

# Revista Notarial **979** **ENE** **ABR** Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires **2015**

**Fundada el 1 de agosto de 1894 - Decana de América**

**Director**

Eduardo Gabriel Clusellas

**Comité de Redacción**

Mariano Costanzo

Gastón R. di Castelnuovo

Elba María de los Ángeles Frontini

María Rosa del Milagro Martín

Nicolás Agustín Soligo Schuler

Marcela Haydée Tranchini de Di Marco

Marcelo Eduardo Urbaneja





## Consejo Directivo 2014 / 2016

<b>Presidente</b>	Jorge Alberto Mateo
<b>Vicepresidente 1°</b>	Malvina Julia Zalabardo
<b>Vicepresidente 2°</b>	Alberto Oscar Fernández
<b>Secretario de Gobierno</b>	Marcelo Néstor Falbo
<b>Secretario de Relaciones Institucionales</b>	Marcelo Eduardo Pérez Consentino
<b>Secretario de Asuntos Previsionales</b>	Juan Esteban Fal
<b>Secretario de Aportes</b>	Martín Ariel Ferrari Riganti
<b>Secretaría de Relaciones Profesionales y Cultura</b>	Claudia Alejandra Rebagliati
<b>Secretario de Administración</b>	Esteban Rafael Tisnés
<b>Tesorero</b>	Leopoldo Bernard
<b>Protesorero</b>	Fernando Gabriel Sánchez
<b>Consejeros</b>	Eduardo Atilio Brizuela Martín Hernán Bruzzo Enrique Guillermo Castro Alejandro Alberto Glaría María Silvina González Taboada Fernando Esteban Lagae Nelly Olga López Haydeé Susana Maggiolo Roberto Daniel Mayo Maximiliano Molina Esteban Rafael Morcillo Paola Julieta Pierri Leandro Nicolás Posteraro Sánchez Nilda Cecilia Saling Susana Mabel Surace Christian Mauricio Flavio Troglio Santiago Luis Vassallo María Luciana Villate Eugenia Inés Zarranz Otilia del Carmen Zito Fontán
<b>Decano Honorario del Notariado Bonaerense</b>	Natalio P. Etchegaray

# Delegaciones del Colegio de Escribanos

<b>AZUL</b>	Nicolás Duba Av. 25 de Mayo 545 - (B7300FXF) - Tel. (02281) 43-2998 - Fax 43-0313
<b>BAHÍA BLANCA</b>	Alicia Elsa Cappelli Belgrano 252 - (B8000IJF) - Tels. (0291) 452-2953 / 453-9849 - Fax 454-5624
<b>DOLORES</b>	Maximina Zabala Buenos Aires 536 - (7100) - Tel. (02245) 44-7699 - Fax 44-3637
<b>JUNÍN</b>	Delia María Miranda General Paz 28 - (B6000FKB) - Tel. (0236) 443-2509 - Fax 443-3799
<b>LA PLATA</b>	Emilio Eduardo Ballina Benites Calle 48 N° 716 - (B1900AND) - Tel. (0221) 482-9601 - Fax 483-5484
<b>LOMAS DE ZAMORA</b>	Federico José Rodríguez Acuña Avda. Meeks 420 - (B1832DEJ) - Tels. (011) 4244-1453 / 6403 / 6408 - Fax 4292-3359
<b>MAR DEL PLATA</b>	Leandro Horacio Atkinson 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 60 N° 2664 - (B7630CMH) - Tel. (02262) 43-1482 - Fax 42-5385
<b>NUEVE DE JULIO</b>	Abel José Camiletti Avda. Libertad 836 - (B6500EUV) - Tel. (02317) 42-2123 - Fax 42-4138
<b>PERGAMINO</b>	Rubén Santiago Stradiot 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>	Carlos María Morello Calle 91 (San Martín) N° 1834 - (B1650BEF) - Tels. / Fax (011) 4752-6132 / 4713-0333 / 4755-5630
<b>SAN NICOLÁS</b>	Ramiro María Flores Calle de la Nación 219 - (B2900AAE) - Tel. (0336) 442-5821 - Fax 442-4522
<b>TANDIL</b>	Pedro Abel Ilarregui 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

# Áreas y Comisiones Asesoras

## **PRESIDENCIA** / *Jorge Alberto Mateo*

### **Comisión de Imprenta**

Presidente: Alejandro Omar Etchart.

Miembros: Mercedes Rosa Pérez, Raúl Armando Olocco, Gonzalo Matías Vásquez, Diego Cavagna, María del Pilar Llorens, Analía Josefa Mangas, Juan Tamborenea y Pilar Susana Martín.

Daniel Biglieri, Santiago Martín Taborda, Jorge Pedro Di Giano, Patricio Tomás Street, Gustavo Damonte, Juan Manuel García Migliaro, Luis María Flores, Gonzalo M. Usandizaga y Jorge Corral Costoya.

### **Comisión de Jornadas Notariales Deportivas y de Recreación**

Presidente: Diego Daniel de San Pablo.

Miembros: Carla Merlini, Juan Manuel Espil, Fernando Pino, María Victoria Di Pietro, Jorge

### **Taller de Producción Gráfica**

### **Consejo Federal del Notariado Argentino**

### **Unidad de Información Financiera (UIF)**

## **VICEPRESIDENCIA 1º** / *Malvina Julia Zalabardo*

### **Comisión de Bibliotecas**

Presidente: Nora Mabel Georgieff.

Miembros: Silvia Beatriz Salem, Nilda Beatriz Rosa, Juan Ignacio Melgarejo, Ana Clara Diana, Graciela Curuchelar, Armando Luis Arcone y José Inda.

### **Biblioteca "Dalmacio Vélez Sarsfield"**

### **Centro Institucional de Mediación**

### **Departamento de Registros Especiales**

### **Asesoría Notarial Personalizada**

Asesores: Adriana N. Abella, Cristina N. Armeilla, Jorge Raúl Causse, Eduardo Gabriel Cluseillas, Gastón di Castelnuovo, Zulma A. Dodda, Julio Roberto Grebol, Néstor Daniel Lamber, Marcela Haydée Tranchini de Di Marco y Aldo Emilio Urbaneja.

### **Fundación Editora Notarial**

### **Revista Notarial**

### **Universidad Notarial Argentina**

## **VICEPRESIDENCIA 2º** / *Alberto Oscar Fernández*

### **Comisión de Bancos**

Presidente: Fernando De Salas.

Miembros: Alejandro Nicolás Loyácono, Agustina Kelly, Gabriela Susana de los Santos, Jorge Alejo Pandini, Daniela Paula Magnoni, Nicolás Cavagna, Fernando Javier Larre y Javier Delgado.

### **Archivo de Actuaciones Notariales**

### **Departamento de Inspección General**

### **Inspectores de Regularización Dominial**

### **Comisión de Regularización Dominial**

Presidente: Marcela M. Voiscovich.

Miembros: Cecilia Cuitiño, María Isabel Ludevid, Esteban Bedoya, Selene Posteraro Sánchez, Guillermo Sergio Zanotto, María Cecilia Sacoski, Darío Pecchinenda, Julio Hernán Drique y José Luis Cadierno.

### **Oficina de Regularización Dominial y Vivienda Social**

### **Tribunal de Regularización Dominial**

### **Seguros**

## **SECRETARÍA DE GOBIERNO** / *Marcelo Néstor Falbo*

### **Comisión de Asuntos Fiscales y Municipales**

Presidente: Javier Hernan Moreyra.

Miembros: Juan Pablo Berné, Hernán Itoiz, María Cecilia Gutiérrez, Valeria Gatti, Raúl Malatini; Sebastián Lassalle, Francisco Calou y Valeria Bezruk.

### **Comisión de Concursos**

Presidente: Raúl Félix Martínez.

Miembros: Mariana Ronchetti, Virginia Hilda Baccini, Natalia Blasi, Susana Rubí Brizuela, Claudio Federico Rosselli, Carolina Seoane, Gustavo Fabián Rullansky y María Larrañaga.

#### **Comisión de Enlace con Arba**

Presidente: Mirta Gladys Negrelli.

Miembros: Gustavo Aníbal Bras, Nicolás Más-poli, María Alejandra Re, Carlos Ernesto Suares, Brígida Gloria Raffo, Pablo A. Balero Reche y Carlos Agustín Sáenz.

#### **Comisión de Enlace con el Registro de la Propiedad**

Presidente: Zulma A. Dodda.

Miembros: Pablo Adrián Álvarez, María del Carmen Kircos, Delia María Miranda, Carina Pérez

### **SECRETARÍA DE RELACIONES INSTITUCIONALES / *Marcelo E. Pérez Consentino***

#### **Comisión de Autoprotección**

Presidente: Marcela Viviana Spina.

Miembros: Marina Gabriela Arana, Estela María Falocco, Fernando Adrián Rosende, René Carlos Casas, María Lucía Cajarville, Guillermo Sierz, María Andrea Sánchez Negrete y Marta Mabel Inorreta.

#### **Comisión de Enlace con la Dirección Provincial de Personas Jurídicas**

Presidente: Elina Inés Carreira.

Miembros: María Gimena Arias, Osvaldo Natalio Togni, María Alejandra Borelli, Dora Nancy Fiorentini, Diego Hernán Corral, Damián Federico Linares, Silvia Enseñat y Elisa Verónica Morello.

#### **Comisión de Informática**

Presidente: Martín Cabona.

Miembros: Pablo Oscar Galletti, Gastón Javier Bavera, Federico Travascio, Diego Emiliano Scotto Lavina, Rosario Zabala, María Natalia

Lozano, Viviana Pellegrino de Scotto Lavina, Laura Garate, Paula Mariana Morello, Marcelo Eduardo Urbaneja, Verónica Estela Storti, Mariana Armendáriz, Alfredo C. Troilo Marcos, Ana Antonieta Lavecchia, Gabriela Alejandra Vaccaro, Milena García, Julio Sebastián Ugalde, Guillermo Borges y Sonia Mabel Cardozo.

#### **Asesoría Tributaria**

#### **Oficina de Concursos**

Sequeiro, Claudia Mirta Pastorino, Evelyn Elke Steinhaus y Enrique Javier Jonas.

#### **Comisión de Legislación y Jurisprudencia**

Presidente: María Luján Alejandra Lalanne.

Miembros: Sebastián Bermúdez, Sebastián Justo Cosola, María Rosa del Milagro Martín, Haydée Sabina Podrez Yaniz, Humberta Pilar De Angeli, Franco di Castelnuovo, Natalia Martínez Dodda, Elda Fernández Cossini y Cecilia Dubini.

#### **Comisión de Vivienda Social y Trabajo Oficial**

Presidente: Karen Maína Weiss.

Miembros: Osmar Ariel Pacho, Guillermo Romano, Sofía Teresa Scotti, Mariana Hefling, Roberto Adrián Favelis, María Jimena López, Liliana Olga Cossini, Marcos María Badillo y Francisco Alejandro Chicote.

#### **Convenio con la Fundación Æquitas**

#### **Personas Jurídicas**

### **SECRETARÍA DE ASUNTOS PREVISIONALES / *Juan Esteban Fal***

#### **Comisión de Atención de la Salud**

Presidente: Ramiro María Flores.

Miembros: Daniel Oscar García, María Carolina Méndez, Fernando Alfredo Villagarcía, Marcia Della Rosa, Cora Fidela Ocampo, María Florencia Segura, Guillermo Aníbal Longhi, Miguel Queirolo, Martín Guerrieri, Marta Catalina Loidi, Pablo Alejandro Di Giano, María Florencia Peries, Laura Patricio, Mónica Esther Saluppo, Gustavo Alfredo Silva y Raúl A. Borges.

#### **Comisión de Jubilaciones y Subsidios**

Presidente: Eduardo Mario de Jesús Rivarola.

Miembros: Pedro Julio Gandini, Jorge Omar Cambet Lacoste, Laura Montani, Ana Lía Diana, Néstor José Zaccardi, Omar Agustín Piaggio y Susana Beatriz Gualtierotti Morelli de Silva.

#### **Comisión de Perfeccionamiento Previsional**

Miembros: Carlos Guillermo Ríos, Silvia Susana Sancisi, Horacio Alberto Ferrari, Jorge Cardinal, Susana María Wallace, Julio César Antollini y María Nélica Dómina.

#### **Comisión de Préstamos y Turismo**

Presidente: Juan Pedro Calou.

Miembros: Eugenia I. M. Bagnoli, Stella Maris Perdriel, Ciro Hernán Luques, María del Carmen Gaudino, Julián De Marco, Eugenio De Miguel, Daniel Cristian Franco, Pedro Abel Illarregui y María del Rosario Paso.

#### **División Atención de la Salud**

#### **División Jubilaciones y Subsidios**

#### **División Préstamos y Turismo**

## **SECRETARÍA DE APORTES** / *Martín Ariel Ferrari Riganti*

### **Comisión de Aportes**

Presidente: Eduardo José Bras.

Miembros: Maximina Zabala, Valeria Laura Pepe, Alicia Noemí Broccardo, Soledad Daniela Hassan, Mercedes Braun, Romina Guarino Schneider, Mariano Ignacio Socin y Elena Silvia Ugalde.

### **Comisión de Interpretación de Arancel y Facturaciones Notariales**

Presidente: María de los Ángeles Pablos.

Miembros: Verónica Echeverría, María Alejandra Valero, Alicia Susana Salvatore, César Mariano Carleschi Gil, María Emilia Chalela, María Fernanda Lorenzo Mendy, Ester Carmen García, Ariel De Santiago y Mercedes Braga Fusta.

### **Asesoría de Aportes**

## **SECRETARÍA DE RELACIONES PROFESIONALES Y CULTURA** / *Claudia A. Rebagliati*

### **Comisión de Congresos, Jornadas y Encuentros**

Presidente: Julieta Ema Oriol.

Miembros: Maricel Hermida, Ignacio Macchi, Delfina Etchart, Norma Elena Ciuro de Castello, Sandra Mazziotta, Andrea Fernanda Salvini, Karina Salierno, Bárbara María Ríos y Carolina Boltiansky.

### **Comisión de Comunicaciones**

Presidente: Federico José Rodríguez Acuña.

Miembros: María Ana Mendía, Alicia Elsa Cappelli, Gabriela Verna, Adriana Myrtha Sosa, Elba María de los Ángeles Frontini, Paula Ortiz de Zárate, Aurelio García y Mariana Patricia Melchiori.

### **Comisión de Extensión Cultural**

Presidente: Kelina Dinot López.

Miembros: Norma E. Sanz, Daniela Villoses, María Eugenia Grebol, Matías Scandrogllo, Patricia Mónica Etchegoyen, Verónica Galiana, Eva Torchia y Aníbal Heber Espinosa Viale.

### **Boletín Informativo**

Directora: Patricia Elena Trautman.

Colaborador: Emilio Eduardo Ballina Benites.

### **Sistema Orgánico de Información Notarial (SOIN)**

Directora: Adriana Copes.

Subdirectora: Patricia Elena Trautman.

## **SECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN** / *Esteban Rafael Tisnés*

### **Comisión de Personal y Administración**

Presidente: Pablo Héctor Morrone.

Miembros: Marcela A. Muscariello, Mariana Julián, Leticia Emma Garello, Betina Lacasa,

Diego Daniel de San Pablo, Abel José Camiletti, María Isabel Mosca y Esteban Pedro Morán.

### **Departamento de Recursos Humanos**

## **TESORERÍA** / *Leopoldo Bernard*

### **Comisión Especial Registral**

Carlos Ressia, Sebastián Sureda Lago, Gabriela Figueredo, Oscar A. Romandetta Maruffo, Diego L. Carbajal y Luis María Cabona.

### **Comisión de Finanzas**

Miembros: Julián Matías Castro, Federico Lallement, Gerardo Clavin, Gastón di Castelnovo, Pablo Hugo Migueles, Alfredo Patricio Street y Carlos María Morello.

### **Comisión de Edificios**

Presidente: Juan Manuel Área.

Miembros: Nicolás Duba, Santiago Francisco Oscar Scattolini, Ignacio Fioramonti, Marisa Alejandra Martín, Juan Andrés Mourguy, Pablo Villola, Mariano Martín Guerra y Mauricio Esponda.

### **Auditoría externa**

### **Bancos / Inversiones**

## **PROTESORERÍA** / *Fernando Gabriel Sánchez*

### **Comisión de Hacienda**

Presidente: Fernando Gabriel Sánchez.

Miembros: Florencia Squirru, Ernesto Carlos Antollini, Jorge Ignacio Cambet, María Paula Velilla, Ana Laura Bastián, Diego Ariel Hollmann, Juan Pablo González Fortini, Juan I. Ca-

vagna, Diego Leandro Molina, Mariano Costanzo, Guillermo Martín Álvarez, Rubén Santiago Stradiot, Ignacio J. Salvucci, Guillermo Agustín Lagier, Teresa María de los M. Gasparín, Silvia Marcolín de Raimondi y Bruno Maugeri.

# Organismos Notariales

## **ARCHIVO DE ACTUACIONES NOTARIALES**

*Jefe:* Magdalena Isabel M. Rojo

## **CENTRO INSTITUCIONAL DE MEDIACIÓN**

*Directora:* Nilda Cecilia Saling

*Secretaria:* Graciela Sanmarco

*Tesorera:* Norma E. Ciuro de Castello

## **CENTRO NACIONAL DE NÓMINA DE ESCRIBANOS Y DE ANOTACIÓN DE SANCIONES**

*Directora:* Marta Raquel López

## **DEPARTAMENTO DE REGISTROS ESPECIALES**

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

*Directora:* Marta Raquel López

*Subdirectora:* Claudia Maceroni

## **DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN GENERAL**

*Inspectora General interina:*

Olga Haydée Arreseygor

*Cuerpo de inspectores:*

Beatriz Mercedes Albizuri, Juan

Pablo Alegre, Ana María Bucciarelli,

Carlota Caracciolo, María Cristina Ca-

talano, Francisco Alejo R. Domínguez

Journet, Silvia Elena Doratti, Fed-

erico Ricardo Gastaldi, Silvia Liliana

Kühne, Oscar Rodolfo Leggeri, María

Antonia Maggi, Hilda Julia Manzanal,  
Luis Alberto Milani, Virginia Milani,  
Horacio Tiburcio Molina, Ana María  
Oneto, María Teresa Pellegrini,  
Eduardo Francisco Perrozzi, Haydeé  
Teresa Pietrangeli, Jorge Alberto  
Pollono, Miguel Daniel Terán, Martha  
Susana Torre y Gladys Edith Verzeri.

## **FUNDACIÓN EDITORA NOTARIAL**

*Comité Ejecutivo*

*Presidente:*

Jorge Alberto Mateo

*Vicepresidente y Directora Ejecutiva:*

Malvina Julia Zalabardo

*Secretario:*

Marcelo E. Pérez Consentino

*Tesorero:*

Fernando Gabriel Sánchez

*Vocales:*

María del Pilar Llorens Rocha y

Eduardo Gabriel Clusellas

## **TRIBUNAL ESPECIAL DE CONTROL DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS RNRD**

*Miembros Titulares:*

Osmar Ariel Pacho

Silvia Marcolín de Raimondi

María del Rosario Paso

*Miembros Subrogantes:*

Luis Felipe Basanta

Silvia Nelly Fernández de Ayán

# Universidad Notarial Argentina



## **CONSEJO DIRECTIVO**

### **Rectora**

Cristina N. Armella

### **Vicerrectora**

Adriana N. Abella

### **Secretaria**

Malvina Julia Zalabardo

### **Prosecretario**

Jorge Raúl Causse

### **Tesorero**

Leopoldo Bernard

### **Vocales**

Norberto R. Benseñor

Alejandro D. Míguez

### **Consejo Consultivo Honorario**

Augusto Mallo Rivas

Néstor O. Pérez Lozano

### **Guardasellos**

Jorge F. Dumón

### **Doctores Honoris Causa**

Rafael Núñez Lagos (†)

José María Mustapich (†)

Carlos Alberto Pelosi (†)

Juan Vallet de Goytisolo (†)

Aquiles Yorio (†)

Alberto Villalba Welsh (†)

Carlos Cossio (†)

Ángel Martínez Sarrión (†)

Mauro Cappelletti (†)

Manuel Fraga Iribarne (†)

Augusto Mario Morello (†)

Eduardo M. Favier Dubois (P) (†)

Jorge Horacio Alterini

Luis Moisset de Espanés

Félix A. Trigo Represas

Sedes:

Avda. 51 N° 435

(B1900AVI) La Plata

Calle Guido 1841

(C1119AAA) Buenos Aires

## UNA - INSTITUTOS Y DIRECTORES

Derecho Agrario y de la Minería <i>Horacio Maiztegui Martínez</i>	Derecho Tributario <i>Viviana Di Pietromica</i>
Derecho Civil <i>Rubén Compagnucci de Caso y Mariano Esper</i>	Derechos Humanos <i>Otilia del Carmen Zito Fontán</i>
Derecho Comercial <i>Daniel R. Vítolo</i>	Filosofía del Derecho <i>Vacante</i>
Sala de Registración Societaria <i>Norberto R. Benseñor</i>	Historia y Organización del Notariado <i>Alejandro Diego Míguez</i>
Derecho Constitucional <i>Daniel Alberto Sabsay</i>	Investigación social <i>Elena García Cima de Esteve</i>
Derecho Inmobiliario <i>Adriana N. Abella</i>	Sistemas e Informática Notarial <i>Carlos Agustín Sáenz</i>
Derecho Internacional Privado <i>Sara Feldstein de Cárdenas</i>	Técnica Notarial <i>Natalio Etchegaray</i>
Derecho Notarial <i>Cristina N. Armella</i>	Centro Cultural y Museo "Roberto M. Arata" <i>Alejandro Diego Míguez</i>
Derecho Penal <i>Javier Percow</i>	Biblioteca "Eduardo Bautista Pondé" <i>Vacante</i>
Derecho Procesal <i>Roberto Oscar Berizonce</i>	Sala del Derecho de Autor <i>Vacante</i>
Derecho Registral <i>Zulma A. Dodda</i>	Sala del Derecho de la Propiedad Intelectual <i>Vacante</i>

## UNA - DELEGACIONES PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Azul: *Susana Haydée Iglesias*  
Bahía Blanca: *María Verónica Scoccia*  
Dolores: *Joaquín Barreneche*  
Junín: *Sebastián Justo Cosola*  
La Plata: *Marcela H. Tranchini / Marcelo N. Falbo*  
Lomas de Zamora: *Nicolás Soligo Schuler*  
Mar del Plata: *Paula Giacomaso*  
Mercedes: *Leandro N. Posteraro Sánchez*  
Morón: *Fátima Cosso*  
Necochea: *Marta Catalina Loidi / Fernando Riaño Laboranti*  
Nueve de Julio: *Guillermo Martín Álvarez*  
Pergamino: *Natalia Martínez Dodda / Mariela del Rosario Gorospe*  
San Isidro: *Karina Salierno*  
San Martín: *Adriana Copes*  
San Nicolás: *María Verónica Bonaterra*  
Tandil: *Marcos María Badillo*  
Trenque Lauquen: *María Cristina García*

## UNA - DELEGACIONES

### CATAMARCA

María Belén Saadi Brizuela  
Prado 337 - (4700) Catamarca

### CÓRDOBA

Amara Bittar de Duralde  
Obispo Trejo 104 - (5000) Córdoba

### CORRIENTES

María del Carmen Richeni de Barreto  
9 de Julio 1165 - (3400) Corrientes

### CHACO

Marta Bonfanti  
Av. Italia 123 - (3500) Resistencia

### CHUBUT

Marcelo Luis Lizurume  
Edison 475 - (9100) Trelew

### ENTRE RÍOS

Zaida Martínez de Maiztegui Marcó  
Urquiza 1166 - (3100) Paraná

### FORMOSA

Jorge Salvador Cuño  
Padre Patiño 812 - (3600) Formosa

### JUJUY

Susana Macina Ricci  
Av. 9 de Abril 415  
(4600) San Salvador de Jujuy

### LA PAMPA

María Alicia Molinengo  
25 de Mayo 434 - (6300) Santa Rosa

### LA RIOJA

Irma Nélide Sartori de Ascoeta  
Belgrano 72 - (5300) La Rioja

### MENDOZA

Laura Chiapinotto de Ugalde  
Patricias Mendocinas 758 - (5500) Mendoza

### MISIONES

Mercedes E. Sigrid Benítez Chapo  
Bolívar 555 - (3300) Posadas

### NEUQUÉN

Ana Elsa Longo  
Santa Fe 155 - (8300) Neuquén

### RÍO NEGRO

Gastón Augusto Zavala  
Don Bosco 1390 - (8332) Gral. Roca

### ROSARIO

María Verónica García  
Sergio A. Bengoechea  
Córdoba 1852 - (2000) Rosario

### SALTA

Alicia E. Karanicolas  
Mitre 384 - (4400) Salta

### SAN JUAN

Aída Laspina de Frese  
Bartolomé Mitre 354 Oeste  
(5400) San Juan

### SAN LUIS

Fabiana Giovannini  
Rivadavia 374 - (5700) San Luis

### SANTA CRUZ

Norma Beatriz Abuin  
Tucumán 52 - (9400) Río Gallegos

### SANTA FE (1ra. Circunscripción)

Beatriz Dapello de Lorio  
San Martín 920 - (3000) Santa Fe

### SANTIAGO DEL ESTERO

Vacante

### TUCUMÁN

Marta Inés Podestá  
Crisóstomo Álvarez 465  
(4000) S. M. de Tucumán

# Organismos con sede en el Colegio

## **TRIBUNAL NOTARIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

Período 2014 - 2016

Presidente:

Mirta Clara Bercovich

Miembros Titulares:

Elsa Susana Turdó de Das Neves Vargues

Alicia Rosa Maida de Vaccaro

Miembros Subrogantes:

María Cristina Iglesias

María del Carmen Ayarra

Víctor Adrián Stankievich

## **ASOCIACIÓN DE JUBILADOS Y PENSIONADOS NOTARIALES**

Presidente: Adelina Consentino

Vicepresidente: Carlos Martín Queirel

Secretaria: Amelia Teresita Pérez Amendolara

Prosecretario: Juan Carlos Placente

Tesorero: Héctor Arsenio De Nardo

Protesorera: Raquel Norma Rodríguez

Vocales titulares: Dora Rosa Mc Britton,

Alicia Mabel Dentone, Ángel Guerrero y

Juana Francisca del Pino

Suplentes: Nancy Soria, María de los

Ángeles González, Graciela Ruspil y Lucía Seminara

Revisores de cuentas: Titulares: María Teresa Fernández, Beatriz Ercilia Damonte y Alicia Beatriz Rabuffetti

Suplentes: Isabel Haydée Pepa y Leyla Palumbo

## **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 pertenecientes a Instituciones

Segundo Accésit APTA-RIZZUTO año 2012 en la Categoría Tapas

# Sumario **979**

---

enero - abril 2015

<b>DOCTRINA</b>	<b>Protocolo digital. Nuevas tecnologías y función notarial</b> <i>Santiago Falbo</i>	19
	<b>La hipoteca inversa</b> <i>María Mercedes Braga Fusta</i>	61
<b>NUESTRA REVISTA</b>	<b>Nulidad por defecto de forma. ¿Es absoluta?</b> <i>Artículo publicado en los números 538 - 39 de La Revista Notarial, correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 1924</i>	93
<b>DERECHO REGISTRAL</b>	<b>La inscripción de la propiedad fiduciaria en el registro de la propiedad del automotor</b> <i>Ana Carolina Ruiz</i>	101

<b>SOCIEDADES</b>	<b>Inmuebles involucrados en concursos y quiebras: intervención notarial</b> <i>Pablo E. Bressan</i>	135
<b>UNIVERSIDAD NOTARIAL ARGENTINA</b>	<b>Transferencia del usufructo</b> <i>Marcelo Antonio Pepe</i>	153
<b>ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO</b>	<b>Las cocheras en el régimen de propiedad horizontal</b> <i>Marcela H. Tranchini</i>	181
	<b>Propiedad horizontal. Código Civil y Comercial de la Nación</b> <i>Adriana N. Abella</i>	205
<b>DERECHO COMPARADO</b>	<b>A propósito de las socorridas actas de subsanación de errores y omisiones</b> <i>Leonardo B. Pérez Gallardo</i>	217
<b>JURISPRUDENCIA</b>	<b>NOTA A FALLO</b> <b>Bien de familia</b> <i>Nicolás Soligo Schuler</i>	231
	<b>RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL NOTARIAL</b> <b>Falta de ética</b>	241
	<b>FALLO</b> <b>Inconstitucionalidad de la ley N° 14.432</b>	255

<b>INFORMACIONES</b>	<b>XVI Jornada del Notariado Novel del Cono Sur y XXV Encuentro Nacional del Notariado Novel</b> Mendoza, 23 al 25 de octubre de 2014	267
	<b>IV Foro Internacional de Derecho Registral</b> Ciudad de Buenos Aires, 23 y 24 de octubre de 2014	277
	<b>XVI Jornada Notarial Iberoamericana</b> La Habana, Cuba, 23 al 25 de noviembre de 2014	283
	<b>XVIII Jornada Notarial Cordobesa</b> Córdoba, 30 y 31 de julio y 1° de agosto de 2015	297

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.

ISSN 0325-4607



Doctrina



# Protocolo digital. Nuevas tecnologías y función notarial

Otorgamiento del documento notarial digital y circulación electrónica del documento notarial

*Santiago Falbo*

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La función notarial y el documento notarial.* 3. *El documento digital.* 4. *El documento digital como cosa.* 5. *La grafía en el documento digital.* 6. *El documento digital como medio de exteriorización de la voluntad. Primeras aproximaciones en su proyección al documento notarial.* 7. *La firma digital. Terminología.* 8. *Protocolo digital. Hacia la determinación de su viabilidad.* 9. *Conformación del protocolo digital. Integridad y custodia del documento digital.* 10. *La firma digital en la circulación del documento.* 11. *Conclusiones.* 12. *Bibliografía.*

### 1. INTRODUCCIÓN

Al detenernos en el análisis de las nuevas tecnologías, aunque nos centremos luego en sus posibles aplicaciones al ejercicio de la función notarial, debemos destacar algunos aspectos que pueden considerarse cruciales en la materia, que nos servirán para comprender, desde aquí, tanto el propósito como la necesidad del presente estudio.

La evolución tecnológica que se ha producido en las últimas décadas, aplicada a la ciencia de la informática, ha llevado a que en la actualidad sea posible almacenar, recopilar y transmitir datos en cantidades cada vez más grandes, en soportes cada vez más pequeños. Luego, la creación de la red informática mundial conocida como internet ha posibilitado la transmisión rápida y eficaz de esta misma información previamente almacenada en ordenadores a través de todo el mundo en cuestión de segundos.

No hace falta profundizar mucho más para comprender la importancia que estos cambios tecnológicos representan en nuestra sociedad actual. El uso cada vez más masificado de estas herramientas de comunicación y transmisión de datos, a su vez en constante crecimiento, nos ubican en un contexto sociocultural impensado en otros tiempos.

La posibilidad de la implementación de estas nuevas tecnologías en la práctica diaria de la función notarial se nos presenta como una cuestión de lo más actual, cuyo estudio amerita el mayor de los esfuerzos intelectuales para destacar desde aquí tanto su viabilidad como los recaudos necesarios para un adecuado uso.

Son estos aspectos los que analizaremos a continuación, considerados como una herramienta invaluable cuya aplicación en el ejercicio de la función notarial puede representar un cambio trascendental y por demás fructífero, no sólo a los notarios, sino (y principalmente) a la comunidad toda, que requiere del ejercicio de la función notarial.

A su vez, y a la par de plantear un cambio tan relevante en lo que a la función notarial respecta, se torna necesario recordar y enaltecer los valores y principios del derecho notarial, -pues de allí debemos partir-, adecuando el uso de estas nuevas herramientas tecnológicas a los valores esenciales en los que el notariado de tipo latino se basa, y no, por el contrario, adecuando tales principios a las posibilidades que estas herramientas nos brindan.

### 2. LA FUNCIÓN NOTARIAL Y EL DOCUMENTO NOTARIAL

Sabido es que dentro de los diferentes aspectos propios del ejercicio de la función notarial se destaca por sobre todos la labor documentadora del notario,

en su carácter de fedatario público, cuyo resultado final se concreta con la gestación del documento público notarial.

El documento, pues, ocupa el centro del derecho notarial. Es en torno a él que se estructura toda la regulación jurídica de la actividad notarial y es, a su vez, el resultado final y materializado de su actividad. “Los notarios hacemos documentos” sostenía RAFAEL NÚÑEZ LAGOS ya en su introducción a los “Hechos y derechos en el documento público”. “En el principio fue el documento. No hay que olvidarlo. El documento creó al Notario, aunque hoy el notario haga al documento”<sup>1</sup>.

El análisis del documento, su origen etimológico y las características propias del documento público notarial nos darán las herramientas necesarias para continuar con el presente desarrollo y deducir de todo esto las posibilidades que en la actualidad pueden plantearse dentro del campo de las nuevas tecnologías y su adecuada implementación a nuestro ámbito propio del derecho notarial y documental.

## 2.1. La concepción del documento. El documento como representación

Para introducirnos a la concepción del documento, partimos de las nociones que nos aportan los juristas más destacados en el derecho notarial a nivel internacional. Así, nos enseña RAFAEL NÚÑEZ LAGOS que “...todos los autores están conformes en que el documento es una cosa ‘corporal’ que ‘docuit’, que enseña, que nos muestra algo”<sup>2</sup>.

También CARLOS A. PELOSI expresa, en un sentido similar, que el vocablo documento reconoce su origen en la palabra “*dekos*”, en la lengua indoeuropea. De la raíz “*dek*” nace el verbo latino *doceo* y, de éste, el vocablo *documentum*, con tres acepciones primarias: aquello con lo que alguien se instruye, aquello que se refiere a la enseñanza, aquello que se enseña<sup>3</sup>.

Sigue explicando PELOSI, por expresa remisión a PAOLO GUIDI, el alcance del significado de este vocablo: documento es todo aquello que permite enseñar

- 
- 1 NÚÑEZ LAGOS, Rafael. “Hechos y derechos en el documento público”, publicaciones del Instituto Nacional de Estudios jurídicos, Serie 3ª, Monografías de derecho español, Nº 10, Madrid; 1950, págs. 1 y 2. También publicado en Ed. Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1969, pág. 11.
  - 2 NÚÑEZ LAGOS, Rafael. “Concepto y clases de documentos”, en Estudios de derecho notarial, T. I, Ed. Instituto de España, Madrid, 1986, pág. 273. Conferencia pronunciada en la sede del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, el día 9 de agosto de 1956.
  - 3 Conforme PELOSI, Carlos A. *El Documento Notarial*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, pág. 3.

cualquier cosa y, por lo tanto, un medio para el conocimiento de cualquier cosa que se halla fuera del documento.

Del significado apuntado del vocablo documento deriva su carácter representativo, pues "...aplicado en forma amplia el concepto de enseñar, implica también el de mostrar, indicar, y de allí pasamos al de presentar, es decir, poner algo en presencia de uno. Cuando esa presentación se produce a través de otra cosa, se opera la representación"<sup>4</sup>.

La concepción del documento como representación ha logrado trascender históricamente en el campo del derecho notarial, aunque los mayores exponentes hayan partido, o cuanto menos, recogido en gran medida, una visión procesal del mismo, visión que encontramos plasmada con mayor profundidad en las ideas de FRANCESCO CARNELUTTI en Italia, lo que explica el porqué del énfasis que se ha puesto en su carácter representativo.

Al avanzar en la concepción del documento, también la doctrina ha sido pacífica en destacar el requisito de la grafía como medio de expresión del pensamiento del hombre, incorporada al documento mismo, en su consideración de cosa.

Expresa ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS que al documento como cosa: "...a fin de que pueda haber llegado a ser documento, ha debido incorporársele, por el trabajo del hombre, una grafía"<sup>5</sup>, consistente en la expresión del pensamiento humano, que es imputable a su autor.

A su vez, la grafía en el documento cumple un doble rol. Por un lado, como hemos dicho, como elemento estático incorporado al documento, la grafía también presenta una corporalidad. Son los signos gráficos, inteligibles para el hombre, incorporados a la cosa.

Por el otro, como elemento dinámico, es la expresión del pensamiento del hombre (su autor), cuya finalidad radica en la docencia, en su inteligibilidad, en definitiva, en la comunicación que todo documento implica, comunicación que, asimismo, debe considerarse en dos aspectos: desde el autor del documento a la cosa y desde la cosa a su destinatario. "En el primer aspecto, la grafía es un elemento de la corporalidad del documento; en el segundo, lo es del *docuit*, de la docencia"<sup>6</sup>.

Pero aún resta por agregar algo respecto del documento que cobra una especial relevancia al hablar del documento público notarial, que sobrepasa a la teoría de la representación a la que recién nos referimos.

---

4 PELOSI, Carlos A. Ob. cit., pág. 6.

5 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial", Revista Notarial, N° 787, La Plata, 1969. También publicado por la Junta de Decanos de los colegios notariales, Madrid, 1963, pág. 8.

6 NÚÑEZ LAGOS, Rafael. "Concepto y clases..." cit., pág. 278.

Es cierto que el documento (especialmente el documento público notarial) tendrá la trascendental función, para el derecho, de ser un objeto de representación, "...para que a lo pretérito se le dé tanta fe como si fuera presente, y para memoria de ciertas cosas en lo futuro"<sup>7</sup>. Pero esta función representativa no es más que uno de los dos planos en los cuales el documento debe ser analizado.

"No hay que confundir los conceptos técnicos del capítulo de la forma con los del capítulo de la prueba", adelantaba una vez más NÚÑEZ LAGOS<sup>8</sup>. En efecto, "...la forma y la prueba son dos planos paralelos y superpuestos en estratos (existir y persistir)"<sup>9</sup>.

## 2.2. El documento como forma y el documento como prueba

La división del documento en los planos de la prueba y de la forma, además de ser una constante en los estudios sobre el derecho notarial (por su lógica vinculación con ambos aspectos), recobra un especial interés en el presente estudio.

El análisis del documento desde el plano de la forma presenta algunas particularidades que ameritan un especial detenimiento en este punto.

Sabido es que nuestro sistema jurídico de origen romanista ubica a la voluntad de los particulares como fuente primaria de creación de relaciones jurídicas en el orden del derecho privado.

Sabido es, también, que la voluntad se presenta en una primera etapa como un deseo, un querer, una potencia anímica de un sujeto determinado que, mientras permanezca en su fuero interno, carecerá de relevancia jurídica. La voluntad, entonces, requiere de una acción exterior por la cual se materialice<sup>10</sup>, esto es la forma (entendida como el modo, medio o manera de exteriorización de la voluntad).

Así, la forma será siempre una acción: el escribir, el hablar, el asentir con un movimiento de cabeza. Será la manera en que aquella voluntad trascienda del fuero interno del sujeto, para adquirir relevancia para el mundo exterior en general, y para el derecho en particular.

7 NÚÑEZ LAGOS, Rafael. "Hechos y derechos..." cit., pág. 33. El autor cita a Ros, Carles. "Cartilla Real para Escribanos públicos", Valencia, 1762, pág. 36.

8 NÚÑEZ LAGOS, Rafael. "Hechos y derechos..." cit., pág. 26.

9 *Ibid.*, pág. 33.

10 Conforme RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "Naturaleza jurídica..." cit., pág. 1745: "La voluntad, como fenómeno interno, es en principio irrelevante para el ordenamiento jurídico; es su exteriorización, la declaración de voluntad, lo que constituye el negocio jurídico".

Dentro de las diferentes maneras de exteriorización de la voluntad nuestros sistemas jurídicos han ubicado a la forma escrita como un tipo especialmente regulado de forma, requisito solemne para la mayoría de los contratos y medio de prueba de aquella manifestación por excelencia.

Nótese como aquí, aunque hablamos de forma, también mencionamos el aspecto probatorio. Es que identificar ambos planos como esencialmente diferentes no quiere decir que no tengan ninguna relación entre sí.

En efecto, si el documento escrito (y dentro de los documentos escritos, la escritura sobre el papel), ha tenido tanta acogida por nuestros sistemas jurídicos fue por ser un medio por demás idóneo para exteriorizar la voluntad y, a su vez, mediante su conservación, para servir de prueba en el futuro de que aquella exteriorización de la voluntad sucedió.

En este sentido, el propio RODRÍGUEZ ADRADOS expresaba:

Otra de las funciones que la forma cumple, precisamente por su carácter externo y material, por su visibilidad, es la de facilitar ulteriormente la prueba del negocio jurídico; las formas escritas se revelan aquí como de una superioridad indudable...<sup>11</sup>

Los avances en las técnicas de la escritura, así como de la imprenta, la estandarización del uso del papel (desde hace ya muchísimos años) y las características de inalterabilidad y perdurabilidad en el tiempo, han hecho del papel escrito el documento jurídico por excelencia.

### **2.3. El documento como forma**

Si partimos de la definición de documento como una cosa a la cual se le debe haber incorporado, por el trabajo del hombre, una grafía que exprese el pensamiento de su autor que, a su vez, sea atribuible a este, que tenga la virtualidad de representar algún hecho o acontecimiento relevante para el derecho, enseguida podemos observar que bajo una misma definición estamos abarcando diversos objetos de una esencia de lo más variada.

Así, el boleto de un colectivo, el ticket de un cine, una fotografía, la escritura pública y su testimonio, a pesar de su evidente diversidad intrínseca, representan todos ejemplos de documentos según aquella definición. Y no es que no lo sean, sino que es esta diferencia esencial la que nos lleva a distinguir aquí entre los diversos tipos que se pueden presentar.

---

11 Conforme RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "Naturaleza jurídica..." cit., publicado por Junta de Decanos de los colegios notariales, Madrid, 1963, pág. 38.

De esta manera, a los fines probatorios, bien puede valer como medio de acreditación de la asistencia al cine el ticket expedido por la empresa que brinda el servicio. Lo mismo podría decirse del boleto del colectivo para acreditar el viaje que el pasajero realiza. Y estos documentos tendrán un contenido intelectual, atribuible a un autor. Sin embargo, aquella declaración no será de voluntad, sino -acuñando términos doctrinarios-, podrá considerarse una declaración de ciencia y verdad.

En estos dos ejemplos la voluntad contractual como elemento formal permanece ajena al documento mismo. El contrato se formalizó mediante la exteriorización verbal de la voluntad de las partes. Luego, el documento viene a servir de prueba de aquel acuerdo de voluntades. Y aquí sí cabe asignarle al documento, por carecer de otros, efectos meramente representativos.

Sin embargo, y a la par de estos, nos encontramos con otro tipo de documentos, que los denominaremos aquí como “documentos constitutivos”, los cuales contienen aquella voluntad contractual. El contrato nace con y en el documento. Al plano probatorio, al carácter representativo, se le agrega ahora el carácter constitutivo de los derechos documentados.

No es que el documento será la prueba de la manifestación de la voluntad, sino que el documento será la forma en que la voluntad se ha manifestado.

Analizado desde este aspecto, el documento, además (y antes) de ser apto de representar en lo futuro algún acontecimiento pretérito, deberá ser apto para contener una manifestación de la voluntad. Y esta es, justamente, la característica esencial que nos inclina a realizar la presente división: todo documento tendrá carácter representativo; pero no todos ellos tendrán la virtualidad de contener las declaraciones de la voluntad con carácter constitutivo que den nacimiento a los derechos documentados.

Tenemos, por un lado, a la acción de escribir y luego lo escrito (o, en palabras de NÚÑEZ LAGOS, el consentir y lo consentido<sup>12</sup>). Ambos aspectos coexisten en el documento constitutivo. Es cierto que el documento servirá de prueba de que la voluntad se ha manifestado, pero también es cierto que la exteriorización de la voluntad nace en el documento mismo<sup>13</sup>.

Lógicamente, es dentro de esta categoría de documentos que ubicamos al documento notarial. Por ello remarcamos que aquí el documento debe analizarse, principalmente, desde el aspecto formal, en su virtualidad de ser apto de contener manifestaciones de voluntad.

---

12 NÚÑEZ LAGOS, Rafael. “Hechos y derechos...” cit., pág. 7.

13 Conforme RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. “Naturaleza jurídica...” cit.

### 2.4. El documento notarial

Dando un paso más y en una escala más elevada de formas solemnes en la exteriorización de la voluntad, nos encontramos ahora con el documento notarial como un tipo especial de documento (a su vez, escrito sobre papel), con características propias que hacen del mismo la forma solemne por excelencia en nuestros sistemas jurídicos.

En efecto, los sistemas jurídicos que han seguido la tradición codificadora (partiendo del código de Napoleón de 1804) han reservado como forma exclusiva para los actos de mayor relevancia jurídica a la escritura pública. Y ello es así por la especial consideración que aquellos actos representaban para el desenvolvimiento de la sociedad y la consecuente necesidad de asentarlos sobre bases sólidas e incontrovertibles.

Al respecto, explica CARLOS NICOLÁS GATTARI que:

El punto crítico o determinante para establecer la jerarquía entre las diversas manifestaciones formales, reconocidas en derecho, debe estar referido de manera directa e inmediata a la importancia (institucional, económica y social) de los intereses en juego y dirigido a la posibilidad de alejar todo conflicto en las relaciones jurídicas. En la escala de valores jurídicos formales, la escritura pública notarial está en el límite superior...<sup>14</sup>

El documento notarial presenta particularidades esenciales tanto en el plano de la forma como en el de la prueba. Veámoslo separadamente.

### 2.5. El documento notarial como forma

El documento notarial como forma debe analizarse desde la etapa de su gestación, y dentro de esta etapa cobra un papel preponderante el otorgamiento.

Retomaremos luego este punto, pues será objeto de particular análisis luego de puntualizar determinados aspectos del documento digital y su relación con la función notarial. Aun así, creemos que resultará provechoso determinar algunos extremos para no perder de vista la finalidad del presente estudio.

Desde el aspecto de la gestación del documento notarial decíamos, y más allá de las diversas funciones que el notario debe cumplimentar en esta etapa (a modo de ejemplo mencionamos al control de legalidad y legitimación, el juicio de capacidad, entre otros), se destaca el otorgamiento de las partes, enten-

---

14 GATTARI, Carlos Nicolás. *Manual de Derecho Notarial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 216.

dido como la asunción, de manera consciente y premeditada, de la paternidad de las declaraciones contenidas en el documento, con el alcance allí establecido y en la condición que del mismo documento surge (parte, testigo, etc.).

A su vez debemos destacar que el documento notarial presenta particularidades que lo diferencian de otros tipos de documentos, aun de otros documentos constitutivos o formales. En efecto, se distingue aquí entre el autor del documento (el notario) y el autor (o autores) de las declaraciones y en ello radica la importancia del otorgamiento de las partes.

El acto de otorgamiento, entonces, viene a ser esta asunción de la paternidad de las declaraciones contenidas en el documento notarial que, luego de la lectura, se materializa en la realidad práctica con la acción de estampar la firma al pie del mismo, todo lo que sucede en presencia del notario y de lo que el mismo da fe, en donde se destaca el principio de inmediatez.

El documento notarial analizado desde este aspecto no es la prueba de que la voluntad ha sido exteriorizada, sino la forma en que aquella voluntad se exterioriza. De ello derivan el carácter constitutivo que cabe asignarle al documento notarial y, consecuentemente, los efectos constitutivos del acto jurídico en él documentado.

El acto jurídico como tal, o mejor dicho, los efectos jurídicos de aquel acto, nacerán a partir de la acción de estampar las firmas sobre el papel. Luego de este momento quedará el documento notarial como prueba hacia el futuro del otorgamiento del acto.

## **2.6. El documento notarial como prueba**

Desde el aspecto probatorio y -como es sabido-, la plena fe otorgada al instrumento público por el art. 993 del Código Velezano en cuanto a la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo o que hayan pasado en su presencia, o al hecho de haberse ejecutado el acto, de conformidad con lo dispuesto por el art. 994 del mismo cuerpo legal, otorgan al instrumento público el máximo valor probatorio en nuestro sistema jurídico.

Todos estos aspectos en los que nos hemos detenido aquí, principalmente en lo que respecta a la etapa del otorgamiento y la diferencia entre los dos planos jurídicos en que podemos analizar al documento, tienen una importancia medular al analizar la posibilidad de la implementación del documento digital.

