a Lorenzetti en *Contratos*, Parte Especial, Tomo I, pág. 434).

c) Siguiendo dicha línea argumental, dentro de la parte general de la teoría de los contratos, el art. 1017 inciso d, establece que deben realizarse por escritura pública los convenios que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, así lo dispongan. Esta cláusula residual extiende los supuestos más allá de los casos que establece el propio artículo. De este modo, se ha simplificado la casuística que proveía en artículo 1184 del Código Civil, sin significar que los supuestos que no han sido incluidos expresamente en la norma no sigan requiriendo escritura pública para su instrumentación bajo el nuevo régimen, pero la necesidad en ese sentido surgirá de la voluntad de los contratantes o de la regulación específica (*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo I, págs. 811 y sgtes. por LUIS ÁLVAREZ JULIÁ y EZEQUIEL SOBRINO REIG. Directores Julio César Rivera y Graciela Medina, La Ley, Bs. As., 2014).

De este modo, el requisito de la escritura pública establecido por el ordenamiento ritual, se consagra como una disposición específica de la ley (art. 1017 inciso d) y se encuentra dentro del parámetro del artículo 363 en el entendimiento de que, cuando lo que se quiera ejercer sea la representación en juicio (mandato específico judicial), deberá otorgarse la pertinente escritura poder conforme lo indica el artículo 47 del CPCC (en igual sentido, Cámara de Apelaciones de San Isidro, Sala III, causa nro. 39.362 del 25/02/2016, reg. Nro. 37).

El interés comprometido que indica dicha exigencia se sostiene en la necesidad de la protección tanto del representado como del oponente, a los fines de que el contradictorio se realice con la real intervención de los interesados, recaudo que se hace efectivo a través de la actuación del notario en el instrumento público o, en su caso, la del funcionario judicial, garantizando de este modo la seguridad jurídica buscada con dicha regulación (argto. arts. 46, 47, 85 y ccddes. del CPCC).

3. En consecuencia, asistiéndole razón al apelante, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto dejando sin efecto el proveído dictado a fs. 396. Ahora bien, a los fines de subsanar el defecto en la personería y acreditar la representación en el supuesto de autos, cabe aclarar que el actor cuenta además con la posibilidad de utilizar la prerrogativa prevista en el segundo párrafo del artículo 46, atento que el monto reclamado en autos no supera los 120 jus arancelarios (v. fs. 133). De este modo, queda suficientemente garantizado el acceso a la justicia, en cuyo postulado se ha resguardado el apelado.

III. Por último, al respecto de la condena en costas del presente recurso entendemos que debe ser impuesta por su orden, atento a que la cuestión traída a conocimiento es novedosa, y que existen pronunciamientos jurisprudenciales dispares al respecto que pudieron dar al apelado vencido el convencimiento de que le asistía razón (jurisp. citada de la Cámara de San Isidro y de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores, causa nro. 95.004 del 11/02/2016, entre otras. Art. 68 *in fine* del CPCC).

Por lo expuesto y lo normado por los arts. 34, 36, 161, 243, 246 y cctes. del CPCC, RESOLVEMOS:

I.- Aceptar las excusaciones por el Dr. Roberto J. Loustaunau a fs. 445 y de la Dra. Nélide I. Zampini a fs. 436/7, por las causales allí invocadas (arts. 17, 19, 30 y ccdtes. del CPCC; 36, 48 y ccdtes. de la Ley 5827).

II.- Hacer lugar al recurso de apelación articulado a fs. 404, dejando sin efecto el proveído de fs. 396 (arts. 242, 245 y cctes. del CPCC).

III.- Imponer las costas por su orden conforme lo expuesto en el considerando III (art. 68 del CPCC).

IV.- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 del dec. Ley 8904/77).

V.- Registrar el presente y una vez transcurrido el plazo previsto en el art. 267 *in fine* del CPC, devolver las actuaciones al Juzgado de origen.

Fdo.: RICARDO D. MONTERISI - A. E. MÉNDEZ - Lucas M. Trobo Auxiliar Letrado



## FALLO

APLICACIÓN DE LA LEY - APODERADO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - ESCRITURA PÚBLICA - FORMA DEL PODER - PODER - REPRESENTACIÓN PROCESAL - VIGENCIA DE LA NORMA

**Tribunal:** Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II (C2aCivyComLaPlata) (Sala II) Fecha: 16/06/2016

**Partes:** Sciatore, Diego Martín y otro/a c. Rossini, Estela Laura y otro/a s/ daños y perj. autom. c/ les. o muerte (exc. Estado)

**Publicado en:** LLBA 2016 (julio), 8, con nota de Héctor Eduardo Leguisamón; ED; Cita Online: AR/JUR/39961/2016

## Hechos

En un juicio de daños se exigió al letrado de la parte actora que presente la escritura pública que da cuenta del poder para representar en la causa a su mandante, a los fines de entregarle el expediente tal como lo requirió. La Cámara revocó la decisión denegatoria.

## Sumarios

1. La denegación del apoderamiento del expediente al letrado de la parte actora por no haber presentado la escritura pública que da cuenta del poder otorgado para la representación en juicio debe ser revocada, pues si bien el Código Civil requería esto -art. 1184 inc. 7-, el Código Civil y Comercial, norma operativa, consagra la libertad de formas, sin que las provincias puedan imponer otras, contrarias a la ley nacional.

2. La mayor libertad que el Código Civil y Comercial le da a los ciudadanos para ser representados en juicio amplía el alcance del art. 19 de la Constitución Nacional.

3. La exigencia de que el letrado ratifique ante el secretario judicial la firma del documento que le otorga poder para representar en juicio, en vigencia del Cód. Civil y Comercial que establece la libertad de formas, soslaya la responsabilidad profesional.

## Texto Completo

Causa N° 120272 - 2ª Instancia.

La Plata, junio 16 de 2016.

Considerando:

I.- Vienen las presentes actuaciones a fin de tratar el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto y fundado por la parte actora a fs. 107/108, contra la resolución de fs. 103/104, en cuanto deniega la posibilidad de apoderamiento en el expediente solicitado por la parte accionante en el Capítulo I de la demanda. El recurso fue concedido a fs. 110 (arts. 238, 242, 248 del Código Procesal Civil y Comercial).

II. El Juez de grado exige, a los fines del apoderamiento requerido en el escrito de inicio, que se acompañe copia de escritura pública de poder general o especial o fotocopia de la misma suscripta por letrado o, en su defecto, que los mismos continúen interviniendo como patrocinantes de los actores en autos.

Ello, en tanto entiende que si bien actualmente el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no incluye al mandato para los poderes generales o especiales para estar en juicio entre los actos a instrumentarse por escritura pública (arts. 1015 y 1017 CCyC), no importa por sí la derogación expresa o tácita de las normas que emergen del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, dictado dentro del marco de la autonomía que ésta posee (arts. 75 inc. 12, 121 de la Constitución Nacional).