Luego, estos mismos planos jurídicos del documento aplicados a la especie del documento digital, podrán manifestarse en el otorgamiento del documento notarial digital (etapa de la formación del consentimiento o del otor-

gamiento) y en la circulación electrónica del documento notarial (etapa de la prueba).

### 3. EL DOCUMENTO DIGITAL

Llegados a este punto resulta conveniente anticipar desde aquí los aspectos que destacaremos que se relacionan con todo lo dicho hasta ahora. Para un correcto análisis debemos detenernos en tres aspectos del documento digital.

El primero, respecto de su materialidad, de su consideración como cosa y a la grafía en él incorporada. El segundo, desde el plano de la forma, de su aptitud de poder ser el medio de exteriorización de la voluntad. El tercero, desde el plano de la prueba, en la proyección a futuro del documento digital, en su circulación.

### 4. EL DOCUMENTO DIGITAL COMO COSA

La característica principal del documento digital, en su consideración como cosa, radica en que su existencia física, su materialidad, está conformada por una serie de datos, un conjunto de *bits* o, en un plano mayor de abstracción, un conjunto de códigos binarios alojados en un dispositivo de almacenamiento de datos.

Para partir de un ejemplo concreto y comprender al documento digital como cosa podemos tomar al disco rígido de un ordenador normal. Cualquier documento digital es, en esencia, un conjunto de ceros y unos grabados en un espacio del disco rígido.

Desde el aspecto material el disco rígido contiene materiales especiales con propiedades magnéticas. Básicamente se utilizan metales que, en base a determinado impulso magnético, reaccionan de una manera específica. Podemos imaginarnos al disco rígido como una plancha de muchísimos puntos microscópicos. Cada uno de estos puntos representaría una especie de imán, un metal que reaccionará de una manera determinada al estar cerca de otro imán. Como es sabido, cada imán está compuesto por dos polos, luego, los polos opuestos se atraen, los polos iguales se repelen. Son estos dos polos, estas dos posibilidades, que el lenguaje informático interpreta bien como un cero, bien como un uno.

Cada uno de estos espacios microscópicos compuesto por aquellos metales con propiedades ferromagnéticas son entendidos desde el lenguaje informático como un *bit*, una posibilidad entre dos, que, agrupada de un modo

específico, conforman la materia de cualquier documento digital. Así, el lenguaje más simple de interpretación de información en ordenadores, para un solo carácter, está compuesto por ocho *bits* (luego fueron dieciséis, luego treinta y dos, y en la actualidad se utilizan sesenta y cuatro *bits* por un solo carácter). Estos ocho *bits* vienen a ser la combinación de ocho posibilidades de ceros y unos. En términos matemáticos, tenemos dos posibilidades (o cero o uno) elevado a la potencia de ocho. Esto da como resultado doscientos cincuenta y seis posibilidades (cualquier número del cero al doscientos cincuenta y cinco). A este conjunto compuesto por ocho *bits* se lo denomina *byte*.

Luego, el proceso de grabación en un disco rígido se conforma por un impulso magnético que torna aquellos materiales que componen al disco bien en ceros, bien en unos, lo que da como resultado que en un espacio físico microscópico del disco podamos encontrar una inmensa cantidad de *bits* (ceros y unos) que son la materia de cualquier documento digital.

Ahora, podemos decir que para identificar la ubicación específica de un documento en particular deberíamos observar el mismo con algún sistema de amplificación de la vista (microscopio) extremadamente potente, y aun así sería una tarea extremadamente difícil. Sin embargo en lo que aquí nos interesa todo documento digital tiene su materialidad, aunque su identificación sea de una dificultad sobresaliente. En un punto milimétrico de un disco rígido podemos hallar la materialidad de cualquier documento digital.

Sin embargo quedan aún algunas cuestiones por agregar.

La primera es que, en principio, la materialidad -en cuanto a cosa que el documento es- pierde muchísima relevancia en los documentos digitales en general.

La segunda, ya en una relación más directa con el documento digital notarial, es que en la tarea intelectual de proyectar una posible aplicación del protocolo digital podemos pensar en métodos de almacenamiento diferentes a los que se conocen en la actualidad (o tomando recaudos específicos que se correspondan con la naturaleza propia del documento notarial).

#### **4.1. Inmaterialidad del documento digital**

Que la materialidad de un documento digital sea, en principio, irrelevante resulta ser de toda lógica si tenemos en cuenta que el documento se crea o se recibe desde un ordenador, se localiza y se manipula o se envía también desde un ordenador, sin que sea remotamente necesario en ninguno de estos momentos saber con exactitud en qué parte del disco se aloja el mismo.

En la inmensa mayoría de los casos (por no decir todos) lo que es realmente relevante en un documento digital es su contenido. Nunca importó en qué lugar preciso se encontraba grabado aquel conjunto de códigos binarios porque

## Doctrina

nada agrega a la posibilidad de su visualización, manipulación, transmisión o recepción.

Los sistemas de computación actuales (y desde hace varias décadas) tienen mecanismos informáticos, programaciones que admiten la ejecución de comandos que nos permiten identificar la localización “informática” del documento. Así, la ubicación material puede, en todos los casos, prescindirse.

Dando un paso más hacia la determinación precisa de la materia del documento digital, ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS exponía:

No nos encontramos, ciertamente, ante un documento “desmaterializado”, como dicen Valerie y Luc Weyts; no estamos, como afirma por su parte Zagami, ante “documentos totalmente inmateriales” (...) lo que ocurre es que al lado de una materia -el papel- tenemos ahora otros soportes -el disco duro, el disco, el CDRom, etc.- que reciben, almacenan y transmiten los mensajes<sup>15</sup>.

Continúa más adelante:

Aquella inmaterialidad de los documentos electrónicos que veíamos aducida, aun no siendo más que una metáfora, pone de relieve que (...) presentan una materialidad de menor incidencia en el documento, porque un soporte electrónico puede ser sustituido por otro, con permanencia del mismo documento (...) “un” soporte le es siempre necesario, pero los soportes “concretos” son intercambiables, totalmente accidentales...<sup>16</sup>

Coincidimos con esta idea que, por cierto, agrega algo de luz a la doctrina del documento digital. Sin embargo al analizar su aplicación a la especie del documento notarial creemos que se puede dar un paso más.

Antes de avanzar, creemos que resultará interesante destacar aquí diversas opiniones que se han vertido dentro del notariado internacional sobre aquella pretendida inmaterialidad de los documentos digitales.

Al respecto se ha dicho:

...cuando vemos en la pantalla del ordenador un texto escrito con el sistema alfabético lo que se está produciendo es una especie de traducción simultánea, absolutamente volátil, de un texto creado y almacenado en el sistema binario. Los signos que vemos en la pantalla, reconocibles como signos de escritura, no existen en la realidad natural, sino tan sólo en el mundo de la llamada realidad virtual; carecen de entidad material...

---

15 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. *Firma electrónica y documento electrónico*, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, pág. 16.

16 *Ibíd.*, pág. 17.

Continúa más adelante:

...Lo que vemos en la pantalla del ordenador no es lo que está almacenado en nuestro disco duro sino su exteriorización fugaz mediante un proceso instantáneo de descodificación al lenguaje alfabético del sistema binario<sup>17</sup>.

Es cierto que lo que se percibe a través del monitor de un ordenador viene a ser una traducción de aquel código binario que origina el documento digital; sin embargo esta traducción ni es fugaz ni volátil. Podremos abrir miles de veces el mismo documento y en todos los casos el resultado será exactamente el mismo.

Por último -quizás sea este el punto que mayor disidencia nos genera con la opinión citada-, tampoco es cierto que los documentos digitales carezcan de entidad material. Es que, si se comprende el funcionamiento del sistema binario en ordenadores y se parte de que aquella es la materia y el ordenador lo interpreta y traduce, enseguida observamos que aquellos ceros y unos agrupados en una determinada cantidad de *bits* (ocho, dieciséis, treinta y dos o sesenta y cuatro, hasta hoy) que son utilizados para generar un solo carácter, a su vez, agrupados en una enorme cantidad de *bytes*, representan la materia del documento digital.

Tomemos como ejemplo el lenguaje de interpretación de información en ordenadores compuesto por ocho *bits*. Habíamos dicho que las combinaciones daban como resultado un carácter entre doscientos cincuenta y seis posibles. De aquellos ocho *bits* resultará un número específico.

Luego, es importante destacar (que no lo hemos hecho aún), sobre todo para visualizar su aplicación en concreto, que los sistemas informáticos utilizan un código llamado ASCII<sup>18</sup> para representar caracteres, para traducir cualquiera de esas doscientos cincuenta y seis posibilidades a un carácter específico.

Sin pretender ahondar demasiado en términos informáticos (pues no es este el lugar para hacerlo), pondremos un ejemplo en concreto: la combinación de ocho *bits* en el sistema binario dará como resultado un número. En verdad, un dato específico que podrá interpretarse como un número (00000001 = 1; 00000010 = 2; 00000011 = 3, etc.). Luego, la letra "A" (a mayúscula) es representada en el código ASCII con el número 65. Finalmente, el número 65

---

17 MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso. *La copia notarial electrónica*, Ed. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007, pág. 37. A su vez, el autor cita a Torres Lana, José Ángel. "Formas del negocio y nuevas tecnologías", *Revista de derecho privado*, julio-agosto 2004, págs. 489 a 523.

18 Siglas en inglés para *American Standard Code for Information Interchange*; o sea, código americano estándar para el intercambio de información.

en binario es 01000001. En síntesis, en donde el ordenador haya almacenado aquel conjunto de ocho *bits* (01000001), será interpretado como un valor (65), lo cual se traducirá a un carácter específico (la letra "A").

El punto al que queremos llegar es que en un documento digital que sea inteligible para el hombre en el lenguaje alfabético, la cadena de *bits* que lo componen contendrá (luego de un extenso campo destinado a designar el nombre del archivo y su tipo) aquellos códigos binarios agrupados en una cantidad determinada (repetimos, ocho, dieciséis, etc.) que representarán cada uno de los caracteres que en definitiva veremos a través de la pantalla del ordenador.

Claro que la lectura en binario resulta ser extremadamente difícil, incluso para un informático especializado en la materia. Incluso, a medida que fue avanzando la programación y se fueron utilizando una cantidad de *bits* más grandes, las combinaciones posibles pasan a ser considerablemente superiores<sup>19</sup>.

Nos basta aquí con afirmar que la materia existe.

### 4.2. Materialidad del documento digital notarial

Así como el papel que se utiliza para el protocolo notarial tiene sus especiales características (en la actualidad en todos los sistemas notariales de tipo latino, el protocolo contiene determinados sellos de seguridad que permiten asegurar su autenticidad e identificar su falsificación), también el protocolo digital deberá tenerlas.

La pretendida "inmaterialidad" de los documentos digitales, aunque podríamos denominarla como una "materialidad irrelevante", no debe ser tal en el documento notarial. O, cuanto menos, deberá reducirse en la búsqueda por el logro de determinados extremos inherentes a todo documento notarial: esto es la determinación material del soporte de almacenamiento.

Nuevamente, así como en la actualidad es tarea del notario la conservación de los documentos públicos incorporados al protocolo, también persistirá idéntico deber respecto de los documentos públicos digitales que conformen el protocolo digital.

Resulta necesario realizar aquí la siguiente salvedad: cuando nos enfrentamos al estudio de materias que, como la presente, resultan ser ajenas a la ciencia del derecho, se deben delimitar los pretendidos alcances científicos a los que se quiere llegar, reconociendo los límites que necesariamente se nos imponen.

---

19 Si con ocho bits los resultados posibles son 256, con nueve tendremos 512, con diez bits 1024, y así exponencialmente. Imaginemos la cantidad de combinaciones posibles en sesenta y cuatro bits (la respuesta es 18.446.744.073.709.600.000). Por ello, los avances en la informática son exponenciales.

De esta manera tanto la doctrina como la legislación notarial deberán establecer parámetros y requisitos mínimos que las nuevas tecnologías deberán asegurar a la hora de instaurar un sistema de otorgamiento digital de documentos públicos, pero sin pretender abarcar todos los extremos necesarios de tipo procedimental a fin de llevarlo a cabo.

Es que, a modo de ejemplo, si se quisiera determinar el soporte específico, el formato digital necesario, el software y el hardware obligatorio para la implementación de tal cometido, desde el derecho notarial, se estaría cometiendo un error capital al no advertir que las cuestiones de técnica informática deben encomendarse a los especialistas en la materia y no ser objeto de mayores análisis por el notario, más que en los aspectos esenciales, en los requisitos obligatorios y, principalmente, en los fines que necesariamente deberán lograrse con el sistema digital.

Aclarado esto retomamos la premisa anterior. En lo relativo a la materialidad del documento público digital deberá reducirse aquel concepto de “materialidad de menor incidencia”<sup>20</sup>. Es decir, la materialidad en el documento público digital no es para nada irrelevante.

Decíamos que todo documento digital tiene su materialidad. En general, la determinación de esta materia resulta ser más o menos irrelevante. Sin embargo, a la hora de analizar la posibilidad de implementación del protocolo digital (entendido como el conjunto cronológico y ordenado de documentos notariales matrices digitales), debemos poner de resalto que deberá garantizarse su determinación material precisa.

La consideración del soporte material del protocolo digital cobra aquí una especial relevancia, pues seguirá siendo una obligación del notario el conservar los documentos matrices originales, el garantizar su integridad e inmutabilidad.

Retomaremos este aspecto más adelante, pero anticipamos desde aquí para terminar con este acápite que el sistema a implementarse deberá asegurar, en todos los casos y desde un plano objetivo, los siguientes extremos en el documento público digital: perdurabilidad, inalterabilidad y determinación material.

## 5. LA GRAFÍA EN EL DOCUMENTO DIGITAL

Como hemos visto, la nota esencial que hace que la grafía sea un elemento constitutivo del documento, condición necesaria de su existencia como tal, radica en la virtualidad de ser medio de expresión del pensamiento humano.

---

20 Conforme RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. *Firma electrónica...* cit., pág. 17.

Así, ya en el año 1963 adelantaba ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS: "La tradición jurídica nos ha legado una serie de variedades documentales unidas por la nota esencial de constituir la expresión, mediante una grafía, del pensamiento de un hombre, su autor; no es posible limitar en principio a la escritura esa grafía, puesto que la técnica ha desarrollado o puede desarrollar, en lo futuro, otros procedimientos de expresión del pensamiento..."<sup>21</sup>.

Respecto del documento digital, por las mismas características que destacamos al analizar su materialidad, la doctrina ha partido por considerar que la grafía que estos contienen es, originalmente, el código binario, propio del lenguaje de la programación informática. Al respecto, explica ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS: "Existe, pues, un principio general de la forma escrita, en el que hay que comprender la moderna grafía electrónica, que es verdadera escritura, aun que no sea alfabética..."<sup>22</sup>.

Sin embargo, creemos que esto no alcanza para determinar la esencia de la escritura del documento digital, puesto que si fuera lisa y llanamente aquel código binario, entonces su capacidad de ser pasible de expresar el pensamiento del hombre se encontraría ciertamente limitada.

Es que, a la par de esta materialidad gráfica del código binario, los avances de la programación y, sobre todo, la estandarización de su uso en la actualidad, nos permiten considerar que la grafía en los documentos electrónicos puede ser considerada como una grafía alfabética.

Tengamos en cuenta que un documento digital, tanto en el momento de su confección como en el de su reproducción, puede ser inteligible para el hombre en el lenguaje natural.

Claro está que, por sus especiales características, la posibilidad del hombre de acceder al contenido intelectual del documento requerirá del uso de ordenadores a la manera de una traducción de aquel código que lo contiene.

Pero también esta traducción presenta ciertas características que nos permiten prescindir del código que las origina, pues al situarnos ante un documento digital será imprescindible contar con un ordenador que lo torne visible y nos permita acceder a su contenido, de manera automática y directa, que no requiere de ninguna actividad concreta del hombre más que el acceso al documento utilizando el programa correspondiente según su tipo.

Es que, justamente, si nos detenemos ahora en el estudio de los documentos digitales y en la posibilidad de su utilización como soporte del documento público notarial es porque los avances de las tecnologías actuales y

---

21 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "Naturaleza jurídica..." cit., pág. 13.

22 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "Principios Notariales", en *El notario del siglo XXI*, Ed. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2013, pág. 92.

sus aplicaciones cada vez más estandarizadas posibilitan una consideración funcional de los mismos.

No caben dudas de que la escritura en los documentos digitales cumple acabadamente con la función de ser expresión del pensamiento del hombre, no por la posibilidad de traducir aquel conjunto de códigos binarios, sino por su traducción directa y automática al lenguaje alfabético, lo que los hace, en todo momento, inteligibles para el hombre.

De ello puede concluirse que, en su aplicación al documento notarial que aquí nos interesa, esto es, en la posibilidad de la implementación de un protocolo digital, podemos afirmar que el otorgamiento de las partes debe entenderse como la asunción de la paternidad de las manifestaciones contenidas en el documento en los términos alfabéticos que del mismo resulten, independientemente del conjunto de *bits* que en definitiva conformen el documento digital.

### 5.1. Recepción legislativa del documento digital

Tanto en la ley N° 25.506 (de firma digital en la Argentina) como en el Código Civil y Comercial argentino (código unificado que comenzó a regir el 1° de agosto de 2015) encontramos distintas normas que le han dado recepción legislativa a estos dos aspectos del documento digital que aquí analizamos.

El art. 6° de la ley de firma digital establece que: “Se entiende por documento digital a 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*”.

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

Como se observa en las normas transcritas, las cuestiones que el legislador ha tenido en cuenta con relación al documento digital pueden dividirse en: el soporte de almacenamiento (en su relación con la materialidad del documento), y la grafía del documento en su consideración como escritura.

A su vez, ambas normas confirman lo que veníamos sosteniendo: por un lado, que la grafía del documento digital debe ser considerada como una grafía escrita, en la medida en que el contenido del mismo sea representado con texto inteligible para el hombre, con independencia de los medios técnicos necesarios para su lectura; por el otro, que el soporte del documento también

puede estar conformado por el conjunto de *bits* alojados digitalmente en un dispositivo de almacenamiento de datos (como en el disco rígido).

### 5.2. Documento digital. Definición

Partiendo de la definición clásica del documento diremos que documento digital es una cosa a la cual se le debe haber incorporado, por el trabajo del hombre, una grafía que expresa el pensamiento de su autor, que a su vez, sea atribuible a éste, que tenga la virtualidad de representar algún hecho o acontecimiento relevante para su derecho, cuyo soporte material está dado por la cadena de *bits* que lo configuran.

Así, la recepción legislativa de este nuevo tipo de documentos, la indiferencia del soporte material de los mismos, tiene por finalidad la asimilación entre los documentos digitales y los documentos en soporte papel. El carácter probatorio o constitutivo de los mismos, se mantiene con independencia de la materia de la cual estén compuestos. Lo mismo da que se trate de un contrato impreso en un papel, o de un documento digital almacenado en un ordenador compuesto materialmente por una cadena de *bits* (en la medida en que cumpla con el resto de los requisitos de los documentos en general).

Y es en este contexto, y retomando los planos en que dividimos al documento (forma y prueba), que nos detendremos en la consideración del documento digital como forma (documento constitutivo), como objeto pasible de contener una declaración de voluntad, atribuible a su autor, representada por signos gráficos inteligibles para el hombre (aunque su lectura exija medios técnicos), conformado materialmente por una cadena de *bits*, alojado en un dispositivo de almacenamiento de datos.

De esta manera, y para cumplir acabadamente (desde el aspecto estrictamente jurídico) con el recaudo de la acreditación de la autoría de las declaraciones de voluntad contenidas en el documento digital, es que surge (mejor dicho, se mantiene) el requisito de la firma. Y es así que surge la necesidad de analizar los conceptos de firma digital, por un lado, y de firma hológrafa digitalizada, por el otro.

## 6. EL DOCUMENTO DIGITAL COMO MEDIO DE EXTERIORIZACIÓN DE LA VOLUNTAD. PRIMERAS APROXIMACIONES EN SU PROYECCIÓN AL DOCUMENTO NOTARIAL

Llegamos ahora a uno de los principales temas en la materia que involucra indudablemente a las nuevas tecnologías aplicadas a la función notarial. Al ana-

lizar al documento digital desde el plano de la forma, debemos considerarlo en su aptitud de ser medio idóneo de exteriorización de la voluntad.

Aunque técnicamente los conceptos de documento digital y firma digital no tienen una vinculación necesaria, desde que pueden ser analizados separadamente (pues cada uno de estos conceptos ocupa un lugar específico dentro del amplio espectro de las nuevas tecnologías y la función notarial), debemos destacar, desde aquí, que existen ciertos puntos de conexión entre ambos que hacen aconsejable delimitarlos correctamente.

Así, debemos poner de resalto inicialmente que, por las notas esenciales a las que nos referimos anteriormente al hablar del documento como forma, el otorgamiento de las partes intervinientes mediante la acción de estampar sus firmas en él tiene aquí una importancia medular. Luego, al ubicarnos estrictamente en el plano digital, surge la necesidad de determinar cuál es el mecanismo apto para estos fines.

Es que si nos detenemos aquí en el análisis de la viabilidad de la existencia de un documento digital desde su origen, será necesario determinar un modo de expresión de la voluntad de los otorgantes, igualmente digital. Esto es la forma, la manera en que las partes expresan aquella potencia anímica mediante una acción plasmada en el documento.

Y es así que la doctrina se ha detenido largamente en este aspecto analizando las características propias de la denominada firma digital y sus principales diferencias con la firma hológrafa.

Comenzaremos, pues, por analizar a la firma digital desde el plano conceptual y los efectos jurídicos que las legislaciones le han atribuido.

Sin embargo, y antes de continuar con el presente análisis, debemos realizar aquí algunas salvedades. En primer término, independientemente de la posición que se adopte al respecto, debemos tener en cuenta que la firma digital tiene en la actualidad su reconocimiento legislativo. En consecuencia, más allá de analizar la función o el lugar que la firma digital debe ocupar dentro del derecho notarial, debemos partir por admitir su existencia y considerar los efectos jurídicos que las legislaciones le atribuyen.

En segundo término, y por aquel reconocimiento legislativo, debemos considerar al concepto de firma digital en la forma y con el alcance que las propias legislaciones le han dado. Firma digital es lo que las leyes se han encargado de definir y regular.

Quizás esta última aclaración resulte un tanto confusa o incluso redundante pero no debemos perder de vista que estamos ante una temática tan novedosa como cambiante. Como es sabido, dentro del campo de las nuevas tecnologías, la velocidad de los avances científicos suele ser considerablemente alta (exponencial), de manera que no sería extraño pensar que en un futuro

cercano los avances propios de la informática nos enfrenten al estudio de nuevas formas de firma digital que se alejen de los conceptos actuales. A modo de ejemplo y para graficar lo que aquí sostenemos, podemos pensar en la aplicación de técnicas biométricas para la identificación de los sujetos intervinientes como un método de firma diferente al actual concepto de firma digital.

### 7. LA FIRMA DIGITAL. TERMINOLOGÍA

Como es sabido, hace ya poco más de una década, en la mayoría de nuestros sistemas jurídicos han entrado en vigor leyes que vinieron a regular la llamada firma digital, otorgándole un alcance similar a la firma hológrafa

Se torna necesario realizar aquí una primera aclaración de tipo terminológico. Nuestra ley de firma digital (ley Nº 25.506) ha definido dos conceptos diferentes: la firma digital propiamente dicha, regulada en su art. 2º; y la firma electrónica, regulada en su art. 5º, con alcances de una jerarquía inferior a la primera.

En el derecho español, en cambio, la ley Nº 59/2003 define diferentes tipos de firma electrónica, también con escalas de jerarquía en cuanto a la validez jurídica de las mismas, pero sin conceptualizarla (como en nuestro derecho) como firma digital.

Así, el art. 3º de la ley Nº 59/2003 española define a la firma electrónica, la firma electrónica avanzada y la firma electrónica reconocida. Para sintetizar aquí diremos que lo que en nuestro derecho se denomina firma digital es equivalente a la firma electrónica reconocida del derecho español.

La presente aclaración tiene sentido en razón de que recurriremos, en algunas ocasiones, a los análisis y estudios que han tenido lugar en la doctrina española, por lo que no advertir las diferencias terminológicas entre las legislaciones podría confundir al lector. Sin embargo el presente estudio se centrará en el análisis de la firma digital en el derecho argentino.

#### **7.1. Concepto y requisitos de la firma digital**

Para comprender el concepto de firma digital, necesariamente debemos tener en cuenta que este es un concepto propio de la informática. Aunque nos detengamos en su definición legal y en la concepción jurídica que las normas le han dado, alejarse de la realidad informática desde donde surge el mismo puede representar una dificultad para un cabal entendimiento.

Así, el art. 2º de la ley Nº 25.506 establece:

Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento

del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.

El artículo comienza estableciendo que para que exista firma digital, al documento digital (al que se le aplique la firma, lógicamente) deberá aplicársele un procedimiento matemático.

Pareciera que este párrafo poco agrega a la definición legal. Sin embargo, lo que queremos destacar aquí es cuál es ese procedimiento matemático, pues no cualquiera es suficiente. Por ello aclarábamos al principio de este punto que no podemos alejarnos de aquel concepto informático y de los sistemas actualmente vigentes a nivel internacional.

Agrega luego la norma que aquel procedimiento, o al menos una parte del procedimiento matemático, requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, nadie más que él puede conocerlo. Y finalmente, aquella información exclusiva debe encontrarse bajo su absoluto control.

## **7.2. El procedimiento matemático en la firma digital**

Los procedimientos de firma digital actuales se basan en el empleo de un cálculo matemático aplicado al documento digital mediante el uso, por parte del firmante, de una clave privada.

Si pensamos en el documento digital como un conjunto de *bits*, como una cadena de una inmensa cantidad de ceros y unos, podemos pensar que al número final que resulte se le puede aplicar un cálculo matemático. Esto es conocido como sistema criptográfico. El mensaje original se modifica y es reemplazado por otro.

Si aquel cálculo matemático fuera conocido por quien emite el mensaje y también por quien lo recibe, simplemente se le podrá aplicar el cálculo inverso y el mensaje recobrará el sentido original. Hablaríamos aquí de un sistema de criptografía simétrica.

La seguridad del sistema de encriptación simétrica dependerá del medio que se emplee para comunicar la clave (o el cálculo). Si la preocupación era la interceptación del mensaje mediante su circulación en la red por personas diferentes al destinatario, lógicamente, la misma preocupación puede aplicarse a la comunicación de la clave.

Lo que se buscó desde la informática fue, justamente, posibilitar la aplicación de un cálculo en el cual el emisor del mensaje conserve la exclusividad de una parte del mismo. De esta manera, la cuestión fue determinar de qué manera puede el receptor conocer el contenido del mensaje sin que sea necesario

conocer aquel elemento privado que el emisor utilizó para dicho cálculo. Esto fue lo que motivó la implementación del sistema de encriptación asimétrica. Y es esto, a su vez, a lo que se refiere la ley de firma digital al definir su concepto en el artículo transcrito previamente.

El sistema de encriptación asimétrica parte de un algoritmo matemático, un conjunto ordenado de operaciones sumamente complejo compuesto por varios datos numéricos. Cuando hablamos del par de claves, de la clave pública y de la clave privada, en verdad estamos refiriéndonos a diversos elementos numéricos utilizados en ese algoritmo.

La particularidad que presenta la firma digital radica en que, al generarse el par de claves -esto es, al momento de la creación de la firma digital-, se completa el algoritmo con determinados números concretos, lo que permite obtener, en términos matemáticos, un número específico para la clave privada y otro número específico para la clave pública.

Ambos números (ambas claves) son en verdad diferentes datos de ese mismo algoritmo. A una clave privada le corresponderá solamente una clave pública y viceversa. Lo importante es destacar que estos datos mantienen una relación lógica necesaria que los mantiene vinculados.

A su vez existen diversos fines que estas herramientas persiguen. En algún caso el fin podrá ser asegurar al receptor del mensaje que quien lo ha enviado es una persona determinada y no otra; en definitiva, asegurar la autoría del mensaje. En otros casos, la finalidad podrá ser impedir la interceptación del mensaje o, por lo menos, impedir que si alguien lo intercepta, pueda entender su contenido o modificarlo.

Imaginemos que un sujeto A, ya dotado previamente de su firma digital (esto es, que ya haya generado el par de claves) envíe un mensaje a otro sujeto B. Al momento del envío, y para garantizarle a B que ha sido A quien envió el mensaje (y nadie más que él), le aplica al mensaje su clave privada. De esta manera, la cadena de *bits* que conforma el documento digital se modifica. Luego, B recibirá un mensaje incomprensible hasta que le aplique la clave pública de A. Recién en ese momento podrá acceder a su contenido, lo que le hará saber, de manera indubitable, que aquel mensaje había sido encriptado con la clave privada de A, pues de otra forma el mensaje no podría ser legible.

Claro que, en este caso, cualquiera que intercepte el mensaje podrá acceder a su contenido, pues lo único que se requiere es conocer la clave pública de A (lógicamente, al ser pública, será accesible para cualquier interesado). Pero el tercero que intercepte el mensaje no podrá modificarlo, pues, si lo hiciera, ya no podría volver a aplicarle la clave privada de A (que desconoce). A su vez, cualquier alteración en el mensaje generará que la aplicación posterior de la clave pública correspondiente falle, devolviendo un documento incomprensible.

Luego, si lo que se busca es impedir el conocimiento del contenido del mensaje, entonces A, al momento del envío y la encriptación del documento digital, le aplicará la clave pública de B. De esta manera, sólo B podrá volver el mensaje a su significado inicial aplicándole su clave privada (de su exclusivo conocimiento). Incluso ambos procesos pueden realizarse a la par sobre un mismo documento. El sujeto A aplica al mensaje su clave privada y luego la clave pública de B. De esta manera B, para volver al mensaje original, deberá aplicarle la clave pública de A, y luego su clave privada. Así no sólo se asegurará que ha sido A quien envió el mensaje, sino que nadie más que B podrá acceder a su contenido.

A su vez, y para que este procedimiento tenga valor jurídico dentro de un ordenamiento, las legislaciones exigirán además el cumplimiento de determinados extremos. Así, la autoridad de aplicación de la ley establece recaudos tales como la obtención de un certificado de firma digital (una firma digital válida que haya sido previamente generada) provisto por una entidad certificante, entidad que también deberá cumplir con una serie de requisitos que lo tornen apto para cumplir tal finalidad y que responda con determinados estándares de seguridad informática a nivel internacional. Pero estas son ya cuestiones de tipo procedimental.

### **7.3. El algoritmo RSA como ejemplo para visualizar la firma digital aplicada**

#### *7.3.1. Aclaración previa*

El presente punto puede ser tomado como anexo, como un desarrollo de una de las fórmulas utilizadas para la aplicación de la firma digital que no es esencial para la presente investigación.

Quizás esta parte no le resulte útil al lector, pues siendo un estudio de índole jurídica nos detendremos aquí en cuestiones estrictamente matemáticas, que se alejan por completo de la concepción legal.

Sin embargo, la decisión de mantener la explicación como parte del presente se debe a la idea de ofrecer las herramientas intelectuales para comprender con mayor profundidad el funcionamiento del instituto de la firma digital. Hecha esta salvedad, quedará en manos del lector la decisión de continuar con la lectura de este punto o pasar directamente al siguiente.

#### *7.3.2. Desarrollo del algoritmo matemático*

Uno de los sistemas de criptografía asimétrica que mayores estándares de seguridad presenta a nivel internacional es el algoritmo RSA<sup>23</sup> (aunque no

---

23 El nombre RSA fue elegido por representar las siglas de los apellidos de sus creadores: Ronald Linn Rivest, Adi Shamir y Leonard Adleman.

es el único). Intentando no ahondar demasiado en cuestiones matemáticas sumamente complejas, podemos decir que, según el algoritmo RSA, la clave privada y la clave pública son el resultado de un mismo cálculo matemático.

Para la generación de este par de claves se parte de la elección de determinados números de manera aleatoria (aunque siguiendo determinados parámetros necesarios):  $n$  es el resultado de la multiplicación de  $p$  por  $q$ , siempre que  $p$  y  $q$  sean números primos y enteros. Para graficarlo en términos matemáticos<sup>24</sup> pensemos en que elegimos los siguientes:  $p = 61$  y  $q = 53$ . El resultado de la multiplicación de  $p$  por  $q$  será 3233 ( $n$ ).

Luego, al valor  $n$  se le aplica la función *phi* de Euler ( $f$ ), esto es, tomar los dos valores que conforman  $n$  ( $p$  y  $q$ ), restarle 1, y volver a multiplicarlos. Retomando los valores anteriores, el cálculo sería:  $61 - 1 = 60$ ;  $53 - 1 = 52$ ;  $60$  por  $52 = 3120$ .

El tercer paso es la elección de un tercer valor, denominado  $e$ . Siempre que  $e$  sea mayor a uno, y menor que  $f(n)$  (en el ejemplo, 3120), a su vez, coprimo con éste ( $e$  y  $f(n)$  no deben tener ningún divisor en común). Digamos como ejemplo, que  $e$  es igual a 17.

Tanto  $n$  como  $e$  integrarán valores que conforman la clave pública, pero los valores de  $p$  y  $q$  permanecerán en el exclusivo conocimiento de su titular, esto es, la clave privada.

Finalmente, el último paso para la generación del par de claves según el algoritmo RSA radica en computar el valor  $d$ , que también forma parte de la clave privada, de exclusivo conocimiento de su titular. La dificultad radica en que para calcular (y conocer) el valor de  $d$ , se torna necesario conocer previamente los valores que conformaban  $n$ , esto es  $p$  y  $q$ . Pues, de otra forma, se tornaría imposible realizar el cálculo de  $f(n)$ .

El último cálculo sería:  $e$  por  $d \bmod f(n) = 1$ . En donde "mod" o módulo, es el resultado de multiplicar  $e$  (17) por  $d$  (hasta aquí desconocido), dividirlo por  $f(n)$  (3120), y tomar la resta de la división (sin continuar con los decimales: así, si dividimos 27 por 5, la resta será 2, pues multiplicar 5 por 5 da como resultado 25, luego faltan 2 para llegar a 27).

Tenemos entonces que 17 multiplicado por un número equis ( $d$ ), módulo 3120, tiene que dar como resultado 1. En términos matemáticos,  $d$  debe ser el multiplicador modular inverso de " $e \bmod f(n)$ ". Finalmente, tenemos que  $d$  es igual a 2753, pues 17 por 2753 da como resultado 46.801; si dividimos 46.801 por 3120 la resta de dicha división dará como resultado 1.

---

24 Para facilitar la comprensión y permitir el cotejo de lo que aquí explicamos, utilizaremos los mismos números que han sido utilizados en: <https://es.wikipedia.org/wiki/RSA>.

La relación existente entre estos valores permite mantener el secreto de una porción de los datos que conforman el algoritmo, dando a conocer la otra parte de los datos, de manera tal que aplicando cualquiera de las dos partes de la ecuación, el resultado permitirá determinar que el mensaje original fue encriptado utilizando una clave determinada. Clave pública y clave privada son dos porciones del mismo algoritmo.

Finalmente, el proceso de encriptación del mensaje será el siguiente. Se parte del mensaje original ( $m$ ) elevado a la potencia de  $d$  (2753) módulo  $n$  (3233). Este procedimiento dará como resultado la obtención de  $c$ , que vendría a ser el mensaje encriptado. Luego, para volver al número que resulte de aquel cálculo (será  $c$ : el mensaje encriptado) al mensaje original ( $m$ ), se deberá seguir el siguiente procedimiento:  $c$  elevado a la potencia de  $e$  (17) módulo  $n$  (3233) =  $m$  (se vuelve al mensaje original).

En el ejemplo propuesto (tomado, a su vez, del ejemplo que propone Wikipedia en el desarrollo del sistema de encriptación RSA) se utilizan números sencillos, considerablemente pequeños, para facilitar la comprensión del algoritmo. Pero en la realidad para que el sistema alcance determinados parámetros de seguridad se utilizan números compuestos por una cantidad de dígitos extremadamente largos<sup>25</sup>.

#### 7.4. Consecuencias y efectos de la firma digital

La importancia del procedimiento radica en que, dada la complejidad matemática de la fórmula, la posibilidad de descifrar la clave privada a partir del conocimiento de la clave pública es prácticamente imposible. Naturalmente, desde la informática, se trabaja a diario tanto para intentar destruir estos algoritmos como para mejorarlos e, incluso, proponer otros que tornen aun más difícil la posibilidad de descifrarlos.

Llegados a este punto, podemos aclarar ahora que el sistema de cifrado RSA es uno de los diferentes sistemas en los que se trabaja en la actualidad a nivel mundial, pero no el único. Así, podemos mencionar también al sistema DSA (*Digital Signature Algorithm*, o algoritmo de firma digital), o al ECC (*Elliptic Curve Cryptography*, criptografía de curva elíptica), como diferentes variables.

---

25 Incluso el mensaje del cual se parte ( $m$ ) necesariamente debe contener una cantidad determinada de bits; de lo contrario, el cálculo puede ser incorrecto (a modo de ejemplo, si el mensaje  $m$  fuera igual a 1, aunque luego se le aplique cualquier potencia, dará como resultado 1). Para esto se utilizan mecanismos de relleno, tendientes a ampliar la cantidad de bits que componen el mensaje original, como mecanismo previo a los cálculos matemáticos.

En todos los casos, las fórmulas matemáticas se basan en la generación de un par de claves que permiten realizar procesos matemáticos que, por un lado, permitan verificar que la firma digital utilizada corresponde a un sujeto determinado que es titular de la clave privada, mediante la utilización de su correspondiente clave pública; y, por el otro, mantengan el secreto y la confidencialidad de las claves privadas, tornando imposible su descifrado.

Finalmente, y retomando los principios jurídicos que se asocian a la firma digital, podemos decir que son estos procedimientos informáticos los que dan basamento a los conceptos de no repudio (referido a la autoría del documento) e integridad (asociado a la no alteración del contenido del documento).

### **7.5. La firma digital en la legislación. Continuación**

En efecto, dentro de los arts. 7º, 8º y 10 de la ley N° 25.506 hallamos la recepción legislativa de aquellos principios al establecerse los efectos jurídicos que cabe asignarle a la firma digital.

Dispone el art. 7º de la ley: "Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma". Luego, con un alcance similar, manda el art. 10: "Cuando un documento digital sea enviado en forma automática por un dispositivo programado y lleve la firma digital del remitente se presumirá, salvo prueba en contrario, que el documento firmado proviene del remitente".

La presunción de la titularidad de la firma digital, sumada a la presunción de la firma en cabeza del remitente, hacen, en definitiva, a la aplicación del principio de no repudio atribuible a los documentos firmados digitalmente. De esta manera la norma presume la autoría del sujeto titular del certificado digital correspondiente a la firma digital aplicada al documento, en relación al documento firmado digitalmente.

Luego, el principio de presunción de integridad del documento firmado digitalmente encuentra su recepción legislativa en el art. 8º de la ley, al establecer que: "Si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma".

Finalmente, el art. 288 CCyC de la Nación<sup>26</sup> establece:

La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los

---

26 Nuevamente nos referimos al código unificado con vigencia desde el 1º de agosto de 2015.

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

Sobre este último artículo cabe hacer una interesante reflexión. La norma actual reconoce su fuente directa en el art. 288 del Proyecto de reforma y unificación de los códigos Civil y Comercial de la Nación elaborado por la comisión creada por decreto N° 191/2011<sup>27</sup>. A grandes rasgos, el artículo actual reproduce literalmente a su fuente con una única salvedad.

En efecto, en el texto del art. 288 del proyecto, establecía que: "...En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza *un método* que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento". Como se observa del cotejo de ambos artículos, el texto de la norma actual reemplazó el término "un método", por "una firma digital".

Lógicamente, lejos de ser una modificación impensada, los términos utilizados en la redacción actual nos permiten afirmar dos cosas: por un lado, que la recepción legislativa de la firma digital ha llegado ahora a la norma fundamental que rige el derecho privado de los particulares; por el otro, que al momento del empleo de la firma digital en concreto será de aplicación la legislación especial que la regula. De esta manera, al momento de analizar tanto los efectos como los requisitos de la firma digital en nuestro país, deberemos observar las disposiciones contenidas en la ley N° 25.506.

Sin embargo debemos mencionar algunas opiniones doctrinarias que se han planteado en relación a la presunción de autoría del documento o principio de no repudio, pues de ellas pueden extraerse algunas notas características de la firma digital que creemos conveniente precisar aquí.

## **7.6. El principio de separabilidad de la firma digital**

Comenzaremos por expresar aquí algunas ideas para luego detenernos en los profundos análisis que la doctrina, tanto nacional como internacional, ha realizado sobre la materia.

---

27 El 23 de febrero de 2011, el poder ejecutivo nacional creó por decreto N° 191/2011 la "Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los códigos Civil y Comercial de la Nación", integrada por los prestigiosos juristas, el doctor Ricardo Luis Lorenzetti como presidente, y las doctoras Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, cuya principal tarea fue la de redactar y elaborar un anteproyecto de código civil y comercial para nuestra nación. El día 7 de junio de 2012 se elevó al Congreso de la Nación el anteproyecto de código civil y comercial elaborado por la mencionada comisión para su tratamiento legislativo.

Si pensamos en la firma digital como un mecanismo diferente pero asimilable a la firma hológrafa, recogido ahora por las legislaciones, debemos necesariamente detenernos en la comparación entre ambos tipos de firma y en los efectos jurídicos que las normativas internacionales le han atribuido.

El hecho de que las legislaciones se hayan encargado de atribuir a la firma digital una presunción de autoría pone de relieve la falta de un elemento esencial en este mecanismo de firma. Así, al establecer los efectos y alcances jurídicos de la firma hológrafa, no se establece una presunción sino una atribución de autoría en cabeza del firmante.

Cabe reflexionar aquí sobre el motivo de estas diferencias.

Debemos destacar, como un elemento esencial en la firma hológrafa (o manuscrita), la inseparabilidad de la persona del firmante. “La firma manuscrita es inseparable de la persona. La firma electrónica (digital) es un mecanismo separado de la persona y, por tanto, puede ser utilizado por otra distinta de su titular”<sup>28</sup>.

Así podemos decir que reconocida la firma hológrafa de un sujeto en un documento determinado procede la atribución de la autoría de las declaraciones contenidas en el documento, en cabeza del firmante.

A su vez, y como consecuencia de la inescindibilidad de la firma hológrafa en cabeza del firmante, es que las legislaciones han establecido como una causal de atribución de fecha cierta a los documentos privados, la muerte del firmante<sup>29</sup>.

Al respecto, explica ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS:

La llamada firma electrónica (digital), por el contrario, es escindible o separable de la persona, puesto que se pone al igual que el sello mediante un utensilio, un dispositivo de creación de firma, que puede accionar su mismo titular, pero también un tercero, con consentimiento del titular de la firma o sin él, con o sin delito, estando el titular vivo o muerto; por esto último, el fallecimiento de su titular no puede conferir fecha cierta al documento privado electrónico conforme al artículo

---

28 BOLÁS ALFONSO, Juan. “Firma digital, comercio electrónico y fe pública notarial”, en Revista Jurídica del Notariado, N° 36, octubre-diciembre de 2010, pág. 42. El autor, por las particularidades terminológicas a las que hicimos referencia oportunamente, se refiere a la firma electrónica reconocida prevista en la ley española, asimilable a la firma digital del derecho argentino.

29 Conforme al art. 1227 del Código Civil Español. El art. 1035 CC argentino contempla la misma situación, dándole un tratamiento idéntico. Cabe destacar, sin embargo, que el nuevo art. 317 CCyC argentino abandona el criterio restrictivo de la fecha cierta, estableciendo que: “...adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después...”. Lógicamente, la muerte del firmante se mantiene como causal de adquisición de fecha cierta.

1227 CC, sino que por el contrario es causa de extinción de la vigencia del respectivo certificado...<sup>30</sup>

Claro que son estas características, que no han sido ajenas al legislador, las que han motivado, por un lado, la presunción de la autoría del titular del certificado de firma digital respecto de los documentos digitales que lleven su firma digital; y por el otro, dentro de las obligaciones del titular del certificado digital contempladas en el art. 25 de la ley N° 25.506, la obligación de mantener el control exclusivo de sus datos de creación de firma digital así como la obligación de solicitar la revocación de su certificado ante cualquier circunstancia que pueda haber comprometido la privacidad de sus datos de creación de firma (incs. a y c del art. 25).

Podemos decir entonces que estas normas han venido a suplir, de alguna manera, aquella característica faltante en el proceso de firma digital, esto es, la escindibilidad entre la firma digital y la persona del firmante.

Sin embargo esto no agota la discusión.

Es que nuestros sistemas jurídicos históricamente han concebido a la firma como el medio idóneo que acredita la autoría de las declaraciones contenidas en el documento, entendida como asunción de la paternidad de las mismas, por ser ésta el resultado de una acción directa e intransferible del otorgante que presenta sus rasgos personales e inimitables.

Lógicamente, dejamos fuera del presente análisis a los casos de falsificación, pues este tipo de patologías tienen su recepción legislativa precisa y no cabría allí hablar propiamente de firma.

Pero en el supuesto de la firma digital, siendo ésta separable de su titular, podríamos estar en presencia de una firma verdadera, válida (no falsificada) que haya sido utilizada por una persona distinta, con ignorancia de su titular (repetimos aquí la interesante reflexión de RODRÍGUEZ ADRADOS: "...con consentimiento del titular de la firma o sin él, con o sin delito, estando el titular vivo o muerto...").

Recordemos que, al hablar de documentos constitutivos que contienen manifestaciones de voluntad, el acto jurídico nace con el documento mismo. La firma aquí es el modo en que la voluntad se manifiesta, no la prueba de haberse manifestado.

En el estado actual del derecho y los avances tecnológicos no podemos negar el valor jurídico de la firma digital en la contratación privada. Como así tampoco los importantes valores de celeridad y despapelización, acortando considerablemente las distancias en la comunicación. Pero debemos tener en

---

30 Conforme RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. *Firma electrónica...* cit., págs. 49 y 50.

cuenta aquí que, proyectando la existencia de un documento notarial digital, el valor jurídico que debe primar es el de la seguridad jurídica.

Y es a estos fines que la firma hológrafa se nos presenta como insuperable, pues:

...emanando la firma de una acción directa e intransferible del sujeto, en ella quedan grabados sus rasgos personales e inimitables. Esos rasgos personales han quedado materialmente incorporados al documento que ha servido de medio de exteriorización del pensamiento, y servirá de prueba del negocio. Por ello, la firma es a la postre un trascendente elemento de seguridad jurídica que garantiza en un modo razonable la individualización del autor de la declaración negocial<sup>31</sup>.

### 8. PROTOCOLO DIGITAL. HACIA LA DETERMINACIÓN DE SU VIABILIDAD

Seguimos recorriendo aún el camino hacia la determinación de la viabilidad de la implementación del protocolo notarial digital.

Todo lo que apuntamos en el punto anterior nos será de gran utilidad, no para analizar el valor jurídico de la firma digital -pues no caben dudas de la utilidad que esta herramienta puede brindar al adquirir su reconocimiento legislativo-, sino para determinar la viabilidad de su aplicación al protocolo notarial digital.

Decíamos que si se quiere pensar en un documento público notarial originalmente digital (nos referimos al documento matriz), debe pensarse también en la manera de incluir en el documento, en la etapa de su gestación, la acción que exteriorice la voluntad de los otorgantes.

No se debe perder de vista aquí que el cambio del soporte del documento (esto es, pasar del papel al formato digital), no implica resignar ninguno de los requisitos ni elementos esenciales que hacen al documento público notarial. Es por ello que la doctrina notarial ha tenido un especial interés en establecer determinados principios y recaudos imprescindibles aplicables al documento notarial digital.

En efecto, el tema del documento digital (documento electrónico o documento informático) ha sido objeto de un especial análisis en numerosos encuentros académicos dentro del notariado a nivel mundial.

Así, podemos destacar, entre otros: el XX Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Cartagena de Indias, Colombia, en mayo de 1992,

---

31 FALBO, Marcelo N. "El documento informático y la seguridad jurídica", exposición de la ponencia argentina correspondiente al tema II del XX Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Cartagena de Indias, Colombia, en mayo de 1992, elaborado en carácter de coordinador nacional, pág. 5.

dentro del Tema II, “El documento informático y la seguridad jurídica”; el XXIV Congreso Internacional del Notariado, realizado en México en octubre de 2004, Tema II, “El notario y la contratación electrónica”; y la reciente asamblea de la Unión Internacional del Notariado (UINL), celebrada en Budapest en octubre de 2014.