Incluso, sostiene el *a quo*, que el propio art. 1017 del nuevo Código, en su inciso “d” establece el instrumento público para “los demás contratos que, por acuerdo de parte o disposición de la ley, deben ser otorgados por escritura pública”, y que resulta claro entonces que, dado que el art. 47 del Código Procesal Civil y Comercial exige la acreditación de la representación voluntaria en juicio a través de escritura pública, enmarcado en el diálogo de fuentes que promueve el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1 y 2), así debe procederse.

III. Liminarmente cabe señalar que en el anterior Código Civil se preveía expresamente que los poderes generales o especiales a presentarse en juicio, debían hacerse por escritura pública, conforme el art. 1184 inc. 7 de ese digesto.

Actualmente, no se ha establecido ese requisito para el otorgamiento de este tipo de poderes. Por el contrario, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación consagra el principio de libertad de formas al respecto (arts. 284, 285, 363, 1319 del CCyC) y es a través del análisis específico de cada acto jurídico el que determinará qué forma debe revestir el acto de apoderamiento.

Es decir, el poder debe cumplimentar las mismas solemnidades que el ordenamiento jurídico requiere para el acto que el apoderado va a realizar en nombre del poderdante. La forma en que deba realizarse el apoderamiento estará dada por el acto que el representante deba realizar de modo que ata la suerte de la formalidad del poder a aquella prescripta (ÁLVAREZ JULIÁ, LUIS y SOBRINO REIG, EZEQUIEL, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina, La Ley, Buenos Aires, 2010, T. I, pág. 811).

Si el objeto del mandato es entonces la representación en juicio, ya sea por poder general o especial y al solo efecto de ejercer los actos procesales necesarios, resulta suficiente con la manifestación de la voluntad de la parte otorgante de ser representada por el letrado, sin ser necesario el otorgamiento de ella a través de una escritura pública (Cfme. Cám. Civ. Dolores; Causa 95.004; RS 8/2016 del 11/02/2016; voto de la Dra. Canale).

IV. En efecto, las provincias han delegado la facultad de dictar el Código Civil y Comercial al Congreso de la Nación y teniendo en cuenta el carácter netamente procesal de las reglas que sobre la acreditación del mandato establece el artículo 47 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (que fue redactado en consonancia con el articulado del anterior Código Civil, art. 1184 inciso 7), no resulta admisible que la legislación local limite el alcance establecido por la normativa de fondo (conf. arts. 31 y 75 inc. 12º de la Constitución Nacional; cfme. Ac. 79.617 del 18/04/2001).

Al haberse sancionado un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación por parte del Congreso Nacional en ejercicio de las facultades delegadas (Ley 26.994), en el que no se exige expresamente el instrumento público para la acreditación del mandato para intervenir en juicio (arts. 1015 y 1017 del CCyC), a su disposición ha de estarse.

No puede entenderse de la prescripción del art. 47 del Código Procesal Civil y Comercial -que ha sido dictado con anterioridad y no ha sido reformado desde la sanción del CCyC- que el modo de acreditar la personería sea a través de la presentación de la pertinente escritura pública, lo que actualmente no encuentra sustento en el artículo 1017 inciso "d" del CCyC -lo que se coordina con el art. 362 del mismo cuerpo legal-. Ello pues, una ley procesal no puede crear para actos jurídicos -en la especie: contrato de mandato-, formas instrumentales que la ley sustancial no prevé (arts. 5, 31, 75 inc. 12, 121, 126, Constitución Nacional). Es decir, la Provincia no puede imponer las formas a los contratos, cuando ellas no están previstas en la ley nacional que regula sobre la materia delegada. Por ello se juzga inadmisibles exigir se formalice el poder de marras en escritura pública (arts. cit.) como lo requiere el *a quo*.

V. Asimismo, atento el planteo efectuado a fs. 108 por el apelante, cabe señalar que el Código Procesal es un conjunto de disposiciones tendiente a desa-

rrollar un juicio justo, por el cual, en palabras de FRANCESCO CARNELUTTI, se logre resolver los conflictos y comprobar o tutelar las relaciones no litigiosas (autor citado, *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, Tomo I, pág. 67). Por el sistema de gobierno de nuestro país, su dictado está reservado a las Provincias (arts. 5, 121 y sig., CN) y por su intermedio el Juez aplica las normas de los Códigos de derecho común, cuyo dictado fue delegado al Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12, CN). Por ende, no puede el legislador provincial hacer modificaciones a aquellas materias atribuidas al legislador nacional (art. 75, inc. 12, CN), entre ellas, los contratos. Aun cuando el legislador provincial debe asegurar la prestación del servicio de justicia, ello lo será en la aplicación de las normas que integren el universo jurídico, ya sea creadas por el Congreso de la Nación o las legislaturas locales.

En el caso del mandato, como ya se dijo, el anterior art. 1184 inc. 7 del Código Civil ya derogado disponía que el poder de representación en juicio se debía realizar por escritura pública. Es así que cuando el letrado intervenía en el proceso con poder de su cliente, debían respetarse las formas que la ley de fondo establecía para su otorgamiento.

Fue ante aquel marco general que el art. 46 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia prevé la instrumentación del mandato frente al Actuario cuando el valor del proceso fuera inferior a 120 jus. En esos casos, el fedatario de ese acto de apoderamiento otorgado por un particular al abogado que lo representa deja de ser ante un escribano para concretarse ante el Secretario del órgano. Lo mismo acontece cuando la representación se brinda ante el Juez de Paz.

Otra referencia nacida también en aquel contexto es el “Protocolo para Presentaciones Electrónicas” -aprobado por la Resolución 3415/2012 del 05/12/2012- para el supuesto caso del patrocinio letrado y la presentación de escritos de ese tenor. Ella se emite para disipar el procedimiento surgido en un contexto distinto, ya que acontece cuando no hay representación y el letrado efectúa ese tipo de presentaciones. No es que por vía de superintendencia se requiera dar una especie de poder, pues cuando la parte suscribe ante el Actuario, en esta hipótesis, no hay apoderamiento, sino que actúa con patrocinio y se requiere presentar los escritos de forma digital. En tal reglamentación se explica que se hace a iguales fines probatorios que el contenido en el art. 1184 inc. 7 del Código Civil derogado. Empero, tal norma ya no subsiste en el plexo jurídico.

Por ende, si el contexto que dio origen a las disposiciones citadas ha cambiado -pues el art. 1184 inc. 7 del CC anterior ya no se incluye en el Código actual- no puede el Código Procesal continuar interpretándose como si la ley sustancial fuera la misma y no hubiese variado.

Como es sabido, las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación son directamente operativas sin necesidad de ser reglamentadas por leyes complementarias.

De haber una disposición que haya nacido a resguardo de la ley anterior y fuera contraria al nuevo orden público interno, aquélla se deberá adaptar al nuevo sistema -en tanto, como es en este supuesto, las mismas son operativas y consecuencia de las de derecho común-. No se podría continuar estando por la validez de disposiciones que responden a una ley ya derogada. Sería una forma de continuar perviviendo una ley ya desaparecida. De así suceder, habría una divergencia temporal, porque el Código Procesal reflejaría a un Código sustancial ya perimido. Dicho en otras palabras, el Código Procesal mantendría viva una disposición fenecida, desaparecida del universo normativo actual y cuya sobrevivencia no le es atribuible a las legislaturas locales.

VI. La función del abogado es acompañar a su parte en el más adecuado ejercicio y defensa de sus derechos, en tanto con su título habilitante posee los conocimientos jurídicos necesarios para conocer de las características del contrato de apoderamiento que suscribe con su cliente, al igual que se encuentra en condiciones de explicar a quien representará de los alcances y efectos de su suscripción.

Pretender, por ejemplo, que la parte ratifique ante un secretario judicial la firma del documento como un resguardo adicional, soslayaría la responsabilidad profesional del propio letrado. Los particulares -personas físicas y jurídicas- ponen en manos de sus abogados la defensa de su libertad, su propiedad, sus relaciones de familia, sus bienes y derechos más preciados. Muchos articulan sus demandas con patrocinio, ocasión en la cual los abogados explican los hechos, definen el derecho por el cual peticionan, encausando el litigio. Sin embargo, los actores no son llamados a ratificar ante el secretario la firma que estampó en esa pieza procesal, aun cuando la misma posea efectos sustanciales y procesales de relevancia. Tampoco ese paso se requiere cuando con patrocinio letrado se deduce un recurso o se presenta un escrito notificando y consintiendo una sentencia.

Será pues ahora el abogado quien al confeccionar el poder controlará el cumplimiento de las formas y recaudos exigidos y asumirá las eventuales responsabilidades en razón de ello.

VII. A mayor abundamiento, la mayor libertad que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación le da a los ciudadanos para ser representados en juicio lleva a ampliar el alcance del art. 19 de la Constitución Nacional, en tanto la ley contiene -en este aspecto- menos limitaciones que la anterior.

En efecto, la ausencia en el texto del art. 1017 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de una previsión análoga a la del anterior artículo 1184 inc. 7 del CC, se fortalece desde la perspectiva del art. 19 de la Constitución Nacional.

VIII. La presente cuestión nos enfrenta a la delicada misión de impartir justicia en un tiempo de cambio. Esta postura, como la contraria, sostenida en el fallo atacado, se asienta en la interpretación de la ley, si bien conjugan de forma distinta las diversas disposiciones. El Código sancionado con la Ley 26.994 es una norma adaptada a las nuevas realidades sociales, que se ha desprendido de formulismos que atentan, de distintas maneras, contra la agilidad propia de las relaciones y vínculos jurídicos actuales. Este es el sentido que expresamente admite el art. 1015 del mismo cuando establece “Libertad de las formas. Sólo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada”. Y de ese grupo se apartó a la representación del litigante por su letrado.

Siempre las formas surgen de la propia norma, por lo que no podría por vía judicial hacerse el camino inverso, crearlas por vía judicial, lo que es contrario a la flexibilidad que surge de la ley.

Sobre el particular, el art. 363 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que el apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar.

Por ende, “el principio general del Código es el de la libertad de las formas (arts. 284 y 1015), excepto cuando se la establece bajo pena de nulidad, como es en el caso de las donaciones de bienes inmuebles, bienes muebles registrables y las prestaciones periódicas o vitalicias (art. 1522), en las que se exige escritura pública, con excepción de las efectuadas a favor del Estado, que pueden ser acreditadas con las actuaciones administrativas (art. 1553). Es importante destacar que la libertad de formas es un principio fundamental para asegurar que la voluntad de los otorgantes, salvo casos excepcionales, no quede prisionera de formalidades rituales que, en su afán de resguardar la expresión de esa voluntad, terminan paradójicamente impidiendo su cumplimiento” (Cfme. *Código Civil y Comercial, Comentado, Anotado y Concordado. Modelos de Redacción Sugeridos*, Coordinador Eduardo Gabriel Clusellas, Ed. Astrea y Ed. FEN Editora Notarial, Buenos Aires, 2015, T° 2, pág. 95/96).

“En consecuencia, los poderes que se otorguen para los casos comprendidos en la enumeración de los artículos 1016 y 1017 deben ser otorgados por escritura pública, pero ya no bajo pena de nulidad, sino como compromiso de otorgar oportunamente la forma exigida. Es importante la excepción a la forma impuesta para las modificaciones que se refieran a estipulaciones accesorias o secundarias, o que exista una disposición legal en contrario. De esta última excepción legal puede concluirse que existe libertad de forma para las modificaciones de instrumentos de representación que originalmente requieren escritura pública, si solamente esa modificación se refiriera a estipulaciones accesorias o secundarias del contrato que se autoriza a convenir en nombre del poderdante”. (Obra citada, pág. 97).

En definitiva, y sobre el t3pico puntual cabe concluir que "... En el art3culo 1017 del C3digo Civil y Comercial no se reproduce el inc. 7 del art. 1184 del derogado C3digo Civil, que establec3a la obligatoriedad de la escritura p3blica para el otorgamiento de los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio, con lo que estos instrumentos en lo sucesivo quedan comprendidos en la libertad de formas que es el principio general del C3digo. Debe tenerse presente el inc. c del art. 1017, que expresa que deben ser otorgados por escritura p3blica todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura p3blica". (Obra citada, p3g. 97).

Por ello, en virtud de las consideraciones que anteceden, se revoca el apelado resolutorio de fs. 103/104, con costas por su orden, por el sentido en el cual se resuelve y resultar una cuesti3n novedosa en derecho (arts. 68 y 69 del C3digo Procesal Civil y Comercial). Reg3strese. Notif3quese (art. 135 del C3digo Procesal Civil y Comercial). Devu3lvase. - FRANCISCO A. HANKOVITS. - SILVIA P. BERMEJO.





Academia Nacional  
Doctrina  
Congresos y Jornadas  
Derecho Comparado  
Derecho Registral  
Informaciones  
Jurisprudencia  
Sociedades  
Práctica y Notariedad  
Notariedad

## INFORMACIONES

Academia Nacional  
Doctrina  
Congresos y Jornadas  
Derecho Comparado  
Derecho Registral  
Informaciones  
Jurisprudencia  
Sociedades  
Práctica y Notariedad  
Notariedad



# 42° CONVENCIÓN NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES  
6 AL 8 DE SEPTIEMBRE DE 2017

## **TEMA I: Sinceramiento fiscal: circulación y valoración de los títulos**

**Coordinadores:** Pablo Julián González Mantelli y Ángel F. Cerávolo

**Subcoordinadora novel adjunta:** María Florencia Costa

**Comisión redactora:** Ángel F. Cerávolo, Pablo Julián González Mantelli, María Florencia Costa, Ariel Eugenio Regis, Gastón di Castelnuovo, Néstor Lamber

## **CONCLUSIONES**

1. La Ley 27.260 tiene una mirada fiscal, tributaria e impositiva. No innova en el sistema de transferencia de la propiedad inmobiliaria.