Destacamos el interés de esta última asamblea dentro de la cual se desarrolló, como tema interno a cargo del coordinador ENRIQUE BRANCÓS NÚÑEZ, “El documento notarial y su acceso al registro de la propiedad, la eficacia registral de aquel”, por lo que dedicaremos el siguiente punto a su detenido análisis.

### **8.1. Informe de la asamblea de la UINL, Budapest, octubre de 2014**

Transcribiremos aquí algunos extractos del mismo pues su importancia se debe a que el presente texto representa una de las visiones más profundas y actuales que el notariado internacional ha alcanzado sobre la materia.

En efecto, bajo el título “El documento Notarial y su acceso al registro de la propiedad, la eficacia registral de aquel”, el coordinador ENRIQUE BRANCÓS NÚÑEZ dedicó el punto IV al desarrollo de “La escritura pública electrónica”, apartado A, “La escritura matriz u original electrónica”.

...Considerando que está en funcionamiento el sistema francés tele@cte en el que los otorgantes de una escritura pública la firman en relación a un soporte electrónico y en una tablilla electrónica de recogida de firmas y que técnicamente se ha llegado sin merma de la seguridad a la escritura desmaterializada, cabe concluir que el soporte material de la escritura original sea el papel o el código binario electrónico es un aspecto más o menos indiferente.

Considerando que si la firma electrónica se produce sobre una tablilla en documento electrónico la intervención del notario responde a sus finalidades (la identificación de los comparecientes, el juicio de capacidad de los mismos, la calificación de las facultades representativas, en su caso, la información del consentimiento, la depuración de posibles vicios del negocio, el control de legalidad material o de fondo, el control de licencias y autorizaciones, la prevención del blanqueo de capitales, la recogida y comunicación de datos a efectos fiscales, catastrales, urbanísticos, de política de vivienda y ocupación de suelo, de protección de la agricultura, de protección del medio ambiente, de ejercicio de los derechos de adquisición preferente de carácter público o privado, etc.), el interés público -y no sólo privado- en la consecución de estas finalidades -que es determinante de que la función notarial se considere una función pública- queda salvaguardado.

Considerando que, por el contrario, una firma electrónica de los otorgantes puesta a distancia y sin presencia del notario en inmediación de lugar y tiempo (aunque después el notario tenga cierta intervención) no facilita la correcta identificación, ni la información del consentimiento, ni garantiza que quien utiliza el dispositivo de firma sea su titular y no otra persona distinta que se ha apoderado del dispositivo, con la consecuencia de que se rompe la llamada “cadena de autenticidad”.

Considerando que lo fundamental del sistema notarial latino-germánico no es, por tanto, el soporte de la escritura sino la actividad del notario en la misma, que se puede cumplir independientemente del soporte material o inmaterial.

Se propone que el Notariado fomente la implantación de los sistemas de otorgamiento y autorización de las escrituras matrices u originales en soporte electrónico, siempre presencialmente ante el notario, como alternativa al otorgamiento en soporte papel y, en un futuro, como sustitución del mismo.

Se propone adicionalmente que el Notariado rechace todos aquellos sistemas de otorgamiento que no comporten la intermediación del notario en el lugar y momento de celebración del negocio.

### **8.2. Conclusiones del informe de la UINL. La relación entre la escritura pública digital y la firma digital**

Un primer aspecto esencial que podemos vislumbrar del informe transcrito radica en la reafirmación de los principios notariales, al proyectar a futuro la implementación de sistemas de otorgamiento de escrituras matrices digitales. En efecto, y con un criterio que compartimos, en la medida en que sólo se trate de un cambio material del soporte de la escritura pública no se observan razones para no alentar tal modificación, teniendo en cuenta las virtudes que un sistema íntegramente digital puede representar en la vida posterior del documento (circulación, despapelización, celeridad, etc.).

Es por ello que se ha hecho hincapié en reafirmar el principio de intermediación (entre otros) en el otorgamiento. Y es por ello también que la propuesta del informe específicamente establece que el otorgamiento de las escrituras matrices digitales debe tener lugar presencialmente ante el notario (rechazando luego los sistemas que no comporten la intermediación del notario).

Si tenemos en cuenta que el instituto de la firma digital surge como una necesidad de otorgar cierta seguridad jurídica en las comunicaciones a distancia generadas por medio de internet u otras redes informáticas, que el propio mecanismo de firma digital fue concebido con estos fines para otorgar confidencialidad y presunción de autoría a las comunicaciones entre sujetos potencialmente desconocidos, enseguida nos encontramos con un lógico sentimiento de rechazo ante la idea de la aplicación de la firma digital en el otorgamiento de la escritura pública.

Es que, si decimos que en la etapa del otorgamiento las partes necesariamente deberán estar presentes ante el notario, entonces la utilidad y la efectividad de la firma digital pierde sentido. Y es allí en donde surge el concepto de firma hológrafa digitalizada como mecanismo intermedio necesariamente presencial, que responde al requisito de inescindibilidad entre la firma y el firmante (al igual que la firma hológrafa de nuestros días), como una adecuada herramienta para el otorgamiento de la escritura pública digital.

Por otra parte, los elementos jurídicos asociados a la firma digital, principalmente la autoría (en el caso, autoría de las declaraciones) y la inalterabilidad del documento, en el caso del documento público notarial (si pensamos en un documento notarial digital) quedan exclusivamente en cabeza del notario, como autor del documento.

### **8.3. La firma hológrafa digitalizada en el otorgamiento**

Debemos partir aquí por comprender cuál es la finalidad que se ha tenido en miras al proyectar la implementación del protocolo digital. Para ello, debemos retomar algunos elementos y características propias del documento notarial y los principios notariales aplicables.

La facultad del notario de otorgar fe pública a los actos por él documentados toma como presupuesto necesario la percepción directa y presencial del acto, de las manifestaciones de las partes, de su identificación y capacidad y, principalmente, de la recepción de su consentimiento.

Tengamos en cuenta que estamos hablando aquí de un acto solemne, con recaudos específicos y, consecuentemente, con efectos igualmente específicos y particulares. La prestación del consentimiento de los otorgantes del acto, materializada en el otorgamiento mediante la acción de firmar al pie del documento, tiene también características especiales en el documento notarial.

Retomando lo dicho al comienzo del presente, debemos recordar que estamos aquí en la etapa de la forma, en el modo específico que la ley establece que debe producirse la exteriorización de la voluntad, previsto para determinados actos jurídicos de una relevancia particular para el derecho.

Al respecto, resulta ilustrativo recordar aquí una interesante reflexión que tiende a destacar los aspectos esencialmente disímiles del plano de la forma al plano probatorio:

La prueba, como elemento ajeno a la conducta del hombre, puede producirse aún bajo su ignorancia. La forma del negocio, en tanto conducta, no puede crearse si no es con su consciente actuación. El hombre está allí, y formaliza el documento porque quiere (...) y lo hace él, o al menos con la necesaria intervención de su conducta.

Tal vez esta sea la característica de mayor importancia jurídica de la forma: el distinguirla de actos preliminares (...) asegurar la conciencia, seriedad, responsabilidad y premeditación del sujeto. Bajo una forma pautada por la ley, no se puede ignorar que el acto es jurídicamente trascendente y que se llevó a cabo hoy, aquí y bajo precisos términos<sup>32</sup>.

---

32 FALBO, Marcelo N. "Hacia una depuración de la teoría de las nulidades y notas para una depuración de la teoría de las nulidades", Revista Notarial, N° 942, La Plata, 2002, pág. 334.

Y es así que la firma, en el otorgamiento del acto, se nos presenta como un instituto insuperable para el logro de determinados extremos profundamente relacionados con la esencia que el documento notarial, como acto solemne, ha venido alcanzando de manera insuperable durante tantos años. Pues de esta manera se asegura la conciencia y premeditación del otorgante, la distinción inequívoca del otorgamiento del acto con otros actos preliminares.

En definitiva son estos los fundamentos que nos inclinan a rechazar la posibilidad de aplicar la firma digital en la etapa del otorgamiento del documento notarial, incluso en la proyección del documento notarial digital.

Al hablar de firma hológrafa digitalizada, en verdad, nos referimos a la firma tal y como la conocemos hoy, con la particularidad de que la acción de firmar se produce sobre un dispositivo digital conectado al ordenador que contiene el documento digital. En la actualidad, el dispositivo que podemos considerar más útil a estos efectos viene a ser la tableta digital (*tablet*, o tablilla electrónica) de recogida de firmas. Así, la firma hológrafa de los otorgantes producida en este dispositivo se plasma directamente en el documento digital.

De esta manera, y mediante la aplicación de la firma hológrafa digitalizada en el otorgamiento de la escritura pública, podemos llegar a la concepción del documento notarial digital sin merma alguna en el principio de la seguridad jurídica.

## 9. CONFORMACIÓN DEL PROTOCOLO DIGITAL. INTEGRIDAD Y CUSTODIA DEL DOCUMENTO

Más allá de coincidir con las valiosas conclusiones a las que se ha arribado en la mentada asamblea de la UINL, nos atrevemos a disentir en uno de sus puntos, en la medida en que se ha considerado al protocolo digital como una "escritura desmaterializada".

En efecto, como hemos dicho al principio del presente, no es cierto que el documento digital carezca estrictamente de materialidad. Retomando lo dicho podría hablarse, si se quiere, de una materialidad de menor incidencia<sup>33</sup>, pero el documento digital o la cadena de *bits* que lo compone, tiene su materia en una ubicación específica, en un lugar determinado.

Si el documento digital fuera ciertamente algo inmaterial, podríamos incluso cuestionar la utilidad de su implementación, pues los caracteres de integridad y permanencia y el deber de custodia de las escrituras matrices se verían, cuanto menos, obstaculizados.

---

33 Ídem nota N° 16.

La matriz del documento notarial deberá estar alojada en un soporte específico que el notario deberá custodiar y dará fe de su integridad. El original seguirá siendo uno. Independientemente de la posibilidad de generar copias de aquel y previendo especialmente el caso de alteraciones entre las diversas copias destinadas a la circulación, deberá garantizarse la existencia de un documento digital matriz (u original) sobre el que recaiga la fe pública notarial que lo torne en documento auténtico.

Este es, justamente, uno de los principales aspectos a desarrollar y profundizar desde la informática para crear un sistema seguro y confiable, un dispositivo específico de almacenamiento de documentos digitales a la manera de un servidor o un disco rígido extraíble o, en términos genéricos, un repositorio de datos que garantice la perdurabilidad e inalterabilidad del documento matriz que permita su determinación material.

## 10. LA FIRMA DIGITAL EN LA CIRCULACIÓN DEL DOCUMENTO DIGITAL

Nos ubicaremos ahora en la etapa de la circulación del documento notarial digital, en la vida posterior del documento luego de su gestación. Superadas las cuestiones previas y partiendo de un documento digital otorgado en los términos precedentemente expuestos (mediante la firma hológrafa digitalizada de los otorgantes), podemos pensar en las virtudes que representaría en la función notarial la aplicación de un sistema de comunicación y circulación electrónica del documento, mediante el uso de la firma digital del notario.

Partiendo una vez más de los diversos aspectos en que analizamos al documento, debemos destacar aquí que, incluso en nuestros días, existen diferencias de tipo esencial entre el documento notarial matriz y su testimonio, o sus copias ulteriores (copias auténticas).

En efecto el documento matriz, reservado en su existencia al protocolo notarial de manera exclusiva, es verdaderamente documento constitutivo, en la medida en que la forma, la voluntad de los otorgantes, haya sido exteriorizada en él.

Así, las copias ulteriores de aquel documento matriz no contienen la exteriorización de la voluntad de los otorgantes, sino la manifestación del notario, dando fe de la concordancia existente entre el testimonio y su original. Por ello la única manifestación que cabe dentro del testimonio es la del notario, e, independientemente del tipo de manifestación que sea, podemos coincidir en que aquella no es una manifestación de voluntad.

Y esta diferencia resulta ser esencial en este punto, pues aquí sí cabría, sin que esto suponga disminución alguna en la seguridad jurídica, la

implementación de la firma digital notarial en los documentos notariales destinados a su circulación.

Nuevamente resulta provechoso transcribir aquí un extracto del informe de la UINL elaborado por el notario español ENRIQUE BRANCÓS NÚÑEZ, dentro del apartado B. La copia auténtica (*grosse*) electrónica:

Considerando que las copias de las escrituras están llamadas a circular y que desde hace relativamente poco tiempo las copias auténticas bajo la firma electrónica avanzada del notario son admitidas en los registros de la propiedad de algunos países como forma corriente de proceder en la comunicación entre notaría y registro sin merma de la seguridad jurídica y sin quebrar la “cadena de autenticidad” pues es el notario quien directamente remite la copia al registro mediante su firma electrónica notarial corporativa...

Se propone que la copia electrónica de la escritura se convierta en el instrumento habitual para causar las inscripciones registrales.

Naturalmente, las referencias a las inscripciones registrales se deben al motivo del tema interno en el que se desarrolló el presente informe, pues recordamos que la cuestión a analizar allí fue: “El documento notarial y su acceso al registro de la propiedad, la eficacia registral de aquél”. Sin embargo las propuestas desarrolladas pueden ser aplicables extensivamente a todos los fines de la circulación posterior de la copia auténtica del documento notarial.

Por otra parte, las referencias a la firma electrónica avanzada responden a las cuestiones terminológicas propias del derecho español. De acuerdo a nuestra legislación debe entenderse como firma digital.

### **10.1. La circulación electrónica de documentos notariales en el derecho español. Breve reseña**

Y en este marco debemos destacar el sistema que se ha implementado hace ya varios años dentro del notariado español, a través del cual todo notario en ejercicio, por disposición legal, debe contar con una firma electrónica reconocida notarial<sup>34</sup>.

Así, a la par de la ley de firma electrónica N° 59/2003 del 19 de diciembre, dentro del derecho español se dictó la ley N° 24/2001 (denominada Ley de Acompañamiento). Sobre la misma explica ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS:

En virtud de estas disposiciones, ya llevadas a la práctica, todos y cada uno de los notarios (...) tienen su firma electrónica avanzada, basada en un certificado re-

---

34 En la práctica, la mentada firma es conocida bajo el nombre de “FEREN”, siglas correspondientes a Firma Electrónica Reconocida Notarial.

conocido expedido por el Consejo General del Notariado (...) En la clasificación de la actual 59/2003 no es pues sólo una firma electrónica “avanzada”, sino una firma electrónica “reconocida”, y tiene carácter exclusivo de firma electrónica “notarial” (...) porque su uso está limitado exclusivamente a la suscripción de documentos públicos u oficiales propios de su oficio de Notario<sup>35</sup>.

Continúa explicando más adelante que:

El artículo 112 añade otro importante supuesto de posible utilización de la firma electrónica, la presentación por vía telemática en los registros de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes Muebles, de títulos susceptibles de inscripción, expedidos con la firma electrónica avanzada “del notario autorizante o responsable del protocolo” (art. 112), del “notario autorizante de la matriz o por el que sustituya legalmente” (art. 17 bis, 3)<sup>36</sup>.

Agregamos que el art. 115 de la ley N° 24/2001 introduce el art. 17 bis a la ley del notariado, el cual incluye la regulación de los documentos electrónicos notariales.

En efecto, el art. 17 bis, ap. 3 de la ley del notariado establece:

Las copias autorizadas de las matrices podrán expedirse y remitirse electrónicamente, con firma electrónica avanzada, por el notario autorizante de la matriz o por quien le sustituya legalmente. Dichas copias sólo podrán expedirse para su remisión a otro notario o a un registrador o a cualquier órgano de las Administraciones públicas o jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio. Las copias simples electrónicas podrán remitirse a cualquier interesado cuando su identidad e interés legítimo le consten fehacientemente al notario.

Luego, el ap. 4 de la misma norma, establece que: “Si las copias autorizadas, expedidas electrónicamente, se trasladan a papel, para que conserven la autenticidad y garantía notarial, dicho traslado deberá hacerlo el notario al que se le hubiesen remitido”.

No pretendemos realizar aquí un profundo análisis sobre la regulación jurídica del documento electrónico en el derecho español, sino que mencionamos estas normas por representar referencias invaluable a la hora de proyectar la aplicación de la circulación electrónica de documentos digitales dentro del derecho notarial en nuestro país.

---

35 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. *Firma electrónica... cit.*, pág. 112.

36 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. *Firma electrónica... cit.*, pág. 117.

### 10.2. La circulación electrónica del documento notarial

Decíamos anteriormente que los conceptos de firma digital y protocolo digital ocupaban un lugar específico y claramente diferenciable dentro del amplio campo de las nuevas tecnologías y su regulación jurídica.

Al referirnos al protocolo digital, nos ubicamos en el campo de la gestación del documento notarial matriz, en el otorgamiento de las partes y en la custodia y conservación del mismo por parte del notario autorizante, como documento constitutivo original, sobre el cual recae la fe pública originaria del notario.

Al ubicarnos en el plano de la circulación electrónica de las copias auténticas de aquel documento notarial, bien podemos referirnos a un documento originariamente digital o, por el contrario, al documento en soporte papel como lo concebimos en nuestros días. En uno y otro caso podemos proyectar la circulación electrónica del mismo con idénticos resultados. Por ello hemos decidido tratar ambos temas de manera separada.

Lo que queremos dejar en claro aquí es que desde este aspecto lo electrónico será la circulación, independientemente del soporte del documento original.

A diferencia de lo que destacamos del documento notarial matriz, sobre la copia auténtica recae la fe pública derivada del notario, la cual se basa justamente en la concordancia entre la copia y su matriz original.

Retomando los planos digitales del documento, podemos destacar como un avance invaluable para la celeridad en el tráfico jurídico y la despapelización, la implementación de un sistema de firma digital notarial aplicable a la circulación telemática de las copias de los documentos notariales.

Naturalmente, esto implica un esfuerzo destacable tanto por parte de las entidades que nuclean el ejercicio de la profesión notarial, como de la administración pública, la administración de justicia y las diversas entidades que, de alguna manera, mantienen una relación directa y constante, en términos de comunicación, con documentos notariales.

## 11. CONCLUSIONES

Recuerdo hace ya algún tiempo, alrededor del año 1995, que un físico amigo de la familia me comentó que dentro de la facultad de Física de la Universidad Nacional de La Plata tenían un ordenador a partir del cual podían enviar información, a la manera de los e-mails actuales, al ordenador de un par suyo que habitaba en Francia.

Recuerdo también mi sorpresa e incredulidad. Pregunté cuánto tiempo tardaría en llegar esa información desde la ciudad de La Plata hasta París. Y me

respondió que, aproximadamente, tardaría un minuto, pues el sistema estaba preparado para enviar y recibir información en intervalos de tiempo, para acumular todos los archivos digitales que se enviaban y realizar todos los procesos de una sola vez.

El hecho de que existiera en el año 1995 (en verdad el sistema denominado "*bit net*" se remonta a comienzos de la década de 1990) la posibilidad de enviar información desde nuestro continente americano a Europa en cuestión de segundos me maravilló, me pareció verdaderamente asombroso y fue algo que en aquel momento no terminaba de comprender, ni siquiera de creer del todo, pues no había podido comprobarlo con mis propios ojos.

No caben dudas hoy de la revolución socio-cultural que produjo en nuestras vidas la masificación en el uso de internet. Pero justamente, esta masificación empaña quizás nuestra concepción. El hecho de que sea algo cotidiano en la actualidad, no debería quitarle aquel asombro. Pues, en verdad, el hombre ha creado herramientas dignas de maravillarse, ha posibilitado la comunicación prácticamente instantánea entre personas ubicadas en cualquier punto del planeta.

En nuestros días, esto es algo cotidiando (es cierto), pero si conseguimos abstraernos de esta cotidianeidad, si analizamos los avances tecnológicos con la mayor objetividad posible, nos daremos cuenta de que estamos en presencia de algo verdaderamente maravilloso que probablemente repercuta en la concepción de la humanidad a través de la historia.

La ciencia del derecho en general y el derecho notarial en particular, con un especial énfasis digno de mención, se ha detenido en el análisis de estas herramientas informáticas, de estos mecanismos de comunicación. Las opiniones son de lo más variadas, lo que nos impone la prudencia en la generalización. Por ello daremos aquí nuestro propio parecer.

La discusión sobre la posibilidad o viabilidad en la implementación de las nuevas tecnologías aplicadas al derecho notarial, en el año 2015, debe considerarse superada. La respuesta es a todas las luces afirmativa. Creemos que de aquí en adelante este debe ser el presupuesto, el punto de partida.

El camino a seguir en el futuro deberá centrarse en *cómo* deben aplicarse estas nuevas e invaluable herramientas a la práctica de la función notarial, para obtener resultados fructíferos en términos de eficacia, de celeridad, en una agilización y acortamiento de los tiempos y las distancias, en la despapelización y el reemplazo del soporte documental; en definitiva, para brindar un servicio de excelencia a la sociedad mediante el aprovechamiento serio y consciente de estas nuevas herramientas tecnológicas que la informática nos brinda.

### 12 - BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Guillermo M. "Las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre su impacto en las actas notariales", *Revista Notarial*, N° 959, Buenos Aires, 2008, pág. 503.
- ARMELLA, Cristina Noemí; COSOLA, Sebastián Justo; LUKASZEWICZ, Sonia; MARTÍNEZ DODDA, Natalia; SZABO, Sebastián; ZAVALA, Gastón. "El notario y la contratación electrónica", *Revista Notarial*, N° 950, 2005, pág. 49.
- BARRIO GALLARDO, Aurelio. "La documentación del contrato electrónico: ¿Es posible una escritura pública digital?", *Derecho y Tecnologías Avanzadas*, Ed. F. Galindo Ayuda, Lefis Series N° 16, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2014.
- BOLÁS ALFONSO, Juan. "Firma digital, comercio electrónico y fe pública notarial", *Revista Jurídica del Notariado*, N° 36, octubre-diciembre de 2010.
- CAVALLÉ CRUZ, Alfonso. "Viabilidad de la matriz u original del documento notarial en soporte electrónico", obra inédita facilitada por el propio autor durante el transcurso de la beca de perfeccionamiento instituida por el Consejo General del Notariado Español, Madrid, 2014.
- FALBO, Marcelo N. "El documento informático y la seguridad jurídica", exposición de la ponencia argentina correspondiente al tema II, del XX Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Cartagena de Indias, Colombia, en mayo de 1992.
- FALBO, Marcelo N. "Hacia una depuración de la teoría de las nulidades y notas para una depuración de la teoría de las nulidades", *Revista Notarial*, N° 942, Buenos Aires, 2002.
- GATTARI, Carlos Nicolás. *Manual de Derecho Notarial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel. "La función Notarial en el medio electrónico", En *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. LII, curso 2011/2012.
- GONZÁLEZ ROCCA, Ricardo César; PASTORINO, Claudia Mirta; SÁENZ, Carlos Agustín. "El documento electrónico", *Revista Notarial*, N° 934, Buenos Aires, 1999, pág. 593.
- MANRIQUE PLAZA, Javier. "Notariado y nuevas tecnologías; una apuesta de futuro", en *Academia Sevillana del Notariado, conferencias del curso académico 2009/2010*, Ed. Academia Sevillana del Notariado, Sevilla, España.
- MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso. *La copia notarial electrónica*, Ed. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007.
- MICÓ GINER, Javier. *La firma electrónica de notarios y registradores y el documento público electrónico*; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael. "Hechos y derechos en el documento público", *Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios jurídicos, Serie 3ª, Monografías de derecho Español*, N° 10, Madrid, 1950. También publicado en Ed. Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1969.
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael. "Concepto y clases de documentos". Conferencia pronunciada en la sede del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires el día 9 de

- agosto de 1956, en *Estudios de derecho notarial*, Tomo I, Ed. Instituto de España, Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial", en *Revista Notarial*, Nº 787, La Plata, 1969. También publicado por Junta de Decanos de los colegios notariales, Madrid, 1963.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "La firma electrónica", comunicación leída el 5 de junio de 2000 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Pleno de Académicos de Número, publicado en *Revista del Notariado*, Nº 861, año CIII, julio-septiembre de 2000, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. *Firma electrónica y documento electrónico*, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2004.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "Principios Notariales", en *El notario del siglo XXI*, Ed. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2013.
- PELOSI, Carlos A. *El Documento Notarial*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, pág. 3.



# La hipoteca inversa\*

María Mercedes Braga Fusta

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Definición. 3. Regulación legal en el ordenamiento jurídico español. 4. Caracteres definitorios. 5. Diferencias entre hipoteca inversa e hipoteca ordinaria. 6. Requisitos para su constitución a la luz de la ley 41/2007. 7. Régimen de transparencia. 8. Gastos que genera la constitución de la hipoteca inversa. 9. Causas de cese o suspensión de la obligación del pago de la renta. 10. Derecho comparado. 11. Ventajas y desventajas de la hipoteca inversa. 12. Conclusión. 13. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho real de hipoteca ha sido utilizado y es empleado en la actualidad como un instrumento para facilitar el acceso a la vivienda. La vivienda constituye un elemento fundamental socioeconómico en España y en toda Europa. La propiedad de la vivienda frente a la opción del alquiler está muy arraigada en la sociedad española, a tal punto que la contratación de préstamos hipotecarios para asumir el pago de aquella ha sido una constante, aun en épocas de crisis económica, en las que se endurecen los requisitos para adquirir estos créditos.

La vivienda es objeto de diversos productos financieros; pero esta vez el que nos ocupa está dirigido a garantizar con ella las necesidades propias de otra etapa de la vida: *la vejez*. El legislador es consciente del envejecimiento de la población y sus consecuentes necesidades asistenciales y además reconoce las dificultades financieras del Estado para hacerse cargo del cada vez mayor número de pensionistas y personas dependientes. Así nace la *hipoteca inversa o revertida*, como una modalidad de préstamo enfocada hacia personas mayores, propietarias de un inmueble ya íntegramente pago y no afectado a garantías.

\* Trabajo de investigación elaborado por la autora como corolario de su asistencia al Curso de Especialización en materia de daños y contratos, dictado por la Universidad de Salamanca, en la ciudad homónima, en julio de 2013.

A través de esta figura, estos propietarios de edad avanzada podrán acceder a un crédito, el cual va a estar garantizado con un inmueble de su propiedad. Esta modalidad de préstamo les va a permitir hacer frente a las necesidades de las últimas etapas de la vida.

Así se presenta la hipoteca inversa como una figura que aporta nuevas ventajas sobre otros instrumentos jurídicos, también destinados a hacer frente a los problemas económicos de las personas que cuentan con una vivienda propia.

El crédito generalmente se irá entregando en prestaciones periódicas por un lapso, que se calcula que no será menor a la expectativa de vida del deudor. La gran ventaja de este sistema para el deudor es que no se encuentra obligado a devolver o abonar suma alguna al acreedor mientras viva; es decir que la exigibilidad del crédito queda sometida a un plazo suspensivo incierto: *la muerte del deudor*. Una vez ocurrido este acontecimiento surge la obligación de pago y es allí donde los herederos del tomador del crédito tendrán la opción de abonar el mismo más los intereses y quedarse con el inmueble o permitir que el mismo sea ejecutado y sólo contarán con el derecho al remanente que quede, una vez abonados gastos, intereses y capital.

Esta modalidad también está pensada para aquellas personas afectadas *de dependencia severa o muy grave*<sup>1</sup> que deseen disponer de más dinero al mes para completar el coste de una asistencia domiciliaria, de una residencia o de adaptar la vivienda que ya posee a sus necesidades.

En definitiva, podemos decir que la hipoteca inversa permite a una persona mayor o dependiente, propietario de un inmueble, pero a la vez con una liquidez ajustada, colocar como garantía dicha vivienda a cambio de recibir una cantidad mensual, complementaria a su pensión, en un plazo de tiempo concreto al tipo de interés que se haya pactado o de una sola vez.

## 2. DEFINICIÓN

ALBERTO GUIDO SERVENTE, jurista argentino en su obra sobre el tema que nos ocupa define a la hipoteca inversa como: "Un préstamo otorgado a una persona o pareja que ha superado determinada edad y es propietaria de una

---

1 Dependencia severa: la persona necesita ayuda para realizar las actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere la presencia permanente de un cuidador.

Gran dependencia o dependencia muy grave: la persona necesita ayuda para realizar las actividades básicas de la vida cotidiana varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía mental o física, necesita la presencia indispensable y continua de otra persona.

vivienda libre de o con mínimo gravamen, facilitado por un determinado plazo, o mientras ocupe la mencionada propiedad como su principal vivienda, que se materializa de una entrega inicial, en pagos planificados, en una línea de crédito, o combinaciones de estas modalidades, garantizando con hipoteca sobre la propiedad y pagadero al vencer el plazo preestablecido, o cumplirse la condición de las cuales la más relevante ocurre cuando la propiedad deje de ser la residencia de los deudores”<sup>2</sup>.

Para PERALTA MARISCAL, otro autor argentino, esta definición tiene una falencia, ya que lo que se menciona como “condición” es en realidad “plazo incierto” porque el hecho de que una propiedad deje de ser la residencia de alguien es una circunstancia que necesariamente ha de ocurrir en algún momento. A su vez este último autor sostiene que la denominación hipoteca inversa para este tipo de empréstitos no parece la más adecuada, ya que lo revertido es la modalidad del contrato de préstamo de dinero y no la garantía.

Existen varias definiciones que nos acercan a esta figura de un modo simple pero que carecen de importantes características para terminar de encuadrarla. Así, ROBERT J. PRATTE dice que: “La hipoteca revertida épicamente requiere que el prestamista haga entregas durante un tiempo al deudor, y esos adelantos, más los intereses acumulados, sean pagados en una suma global al vencimiento”. VENTI y WISE sostienen que: “De hecho, la hipoteca revertida ha sido propuesta para consumir el patrimonio en vivienda, mientras al mismo tiempo permite a las familias continuar viviendo en sus casas”. BOEHM y ERHARDT, las consideran un: “instrumento financiero poco común, diseñado para permitir a los propietarios de viviendas de edad mayor, utilizar el patrimonio acumulado en sus viviendas, sin tener que venderlas y mudarse”. Para la Asociación Norteamericana de Abogados: “Son préstamos de deuda creciente, comúnmente facilitados a un propietario-deudor de edad mayor por un prestamista, en una suma global, en entregas mensuales y/o en una línea de crédito. Asegurada por el patrimonio de la vivienda, la deuda es pagadera con intereses al final del plazo, lo que ocurre generalmente cuando el propietario vende o deja de vivir permanentemente en ella, o en un número declinante de casos, en una fecha determinada de pago”. Por último, KEN SCHOLEN, expresa que: “Es un préstamo contra su casa, que le da a usted dinero efectivo y no requiere pagos mensuales”<sup>3</sup>.

---

2 SERVENTE, Alberto Guido. *La Hipoteca Revertida*, Ed Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 20.

3 SERVENTE, Alberto Guido. *Ob. cit.*, pág. 19.

### 3. REGULACIÓN LEGAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Una serie de circunstancias demográficas y culturales van sentando las bases de una nueva conciencia social, preocupada por la calidad de vida de los ancianos, con el consiguiente reflejo en el derecho positivo.

La hipoteca inversa se reguló en el año 2007, por la ley 41/2007, por la que se modificaron la ley 21/1981 de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del Sistema Hipotecario Financiero de Regulación de las Hipotecas Inversas, y el Seguro de Dependencia y por la que se estableció determinada norma tributaria.

La ley 41/2007 en su exposición de motivos define a la hipoteca inversa como: "El préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituye la vivienda habitual del solicitante, persona física de edad igual o superior a 65 años o en situación de dependencia, y cuya finalidad es la obtención de una renta periódica o capital único hasta un máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito".

Esta nueva hipoteca sirve como instrumento financiero que permite la obtención de rentas.

El término de hipoteca inversa proviene del derecho anglosajón, *reverse mortgage*. Nació en la década del '60 como una novedad jurídica, con grandes ventajas frente a otro tipo de contratos, permitiendo acceder a un préstamo basado en el valor de la vivienda, dirigido a propietarios ancianos que *sin perder la propiedad* de esta, reciben ingresos periódicos. El hecho de permitir al solicitante no abandonar su hogar ni perder el inmueble por tener que asumir una venta o una cesión de la posesión, reviste una gran importancia, ya que, como lo mencionamos precedentemente, la mayor parte de las personas desean terminar sus días en su entorno, aquel que han construido a lo largo de los años.

Las hipotecas inversas en España se comenzaron a contratar en los años 2006 y 2007, ofrecidas por diferentes entidades de crédito y revestidas con distintas fórmulas contractuales. El envejecimiento de la población española es un factor que puede proporcionar este tipo de hipotecas por la existencia de un mercado potencial, así como la percepción de pensiones en cuantías que no permiten una calidad de vida adecuada.

El factor cultural es también determinante, debido a la clara preferencia

por la propiedad de la población española, así como la preferencia por la transmisión de la propiedad libre de cargas a los herederos del titular de la vivienda.

Otros factores que propician su desarrollo son: a) el elevado valor de los inmuebles; b) que el 90% de las personas mayores de 65 años son propietarios de inmuebles; c) la no pérdida del dominio del inmueble que constituye su vivienda, pudiendo seguir habitando en ella hasta su muerte; d) la prolongación de la expectativa de vida.

#### 4. CARACTERES DEFINITORIOS

Dos de las características más importantes de estos préstamos revertidos, que los diferencian de todos los otros, son: 1) la edad mínima y 2) la garantía hipotecaria.

“Puede decirse que garantía hipotecaria y la edad mínima, de quien recibe el empréstito revertido, no son una exigencia jurídica, mas si, una necesidad económica de este tipo de negocios jurídicos”<sup>4</sup>.

Esta forma de contratación busca solucionar el problema financiero de personas de edad avanzada, quienes cuentan con un importante capital invertido en un inmueble propio que utilizan como vivienda, pero no poseen ingresos mensuales suficientes para costear sus gastos ordinarios. De esta forma hacen líquido el valor de la vivienda.

Veamos las características que lo tipifican:

##### 4.1. Límite de edad para el otorgamiento del préstamo

Esto halla su justificación en que si la persona a quien se le presta el dinero es joven, su expectativa de vida es muy amplia, lo que genera un doble inconveniente para el acreedor: a) tardará mucho tiempo en recuperar su inversión; b) es más difícil calcular el dinero que puede prestarse con la seguridad de que será devuelto.

---

4 PERALTA MARISCAL, Leopoldo L. “La mal llamada hipoteca revertida o los bien llamados préstamos revertidos con garantía hipotecaria”, en Revista Notarial, N° 958, 2008, pág. 65.

#### **4.2. El prestamista sólo cuenta para efectuar el préstamo y calcular su posibilidad de repago con la garantía de la vivienda del tomador**

La hipoteca inversa grava la vivienda del deudor para asegurar la devolución del capital y de los intereses al final del préstamo, lo que significa que deberá ser cancelado si la propiedad se vende o transfiere. El acreedor no tiene derecho a accionar contra el deudor o sus herederos si el producido de la venta de la propiedad hipotecada no cubre su acreencia. Además, en ningún momento puede el acreedor requerir el pago de ninguna cantidad al deudor, ni en concepto de capital ni de intereses, ni de ningún tipo de abono hasta su vencimiento.

La deuda sólo es exigible por el acreedor y la garantía es ejecutable cuando fallezca el prestatario, por lo tanto la única causa de vencimiento va a ser la muerte del deudor o del último de los beneficiarios, los que serán elegidos por este.

Por lo expuesto, podemos definir a la obligación que surge entre el solicitante-deudor y la entidad financiera-acreedora como un préstamo inverso, con vencimiento el día del fallecimiento del deudor, nota que lo hace *vitalicio*.

#### **4.3. Son préstamos de deuda creciente**

En cada período, generalmente mensual, se agrega al saldo el nuevo pago y los intereses devengados por el período anterior.

#### **4.4. El deudor mantiene la propiedad sobre el bien hipotecado**

El deudor mantiene la propiedad y la posesión de la vivienda, característica que la torna muy atractiva ya que el solicitante, persona de edad avanzada, no tendrá que abandonar su vivienda ni su entorno.

### **5. DIFERENCIAS ENTRE HIPOTECA INVERSA E HIPOTECA ORDINARIA**

Las principales diferencias entre la hipoteca ordinaria y la hipoteca inversa son las siguientes:

#### **5.1. Intereses**

En la hipoteca común los intereses se calculan sobre toda la suma prestada y se incluyen en las cuotas mensuales que debe abonar el deudor.

En la hipoteca inversa, los intereses incrementan la deuda durante su vigencia y se calculan sobre las sumas que mensualmente se entregan, y su devolución ocurre junto con el capital al finalizar el plazo del contrato: que es incierto normalmente.

## **5.2. Patrimonio del deudor**

En la hipoteca común, el tomador aumenta su patrimonio inmobiliario con el correr del tiempo ya que el préstamo se va amortizando.

En la hipoteca inversa el deudor va disminuyendo su patrimonio inmobiliario a medida que transcurre la vigencia del préstamo.

## **5.3. Ingresos**

En la hipoteca común el financista exige una determinada relación entre los ingresos del deudor y el servicio mensual a abonar en concepto de amortización.

En la hipoteca inversa sólo interesa la valuación estimada del inmueble a la probable fecha de vencimiento, sin tener en cuenta los ingresos del o de los deudor/es.

## **5.4. Ejecución de la deuda**

En el préstamo con hipoteca común todo el patrimonio del deudor está afectado al pago de la deuda, es decir que en caso de no cubrir la deuda con la realización del inmueble, el prestamista puede dirigirse contra otros bienes del deudor.

En la hipoteca inversa el acreedor sólo puede cobrarse con el valor de realización del inmueble, no pudiendo recurrir a otros bienes del deudor si la realización de la garantía no cubre el valor del préstamo a la fecha de pago.

## **5.5. Monto de la hipoteca**

En la hipoteca ordinaria el importe está prefijado en el momento de la constitución, en la escritura y así establecida la responsabilidad hipotecaria.

En la hipoteca inversa hay que esperar al momento del fallecimiento para determinar el monto final de la deuda. Para establecer dicho importe se realiza una combinación entre el valor de tasación y edad del solicitante; mientras que en la hipoteca ordinaria será un máximo de porcentaje de tasación y en función de las necesidades del deudor, sus ahorros, su capacidad de endeudamiento, por el cual se establecerá el importe de capital prestado.

### 5.6. Perfil del deudor

En la hipoteca ordinaria el tomador es una persona joven con capacidad de endeudamiento y de reembolso, con una larga esperanza de vida y con una perspectiva de trabajo que le permita pagar el préstamo. En la práctica bancaria se limita el plazo de la hipoteca a la vida laboral del deudor (normalmente hasta los 65 años) en los que los ingresos de la persona disminuyen al depender en la mayoría de los casos de una pensión.

En la hipoteca inversa, se les otorga el préstamo a personas de edad avanzada por un monto elevado. Estas no cumplen con los requisitos anteriores y no son idóneas para la obtención de un préstamo ordinario. Al no tener que pagar mensualidades ni realizar ninguna devolución, no existe el riesgo de perder la vivienda por falta de pago.

### 5.7. Costos de la contratación en España

- a) La tasación es un trámite común a ambas hipotecas.
- b) La comisión de apertura es un gasto también común.
- c) En el caso de impuestos de actos jurídicos documentados la hipoteca inversa está exenta, salvo que no se cumpla con el requisito de hipoteca inversa sobre la vivienda habitual del tomador o cualquier otro de los requisitos esenciales de la ley 41/2007.
- d) Los aranceles del notario y del registro son un gasto común pero la hipoteca inversa goza de una exención legal en un porcentaje importante. No será así si no cumple con el requisito de vivienda habitual.

## 6. REQUISITOS PARA SU CONSTITUCIÓN A LA LUZ DE LA LEY 41/2007

Al igual que en las hipotecas tradicionales, en las revertidas es necesario que el solicitante del préstamo reúna ciertas condiciones para poder acceder a ellas.

### 6.1. Edad

Mientras en las hipotecas comunes la edad es un límite máximo para su concesión, en las hipotecas inversas la edad mínima es un condicionante absoluto y necesario para su otorgamiento.

La ley 41/2007, en su disposición adicional primera, apartado 1, inc. A, establece que el beneficiario debe ser de edad igual o superior a 65 años o afectado a dependencia severa o gran dependencia, pudiendo designarse a sí mismo o a un tercero como beneficiario.

El legislador ha dejado bien en claro que el solicitante de este tipo de hipotecas siempre debe ser una persona física; no cabe la existencia de una hipoteca inversa donde el solicitante sea una persona jurídica.

En España se ha establecido la edad de 65 años, pero cada ordenamiento jurídico ha establecido la edad que más se adecua a su realidad social.

No todos los autores están de acuerdo con el establecimiento de una edad mínima, pues recorta la función social de la hipoteca inversa.

Debido a la naturaleza vitalicia de esta hipoteca, cuanto más joven es el prestatario menor será el capital concedido ya que este depende directamente de la edad del prestatario. Es por esta razón que este tipo de contrato va dirigido a personas de avanzada edad. A su vez, esta edad mínima fijada tiene que ver con la probabilidad de que ocurran dentro de cierto plazo las condiciones resolutorias del préstamo, es decir, aquellas que han sido pactadas para la cancelación del mismo cuando ellas se cumplan, en general la venta de la propiedad, el cambio de residencia o la muerte del deudor. Por dichas razones, cuando el título de propiedad está a nombre de más de una persona, como ocurre en los matrimonios, el requisito de edad mínima debe cumplirlo el miembro más joven de la pareja.

La contratación no puede realizarse antes de que el solicitante haya cumplido los 65 años, ya que de acuerdo con la regulación actual, no está permitido convenir la hipoteca inversa y suspender la disposición del capital hasta que cumplan los 65 años el solicitante o los beneficiarios.

Cabe destacar que la principal facultad del solicitante o en su caso del beneficiario designado, es disponer del préstamo: este no puede ser transmitido a terceras personas debido al carácter *intuitu personae* que ostentan.

La ley 41/2007 se desarrolla en un plano de conciencia social del problema familiar y económico de la dependencia, lo que se ve reflejado en la disposición adicional primera, apartado 1, inc. A, cuando hace alusión a los requisitos para acceder al préstamo: "Personas afectadas a dependencia severa o gran dependencia". Esta figura se proyecta también como apoyo a estas personas, utilizando el valor de su vivienda para financiar los costes crecientes de su situación personal, facilitando una existencia autónoma en su medio habitual.

Podemos decir que la dependencia es un estado en el que se encuentran aquellas personas que carecen de autonomía física, psíquica o intelectual y requieren asistencia o ayuda para realizar los actos de la vida diaria.

Es importante destacar que en estos casos de mayores de avanzada edad o personas en situación de dependencia, no siempre la capacidad para contratar será un hecho evidente. En muchas circunstancias será discutible si las condiciones psíquicas del solicitante son suficientes para comprender y otorgar un consentimiento válido o será necesaria la tutela cuando exista una previa incapacitación. A su vez, debemos tener en cuenta que en personas de edad

avanzada pueden surgir enfermedades con posterioridad a la contratación de la hipoteca que lleguen a incapacitarla y no le permitan administrar su patrimonio. Ante esta situación se pueden establecer algunas medidas preventivas de autotutela, a través de la cual y ante la previsión de una futura falta de capacidad, se designe una persona que lo represente en el ámbito personal y patrimonial.

### 6.2. Vivienda habitual

La ley 41/2007 no es clara a la hora de establecer si efectivamente el solicitante debe ser a su vez propietario de la vivienda, solamente insiste en que debe ser su *residencia habitual*. Parece identificar uso con titularidad, da por sentado que el deudor vive en la casa porque es propietario.

El legislador establece que el bien inmueble que sirve de base para la constitución de la hipoteca debe ser la vivienda habitual del solicitante, es decir que se establece como requisito básico el uso habitual y reiterado de la vivienda.

La vivienda deberá estar libre de cargas y no podrá estar alquilada en el momento de constituirse la hipoteca, puesto que el alquiler es un hecho incompatible con la vivienda habitual. A pesar de que la ley no es clara, como establecimos antes, parecería que el solicitante debe ser propietario de la vivienda y tener la libre disposición de esta.

Existen ciertas obligaciones del deudor respecto a la vivienda, además de las propias de cualquier deudor hipotecario:

- a) Destinar la vivienda hipotecada a residencia habitual.
- b) Contratar un seguro de daños del inmueble hipotecado.
- c) Abonar los impuestos y tributos que afecten al inmueble hipotecado, así como los gastos de la comunidad de propietarios.
- d) Conservar el inmueble con la debida diligencia.
- e) Mantener el bien hipotecado dentro de su propiedad (su incumplimiento causa el vencimiento anticipado).

### 6.3. Tasación

La ley 41/2007 en su disposición adicional primera, apartado 1, inc. D establece que la vivienda hipotecada debe ser tasada y asegurada contra daños<sup>5</sup>.

La tasación de la propiedad servirá para conocer el importe del préstamo o crédito.

---

5 Previo al otorgamiento del crédito, las entidades financieras requieren la tasación o valoración del inmueble sobre el que se va a constituir la hipoteca.

Existen varios sistemas de tasación, los que reposan sobre dos principios: el de *costo* y el de *mercado*.

El de costo es aquel que tiene en cuenta la superficie del terreno y la superficie construida.

El de mercado es aquel que tiene en cuenta el precio al cual se ofrecen las propiedades comparables en la zona, siempre y cuando se tengan en cuenta las características particulares de la propiedad y su estado de conservación.

En la hipoteca revertida, la tasación junto con la edad del deudor van a determinar el importe máximo exigible por este.

En la mayoría de los casos, las propiedades elegidas para garantizar hipotecas revertidas son unidades unifamiliares que poseen un título de propiedad autónomo. Para el autor argentino ALBERTO GUIDO SERVENTE: "...no se consideran aptas las casas trasladables, ni las propiedades poseídas en forma cooperativa"<sup>6</sup>. La exigibilidad dependerá de la legislación de cada país.

La tasación de la propiedad a hipotecar es de suma importancia ya que a partir de ella se establece el monto del crédito al comienzo o el máximo valor exigible por el deudor, el cual estará en función de tres factores: a) la edad del deudor; b) la tasa de interés y c) la valuación de la propiedad.

#### **6.4. Seguro para la vivienda hipotecada**

Cuando se otorga un préstamo hipotecario, las entidades financieras exigen la contratación de una póliza de seguro contra daños por un importe igual al valor de tasación del inmueble para evitar que, por destrucción o deterioro del bien hipotecado, la garantía pierda valor o desaparezca<sup>7</sup>.

En la práctica, suele pactarse que el acreedor hipotecario sea beneficiario del seguro o que el propietario del bien ceda sus derechos sobre la indemnización a la entidad de crédito.

##### *Seguro de rentas diferidas*

Este negocio financiero con garantía real inmobiliaria presenta el inconveniente de que estipulándose la renta a percibir por el tomador del crédito por un plazo máximo de 10 o 20 años, susceptible de resolverse antes, si ocurre el fallecimiento del mutuario, presenta para este último un problema no menor que, de superar con vida ese plazo máximo acordado, se habrá de encontrar en los últimos años de su vida sin renta periódica.

<sup>6</sup> SERVENTE, Alberto Guido. Ob. cit., pág. 36.

<sup>7</sup> Es lo que se conoce como seguro multirriesgo del hogar, abarca al edificio, sus anexos, instalaciones fijas de los servicios de vivienda (agua, gas, electricidad), los muros, cerramientos, antenas de radio y televisión y ascensores.

A fin de superar este aspecto negativo y desfavorable se ofrece junto con este producto financiero un contrato de seguro de suscripción *no obligatoria*, aunque sí muy recomendable, contratado a través de la entidad crediticia con la que se formaliza la hipoteca inversa.

Conforme a este seguro, una vez finalizado el plazo decenal o veinteañal convenido, el tomador comenzará a percibir un pago periódico de la compañía aseguradora con la que ha contratado, hasta el momento de su fallecimiento.

En definitiva, la suscripción del seguro de rentas diferidas presenta una importante ventaja que es la tranquilidad con la que contará el tomador, ya que percibirá una renta de carácter vitalicio, independientemente de que haya superado el plazo establecido en la hipoteca.