2. Respecto de inmuebles, a los efectos de cumplir con el requisito del artículo 38 *in fine* de la ley, se requerirá la transmisión del dominio a favor del sincerante, con título y modo suficientes. Respecto del título, un acto jurídico instrumentado en escritura pública del cual surja en forma expresa o tácita el negocio causal o, en su caso, el reconocimiento de esa titularidad, de haber estado el sincerante en la posesión del inmueble.

3. El relato continente del sinceramiento de la situación jurídica oculta, determinará, al menos entre las partes, el momento de incorporación del activo al patrimonio, o la causa que determine sus efectos temporales. Es especialmente

## / INFORMACIONES/

conveniente la relación del o de los negocios jurídicos causales cuando las partes del acto originario simulado no coincidan con el del sincerante actual (p. ej. persona no nacida).

4. En los casos en que sólo se invoque la ley como causa transmisiva, habrá de interpretarse que se está ante el reconocimiento de una simulación en el acto de adquisición previo o, en su caso, de una interposición de persona disimulada u oculta. Los efectos temporales de la adquisición del sincerante se retrotraen a aquel momento; ello sin perjuicio de los derechos que los terceros pudieran invocar.

5. La escritura pública que contenga el relato de los negocios subyacentes de la simulación debe guardar adecuada coherencia, y cuantos más elementos existan tendientes a demostrar la verosimilitud de la situación jurídica oculta, más defensas ante eventuales ataques de terceros tendrá el titular del dominio.

6. El subadquirente tendrá la defensa que brinda el art. 392 del CCyC, en tanto se den los supuestos de la norma: buena fe y título oneroso. Quedan amparados tanto las acciones de nulidad en general, simulación (art. 337 del CCyC), como de inoponibilidad por fraude (art. 340 del CCyC).

Todas las conclusiones fueron aprobadas por unanimidad.

### **Tema II: Donaciones en el Código Civil y Comercial: acciones de colación y reducción. Análisis de la incidencia del art. 2458. Especial referencia a la donación de acciones, cesión de derechos hereditarios gratuita y donación dineraria para la compra de un inmueble**

**Coordinadores:** Maritel Brandi Taiana y Alfonso Gutiérrez Zaldívar

**Subcoordinador novel adjunto:** Mariano Russo

**Comisión redactora:** Néstor Daniel Lamber, Alfonso Gutiérrez Zaldívar, Mariano Russo, Maritel M. Brandi Taiana

El tema 2 de la 42 Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se desarrolló en un clima de colaboración e intercambio doctrinario muy enriquecedor. Se pudieron exponer los temas presentados abriéndose luego al debate para finalmente proceder a votar las conclusiones que se transcriben a continuación y a las que se arribó por unanimidad.

## CONCLUSIONES

El efecto reipersecutorio de la acción de reducción del artículo 2458 CCyC no es aplicable a las transmisiones gratuitas de bienes no registrables.

Dicho efecto reipersecutorio se concreta sólo en los casos específicamente previstos por la ley y en los restantes la acción de protección de la legítima sólo tendrá por efecto el reclamo del valor de la porción afectada.

### Donación de acciones

No resulta aplicable respecto de las acciones transmitidas a título gratuito por cuanto estas revisten el carácter de títulos valores (cualquiera sea su clase) y, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1815 del mismo cuerpo legal estos no se encuentran comprendidos dentro de la calificación de bienes registrables objeto de la acción.

Las acciones, al ser títulos valores, gozan de las características propias de estos, entre las cuales se encuentra su autonomía. Dicha autonomía determina que les son inoponibles las defensas o excepciones que pudieran existir respecto de titulares anteriores.

### Cesión de herencia

Tampoco es aplicable el efecto reipersecutorio de la acción de reducción en la cesión de derechos hereditarios gratuita en razón de no ser su objeto, la indivisión hereditaria, un bien registrable.

### Donación de dinero invertido en la compra de un bien registrable

El dinero no constituye bien registrable y la donación del mismo no está alcanzada por el efecto reipersecutorio previsto en el artículo 2458 CCyC.

No constituye un caso de subrogación real la compra de un bien registrable con dinero donado.

Tampoco existe efecto reipersecutorio en lo adquirido con dinero donado cuando la donación tiene el cargo de adquirir un bien registrable determinado: el objeto de la donación es, en todo caso, un bien no registrable.

Asimismo, se analizó el alcance del fallo dictado por la Cámara Civil Sala G, en autos "C., A. y otro c/ B., E. J. y otros s/ cobro de sumas de dinero (expediente 17.425/15). Se concluyó que, más allá de que en todo caso un único fallo no supone jurisprudencia ni tiene el peso de tal, el mismo no pone en tela de juicio de forma alguna las donaciones de padres a legitimarios anteriores al Código Civil y Comercial.

## / INFORMACIONES/

Sin perjuicio de lo anterior, se concluyó que, en todo caso, el Código Civil y Comercial, como nueva norma, en modo alguno puede, sin vulnerar valores y derechos constitucionales primarios y elementales de un estado de derecho, afectar el patrimonio consolidado y los derechos adquiridos (incorporados a ese patrimonio) y consumidos en el marco de la normativa anterior vigente.

Las donaciones de padres a legitimarios otorgadas con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial han producido la incorporación patrimonial en cabeza de los donatarios de derecho pleno de dominio, que no puede verse afectado ni limitado por una norma posterior.

### **Tema III: Partición: su incidencia en el ámbito notarial y registral inmobiliario**

**Coordinadores:** Patricia Casal y Sebastián Grillo

**Subcoordinador novel adjunto:** Jorge A. Latino

**Comisión redactora:** Julián González Mantelli, Sylvia Verónica Belatti, Maite G. Martínez Loffler, Juan Pablo Depaoli

## CONCLUSIONES

1. El CCyC regula a la “Partición” en el Título VIII del Libro V, estableciendo que la indivisión hereditaria solo concluye con el acto partitivo. Por la remisión que efectúa al tratar otros institutos jurídicos sus normas, en lo procedente, también son aplicables a la etapa de liquidación de la comunidad de gananciales (indivisión postcomunitaria, art. 481 CCyC) y a la extinción del condominio sin indivisión forzosa (art. 1996 CCyC).