La desventaja es el elevado costo de su contratación, que alcanza un 6 % del valor del inmueble. La prima a abonar dependerá de la edad y del sexo del asegurado, lo cual determina su expectativa de vida.

No será necesaria la contratación de este seguro si se conviene que el plazo durante el cual deberá abonarse la prestación mensual o periódica al mutuario será el de su vida. De este modo se elimina el costo del seguro, pero la renta a percibir será menor.

Por lo tanto, podemos concluir que existen dos modalidades de este negocio: a) una denominada vitalicia y 2) otra con plazo limitado.

### **6.5. Disposición del préstamo hipotecario**

La ley 41/2007 en su disposición adicional primera, apartado 1, inc. B establece que: "El deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas únicas". Es decir que la ley no define una forma especial de disposición del préstamo, por lo tanto hay libertad de formas y todo queda librado a la voluntad de las partes y lo que ellas pacten. Por ello, la forma de disposición deberá estar plasmada en la escritura de constitución y en la inscripción registral. En la escritura deberán expresarse la forma, el plazo y la cuantía de las prestaciones, como así también las personas habilitadas para la disposición, que serán el solicitante o deudor y el beneficiario o beneficiarios.

Lo más común en las hipotecas inversas es que los pagos se efectúen por el acreedor al deudor durante el transcurso del préstamo y que la cancelación se realice en una suma única que comprende las entregas efectuadas más los intereses acumulados al finalizar el mismo. No obstante, aunque menos frecuente, puede darse una entrega única al comienzo y una cancelación a su vencimiento.

Veamos las formas de pago que la hipoteca inversa puede generar:

*a) Pagos globales*

Son también llamados de disposición única ya que hay un solo acto de disposición, es decir, un solo pago al comienzo de la operación. Estos pagos no son comunes.

Existe la posibilidad de pagos globales al comienzo de la operación. Estos se utilizan para cancelar deudas que gravan el inmueble a efectos de que el título de propiedad quede limpio y pueda inscribirse la hipoteca en primer grado o para cubrir los gastos iniciales del préstamo. También pueden emplearse a solicitud del deudor para cubrir alguna necesidad o deseo.

*b) Pagos periódicos*

Las disposiciones periódicas temporales generalmente se establecen mensualmente por un período predeterminado de tiempo: 10 o 15 años. Este límite de tiempo no implica que el deudor tenga que dejar su vivienda, lo que ocurre es que el prestamista no realizará más pagos, lo que puede subsanarse, como vimos, con la contratación de un seguro de rentas diferidas. La ejecución de la hipoteca sólo se realizará cuando el deudor deje de ocupar la propiedad por muerte o venta.

Si se establece en el contrato, es posible una disposición extraordinaria en cualquier momento del préstamo con el propósito de atender una necesidad puntual del prestatario. Se debe tener en cuenta que necesariamente se producirá una disminución proporcional del importe del resto de las rentas.

*c) Pagos vitalicios*

En este caso, el acreedor asegura entregas anuales, mensuales, trimestrales, semestrales o con otros criterios de periodicidad, de determinada cantidad hasta la fecha de fallecimiento del deudor o beneficiario.

*d) Línea de crédito*

Funciona igual a un acuerdo de crédito en una cuenta corriente bancaria a utilizar mediante el giro de cheque a voluntad del deudor. El crédito tendrá el límite dado por la diferencia entre el máximo valor exigible y la utilización parcial del mismo por otros métodos de pagos. Este sistema es muy adecuado para personas en edad avanzada que cuentan con ingresos para afrontar sus gastos ordinarios pero que tienen su principal patrimonio inmovilizado en su vivienda. Este método suele ser atractivo ya que genera tranquilidad en el contratante, quien podrá afrontar contingencias extraordinarias con liquidez disponible.

### *e) Los intereses en la hipoteca inversa*

El componente principal del costo total en una hipoteca inversa, durante su vigencia, será la tasa de interés que se aplica sobre los saldos en cada período.

La hipoteca inversa en España acumula los intereses hasta el vencimiento del préstamo.

Los intereses pueden ser: *fijos* o *variables*. El interés fijo aumenta el riesgo del prestamista ya que se le asegura al deudor la misma tasa durante toda su vigencia, mientras la tasa de mercado puede subir, causando importantes pérdidas. El deudor, en cambio, ante una baja de la tasa de interés, puede cancelar el préstamo original con otro a menor tasa.

En los intereses variables, la variación se realiza en períodos preestablecidos, generalmente anuales, y se basan en la tasa media de rendimiento de bonos del tesoro a un año del vencimiento.

Los intereses aumentan la deuda durante la vida de la hipoteca, se adosan mensualmente a las sumas entregadas y se devuelven junto con el monto adeudado en un solo pago a su vencimiento.

## **6.6. Exigibilidad de la deuda**

La ley 41/2007 en su disposición adicional primera, apartado 1, inc. C, establece que: "La deuda sólo será exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o si así se estipuló en el contrato cuando fallezca el último de los beneficiarios".

Ocurrido el fallecimiento del deudor hipotecario, la restitución del crédito se torna exigible y los herederos de este disponen de dos opciones:

### *a) Pagar el crédito*

Con más los intereses estipulados y liberar así la vivienda de su carga y de esta forma recibir en herencia el inmueble.

De este modo se produce la cancelación de la deuda sin que el acreedor hipotecario pueda exigir compensación alguna por dicha operación, siempre y cuando se realice en el plazo estipulado en la escritura. Así surge de la ley 41/2007, disposición adicional primera, apartado 5: "Al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación.

En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente”.

*b) Ejecutar el crédito*

Esto es, decidir que la entidad financiera venda la vivienda, abonándole a la entidad financiera con el producido de la venta y conservando, si lo hubiere, el remanente para sí en caso de que fuera superior a la suma de dinero desembolsada por la entidad prestataria, teniendo en cuenta los intereses.

Una diferencia fundamental entre la hipoteca inversa y la ordinaria es que en la hipoteca ordinaria, los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos los derechos y obligaciones. No es así en la hipoteca inversa, donde los herederos no suceden al causahabiente en esta obligación de la que no se hacen responsables directos<sup>8</sup>. Los herederos no responden personalmente con todo su patrimonio como continuadores de la responsabilidad del causante.

Estrictamente las partes intervinientes en estos tipos de contratos son: el titular de la vivienda y la entidad financiera con la que se suscribe la hipoteca. No obstante, aunque los herederos no son parte contratante en el negocio jurídico, se van a ver directamente afectados, ya que una vez producido el fallecimiento del propietario, son ellos los que han de decidir si recuperan la vivienda, abonando a la entidad financiera las cantidades de las que ha disfrutado el titular o venderán el inmueble para afrontar la deuda contraída por el titular de la vivienda, ya que en caso contrario la entidad bancaria puede ejecutar la garantía hipotecaria para saldar la deuda pendiente.

En caso de que los herederos decidan vender la vivienda y el dinero obtenido no alcance para satisfacer la deuda, la entidad bancaria podrá reclamar el resto del dinero pero sólo hasta donde alcancen los bienes de la herencia.

Por lo tanto, son los herederos los obligados al pago en primer lugar. Es importante destacar que como ya establecimos anteriormente, los herederos no forman parte del contrato y no se requiere su consentimiento para constituir la hipoteca, ya que la ley no determina nada al respecto.

---

8 Ley 41/2007, disposición adicional primera, apartado 6: “Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria”.

Es de buena práctica que la entidad financiera pida al solicitante que identifique a sus futuros o posibles herederos y que indique el domicilio de éstos para notificaciones o requerimientos. Pero sobre todo porque en el momento del vencimiento, los más interesados en conocer la existencia de la deuda, evitar la caducidad de plazos y la demora en el pago van a ser los propios herederos.

Muchos autores españoles proponen identificar a los herederos en la escritura de constitución no como partes del contrato, sino como un dato adicional.

### 7. RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA

En el marco de la ley 41/2007, se establece un régimen de transparencia y protección de la clientela por parte de las entidades bancarias que conceden este tipo de préstamo. Así la ley 41/2007, disposición adicional primera, apartado 4, reza que las entidades crediticias que lleven a cabo estas hipotecas: "... deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto...". El apartado continúa diciendo que este asesoramiento deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el ministerio de economía y hacienda, estableciendo las condiciones, la forma y los requisitos pertinentes.

Este principio de transparencia y asesoramiento previo tiene una gran relevancia en la contratación bancaria para proteger al tomador de estos productos, que constituye la parte más débil frente a estos contratos de adhesión que celebra con la entidad financiera para acceder al préstamo.

A través de esta información precontractual que provee el banco al cliente, podrá conocer las características esenciales del contrato y evaluar si este se ajusta a sus necesidades y a su situación financiera.

Con este régimen de transparencia se busca evitar abusos frente a la parte más débil y que de esta forma los contratos sean lo más claros y comprensibles posibles.

La preocupación del legislador es que la información que llega al consumidor sea cada vez mayor, más clara y de fácil comprensión. Además es consciente de los abusos y fraudes a los que está expuesto el consumidor, es por ello que intenta protegerlo en el mercado hipotecario.

## 8. GASTOS QUE GENERA LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA INVERSA

En primer lugar, para determinar el valor de la vivienda, es preciso tasar el inmueble, gasto que corre por cuenta del cliente. A su vez, una de las trabas más importantes está constituida por los elevados costos iniciales de las mismas, en concepto de comisión bancaria de apertura. Además hay que agregar los gastos del notario, de registro y de gestoría por la formalización de la escritura y su inscripción en el registro de la propiedad, y por último gastos de índole impositivo. Existen, sin embargo, ciertos incentivos fiscales (existe una exclusión del impuesto sobre actos jurídicos documentados), como así también una importante reducción en los honorarios notariales y registrales.

Asimismo ha de considerarse como gasto la contratación de un seguro de renta vitalicia, que suele ser una cantidad considerable. Como consecuencia de todos estos gastos iniciales, se suele alcanzar una gran suma de dinero que no pueden afrontar los tomadores de estos créditos. Por esta razón las entidades financieras ofrecen que estos gastos se carguen al monto del préstamo con garantía hipotecaria, un correlato desfavorable: la reducción de la renta a percibir.

## 9. CAUSAS DE CESE O SUSPENSIÓN DE LA OBLIGACIÓN DEL PAGO DE LA RENTA

### 9.1. Vencimiento ordinario

#### *Fallecimiento del deudor*

El fallecimiento del deudor o del último de los beneficiarios da lugar al vencimiento del préstamo.

El vencimiento depende de un acontecimiento *cierto y seguro*, en cuanto tenemos la certeza de que se producirá, pero incierto en el momento o fecha de resolución.

Por lo expuesto podemos afirmar que el crédito tiene naturaleza vitalicia, por lo tanto se extingue la obligación de la entidad financiera de pagar la cantidad convenida y nace la obligación a cargo de los herederos del pago de la deuda.

En caso de que el fallecimiento fuera antes de un plazo cierto, los herederos no pueden seguir disponiendo del crédito, ya que finaliza la disposición y la deuda resultante dejará de aumentar en cuanto a capital se refiere, resultando exigible.

Aunque la ley no dice nada al respecto, las entidades financieras prolongan la duración del contrato por un plazo a contar desde el deceso, que suele ser de 6 meses tras el fallecimiento del último de los beneficiarios, en su caso. Este es el plazo que tienen los herederos para realizar todos los trámites necesarios, como la declaratoria de herederos *ab-intestato*, de no existir testamento, presentar el impuesto de sucesiones y llegar a un acuerdo para hacerse cargo de la deuda. La norma no estableció ningún plazo concreto, lo que hubiese mejorado la regulación, dándoles a los herederos más oportunidades de vender la vivienda de una forma más provechosa y evitar la posibilidad de un proceso de ejecución nada deseable.

Igualmente en el caso de que existan discrepancias en las interpretaciones o no se hubiera reflejado el plazo en el contrato, los herederos siempre podrán acudir al juez para que lo fije.

El objetivo de este plazo es que los herederos puedan realizar el pago o novar la hipoteca sin ningún tipo de interés o comisión de compensación que suponga una penalización por parte de la acreedora, y más aun, el final de este plazo de gracia marca el momento en que la entidad financiera tiene abierta la vía de la ejecución de la garantía.

### **9.2. Vencimiento anticipado**

#### *a) Venta del inmueble*

Podríamos encontrarnos ante una venta del inmueble con cancelación del préstamo por decisión del deudor.

La propia ley establece como causa de resolución del contrato, aparte del fallecimiento del solicitante y del beneficiario, el hecho de que el bien haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, momento en el que el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o continuar con el mismo. Ante este caso, la situación del acreedor queda muy desprotegida, por lo tanto, realizada la transmisión del bien por el deudor, el acreedor tiene derecho a reclamar al hipotecante el importe adeudado, pudiendo dirigirse contra la garantía hipotecaria en manos del tercer adquirente y contra todos los bienes del deudor, porque la hipoteca inversa ha dejado de existir conforme a sus características especiales en materia de responsabilidad y nos encontramos ante un vencimiento de una hipoteca similar a la ordinaria. De esta forma, la entidad financiera dispone de acción personal contra el deudor y real contra la vivienda hipotecada, pudiendo ejercitar cualquiera de ellas, incluso ambas, pero no simultáneamente.

Por otra parte, la ley admite la posibilidad de que aunque se efectúe la venta del inmueble, si se sustituye por una garantía suficiente, no habrá problema de continuar con la hipoteca.

Debe tratarse de una garantía que satisfaga al acreedor hipotecario de similar valor y características a la vivienda anterior y además será necesario que esta nueva vivienda se convierta en residencia habitual del deudor. Pese a ello, en el ordenamiento jurídico español, es imposible sustituir una garantía hipotecaria. La sustitución de las garantías implica necesariamente la extinción de la hipoteca inversa y su sustitución por una nueva vivienda o incluso sobre otro inmueble.

Para concluir podemos decir que siempre se producirá el vencimiento anticipado del crédito por la transmisión voluntaria del inmueble, ya sea por sustitución de la garantía o cuando simplemente se realice la venta del inmueble sin intención de sustituir la garantía.

#### *b) Falta de residencia habitual*

En España la ley no se pronuncia sobre las consecuencias de que la vivienda hipotecada pierda la característica de "habitual" y sea posteriormente alquilada o que el tomador se traslade a una residencia de mayores o a casa de un familiar. De acuerdo con el texto de la norma, la pérdida de esta condición no tiene ninguna consecuencia jurídica.

En la mayoría de los países, se considera este aspecto como causa de vencimiento anticipado del crédito.

Es muy importante, ante la falta de normativa legal, lo que se establezca en la escritura de constitución, donde se puede pactar si la entidad financiera acepta el alquiler o la cesión de uso de la vivienda.

Sobre el tema, hay sentencia del Tribunal Supremo, del 16 de diciembre de 2009: "...el acreedor hipotecario no puede pretender del hipotecante, y menos todavía imponerle, el compromiso de no arrendar la finca hipotecada, cualquiera que sea la consecuencia que pudiera acarrear la violación de la estipulación, de la misma manera que no caben las prohibiciones de disponer convencionales en los actos a título oneroso (art. 27 LH). La cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no sólo no es inscribible sino que no es válida. El hipotecante, por lo tanto, puede arrendar libremente la finca hipotecada, siquiera los arrendamientos posteriores a la hipoteca (tema que es el que aquí interesa), aparte de la sujeción a lo dispuesto en los artículos 661, 675 y 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedan sometidos al principio de purga por lo que no afectan a la hipoteca – realización de la finca hipotecada".

En resumen, la ley 41/2007 contempla como causa de vencimiento anticipado la transmisión de la finca, pero no el cambio de uso, es decir, el traslado del deudor a otro domicilio, de modo que el requisito de vivienda habitual, sirve sólo a los efectos de constitución.

En casos del alquiler de la vivienda, el acreedor no podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo, por no preverlo expresamente el texto de la ley.

### *c) Reembolso anticipado del préstamo*

Esta causa es contemplada específicamente por todos los ordenamientos jurídicos. Se trata del reembolso anticipado del importe del préstamo voluntariamente por el deudor. En casi todas las escrituras se establece esta posibilidad.

La entidad financiera puede exigir como compensación por desistimiento, en el caso de cancelación anticipada, una comisión, habitual en los préstamos hipotecarios ordinarios<sup>9</sup>. Esta compensación se aplica con distinto porcentaje, dependiendo del número de años de vigencia del préstamo.

---

9 Regulado en la ley 41/2007, art. 8º: “Compensación por desistimiento. 1. En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, que se produzcan en los créditos o préstamos hipotecarios a los que se refiere el artículo anterior de la presente Ley, la cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de compensación por desistimiento, no podrá ser superior: i) al 0,5 por ciento del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca dentro de los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo, o, ii) al 0,25 por ciento del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca en un momento posterior al indicado en el número anterior. 2. Si se hubiese pactado una compensación por desistimiento igual o inferior a la indicada en el apartado anterior, la compensación a percibir por la entidad acreedora será la pactada”.

Art. 9º: “Compensación por riesgo de tipo de interés. 1. En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, de créditos o préstamos hipotecarios que se produzcan dentro de un período de revisión de tipos de interés cuya duración pactada sea igual o inferior a doce meses no habrá derecho a percibir por la entidad acreedora cantidad alguna en concepto de compensación por riesgo de tipo de interés. 2. En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, de los restantes créditos o préstamos hipotecarios, la compensación por riesgo de tipo de interés será la pactada y dependerá de si la cancelación genera una ganancia o una pérdida de capital a la entidad. Se entenderá por ganancia de capital por exposición al riesgo de tipo de interés la diferencia positiva entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito. Cuando dicha diferencia arroje un resultado negativo, se entenderá que existe pérdida de capital para la entidad acreedora. El valor de mercado del préstamo o crédito se calculará como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés y del valor actual del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada. El tipo de interés de actualización será el de mercado aplicable al plazo restante hasta la siguiente revisión. El contrato de préstamo especificará el índice o tipo de interés de referencia que se empleará para calcular el valor de mercado de entre los que determine el Ministro de Economía y Hacienda. En caso de cancelación parcial se le aplicará al resultado de la fórmula anterior el porcentaje del capital pendiente que se amortiza. 3. La entidad acreedora no podrá percibir compensación por riesgo de tipo de interés en el caso de que la cancelación del crédito o préstamo genere una ganancia de capital a su favor. 4. El contrato deberá especificar cuál de las dos modalidades siguientes para el cálculo de la compensación por riesgo de tipo de interés será aplicable: Un porcentaje fijo establecido en el contrato, que deberá aplicarse sobre el capital pendiente en el momento de la cancelación. La pérdida total o parcial que la cancelación genere a la entidad, calculada de acuerdo al apartado 2. En este caso,

*d) Otras causas de extinción*

1) Falta de pago en el seguro de la vivienda.

2) Incumplimiento de la obligación de pago: resulta evidente que esta no es suficiente causal, ya que no se puede obligar a abandonar la vivienda por no haber realizado el pago de la hipoteca, ni por causas personales del deudor como hubieran sido en otras hipotecas la declaración del concurso, la pérdida de solvencia. En cuanto a la posibilidad de exigir el reembolso por incumplimiento de cualquier obligación contenida en la escritura, un fallo del Tribunal Supremo, del 16 de diciembre de 2009, estableció que: “Resulta desproporcionado atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues sólo cabe, cuando se trata de un incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria”.

3) Embargo de la vivienda: la hipoteca inversa se constituye como primera carga que pesa sobre el bien, con lo cual, ella no se ve afectada por las cargas posteriores y tendría prioridad sobre ellas.

4) Contratación de la hipoteca en fraude de acreedores: se puede utilizar esta figura para vaciar el patrimonio del deudor y así eludir otras deudas, a las que no podrá hacer frente tras contratar la hipoteca inversa y disponer del crédito concedido.

Si únicamente el deudor es propietario de su vivienda habitual, la carga que pesa ahora sobre la vivienda seguramente torne imposible el pago de otras deudas.

Podríamos utilizar la acción pauliana para rescindir esta hipoteca contra el deudor que ha conseguido imposibilitar directamente a sus acreedores de cobrar sus deudas, habiendo dispuesto su único bien, que suponía cierta garantía para los acreedores.

En el caso de que las disposiciones de la hipoteca sean en forma de rentas gratuitas, es decir donaciones a favor del beneficiario, se presumen celebradas en fraude de los acreedores.

Para que la acción pauliana prospere, deberá probarse la intención de fraude y el perjuicio ocasionado.

5) Destrucción de la vivienda: ante esta situación se plantean dos variantes: si las cantidades percibidas como indemnización por siniestro deben ser destinadas a la reconstrucción del inmueble, o a la cancelación de la deuda.

Debido a que el destino de la vivienda tiene valor en uso para el deudor, se hace lógico que la indemnización sea para la rehabilitación de aquel y continuar con el préstamo hipotecario.

---

el contrato deberá prever que la entidad compense al prestatario de forma simétrica en caso de que la cancelación genere una ganancia de capital para la entidad”.

### 10. DERECHO COMPARADO

La hipoteca inversa se encuentra arraigada en casi todos los mercados. Los países con mayor tradición en este tipo de negocio son Gran Bretaña, Irlanda, Estados Unidos y Nueva Zelanda, como también Canadá y Australia.

Se encuentra presente en la mayoría de los países desarrollados como Japón y en muchos países de Europa como Dinamarca, Finlandia, Francia, Noruega, Suecia, Países Bajos, etc.

Por supuesto que las diferencias entre los diferentes ordenamientos son notables. Cada país en su búsqueda de ayudar a la tercera edad ha elegido diversos sistemas, donde cada hipoteca inversa es distinta con sus ventajas y desventajas.

Uno de los factores que influye en que este negocio se popularice es la política fiscal de cada país.

#### **Reino Unido**

La hipoteca inversa se comercializa desde 1965. En este país la figura en cuestión ha sido muy estudiada.

Pueden citarse como antecedente los *Home Equity Reversion* que datan de la tercera década del siglo XX. La aparición de la hipoteca inversa con los rasgos que actualmente la identifican data del último tercio de ese siglo.

Estos productos están regulados por la *Financial services Act* y *Consumer Credit Act*, que regulan su marco jurídico.

Dentro de la hipoteca inversa: *lifetime mortgage*, hay diferentes modalidades con un punto de partida común: son hipotecas sobre la vivienda con amortización al fallecimiento del deudor.

Al igual que en España, la disposición del capital está exenta de tributación y tampoco se consideran rentas sino disposiciones de un préstamo.

Por otro lado, existe otra figura denominada *reverse*, que se trata de una creación más parecida a la compraventa con reserva de usufructo española. El deudor vende en todo o en parte su vivienda a cambio de un capital o una renta.

#### **Estados Unidos**

En este país las hipotecas inversas surgieron con posterioridad a Gran Bretaña. En este ordenamiento la *reverse mortgage* es definida como una hipoteca que permite a ancianos propietarios de un inmueble convertir el existente valor de su hogar, en fondos dinerarios disponibles suministrados a través de

una línea de crédito, un anticipo de efectivo o periódicos desembolsos para ser devueltos con intereses cuando la propiedad es vendida o cesa de ser la residencia primaria, cuando el prestatario muere u otro evento específico ocurre, o a una fecha fija de vencimiento.

La mayor parte de las hipotecas de este tipo que se celebran, están dentro de un programa federal (*Home Equity Conversion Mortgage*) y consiguientemente existe una relevante *intervención estatal*, al ser la administración la que determina costos de la operación y monto de las prestaciones, contando con el respaldo de la *Federal Housing Administration*, dependiente del departamento de vivienda y desarrollo urbano.

La constitución de la hipoteca no tiene los mismos requisitos procedimentales y mucho menos registrales que en Europa. En Estados Unidos se firma una escritura pública ante un *notary*, en presencia de dos testigos. Este *notary* no tiene la función de fedatario público y no está investido de las facultades de un notario latino, sino que ostenta una función meramente de legitimación de firmas.

La característica más destacable de las hipotecas inversas es el seguro hipotecario, único y específico de este programa. Esto supone una gran protección tanto para el propietario de la vivienda (deudor) como para la entidad prestamista. Para el primero porque no va a responder más que por el valor que tenga la vivienda, y para el prestamista porque se verá asegurado contra una mayor deuda. La finalidad de ellos es claramente el bien común.

## Francia

Este país introduce la hipoteca inversa en el Código de Consumo y no en el Código Civil. El art. L.314-1, del Código de Consumo la define como: "El contrato por el cual un establecimiento de crédito o un establecimiento financiero concederá a una persona física un préstamo en forma de capital o de entregas periódicas, garantizado por una hipoteca constituida sobre un inmueble del prestatario destinado exclusivamente a habitación y cuyo reembolso, tanto en capital como intereses, solamente puede ser exigido a la muerte del prestatario o en caso de enajenación o de desmembramiento de la propiedad del inmueble hipotecado".

La figura es similar a la española, aunque presenta ciertas diferencias por las características propias de cada ordenamiento jurídico. No obstante, en esencia, la causa y finalidad de la hipoteca inversa son las mismas: facilitar a las personas en edad avanzada mayores recursos para encarar la última etapa de la vida, permitiendo hacer líquido su patrimonio.

La hipoteca inversa francesa limita la deuda en el momento del fallecimiento del tomador al valor de la vivienda.

## Doctrina

En el sistema francés el gobierno ha establecido algunos límites como el valor de la vivienda y un porcentaje de disposición en función de la edad, a diferencia de España, Gran Bretaña o Canadá, donde hay mercado libre sin pautas.

### Canadá

En Canadá el mercado de las hipotecas inversas no está tan desarrollado, quizás porque los precios de las viviendas son más elevados.

En el mercado canadiense no existe una edad legal de referencia. Las cuotas que los ciudadanos reciben de su hipoteca inversa tienen un tratamiento fiscal asimilado a los pagos de préstamos hipotecarios convencionales y por lo tanto no sujetos a imposición.

### Japón

En Japón la hipoteca inversa ha sido un negocio muy cuestionado. Este país coincide con España en su tendencia demográfica<sup>10</sup>. Además, al igual que en España, los japoneses desean dejar su patrimonio a sus hijos y el ahorro para la vejez nunca ha estado entre sus prioridades.

En la actualidad resurge esta figura a través de dos iniciativas: por parte de las entidades bancarias y por el gobierno japonés, para facilitar la concesión de hipotecas inversas a personas de avanzada edad.

### Australia

Los australianos no tienen una regulación normativa más que la que voluntariamente han establecido las entidades de crédito, a través de un código de conducta al que se adhieren.

La hipoteca inversa está destinada a personas con al menos 55 años, aunque este requisito lo determina cada entidad financiera. Pueden ser beneficiarios aquellos propietarios que tengan vigente algún tipo de préstamo pendiente sobre la propiedad, de pequeña cuantía y que se amortice con la hipoteca inversa.

Otro tipo de negocios sobre las viviendas, como son la venta total o parcial de la vivienda (*home reversion schemes*) supone la compra por parte de la compañía financiera de parte o toda la vivienda a un precio que se sitúa habitualmente entre un 35% y un 60% de precio total de mercado. Este menor

---

<sup>10</sup> En Japón hay un incremento de la población de mayor edad y un gran retroceso en las cifras de natalidad.

precio se justifica en parte porque el tomador conserva el derecho a vivir en la casa por el resto de su vida o hasta que voluntariamente lo desee.

Al igual que en otros países de influencia británica, también se comercializan las hipotecas de revalorización compartida. De modo que la entidad prestamista renuncia a percibir la totalidad o parte de los intereses del préstamo a cambio de una participación en el incremento de valor de la vivienda. En el momento de la venta, el prestamista obtiene una participación de las ganancias de capital por la revalorización del inmueble.

### **Nueva Zelanda**

En este país, además de la hipoteca inversa, existen otros productos que otorgan liquidez inmobiliaria al tomador, por ejemplo el llamado *buy-back*, venta con recompra posterior, que consiste en que el vendedor acuerda la venta de su vivienda con una entidad financiera, pero con la intención de volver a comprarla posteriormente a un precio mayor. No existe un desarrollo legislativo sobre este tipo de negocio y como consecuencia cada entidad crediticia determina los requisitos particulares. La edad para la contratación parte desde los 55 años en adelante. La forma de disposición será la pactada por las partes, pero con especial relevancia la disposición única, puesto que la entrega de un capital único tiene ventajas fiscales en Nueva Zelanda dado que exime del pago de impuestos. Algunas entidades no admiten cualquier vivienda en garantía, sino que exigen que la vivienda hipotecada tenga un valor de mercado mínimo. Las hipotecas están garantizadas a través de seguros, de modo que la cuantía a pagar al cancelar la hipoteca no supere el valor de mercado de la vivienda.

### **Argentina**

En Argentina se cuestiona la inclusión de la hipoteca inversa a su ordenamiento jurídico. Para algunos autores resulta difícil su implementación por dos motivos: por un lado resulta compleja su incorporación porque no encaja en el *sistema de numerus clausus* para los derechos reales que regía el art. 2502 del Código Civil<sup>11</sup>, y en segundo término consideran que el hecho de no contar con

---

11 El art. 2502 del Código Civil argentino propiciaba la admisión de la teoría de los *numerus clausus* en la constitución de derechos reales. Decía: "Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este código se reconocen, valdrá como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer".

## Doctrina

un procedimiento especial de ejecución hipotecaria llevaría a que las entidades financieras que llegaran por falta de pago a tener que ejecutar la vivienda se verían involucradas en un largo proceso judicial, más una hipoteca donde la garantía hipotecaria tiene tanto peso.

Otros autores sostienen que el principio de *numerus clausus* no es violado en caso de incluir esta figura dentro del ordenamiento jurídico, puesto que el art. 2503, inc. 5, del Código Civil contemplaba este derecho real sin descartar esta nueva variante, la cual no colisiona con el principio de tipicidad porque los caracteres propios de la hipoteca se hallan reunidos, a saber: de *convencionalidad*, *accesoriedad* respecto al crédito, *indivisibilidad* y sujeta a la regla de la *especialidad*, tanto respecto al inmueble gravado como al crédito. Estos autores analizan las ventajas de esta figura en un intento por llevar al país este nuevo contrato hipotecario con ayuda a la ancianidad y dependencia.

Consideramos indispensable, para su inclusión en el sistema argentino, que se dicte una normativa tuitiva de los prestatarios y de sus sucesores, tanto en lo que respecta a la etapa precontractual como a la celebración y ejecución del contrato.

Asimismo, de implementarse la hipoteca inversa en Argentina, sería de desear que el Estado redujese o eximiese de toda carga fiscal y propugnare una disminución en materia de gastos administrativos.

Podemos sostener que es viable este tipo de negocios en el régimen hipotecario argentino, pues no afecta el orden público propio de los derechos reales, por tratarse de una mera matización del crédito garantizado. La posibilidad de garantizar préstamos revertidos amplía más los alcances del derecho real de hipoteca, brindando numerosos beneficios y ventajas a personas de avanzada edad que son titulares de dominio de un inmueble, pero que no cuentan con ingresos suficientes para tener una vejez digna.

La hipoteca en Argentina está abierta a los préstamos revertidos, sólo falta que los operadores del derecho, principalmente los notarios, lo adviertan y conviertan esta posibilidad teórica en una herramienta provisional cotidiana.

A modo de conclusión podemos decir que en todos los países se busca una solución al mismo problema: la falta de recursos en la tercera edad y cómo darle respuesta a través de hacer líquido el patrimonio inmobiliario acumulado.

## 11. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA HIPOTECA INVERSA

### **Ventajas**

1) El titular de la vivienda conserva la *posesión* y la *propiedad* de la misma, pudiendo continuar viviendo en ella.

2) Brinda *seguridad económica* al que la suscribe ya que percibirá una suma mensual durante toda su vida (siempre que haya contratado el respectivo seguro de rentas diferidas), lo que le permite afrontar gastos del cuidado de salud, algunas veces muy prolongados y costosos, propios de la edad.

3) Posee un *tratamiento fiscal diferenciado* menos gravoso que otras operaciones afines.

4) La escritura pública de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación de la hipoteca inversa estarán *exentas de la cuota gradual de documentos notariales*.

### **Desventajas**

1) *Elevados gastos* de formalización (gastos de notaría, de registro, de gestoría, de tasación, de impuestos diversos, de suscripción del seguro de rentas diferidas).

2) *Intereses altos*. Una vez que se obtiene el dinero en efectivo, consta el valor de la vivienda; a esa cantidad se le aplican intereses mensuales. Cuando finalmente se vende la vivienda, el interés acumulado puede reducir significativamente el valor restante.

3) *Los propietarios no pueden pedir prestado el valor total de la vivienda*. Ello garantiza que el inmueble conserve su valor para pagar intereses del préstamo.

4) Existen limitaciones por causas de las circunstancias del mercado y de las entidades financieras. Muchas de ellas no aceptan viviendas por debajo de un valor considerable o en localidades donde sea difícil o poco rentable realizar las gestiones pertinentes.

5) El temor que puede generar a una persona mayor desprenderse de uno de sus principales bienes, como es la vivienda conseguida tras años de esfuerzo económico.

## **12. CONCLUSIÓN**

La hipoteca se ha convertido en uno de los principales motores del crédito, no sólo a nivel local sino también mundial. Se advierte que la importancia de la hipoteca trasciende el ámbito jurídico, internándose en el económico-social, y en mucho ha contribuido al avance de la civilización, puesto que constituye un instrumento social.

Beneficia tanto a acreedores como a deudores por diversas razones: la hipoteca otorga seguridad y atrae la inversión, motivo por el cual los préstamos hipotecarios han adquirido una importancia cuantitativa increíble. Ante el

eventual incumplimiento obligacional brinda al acreedor la herramienta de la ejecución hipotecaria, que constituye un instrumento sólido y seguro. Y por otro lado, a los deudores les permite, dicho en palabras del legislador, “hacer líquido el valor de la vivienda”, sin necesidad de venderla y continuar con la propiedad y la posesión de ella. Esto último reviste un importante valor para el tomador de la hipoteca desde el punto de vista sociológico, ya que hace posible que las personas de avanzada edad continúen en su mismo vecindario, en su hogar y entorno donde han pasado la mayor parte de su vida.

Esta figura permite al solicitante de “tercera edad”, ante sus nuevas necesidades o situación de dependencia, contar con un complemento para su economía.

Es el deudor quien elige celebrar este negocio y se beneficia con él, y serán sus herederos quienes deberán afrontar en el futuro la resolución de los últimos años de sus antecesores, ya que a través de este tipo de hipotecas los sucesores verán reducida su herencia en el futuro.

Dadas las ventajas y beneficios que ofrece la hipoteca inversa en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se encuentra regulada y legislada, aunque otros países como Argentina, son reacios a su implementación ya que ven varias dificultades a pesar de que este país cuenta con las herramientas legales para que las entidades de crédito fácilmente estructuren este tipo de contratos hipotecarios. En este rumbo, la hipoteca inversa puede convertirse en una alternativa de financiamiento y contención social y en un producto rentable para las entidades financieras.

### 13. BIBLIOGRAFÍA

- BELLUSCIO, Augusto César. “El nuevo derecho francés de las garantías”, *Jurisprudencia Argentina*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, abril de 2007, N° 1.
- BLASCO GASCO, Francisco de P. “La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- CALEGARI DE GROSSO, Lydia E. “La hipoteca revertida y las desventajas de su instrumentación”, *Jurisprudencia Argentina*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, septiembre de 2007, N° 12.
- DODDA, Zulma A. y URBANEJA, Marcelo Eduardo. “La inautenticidad y las formas alternativas de garantías inmobiliarias en el sistema registral argentino”, *Universidad Notarial Argentina*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2009.
- ETCHEGARAY, Natalio Pedro y CAPURRO, Vanina Leila. *Derecho Notarial Aplicado*, tomo I, 1° edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011.
- LUCERO ESEVERRI, Roberto Augusto. “Crédito vitalicio con garantía hipotecaria”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración de la Provincia de Santa Fe*, Colegio de

- Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2° circunscripción, septiembre de 2009, N° 2.
- LUNA, Daniel G. y COSSARI, Nelson G. A. "La denominada hipoteca inversa o revertida. Mutuos hipotecarios exigibles *post mortem*", La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, octubre de 2007, N° 205.
- MARIANI DE VIDAL, Marina. *Derechos Reales*, tomo III, 7° edición actualizada, Ed. Zavallá, Buenos Aires, 2004.
- ORTS SANTOS, María Jesús. "Tesis doctoral: hipoteca inversa", Salamanca, junio de 2012.
- PAPAÑO, Ricardo J. y otros. *Derecho Civil: Derechos Reales*, tomo II, 3° edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012.
- PERALTA MARISCAL, Leopoldo L. "La mal llamada hipoteca revertida o los bien llamados préstamos revertidos con garantía hipotecaria", Revista Notarial, N° 958, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, enero-abril de 2008.
- ROCA GUILLAMON, Juan. "La hipoteca inversa como medio de protección de los mayores, en la familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas del futuro", en Rebolledo Varela, Ángel Luis (coordinador), Ed. Dyckinson S. L., Madrid, 2010.
- SERVENTE, Alberto Guido. *La hipoteca revertida: una oportunidad financiera para los propietarios de edad mayor. Una variante previsional basada en la vivienda propia*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- VITALE, Angélica G. E. "Conclusiones de algunas comisiones de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil", circular Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 15 de febrero de 2008, N° 3215.





## Nuestra Revista



HACE 90 AÑOS...

AÑO XX, LA PLATA, (R. A.), AGOSTO Y SEPTIEMBRE DE 1924 N. 538-39

# LA REVISTA NOTARIAL

ORGANO DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PUBLICACIÓN MENSUAL

Redacción y Administración

Calle 18 núm. 760 entre 47 y 48

Local del Colegio de Escribanos

*N. de la R.*— La Redacción de la Revista previene a sus lectores que ni ella ni el colegio se solidarizan en forma alguna con las ideas que se viertan en los artículos que publique, las que van siempre por cuenta exclusiva de sus autores, a cuyo efecto es requisito indispensable la firma en todo artículo que se envíe para su publicación.

## Nulidad por defecto de forma

### ¿ES ABSOLUTA?

Diferencia entre las causas legales de nulidad absoluta y relativa

#### I

Me refiero al acto jurídico formalizado por medio de una escritura pública en la que el Escribano ha omitido la transcripción obligatoria por la ley, de un documento habilitante.

La nulidad del acto por vicio de forma que lo exterioriza, es evidente con arreglo a las disposiciones contenidas en los artículos 1004 y 1044 del Código Civil, pero lo que ofrece dudas es la determinación del verdadero carácter de esa nulidad, para llegar a la consecuencia necesaria de la procedencia o improcedencia de la confirmación, con los efectos señalados por los artículos 1059 y siguientes del citado Código.

Muchas son las opiniones que conozco, — no todas — no han vacilado en atribuir a aquella nulidad un carácter absoluto, negando de consiguiente toda eficacia jurídica a un acto en esas condiciones, o en otras parecidas, como ser la incapacidad del agente, la falta de atribuciones en el oficial público, etc. Mi opinión es contraria, y como dada la impor-

tancia que el tema presenta en estas épocas de furor económico expuesto en la infinita multiplicación de las transacciones sobre la propiedad inmobiliaria, se impone propender a la unidad del criterio profesional con que en definitiva han de juzgarse estas cuestiones para que no resulte rechazado como ineficaz por unos, lo que otros autorizaron o aceptaron como bueno, voy a exponer en este artículo las razones de orden legal que orientan mi opinión en sentido favorable a la confirmación.

## II

La ley no ha dicho cuando existe nulidad absoluta ni cuando nulidad relativa: no ha hecho enumeración casuística: tampoco ha definido, acaso por aquello de que las definiciones en derecho son peligrosas.

Se ha limitado a establecer cuales son los actos nulos y cuales los anulables, agregando despues que la nulidad absoluta no puede confirmarse, pero sí la nulidad relativa. Y el investigador se pregunta: ¿Cual es la nulidad absoluta? ¿Cual la negativa? ¿Que diferencia esencial o fundamental existe entre una y otra, y con que base de criterio hemos de establecerla?

Para suplir eso que podemos llamar una deficiencia de la ley, menester es investigar el motivo legal de una y otra nulidad, lo que es posible averiguando el «porqué» de los siguientes preceptos:

«Art. 1047. La nulidad ABSOLUTA *puede y debe ser declarada por el Juez aún sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo. Puede tambien pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley o de la moral* La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación».

Art. 1048. La nulidad RELATIVA *no puede ser declarada por el Juez sino a petición de parte. NI PUEDE PEDIRSE SU DECLARACION POR EL MINISTERIO PUBLICO en el solo interés de la ley.*

Del exámen [prolijo y lectura meditada y detenida de estas dos disposiciones — eje de la cuestión — se deduce que están en juego dos distintas especies de interés a favor de las cuales se sanciona la pena de nulidad como una valla opuesta al desenvolvimiento del ataque con que se las pretende lesionar: *el interés privado* o particular, que puede manifestarse en el orden jurídico con la necesaria relatividad

de todas las libertades, y el *interés público* o social, el interés colectivo, que es superior al primero e inspira muchas concretas disposiciones legislativas encargadas, diré así, de custodiar las que se refieren al primero.

Está de por medio el *interés público*, cuya defensa incumbe al Ministerio Fiscal encargado de velar por la moral y la ley, cuando el acto ejecutado por persona capaz y con el máximun de formalidades, es sin embargo un acto prohibido por la ley.

Lo está el *interés privado*, cuando un acto lícito ha sido ejecutado sin la capacidad necesaria o sin la forma expresamente impuesta.

### III

Cuando la ley prohíbe un acto, la prohibición es de orden público; la voluntad de los particulares nada puede contra ella y el acto es de ningún valor si la Ley, expresamente, no designa otro efecto. (Arts. 18 y 1044 Código Civil).

Otorgado el acto no existe como tal acto jurídico, porque le falta el alma, la esencia misma; vale decir, el carácter lícito de su objeto que consiste en su no prohibición por la Ley. Y le falta la esencia, porque estando prohibido es, según el texto legal, nulo como si no tuviese objeto ni fin. (Arts. 944 y 953 C. Civil).

El acto es entonces inexistente y como él afecta el interés social en nombre del cual la ley lo ha prohibido, los representantes del Ministerio Público y los Jueces, deben proceder en el sentido de dejar declarada la existencia de la nulidad e inutilizado ese acto de vida jurídicamente ficticia aunque aparentemente real.

Tales son, v. gr.: la adopción, el contrato que versase sobre la renuncia de la libertad individual, la comisión o abstención de un delito, juegos prohibidos, transmisión voluntaria de la patria potestad, renuncia de la autoridad marital, disolución de la sociedad conyugal, etc. Cualesquiera de esos actos viola abiertamente disposiciones de orden público, disposiciones que como antes dijimos miran un interés colocado por el legislador mucho más alto que el interés de los individuos que han pretendido darles existencia jurídica contra el deber negativo que importa la prohibición.

Podrían los interesados confirmar eficazmente un acto en tales condiciones?

La respuesta debe forzosamente ser negativa. La voluntad particular nada vale, nada pesa, nada puede contra esas verdaderas moles presentadas en forma de principios o reglas concretas de legislación positiva, porque, por más declaraciones que ellos hagan, por más formalidades que llenen, por más capacidad que con derecho invoquen, siempre tropezarán con una valla intranqueable: la prohibición de la ley; siempre continuará subsistiendo el deber negativo cuya violación es, puede decirse, la causa de la nulidad, y cuya imposición está expresamente consagrada en el siguiente artículo del Código Civil: «21. *Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres*».

Estos son, para mí, los casos de la nulidad *absoluta* en la verdadera y jurídica acepción de este vocablo; el caso de la nada jurídica que los Jueces tienen obligación de declarar, aunque para ello deban separarse de lo alegado por las partes y los precisos términos de la *litis contestatia* que si fija un límite a las decisiones judiciales, lo fija solo con relación al interés privado en debate, pero nunca en cuanto al interés social cuyas exigencias deben los funcionarios satisfacer en primer término.

#### IV

*Cuando el acto no es prohibido por la ley:* cuando el acto es lícito, pero falta capacidad o falta forma o faltan ambas cosas a la vez, la nulidad es esencialmente distinta. *Está de por medio solo el interés particular de los agentes.*

Adquiriendo o recobrando la capacidad (cesando la incapacidad) y llenando la forma impuesta como medio único de exteriorizar la voluntad aplicada a la naturaleza del acto de que se trate, desaparecen los motivos de nulidad. La ley, satisfecha en sus exigencias, lejos de tener interés en impedir lo tiene en facilitar la realización de los actos jurídicos.

El representante del Ministerio Público no puede provocar ni los jueces declarar de oficio, tales nulidades, porque los defectos del acto no se relacionan ni con la incapacidad de derecho ni con su objeto colocado fuera del comercio por una prohibición de la ley; no está afectado el interés público en nombre del cual deben proceder aquellos; está solo comprometido el interés particular de los que intervienen; único en obsequio del cual se exigen ciertas condiciones de capacidad y se imponen formalidades determinadas como medios exclusivos de manifestación de voluntad.

Y así como en el caso de una adopción o contrato de juego prohibido las partes no podrían darle validez por impedirlo la misma prohibición legal y el artículo 21 del Código Civil ya transcripto, en el caso de nulidad por incapacidad o vicio de forma, la validación es posible ante la ley mediante la capacidad o las formalidades que la suprimen o suspenden, en el primer supuesto, o mediante la forma si se trata de una manifestación de voluntad formal, en el segundo.

En el primer caso, el de la prohibición legal, la *imposibilidad es absoluta y absoluta es también la nulidad*; en el segundo, el de la incapacidad o vicio de forma, la *imposibilidad es relativa* y relativa es así mismo en nulidad coincidiendo como se vé, exactamente, la calificación de la nulidad con la calificación de la imposibilidad.

#### V

Sintetizando lo que dejo expuesto puede a mi juicio sostenerse frente al *Código Civil Argentino*, lo siguiente:

1º) La nulidad es *absoluta* cuando la ley prohíbe el acto por razón de su *objeto* de la incapacidad de derecho de los agentes o de la ilegalidad de las condiciones impuestas.

2º) La nulidad es relativa, cuando siendo permitido el acto, carece este de los factores de capacidad y forma que, juntamente con la posibilidad legal, concurren a darle existencia jurídica.

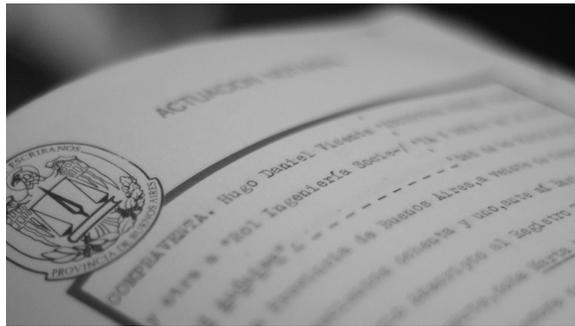
3º) La confirmación puede validar completamente un acto jurídico que se ha pretendido formalizar por medio de una escritura en la cual existe manifiesto un defecto de forma de los que producen la nulidad con arreglo al art. 1004 del Código Civil, o la intervención de un funcionario incompetente, siempre que el acto no sea prohibido.

4º) La confirmación no puede validar un acto prohibido por la ley mientras subsista el motivo de la prohibición. (arts. 21 y 1047 del Código Civil).

(De la «Revista Jurídica», Corrientes)

P. LUIS BOFFI





# Derecho Registral



# La inscripción de la propiedad fiduciaria en el registro de la propiedad del automotor

El objeto de registración.  
Calificación y procedimiento registral

*Ana Carolina Ruiz*

## INTRODUCCIÓN

El presente ensayo fue presentado como ponencia en el marco del 11 Congreso Nacional de Encargados de Registros de la Propiedad del Automotor, desarrollado en la Universidad de Buenos Aires, en el transcurso del mes de noviembre del año 2014. Era especial el contexto en el que se desarrollaba tal encuentro, pues nos encontrábamos en la víspera de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial.

En aquel entonces se planteó la necesidad de abordar de manera precisa el instituto del fideicomiso en el ámbito registral, específicamente en cuestiones relativas al objeto de registración y su publicidad.

Ya habían transcurrido casi veinte años de la sanción de la hoy modificada ley 24.441<sup>1</sup>, no obstante la regulación administrativa aún resultaba confusa e insuficiente. En especial porque el Digesto de Normas Técnico Registrales sólo contemplaba la inscripción de la propiedad fiduciaria cuando se trataba de transferencias de automotores usados, dejando fuera otros supuestos tales como la inscripción de automotores cero kilómetro, la propiedad de créditos prendarios, entre otros. Circunstancia que ocasionaba dudas a los registradores al momento de calificar tales peticiones y terminaba concretándose en observaciones confusas que, en definitiva, importaban un verdadero estorbo al ejercicio del derecho de propiedad.

Hoy día, ya sancionado el nuevo Código Civil y Comercial, se derogaron los artículos pertinentes al instituto del fideicomiso que regulaba la ley 24.441 (arts.1º

---

1 Sancionada el 22 de diciembre de 1994. Promulgada el 9 de enero de 1995.

## Derecho Registral

a 26) y se adecuó en consecuencia el Digesto de Normas Técnico Registrales (disposición N° 353/2015 de fecha 3 de agosto de 2015). Esto último sólo en algunos aspectos de relevancia, pues en otros resulta aún insuficiente, quedando fuera de consideración cuestiones trascendentales a la publicidad, tales como las limitaciones a las facultades dispositivas del fiduciario, los elementos esenciales del dominio imperfecto (plazo o condición), el modo de publicidad de la propiedad fiduciaria de créditos prendarios, etc., que necesariamente inciden en el tráfico comercial de los automotores y de los créditos prendarios.

A continuación, se desarrollará entonces el contenido de la ponencia, advirtiéndole al lector que la misma ha sido encausada en sintonía con la nueva legislación en vigor (Código Civil y Comercial y Digesto de Normas Técnico Registrales), sin perder de vista el microsistema jurídico del automotor que, por su especial connotación de ser un régimen constitutivo del derecho de propiedad, continúa plenamente vigente.

### PONENCIA

El contrato de fideicomiso constituye un contrato típico, regulado a partir del art. 1666 del nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), cuyo marco contiene los elementos esenciales de la figura, en especial el régimen de la propiedad fiduciaria. Dicho contrato constituye el título al dominio o, en términos generales, a la propiedad fiduciaria que integrará el patrimonio de afectación necesario para alcanzar los fines del fideicomiso.

Es la propiedad fiduciaria el aspecto especial de análisis en la presente ponencia toda vez que, de acuerdo a lo contemplado en el art. 1684 CCyC, cuando se incorporen bienes registrables, los registros correspondientes deben tomar razón de la *calidad fiduciaria* de la propiedad, a nombre del fiduciario. En nuestro caso, cuando el objeto recaiga sobre un automotor o crédito prendario, deberá tomarse razón en el registro de la propiedad del automotor con competencia en maquinaria agrícola, vial o industrial (en adelante, M.A.V.I.) y de créditos prendarios.

No es ociosa nuestra expresa mención respecto de la competencia sobre M.A.V.I. y créditos prendarios, dado que la propiedad fiduciaria puede estar integrada por bienes o cosas. En este caso nos referimos a los créditos prendarios y sus endosos.

La problemática planteada descansa sobre cuestiones relativas a la calificación registral y su procedimiento, aspectos que impactan asimismo en la publicidad y en el nacimiento del derecho como propiedad fiduciaria. Estas serán las cuestiones desarrolladas en la presente exposición, intentando proponer, de *lege ferenda*, la adecuación del Digesto de Normas Técnico Registrales de manera tal que sea regulado expresamente el instituto en los aspectos señalados.

No obstante la amplitud del tema, y la casuística que este conlleva por la versatilidad de la figura, abordaremos aquellas cuestiones que consideramos más relevantes tales como: el asiento y su publicidad, la calificación registral de la propiedad fiduciaria, especialmente las facultades dispositivas del fiduciario, las anotaciones personales (inhibiciones), el procedimiento de sustitución del fiduciario, entre otros.

Cabe señalar que la figura sólo se encontraba contemplada en el capítulo referido a la transferencia del dominio fiduciario de automotores, circunstancia que había llevado a interpretar que sólo era posible tal inscripción en tales casos, es decir, sólo en el supuesto de que el titular registral fuera el fiduciante, que lo transmitía a título de aporte al patrimonio de afectación. Sin embargo, tal supuesto constituía tan solo una de las hipótesis posibles de inscripción del dominio fiduciario, pero no el único.

En el ejercicio de la propiedad fiduciaria, el administrador se encuentra facultado para invertir los frutos o productos de los bienes fideicomitidos o reemplazar los mismos (por subrogación), incorporando otros bienes. En esta línea de pensamiento, pueden ser objeto de dominio fiduciario no sólo un automotor usado, sino también un cero kilómetro. Esta afirmación reconoce fundamento en lo prescripto en el art. 1684, segunda parte, CCyC.

A continuación desarrollaremos nuestro análisis y propuesta de regulación, mencionando las recientes modificaciones introducidas por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación<sup>2</sup>.

### **Consideraciones preliminares. Alcances de la inscripción constitutiva del dominio de los automotores**

Previamente a desarrollar la temática planteada, deviene necesario abordar algunas consideraciones que fundamentarán la presente ponencia, referente a la función registral y las características de la inscripción constitutiva del dominio del automotor, en las transferencias por actos entre vivos.

El derecho real del dominio sobre los automotores, bajo el régimen especial del decreto ley N° 6582/58, nace a partir de su inscripción (art. 1º, decreto ley N° 6582/58). Sin embargo, tal afirmación no debe ser interpretada en el sentido que la sola inscripción atribuye el dominio, que es autosuficiente. La inscripción constituye el acto final del proceso de adquisición que se inicia fuera del ámbito registral, con el otorgamiento del negocio que constituye su causa o razón jurídica.

---

2 Sancionado con fecha 1º de octubre de 2014 por ley N° 26.994. Promulgado por decreto N° 1795/2014 de fecha 7 de octubre de 2014. Puesta en vigencia a partir del 1º de agosto de 2015 según ley N° 27.077 del 16 de diciembre de 2014.

El art. 1º del decreto ley<sup>3</sup> establece que la transferencia del dominio deberá formalizarse por instrumento público o privado y sólo producirá efectos a partir de la inscripción. La norma impone a las partes el deber de documentar el acto, por escrito. Sin embargo, este negocio, que constituye el primer acto jurídico, carece de vocación registral<sup>4</sup>. No obstante produce efectos de corte personal, tales como el derecho de exigir la entrega material del automotor, el pago del precio, la facultad de peticionar la inscripción, responsabilidad civil por daños ocasionados, etc.<sup>5</sup>.

Luego, y a fin de incorporar el dominio en el patrimonio del adquirente, se peticionará la inscripción de la transferencia a su favor. El art. 14 del citado decreto<sup>6</sup> establece que la inscripción deberá rogarse a través del empleo de

---

3 Art. 1º: "La transmisión del dominio de los automotores deberá formalizarse por instrumento público o privado y solo producirá efectos entre las partes y con relación a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor".

4 LAFAILLE, Héctor y Alterini, Jorge H. *Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales*, T. VI, 2º edición, actualizada y ampliada, La Ley, Ediar, pág. 737. La falta de regulación en el Digesto de Normas Técnico Registrales respecto de la registración del negocio causal ha sido considerada por el doctor José María Orelle como de cierta gravedad, al punto de considerarlo inconstitucional por omisión: "...esta falta de presentación de instrumentos privados es un defecto que deviene del Digesto, y que no surge del Decreto 6582/58. Considero que dicha omisión (...) es inconstitucional, por carecer de un texto que la consagre".

5 MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Automotores y Motovehículos. Dominio*, Zavalía, Buenos Aires, 1992, pág. 116, con relación a los autos "Silenzi Daniel D. c/ Grimaldi Roberto", 21 de septiembre de 1977, ED 77-324: "Conviene aclarar que el contrato es perfectamente válido como 'fuente de obligaciones'; lo que no se transmite es el derecho real, problema que ha sido resuelto con acierto por la sala F de la Cámara Civil de la Capital al expresar que 'el contrato de venta de un automóvil debe considerarse celebrado y surte sus efectos, aunque no se hubieren llevado a cabo todas las obligaciones emergentes del mismo, al no haberse transferido el dominio al comprador con la respectiva inscripción en el Registro". En otro orden de ideas, resulta interesante mencionar el art. 1899 del recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación, que contempla la posibilidad de adquirir el dominio de cosas muebles registrables (en el caso, automotores) no hurtadas ni perdidas, a quien recibe la posesión material de su propietario o su cesionario sucesivo, sin haberla inscripto a su nombre, siempre que los elementos identificatorios que se prevén en el respectivo régimen especial sean coincidentes. Quien invoque la prescripción adquisitiva decenal *deberá acreditar entonces el título en virtud del cual ejerce la posesión*, emanado del titular inscripto o sus cesionarios, como así también que el bien no haya sido hurtado o perdido. Se da acogida a la prescripción *contra tabulas*.

6 Decreto ley N° 6582/58. Art. 14: "Los contratos de transferencia de automotores que se formalicen por instrumento privado, se inscribirán en el Registro mediante la utilización de las solicitudes tipo mencionadas en el artículo anterior, suscriptos por las partes. Cuando la transferencia se formalice por instrumento público o haya sido dispuesta por orden judicial o administrativa, se presentará para su inscripción junto con el testimonio u oficio correspondiente, la solicitud tipo de inscripción suscripta por el escribano autorizante o por la autoridad judicial o administrativa".

una solicitud tipo (formulario "08") que será suscripta por las partes o por el funcionario público correspondiente, según el tipo de instrumento en que se hubiere formalizado el negocio.

El empleo de la solicitud tipo constituye un modo de exteriorización del consentimiento de las partes (transmitente/adquirente) formal y solemne: mediante el uso de formularios oficiales<sup>7</sup> y firmas estampadas ante funcionario registral o notario.

La exigencia de formas solemnes, cuando la ley así lo impone, tiene por finalidad dotar al acto de máxima seguridad jurídica, así como también procurar especial reflexión en el sujeto que lo otorga. Pues es de público conocimiento que la suscripción de este tipo de formularios tiene potencialidad transmisiva del dominio (la mutación del dominio en cabeza del adquirente)<sup>8</sup>.

Ambas partes, transmitente y adquirente, se encuentran legitimadas para peticionar la transferencia del dominio (art. 15 del decreto ley N° 6582/58)<sup>9</sup> a favor de este último. No se requiere la concurrencia conjunta ante el funcionario registral, basta tan solo con acreditar la manifestación auténtica de su consentimiento, en la solicitud tipo "08", y adjuntar la documentación complementaria requerida por el digesto normativo.

Al momento de peticionar la transferencia el registrador calificará la situación registral del automotor y su titular, especialmente la capacidad y legitimación del titular para celebrar el acto (art. 13 del decreto N° 335/88). Dicho análisis se efectuará sobre los instrumentos que tienen vocación registral: la solicitud tipo junto con la documentación complementaria y las constancias obrantes en el legajo del automotor.

En este análisis el acto jurídico administrativo de inscripción coconstituye el derecho del particular, originado en su título<sup>10</sup>. Es el resultado final de una

---

7 Dichos formularios son documentos impresos por organismos especialmente designados por el estado nacional, cuya comercialización debe ser registrada, anotándose e individualizándose a las personas que los adquieran. Reglamento Interno de Normas Orgánico-Funcionales de los Registros Seccionales de la Propiedad del Automotor (R.I.N.O.F.), Capítulo VI, Sección 1º: "Artículo 3º. Adquisición: Los Registros Seccionales deberán adquirir las Solicitudes Tipo a los Entes Cooperadores designados por el Ministerio de Justicia para efectuar con exclusividad esos suministros de acuerdo a lo previsto por las Leyes N° 23.283 y 23.412, o a los demás distribuidores autorizados por dicho Ministerio o por la Dirección Nacional, salvo cuando se trate de Solicitudes Tipo de libre impresión (v.gr. Solicitud Tipo '02-E')".

8 RUIZ, Ana Carolina. "Alcances de la calificación registral en la transferencia de automotores por actos entre vivos", REVISTA NOTARIAL, N° 971, año 2012.

9 Decreto ley N° 6582/58. Art. 15: "La inscripción en el Registro de la transferencia de la propiedad de un automotor, podrá ser peticionada por cualquiera de las partes. No obstante, el adquirente asume la obligación de solicitarla dentro de los DIEZ (10) días de celebrado el acto, mediante la presentación de la solicitud prescripta en los artículos 13 y 14...".

10 LAFAILLE, Héctor y Alterini, Jorge H. Ob. cit., pág. 726. Comentario del doctor Orelle, José M.

serie de actos que lo preceden: a) el negocio jurídico que legitima a las partes a exigir el cumplimiento de las prestaciones, y b) la entrega material del vehículo que otorga investidura de poder respecto del bien (generando principalmente efectos en la responsabilidad civil). La inscripción constituye la etapa final que integra la estructura configurativa del derecho real<sup>11</sup>.

Considerar que el registro del automotor es un registro de derechos constitutivo significa que el derecho real de dominio comienza a existir con la registración. Pero de ningún modo el registro atribuye el derecho en cabeza del adquirente, pues el mismo se origina a partir del negocio que lo precede y legitima a solicitar la inscripción a su favor (art. 15 del decreto ley N° 6582/58)<sup>12</sup>.

La inscripción *per se* no debe interpretarse como elemento único y suficiente, sino que integra una secuencia con los demás actos, en el que cada uno genera sus propios efectos. Pero además refuerza esta tesis su carácter no convalidante, pues la inscripción no subsana los vicios o defectos que el acto pudiere adolecer<sup>13</sup>.

Si bien como regla general, la mayoría de las veces el título al dominio carece de vocación registral, este principio reconoce su excepción en la propiedad fiduciaria, pues este supuesto requiere necesariamente la incorporación del contrato de fideicomiso, pues como se analizará a continuación, determina el carácter fiduciario de la propiedad y la legitimación para obrar de su titular.

### Régimen legal del contrato de fideicomiso

El fideicomiso es un contrato típico o nominado, contemplado en el Libro Tercero, Título IV, Capítulo 30 del CCyC (art. 1666 y sgts.). Ello significa que, para su constitución, la autonomía de la voluntad encuentra ciertos límites en su creación, dado que quienes pretendan celebrar un contrato de fideicomiso deberán ajustarse a las prescripciones que ella contiene.

Se trata de un principio de especialidad y determinación que importa que los distintos elementos esenciales de una relación jurídica deben estar determinados o ser determinables, de lo contrario no existirá relación jurídica<sup>14</sup>.

---

11 LAFAILLE, Héctor y Alterini, Jorge H. Ob. cit., pág. 735. Comentario del doctor Orelle, José M.

12 Ídem nota 9.

13 Suprema Corte de Mendoza, Sala I, 2-10-1999, autos "Martínez Jorge c. Altavilla Alfredo" (LL, 1997-D-823:39.599-S): "Si bien el registro del automotor es constitutivo pues el dominio se adquiere por la inscripción, ello no significa que sea convalidante y subsane los defectos de los que adolece según las leyes (...) el hecho de la inscripción no implica que los terceros interesados estén impedidos de invocar el vicio de simulación que afecta al acto causa de la misma".

14 MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Contrato de Fideicomiso. Derecho Notarial Registral e Inmobiliario. Doctrinas Magistrales*, T. V, pág. 1285.

Los elementos del tipo contractual surgen del art. 1667 CCyC. De manera tal que la ausencia de alguno de estos elementos viciaría al contrato, provocando su nulidad congénita.

El citado artículo prescribe que el contrato deberá contener:

a) individualización de los bienes objeto del contrato. Continúa diciendo la norma que, de no ser posible su individualización al tiempo de su otorgamiento, deberá contener la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes;

b) determinación del *modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso, en su caso*;

c) el plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria;

d) la identificación del beneficiario, o la manera de determinarlo, conforme con el art. 1671;

e) el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso, con indicación de los fideicomisarios a quienes deben transmitirse o la manera de determinarlo conforme con el art. 1672;

f) los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare<sup>15</sup>.

Además el contrato deberá contener otras previsiones que permitan regular adecuadamente los derechos y obligaciones a cargo de cada sujeto, tales como: los derechos y obligaciones del fiduciante y del beneficiario, las eventuales prestaciones a ser efectuadas por el fiduciante o por el fiduciario y las condiciones para su exigibilidad, las cláusulas sancionatorias por incumplimiento, los cláusulas respecto a la mora y a la determinación de la competencia elegida, la descripción detallada y precisa del objeto del fideicomiso, lugar de cumplimiento de las obligaciones, etc.<sup>16</sup>. Aspectos que caen bajo la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

### Forma del contrato

El contrato puede constituirse por acuerdo de voluntades o por testamento, rigiendo para cada supuesto las formalidades que le son propias.

La forma se encuentra regulada por el art. 1669 CCyC, que agrega como nota novedosa la necesidad de su inscripción en el registro público que corresponda.

---

15 A diferencia del art. 4º de la ley Nº 24.441, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación agrega como requisito esencial tipificante la identificación del beneficiario o la manera de determinarlo.

16 LAFAILLE, Héctor y Alterini, Jorge H. Ob. cit., pág. 1317. Comentario del doctor Orelle, José M.

## Derecho Registral

Cuando se constituya por acuerdo de voluntades, rige el principio de libertad de formas (pudiendo celebrarse por instrumento público o privado). Sin embargo, cuando se refiere a bienes cuya transmisión deba ser celebrada por instrumento público, deberá también observarse tal formalidad para su celebración. Si la incorporación de tales bienes es posterior al contrato de fiducia, deberá transcribirse íntegramente su contenido en tal oportunidad.

Cuando se constituya por testamento, deberá ser hecho en alguna de las formas previstas por el art. 2472 y sgts. CCyC.

### **Sujetos: fiduciante. Fiduciario. Beneficiario. Fideicomisario**

A diferencia de la anterior regulación, el nuevo Código Civil y Comercial, a partir de los arts. 1671 y sgts., regula expresamente la situación jurídica del beneficiario, del fideicomisario y del fiduciario, sobre todo en caso de varios fiduciarios, consagrándose su responsabilidad solidaria, pudiendo actuar en forma indistinta o conjunta, según determinación convencional. De acuerdo al art. 1674, para el supuesto de actos de disposición o gravamen, se configura un condominio y deben ser otorgados por todos en forma conjunta, excepto pacto en contrario.

Son sujetos necesarios para su otorgamiento el fiduciante y el fiduciario. Ellos exteriorizan el consentimiento contractual, dando vida a la relación jurídica y determinando en ella las bases sobre las cuales se estructurará el negocio fiduciario, la finalidad del contrato, el plazo o condición al que estará sujeto, la individualización de los demás sujetos, sus derechos y obligaciones, y demás previsiones convencionales que, en base a la autonomía de la voluntad, establezcan.

Especialmente el fiduciante individualizará al beneficiario y al fideicomisario (destinatario final de los bienes al tiempo de la extinción del contrato).

Estos últimos, beneficiario y fideicomisario, no son parte en el contrato, es decir no lo otorgan *ab initio*, no obstante deben estar individualizados. Inclusive pueden o no existir al tiempo de su celebración, bastando en tal caso que se hagan constar los datos que permitan su individualización futura.

También se incorpora como novedad que el fiduciario pueda revestir el carácter de beneficiario, con la única limitación que resulta del art. 1673, es decir que debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato. Es importante advertir esta nueva incorporación dado que en la práctica encontraremos supuestos de autocontratación, es decir, en los que el fiduciario adquiera bienes que integren el patrimonio de afectación en carácter de beneficiario con motivo del negocio fiduciario que así lo consagre<sup>17</sup>.

---

17 El art. 1672 establece la prohibición de constituirse en fideicomisario.

Asimismo el fiduciante puede establecer más de un beneficiario o fideicomisario (los que salvo disposición en contrario se beneficiarán en partes iguales). También puede prever sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte de los originarios establecidos en el contrato.

La relación jurídica que vincula al fiduciante con el beneficiario y con el fideicomisario constituye, en esencia, una *estipulación a favor de terceros*. El beneficiario y fideicomisario que aceptan la estipulación efectuada a su favor adquieren una posición jurídica en el contrato y por tal motivo se encuentran legitimados, en el primer caso, a exigir los beneficios de la administración, y en el segundo caso, a exigir la entrega de los bienes al producirse la extinción<sup>18</sup>.

Ambos sujetos adquieren legitimación activa para exigir rendición de cuentas al administrador fiduciario y para articular todas las acciones o medidas conservatorias para sus derechos.

Los roles subjetivos del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario pueden coincidir. Asimismo cualquiera de los sujetos puede ser una persona humana o jurídica (a excepción de los fideicomisos financieros en los que sólo podrán actuar como fiduciario las entidades financieras debidamente habilitadas y las personas jurídicas autorizadas por la Comisión Nacional de Valores).

El contrato posee una dinámica particular, especial en él, respecto de los roles subjetivos del fiduciante, beneficiario y fideicomisario, y sus derechos emergentes en el contrato. Esta dinámica, consagrada en el art. 1671 CCyC, consiste en un sistema de reemplazos previstos en la ley, para el caso de no aceptación, ausencia o renuncia de los derechos correspondientes al beneficiario o fideicomisario.

Bajo esta dinámica el patrimonio de afectación *no se confunde* con el patrimonio personal de los demás sujetos y, cumplido el plazo o condición que extingue el contrato, los bienes deben ser entregados a la persona establecida en el contrato: al fideicomisario o a quien por vía contractual o, en defecto de ella por determinación legal, lo sustituya en sus derechos.

En igual sentido, la muerte del fiduciario no produce el ingreso de los bienes fideicomitados al acervo hereditario, sino que será causal de activación de los mecanismos de sustitución previstos en el contrato (debe ser reemplazado por el fiduciario sustituto).

Finalmente resta señalar que los derechos del beneficiario pueden transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo que se hubiere pactado lo contrario.

---

18 El art. 1681 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece que, para recibir las prestaciones del fideicomiso, el beneficiario y el fideicomisario deberán manifestar su aceptación expresa.

### El patrimonio de afectación

Constituye el principal efecto del contrato de fideicomiso, que consiste en generar un patrimonio separado del fiduciario y del fiduciante, afectado al cumplimiento de los fines establecidos en el contrato (arts. 1682 CCyC y sgts.).

Los bienes que integran el patrimonio de afectación quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciante y del fiduciario, respecto de las deudas que no reconozcan su causa en el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

El sistema jurídico ha concebido la existencia de un patrimonio de afectación en miras al cumplimiento del fin determinado en el contrato<sup>19</sup>, que no es sujeto de derecho. Dicho patrimonio pertenece a un sujeto (persona humana o jurídica) denominado “fiduciario”, quien adquiere la propiedad o titularidad de cada bien que lo integra, con carácter temporal (sujeto al plazo o condición).

La legislación vigente posibilita la adquisición fiduciaria de toda clase de bienes: muebles, inmuebles, derechos, universalidades, excepto herencias futuras<sup>20</sup>.

El art.1667 exige tan solo que el objeto sea determinable de modo tal que, si se tratara de bienes fungibles o indeterminados, será necesario establecer claramente las características que lo definan para su correcta individualización.

La transmisión de los bienes fideicomitidos, en cabeza del fiduciario, requiere observar los requisitos legales propios de la naturaleza de los mismos. Si se trata de inmuebles: título suficiente, modo (tradición) e inscripción. Si se trata de automotores: inscripción constitutiva.

El patrimonio de afectación estará integrado, entonces, por los bienes que transmita el fiduciante como así también por aquellos otros que el fiduciario adquiera por reinversión o reemplazo de los bienes fideicomitidos (arts. 1667, incs. a y b, y 1684). Esta facultad no deberá surgir de manera expresa en el contrato, por el contrario, constituye una facultad atribuida por ley. Esto constituye también un cambio significativo, puesto que salvo estipulación en contrario, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos, y de los que adquiera con su reemplazo o por subrogación real, debiéndose dejar constancia de ello en el título de adquisición y en los registros respectivos.

---

19 Tan es así que, en el afán de proteger la existencia de ese patrimonio, el art. 1679 CCyC prevé la posibilidad de su subsistencia frente a la cesación del fiduciario, contemplando mecanismos de sustitución por vía contractual o, en su defecto, por imposición legal.

20 Art. 1670: “Objeto. Pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentren en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras”.

Por lo tanto, si se quiere limitar esta facultad deberá constar en forma expresa. Si nada se dice, se encuentra facultado<sup>21</sup>.

### **El dominio fiduciario**

Este aspecto supone centrarse en las relaciones reales que genera el fideicomiso, es decir, la relación del fiduciario con las cosas, muebles o inmuebles que integran el patrimonio de afectación.

El dominio constituye un derecho real de carácter absoluto, exclusivo y perpetuo sobre una cosa determinada.

El dominio fiduciario participa de todas estas características, a excepción del carácter perpetuo, pues su titular lo detentará hasta el cumplimiento del plazo o de la condición que producirá su extinción<sup>22</sup>.

Producida la causal de extinción del contrato, en consecuencia nace la obligación del fiduciario de entregar los bienes a la persona designada (fideicomisario), quien tendrá legitimación entonces para exigir su cumplimiento. En el caso de los automotores, deberá exigir la transferencia constitutiva del dominio a su favor.

El contrato constituye título al dominio fiduciario, y define la posición jurídica del titular fiduciario con respecto a los bienes fideicomitidos, en especial las facultades de uso y goce y los actos de administración y disposición sobre los mismos.

Como señala KIPER: "En líneas generales cabría decir que las facultades del titular del dominio fiduciario son casi las mismas que las del dominio pleno o perfecto, pues la diferencia principal radica en la perpetuidad de éste último, mientras que el primero es temporario".<sup>23</sup>

En cuanto a las facultades de administración, se debe considerar que el dueño fiduciario, aunque temporalmente, es el verdadero y único dueño de la cosa, por lo que debe reconocérsele amplias facultades<sup>24</sup> de uso y goce.

---

21 Art. 1684: "Registración. Bienes incorporados. Si se trata de bienes registrables, los registros correspondientes deben tomar razón de la calidad fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario. Excepto estipulación en contrario del contrato, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de los bienes que adquiera con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes, debiéndose dejar constancia de ello en el título para la adquisición y en los registros pertinentes".

22 ORELLE, José M. "Financiación de emprendimientos inmobiliarios", Suplemento especial emprendimientos inmobiliarios, La Ley on line: "...la transmisión de dominio fiduciaria no origina una desmembración del dominio. La adquisición del fiduciario, que es la de un dominio imperfecto, significa que el mismo está sujeto a plazo o condición que operan como una limitación de naturaleza personal".

23 KIPER, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio V. *Tratado de Fideicomiso*, 2º edición, Lexis Nexis - Depalma, Buenos Aires, 2005, pág. 227.

24 *Ibidem*, pág. 231.

En cambio, respecto del ejercicio de actos de disposición, la ley establece tres posibles limitaciones: a) las que convencionalmente se hubieren establecido en el contrato; b) que el acto a otorgar responda a los fines del fideicomiso; y c) que se requiera el consentimiento del fiduciante o beneficiario<sup>25</sup>. Todo ello según lo prescrito en el art. 1688 que establece que el fiduciario "... puede disponer o gravar los bienes fideicomitados cuando lo requieran los *fines* del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario. El contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, las que, en su caso, *deben ser inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables*. Dichas limitaciones no son oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario"<sup>26</sup>.

Esta particular circunstancia ha llevado a un importante sector de la doctrina a considerar que se ha consagrado un nuevo derecho real<sup>27</sup>.

Pues tanto en su constitución como en el ejercicio de la propiedad fiduciaria, debe estarse al contenido de la ley y del contrato que lo origina.

En su carácter de titular del dominio imperfecto, posee legitimación para ejercer todas las acciones tendientes a la defensa de los bienes fideicomitados<sup>28</sup>.

El nuevo Código Civil y Comercial además ordena inscribir en los registros respectivos las restricciones o limitaciones impuestas en el contrato procuran-

---

25 *Ibidem*, pág. 229. "Como se puede observar, las amplias facultades que suelen corresponder al dueño de una cosa (...) encuentran ahora tres posibles limitaciones: a) lo que se hubiere pactado expresamente en el contrato; b) los fines del fideicomiso; y c) la necesidad del consentimiento del fiduciante o del beneficiario".

26 Art. 1688. Éste artículo debe ser considerado en consonancia con el art. 1703: "Excepciones a la normativa general. El dominio fiduciario hace excepción a la normativa general del dominio y, en particular, del dominio imperfecto en cuanto es posible incluir en el contrato de fideicomiso las limitaciones a las facultades del propietario contenidas en las disposiciones del Capítulo 30 y del presente Capítulo". Art. 1704: "Facultades. El titular del dominio fiduciario tiene las facultades del dueño perfecto, en tanto los actos jurídicos que realiza se ajusten al fin del fideicomiso u a las disposiciones contractuales pactadas".

27 Postura sostenida por autores como el doctor José María Orelle, quien considera que estamos en presencia de un nuevo derecho real consagrado por una ley especial en virtud del cual las facultades de disposición son excepcionales y tan solo puede hacerlo si se le confiere esa facultad en el contrato y siempre teniendo en cuenta que lo requiera la finalidad del contrato. En igual sentido Lamber, Néstor D.; Armella, Cristina N.; Ruiz de Erenchun, Alberto; entre otros.

28 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 07/12/2005, autos: "Seguro de Depósito c. Antoniazzi Pablo I. y otros", DJ 29/03/2006, 829, cita online: AR/JUR/7411/2005. "Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción (...) incoada por la sociedad comercial que ostenta un dominio fiduciario (...) pues, si bien este tipo de dominio es imperfecto, revocable, y no permanente, el fiduciario se encuentra legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitados, tanto contra terceros como contra el beneficiario".

do dar publicidad y por lo tanto oponibilidad a terceros. Considera que sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria regida por las disposiciones específicas del contrato de fideicomiso y por las que correspondan a la naturaleza de los bienes (art. 1682). Además consagra el criterio sostenido por la doctrina señalada en cuanto establece que las limitaciones impuestas en el contrato definen la posición jurídica del fiduciario en relación al ejercicio del dominio fiduciario<sup>29</sup>, especialmente en lo que hace a las facultades dispositivas, pues establece que tiene las facultades del dueño perfecto en tanto los actos que realice se ajusten al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas<sup>30</sup>.

### **Situaciones jurídicas contempladas en el Digesto de Normas Técnico Registrales**

Antes de la vigencia del nuevo CCyC, el digesto de normas registrales, específicamente en el capítulo de transferencias (Sección 11 del Título II, Capítulo 2), regulaba bajo el título "Transferencia en dominio fiduciario" la transmisión del automotor del fiduciante al fiduciario, a título de aporte al patrimonio de afectación.

Tras la sanción del nuevo código, se adecuó la sección y se incorporaron algunas cuestiones que habían sido omitidas tales como el condominio fiduciario, la posibilidad de que las partes del contrato estuvieran determinadas o fueran determinables, la regulación del fideicomiso testamentario, la sustitución del fiduciario, la publicidad de las limitaciones a las facultades dispositivas, entre otras. Todas estas cuestiones encuentran regulación sólo en la parte pertinente a la transferencia (circunstancia que el profesional o registrador debe advertir dado que, en caso de inscripciones iniciales de automotores cero kilómetro o créditos prendarios, deberá acudir a esta parte del digesto normativo para poder aplicar el instituto correctamente).

Concretamente, para el supuesto de transferencia de dominio fiduciario, se deben cumplir los requisitos comunes a toda transferencia, pero además, los específicos de la figura tales como:

a) Consignar en el rubro observaciones del formulario "08" la leyenda "Dominio fiduciario" (art. 2°).

29 Art. 1702: "Normas aplicables. Son aplicables al dominio fiduciario las normas que rigen los derechos reales en general y, en particular, el dominio previstas en los Títulos I y III del Libro Cuarto de este Código". Artículo 1703: "Excepciones a la normativa general. El dominio fiduciario hace excepción a la normativa general del dominio y, en particular, del dominio imperfecto en cuanto es posible incluir en el contrato de fideicomiso las limitaciones a las facultades del propietario contenidas en las disposiciones del Capítulo 30 y del presente Capítulo".

30 Art. 1704: "Facultades. El Titular del dominio fiduciario tiene las facultades del dueño perfecto, en tanto los actos jurídicos que realiza se ajusten al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas".

b) Se deberá acompañar el contrato de fideicomiso (y una copia para incorporar al legajo o copia certificada ante notario). El art. 3° prescribe que el registrador "...controlará que el contrato contenga cuanto menos: a) la individualización del bien o la descripción de los requisitos y características que deban reunir; b) la identificación de las partes o la manera de determinarlas conforme al art 1671; c) el plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, que no podrá tener más de treinta (30) años contados desde su inscripción, salvo que el beneficiario fuere incapaz o con capacidad restringida, en cuyo caso podrá durar hasta su muerte o hasta el cese de su incapacidad o restricción a su capacidad; d) el destino de los bienes a la conclusión del fideicomiso y e) los derechos y obligaciones del fiduciario y modo de sustituirlo"<sup>31</sup>.

c) Si el fideicomiso se constituye por testamento, debe contener al menos los requisitos esenciales que emanan del art. 1667. Se presentará la solicitud tipo "08" como minuta, suscripta por el juez o por quien este autorice, acompañándose testimonio del testamento y oficio ordenando la inscripción del bien al fiduciario.

d) El art. 5° dictamina: "Si resultare procedente la inscripción de la transferencia de acuerdo a las normas (...) y el contrato contuviese los elementos indicados en el art. 3°, se inscribirá el dominio fiduciario a favor del fiduciario, siempre que las partes y objeto del contrato, concuerden con los firmantes de la Solicitud Tipo "08" y con el automotor en ella individualizado. Si se nombran varios fiduciarios, se configura un condominio en función de lo previsto en el art. 1674, los actos de disposición deben ser otorgados por todos conjuntamente, excepto pacto en contrario (...) Se dejará constancia en el Título y en la Hoja de Registro del carácter de dominio fiduciario del bien, y las limitaciones de las facultades a la disposición de los bienes -si las hubiere- el que se hará constar en los certificados, informes y respuestas a oficios judiciales o administrativos que el Registro expida"<sup>32</sup>.

e) El art. 6° reproduce el contenido del art. 1688 CCyC que regula los actos de disposición o gravamen, y agrega que cuando se requiera el consentimiento de alguna de las partes este deberá formalizarse en hoja simple con firma certificada o en la forma prevista en el contrato<sup>33</sup>.

---

31 Título II, capítulo 2, sección 11, art. 3°, Digesto de Normas Técnico Registrales.

32 Título II, capítulo 2, sección 11, art. 5°, Digesto de Normas Técnico Registrales. Cabe señalar que con anterioridad a la adecuación del digesto registral se había omitido la referencia al asiento y a la publicidad de las limitaciones de las facultades dispositivas emergentes del contrato, aspecto que es objeto de crítica en la presente ponencia.

33 Título II, capítulo 2, sección 11, art. 6°, Digesto de Normas Técnico Registrales. "El fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitados cuando lo requieran los fines

f) El art. 7° regula el procedimiento en caso de extinción, y se reproduce el contenido de los arts. 1697 y 1698 CCyC, al extremo de incorporar cuestiones relativas a la oferta pública en el supuesto de fideicomisos financieros (que no tiene ningún punto en común con esta materia). Se reglamentó que si la extinción operara por cualquier otra causa, esta deberá acreditarse por instrumento público, declaración jurada de las partes con firma certificada ante notario u orden judicial. En tales casos deberá transferirse el automotor al fideicomisario, mediante el empleo de una solicitud tipo "08" sin aclarar si deberá darse cumplimiento a los demás recaudos exigibles para una transferencia común (formulario C.E.T.A., verificación física, etc.). Se elimina la anterior regulación que disponía que, frente al fallecimiento del fideicomisario, debía efectuarse la transferencia a los sucesores con orden judicial que así lo dispusiera (dado que ante tal supuesto, claramente, aplicarán los mecanismos de reemplazo previstos en el contrato).

g) El art. 8° es prácticamente transcripción fiel del art. 1678 CCyC que regula las causales de cese del fiduciario. En tanto que el siguiente art. 9° dispone el modo en que tales causales deberán ser acreditadas en sede registral. Respecto de aquellas ventiladas en sede judicial (tales como remoción o cese de capacidad), deberán presentarse las órdenes judiciales pertinentes. En caso de muerte, basta la presentación del certificado de defunción. Para el caso de disolución de la persona jurídica fiduciaria, la reglamentación exige su acreditación mediante constancia notarial (presumiendo que en este supuesto no basta sólo con la acreditación de documentación societaria, sino que además requerirá su calificación por escribano). Para el caso de renuncia, y siempre que estuviere previsto en el contrato, basta su acreditación con firma certificada ante notario. En todos los casos, en consonancia con lo que resulta del art. 1679, el nuevo art. 10 incorporado al digesto registral establece que el fiduciario sustituto es la persona designada en el contrato o cuya designación resulte del mecanismo en él establecido. Ambos extremos son susceptibles de calificación registral y por lo tanto objeto de análisis para su inscripción. A falta de previsión contractual, su designación deberá resolverse en sede ju-

---

del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario, salvo disposición en contrario del contrato de fideicomiso. El contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, las que, en su caso, deben ser inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables. Dichas limitaciones no son oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario. Si en el contrato se hubiere establecido que la transferencia del dominio o la prenda del bien debe ser autorizada por el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario, se requerirá el consentimiento de dicha persona expresado en hoja simple con firma certificada o en la forma prevista en el contrato".

dicial. En todos los casos la petición de sustitución que motivará el cambio de titularidad de los bienes registrables deberá realizarla el nuevo fiduciario, acreditando debidamente la causal que lo legitime a solicitar la inscripción a su favor, consignando en el rubro observaciones de la Solicitud Tipo "08", "Sustitución de Fiduciario".

h) Finalmente el recientemente incorporado art. 11<sup>34</sup> dispone que cuando hubiese sido adquirido un automotor con fondos provenientes de frutos del fideicomiso o con el producido de bienes fideicomitados, el fiduciario deberá adjuntar, además del contrato de fideicomiso, una declaración jurada reconociendo el origen de tales fondos. Esta disposición, que entendemos que debe ser urgentemente modificada, prescribe un criterio contrario al que resulta del art. 1684 CCyC, puesto que le impone al registrador verificar que el fiduciario se encuentra expresamente facultado a realizar tales inversiones, debiéndose dejar de ello constancia en la hoja de registro.

### Crítica a la actual regulación

Confrontando la normativa registral vigente antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, se advertía que sólo se había regulado el procedimiento de inscripción del dominio fiduciario a título de aporte al fideicomiso. Se había contemplado una situación posible, dejándose fuera otros supuestos que en el ejercicio de la propiedad fiduciaria tendrían incidencia en el ámbito registral, tales como: la inscripción de créditos prendarios en cabeza de un acreedor fiduciario y la inscripción de automotores cero kilómetro. Tan solo a través de un párrafo, el último agregado al art. 10 de la Sección 11, del Título 2, Capítulo 2, que regulaba la transferencia de bienes al fiduciario sustituto, contemplaba la posibilidad de adquirir otros bienes con el producido de los

---

34 Título II, capítulo 2, sección 11, art. 10, Digesto de Normas Técnico Registrales. "Cuando el automotor hubiese sido adquirido con fondos provenientes de los frutos de un fideicomiso o con el producido de los bienes fideicomitados, y el adquirente revistiere el carácter de fiduciario en una relación jurídica, deberá acompañarse además de la documentación prevista en el art. 3 de esta Sección una declaración jurada en hoja simple, manifestando el origen de los fondos con los que se procedió a la adquisición. El Registro comprobará que esa adquisición estaba autorizada por el contrato, y, en su caso, dejará constancia en la Hoja de Registro, aclarando en el asiento de la adquisición que el bien fue adquirido con fondos provenientes de frutos o del producido de bienes fideicomitados". Entendemos que este artículo debe ser modificado y adecuado al criterio contrario, que surge del art. 1684 CCyC que establece: "Excepto estipulación en contrario del contrato, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitados y de los bienes que adquiere con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes, debiéndose dejar constancia de ellos en el título para la adquisición y en los registros pertinentes".

frutos o productos del fondo fiduciario. Resultaba ciertamente confusa la reunión, en un mismo artículo, de dos párrafos que regulaban situaciones jurídicas distintas.

Esta circunstancia generaba dudas acerca de su correcta aplicación: ¿debe ser interpretada en concordancia con los artículos anteriores? ¿Deberá entonces exigirse previamente la inscripción del automotor a nombre del fiduciante?

Además se incurría en una casuística que limitaba el ejercicio del derecho de propiedad y la autonomía de la voluntad de los particulares en celebración de este tipo de contratos. Pues se le exigía al usuario que del contrato resultaran: a) identificados los cuatro sujetos posibles de la figura legal (imponía que se consignen su datos de identidad que debían ser calificados por el registrador); b) que del mismo resultara la incorporación del automotor a título de aporte (debiendo estar inscripto el mismo a nombre del fiduciante); c) disponía que el plazo no podía durar más de treinta años contados desde su inscripción. Sin embargo, tales aspectos -que fueron objeto de crítica- actualmente han sido adecuados a la luz de la nueva legislación, considerando que los sujetos pueden estar determinados o ser determinables, lo mismo con respecto a los bienes que integren el fideicomiso, y al plazo que deberá contarse a partir de la fecha de su celebración. No se exige aún calificar que el contrato de fideicomiso se encuentre inscripto.

En otro orden de ideas, no se regula acerca del procedimiento a seguir cuando se trate de una prenda, y el acreedor prendario sea un acreedor fiduciario.

En lo que a la publicidad respecta, ubica en el capítulo de las transferencias el procedimiento a seguir para anotar, a través de informes o certificaciones, el carácter fiduciario del dominio<sup>35</sup>.

Sería de buena técnica incluirlo expresamente en el Capítulo VII, del Título II, que regula específicamente la emisión de informes, certificados y consultas de legajo. Además, y siguiendo la práctica registral asumida por la mayoría de los registros de la propiedad inmueble, sería conveniente dar publicidad también a los aspectos esenciales de la figura que determinan la posición jurídica del fiduciario en relación al dominio, así como también la buena fe de los terceros adquirentes. Dichos aspectos son el plazo o condición al que se encuentra sometido el dominio y las limitaciones a las facultades dispositivas, si las hubiera.

---

35 Título II, capítulo 2, sección 11, art. 5º, Digesto de Normas Técnico Registrales: “Si resultare procedente (...) se inscribirá el dominio fiduciario a favor del fiduciario (...) Se dejará constancia en el Título y en la Hoja de Registro del *carácter de dominio fiduciario del bien*, el que se hará constar en los certificados, informes y respuestas a oficios judiciales o administrativos que el Registro expida”.

## Derecho Registral

En este último sentido, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación incorpora la necesidad de inscribir tales limitaciones en los registros correspondientes (art. 1688).

Con respecto al supuesto de extinción del fideicomiso, la acreditación de las causales y la consecuente transmisión del dominio pleno a la persona designada en el contrato, la anterior regulación administrativa (vigente antes de la sanción del nuevo CCyC) incurría en una casuística inapropiada, puesto que mandaba a transferir el bien al fideicomisario o a sus sucesores. Este supuesto constituye una hipótesis posible, pero no la única. Es el contrato el que debe prever qué sucederá con los bienes al momento de la extinción, cualquiera sea la causa, puesto que, en caso de fallecimiento de alguna de las partes, el contrato podría haber previsto quién será el destinatario final (pudiendo volver inclusive al fiduciante originario).

Respecto de la acreditación de la causal de extinción, fuera del supuesto de vencimiento por cumplimiento del plazo legal o convencional, debería prescribirse su acreditación por instrumento público o privado, según haya sido constituido el fideicomiso por escritura pública (en este sentido aplicaría el principio de accesoriedad dispuesto por el art. 1017, inc. c, CCyC), o por instrumento privado con firmas certificadas.

En lo que respecta a las causales de cesación del fiduciario, resulta de cierta imprecisión la relativa a la disolución de la sociedad fiduciaria. La forma jurídica de acreditación, más que una "constancia notarial", debería ser la constancia de inscripción ante el organismo de contralor correspondiente a las personas jurídicas. Ello así toda vez que es el organismo encargado de ejercer el control de legalidad sobre los mismos, previo a tomar razón. La constancia notarial, en este sentido, resultaría insuficiente si de la misma no surge su inscripción en dicho organismo. Si bien tales inscripciones no son de carácter constitutivo, lo cierto es que el control de legalidad que efectúan sobre los instrumentos con vocación registral contribuyen a afianzar la seguridad jurídica en el tráfico negocial. Los actos inscriptos adquieren oponibilidad y apariencia de legalidad, aspectos que inciden en la buena fe de los terceros interesados.

La causal de cesación por renuncia del fiduciario, cuya acreditación debe ser efectuada por instrumento privado con firmas certificadas, merece la misma observación que la señalada anteriormente. Es decir, si el contrato se constituyó por instrumento público, debería cumplirse con el principio de accesoriedad del art. 1184 CC y en tal caso acreditarse por instrumento de igual naturaleza. Pero además, dada la trascendencia que tiene dicho acto jurídico, habría que analizar el contenido del contrato y, en definitiva, que para su acreditación se dé cumplimiento a los mecanismos dispuestos por las partes. Por lo general, se requerirá la aceptación de la renuncia por alguno de los otros sujetos del contrato.

### **Análisis de algunas situaciones jurídicas registrables. La propiedad fiduciaria en el registro del automotor**

Como principio general, tienen vocación registral todas aquellas situaciones jurídicas que tengan por objeto un automotor, especialmente cuando de inscribir el dominio se trate. Pero también por la especialidad del régimen y la competencia que detenta el registro del automotor en materia de créditos prendarios, tienen vocación registral los contratos prendarios sobre cosas muebles no registrables y sus endosos.

De acuerdo a lo prescripto por los arts. 1682 y 1683 CCyC, la *propiedad fiduciaria* que resulte del contrato de fideicomiso deberá inscribirse en los registros respectivos, y tratándose de automotores o créditos prendarios, deberá realizarse en los seccionales competentes.

La ley refiere a *propiedad fiduciaria*, concepto abarcativo del dominio. Por lo tanto, el conjunto de bienes y cosas transmitidas por el fiduciante (comprendiva de créditos) o adquiridas por el fiduciario en ejercicio del contrato, son susceptibles de integrar el patrimonio de afectación, pudiendo tener, según su naturaleza, vocación registral<sup>36</sup>.

En consecuencia, la reglamentación debería prever el procedimiento que el registrador deberá tener en cuenta en la calificación de los documentos, aplicándose las normas registrales vigentes *según la naturaleza del derecho que se peticione*, y en especial, las que se dictaminen en un capítulo especial, cuando se trate de bienes fiduciarios<sup>37</sup>.

En este orden de ideas, debería incorporarse al digesto normativo un capítulo especial relativo a "la propiedad fiduciaria" que remita al cumplimiento de las normas específicas al derecho peticionado, *pero además, exigiendo el cumplimiento de procedimientos específicos de la propiedad fiduciaria, tales como:* la presentación del contrato de fideicomiso para agregar su copia al legajo, la inscripción del plazo o condición a la que se sujeta la propiedad fiduciaria, las restricciones impuestas al fiduciario para disponer o gravar bienes fideicomitidos, la indicación expresa en la hoja de registro y título del automotor de que se trata de un dominio o propiedad fiduciaria, entre otros.

En atención a la particular consideración que se le ha dado a los bancos y entidades financieras en materia de créditos prendarios (especialmente exi-

36 "Aspectos registrales de la Ley 24.441", Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 21 de noviembre de 1995. Exposición del escribano Horacio M. Vaccarelli, Director del Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal.

37 En este sentido el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación prescribe: "Artículo 1682. Propiedad fiduciaria. Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria, regida por las disposiciones de este Capítulo y por las que correspondan a la naturaleza de los bienes".

## Derecho Registral

miéndolas de la obligación de certificar sus firmas en los contratos prendarios y posteriores modificaciones), cabría reflexionar si correspondería exigírseles que, cuando actúen como fiduciarias de un fideicomiso financiero, adjunten el contrato individualizando los aspectos relevantes que venimos señalando. Este aspecto se desarrollará más adelante.

### **La inscripción inicial del dominio fiduciario (cero kilómetro)**

A estas instancias del desarrollo de la presente ponencia, pareciera no haber dudas acerca de que el dominio fiduciario puede recaer tanto sobre un automotor cero kilómetro como sobre un automotor usado, independientemente de que el fiduciante sea o no su titular originario.