2. La partición es el acto jurídico por el cual los copartícipes materializan la porción ideal que les corresponde en el todo -universalidad- transformándola en bienes concretos sobre los que se tendrá un derecho exclusivo. Su efecto es declarativo. Cada comunero recibe el o los bienes del causahabiente. Su objeto es declarar lo que ya tenía cada uno desde el inicio de la indivisión y con efecto retroactivo.

3. La partición la podemos clasificar o categorizar: a) según la manera en que se distribuye: en especie o en dinero; b) según los bienes que comprende: total o parcial; c) según el carácter con que se realiza: provisional o definitiva; y d) según quién la decide y cómo se practica: privada -extrajudicial- y judicial.

a) *En especie o en dinero*: el art. 2374 sienta el principio de partición en especie. Este cede frente a la imposibilidad material o jurídica de la división en especie para la conformación de los lotes, cuando la división convierte en antieconómico el aprovechamiento (art. 228 CCyC); la venta es necesaria para el pago de deudas y cargas (arts. 1991 y 1992 -condominio-, arts. 489, 495 y 502 -comunidad de gananciales-) y cuando los comuneros capaces, por unanimidad deciden vender (partición tácita).

b) *Total o parcial*: la partición es parcial (art. 2367) cuando alcanza parte de los bienes quedando subsistente el estado de indivisión con relación a los demás. A veces es necesaria porque ciertos bienes no son susceptibles de partición actual (supuestos de indivisión arts. 2330 a 2333), o porque la división se torna antieconómica (art. 2375). En la partición privada los copartícipes tienen plena libertad para concretarla con una u otra extensión (art. 2369).

c) *Provisional o definitiva*: la partición definitiva finaliza con el estado de indivisión, cierra con la posibilidad de rever la distribución de los bienes salvo por causa de nulidad (o la posibilidad de solicitar la partición complementaria, su rectificación o atribución de complemento, en lugar de la nulidad. Art. 2408 CCyC). La partición condicional está contemplada en el art. 2366 -herederos condicionales- precisando quiénes, según el tipo de condición, deben prestar garantías para asegurar los derechos respectivos. La partición provisional regulada en el art. 2370 es una atribución de uso y goce de los bienes, no pone fin al estado de indivisión y no obsta a solicitarla en cualquier momento, salvo que sea en el marco de un pacto de indivisión.

d) *Privada -extrajudicial- y judicial*: la partición judicial es aquella que está sujeta al control y aprobación judicial. Implica cumplir una serie de procedimientos que se generan en la necesidad de brindar seguridad a los intereses de la persona incapaz, con capacidad restringida, del ausente, del disconforme o de terceros (art. 2371 CCyC).

La partición privada la realizan los comuneros sin intervención judicial. Requiere para poder efectuarla que todos los herederos estén de acuerdo, en forma unánime, que estén presentes y que sean mayores y capaces (art. 2369 CCyC).

La denominada “partición mixta” es aquella que se concreta mediante el convenio celebrado por las partes en instrumento privado presentado al juez de la sucesión para su homologación o aprobación. El CCyC no la contempla expresamente.

Con relación a ella existen diversas posturas doctrinarias:

a) Aquellos autores que sostienen que esta práctica, observada bajo la normativa anterior (art. 1184 inciso 2), puede seguir cumpliéndose. En cuanto a la libertad de formas prevista para la partición privada, el art. 2369 no especifica nada al respecto y nada obsta a que se presente el convenio al juez de la sucesión

a fin de obtener el instrumento público que acceda al registro respectivo. Parte de estos doctrinarios sostiene que la denominada partición mixta es un subtipo de la judicial, por la necesaria intervención del juez para su homologación.

Asimismo, se señala que es la muerte la que causa la transmisión de los bienes y que la partición privada, que posee carácter declarativo y no atributivo, no tiene por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Todo ello en coincidencia con una interpretación armónica en cuanto a libertad de las formas, que sigue jurisprudencialmente el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de exceso ritual manifiesto.

b) Otra corriente de pensamiento entiende que a partir de la entrada en vigencia del CCyC la norma genérica contenida en el art. 2369 cede ante el principio establecido en el art. 1017 inciso a) que exige escritura pública para los supuestos de partición privada donde estén comprometidos inmuebles, al no reiterarse la excepción contenida en el art. 1184 inc. 2 del código derogado. Aclarando, en caso de adherirse a esta postura, que la aplicación de la ley no podrá ser retroactiva.

No obstante las posturas disímiles, se concluye por mayoría que no serán observables los títulos provenientes de particiones efectuadas por instrumento privado que incluyan inmuebles, y que hayan sido homologadas judicialmente.

#### 4. Derecho real de habitación del cónyuge supérstite y del conviviente.

El derecho regulado en el art. 2383 CCyC tiene finalidad asistencial. Asegura, al supérstite, frente a eventuales requerimientos de herederos o legatarios, el derecho de seguir habitando el inmueble de propiedad del causante, siempre que no se encuentre en condominio, y que haya sido la última sede del hogar conyugal a la fecha del fallecimiento del consorte. Es inoponible a los acreedores del causante.

El supérstite puede ejercer este derecho tanto sobre el inmueble ganancial de titularidad del causante como de titularidad del supérstite (cónyuges en régimen de ganancialidad), los bienes propios del causante (comunidad de gananciales) y los personales (régimen de separación de bienes).

Sobre este tema se plantean dos posturas doctrinarias:

- 1) Que consiste en un supuesto de indivisión forzosa que obsta a la partición.
- 2) Que no impide la partición ya que puede adjudicarse la nuda propiedad, no siendo objeto de partición el derecho real de habitación.

Al respecto, se pronuncia por unanimidad que el derecho real de habitación del cónyuge supérstite no obsta a la partición, es decir, no es un supuesto de indivisión.

5. Indivisión. La forma requerida para la celebración de los convenios de indivisión de la comunidad hereditaria es la escritura pública. Por su parte, el convenio de indivisión del condominio, requiere formalizarse por escritura pública



únicamente cuando tiene por objeto bienes inmuebles, permitiéndose en el resto de los casos la libertad de las formas.

Debe distinguirse el ámbito y los efectos de las restricciones a la partición de las cláusulas de inenajenabilidad.

Tanto el objeto como la extensión y el tiempo de todas las causales de indivisión pueden limitarse.

## **Tema IV: La nueva sociedad por acciones simplificada, un nuevo tipo social**

**Coordinadores:** Pilar M. Rodríguez Acquarone y Agustín Ceriani Cernadas

**Subcoordinadora novel adjunta:** María del Rosario Stoppani

**Comisión redactora:** Pilar M. Rodríguez Acquarone, Agustín Ceriani Cernadas, María del Rosario Stoppani, Solange Jure Ramos, Gastón Ariel Mirkin

### **PONENCIAS APROBADAS POR UNANIMIDAD**

La Ley 27.349 consagra un nuevo tipo legal de sociedad, por fuera del régimen de la Ley 19.550, denominado sociedad por acciones simplificada (o SAS), el cual está conformado por elementos propios de las sociedades por acciones y de las sociedades de responsabilidad limitada.