Pues el contrato puede prever la forma en que otros bienes integrarán el patrimonio, así como también facultar al fiduciario a disponer de los frutos o productos de los bienes fideicomitados adquiriendo otros bienes. Sin embargo, dada la importancia de la figura, amerita su regulación de manera expresa. Especialmente cuando se trata de justificar la compra de la unidad cero kilómetro con la factura emitida por el concesionario.

Debería permitirse que el fiduciario justifique su legitimación con la factura de compra de la unidad extendida a su nombre o, indistintamente, a nombre del fideicomiso.

La factura constituye un documento de naturaleza comercial que acredita la compra de un producto o la prestación de un servicio. En el caso concreto, es el documento que prueba la compra de la unidad.

La emisión de la factura que legitima al petitionerario de la inscripción inicial constituye, en esencia, el cumplimiento de una obligación tributaria. Es un elemento relevante para acreditar la existencia de la relación comercial, pero no constituye en sí misma un contrato.

Desde el punto de vista fiscal, el patrimonio de afectación constituye para el fisco un sujeto de derecho tributario individualizado con una clave de identificación, constituyendo obligación del fiduciario llevar una cuenta de orden separada respecto de los bienes que administra (a través de la cual cumplirá con las obligaciones tributarias que la administración devengue).

Esta particular circunstancia impone que deba tenerse en cuenta que la factura que justifique la compra de la unidad se emita a nombre del fiduciario o del nombre asignado al patrimonio de afectación, pero bajo la clave de identificación tributaria de este último.

Sin embargo, esta circunstancia no debe crear confusión respecto de su inscripción. Toda vez que la titularidad de cada bien registrable que integra el fondo fiduciario debe inscribirse a nombre de la persona física o jurídica que lo administra, la titularidad registral recaerá en esta última (fiduciaria), debiendo

ser individualizada con todos sus datos personales (si es persona física: nombre y apellido, DNI, CUIT, etc., lo mismo si es persona jurídica: denominación, estatuto social, inscripción en personas jurídicas, etc.); aplicándose en tal caso los principios generales en materia de inscripción inicial (acreditación de domicilio, capacidad, etc.)<sup>38</sup>.

### **Crítica a la postura negatoria**

Existe una postura, avalada por algunos dictámenes de la dirección nacional, que considera únicamente posible inscribir el dominio fiduciario de automotores cuando el transmitente sea el fiduciante y registre inscripto previamente el automotor a su nombre<sup>39</sup>.

Esta tesis vulnera principios fundamentales de derecho, tales como la libertad de contratación y el ejercicio del derecho de propiedad, toda vez que impide al fiduciario adquirir automotores nuevos. Además importa colocar literalmente a los automotores cero kilómetro fuera del comercio respecto de los actos celebrados en el ejercicio de la propiedad fiduciaria, situación que importa un contrasentido con el espíritu de la ley 24.441 que originó la regulación originaria del instituto en la República Argentina, y que procuraba fomentar el comercio y la inversión.

Como ya fuera analizado, el patrimonio de afectación estará integrado no sólo por el aporte inicial de los bienes que realice el fiduciante (que desde luego es necesario), sino también por la incorporación de otros bienes. Ya sea que estos ingresen por subrogación real con los fideicomitidos, o por la inversión de frutos, o por nuevos aportes que con posterioridad pudiere efectuar el fiduciante.

La ductilidad de la figura permite adecuarla a negocios diversos y que los contratantes convengan libremente el mejor modo de integrar el fondo fiduciario: ya sea que los bienes que lo integren se individualicen *ab initio*, o bien que ingresen con posterioridad. Todo bajo el principio de autonomía de la voluntad que permite a las partes, en el ejercicio de su derecho de propiedad, disponer el mejor modo de integrar el patrimonio de afectación para alcanzar los fines del contrato.

Como desarrollamos al inicio del presente trabajo, el efecto jurídico que produce la inscripción de un automotor es el nacimiento del derecho de propiedad (dominio en cabeza del adquirente).

---

38 Art. 1684: "Registración. Bienes incorporados. Si se trata de bienes registrables, los registros correspondientes deben tomar razón de la calidad fiduciaria de la propiedad *a nombre del fiduciario*...".

39 BORELLA, Alberto O. *Fideicomiso y Leasing sobre automotores*, impreso en Talleres Gráficos de Formularios Carcos S.R.L., Capital Federal, 1998, pág. 22.

## Derecho Registral

Ello no significa que el negocio causal que da origen a la mutación real no exista, la realidad es que la mayoría de las veces dicho título no se inscribe, pues así lo ha dispuesto el sistema vigente. Sin embargo, ningún sistema registral se presenta en absoluta pureza. Pues reconoce excepciones tales como la propiedad fiduciaria, en el que necesariamente el título adquiere vocación registral.

El registro no atribuye la propiedad en cabeza del adquirente, sino que le otorga eficacia real a la transmisión nacida de un negocio (título en sentido material) que en el caso del dominio fiduciario adquiere vocación registral. Es decir, con la inscripción, el automotor se incorpora con eficacia al patrimonio fiduciario. Antes de ello, las relaciones que se generen sobre el automotor serán de corte personal (obligación de transferir, de entregar el automotor, de pagar el precio, etc.).

La naturaleza imperfecta o fiduciaria del dominio no se la imprime la inscripción en el registro (pues la inscripción no atribuye el derecho), sino el negocio fiduciario que constituye su título. Dicho título determina la posición jurídica en la que se encuentra el adquirente (fiduciario) respecto de la propiedad fiduciaria, circunstancia que debe ser objeto de calificación registral.

En el ejercicio de la propiedad fiduciaria, su titular ha de contratar con terceros, ha de realizar inversiones, quizá el fiduciario pueda contratar préstamos o bien prestar dinero a fin de percibir los intereses, etc. Este derecho a contratar libremente, que impacta sobre el negocio fiduciario y el patrimonio de afectación, no puede ser vulnerado so pretexto de interpretar que el dominio fiduciario nace a partir de la transmisión que realice el propietario que detente dominio pleno<sup>40</sup>.

El carácter fiduciario del dominio se adquiere, entonces, no sólo por el aporte inicial del fiduciario, sino también como consecuencia del ejercicio de la propiedad fiduciaria. Supuesto en el que adquiere relevancia el análisis del *pactum fiduciae* que determinará su legitimación para realizar el acto.

Además deberá tenerse en cuenta que, según el tipo de fideicomiso de que se trate, la dinámica del patrimonio fiduciario va a ser distinta (ya sea de administración, inversión o de garantía, etc.). En atención a que el fiduciante puede aportar todo tipo de bienes (muebles o créditos) al patrimonio fiduciario, la cesión de factura (ya sea por el fiduciante aportante o un tercero, a favor del fiduciario) sobre un automotor nuevo constituye un supuesto posible que otorgaría legitimación al fiduciario para petitionar la inscripción de un automotor a su favor.

---

40 *Ibidem*, pág. 22: "...si se trata de lo pactado en el contrato de fideicomiso no existe posibilidad legal de que, respecto a un automotor que hubiera sido adquirido por el fiduciante pero sin inscribirlo, pudiera el mismo transmitir el dominio fiduciario, desde que carece del dominio pleno".

Afortunadamente a través de la disposición DN 353, emitida con fecha 3 de agosto de 2015, se modificó el criterio originario de la Dirección Nacional adecuándose el digesto registral y se legisló *a contrario sensu* de los primeros dictámenes que consagraban la postura criticada, permitiendo la inscripción inicial de automotores como dominio fiduciario (Título II, Capítulo I, Sección 17).

### **El fiduciario como acreedor o deudor prendario**

Este supuesto no ha sido tratado por el digesto normativo. No obstante, y en atención al análisis desarrollado, también en estos casos deberían aplicarse los lineamientos especiales para la inscripción de la propiedad fiduciaria (justificar la legitimación del fiduciario con el contrato de fideicomiso, inscribir el derecho a nombre del titular que reviste el cargo de fiduciario, consignando sus datos de individualización, CUIT, etc.). Nunca se tomará razón a nombre del fideicomiso, pues no reviste el carácter de sujeto de derecho. Deberá asentarse además que se trata de propiedad fiduciaria.

Consideración especial merece el supuesto del acreedor que revistiera el carácter de entidad financiera o estatal. Pues a ellos la Dirección Nacional los exime de certificar firmas o acreditar personería, en los trámites de inscripción de prenda y sus posteriores modificaciones<sup>41</sup>. Sin embargo, cuando intervengan invocando una administración fiduciaria en salvaguarda de la seguridad jurídica, convendría cuanto menos se les exija que, bajo declaración jurada, indiquen los elementos esenciales del contrato tales como: individualización del contrato (datos del instrumento o escritura de constitución), indicación del plazo o condición, declaración de que se encuentran debidamente facultados para realizar el acto y que el mismo responde a los fines del fideicomiso, etc.

### **Calificación de las facultades dispositivas del fiduciario**

El fiduciario interviene en la gestión, administración y disposición de los bienes que integren el patrimonio de afectación. Todos los actos que realice los ejercerá a nombre propio, es decir como verdadero propietario, pero bajo ciertas limitaciones: a) las restricciones dispuestas en el contrato (por ejemplo, necesidad de consentimiento del fiduciante para disponer o gravar); b) las finalidades del fideicomiso (art. 1688 CCyC).

---

41 Título II, capítulo XIII, sección 2, art. 1º, inc. g), Digesto de Normas Técnico Registrales: "No se exigirá certificación de firmas en los contratos de prenda y trámites posteriores en los que el acreedor sea el Estado, sus reparticiones autárquicas y los bancos y demás entidades financieras autorizadas por el Banco Central de la República Argentina, las instituciones financieras de carácter internacional de las que la República Argentina sea miembro y las sociedades cooperativas".

De acuerdo a lo que resulta de la normativa registral vigente<sup>42</sup>, corresponde al registrador calificar las facultades dispositivas del fiduciario, analizando el contrato de fideicomiso y, en caso de haberse restringido o limitado las mismas, exigir que se dé cumplimiento a las restricciones impuestas. Ello no plantea dificultad. Sin embargo, cuando se trata de calificar que el acto responde a los fines del fideicomiso, pareciera que dicha manifestación deberá emanar del fiduciante. La ley le impone un especial comportamiento: debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención, con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (art. 1674 CCyC). Asume la administración de un patrimonio ajeno, en base a una relación de confianza, y por lo tanto a él corresponde, más que a ningún otro, emitir un juicio de valor, acerca de la oportunidad o conveniencia del acto a celebrar. En especial que el mismo responde a los fines del fideicomiso, así como también aseverando que contiene facultades suficientes para su otorgamiento.

En su carácter de hombre de negocios, como lo caracteriza la ley, es el único que se encuentra en situación de evaluar aspectos técnicos vinculados al negocio causal que determina la necesidad del acto de disposición.

En tal sentido, se propone que el fiduciario realice una declaración expresa de que el acto dispositivo que lleva a cabo responde a los fines del fideicomiso. De tal manera se estaría protegiendo la buena fe del adquirente que contratase con él, así como también excluyéndose la responsabilidad del certificante (quien califica las facultades de disposición pero no la oportunidad, mérito o conveniencia del acto dispositivo en relación al negocio fiduciario).

En este punto cabe hacer mención a las reflexiones de prestigiosa doctrina que propicia la calificación por parte del fiduciario, manifestando de manera expresa que realiza la enajenación dentro de sus facultades y que responde a los fines del fideicomiso. Tal declaración resultaría suficiente para configurar la buena fe del adquirente<sup>43</sup>.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación reitera la idea de que se encuentra facultado para realizar actos de disposición o gravamen cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin necesidad del consentimiento de los otros sujetos del contrato. Sin embargo, cuando se hubieren acordado limitaciones a

---

42 Título II, capítulo XIII, sección 2, art. 6º, Digesto de Normas Técnico Registrales: "El fiduciario puede disponer o gravar de los bienes fideicomitados cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario, salvo disposición en contrario del contrato de fideicomiso. El contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, las que en su caso deben ser inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables...".

43 KIPER, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio V. Ob. cit., pág. 243.

las facultades dispositivas, ordena tomar razón de las mismas en los registros respectivos, incluso cuando se hubiere prohibido al fiduciario enajenar bienes<sup>44</sup>. La correcta publicidad de tales limitaciones será determinante en la buena fe de los terceros contratantes, siendo fundamental el rol del registrador al emitir los respectivos certificados o informes. Pues sobre la base de la información emitida, el tercero que contrate con el fiduciario se encontrará en condiciones de analizar si el fiduciario se encuentra legitimado para realizar el acto.

### **Procedimiento de sustitución del fiduciario**

La vacancia del fiduciario, cualquiera fuera su causa, produce la necesidad de su reemplazo inmediato.

Para ello debe estarse, en primer lugar, a los mecanismos dispuestos en el contrato. En caso de omisión o imposibilidad de cumplimiento, se estará al designio judicial. Según la normativa vigente<sup>45</sup> basta tan solo con la petición por parte del sustituto, quien deberá acreditar fehacientemente la causal de sustitución. No se requiere dar cumplimiento a ningún otro requisito propio de las transferencias, tales como verificación de la unidad, o adjuntar el certificado de transferencia de automotor (al menos no hay regulación expresa en tal sentido y, en caso de dudas, deberá aguardarse al criterio que finalmente siente el organismo de aplicación a través de sus dictámenes).

Este procedimiento es conteste con la naturaleza del acto de que se trata (en el que no hay un verdadero traspaso del dominio de un patrimonio a otro, sino tan solo la transferencia de un patrimonio considerado universalidad jurídica a un sucesor fiduciario particular, que es el sustituto<sup>46</sup>).

---

44 Art. 1688: “Actos de disposición y gravámenes. El fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario. El contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, las que en su caso, deben ser inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables. Dichas limitaciones no son oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario. Si se nombran varios fiduciarios, se configura un condominio en función de lo previsto en el art. 1674, los actos de disposición deben ser otorgados por todos conjuntamente, excepto pacto en contrario, y ninguno de ellos puede ejercer la acción de partición mientras dure el fideicomiso. Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en esta norma”. Art. 1704: “El titular del dominio fiduciario tiene las facultades del dueño perfecto en tanto los actos jurídicos que realiza se ajusten al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas”.

45 Título II, capítulo 2, sección 11, art. 10, Digesto de Normas Técnico Registrales.

46 CLUSELLAS, Eduardo G. “La problemática de la sustitución del fiduciario”, LXI Seminario Teórico Práctico Laureano A. Moreira, Buenos Aires, 2 y 3 de junio de 2011.

Sin embargo, cabe señalar que este cambio de titularidad requerirá necesariamente un control acerca de las medidas cautelares que pudieren afectar al titular sustituido o al automotor, dado que dicho cambio puede afectar intereses de terceros (acreedores del fideicomiso, beneficiarios o fideicomisarios) respecto de quienes el patrimonio fiduciario constituye garantía de cobro de sus acreencias.

La existencia de un embargo, en principio, no obstaría a proceder a la petición, en tanto el nuevo sustituto lo tome a su cargo, debiendo el registrador anotar la inscripción al juzgado que tomó la medida cautelar.

La acreditación de las causales que motiven la sustitución, cuando se trate de muerte, incapacidad o remoción judicial, no presenta dificultad<sup>47</sup>. Sin embargo, cuando se trata de la disolución o liquidación de la sociedad fiduciaria, el instrumento que mejor acredita tales extremos, más que un acta notarial, sería el acta del órgano social competente que así lo resuelve, debidamente inscripta en el órgano de contralor respectivo (Dirección de Personas Jurídicas en la Provincia de Buenos Aires o Inspección General de Justicia en la Ciudad Autónoma, etc.), pues éste es el órgano de contralor natural de las personas jurídicas que efectúa el control de legalidad de este tipo de decisiones societarias. El notario no agrega ni quita nada a la decisión de la persona jurídica, tan solo transcribirá en su acta la decisión adoptada en el seno interno del ente.

En todo caso, tanto sea que se exija el acta notarial como las actas societarias que acrediten la voluntad social, ambas deberían estar inscriptas ante el órgano de contralor, a fin de acreditar la legalidad del procedimiento y su oponibilidad a terceros interesados.

En el caso de renuncia, debería estarse también al procedimiento dispuesto en el contrato (más que a la declaración unilateral del renunciante, dado que el acto jurídico de renuncia, si bien es unilateral, en este caso produce necesariamente efectos jurídicos respecto de los demás sujetos del contrato y, por lo general, se le exige la aceptación por parte de alguno de ellos).

Teniendo en cuenta lo prescripto en el art. 1017, inc. c), CCyC, en caso de que el contrato de fideicomiso estuviera redactado en escritura pública, todos los instrumentos accesorios al mismo deben respetar la misma forma legal. Es por ello que se propone que la renuncia o cualquier otro acto accesorio (ejemplo: prórroga del plazo) al contrato de fideicomiso debe ser acreditado con el instrumento correspondiente (escritura pública o instrumento privado con firma certificada, en atención a la forma de redacción adoptada al momento de otorgar el contrato).

---

47 Título II, capítulo 2, sección 11, art. 9º, Digesto de Normas Técnico Registrales: “En tales casos deberá exhibir instrumento auténtico: partida de defunción o testimonio judicial del que resulte la sentencia de remoción o declaración de incapacidad”.

### Procedimiento registral. El asiento y su publicidad

La propiedad fiduciaria se encuentra sujeta a un plazo o condición, los cuales, una vez acontecidos, provocarán su extinción, debiendo entonces el fiduciario transmitir los bienes a la persona designada en el contrato.

Teniendo en cuenta que se trata de un registro constitutivo del derecho de propiedad, pero que además, como todo registro, cumple con la función de publicidad, circunstancias que impactan en el tráfico negocial, cobra relevancia plantearse qué aspectos deben ser objeto de inscripción y publicidad en los informes que emita el registro seccional.

Siguiendo los lineamientos adoptados por algunos registros de la propiedad inmueble del país<sup>48</sup>, constituyen aspectos relevantes que deben inscribirse en el asiento dominial, y en consecuencia darse a publicidad, los siguientes:

a) La designación expresa del carácter fiduciario del dominio en el rubro titularidad, de manera que no queden dudas de que se trata de un dominio imperfecto o un derecho sujeto a plazo o condición.

b) La indicación de la modalidad a la que se encuentra sujeto el dominio: el plazo o condición, en este último caso bastaría tan solo con indicar "sujeto a condición"<sup>49</sup>. Cabe señalar que al cabo del cumplimiento de uno u otro, el fiduciario debe transmitir los bienes a las personas designadas en el contrato<sup>50</sup>. Se produce un cambio en su posición jurídica en tanto que los actos que debe llevar a cabo son todos aquellos necesarios para transmitir los bienes al fideicomisario o sus sucesores<sup>51</sup>.

48 Disposición técnico registral N° 17/1995 del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires. Disposición técnico registral N° 4/1995 del Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal. Según la XIII Reunión de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble celebrada en Bariloche entre los días 24 y 27 de octubre de 1995, se consideró que las disposiciones dictadas por ambos registros, junto con el de Mendoza, responden a los criterios generales de la ley, pudiendo ser tomadas como expresión recomendable de un marco registral básico para la inscripción del dominio fiduciario.

49 MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Publicidad Registral*, Editorial Zavalía, Buenos Aires, agosto de 2003, pág. 439. "A los registradores se les plantea la inquietud de si, al registrarse una condición, debe simplemente asentarse escuetamente la noticia de su existencia, o si es menester transcribirla íntegramente. Se trata de un problema de técnica registral, que muchas veces dificulta su asiento cuando son excesivamente largas. Vaccarelli propicia la 'publicidad por relación' con un reenvío al acto que instrumentó el contrato de fiducia; la solución puede ser aceptable si el registro archiva debidamente esos contratos y, al mismo tiempo, expide información completa sobre la literalidad de la cláusula cuando el interesado así lo solicite".

50 *Ibidem*, pág. 438.

51 Art. 26: "Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan".

## Derecho Registral

c) La indicación acerca de si las facultades de disposición o gravamen del fiduciario se encuentran restringidas (aspecto este que impacta en la buena fe del adquirente)<sup>52</sup>.

d) Con respecto a las medidas cautelares, indicar expresamente en la respuesta al juzgado que ordena la medida, que se toma razón sobre el dominio fiduciario.

e) Las comunicaciones judiciales que ordenen embargos u otras medidas cautelares sobre el automotor deberán hacer mención expresa de que se trata de un dominio fiduciario.

### **Anotación y calificación de las medidas cautelares a nombre de un fideicomiso**

Se trata de un tema que presenta cierta dificultad. Sobre todo cuando se debe calificar si el fiduciario se encuentra inhibido o bien cuando se dispone un embargo sobre bienes afectados a un fideicomiso.

En principio, toda vez que el patrimonio de afectación no es sujeto de derecho, no es posible inscribir una inhibición general trabada sobre el mismo. Es común que en los contratos de fideicomiso se identifique a la masa fiduciaria con un nombre, de manera que facilite su individualización en la gestión diaria, sobre todo en cuestiones de índole fiscal. Sin embargo, tal circunstancia no le asigna la calidad de sujeto de derecho. Es por ello que las anotaciones personales (inhibiciones) siempre recaerán sobre el titular fiduciario.

Este aspecto ha sido tratado en la 47 Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble<sup>53</sup>. En dicho encuentro se recomendó que deben ser motivo de observación los oficios judiciales que dispongan la inhibición general de bienes sobre "fideicomisos", cuando de los mismos resulte que a estos se los asimila a personas de existencia ideal<sup>54</sup>.

El modo en que se anote la medida cautelar incidirá luego en la calificación que el registrador efectúe al momento de resolver si la medida lo afecta a título personal o bien en su carácter de fiduciario, pues sólo en este último caso, la medida será eficaz e impedirá realizar un acto de disposición.

Es fundamental entonces, para evitar dificultades en la difícil tarea de calificación, que la inscripción de las medidas cautelares que afecten al fiduciario

---

52 Aspecto que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ordena inscribir en los registros respectivos (art. 1688).

53 Celebrada en la Ciudad de Buenos Aires los días 10 al 13 de agosto del 2010. Consultar en la página oficial del Consejo Federal de Registros de la Propiedad Inmueble: <http://consejofederalrpi.com.ar>.

54 XLVII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble, Tema IV, "Traba de inhibiciones respecto de fideicomisos".

o a los bienes que integren el patrimonio fideicomitado, indiquen de manera expresa que la medida cautelar afecta a la persona o a los bienes con carácter fiduciario, debiendo así constar su anotación en el sistema de anotaciones personales o en el asiento registral.

### Conclusión

La ley Nº 24.441 constituía el estatuto legal y forzoso que regulaba todo lo concerniente a la constitución y ejercicio de la propiedad fiduciaria. A partir del 1º de agosto de 2015 ha sido desplazada, con motivo de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que regula el instituto en los arts. 1666 a 1707.

Mediante la sanción de la disposición DN 353 de fecha 3 de agosto de 2015, la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios, en tanto órgano de aplicación, adecuó el Digesto de Normas Técnico Registrales a la luz de la nueva legislación de fondo, mejorando notablemente la reglamentación respecto del procedimiento y publicidad registral en esta materia.

Toda vez que el registro del automotor es un registro constitutivo de derechos y que la propiedad fiduciaria nace de un contrato o testamento, debe tener vocación registral el contrato de fideicomiso, así como también sus posteriores modificaciones. Se propone que los instrumentos que ingresen para su registración sean auténticos (ya sea por extenderse en instrumento público o privado con firmas certificadas ante notario). Especialmente cuando hayan sido redactados en escritura pública, toda modificación posterior debe realizarse en instrumento de igual naturaleza (art. 1017, inc. c), CCyC).

El dominio fiduciario sobre un automotor puede reconocer como causa la transferencia fiduciaria que realice el fiduciante *ab initio* (a título de aporte), así como también la compra de automotores usados a terceros, o unidades nuevas (cero kilómetro), como consecuencia de la reinversión de frutos o productos de bienes fideicomitados o por subrogación real. Ello dependerá del contenido del contrato, pues en atención a la legislación vigente y la proyectada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, deberá estarse al contenido del contrato (que determinará sus facultades para ello)<sup>55</sup>.

---

55 A tenor del art. 1684 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el fiduciario por regla se encuentra facultado para hacer suyos los frutos o productos de los bienes fideicomitados, como así también de los bienes que adquiera con su reinversión o los que se incorporen por subrogación real, debiéndose dejar constancia en los títulos de adquisición y en los registros pertinentes.

## Derecho Registral

La posición jurídica en que se encuentra el titular fiduciario en relación a los bienes fideicomitidos se halla definida por el contrato de fiducia. Es por ello que al momento de realizar actos de disposición o constitución de gravámenes, el registrador debe calificar su legitimación analizando su contenido, especialmente lo prescripto por el art. 1688 CCyC. De llegar a requerirse autorización expresa del fiduciante o cualquier otro sujeto del contrato, debe darse cumplimiento a la restricción impuesta.

Este es el criterio seguido por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, con la salvedad de que ordena inscribir en los registros respectivos las limitaciones dispuestas a las facultades dispositivas (artículo citado). Ello importa que el registrador deba darles debida publicidad para que las mismas resulten oponibles a los terceros de buena fe que pretendan contratar sobre la propiedad fiduciaria.

Se propicia que sea el fiduciario quien efectúe, bajo declaración jurada, una manifestación expresa de que el acto que otorga se encuentra comprendido dentro de los fines del fideicomiso, así como también que se encuentra debidamente facultado. Pues en consideración a lo que resulta del art. 1674, el estándar de conducta exigido por la ley, le impone a él más que a ningún otro, actuar con la diligencia y prudencia de un buen hombre de negocios. En este sentido es el único capacitado para efectuar un análisis acerca de la oportunidad o conveniencia del negocio jurídico celebrado (el cual, por otra parte, carece de vocación registral).

De acuerdo a los principios generales en materia de derecho administrativo, el funcionario debe actuar dentro de los límites de su competencia: en razón de la materia y del territorio. Debe evitar caer en conductas arbitrarias que lesionen o impidan el ejercicio del derecho de propiedad. Es por ello que la correcta reglamentación de las facultades calificadoras constituye un marco de legalidad que funciona como garantía al ciudadano, evitando perjuicios o litigios evitables.

Se propicia entonces que se reglamente de manera expresa, en el Título II del digesto normativo (que regula las peticiones especiales), un capítulo especial que reglamente la inscripción de la propiedad fiduciaria. Contemplando la aplicación (por remisión) de las normas específicas del trámite peticionado (transferencia, constitución de prenda, etc.) pero además, los requisitos específicos para su inscripción y ejercicio.

A tal fin se propicia que sea recomendada a la Dirección Nacional la necesidad de abordar las consideraciones desarrolladas en la presente ponencia. En especial la inscripción de automotores nuevos, constitución de prendas, emisión de certificados o informes que publiciten los aspectos esenciales del dominio fiduciario (plazo o condición y restricciones a las facultades dispositivas) y calificación y anotación de medidas cautelares.

BIBLIOGRAFIA – PUBLICACIONES

- ALLENDE, Guillermo L. "Panorama de Derechos Reales". La Ley Buenos Aires, 1967
- BORELLA, Alberto O. *Fideicomiso y Leasing sobre automotores*. Impreso en Talleres Gráficos de formularios Carcos SRL, Capital Federal, abril 1998.
- CLUSELLAS, Eduardo Gabriel. "La problemática de la sustitución del fiduciario". LXI Seminario Teórico-Práctico "Laureano A. Moreira", Buenos Aires, 2 y 3 de junio de 2011.
- HIGHTON, Elena I.; BUERES, Alberto J. *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Tomo 5. Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, 1997.
- KIPER, Claudio M.; LISOPRAWSKI, Silvio V. *Tratado de Fideicomiso*. Segunda Edición, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2005.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Automotor y Motovehículos. Dominio*, Zavalía, Buenos Aires, 1992.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Publicidad Registral*. Zavalía 3ra ed. Buenos Aires. 2003
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis. "Contrato de Fideicomiso". *Derecho Notarial Registral e Inmobiliario. Doctrinas Magistrales*, Tomo V, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- ORELLE, José María. "La autenticación de firmas en la República Argentina", 1ra edición, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2007.
- ORELLE, José María. *Tratado de los Derechos Reales*. Héctor Lafaille, Jorge H. Alterini, Tomo VI, 2da., Ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- RUIZ DE ERENCHUN, Alberto. "Nuevas especies de derechos reales en Argentina. Novedades registrales provocadas por la Ley 24.441", XXX Seminario Teórico-Práctico "Laureano A. Moreira", Capital Federal, 22 y 23 de junio de 1995.
- URBANEJA, Marcelo Eduardo. "Registro de títulos y registros de derechos", Revista Notarial N° 956, La Plata, año 2007, pág. 453.
- URBANEJA, Marcelo Eduardo. "Relevancia de la posesión en el régimen jurídico del automotor", ED 243, 05/07/2011, N° 12.784, publicado en 2011.
- VIGGIOLA, Lidia E. y MOLINA QUIROGA, Eduardo. "Régimen Jurídico del Automotor", La Ley, 2da. Edición, 2005.
- Ley Nacional 26.387. Consejo Federal de Registros de la Propiedad Inmueble. Ver página web oficial [www.consejofederalrpi.com.ar](http://www.consejofederalrpi.com.ar)





# Sociedades



# Inmuebles involucrados en concursos y quiebras: intervención notarial\*

*Pablo E. Bressan*

1.- DIVERSOS CASOS DE INTERVENCIÓN DEL NOTARIO EN EL CONCURSO Y LA QUIEBRA

## **1º) Certificación de firmas en acuerdos con acreedores**

*A.- Acuerdo preventivo extrajudicial (APE): art. 69 LCQ*

*B.- En la propuesta de acuerdo preventivo con acreedores (art. 45 LCQ)*

*C.- En la extinción del proceso por avenimiento (art. 225 LCQ) y cartas de pago (art. 229 LCQ)*

## **2º) Como auxiliar judicial en los procesos de clausura del establecimiento y oficinas, incautación e inventario de los bienes del fallido**

*A.- Actas notariales de incautación, conservación y administración de los bienes en el proceso de quiebra (art. 177 LCQ): ver minutas.*

\* Trabajo elaborado por el autor para su exposición en el LXVIII Seminario Teórico-Práctico "Laureano A. Moreira", desarrollado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los días 13 y 14 de noviembre de 2014.

## Sociedades

A.1) Acta de constatación de la clausura del establecimiento del deudor, de sus oficinas y demás lugares en que se hallen sus bienes y documentos.

A.2) Acta de inventario y constatación de entrega directa de los bienes al síndico, previa la descripción e inventario que se efectuará en tres ejemplares de los cuales uno se agrega a los autos, otro al legajo del art. 279 y el restante, se entrega al síndico.

A.3) Acta de constatación de la incautación de los bienes del deudor en poder de terceros, quienes pueden ser designados depositarios si fueran personas de notoria responsabilidad.

### **3º) Como autorizante de escrituras relativas a inmuebles involucrados en concursos y quiebras**

#### *3.A.- Garantías en seguridad de acuerdos*

3.A.1) Hipotecas en seguridad de acuerdos:

En caso de acuerdo con los acreedores o categorías de ellos, se otorga sobre inmuebles de terceros (art. 43).

3.A.2) Fideicomisos de garantía:

Transmisión de dominio fiduciario de bienes afectados al cumplimiento de acuerdos (consecuencia del art. 203 LCQ).

#### *3.B.- Relativas a transferencias de dominio de inmuebles a terceros*

3.B.1) Transferencia de dominio en pago por entrega de bienes: art. 43 LCQ, como modalidad convenida en acuerdo con acreedores. Requiere la previa autorización judicial.

3.B.2) Realización de los bienes en procedimiento liquidativo: ver minutas.

3.B.2.a) Escritura-acta de inserción ("protocolización") de actuaciones judiciales relativas a adquisición de dominio en subasta judicial.

3. B. 2. b) Escritura de venta judicial en licitación.

3. B. 2. c) Escritura de venta judicial directa.

## II.- TÍTULO, MODO, PUBLICIDAD E INSCRIPCIÓN EN LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE REALIZACIÓN DE BIENES EN EL CONCURSO Y LA QUIEBRA

### **A.- Orden preferente de realización de los bienes. Art. 204 LCQ**

### **B.- Subasta judicial: art. 205, inc. 2, LCQ**

Título suficiente obrante en el expediente. No requiere escritura pública. Conveniencia de esta última. Art. 1184 CC, art. 1017 nuevo código unificado, arts.

1324 (compraventa forzada), 2610 (pérdida del dominio por transmisión judicial). Art. 586 CPCCN. Art. 1128 nuevo código unificado. Las actas judiciales como instrumentos públicos (arts. 979, inc. 4, CC y 289 nuevo código). Título y modo en el régimen vigente y en el nuevo código unificado: art. 1892 nuevo código.

Tradicción: art. 1892 nuevo código unificado. CPCCN. Distinciones según el carácter del ocupante.

Distinción con el remate o “subastas voluntarias”. Art. 559 CPCCN. La exigencia de escritura pública. Otorgantes. Asentimiento conyugal. Otorgamiento por el juez. Tradición. Diferencia con la subasta judicial.

Ver minuta.

### **C.- Venta por licitación: art. 205, inc. 3, LCQ**

Cuestiones sobre el título. Acta de adjudicación y escritura pública. Tradición y medidas cautelares: diferencias respecto a la subasta judicial. Ver minuta. Diferencia con modalidad de oferta bajo sobre y concurso de precios.

### **D.- Venta directa**

Art. 213 LCQ. Casos: Exigencia de escritura. Opciones para formalizar la tradición. Ver minuta.

### **E.- Publicidad e inscripción registral**

Caso de la subasta judicial: testimonio judicial o escritura-acta de inserción ¿Publicidad del expediente y edictos o publicidad registral? Arts. 2505 CC, 2º y 3º de ley 17.801. Art. 1893 del nuevo código unificado.

Los casos de licitación y venta directa. Tratamiento de medidas cautelares.

MINUTAS

### **I) Escritura-acta de inserción de actuaciones judiciales relativas a adquisición de dominio en subasta**

PROTOCOLO GENERAL: ACTA DE INSERCIÓN<sup>1</sup> de ACTUACIONES JU-

---

1 Técnicamente es una escritura-acta de inserción al protocolo, en tanto se “insertan” actuaciones judiciales a través de su transcripción. La denominación normalmente utilizada “protocolización” para estos supuestos de subasta judicial es incorrecta, ya que conforme al art. 1003 del Código Civil vigente hasta el 1º de agosto de 2015, la protocolización surge de una orden y resolución judicial previa.

DICIALES RELATIVAS A ADQUISICIÓN DE DOMINIO EN SUBASTA a solicitud de Jesús Mario LOCAMUZ. ESCRITURA número...: En la Ciudad de San Rafael, Provincia de Mendoza, República Argentina, a los catorce días del mes de noviembre del año 2014, ante mí: PABLO ENRIQUE BRESSAN, notario, Titular del Registro número 333, comparece la persona que se identifica y expresa sus datos personales que son: Jesús Mario LOCAMUZ, argentino, D.N.I. número 11.580.844, nacido el 14/3/1958, casado en primeras nupcias con Rosa Fabregat, domiciliado especialmente en calle Coronel Suárez, número 1259, de San Rafael, Mendoza<sup>2</sup>; mayor de edad y de mi conocimiento, por haberlo individualizado, conforme a las previsiones del artículo 1002, inc. a), del Código Civil argentino. INTERVIENE: por sí y expone: PRIMERO: Antecedentes: I) Que conforme surge de las constancias de los autos números 53.046, caratulados "SEGURA, PABLO ANDRÉS p/ QUIEBRA", originarios del Primer Juzgado de Procesos Concursales de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, Secretaría Única, el compareciente resultó adquirente en subasta judicial de un inmueble ubicado en la República Argentina, Provincia de Mendoza, Departamento de San Rafael, Distrito Ciudad, sito frente a calle 25 de Mayo número 465, individualizado como FRACCIÓN VI en el plano archivado por la Dirección Provincial de Catastro bajo el número 17/50.161, constante de una superficie según título y el plano mencionado, de: DOSCIENTOS METROS CUADRADOS, limitando: Norte: en veinte metros con Ilda Montoro de García; Sud: en veinte metros con Fracción V del mismo plano; Este: en diez metros diez centímetros con el Fracción III del mismo plano; y Oeste: en diez metros diez centímetros con calle 25 de Mayo. El inmueble referido se encuentra inscripto en el Registro de la Propiedad Raíz de San Rafael, bajo matrícula número 9587/17, asiento A-1. II) Que su adquisición de dominio quedó perfeccionada en los autos mencionados, conforme a las prescripciones del artículo 1184 del Código Civil argentino y artículo... del Código Procesal Civil y Comercial de<sup>3</sup>... III) Que ha resuelto requerir al autorizante, conforme a las prescripciones del artículo<sup>4</sup>... del Código Procesal Civil y Comercial de..., la reunión y relación en escritura-acta de las actuaciones judiciales relevantes a su adquisición del dominio, así como que proceda a expedir primera copia y ruego su toma de razón en el Registro de la Propiedad Inmueble pertinente. SEGUNDO: Como consecuencia de lo solicitado, dejo constancia que de acuerdo a la documentación presentada por el compareciente, los autos referidos que tengo a la vista en su original y certificados expedidos a mi solicitud por las Oficinas Públicas

---

2 Los datos de los comparecientes han sido actualizados conforme a los recaudos del art. 305 del nuevo código unificado.

3 Arts. 1184 Código Civil y 1017 nuevo código unificado. Art. 586 CPCCN. Ver CPC local.

4 Art. 587 CPCCN. Es opcional. Puede rogarse la inscripción con testimonio judicial o con la presente escritura-acta.

pertinentes: I) TÍTULO: A) conforme consta en segunda copia inscripta obrante a fojas 234 de autos<sup>5</sup>, el inmueble deslindado correspondió en origen a Pablo Andrés Segura, D.N.I. número 11.456.892, nacido el 23/9/1961, casado en primeras nupcias con Estela Ramírez, domiciliado en calle Blas Parera 828, de San Rafael, Mendoza, por compra que efectuó a Oscar Sadine, por escritura pasada ante el Notario Néstor A. Ramallo, en fecha 12/11/1985, obrante bajo el número 582, a fojas 864 del Protocolo y Registro número 148 entonces a su cargo, con asiento en San Rafael, Mendoza; la que se inscribió bajo matrícula número 9587/17, asiento A-1, folio real de San Rafael. B) Con posterioridad, en fecha 23/8/2012, el señor Pablo Andrés Segura se presentó en quiebra, la que tramita en autos números 53.046, caratulados "SEGURA, PABLO ANDRÉS p/ QUIEBRA", originarios del Primer Juzgado de Procesos Concursales de la Segunda Circunscripción Judicial de la provincia de Mendoza, Secretaría Única. En dichos autos constan<sup>6</sup>: 1) a fojas 86 obra declaración de quiebra de Pablo Andrés Segura; 2) a fojas 292, obra resolución judicial que ordena la subasta del inmueble descripto, la que transcribo a continuación: "...transcripción... de esta resolución"; 3) a fojas 299 obran edictos y publicación en diario de gran circulación relativo a la subasta judicial del inmueble deslindado; 4) a fojas 318 obra acta de subasta judicial, labrada por la martillera María Graciela Ford, en la que consta que resultó adquirente el compareciente de esta escritura. Dicha acta textualmente dice: "...transcripción del acta de subasta..."; 5) a fojas 326 obra informe de subasta de la martillera interviniente, en el que consta que el señor Jesús Mario Locamuz resultó ser el adquirente en subasta, por la suma de pesos: trescientos sesenta y ocho mil trescientos noventa (\$ 368.390), y que abonó en el acto de la subasta el diez por ciento en concepto de seña (\$36.839), la comisión del martillero (\$11.051,70) y el impuesto de sellos (\$14.735,60), importes que fueron depositados en cuenta judicial de Banco de la Nación Argentina a la orden del Juzgado y como perteneciente a estos autos; 6) a fojas 332 obra auto de aprobación de subasta, la que textualmente dice: "...transcripción de esta resolución..."; 7) a fojas 341 obra boleta de depósito judicial de fecha 3/3/2014, de \$334.900, que acredita la cancelación del precio de subasta; 8) a fojas 347 obra decreto por el cual V. S. da por cancelado el precio de subasta; 9) a fojas 354 obra acta de entrega de posesión, de fecha 11/4/2014, que textualmente dice: "...transcripción del acta de entrega de posesión..."; 10) a fojas 363 obra auto que ordena la cancelación de medidas cautelares y

5 Normalmente se requiere la expedición de segunda copia. Se cumple con la exigencia del art. 23 de la ley 17.801.

6 Los recaudos indispensables para conformar título y modo (art. 586 CPCCN) son: acta de subasta y su auto de aprobación, cancelación del saldo de precio y acta de entrega de posesión.

el levantamiento de la inhibición general al solo efecto de su registración, que textualmente dice: "...transcripción de esta orden judicial..."; 11) a fojas 364 obra decreto que ordena la liberación de deudas de impuestos, tasas y contribuciones que pesan sobre el inmueble hasta la fecha de entrega de posesión al adquirente, que dice: "...transcripción..."; 12) a fojas 365 obra orden de inscripción a favor del adquirente en subasta. Copias autenticadas de los instrumentos citados agrego como documentos habilitantes de la presente. II) INSCRIPCIONES: a) En el Registro de la Propiedad Raíz de San Rafael, el inmueble descrito se encuentra inscripto bajo matrícula número 9587/17, asiento A-1, a nombre de Pablo Andrés Segura, conforme al certificado expedido por dicha repartición en fecha 5/11/2014. Dicho certificado informa sobre la existencia de los siguientes gravámenes: *...(mención de distintos gravámenes vigentes que se publiciten en la matrícula)*. El mismo certificado informa que se registran las siguientes inhibiciones sobre el titular: *...(mención de las inhibiciones vigentes registradas)*. Como autorizante dejo constancia que obran transcriptos los proveídos que ordenan las cancelaciones de los gravámenes citados, así como el levantamiento de la inhibición al solo efecto de proceder a la toma de razón de la presente<sup>8</sup>. b) Anotado en el Padrón Territorial de San Rafael, bajo el número 17/03014-9, con un avalúo de \$313.147,87. c) Nomenclatura catastral: 17-01-11-0006-000040, según certificado catastral número 41.706, de fecha 14-10-2014. d) Derecho de Riego: conforme al plano citado, no registra derecho de regadío. e) En Agua y Saneamiento Mendoza, cuenta número 126-0000957-000-2. f) En la Municipalidad de San Rafael, padrón 123, Sección K. g) Impuesto de sellos: fue abonado en oportunidad del remate, conforme fue relacionado. h) Impuesto a las Ganancias: no corresponde retención, conforme certificado de no retención de fecha 5/10/2014<sup>9</sup>. i) Certificado de bienes registrables: no corresponde su presentación. j) Constancias de Identificación Tributaria: 1) Pablo Andrés Segura: CUIL 23-11.456.892-0; 2) Jesús Mario Locamuz: CUIL 23-11.580.844-6. Leo al compareciente, quien ratifica y firma, ante mí, doy fe.

### II) Venta judicial por licitación

PROTOCOLO GENERAL: VENTA JUDICIAL POR LICITACIÓN<sup>10</sup>. JUEZ

7 Podrán transcribirse las órdenes de V.S. cancelando los gravámenes y levantando la inhibición al solo efecto de inscribir o podrán expedirse los oficios pertinentes. Del mismo modo respecto de las órdenes de desglose de deudas hasta la entrega de posesión.

8 Los gravámenes posteriores al decreto que ordenó la subasta son desplazados automáticamente por el registro. Los anteriores debe ser ordenada su cancelación.

9 Arts. 24 y 27 de la resolución general N° 2139/06.

10 Venta por licitación: art. 205 LCQ: no la asimilamos a la subasta judicial, por ello se requiere escritura de venta judicial y no "protocolización".

DEL PRIMER JUZGADO DE PROCESOS CONCURSALES DE SAN RAFAEL EN AUTOS NÚMERO 53.046. "SEGURA, PABLO ANDRÉS p/ QUIEBRA", a favor de JESÚS MARIO LOCAMUZ. ESCRITURA número...: En la Ciudad de San Rafael, Provincia de Mendoza, República Argentina, a los catorce días del mes de noviembre del año 2014, ante mí: PABLO ENRIQUE BRESSAN, notario, Titular del Registro número 333, constituido en el despacho de la Señora Jueza del Primer Juzgado de Procesos Concursales de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza, con sede en San Rafael, comparecen las personas que se identifican y expresan sus datos personales que son: la señora Jueza titular del Juzgado citado, doctora Mariela SEL, argentina, D.N.I. número 24.435.780, nacida el 12/8/1971, casada en primeras nupcias con el señor Pablo Benavídez, domiciliada especialmente en la sede del Juzgado referido<sup>11</sup>; y Jesús Mario LOCAMUZ, argentino, D.N.I. número 11.580.844, nacido el 14/3/1958, casado en primeras nupcias con Rosa Fabregat, domiciliado especialmente en calle Coronel Suárez, número 1259, de San Rafael, Mendoza; mayores de edad y de mi conocimiento, por haberlos individualizado, conforme a las previsiones del artículo 1002 inciso a) del Código Civil argentino. INTERVIENEN: A) La doctora Mariela Sel, en su carácter de Jueza titular del Primer Juzgado de Procesos Concursales de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza, personería que invoca, acredita y citaré al final; y B) El señor Jesús Mario Locamuz, por sí; y exponen: PRIMERO. Antecedentes: 1) Que conforme surge de las constancias de los autos números 53.046, caratulados "SEGURA PABLO ANDRES p/ QUIEBRA", originarios del Primer Juzgado de Procesos Concursales de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, Secretaría Única, el señor Jesús Mario Locamuz resultó adjudicatario en un procedimiento de licitación de un inmueble ubicado en la República Argentina, Provincia de Mendoza, Departamento de San Rafael, Distrito Ciudad, sito frente a calle 25 de Mayo número 465, individualizado como FRACCIÓN VI en el plano archivado por la Dirección Provincial de Catastro bajo el número 17/50.161, constante de una superficie según título y el plano mencionado, de: DOSCIENTOS METROS CUADRADOS, limitando: Norte: en veinte metros con llda Montoro de García; Sud: en veinte metros con Fracción V del mismo plano; Este: en diez metros diez centímetros con el Fracción III del mismo plano; y Oeste: en diez metros diez centímetros con calle 25 de Mayo. El inmueble referido se encuentra inscripto en el Registro de la Propiedad Raíz de San Rafael, bajo matrícula número 9587/17, asiento A-1. II) Que en dichos autos constan: 1) a fojas 86 obra declaración de quiebra de Pablo Andrés Segura; 2) a fojas 292, obra resolución judicial que ordena la venta por licitación; 3) a fojas 334 obra

---

11 La escritura podría ser firmada por V.S o por el síndico autorizado al efecto.

## Sociedades

pliego licitatorio presentado por el síndico<sup>12</sup>, Contador Alberto Hernández; 4) a fojas 339 obra tasación practicada por el enajenador designado; 5) a fojas 356 obra auto de aprobación del pliego licitatorio; 6) a fojas 364 obran edictos y publicación en diario de gran circulación relativo a la licitación del inmueble deslindado; 7) a fojas 381 obra acta de apertura de sobres y adjudicación, en la que consta que el señor Jesús Mario Locamuz resultó ser el adjudicatario de la licitación, por la suma de pesos trescientos sesenta y ocho mil trescientos noventa (\$368.390). Dicha acta textualmente dice: "...transcripción acta..."; 8) a fojas 392, obra resolución judicial que aprobó la adjudicación en licitación; 9) a fojas 395 obra boleta de depósito judicial de fecha 3/3/2014, de \$368.390, que acredita la cancelación del precio de la licitación; 10) a fojas 399 obra decreto por el cual V.S. da por cancelado el precio de licitación; 11) a fojas 412 obra acta de entrega de posesión, de fecha 11/4/2014; 12) a fojas 431 obra decreto de V.S. que da por aprobada la minuta de la presente escritura, fijando día y hora de otorgamiento. Copias autenticadas de los instrumentos citados agrego como documentos habilitantes de la presente. SEGUNDO. Objeto: Que en cumplimiento de lo resuelto en los autos mencionados, V.S., por el fallido, transfiere por venta judicial en licitación en favor de Jesús Mario Locamuz, el inmueble descripto en el artículo primero, inciso 1) de esta escritura. TERCERO. Precio: El precio total establecido en la licitación, fue la suma de pesos: trescientos sesenta y ocho mil trescientos noventa (\$368.390), importe que fue abonado por el adquirente en fecha 3/3/2014, mediante depósito judicial que efectuara en la cuenta de depósitos judiciales de Banco de la Nación Argentina, a la orden de estos autos, por lo que V.S. ratifica el recibo cancelatorio. CUARTO. Transferencia: V.S. -por la fallida-, transfiere todos los derechos inherentes al dominio y la posesión, responsabilizándola por la evicción y vicios rehdibitorios con arreglo a derecho. QUINTO. Posesión: V.S. -por la fallida- manifiesta que la posesión del inmueble descripto fue entregada en fecha 11/4/2014, libre de ocupantes, conforme consta en acta obrante a fojas 412 de autos. SEXTO. Aceptación: El adquirente acepta la transferencia de dominio y ratifica encontrarse en posesión del inmueble desde la fecha referida en el artículo anterior. SÉPTIMO. Constancias notariales: Como notario autorizante dejo constancia de acuerdo a la documentación presentada por los comparecientes y certificados expedidos a mi solicitud por las Oficinas Públicas pertinentes: 1) TÍTULO: A) conforme consta en segunda copia inscripta obrante a fojas 234 de autos, el inmueble deslindado correspondió en origen a Pablo Andrés Segura, D.N.I. número 11.456.892, nacido el 23/9/1961, casado en primeras nupcias

---

12 Procedimiento previsto en el art. 205 LCQ.

con Estela Ramírez, domiciliado en calle Blas Parera 828, de San Rafael, Mendoza, por compra que efectuó a Oscar Sadine, por escritura pasada ante el notario Néstor A. Ramallo, en fecha 12/11/1985, obrante bajo el número 582, a fojas 864 del Protocolo y Registro número 148 entonces a su cargo, con asiento en San Rafael, Mendoza; la que se inscribió bajo matrícula número 9587/17, asiento A-1, folio real de San Rafael. II) INSCRIPCIONES: a) En el Registro de la Propiedad Raíz de San Rafael, el inmueble descrito se encuentra inscripto bajo matrícula número 9587/17, asiento A-1, a nombre de Pablo Andrés Segura, conforme al certificado expedido por dicha repartición en fecha 5/11/2014. Dicho certificado informa sobre la existencia de los siguientes gravámenes: *...(mención de distintos gravámenes vigentes que se publiciten en la matrícula)*. El mismo certificado informa que se registran las siguientes inhibiciones sobre el titular: *...(mención de las inhibiciones vigentes registradas)*. Como autorizante dejo constancia que V.S. me hace entrega en este acto de oficio que ordena las cancelaciones de los gravámenes citados, así como el levantamiento de la inhibición al solo efecto de esta escrituración. b) Anotado en el Padrón Territorial de San Rafael, bajo el número 17/03014-9, con un avalúo de \$313.147,87. c) Nomenclatura catastral: 17-01-11-0006-000040, según certificado catastral número 41.706, de fecha 14/10/2014. d) Derecho de Riego: conforme al plano citado, no registra derecho de regadío. e) En Agua y Saneamiento Mendoza, cuenta número 126-0000957-000-2. f) En la Municipalidad de San Rafael, padrón 123, Sección K. g) Impuesto de sellos: se retiene en este acto la suma de \$... h) Impuesto a las Ganancias: no corresponde retención, conforme certificado de no retención de fecha 5-10-2014. i) Certificado de bienes registrables: no corresponde su presentación. j) V.S. me hace entrega de oficio que ordena la liberación de deudas de impuestos, tasas y contribuciones que pesan sobre el inmueble hasta la fecha de entrega de posesión al adquirente. k) Constancias de Identificación Tributaria: 1) Pablo Andrés Segura: CUIL 23-11.456.892-0; 2) Jesús Mario Locamuz: CUIL 23-11.580.844-6. III) PERSONERÍA: la invocada por la doctora Mariela Sel, en su carácter de Jueza titular del Primer Juzgado de Procesos Concursales de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, la acredita por notoriedad, ya que conozco su investidura. Leo a los comparecientes, quienes ratifican y firman, ante mí, doy fe.