Esta ley propone un marco normativo más dinámico, menos rígido, donde se impone la autonomía de la voluntad a fin de consagrar una estructura simple y de rápida puesta en marcha para fomentar los emprendimientos de capital emprendedor. Nos encontramos ante un cambio político-legislativo de gran envergadura, ya que la normativa de la SAS escapa a la tipología social de corte imperativo y rígido de nuestra Ley General de Sociedades.

Es de destacar que este nuevo tipo social se crea junto con otras medidas de apoyo al capital emprendedor, de manera que nace a partir del fomento de la actividad emprendedora, como una herramienta más dentro de un cúmulo de medidas de incentivo al capital emprendedor.

La propuesta de dotar a los emprendedores y empresarios de una herramienta ágil y dúctil mediante la creación de la SAS nos acerca un cambio de paradigma ya que introduce la autonomía de la voluntad en relación con la tipología societaria, en contraposición con las normas imperativas de la Ley 19.550.

La norma bajo análisis ha dado respuesta a varias inquietudes de este nuevo perfil empresarial. Se han establecido beneficios impositivos para favorecer e

incentivar el financiamiento de emprendedores y se ha creado el Fondo Fiduciario para el Desarrollo de Capital Emprendedor (FONDCE), destinado a financiar emprendimientos e instituciones de capital emprendedor registrados como tales. Además, se implementa el sistema de financiamiento colectivo como régimen especial de promoción para fomentar la industria de capital emprendedor. Se establece como autoridad de control a la Comisión Nacional de Valores, implicando necesariamente futuras reformas en nuestra normativa de Mercado de Capitales.

La SAS está diseñada para ser una herramienta ágil y flexible. Se la ha dotado con algunas características híbridas de las sociedades anónimas, ya que el capital social se divide en partes denominadas acciones y de las sociedades de responsabilidad limitada, ya que se le aplican sus normas en forma supletoria para la organización, gobierno y fiscalización. Este esquema dinámico, libre y rápido es ideal para la pequeña y mediana empresa, pero no lo limita a ella.

Como puede observarse, la norma intenta responder a las distintas demandas de este nuevo sector de la economía que cobra impulso, acompañando de manera más ágil y dinámica las cuestiones legales e impositivas, que actualmente funcionan como un desincentivo para el capital emprendedor, que se traduce generalmente en demoras y altos costos operativos.

El objetivo del legislador fue acortar los procedimientos para su constitución y reducir costos a través de su constitución por medios digitales dentro del plazo de veinticuatro horas, destacando entre sus principales características:

- a) la constitución por una o más personas por instrumento público o privado y por medios digitales con firma digital;
- b) contar con un capital mínimo equivalente a dos veces el salario mínimo, vital y móvil, dividido en acciones;
- c) la opción de mantener por el plazo de veinticuatro meses, desde la fecha de aceptación, los aportes irrevocables a cuenta de futura emisión de acciones;
- d) la celebración de reuniones del órgano de administración y del órgano de gobierno a distancia, mediante medios que permitan a sus socios y participantes comunicarse en forma simultánea;
- e) registros societarios y contables digitales;
- f) otorgamiento de poderes, estatutos y modificaciones con firma digital del autorizante;
- g) apertura de cuenta corriente y obtención de la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) en plazos cortos, sin necesidad de prueba de domicilio.

La Ley 27.349 en su art. 33 y la Resolución General 6/2017 de la Inspección General de Justicia establecen que esta figura se sujeta al ordenamiento previsto en dicha ley y, supletoriamente, a las disposiciones de la Ley General de Sociedades N° 19.550 en cuanto se concilien con dicha ley.

La Ley 27.349 no requiere la conformidad administrativa del instrumento constitutivo de la SAS y su contralor durante su funcionamiento, disolución y li-

quidación. En el ámbito de la Capital Federal, tampoco tendrá fiscalización estatal permanente ni aun en los casos en que el capital social supere lo previsto en el art. 299, inc. 2 de la LGS (art. 2 Resolución General 6/2017 IGJ).

Este nuevo tipo societario puede constituirse por instrumento público o privado, con firma certificada notarial, judicial, bancaria o por autoridad competente ante el Registro Público respectivo. También, dice la ley, puede constituirse por medios digitales con firma digital. En estos supuestos el instrumento deberá ser remitido a los fines de su inscripción al Registro Público correspondiente en el formato de archivo digital.

El objeto social, según el art. 36, inc. 4, podrá ser plural y deberá enunciar en forma clara y precisa las actividades principales que constituyen el mismo, las que podrán o no guardar conexidad o relación entre ellas. Esto implica una gran diferencia en relación con el objeto “preciso y determinado” del art. 11, inciso 3 LGS, con las interpretaciones posteriores de la IGJ.

La SAS puede ser constituida o integrada por un único socio, con vocación pluripersonal o viceversa, sin requerir ninguna reforma del estatuto, ni inscripción registral de tal circunstancia, es decir que es simplemente flexible y reversible en cuanto a la unipersonalidad o pluripersonalidad.

En la SAS unipersonal, el único socio puede ejercer las funciones de los distintos órganos de la sociedad, en cuanto sean compatibles, lo cual otorga una importante ventaja económica y de practicidad al único socio por no verse obligado a contratar otras personas que desarrollen, por ejemplo, las actividades de administración de la sociedad.

Rige plenamente lo establecido por el art. 266 de la LGS que establece el principio por el cual el cargo de administrador es personal e indelegable. En consecuencia, resulta fundamental la persona humana que forma parte del órgano de administración ya que es este órgano el encargado de determinar el contenido y formación de la voluntad social, independientemente de la función de representación que ejerce el representante legal.

La autonomía de la voluntad se encuentra por ejemplo en normas que permiten a los socios pactar distintas limitaciones a la transferencia de acciones, o de alguna clase de ellas, entre otras la prohibición de su transferencia por diez años como plazo máximo -prorrogable por períodos sucesivos de hasta diez años-, por unanimidad, resultando las limitaciones oponibles a los sucesivos adquirentes y terceros cuando consten en el instrumento constitutivo, tachando de nulidad las transferencias efectuadas en infracción.

La posibilidad que tienen los socios de la SAS de establecer la prohibición a la transmisibilidad de las acciones por el plazo máximo que determina la ley, le impone un mayor grado personalista a este tipo societario de gran importancia para las sociedades cerradas o de familia.

## / INFORMACIONES /

Pareciera ser riesgoso para los socios incorporar una cláusula de prohibición de transferencia en el instrumento constitutivo sin prever en detalle qué sucederá con la incorporación (o no) de los herederos del socio en caso de fallecimiento durante el plazo de vigencia de dicha prohibición de transferencia. Sería altamente recomendable que en los instrumentos constitutivos de la SAS se prevean con precisión los efectos que se producirán para los socios y los herederos del socio ante el fallecimiento del titular de las acciones con esta prohibición para transferir.

Asimismo, el instrumento constitutivo podrá establecer las formas de reunirse y adoptar resoluciones sociales, receptando la posibilidad de celebrar las reuniones a distancia y la citación por medios electrónicos. Tanto el órgano de administración como de gobierno podrán autoconvocarse. En este supuesto las decisiones que se tomen serán válidas si cuenta con *quorum* del cien por ciento en ambos casos, exigiéndose unanimidad para resolver en el caso del órgano de gobierno. Resulta suficiente que la decisión se tome por la mayoría contractual exigida en el órgano de administración.

En relación con las prestaciones accesorias se debatieron dos posturas opuestas. Por un lado, quienes entienden que las mismas no pueden equipararse al aporte y, por lo tanto, no forman parte del capital social pero sí del patrimonio. Esta postura es la que sostiene la IGJ en el art. 27 de la Resolución General 06/17. Por otra parte, en virtud de la ambigua redacción del art. 42 de la Ley 27.349, hay quienes entienden que las prestaciones accesorias pueden formar parte del capital social.

Las prestaciones accesorias pactadas con administradores y proveedores resultan una opción de financiación externa para la SAS.

# 19° JORNADA NOTARIAL CORDOBESA

CIUDAD DE CÓRDOBA, 16 AL 18 DE AGOSTO DE 2017

## Tema I: Estipulación a favor de terceros

**Coordinador:** Augusto Luis Piccón (Córdoba)

**Subcoordinador:** Guillermo J. Casanegra (Córdoba)

**Comisión redactora:** María Lucía Lafranconi (Córdoba), María del Rosario Mérida (Córdoba), Ana Noelia Suárez (Córdoba)

**Relator:** Rogelio Andrés Cabanillas (Córdoba)

## CONCLUSIONES

1. La estipulación a favor de terceros tiene su propia naturaleza jurídica, que es única, novedosa y distinta de otros institutos jurídicos, razón por la cual no es correcto tratar de explicarla desde otras figuras, ya que contiene caracteres propios.

2. El tercero beneficiario de la estipulación es un tercero en el sentido técnico del término, tanto en lo formal porque no participa de la declaración de voluntad común, como en lo sustancial porque esa convención no alcanza para repercutir en su patrimonio, necesita de la aceptación para ello. Hablamos de un tercero particular por la facultad que tiene de aceptar.

3. A diferencia de la situación del estipulante y del promitente cuyos derechos y obligaciones nacen desde el momento de la celebración del contrato, el tercero beneficiario tiene un derecho en expectativa hasta la aceptación.

## / INFORMACIONES /

4. La estipulación a favor de tercero puede ser tanto un contrato en sí como una cláusula en un contrato.

5. Dentro de este apartado también se discutió el carácter personalísimo o no de la aceptación. El CCyC contempla expresamente la situación de los herederos del beneficiario pero nada dice de sus acreedores.

La postura mayoritaria consideró que los acreedores no se encuentran facultados para aceptar por el tercero beneficiario mediante una acción subrogatoria (sin descartar una posible acción por fraude o simulación); mientras que la postura minoritaria se expresó en sentido contrario que pueden hacerlo.

6. La postura mayoritaria expresa que en principio la cláusula “compra para” tiene la naturaleza jurídica de una estipulación a favor de terceros, salvo que de otros elementos del instrumento surja lo contrario.

Un sector minoritario dice que la calificación debe ser realizada en cada caso en concreto, no pudiendo generalizarse.

7. Cuando tenga lugar una estipulación a favor de tercero, ya sea como contrato en sí o como cláusula, se recomienda que el notario como instrumentador, y para evitar conflictos de interpretación, lo califique de manera expresa, no siendo suficiente la expresión “compra para”.

8. La ley no exige exteriorizar la relación interna que vincula al estipulante con el beneficiario, o la causa del negocio indirecto. El notario deberá evaluar y asesorar en el caso concreto sobre la conveniencia de hacerlo o no.

9. Por la trascendencia de este negocio es necesario que, más allá de la publicidad cartular, se publicite registralmente la estipulación y sus vicisitudes para que la realidad registral coincida con la extrarregistral.

*De lege ferenda:* si bien actualmente el Registro General de la Provincia toma razón de la estipulación a favor de terceros por rogación expresa del notario, se recomienda el dictado de normativa técnico registral a tales fines y la regulación de todo lo relacionado con la misma (ej. revocación, aceptación, renuncia, etc.).

10. La revocación puede ser tácita o expresa. La tácita se da con cualquier acto otorgado por el estipulante, que permita inferir con certidumbre la voluntad revocatoria. Se recomienda hacerlo siempre en forma expresa para evitar situaciones de interpretación conflictiva. La expresa debe ser instrumentada en escritura pública o instrumento privado, de acuerdo a la forma utilizada para la estipulación.

La revocación puede ser unilateral o bilateral, según comparezca solamente el estipulante, o también el promitente prestando conformidad, lo que es necesario cuando este tenga algún interés en que la estipulación sea mantenida.

11. El estipulante puede revocar la estipulación aún cuando haya manifestado la utilización de dinero del beneficiario en el negocio con el promitente. Teniendo dicha manifestación relevancia sólo para las relaciones internas entre estipulante y beneficiario.

Se recomienda por lo complejo del instituto, la novedad del texto del Código y la falta de jurisprudencia que el asesoramiento notarial en este caso sea especialmente cuidadoso para dar acabado cumplimiento a la función preventiva del derecho.

## **Tema II: El principio de especialidad en los derechos reales de garantía**

**Coordinadora:** Patricia A. M. Ricci de Iturres

**Subcoordinador:** Gustavo Alejandro Boccolini

**Secretarios:** Federico Jorge Panero y Agustín Andrich

**Comisión redactora:** Ariana Ghirard Aramburu, Silvia M. Mendaña, Sebastián Bermúdez

**Relatora:** María Pía Iturres

### **CONCLUSIONES**

El art. 2189 en la redacción original del Código Civil y Comercial, con el título “Especialidad en cuanto al crédito”, introdujo la regulación de los créditos indeterminados como objeto de garantía de los derechos reales en el sistema legal de nuestro país, generando interpretaciones controversiales, por las imprecisiones de su texto.

La Ley 27.271 sustituyó dicho artículo, estableciendo una pluralidad de regímenes, otorgando un tratamiento diferenciado entre los créditos determinados y los indeterminados. Esta nueva regulación recoge el creciente reclamo de nuestra doctrina y jurisprudencia de aceptar la regulación de las denominadas hipotecas abiertas, con objetivos claros de mejorar el mercado crediticio, disminuyendo costos, otorgando agilidad al tráfico jurídico, tutelando el derecho constitucional a la vivienda y brindando por consiguiente seguridad a las partes.