### III) Venta directa

PROTOCOLO GENERAL: VENTA DIRECTA - ARTÍCULO 213 LEY 24.522<sup>13</sup>.

13 Venta directa: art. 213 LCQ: resuelta por el juez en caso de: bienes de escaso valor, fracaso de otras formas de enajenación o por la naturaleza de los bienes. Puede ser confiada al síndico, requiere autorización judicial posterior.

JUEZ DEL PRIMER JUZGADO DE PROCESOS CONCURSALES DE SAN RAFAEL EN AUTOS NÚMERO 53.046 - "SEGURA PABLO ANDRES p/ QUIEBRA" - en favor de JESÚS MARIO LOCAMUZ. ESCRITURA número... En la Ciudad de San Rafael, provincia de Mendoza, República Argentina, a los catorce días del mes de noviembre del año 2014, ante mí: PABLO ENRIQUE BRESSAN, notario, Titular del Registro número 333, constituido en el despacho de la Señora Jueza del Primer Juzgado de Procesos Concursales de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza, con sede en San Rafael, comparecen las personas que se identifican y expresan sus datos personales que son: la señora Jueza titular del Juzgado citado, doctora Mariela SEL, argentina, D.N.I. número 24.435.780, nacida el 12/8/1971, casada en primeras nupcias con el señor Pablo Benavidez, domiciliada especialmente en la sede del Juzgado referido; y Jesús Mario LOCAMUZ, argentino, D.N.I. número 11.580.844, nacido el 14/3/1958, casado en primeras nupcias con Rosa Fabregat, domiciliado especialmente en calle Coronel Suárez número 1259, de San Rafael, Mendoza; mayores de edad y de mi conocimiento, por haberlos individualizado, conforme a las previsiones del artículo 1002 inciso a) del Código Civil argentino. INTERVIENEN: A) La doctora Mariela Sel, en su carácter de Jueza titular del Primer Juzgado de Procesos Concursales de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza<sup>14</sup> personería que invoca, acredita y citaré al final; y B) el señor Jesús Mario Locamuz, por sí; y exponen: PRIMERO. Antecedentes: 1) Que conforme surge de las constancias de los autos números 53.046, caratulados "SEGURA, PABLO ANDRÉS p/ QUIEBRA", originarios del Primer Juzgado de Procesos Concursales de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, Secretaría Única, el señor Jesús Mario Locamuz adquirió por boleto de compraventa celebrado con el señor Síndico designado en los autos referidos, un inmueble del fallido ubicado en la República Argentina, provincia de Mendoza, Departamento de San Rafael, Distrito Ciudad, sito frente a calle 25 de Mayo número 465, individualizado como FRACCIÓN VI en el plano archivado por la Dirección Provincial de Catastro bajo el número 17/50.161, constante de una superficie según título y el plano mencionado, de: DOSCIENTOS METROS CUADRADOS, limitando: Norte: en veinte metros con Ilda Montoro de García; Sud: en veinte metros con Fracción V del mismo plano; Este: en diez metros diez centímetros con el Fracción III del mismo plano; y Oeste: en diez metros diez centímetros con calle 25 de Mayo. El inmueble referido se encuentra inscripto en el Registro de la Propiedad Raíz de San Rafael, bajo matrícula número 9587/17, asiento A-1.- II) Que en dichos autos constan: 1) a fojas 86 obra la

---

14 La escritura puede ser suscripta por el juez o por el síndico autorizado al efecto.

declaración de quiebra de Pablo Andrés Segura; 2) a fojas 112 obra designación del síndico, la que recayera en el Contador Alberto Hernández; 3) a fojas 292, obra resolución judicial de fecha 4/6/2014, que ordena la venta directa, dado el fracaso de otros modos de realización, confiando al síndico la concreción de la enajenación; 4) a fojas 344 obra boleto de compraventa de fecha 20/8/2014, suscripto por el síndico, sujeto a autorización judicial, en favor de Jesús Mario Locamuz, por la suma de pesos trescientos sesenta y ocho mil trescientos noventa (\$368.390). En dicho boleto consta que el señor Locamuz abonó el diez por ciento en concepto de seña (\$ 36.839), importe que fue depositado en cuenta judicial de Banco de la Nación Argentina a la orden del Juzgado y como perteneciente a estos autos. 5) A fojas 367 obra resolución judicial que aprobó la venta directa formalizada por el síndico, conforme al boleto de compraventa corriente a fojas 344 de autos; 6) a fojas 395 obra boleta de depósito judicial de fecha 3/9/2014 de \$334.900, que acredita la cancelación del precio de la venta directa; 7) a fojas 399 obra decreto por el cual V.S. da por cancelado el precio de la venta directa; 8) a fojas 404 obra acta de entrega de posesión al adquirente, de fecha 19/9/2014; 9) a fojas 431 obra resolución de V.S. que da por aprobada la minuta de la presente escritura, fijando día y hora de otorgamiento. Copias autenticadas de los instrumentos citados agrego como documentos habilitantes de la presente. SEGUNDO. Objeto: Que en cumplimiento de lo resuelto en los autos mencionados, V.S., por el fallido, transfiere por venta directa -artículo 213 de la Ley 24.522- en favor de Jesús Mario Locamuz, el inmueble descrito en el artículo primero, inciso 1) de esta escritura. TERCERO. Precio: El precio total establecido fue la suma de pesos trescientos sesenta y ocho mil trescientos noventa (\$368.390), importe que fue abonado por el adquirente de la siguiente manera: a) \$36.839, en fecha 20/8/2014, en oportunidad de suscribirse el boleto de compraventa; y b) el saldo de \$334.900, fue abonado en fecha 3/9/2014. Ambos pagos fueron realizados mediante depósito judicial que el adquirente efectuara en la cuenta de depósitos judiciales de Banco de la Nación Argentina, a la orden de estos autos, por lo que V.S. ratifica el recibo cancelatorio. CUARTO. Transferencia: V.S. -por la fallida-, transfiere todos los derechos inherentes al dominio y la posesión, responsabilizándola por la evicción y vicios redhibitorios con arreglo a derecho. QUINTO. Posesión<sup>15</sup>: V.S. -por la fallida- manifiesta que la posesión fue entregada al adquirente en fecha 19/9/2014, libre de ocupantes, conforme consta en acta obrante a fojas 404 de autos. SEXTO: El adquirente acepta la transferencia de dominio y

---

15 La posesión puede ser entregada simultáneamente a la escritura. En el caso expuesto, se entregó con anterioridad a la escritura, pero con posterioridad a la cancelación del saldo de precio.

ratifica encontrarse en posesión del inmueble desde la fecha referida en el artículo anterior. SÉPTIMO. Constancias notariales: Como notario autorizante dejo constancia de acuerdo a la documentación presentada por los comparecientes y certificados expedidos a mi solicitud por las Oficinas Públicas pertinentes: 1) TÍTULO: A) conforme consta en segunda copia inscrita obrante a fojas 234 de autos, el inmueble deslindado correspondió en origen a Pablo Andrés Segura, D.N.I. número 11.456.892, nacido el 23/9/1961, casado en primeras nupcias con Estela Ramírez, domiciliado en calle Blas Parera 828, de San Rafael, Mendoza, por compra que efectuó a Oscar Sadine, por escritura pasada ante el notario Néstor A. Ramallo, en fecha 12/11/1985, obrante bajo el número 582, a fojas 864 del Protocolo y Registro número 148 entonces a su cargo, con asiento en San Rafael, Mendoza; la que se inscribió bajo matrícula número 9587/17, asiento A-1, folio real de San Rafael. II) INSCRIPCIONES: a) En el Registro de la Propiedad Raíz de San Rafael, el inmueble descripto se encuentra inscripto bajo matrícula número 9587/17, asiento A-1, a nombre de Pablo Andrés Segura, conforme al certificado expedido por dicha repartición en fecha 5/11/2014. Dicho certificado informa sobre la existencia de los siguientes gravámenes: *...(mención de distintos gravámenes vigentes que se publiciten en la matrícula)*. El mismo certificado informa que se registran las siguientes inhibiciones sobre el titular: *...(mención de las inhibiciones vigentes registradas)*. Como autorizante dejo constancia que V.S. me hace entrega en este acto de oficio que ordena las cancelaciones de los gravámenes citados, así como el levantamiento de la inhibición al solo efecto de esta escrituración. b) Anotado en el Padrón Territorial de San Rafael, bajo el número 17/03014-9, con un avalúo de \$313.147,87. c) Nomenclatura catastral: 17-01-11-0006-000040, según certificado catastral número 41.706, de fecha 14/10/2014. d) Derecho de Riego: conforme al plano citado, no registra derecho de regadío. e) En Agua y Saneamiento Mendoza, cuenta número 126-0000957-000-2. f) En la Municipalidad de San Rafael, padrón 123, Sección K. g) Impuesto de sellos: se retiene en este acto la suma de \$... h) Impuesto a las Ganancias: no se retiene, conforme certificado de no retención de fecha 5/10/2014. i) Certificado de bienes registrables: no corresponde su presentación. j) V.S. me hace entrega de oficio que ordena la liberación de deudas de impuestos, tasas y contribuciones que pesan sobre el inmueble hasta la fecha de entrega de posesión al adquirente. k) Constancias de Identificación Tributaria: 1) Pablo Andrés Segura: CUIL 23-11.456.892-0; 2) Jesús Mario Locamuz: CUIL 23-11.580.844-6. III) PERSONERÍA<sup>16</sup>: la invocada por la doctora Mariela Sel, en su carácter de Jueza titular del Primer Juzgado de Procesos Concursales de la Segunda Circunscripción Judicial de la

---

16 En caso de comparecencia del síndico, deberán relacionarse: su designación, su aceptación de cargo y la autorización para este acto.

Provincia de Mendoza, la acredita por notoriedad, ya que conozco su investidura. Leo a los comparecientes, quienes ratifican y firman, ante mí, doy fe.

**IV) Actas notariales de incautación, conservación y administración de los bienes en el proceso de quiebra (art. 177 LCQ)<sup>17</sup>. Esquemas**

1) *Acta de constatación de la clausura del establecimiento del deudor, de sus oficinas y demás lugares en que se hallen sus bienes y documentos*

PROTOCOLO AUXILIAR: ACTA DE CLAUSURA DE ESTABLECIMIENTO Y OFICINAS DEL FALLIDO EN AUTOS NÚMERO 53.046. "SEGURA PABLO ANDRÉS p/ QUIEBRA", a solicitud de la SEÑORA JUEZA DEL PRIMER JUZGADO DE PROCESOS CONCURSALES DE SAN RAFAEL. ESCRITURA número... En la Ciudad de San Rafael, provincia de Mendoza, República Argentina, a los catorce días del mes de noviembre del año 2014, ante mí: PABLO ENRIQUE BRESSAN, notario, Titular del Registro número 333, en cumplimiento del mandato conferido por la señora Jueza del Primer Juzgado de Procesos Concursales de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, Secretaría Única, en los autos números 53.046, caratulados "SEGURA PABLO ANDRÉS p/ QUIEBRA", originarios del Juzgado mencionado, en las resoluciones: A) Sentencia de quiebra de Pablo Andrés Segura, D.N.I. número 11.456.892, nacido el 23/9/1961, casado en primeras nupcias con Estela Ramírez, domiciliado en calle Blas Parera 828, de San Rafael, Mendoza, que textualmente dice: 1) en su inciso...: "procédase a la constatación de los bienes del fallido y dispóngase su clausura, conforme al artículo 177, inciso 1) de LCQ, a cuyo fin se designará escribano para actuar como 'Oficial de Justicia *ad-hoc*', con habilitación de día y hora y auxilio de la fuerza pública..." (*sigue la resolución con diversas facultades relativas a la clausura*)... 2) en su inciso... se fijó hora para audiencia de designación de Escribano. B) A fojas..., obra mi aceptación de cargo de Escribano para estos autos. Conforme a las actuaciones relacionadas, siendo las diez horas del día de hoy, me constituí en el domicilio de calle... (*sigue lo acontecido respecto a la necesidad o no de uso de cerrajero, persona que me atiende, constatación pormenorizada del inmueble del fallido y demás bienes existentes en él, cambio de cerradura*). Acto seguido, conforme a lo ordenado por V.S., procedo a clausurar el inmueble, colocando una faja en su frente... (*explicación de la faja de clausura colocada*). Dejo constancia si resuelvo dejar custodia policial o no... No siendo para más, a las doce horas cuarenta y cinco minutos del día de hoy, doy por terminado el acto, ante mí, doy fe.

<sup>17</sup> Ver esquemas de actas en Seminario Laureano Moreira de junio de 1996, elaboradas por la Esc. Susana Drzewko y Amalia Luján.

2) *Acta de inventario y constatación de entrega directa de los bienes al síndico, previa la descripción e inventario que se efectuará en tres ejemplares de los cuales uno se agrega a los autos, otro al legajo del artículo 279 y el restante, se entrega al síndico*

PROTOCOLO AUXILIAR: ACTA DE INVENTARIO Y ENTREGA DE BIENES AL SÍNDICO EN AUTOS NÚMEROS 53.046. "SEGURA, PABLO ANDRÉS p/ QUIEBRA" a solicitud de la SEÑORA JUEZA DEL PRIMER JUZGADO DE PROCESOS CONCURSALES DE SAN RAFAEL. ESCRITURA número... En la Ciudad de San Rafael, Provincia de Mendoza, República Argentina, a los catorce días del mes de noviembre del año 2014, ante mí: PABLO ENRIQUE BRESSAN, notario, Titular del Registro número 333, en cumplimiento del mandato conferido por la señora Jueza del Primer Juzgado de Procesos Concursales de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, Secretaría Única, en los autos números 53.046, caratulados "SEGURA, PABLO ANDRÉS p/ QUIEBRA", originarios del Juzgado mencionado, en las resoluciones: A) Sentencia de quiebra de Pablo Andrés Segura, D.N.I. número 11.456.892, nacido el 23/9/1961, casado en primeras nupcias con Estela Ramírez, domiciliado en calle Blas Parera 828, de San Rafael, Mendoza, que textualmente dice: 1) en su inciso...: "procédase a la constatación de los bienes del fallido y dispóngase su clausura, conforme al artículo 177, inciso 1) de LCQ, a cuyo fin se designará escribano para actuar como 'Oficial de Justicia *ad-hoc*', con habilitación de día y hora y auxilio de la fuerza pública..." (*sigue la resolución con diversas facultades relativas a la clausura*). 2) en el inciso...: se ordena el inventario de los bienes del fallido y su entrega al señor Síndico; 3) en su inciso..., se fijó hora para audiencia de designación de Escribano. B) A fojas..., obra mi aceptación de cargo de Escribano para estos autos. C) A fojas... y... obra la designación del síndico y su aceptación al cargo. Conforme a las actuaciones relacionadas, siendo las diez horas del día de hoy, me constituyo en el domicilio de calle..., en compañía del Síndico de estos autos, Contador Alberto Hernández, argentino, D.N.I. número..., nacido el..., casado en primeras nupcias con..., domiciliado especialmente en calle... Allí constato: (*sigue lo acontecido respecto a la necesidad o no de uso de cerrajero, persona que me atiende*). Acto seguido procedo junto al Síndico a realizar un inventario de los bienes emplazados en el inmueble, los que se describen a continuación... (*inventario*). Acto seguido, conforme a lo ordenado por V.S., procedo a hacer entrega al señor síndico de los bienes inventariados, quien los recibe de conformidad, agregando que ha verificado la existencia de los bienes detallados. Le entrego en este acto un ejemplar del inventario. No siendo para más, a las doce horas cuarenta y cinco minutos del día de hoy, doy por terminado el acto, ante mí, doy fe.

3) *Acta de constatación de la incautación de los bienes del deudor en poder de terceros, quienes pueden ser designados depositarios si fueran personas de notoria responsabilidad*

PROTOCOLO AUXILIAR: ACTA DE INCAUTACIÓN Y DEPÓSITO DE BIENES DEL FALLIDO EN PODER DE TERCEROS EN AUTOS NÚMEROS 53.046. "SEGURA, PABLO ANDRÉS p/ QUIEBRA", a solicitud de la SEÑORA JUEZA DEL PRIMER JUZGADO DE PROCESOS CONCURSALES DE SAN RAFAEL. ESCRITURA número... En la Ciudad de San Rafael, provincia de Mendoza, República Argentina, a los catorce días del mes de noviembre del año 2014, ante mí: PABLO ENRIQUE BRESSAN, notario, Titular del Registro número 333, en cumplimiento del mandato conferido por la señora Jueza del Primer Juzgado de Procesos Concursales de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, Secretaría Única, en los autos números 53.046, caratulados "SEGURA, PABLO ANDRÉS p/ QUIEBRA", originarios del Juzgado mencionado, en las resoluciones: A) Sentencia de quiebra de Pablo Andrés Segura, D.N.I. número 11.456.892, nacido el 23/9/1961, casado en primeras nupcias con Estela Ramírez, domiciliado en calle Blas Parera 828, de San Rafael, Mendoza, que textualmente dice: 1) en su inciso...: "procédase a la incautación de los bienes del fallido en poder de terceros, pudiendo estos últimos resultar depositarios de dichos bienes, en caso de notoria responsabilidad, conforme al artículo 177, inciso 3) de LCQ, a cuyo fin se designará escribano para actuar como 'Oficial de Justicia *ad-hoc*', con habilitación de día y hora y auxilio de la fuerza pública..." (*sigue la resolución con diversas facultades relativas a la incautación y depósito*). 2) En su inciso..., se fijó hora para audiencia de designación de Escribano. B) A fojas..., obra mi aceptación de cargo de Escribano para estos autos. Conforme a las actuaciones relacionadas, siendo las diez horas del día de hoy, me constituyo en el domicilio de calle..., donde encuentro presente a la persona que se identifica como..., a quien le advierto sobre mi actuación como notario, del motivo de mi gestión y de su derecho de responder o no. Procedo inmediatamente a brindarle copia auténtica del mandamiento. En ese estado el señor... manifiesta revestir el carácter de locatario del fallido, exhibiendo el contrato de locación que invoca. Acto seguido, procedo a realizar una constatación del inmueble e inventario de los bienes, del que resulta (*sigue constatación e inventario*). Acto seguido, dejo constancia que dado que entiendo que el ocupante es de ostensible responsabilidad, lo designo depositario de los bienes inventariados, a cuyo fin le entrego copia del inventario practicado. El señor... expresa que está conforme con el inventario y recibe los bienes detallados en calidad de depositario. No siendo para más, a las doce horas cuarenta y cinco minutos del día de hoy, doy por terminado el acto, ante mí, doy fe.





# Universidad Notarial Argentina



# Transferencia del usufructo\*

*Marcelo Antonio Pepe*

SUMARIO: *I. Introducción. El interrogante inicial. II. Cesión de ejercicio. III. Duración del derecho del cesionario (del ejercicio o del derecho). IV. Cesión de ejercicio. Responsabilidad del cedente. Fianza. V. Formalidades de la cesión del ejercicio. VI. Quid de la intransmisibilidad del usufructo. Legislación comparada. VII. Proyectos de unificación legislativa. Proyectos 1998 y 2012. VIII. El usufructo es transmisible, embargable y ejecutable. IX. Valor del usufructo. ¿Obstáculo a su ejecución? Adjudicatario. X. Enajenación del derecho de usufructo. XI. Enajenación del usufructo. Cesión de posición contractual. XII. Proyecciones registrales de la enajenación del usufructo. Embargo. XIII. Forma de la enajenación. XIV. Revocación de la enajenación del usufructo.*

## I. INTRODUCCIÓN. EL INTERROGANTE INICIAL

Antes de comenzar con el desarrollo del presente estudio, queremos formular un interrogante sobre cuya respuesta invitamos a reflexionar al lector.

La naturaleza puramente personal del usufructo -personalísimo para algunos-, que implicaría no poder ceder la calidad de usufructuario, ¿significa que el uso y goce del objeto, siendo una facultad esencialmente correlativa a la persona (nota al art. 2807 CC), sólo puede satisfacer al usufructuario y por ello es inescindible de su persona, inherente a ella? ¿O quiere decir que, para la preservación de la substancia, la persona del usufructuario es trascendental, lo que determina que el derecho en su individualidad no es cesible sin el consentimiento del propietario (nota al art. 2807 CC)?

Aun considerando como válidos ambos fundamentos ¿cuál de ellos tiene mayor rigor dogmático para enunciar el pretendido carácter intransmisible del usufructo en razón de su naturaleza *personal*?

La transferencia del derecho real de usufructo<sup>1</sup>, cuya admisión genera polémica en la doctrina autoral, constituye una potestad jurídica por la que el usufructuario está legitimado para ceder su derecho real transfiriéndolo al cesionario, quien así lo sustituye en la titularidad del usufructo. La cesión de ejercicio del usufructo que legisla el Código Civil en su art. 2870, en tanto mantiene\* incólumes las relaciones jurídico-reales entre el cedente y el nudo propietario dejando subsistente la fianza, no provoca el desprendimiento de la calidad de usufructuario.

El estudio del origen y evolución del usufructo en el derecho romano clásico, la legislación extranjera y su regulación en nuestro derecho vigente, refleja que la causa de su intransmisibilidad, que le imprime la tan predicada inherencia personal y que -entre otras cosas- impide hipotecarlo, se fundamenta en el carácter alimentario del usufructo en sus orígenes. Pero, al desaparecer gradualmente la finalidad asistencial como elemento tipificante y al adoptar el derecho real un perfil económico, se observa la tendencia mayoritaria de las legislaciones modernas a flexibilizar la negociabilidad del usufructo y a alentar su transferencia.

\* N. de R.: este texto fue elaborado durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield.

---

1 Véase nuestro trabajo "Usufructo de Fondo de Comercio", LL, 28 de mayo de 2007, en lo relativo al concepto, clasificación y caracteres del usufructo en el derecho argentino.

En igual sentido se orienta el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial en Argentina del año 2012, el cual sigue las aguas del proyecto de unificación legislativa del año 1998 en este aspecto, al permitir la transmisión, el embargo y la ejecución del usufructo.

Es que no se lesiona el orden público ante la transmisión del usufructo cuando el mismo no satisface necesidades asistenciales, pues, en Argentina, los derechos reales que típicamente cumplen esa función son intrasmisibles por sus titulares, como el derecho real de uso (arts. 2948 y 2959 CC), el derecho real de habitación (arts. 2948, *in fine*, 3573 bis y 2963 CC), y el usufructo legal (arts. 287 y 297, *in fine*, CC), por cuya razón juzgamos de orden público indisponible la prohibición de cesión (arts. 19, 872 y 1449 CC), así como su inembargabilidad e inejecutabilidad por los acreedores.

La transferencia del usufructo tampoco altera las normas imperativas inherentes a su intransmisibilidad hereditaria o las que vedan los usufructos sucesivos, pues el derecho del cesionario o adjudicatario jamás puede exceder la vida del cedente originario o el plazo máximo de duración de la persona jurídica titular. El usufructuario no puede transmitir, cualquiera sea la causa, un derecho mejor o más extenso que el que tiene (art. 3270 CC).

Adviértase que la transmisibilidad del usufructo trasciende el campo teórico, toda vez que, por sus proyecciones prácticas, la cesión del derecho propiamente dicho, al no comprender los fines tuitivos mencionados, puede constituir el contenido de diversos negocios onerosos, no sólo entre personas físicas, sino también mediante su constitución y transferencia a personas jurídicas, como aporte a sociedades, enajenación onerosa o fideicomisos en garantía, entre otros. Pues, en la medida de su valoración cierta, individualización y susceptibilidad de ejecución forzada, el usufructo integra la prenda común de los acreedores en tanto que es un bien patrimonial.

## II. CESIÓN DE EJERCICIO

El art. 2870 CC establece que: “El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo, o ceder el ejercicio de su derecho a título oneroso o gratuito; pero permanece directamente responsable al propietario, lo mismo que el fiador, aun de los menoscabos que tengan los bienes por culpa o negligencia en la persona que le sustituye. Los contratos que celebre terminan al fin del usufructo”.

La primera parte del artículo citado establece que el usufructuario puede dar en *arriendo* el usufructo. Se polemiza, tanto en la doctrina nacional como en la extranjera, si es posible dar en locación un derecho.

Si bien buena parte de la doctrina extranjera admite la locación de un derecho, el criterio no es unánime<sup>2</sup>. La cuestión en los autores nacionales tampoco es pacífica, pues mientras LLERENA y MACHADO admiten la locación de derechos<sup>3</sup>, SALVAT, LAFFAILLE, SEGOVIA<sup>4</sup>, BORDA, REZZÓNICO y ALTERINI la niegan, sosteniendo este último jurista que, al aludir el Código Civil en el art. 1493 sólo a las “cosas” como objeto del contrato de locación y no legislarse sobre los derechos en el lugar apropiado, concluye que el único objeto del contrato de locación son los “objetos materiales susceptibles de tener un valor” (art. 2311 CC)<sup>5</sup>. Coincidimos con el doctor JORGE H. ALTERINI.

El usufructuario está legitimado, además -conforme al artículo que analizamos-, a *ceder el ejercicio* de su derecho real.

Sin perjuicio de admitir la enajenación del derecho de usufructo (arts. 1444, 2813, 2837, 2831 a 2833 y 2882 CC) en el derecho argentino, como lo hace doctrina altamente calificada de nuestro país<sup>6</sup>, digamos aquí que mientras que en la cesión de ejercicio sólo se cede *un derecho personal* y subsiste el derecho de usufructo en cabeza del cedente, lo que le permite conservar la *disponibilidad* de su derecho real, en la enajenación del derecho se transfiere la *calidad de usufructuario* con la totalidad de los derechos, deberes y facultades del usufructuario enajenante.

Respecto del objeto cedido, sin embargo, cierta doctrina alemana entiende que el cesionario de ejercicio adquiere un derecho directo a los frutos y no meramente un derecho de crédito contra el usufructuario para que tolere el ejercicio<sup>7</sup>.

---

2 Así, aceptan el arrendamiento de derechos Planiol, Ripert, Perreau, Baudry-Lacantinerie y Barde, Guillaouard, Aubry et. Rau, Enneccerus y Lehman, Puig Peña, Castán Tobeñas, De Ruggiero, Polacco y Simoncelli, Fabini; y los siguientes códigos: suizo de la obligaciones (art. 275), mexicano (art. 2400), chileno (art. 1916), uruguayo (art. 1777), colombiano (art. 1974). En contra, Barassi, Messineo, Natoli, Fubini.

3 ALTERINI, Jorge, H. “La locación y los derechos reales con función equivalente”, Tesis doctoral, Editorial Platense, 1970, pág. 178, nota 361. Ambos autores citados por Borda.

4 Conf. SEGOVIA, Lisandro. El Código Civil de la República Argentina, su explicación y crítica bajo la forma de notas, t. I, Buenos Aires, 1933, pág. 434, y t. II, pág. 237. Allí alude al argumento del art. 2260 en comparación con los arts. 2241 y 2255 CC.

5 Conf. ALTERINI, Jorge H. Ob. cit., pág. 178.

6 En la doctrina nacional admiten la enajenación del usufructo, es decir, la cesión del derecho propiamente dicho: ALTERINI, Jorge, H. Ob. cit., pág. 172 y sgts.; y Lafaille, Héctor. Ob. cit., nota 67, pág. 427-428, núm. 1363. En contra, admitiendo sólo la cesión de ejercicio: Salvat, Borda, Rezzónico, Bibiloni y Machado y los autores citados en la nota 24.

7 Conf. ENNECCERUS, Ludwig; Kipp, Theodor; y Wolff, Martin. Tratado de Derecho Civil, t. III, “Derecho de cosas”, por Martín Wolff, trad. de Blas Pérez González y José Alguer Bosch, 8ª revisión, Casa Editorial, Barcelona, 1936, y t. II, pág. 103, notas 118, notas 1 y 2. Quienes, luego de criticar la solución del art. 1059, primera parte, del código alemán (en orden a la intransmisibilidad del usufructo, ni siquiera viable mediante negocio ju-

Aun cuando el cedente conserve la calidad de usufructuario en la cesión de ejercicio, sin embargo, el derecho a los frutos no es susceptible de agresión por sus acreedores, pues mediante cesión válida, dicho derecho corresponde al cesionario desde el momento en que su derecho se torne oponible a aquellos.

Los acreedores del cedente sólo podrían embargar el usufructo cedido y hacerse pagar con él (art. 2908 CC) con anterioridad al perfeccionamiento de la cesión a su respecto. Alternativamente, los acreedores podrían demandar la revocación de la cesión (art. 2933 CC) o su nulidad en virtud del carácter simulado que afecta sus derechos (955 y conc. CC). Creemos que la cesión de ejercicio se perfecciona con la suscripción del contrato de cesión y la entrega de la posesión de la cosa o de los instrumentos del crédito o derecho gravado al cesionario. A partir de dicho momento, comienza su derecho a los frutos, siendo además oponible a terceros. Si el usufructo es de créditos o derechos (arts. 2875, 2838 y conc. CC), será necesaria la notificación de la cesión de ejercicio al deudor o al emisor del derecho gravado. En relación al nudo propietario, nos parece que la notificación de la cesión de ejercicio, aun cuando resulte conveniente, la misma resulta innecesaria a los efectos del perfeccionamiento de la cesión, ya que sus derechos permanecen inalterados, pues la cesión no *desobliga* al usufructuario y deja subsistente la fianza (art. 2870 CC).

### III. DURACIÓN DEL DERECHO DEL CESIONARIO (DEL EJERCICIO O DEL DERECHO)

La cesión del ejercicio o del derecho de usufructo no puede alterar las normas de orden público en materia de usufructo que tienden a evitar la desmembración indefinida entre la nuda propiedad y el uso y goce de los bienes, por lo que la ley prohíbe la transmisión *mortis causa* del usufructo y desautoriza los usufructos sucesivos (arts. 2823 y su nota, 2824, 2825, 2920 CC). Con la solución contraria, esa separación podría ser indefinida de verificarse sucesivas cesiones<sup>8</sup>.

---

rídico), admiten que la cesión de ejercicio permitida por la segunda parte del artículo citado, consiste en la transmisión de los derechos de posesión y disfrute que tiene el usufructuario. Para ello, se requiere la entrega de la cosa y, en ciertos casos, la cesión (que es posible sin sujeción a forma o tácitamente) de las pretensiones; por ejemplo, sobre los alquileres en el usufructo de cosas.

8 Conf. ALTERINI, Jorge, H. Ob. cit., pág. 171.

Sin perjuicio de que algún autor<sup>9</sup> cree que, en la cesión de ejercicio del derecho de usufructo, este se extingue con la muerte del cesionario y no con la del cedente, creemos que tanto en la enajenación del derecho como en la cesión de ejercicio, conforme al principio del art. 3270 CC, el derecho del cesionario se extingue con la muerte del usufructuario cedente originario o con la cesación de la personalidad jurídica del cedente primitivo.

Sin embargo, ante la muerte del cesionario, sus sucesores universales (arts. 3417 y 3418 del CC) gozarán del derecho a los frutos como acreedores del crédito objeto de cesión a favor del autor de la sucesión (arts. 503 y 1195 CC) que autoriza a reclamar del usufructuario cedente el uso y goce de los frutos, es decir que no hay transmisión del derecho, sino que se ceden las facultades que él otorga<sup>10</sup>. En la enajenación del derecho, los sucesores universales serán titulares de un derecho real que constituye el objeto de la enajenación o subasta.

Si se pacta un plazo de duración del derecho del cesionario o que el ejercicio se extingue con la muerte del cesionario, frente al cumplimiento del plazo o la muerte del cesionario, el ejercicio del usufructo *revierte* al usufructuario cedente si estuviere con vida (arts. 2825 y 2920 CC) o, en el caso de personas jurídicas, si la reversión tiene lugar vigente el usufructo (arts. 2828 y 2920 CC). En cualquier caso, el derecho del cesionario se extingue al fin del usufructo primitivo (art. 2870, *in fine*, CC). El derecho del cesionario cesará por las demás causas de extinción del usufructo (arts. 2918 a 2947 CC). El proyecto de Código del año 2012, al regular la transferencia del usufructo, establece en el art. 2142, *primer párrafo*, que: "El usufructuario puede transmitir su derecho, pero es su propia vida, y no la del adquirente, la que determina el límite máximo de duración del usufructo...".

#### IV. CESIÓN DE EJERCICIO. RESPONSABILIDAD DEL CEDENTE. FIANZA

De conformidad con lo establecido en el art. 2870 CC, la cesión de ejercicio del usufructo no afecta a los derechos del propietario, pues el usufructuario

---

9 En la doctrina francesa establecida por Proudhon, II, N° 894, seguida por Demante, III, N° 434, sólo se admitía la cesión del ejercicio del derecho, más no el derecho mismo. Pero como enseña Salvat (Ob. cit., pág. 314, nota 103), la doctrina uniforme de todos los demás autores ha rechazado la doctrina de Proudhon para aceptar, en lugar de ella, el principio que sostiene que la cesión recae sobre el derecho mismo del usufructo: el carácter de derecho personal sólo significa que se extingue con la muerte del usufructuario, regla que se aplica aun en el caso de la cesión; es la doctrina de Baudry-Lacantinerie et Chaveau, núm. 540, tex. Y, N° 1 y 2; Colin et Capitant, t. I, N° 782. Lo destacado en la nota nos pertenece.

10 Así lo entiende VENEZIAN, Giacomo. *Usufructo, Uso y Habitación*, t. II, anotado por José Castán Tobeñas, Madrid, 1928, pág. 666, nota 53, número 354.

permanece directamente responsable frente a aquel (lo mismo que el fiador), por los menoscabos que tengan los bienes, aun por culpa o negligencia en la persona que le sustituye.

Se cree que la subsistencia de la fianza contraría el principio de interpretación restrictiva de la misma, en virtud del cual las obligaciones emanadas de la fianza no pueden ser extendidas más allá de los límites en que ha sido estipulada. Nos parece que este argumento no es decisivo, porque el nudo propietario, al reclamar del fiador el pago de perjuicios causados al objeto, no extiende la esfera de responsabilidad que ha contraído. Aunque los hechos perjudiciales no emanen del usufructuario mismo, el fiador ha podido prever que este, en ejercicio de sus derechos, arriende o ceda el usufructo<sup>11</sup>. La extensión de la fianza al cesionario de ejercicio o arrendatario es de fuente legal (art. 2870 CC) y opera aun en defecto de pacto expreso. Sin embargo, las partes pueden convenir lo contrario, pues nos parece que, al no estar comprometido el orden público, puede válidamente pactarse la liberación del fiador en la constitución del usufructo o en el instrumento de cesión. La cesión de ejercicio no es liberatoria de responsabilidad del usufructuario cedente (arts. 2870 y 1596 CC)<sup>12</sup> ni extingue la obligación principal por novación.

Creemos que la calidad de usufructuario se transfiere con la cesión de ejercicio del usufructo *sin reversión*<sup>13</sup> al cedente, es decir, hasta la muerte del cedente originario o por su plazo de duración si es persona jurídica. En dicho supuesto, el cedente no retiene ningún derecho real, pues el ejercicio del usufructo corresponde a quien goza de los frutos gobernando la capacidad económica del objeto gravado. A la misma conclusión cabe arribar en caso de cesión onerosa del ejercicio, pues el precio recibido u obtenible a plazos, como derecho personal que es, no guarda necesaria relación con la aptitud fructífera del objeto gravado al que el cedente es ajeno, pues no conserva ni controla la aptitud actual o eventual productora de frutos. Frente a la cesión de ejercicio sin reversión del mismo al cedente, nos parece que el negocio se identifica, en función de la causa fin del contrato, con la *enajenación del derecho*<sup>14</sup>.

---

11 Ver nota al art. 2870 CC.

12 En la cesión de la locación o subarrendamiento, el art. 1596 CC prevé: "El locatario que subarrienda o cede el arrendamiento, no puede por cláusula alguna, liberarse de sus obligaciones respecto al locador, sin el consentimiento de éste".

13 Utilizamos el término reversión, como sinónimo de "readquisición del ejercicio del usufructo".

14 Pero si la cesión de ejercicio es por un plazo cierto o bajo una condición resolutoria que deba suceder antes de fenecido el usufructo del cedente originario, sí hay reversión del ejercicio al cedente, y tanto el usufructuario como sus acreedores conservan un derecho futuro a los frutos. En este caso, el cedente conserva una suerte de "propiedad directa del usufructo" para readquirir, finalizado el plazo de la cesión de ejercicio, la "propie-

El cedente retiene la calidad de usufructuario cuando conserva una potestad de naturaleza real, como el derecho a la *reversión* del usufructo a su favor, en cuyo caso queda facultado a ejercer todos los actos conservatorios, necesarios y permitidos para salvaguardar la conservación de la substancia, la restitución del objeto y cualquier obligación del cesionario (art. 546 CC).

## V. FORMALIDADES DE LA CESIÓN DEL EJERCICIO

La cesión del ejercicio, al transferir un derecho personal, queda regida, en cuanto a su forma, por lo establecido en el art. 1454 CC, que requiere la forma escrita. No es necesaria la escritura pública, sino que basta un instrumento privado<sup>15</sup>. Sin embargo, si la cesión no revierte el ejercicio al cedente, al asimilarse con la enajenación del derecho, será necesaria la escritura pública en el usufructo inmobiliario (art. 2932 CC).

## VI. QUID DE LA INTRANSMISIBILIDAD DEL USUFRUCTO. LEGISLACIÓN COMPARADA

A través del estudio de la evolución histórica del usufructo, puede sostenerse que en su origen la intransmisibilidad obedeció al carácter asistencial y familiar que tuvo el derecho real. La transferencia del usufructo no sólo ponía en riesgo los medios necesarios para la subsistencia de la familia, sino que implicaba la carga adicional de sus miembros de procurarle recursos necesarios al usufructuario que se desprendía de su derecho real. Estos inconvenientes no se superaban por el precio de la transferencia en caso de cesión onerosa, pues la renta obtenible podía agotarse al desaparecer la aptitud productiva de la cosa fructuaria.

Sin embargo, al adquirir, en una posterior etapa, el usufructo rasgos económicos que trascendieron las necesidades de sustento familiar, los fundamentos que inspiraban su intransmisibilidad debieron desaparecer<sup>16</sup>, a pesar

---

dad útil del usufructo". Además, al no transferir su calidad, el usufructuario conserva la negociabilidad de su derecho.

15 Conf. ALTERINI, Jorge H. Ob. cit., pág. 174.

16 Así se sostiene que en una etapa posterior el usufructo trasciende el plano familiar y se constituye por testamento a favor de terceros, se entrega a título de dote, etc., adquiriendo rasgos de institución económica que se hacen más claros en el decurso del tiempo. Así como en un primer período la estructura familiar y alimentaria explica su intransmisibilidad, al constituirse en un instituto de orden económico debió derivarse la

de que el derecho romano se limitó a permitir la cesión del ejercicio mas no el derecho mismo<sup>17</sup>. El rigorismo se atenúa por una regla del derecho posclásico que establece que el usufructo puede venderse. En D. 7, 1, 12, 2, Ulpiano dice: *Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest: nam et qui locat utitur, et qui vendit utitur* ("Al que se le legó el usufructo puede venderlo a un extraño, incluso contra la voluntad del heredero"). Y en D. 7, 1, 67, Juliano dice: *Cui usus fructus legatus est, etiam invito herede eum extraneo vendere potest*.

Las partidas en la legislación española previeron la intransmisibilidad del usufructo (ley N° 24, tít. 31, parte tercera). El derecho francés, en su art. 595, autoriza al usufructuario a "vender" o "ceder" su derecho a título gratuito. El código chileno (art. 793), el código uruguayo (art. 511) y el código español (art. 480) prevén la enajenación del derecho de usufructo. El código italiano de 1942 permite la enajenación del usufructo (art. 980), alejándose de la solución del código de 1865 que sólo limitaba la cesión de ejercicio (art. 492)<sup>18</sup>. El código portugués permite la transferencia definitiva o temporaria del usufructo, subsistiendo la responsabilidad del cedente (art. 1444); y el código civil mexicano autoriza al usufructuario a enajenar, arrendar y gravar su derecho de usufructo (art. 1002). De la reseña que antecede, puede fácilmente advertirse la tendencia a admitir la transferencia del usufructo en las legislaciones extranjeras.

Respecto del criterio del Código Civil argentino, creemos que lo vertido por el codificador en las notas a los arts. 2807<sup>19</sup>, 3120<sup>20</sup> y 1327, negando la

- 
- admisión de intrasmisibilidad, conf. Venezian, Giacomo. Ob. cit., V. II, págs. 666 y sigs., nota 53; Beltrán De Heredia, J. Revista de Derecho Privado, Madrid, Mayo de 1941, pág. 223, citado por Alterini, Jorge H. Ob. cit., pág. 169, nota 335.
- 17 Conf. MAYNZ, Charles. Cours de droit Romaní, Bruxelles, 1870, pág. 694, nota 136, número 212; Mackeldey, Ferdinand. Elementos de Derecho Romano, Madrid, 1845, pág. 169, en nota 69, número 293; Arangio Ruiz, Vincenzo. Instituciones de derecho romano, Buenos Aires, 1952, pág. 268, nota 1; Jors, Paul. Derecho privado romano, edición refundida por Kunkel, Wolfgang, traducida de la segunda edición alemana por Prieto Castro, Barcelona, 1937, pág. 208, nota 1; Bonfante, Pedro. Instituciones de derecho romano, traducción por Luis Bacci y Andrés Larrosa, Madrid, pág. 340, nota 131, sosteniendo Elvers, que el derecho justinianeo admitió la enajenación del usufructo (citado por Venezian, Giacomo. Ob. cit., pág. 674, en notas 4 y 53). Todos citados por Alterini, Jorge, H. Ob. cit., pág. 169, nota 336.
- 18 Conf. ALTERINI, Jorge, H. Ob. cit., citando la opinión de Pacifici-Mazzoni, quienes, aun bajo la vigencia del viejo código, admitían la cesión del derecho, conf. pág. 170, nota 338.
- 19 En el párrafo sexto de la nota al art. 2807 CC, expresa: "...el usufructo es una propiedad puramente personal, incommunicable que no se puede ceder...", y que "...la cesión que el usufructuario puede hacer a favor de un tercero sin el consentimiento del propietario, no importa sino el ejercicio del derecho y no del derecho mismo inherente a su individualidad. El cedente será siempre el usufructuario titular, sometido a las mismas obligaciones que pesaban sobre él antes de la cesión".
- 20 En el segundo párrafo de la nota al artículo citado, Vélez dice que: "Los derechos reales de usufructo, uso y habitación, no pueden enajenarse ni cederse". Ver también, la nota al

transmisibilidad de los derechos de usufructo, uso y habitación, no conmueve la solución legislativa seguida en los textos<sup>21</sup>, pues no sólo no prohíbe expresamente la cesión del usufructo (art. 1449), sino que permite la cesión de su ejercicio (art. 2870)<sup>22</sup> y legisla la transferencia del usufructo (arts. 2837, 2908 y 2919) o su enajenación (arts. 2931 a 2933). Si VÉLEZ hubiera querido prohibir la cesión del derecho de usufructo, como enseña ALTERINI, lo hubiera hecho, tal como lo legisló en aquellos derechos cuya cesión expresamente veda en el art. 1449<sup>23</sup>.

Parte de la doctrina argentina y jurisprudencia coincidente, niegan la enajenación del usufructo por su carácter personal, admitiendo sólo la cesión del ejercicio<sup>24</sup>, que no implica la transferencia del derecho, sino sólo la constitución de un derecho personal sobre la cosa. De ahí que la cesión que se haga del ejercicio del usufructo implica, a su vez, la entrega de la posesión al cesionario,

---

art. 1327 CC.