#### **Primero**

En el Código Civil y Comercial de la Nación, la convencionalidad, la accesoriedad y la especialidad en cuanto al crédito, tanto en la hipoteca como en los restantes derechos reales de garantía, continúan siendo caracteres esenciales para su existencia y validez.

## / INFORMACIONES/

### **Segundo**

En el sistema de derechos reales de garantía tenemos hoy en nuestro país dos regímenes:

a) Derechos reales en garantía de créditos determinados; y b) derechos reales en garantía de créditos indeterminados.

### **Tercero**

En ambos regímenes se debe cumplir con los indicados caracteres esenciales:

a) Para los derechos reales de garantía respecto de créditos determinados, con la expresión en el acto constitutivo de sus elementos esenciales, sujeto, objeto y causa; b) para los derechos reales de garantía respecto de créditos indeterminados, estableciendo el monto máximo del gravamen por todo concepto, el plazo al que se sujeta, que no puede exceder de diez años, y la determinación de la relación jurídica subyacente entre acreedor y deudor/constituyente, que provocará el nacimiento de la o las obligaciones cubiertas por el derecho real de garantía.

### **Cuarto**

El monto del gravamen es un requisito esencial en los derechos reales de garantía, y el mismo se establece en forma definitiva en las garantías reales respecto de los créditos indeterminados, con un monto máximo; y en forma provisional en las garantías reales respecto de los créditos determinados.

### **Quinto**

La hipoteca constituida en moneda extranjera es plenamente válida al cumplir con el principio de especialidad y con las normas de nuestro derecho nacional interpretadas en forma armónica.

### **Sexto**

El establecido plazo máximo de duración de los diez años -en el art. 2189- se refiere exclusivamente a los derechos reales de garantía para créditos indeterminados.



### **Séptimo**

La integración que prescribe el art. 2190 CCyC se aplica para ambos regímenes de garantías y obedece al principio de conservación de los contratos (art. 1066 CCyC).

### **Octavo**

El incumplimiento del principio de especialidad origina una nulidad absoluta, por violar normas de carácter estatutario del régimen de los derechos reales de garantía.

### **Noveno**

Los créditos UVAs satisfacen el principio de especialidad en cuanto al crédito, al individualizarse al sujeto, objeto y causa. Constituyen obligaciones de valor conforme el art. 772 del CCyC.

### **Décimo**

La denominada “hipoteca abierta” encuentra actualmente recepción legislativa en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación al regular en el art. 2189 los derechos reales de garantía respecto de créditos indeterminados.

No obstante ello, las hipotecas constituidas únicamente en garantía de “todas las obligaciones contraídas por el deudor” u otras enunciaciones generales similares, continúan siendo nulas por violación de los caracteres de accesoriedad y especialidad en cuanto al crédito.

### **Décimoprimer**

Se recomienda, en la tarea de asesoramiento previo y al momento de la redacción del instrumento notarial pertinente, tener especial cuidado y precisión en la enunciación de los caracteres esenciales, conforme lo expuesto precedentemente.

### **Décimosegundo**

Conforme la segunda parte del artículo 7 CCyC, el plazo de caducidad de 35 años establecido por el nuevo art. 2210 CCyC se aplica exclusivamente para las hipotecas constituidas con posterioridad a la vigencia de la Ley nacional 27.271,

## / INFORMACIONES/

por una interpretación sistemática y armónica de los principios generales del derecho.

### **Décimotercero**

*De lege ferenda*, se propone que toda legislación en materia de créditos hipotecarios que otorgue el sistema financiero y que permita y facilite el acceso a la vivienda familiar, debe contemplar una adecuada protección para las personas humanas que intentan obtener este derecho fundamental.

Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

## 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.

#### **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.

#### **Consejo Federal del Notariado Argentino**

#### **Personas jurídicas y ente provincial**

#### **Taller de producción gráfica**

#### **Universidad Notarial Argentina**

### **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, Juan Pablo Giannini, Pedro Salvador Cocozza, 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, Liliana Greco, 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

Eyras 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 Lavín, Pablo Adrián Álvarez, María del Carmen Kíricos, 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, Martín Roberto Tótaró, Patricia Mónica Etche-goyen, Verónica Galiana, Ariadna Florencia Eva Torchia y Aníbal Heber Espinosa Viale.

#### **Convenio con la Fundación Æquitas**

### **SECRETARÍA DE ASUNTOS PREVISIONALES /** *Juan Esteban Fal*

#### **Comisión de atención de la salud**

Presidente: Pablo Alejandro Di Giano.  
Miembros: María Cecilia Fioroni, 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 Steinhau, 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 Ilarreguí.  
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 María Belén Urraco.

#### **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 Martinelli 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, Luis Eugenio Manassero Vilar, 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 Maina Weiss, Sebastián Justo Cosola, Santiago Falbo, Mariana

Hefling, Andrea Fernanda Salvini, Karina Vanesa 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**

## **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 Garello, Diego Daniel de San Pablo, Alfredo Patricio Street y Graciela Sanmarco.

## **TESORERÍA** / *Bruno Maugeri*

### **Comisión especial registral**

Titulares: Sebastián Sureda Lago, Gabriela Figueiredo y Diego Luciano Carbajal.

Suplentes: Carlos Enrique Ressia, Esteban Rafael Tisnés y María Eugenia Monarca.

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 Coccozza,

## **PROTESORERÍA** / *Ignacio Javier Salvucci*

### **Comisión de hacienda**

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

resa 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 Copro-  
pietarios - Ley 13.512 y Registro de Actos  
de Autoprotección)  
Directora: Marta Raquel López  
Subdirectora: Claudia Maceroni

## **DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN GENERAL**

Inspectora General:  
Olga Haydée Arresegor  
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, Evangelina Moreno,  
Ana María Oneto, María Teresa Pellegrini,  
Jorge Alberto Pollono, Selene Eva Posteraro  
Sánchez, 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 Goytisoló (†)

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 Angela

Laura Ruspil, Alba Graciela Micheletti

Suplentes: Juana Francisca Del Pino, Bea-

triz 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 aparición ininterrumpida al servicio del periodismo especializado

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

Segundo Accésit APTA-RIZZUTO año 2012 en la Categoría Tapas

Primer accésit APTA-RIZZUTO año 2017 en la Categoría Producto Editorial









**GESTION  
DE LA CALIDAD**

RI-9000-6963

Impreso en el Taller de Producción Gráfica del Colegio de Escribanos  
de la Provincia de Buenos Aires, que cuenta con un Sistema de Gestión de la Calidad  
que cumple con los requisitos de la Norma IRAM-ISO 9001:2008