- 21 Contradictoria, si se quiere, como en otros casos en el Libro Tercero del Código Civil. En materia posesoria, por ejemplo, sobre cuya naturaleza jurídica nuestra prestigiosa doctrina ha anotado las vacilaciones de Vélez frente a la dicotomía: texto versus notas.
- 22 Que, quiérase o no, y sin perjuicio de la subsistencia de fianza y responsabilidad del cedente, constituye un desprendimiento de su derecho, aunque se califique como “derecho personal a los frutos”, al objeto de cesión; pues no debe olvidarse que es precisamente el derecho a los frutos extraíbles de la cosa, o derecho gravado cuya posesión o cuasi-posesión el cesionario ostenta debiendo conservar su substancia, lo que determina el contenido típico del usufructo (art. 2807 CC).
- 23 Cnf. ALTERINI, Jorge, H. Ob. cit., pág. 173. Reflexiona Alterini que no es del caso discutir si Vélez tenía sobre la materia una u otra posición, lo que interesa es que, en el momento de legislar, queriéndolo o no, admitió la posibilidad de transmitir el derecho de usufructo implícitamente. Ningún otro contradice esa posibilidad; por el contrario, hay algunos que la reafirman con claridad (conf. arts. 2931 y su nota, 2932 y 2933 CC).
- 24 Ver ALLENDE, Guillermo. Tratado de las Servidumbres, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, pág. 201, ap. b); Mariani de Vidal, Marina; y Heredia, Pablo D. Código Civil y normas complementarias, 2ª edición, dirigido por Alberto J. Bueres y coordinado por Elena I. Highton, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. 5-B, pág. 737, N° 1, ap. a); Argañaraz, Manuel J. Su actualización de la obra de Raymundo M. Salvat, Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales, t. III, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1959, pág. 317, N° 1579, nota al pie de pág. 106, a); Areán, Beatriz. Derechos reales, 6ª edición renovada y ampliada, t. 2, Editorial Hammurabi, 2003, págs. 740 y 741, N° 78, ap. 2, punto II; Borda, Guillermo A. Tratado de derecho civil. Derechos reales, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, pág. 45, N° 875; Papaño, Ricardo José; Kiper, Claudio Marcelo; Dillon, Gregorio Alberto; y Causse, Jorge Raúl. Derechos reales, Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 187, ap. D; Lavalle Cobo, Jorge E.; y Fornari, María J. Código Civil y leyes complementarias, t. 11, dirigido por Eduardo A. Zannoni y coordinado por Aída Kemelmajer de Carlucci, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, pág. 1014, N° 9, ap. b), y pág. 1119, N° 3; Pettis, Christian. “El embargo y el derecho real de usufructo”, MJD 3411, 10/4/2008. Además de los autores citados en la nota 6.

quien comienza a poseer en nombre de su cedente<sup>25</sup>. A ello agregan que el supuesto embargo o ejecución por los acreedores lo es siempre del ejercicio, no del derecho propiamente dicho, por idénticos fundamentos. Todo ello, sin perjuicio de que algunos admiten la subasta de derechos<sup>26</sup>, pero niegan la subasta del derecho real de usufructo, pues aunque creen que los derechos pueden ser objeto de remate, no resulta procedente en el caso concreto del usufructo desde que no es posible admitir su transmisión<sup>27</sup>.

No estamos de acuerdo con las opiniones que anteceden, pues coincidimos en que, mediante el reconocimiento judicial de los derechos del acreedor embargante, la sentencia le otorga el derecho a solicitar el desapoderamiento del usufructuario a favor de aquel para su venta judicial. La venta forzosa provoca un cambio de usufructuario en los mismos términos y duración que tenía para el anterior usufructuario, pues la adquisición del derecho real por el adjudicatario no puede otorgarle un derecho mejor o más extenso que el que tenía el titular del derecho real cuya ejecución se promueve<sup>28</sup>. Admitimos la transferencia del usufructo por las razones que expondremos más adelante y reconocemos que la misma puede verificarse en forma voluntaria o forzada. En cualquier caso, creemos que el adquirente o adjudicatario (acreedor o no), sustituirá al cedente en calidad de usufructuario.

---

25 LAVALLE COBO, Jorge E.; y Fornari, María J. Ob. cit., t. 11, pág. 1120, N° 3 y la cita del Supremo Tribunal de la provincia de Corrientes que hace bajo el N° 15.

26 Conf. PETTIS, Christian. "El embargo y el derecho real de usufructo", MJD 3411, 10/4/2008. Luego de preguntarse Pettis si pueden subastarse los derechos, responde afirmativamente, agregando que: "De hecho cuando se saca a la venta un inmueble, lo que se ofrece al mejor postor no es sino el derecho real de dominio que recae sobre esa cosa. Y si sobre el inmueble recaía un usufructo, el objeto de la subasta será de la nuda propiedad. Es decir, que lo que en todos los casos está en juego no son sino derechos...". Sin perjuicio de admitir las posiciones jurisprudenciales encontradas respecto de la subasta que tiene por objeto derechos y acciones hereditarios, el autor citado admite su venta forzada.

27 Conf. PETTIS, Ob. cit., con cita de Mariani de Vidal, Marina y Heredia, Pablo D. Ob. cit., t. 5-B, pág. 792. En otras palabras, si el usufructuario no puede por sí transmitir el derecho del que es titular, mucho menos podría lograrse ese resultado por la vía indirecta de la ejecución forzada. Por ello es que, como acertadamente se ha sostenido, no pueden los acreedores pedir la venta del usufructo ni requerir que se les adjudique en pago de lo que se les debe.

28 Es la postura de BRUSA, Horacio H. y Muñoz, Alicia. "El embargo de usufructo", La Ley Litoral, T° 2000, pág. 1157.

## VII. PROYECTOS DE UNIFICACIÓN LEGISLATIVA. PROYECTOS 1998 Y 2012

El proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio del año 1998<sup>29</sup> y el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012<sup>30</sup> respectivamente, admiten la transferencia del usufructo.

Así, en ambos proyectos, el usufructuario puede transferir el usufructo si el adquirente otorga garantías suficientes. El art. 2042, segundo párrafo, del proyecto del año 1998 establece que: “El usufructuario sólo puede transmitir el usufructo si el adquirente da garantía suficiente al nudo propietario”. A su turno, el art. 2142, primer párrafo, del proyecto del año 2012, dispone que: “El usufructuario puede transmitir su derecho, pero es su propia vida, y no la del adquirente, la que determina el límite máximo de duración del usufructo. Con carácter previo a la transmisión, el adquirente debe dar al nudo propietario garantía suficiente de la conservación y restitución del bien”.

En ambos proyectos se prevé la transferencia voluntaria o forzada mediante el otorgamiento por el adquirente de garantías suficientes de conservación y restitución del objeto. Creemos que, como en el derecho vigente la transferencia del usufructo libera de responsabilidad al enajenante o ejecutado luego de la cesión, el adquirente asume la responsabilidad del enajenante (garantía suficiente) a quien *sustituye* en el usufructo, *subsistiendo* además la responsabilidad del garante, salvo pacto en contrario en el acto constitutivo o en la enajenación.

## VIII. EL USUFRUCTO ES TRANSMISIBLE, EMBARGABLE Y EJECUTABLE

Según puede verse, las razones que impiden la transferencia del derecho real de usufructo, conforme a la reseña histórica estudiada o a las que fundamentan la prohibición de ceder el derecho real de uso y la habitación según el código argentino, radican en el carácter alimentario, de sustento y/o vivienda personal o familiar de los mismos. El art. 1449, primera parte, CC, prohíbe la cesión de los derechos de uso y habitación por la naturaleza personal que el derecho real representa para satisfacer las necesidades de *sustento* del usuario y su familia (art. 2948 CC). Sin embargo, si el uso, habiéndose adquirido a

---

29 Proyecto elaborado por la Comisión designada por el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 685/1995, y cuyos firmantes fueron los doctores Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

30 Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por el decreto presidencial N° 191/2011.

título oneroso, excede las necesidades alimentarias del usuario y su familia, es susceptible de cesión (art. 2959 CC) y, siempre que el usuario no fuese habitador, puede dar en locación el fundo en el cual se ha constituido el uso (art. 2965 CC).

En el mismo orden de ideas, por el carácter *exclusivamente*<sup>31</sup> asistencial y de sustento para el habitador y su familia, la ley prohíbe la cesión del uso de la casa o su alquiler (art. 2963 CC). Por ello, coincidimos en que la intransmisibilidad de la habitación es de orden público y no es susceptible de ser dejada de lado por convención en contrario<sup>32</sup>.

En igual sentido se orienta la prohibición de cesión del uso sobre cosas muebles, en que el usuario sólo puede emplearlas en su servicio personal o en el de su familia, según reza el art. 2964 CC.

En orden a los fundamentos normativos que justifican la intransmisibilidad de los derechos reales de disfrute, nos parece que la prohibición de su cesión, enajenación o embargo *sólo* se justifica como principio legal cuando median motivaciones<sup>33</sup> legales o convencionales de orden público indisponible derivados del carácter de sustento o vivienda del derecho, cualquiera sea el nombre acordado al derecho real. Aceptamos, en consecuencia, la validez de la transferencia del usufructo, por no existir norma legal alguna que expresamente prohíba su enajenación ni por resultar la cesión del derecho contraria al orden público. Sin embargo, cuando del acto constitutivo del usufructo o del análisis por el juez de las circunstancias de su creación surja que el derecho es de carácter alimentario por las razones que prohíben la cesión del uso o la habitación, la cesión del ejercicio del derecho o su enajenación *no* será permitida al usufructuario ni resultará el usufructo embargable ni ejecutable por los acreedores (arg. arts. 1149, 2948, 2959 y 2963 y 2964 CC). Ahora bien, nada obsta que, siendo transferible el derecho, las partes pacten la intransmisibilidad del

---

31 Tal el sentido y alcance de la expresión "...no puede servirse de la casa, sino para habitar él y su familia, o para el establecimiento de su industria o comercio..." a que el art. 2963 CC se refiere. Nos parece que, conforme la tipicidad conceptual de este derecho real, el mismo sólo es válido como tal si, conforme la causa de su creación, resulta que el derecho real sólo satisface las necesidades de sustento o habitación del titular (art. 2502 CC).

32 Es la posición de ALTERINI, Jorge H. Ob. cit., pág. 177. En contra: Borda, Pacifici-Mazzoni, Manresa y Valverde, citados por Castán Tobeñas.

33 La finalidad tuitiva por su carácter alimentario, habitacional o asistencial, puede estar prevista legalmente (tipicidad conceptual), cuando la ley crea un derecho real como la habitación (art. 2948 CC) o le imprime al uso naturaleza inembargable (art. 2959 CC), o en los derechos reales de fuente legal (por ejemplo, arts. 287 y 3572 bis CC). Alternativamente, la intransmisibilidad, inembargabilidad e inejecutabilidad del derecho real puede resultar de la intención válida, no fraudulenta, expresada en el título causal al derecho real (convención o testamento) o bien resultar de las circunstancias fácticas que rodearon su constitución.

usufructo<sup>34</sup>. El convenio de intransmisibilidad *no* transforma en inembargable o inejecutable al usufructo por los acreedores del cesionario pues, a menos que el usufructo revista carácter alimentario, pensamos que la intransmisibilidad de fuente convencional es inidónea para sustraer el derecho real de la prenda común. Cabe preguntarse cuál es la suerte del derecho transmitido frente a la violación del pacto de intransmisibilidad del usufructo. Creemos que la enajenación o subasta del derecho real será *válida* y producirá *plenos efectos* por aplicación analógica del art. 2612 CC, quedando el nudo propietario facultado sólo para exigir acciones personales contra el cedente por incumplimiento contractual.

#### IX. VALOR DEL USUFRUCTO: ¿OBSTÁCULO A SU EJECUCIÓN? ADJUDICATARIO

Una de las cuestiones que suelen alegarse para negar la subasta del derecho de usufructo o su falta de idoneidad como aporte a sociedades<sup>35</sup> lo constituye la supuesta dificultad derivada de su valuación. El cálculo del valor del usufructo no puede concebirse como de concreción imposible, pues con ese criterio no podría constituirse usufructo a título oneroso ni cederse su ejercicio por un precio al no poder fijarse la contraprestación debida.

Adviértase que el usufructo debe ser valorable para permitir al usufructuario contribuir con el nudo propietario a las cargas que durante el usufructo se impongan a la propiedad (art. 2895 CC), pues dicha contribución debe efectuarse en proporción del *valor* de los bienes sujetos al *usufructo* (art. 2897 CC). Lo mismo ocurre al usufructuario gratuito de una parte alícuota de bienes cuando debe pagar las pensiones alimenticias, las rentas, los sueldos y réditos que gravan el patrimonio, en proporción de su *goce* y sin repetición (art. 2898 CC);

---

34 Conf. ALTERINI, Jorge H. Ob. cit., pág. 176, quien cita a Pérez González y Alguer, M. pág. 100, nota 63. Son válidas las prohibiciones de ceder el derecho o el ejercicio, o la prohibición que alcance a ambas. La cesión del derecho de usufructo o de su ejercicio no hace a la esencia del instituto. Por tanto, como la facultad no es de orden público, puede ser dejada de lado por una previsión.

35 Conf. GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Alfonso. "Usufructo. Su aporte a sociedades", "Revista del Notariado", Nº 870, pág. 40. Uno de los mayores cargos que se hacen a la posibilidad de aportar el derecho de usufructo a una sociedad es la dificultad de su valuación, pero eso es una dificultad no un impedimento. De la misma forma que la sociedad puede valuar y adquirir el derecho de usufructo de un inmueble para dedicarlo a su explotación, puede valuar el derecho de usufructo aportado por un socio. La dificultad de fijarle un valor no es una limitante. Hay otros derechos, concesiones y aportes que generan el mismo problema.

o al legatario de usufructo de una parte alícuota de los bienes del testador o la universalidad de una determinada especie de bienes (art. 2901 CC). De ser invaluable el usufructo, habiendo sido objeto de una disposición testamentaria, los coherederos no podrían apreciarlo económicamente a los efectos del ejercicio de la opción a la que se refiere el art. 3603 CC (ver nota).

Basta revisar las normas impositivas nacionales o provinciales para concluir que el usufructo posee valor<sup>36</sup>. Piénsese que la falta de certeza se disipa en usufructos sometidos a plazo cierto, como los constituidos a favor de personas jurídicas, los que no pueden durar más de veinte años. Como se desprende del análisis que antecede, el ordenamiento argentino siempre estima que el usufructo es susceptible de valuación.

Sentada la cuestión del valor del usufructo, nos preguntamos: ¿es posible su embargo? ¿Puede convertirse en ejecutorio el embargo preventivo del usufructo dando lugar a su venta por orden judicial y adjudicación a favor del adquirente en subasta? ¿Debe inscribirse el embargo? ¿Cuál es la naturaleza del derecho del adjudicatario?

La posibilidad de embargo y ejecución del usufructo se centra en una sola cuestión: su transferibilidad que, no mediando impedimento de orden público, creemos haber probado que en el derecho positivo argentino es plenamente transmisible como derecho real.

Respecto de la naturaleza del derecho del adjudicatario en subasta, no hesitamos en afirmar que adquiere un derecho real, sustituyendo al usufructuario ejecutado, pues la subasta importa una venta forzada del derecho mediante intervención jurisdiccional (art. 1234, inc. 4, CC). Consecuentemente, todo lo que digamos en relación a la transferibilidad, de la forma, a los efectos, a la responsabilidad del adquirente, a la cesión contractual y a la subsistencia de garantías en la enajenación voluntaria del usufructo, es igualmente aplicable a la subasta del derecho. El adjudicatario no es un acreedor prendario de frutos ajenos (art. 3204 CC) sobre un objeto en poder del usufructuario ejecutado, ni resulta ser un acreedor anticresista (art. 3242 CC) sobre un usufructo ajeno, aunque ejerza su derecho por la posesión. Tampoco el adjudicatario es acreedor embargante de frutos ajenos cuya posesión ostenta el usufructuario ejecu-

---

36 Conf. GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Alfonso. Ob. cit., pág. 42. Entre otras, la ley N° 11.287 (de impuesto a las herencias, del año 1923) estableció que: "En el caso de un legado o donación de usufructo, el usufructuario pagará el impuesto sobre la suma que resulte multiplicando por diez su renta anual, y el adquirente de la nuda propiedad lo pagará sobre la mitad del valor del inmueble, establecido conforme a las reglas generales, es decir por su valuación fiscal o por tasación judicial...". La ley de impuesto de sellos de la Provincia de Buenos Aires establece que la base imponible a la constitución onerosa de usufructo sobre inmuebles será el precio del 70 % de la valuación fiscal del inmueble.

tado. Por último, la subasta no constituye una cesión de ejercicio del usufructo. La correcta interpretación del art. 2908 CC conduce a sostener que ley le permite a los acreedores *embargar el usufructo* (no su ejercicio) y *hacerse pagar con él* (el derecho propiamente dicho). Así, la norma claramente se refiere a la facultad de los acreedores de adquirir el derecho real. La misma potestad tiene el acreedor, aunque en un escenario extrajudicial, cuando el usufructuario le enajena su derecho en pago de una deuda jurídicamente existente y exigible a efectos de cancelarla (art. 2919 CC, véase primer párrafo de la nota).

El ejecutante acreedor está facultado para hacer vender o adjudicarse el derecho de usufructo, trabando su embargo que, con carácter previo a su subasta, debe obtener emplazamiento registral<sup>37</sup>. Así, adquirente en subasta puede ser el acreedor ejecutante o un *tercero*. Pues el hecho de que la norma legisle el caso de adquisición por el acreedor ejecutante no impide que el usufructo se lo adjudique un tercero distinto del acreedor, como establecen los proyectos de reforma del año 1998 y del año 2012, cuando se refieren al *adquirente*, según veremos.

*El adjudicatario en subasta (acreedor o no) resulta titular de un derecho real de usufructo* como sucesor particular del ejecutado, y causa la adquisición de un derecho propio en la resolución judicial válida y ejecutoriada que, luego de aprobada la subasta del derecho y suscriptos los documentos inherentes a la integración del precio de adjudicación en las condiciones pactadas<sup>38</sup>, ordena la entrega de la posesión de la cosa o los títulos del derecho gravado, la notificación al propietario cedido y la inscripción registral de la transferencia para oponibilidad a terceros interesados, si corresponde.

El título deberá instrumentar la liberación de responsabilidad del ejecutado que se sustituye por la del adquirente, además de la subsistencia de las garantías o su eventual sustitución, y deberá también dejar constancia de la notificación al propietario cedido a los efectos del perfeccionamiento de la subasta<sup>39</sup>.

---

37 Conf. FALCÓN, Enrique M. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado, comentado y concordado*, t. III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 735. Con relación al *cumplimiento* de la sentencia de trance y remate, la misma, cuando proviene de una *ejecución forzada* (en la que el deudor no se aviene al pago de lo condenado en la sentencia) conlleva siempre a la obtención de una suma de dinero para abonarle la deuda de esa naturaleza al acreedor, *previo cumplimiento del requisito de la traba del embargo* (art. 561, primera parte, CPCCN). Los *créditos y derechos* constituyen una tercera categoría. *La subrogación, su venta*, o el reclamo directo, según la naturaleza del crédito, serán las modalidades a emplear con dichos embargos, que quedan excluidos de los trámites establecidos para los otros rubros. Lo destacado en la nota nos pertenece.

38 Y demás trámites y operaciones necesarias y previas, tendientes al perfeccionamiento de la venta.

39 Pues creemos que si la enajenación voluntaria es liberatoria de responsabilidad del enajenante, igual solución cabe para la subasta, sin perjuicio del otorgamiento por el adqui-

La ley alude a la obligación de los acreedores de prestar fianza suficiente, más interpretando en sentido amplio que la norma se refiere también al adjudicatario *no acreedor*. El deber existe si se pactó la extinción de la garantía frente a la subasta y no en caso contrario, pues, como principio, la subasta no extingue las garantías al no haber novación sino *sucesión* en la deuda. Podrá tratarse de una garantía real o personal (arts. 2851 y 2854 CC), siempre que no se afecten los derechos del nudo propietario, se conserve la substancia y se asegure la restitución.

El art. 2047 del proyecto del año 1998 establece: "Ejecución por acreedores. Si el acreedor del usufructuario ejecuta el derecho de usufructo, el adquirente del usufructo debe dar garantía suficiente al nudo propietario de conservación y restitución de los bienes". Idéntica redacción prevé el art. 2144 del proyecto del año 2012. En ambos proyectos, la referencia a "*garantías suficientes*", además de mantener el espectro amplio de las mismas, elimina la prohibición de la garantía hipotecaria (art. 2854 CC). Pensamos que en el derecho vigente la enajenación voluntaria y la subasta del derecho, al provocar la transferencia de la calidad de usufructuario, son liberatorias de responsabilidad del cedente o ejecutado, según el caso. La subasta provoca una cesión forzada del contrato que implica una cesión de posición contractual que no modifica el contenido del contrato de usufructo ni altera los derechos del nudo propietario o los del garante, cuyo consentimiento anticipado a la enajenación se presume, según veremos. El derecho real del adjudicatario no podrá exceder la duración del derecho del usufructuario originario.

## X. ENAJENACIÓN DEL DERECHO DE USUFRUCTO

El art. 2931 CC establece: "Se extingue el usufructo por la enajenación que el usufructuario hiciere de su derecho, cuando el nudo propietario lo hiciere del suyo a la misma persona".

El artículo transcrito reglamenta la extinción del usufructo por consolidación en un tercero en virtud de enajenaciones que el usufructuario y el nudo propietario le hicieren recíprocamente del usufructo y de la propiedad. Esta enajenación se llama generalmente *renuncia*, como lo pone de manifiesto Vé-

---

rente de una nueva garantía si así se pactó en el acto constitutivo. Pero, siendo la subsistencia de la garantía de fuente legal, creemos que no se extingue en caso de enajenación o subasta, pues no hay novación sino sucesión en la deuda. El garante debió prever, igual que en la cesión de ejercicio (art. 2870 CC), la sustitución de la persona en el goce, por lo que no extiende los límites de su responsabilidad, salvo pacto en contrario. Véase infra.

LEZ en la nota del art. 2931, en la que además agrega: "...estando el dominio de la cosa dividido entre dos personas, el usufructuario y el nudo propietario, es claro que la enajenación que cada uno haga, es extraña al derecho del otro y que en nada modifica su posición...". El texto legal tiene su fuente en las partidas, L. 24, tít. 31, Part. 3ª, en la Instituta, L. 2, tít. 4, #3 y en el comentario de MARCADÉ al art. 622 del código francés. Existen quienes entienden que el art. 2931 CC alude a un supuesto de doble enajenación, mas no a la renuncia, pues dicha causal de extinción no está allí legislada especialmente<sup>40</sup>. En sentido contrario, se sostiene que la renuncia se encuentra legislada en el art. 2882 CC<sup>41</sup>, además de estar comprendida dentro del art. 2918 CC que contempla todas las causas de extinción de los derechos reales y, por lo tanto, el abandono, que es aplicación de la renuncia<sup>42</sup>.

Nos parece que más allá del alcance del art. 2931 CC, el término renuncia aludido en la nota, es *sinónimo de enajenación*, tal lo allí expresado por VÉLEZ cuando sostiene: "...esta forma de extinción se *llama generalmente renuncia...*". Creemos pues que los términos se usan indistintamente. La renuncia no tiene un régimen uniforme. Si se hace gratuitamente, constituye una liberalidad que se gobierna por las reglas de la donación, por los principios de analogía; y si la renuncia es onerosa, se regirá por las reglas relativas a los contratos por título oneroso (art. 869 CC). Así, según sea el objeto de la contraprestación, regirán en lo pertinente las reglas de la compraventa o de la permuta (arts. 1435 y 1536 CC), siendo de interpretación restrictiva (art. 874 CC)<sup>43</sup>. Como puede verse, la renuncia en estos casos implica una forma de enajenación de la cosa, según las modalidades empleadas. La renuncia, en sentido lato, constituye un acto jurídico por el cual se hace abandono de un derecho propio, cualquiera sea la índole de este<sup>44</sup>. La renuncia constituye un acto jurídico por el que el usufructuario *abandona* su derecho real o lo *transfiere* a un tercero.

---

40 Conf. MARIANI DE VIDAL, Marina. Ob. cit., t. II, pág. 284.

41 Este artículo dice: "El usufructuario no puede exonerarse de hacer las reparaciones necesarias a la conservación de la cosa, por renunciar a su derecho de usufructo, sino devolviendo los frutos percibidos después de la necesidad de hacer las reparaciones, o el valor de ellos".

42 Conf. LAFAILLE, Héctor. Ob. cit., t. II, pág. 481.

43 Conf. LLAMBÍAS, Jorge J.; Benegas, Patricio; y Sassot, Rafael. Manual de Derecho Civil. Obligaciones, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1985, págs. 454 y 457.

44 Conf. LLAMBÍAS, Jorge J. y otros. Ob. cit., pág. 452.

Así, la renuncia puede ser abdicativa o traslativa<sup>45</sup>, expresa o tácita<sup>46</sup>, a título oneroso o gratuito, por actos entre vivos o por disposición de última voluntad, y necesita del concurso de aquel a cuyo favor se establece (art. 868 CC), está sometida a las condiciones formales según el tipo de bien sobre el que recaiga el usufructo (cosa mueble o inmueble, o derecho), y es de interpretación restrictiva.

Agreguemos, por último, que en materia de capacidad el art. 2837 CC, al regular la capacidad para *transmitir* el usufructo, técnicamente admite -sin duda alguna-, la cesión del derecho real propiamente por título oneroso o gratuito.

## XI. ENAJENACIÓN DEL USUFRUCTO. CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL

Mediante la enajenación del derecho de usufructo, el cedente transmite al adquirente un derecho real que contiene potestades e impone deberes al usufructuario que emergen de la ley en virtud de la naturaleza estatutaria del derecho real o, en su defecto, por lo establecido en la convención.

Así, la cesión del derecho real provoca la transferencia del contrato que le sirve de causa. El título al usufructo constituye un contrato consensual (art. 1140 CC), bilateral (art. 1138 CC), innominado (art. 1143 CC) y formal (art. 1184, inc. 1, CC) que genera obligaciones no sólo con anterioridad al nacimiento del derecho real (arts. 2846 a 2861 CC), sino que es fuente de derechos (arts. 2862 a 2877 y 2916 CC) y obligaciones durante su vigencia (arts. 2878 a 2909 CC; 2910 a 2915 CC). Todo ello sin perjuicio de la potestad de las partes del acto constitutivo para desplazar aquellas normas que, sin afectar principios de orden público del usufructo, revistan naturaleza meramente supletoria (art. 2862 CC). De manera que, frente a la enajenación del usufructo, en tanto la misma pro-

---

45 SALVAT, Raymundo M. Ob. cit., pág. 397, nota 227, quien cita a Stolfi. La renuncia puede revestir las dos formas que en la doctrina italiana se las denomina: traslativa, como sería el caso que prevé el art. 2931 CC; y abdicativa, que es la renuncia propiamente dicha y que equivale al abandono del derecho.

46 Conf. SALVAT, Raymundo M. Ob. cit., pág. 397, nota 227, quien cita a Planiol et Ripert, T. III, N° 866. La renuncia puede ser tácita cuando resulte de hechos del usufructuario que permitan conocer con certidumbre la expresión de su voluntad en ese sentido (arts. 918 y 874 CC). Ahora bien, el mero hecho de haber comparecido al acto de venta de la propiedad que el propietario hubiera hecho a un tercero en ejercicio del derecho que le reconoce el art. 2916, no bastaría para demostrar de modo cierto que la ley requiere que el usufructuario ha querido renunciar a su derecho. Ello no ocurriría si la comparecencia del usufructuario al acto de venta de nuda propiedad lo fuera en carácter de testigo que sin oposición, consiente la transmisión de la propiedad plena.

voca el desprendimiento del derecho del usufructuario que pasa al patrimonio del cesionario, nos parece que dicha transferencia se traduce en *una cesión de posición contractual o transmisión del contrato causal*<sup>47</sup>. La afirmación precedente no significa que el objeto de cesión sea únicamente de naturaleza contractual; lo que pretendemos decir es que, al cederse un *derecho real*, dicha transferencia implica *además* la cesión de la posición contractual que le sirve de causa. Ello así, pues pensamos que no se intenta ceder aisladamente el derecho a los frutos o la obligación de conservar la substancia ni la facultad de efectuar mejoras en la cosa fructuaria, sino un *complejo* de derechos, deberes y responsabilidades actuales y eventuales considerados en forma unitaria con trascendencia patrimonial para las partes del contrato causal del que surge el usufructo cuya enajenación se pretende.

Sin embargo, como la cesión contractual implica la transferencia global del contrato base que es fuente de obligaciones, nos preguntamos: ¿deberá el usufructuario responder por los menoscabos causados por el cesionario o adjudicatario luego de la cesión? ¿Es necesaria su exoneración expresa por el nudo propietario?

Pensamos que la cesión contractual no altera los derechos del nudo propietario, pues la misma no hace nacer nuevas obligaciones en el cesionario, sino que consiste en la continuación de las mismas a título de *sucesión*<sup>48</sup>, generada por la transmisión global del contrato causal que asume el adquirente, y provoca la liberación del enajenante o ejecutado<sup>49</sup> sin necesidad de exoneración.

---

47 Conf. ALTERINI, Atilio A.; Ameal, Oscar; López Cabana, Roberto. Curso de Obligaciones, t. II, tercera edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, pág. 276. La transmisión del contrato implica la sustitución del contratante por un tercero, que se coloca en la misma situación jurídica del transmitente. Adviértase que esa transmisión no consiste en la suma de transmisión de créditos más transmisión de deudas, sino en la transferencia integral de la situación jurídica generada por el contrato. La transmisión del contrato es así, en sentido técnico, un aspecto de la sucesión (Colagrosso). Antiguamente se consideraba "atomísticamente" que dicha transmisión sumaba la cesión de crédito y la asunción de la deuda (así, entre otros, Gierke, Enneccerus, Redenti, von Thur); pero hoy se estima que hay un "paso del contrato" (Andreoli) y no la transferencia aislada de los elementos que lo componen. Es decir: "hay un fenómeno unitario, producto de un negocio único, traslativo del complejo de las relaciones jurídicas que lo constituyen" (Puleo; conf. Mossa, Messineo, Colagrosso, etc.). Lo destacado en la nota nos pertenece.

48 Conf. VENEZIAN, Giacomo. Ob. cit., pág. 686. Con la cesión del usufructo no nace una obligación nueva y distinta: hay una sucesión en la deuda; perdura la misma obligación, aunque ahora vaya unida a otro sujeto mediante la transmisión del derecho. Lo destacado nos pertenece.

49 VENEZIAN, Giacomo. Ob. cit., pág. 685. Se pregunta Venezian: ¿deberá (el usufructuario) continuar respondiendo de las modificaciones que sufra la sustancia o de los menoscabos causados por el cesionario, o de la inejecución de las reparaciones ordinarias, o del pago de las cargas relativas a la época en que no disfruta? Y contesta: "El usufructuario no responde de los daños derivados necesariamente de un acto de ejercicio de su dere-

ción del nudo propietario. Sin embargo, respecto de las obligaciones *exigibles* al cedente *antes* de la cesión, si bien pasan al cesionario en la extensión del art. 3266 CC, *no* liberan al enajenante por la transferencia.

Nos parece que si la cesión de ejercicio prescinde de la voluntad del propietario y no extingue la fianza (art. 2870 CC), quiere decir que el hecho que otra persona, en el uso y goce del objeto, pueda *alterar* la sustancia no debe preocupar al propietario al no menoscabarse su posición patrimonial, pues, si no prohibió la enajenación en el acto constitutivo, sabe que el usufructuario responde por una *conducta ajena* en razón de que es titular del derecho real, subsistiendo la fianza.

Agreguemos que el propietario no puede impedir la cesión de ejercicio por el usufructuario ni elegir al cesionario o imponer el plazo de duración de su derecho, pues dichas facultades corresponden exclusivamente al titular del usufructo como corolario de su legitimación (art. 2870 CC). De ello deducimos que resulta siempre previsible al propietario y al garante, que pueda imponérseles la incorporación de un tercero en el uso y goce del objeto gravado. El contenido normal del usufructo abona esta conclusión.

Además, la enajenación, por igual fundamento que la cesión de ejercicio, no modifica los límites de la garantía otorgada por el fiador, pues debe saber que su garantía puede extenderse a los hechos de un tercero durante la vigencia del usufructo<sup>50</sup>. Salvo que, previendo que una conducta ajena pueda modificar su responsabilidad<sup>51</sup>, pacte su liberación en el acto constitutivo o en caso de cesión de ejercicio, enajenación o subasta.

Pero lo fundamental del análisis anterior es que, ante la falta de pacto que impida la enajenación o prevea la liberación del fiador, la *causa del daño*

---

cho, sino únicamente de los relacionados con un hecho suyo culpable, o de los actos que, aumentando la posibilidad objetiva del daño, son por ello causa adecuada de éste; y el acto de la cesión no aumenta esta posibilidad, ni constituye una falta de la prudencia ordinaria que puede emplearse..." (lo destacado nos pertenece).

50 VENEZIAN, Giacomo. Ob. cit., pág. 686. El hecho de la subsistencia del fiador amparando las obligaciones del cesionario no implica ampliar la fianza más allá de los límites en los que se contrató, porque lo que garantiza aquel es el disfrute como un buen padre de familia mientras dura el usufructo, no en tanto goce el primitivo usufructuario. Aun pudo prever la eventualidad de que el usufructuario usara de la facultad que le asistía para enajenar su propio derecho y hacer que otro lo sustituyera en el goce con tanto más motivo cuanto que esta sustitución puede ocurrir sin la voluntad del usufructuario, a consecuencia de la subasta en una ejecución.

51 VENEZIAN, Giacomo. Ob. cit., pág. 687. "...Si la fianza se presta en consideración exclusiva a la persona del usufructuario, puede el fiador precaverse y obligar a este último a no enajenar, o bien procurarse previamente una contra-garantía para el caso de la enajenación. Mas esto atañe a las relaciones internas entre fiador y usufructuario afianzado, y tales precauciones carecen de eficacia para el propietario..."

generadora de responsabilidad del usufructuario o del fiador puede provenir de un *tercero* en el goce del objeto gravado, distinto del usufructuario originario.

El mismo fundamento que provoca la subsistencia de la fianza en la cesión de ejercicio (esto es, la *previsibilidad* que una conducta *ajena* pueda alterar la sustancia), se aplica a la enajenación o subasta del derecho, con la diferencia de que la responsabilidad del cedente, por la *sucesión* que importa la cesión contractual, *se sustituye* por la del adquirente sin menoscabo del derecho del nudo propietario, pues, en la transmisión del contrato, el tercero ocupa el lugar jurídico del transmitente<sup>52</sup> respecto a un complejo de relaciones contractuales consideradas en forma unitaria.

De lo que antecede resulta que la intervención del nudo propietario en el acto de cesión no integra la legitimación del usufructuario enajenante ni es necesaria para su liberación de responsabilidad, que se produce con su sustitución por el adquirente<sup>53</sup>. Así, pensamos que su consentimiento anticipado a la cesión debe siempre presumirse.

En cuanto a su forma, la cesión quedará gobernada por las normas que rigen el contrato de cesión (art. 1454 CC). Sin embargo, creemos que, a los efectos del *perfeccionamiento* de la cesión de posición contractual, será necesaria su *notificación* al propietario cedido por instrumento público o privado de fecha cierta.

En virtud de lo establecido en el art. 2932 CC, cuando el objeto sean cosas inmuebles, la cesión deberá formalizarse por escritura pública, debiéndose *tomar razón* de dicha transferencia para su oponibilidad en el registro inmobiliario, según veremos.

## XII. PROYECCIONES REGISTRALES DE LA ENAJENACIÓN DEL USUFRUCTO. EMBARGO

Creemos que la enajenación del usufructo, cuando el derecho real recaer sobre inmuebles, provoca una *mutación jurídico-real* inmobiliaria, en cuyo caso

---

52 Conf. ALTERINI, Atilio, y otros. Ob. cit., pág. 278.

53 VENEZIAN, Giacomo. Ob. cit., pág. 685. El usufructuario, mediante la cesión o transmisión del derecho, queda libre y el dueño está obligado a admitir un cambio de deudor. Una vez reconocida como infundada la idea de que la constitución del usufructo implica confianza en la persona del usufructuario y admitido que el usufructo es susceptible de cambio (si se considera, por otra parte, que el propietario no elige comúnmente siquiera, sino que se le impone a veces un usufructuario, ni puede reclamar de él otros derechos -de obligación- sino aquellos necesarios para proteger su posición propia patrimonial contra modificaciones mayores de las subsiguientes a la constitución misma del usufructo), no hay porqué rechazar la deducción lógica de que tales derechos le corresponden únicamente contra el verdadero titular actual del usufructo (lo destacado nos pertenece).

la escritura pública (art. 1184, inc. 1, CC) o cualquier otro documento que procediendo a la subasta del derecho transmita el usufructo sobre un inmueble, debe ser inscripto para su publicidad y oponibilidad a terceros. Así, el art. 2° de la ley N° 17.801 determina que: “Se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos: a) Los que constituyan, *transmitan*, declaren, modifiquen o extingan *derechos reales sobre inmuebles*; b) Los que dispongan *embargos*, inhibiciones y demás providencias cautelares...”. El cambio de titularidad con proyección registral no sólo tiene por finalidad divulgar a terceros interesados la información que refleje con la mayor *exactitud y completividad* la realidad extrarregistral sino, además, cumple con el llamado principio de *tracto sucesivo* en materia registral.

Así, el art. 15 de la ley N° 17.801, que legisla el tracto sucesivo, establece: “No se registrará documento en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente. De los asientos existentes en cada folio deberán resultar el perfecto encadenamiento del titular de dominio y de los demás derechos reales registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones”. Resulta claro entonces que, si como predicamos, la transferencia del usufructo provoca el cambio de titularidad del derecho real a favor del adquirente, causando la extinción del mismo para el enajenante, cuando el cedente se desprende de la calidad de usufructuario con las proyecciones analizadas<sup>54</sup>, los terceros interesados de buena fe<sup>55</sup> deberán poder conocer en cualquier momento quién es el titular del derecho real.

Conforme a lo que antecede, forzoso es concluir que el embargo del derecho de usufructo debe siempre obtener *emplazamiento registral*, pues puede modificar la situación registral del derecho por su eventual adjudicación a un tercero, transformando en ejecutorio el embargo inscripto luego de la sentencia de remate. La protección de los terceros que contraten con el cedente o

---

54 La mutación de titularidad de la que deberá tomar razón el registro, será sólo respecto de aquel documento del que resulte la transferencia de la calidad de usufructuario.

55 Para entender el concepto y alcance de terceros de buena fe, véase ALTERINI, Jorge, H. “Gravitación de la Reforma al art. 2505 del Código Civil, con especial referencia a las proyecciones de la tradición y el concepto de terceros”, ED 43-1181; y, del mismo autor, “La buena fe y la publicidad inmobiliaria registral y extrarregistral (con una armonización entre la tradición y la inscripción registral)”, Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, Buenos Aires, 1974; Coghlan, Antonio. Teoría general de derecho inmobiliario registral, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984; y Andorno, L.; Marcolín de Andorno, M. Ley Nacional registral Inmobiliaria 17.801, 2ª ed. Comentada y Anotada, Hammurabi, Buenos Aires. Entre ellos, los acreedores del enajenante o del adquirente, quienes contraten con ambos, sus sucesores universales, la masa de la quiebra, etc.

cesionario o pretendan embargar el derecho real de cualquiera de ellos antes o después de la cesión, torna aconsejable la inscripción registral del embargo. Además, el conocimiento por los terceros del embargo los alerta acerca del carácter *indisponible* del derecho del titular. Agreguemos que, por el carácter meramente declarativo de la inscripción registral en materia inmobiliaria, la titularidad del derecho real no inscripto a favor del adquirente del usufructo es oponible a los terceros *desinteresados* o a quienes *podieron o debieron conocer* la existencia del derecho real por otros medios distintos de la información suministrada por el registro.

Respecto de *muebles registrables* (como automotores -art. 7º, tercer párrafo, y art. 15, tercer párrafo, del decreto ley Nº 6582/1958-, buques -arts. 156 y 159 de la ley Nº 20.094- u otras cosas muebles reguladas por regímenes de inscripción específicos), para cuya constitución o transferencia de derechos reales, embargos y demás medidas cautelares se exige inscripción o anotación registral, tanto la transferencia del usufructo como el embargo constituyen *situaciones registrables*, pues provocan un cambio de titularidad del derecho real inscribible o se afecta el poder dispositivo de su titular.

Creemos que en todos los casos en que la inscripción mobiliaria es de carácter constitutivo no sólo la propiedad del bien o del derecho se adquiere con la inscripción registral, sino también todos los *demás derechos reales desmembrados*, se ejerzan o no por la posesión<sup>56</sup>. Hasta que la constitución o transferencia del usufructo no se inscriba, el adquirente del derecho no habrá adquirido el derecho real aunque se hayan suscripto los instrumentos de constitución o cesión del usufructo y se haya hecho la tradición posesoria. En las acciones de las S.A. (art. 215 de la Ley de Sociedades Comerciales, en adelante LSC), como en las cuotas de las S.R.L. (art. 152 de la LSC) la notificación a la sociedad emisora o la entrega a la gerencia del ejemplar de la cesión e inscripción en el Registro Público de Comercio (art. 156, tercer párrafo, y 156, *in fine*, de la LSC) respectivamente, es *constitutiva* para la sociedad y para los terceros (art. 215 de la LSC, y art. 152, segundo y tercer párrafo y 156, *in fine*, de la LSC). Sin embargo, entre las partes (cedente/cesionario), entendemos que la cesión del usufructo se perfecciona con la firma del contrato de cesión, la entrega al cesionario de su ejemplar, o de los títulos de las acciones o constancias en cuenta y la notificación al nudo propietario cedido, sin perjuicio de ser *inoponible* la cesión a la sociedad y terceros. En todos los casos, el perfeccionamiento de la cesión contractual que implica la enajenación o subasta del derecho requiere notificación al nudo propietario cedido.

---

56 Conf. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Automotores y moto vehículos. Dominio*, Zavalía editor, Buenos Aires, 1992, pág. 179. Cuando un bien es sometido a un régimen de "inscripción constitutiva", todos los derechos reales que se pretenden constituir sobre esa cosa deben tener adecuado reflejo registral, y la simple entrega material no basta para dar nacimiento al dominio ni a las propiedades que de él se desmembran. Lo destacado nos pertenece.

### XIII. FORMA DE LA ENAJENACIÓN

El art. 2932 CC establece que: “La enajenación del derecho del usufructo sobre cosa inmueble, o si el usufructo contuviese algún inmueble, será la escritura pública. Bajo otra forma no tendrá efecto alguno”. Tratándose de inmuebles, será necesario formalizar el acto por escritura pública (art. 1184, inc. 1, CC). La ley establece que, bajo otra forma, no tendrá efecto alguno. La jurisprudencia, por su parte, interpretó que: “El art. 2932 del CC, al exigir la forma de escritura pública para la enajenación del usufructo constituido sobre un inmueble, debe considerarse una reiteración de la exigencia contenida en el art. 1184, inc. 1 del mismo Código, alcanzada en consecuencia por los efectos del art. 1185 del CC, que relativizan el rigor formal”<sup>57</sup>.

Creemos que la nulidad por defecto formal sólo es aplicable a la enajenación gratuita en virtud del carácter *ad solemnitatem* de la forma requerida para esos casos (arts. 1810, 2830 y 2831 CC). Frente a la enajenación *onerosa*, siendo la formalidad meramente relativa, la omisión del requisito formal hace aplicables los arts. 1185 y 1187 CC. En caso de enajenación del usufructo sobre derechos, el acto puede formalizarse mediante instrumento privado (art. 1454 CC).

### XIV. REVOCACIÓN DE LA ENAJENACIÓN DEL USUFRUCTO

El art. 2933 dispone que: “Los acreedores del usufructuario pueden pedir la revocación de la enajenación o renuncia del derecho del usufructuario, sin estar obligados a probar que ha habido un interés fraudulento al hacerse”. Así, la ley *exime al acreedor de probar el interés fraudulento del deudor*. Para que el acto sea juzgado como fraudulento no es indispensable que haya sido ejecutado *con el fin de dañar*, sino que basta que el deudor lo haya hecho *sabiendo que los daña* (nota al art. 2933 CC).

La dispensa al acreedor de probar la intención de dañar en el renunciante sólo es aplicable a la *renuncia gratuita* que hiciera el usufructuario<sup>58</sup>, *mas no a la onerosa*. Ello conforme la fuente del artículo en análisis<sup>59</sup>, en la que MARCADÉ

57 Conf. “Compañía Argentina de Comodoro Rivadavia c. Petroquímica Comodoro Rivadavia S.A.”, CN Com., Sala C, 8/04/1994; LL, 1994-E, 90; DJ, 1994-2-1017.

58 LLERENA, Baldomero. *Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino*, 3ª Edición, t. VIII, Buenos Aires, Librería y Editorial “La Facultad”, 1931, pág 235; en igual sentido Machado y Segovia.

59 Comentario de Marcadé al art. 622 del Código Civil francés y Demolombe, t. 10, Nº 735, en la que Demolombe cita a Marcadé.

expresa: "...no hay necesidad que los acreedores prueben que el acto ha sido en fraude de sus intereses, cuando es una renuncia gratuita y el deudor sabía que empeoraba su situación con esto". De manera que para la procedencia de la revocación de la renuncia onerosa, el acreedor deberá acreditar mala fe del renunciante mediante la prueba de la *intención* de defraudar a los acreedores y de la complicidad en el fraude del tercero con quien haya contratado (art. 968 CC), ánimo que se presume por su estado de *insolvencia*. La complicidad del tercero también se presume cuando *conocía* su estado de insolvencia (art. 969 CC). La complicidad del tercero *no es necesaria* en la renuncia o enajenación gratuita (art. 967 CC).



# Academia Nacional del Notariado



# Las cocheras en el régimen de propiedad horizontal\*

*Marcela H. Tranchini*

SUMARIO: 1. *El objeto del derecho real de propiedad horizontal.* 2. *Edificios con distintos destinos. Expensas diferenciadas. Subasambleas. Subadministradores.* 3. *Las cocheras en el régimen horizontal.* 4. *Reflexiones finales.*

\* Trabajo elaborado por la autora para su exposición en el LXVI Seminario Teórico-Práctico "Laureano A. Moreira", desarrollado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los días 7 y 8 de noviembre de 2013.

### 1. EL OBJETO DEL DERECHO REAL DE PROPIEDAD HORIZONTAL

El objeto sobre el que recae el derecho real de propiedad horizontal es la unidad que, como concepto jurídico, se integra con las partes propias o privativas y su proyección (proporción o cuota) en las partes o cosas comunes, sobre las que confluyen distintos derechos, conformando un objeto único<sup>1</sup>. Ello explica la inseparabilidad que media entre los distintos sectores (art. 3º, III ap., LPH).

Dichas partes, en tanto objeto de un derecho real, deben estar especialmente determinadas. Esa determinación resulta del plano de mensura y subdivisión para someter un inmueble al régimen de propiedad horizontal.

#### 1.1. Partes privativas en la ley vigente

##### 1.1.1. Requisitos

Son sectores, pisos o departamentos -dice la ley-, sobre los cuales sus titulares ejercen un derecho de propiedad exclusivo. Si una parte privativa pertenece a más de un titular estaremos en presencia de una comunidad del derecho real de propiedad horizontal: la copropiedad horizontal.

Dichas partes deben reunir, tal como lo impone el mismo artículo, dos requisitos: ser independientes y tener salida a la vía pública -directamente o por un pasaje común-. Ambos recaudos se vinculan porque no puede pensarse en un funcionamiento independiente de cada sector privativo si no tiene salida a la vía pública. Pero además, la independencia se relaciona con su aptitud de funcionar de manera autónoma, de acuerdo a las características y destino: así una cocina o un baño son ambientes indispensables para una parte exclusiva destinada a vivienda, mas no para un local comercial de una galería sometida al régimen horizontal, en los que aquellos pueden ser partes comunes.

##### 1.1.2. Unidades funcionales y unidades complementarias

La utilización de las expresiones "pisos" o "departamentos" apunta a que ellos tengan como destino el de vivienda, que se comprende por la finalidad socioeconómica que el legislador tuvo en miras al redactar la ley. Por ello las

---

1 Conf. HIGHTON, Elena I. *Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pág. 139; Papaño, Ricardo J.; Kiper, Claudio M.; Dillon, Gregorio A.; y Cause, Jorge A. *Derechos Reales*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990, T. III, pág. 18.

regulaciones locales utilizan otras expresiones que se consideran abarcativas de otros posibles destinos.

En este punto debemos tener presente que en el marco de nuestro régimen federal las normas y reglamentaciones de cada jurisdicción, en uso de las facultades no delegadas a la Nación, tienen su propia sistemática de aplicación de la ley de propiedad horizontal, por lo que suelen diferir en la representación planimétrica, recaudos y designaciones del objeto del derecho real respetando, por cierto, la jerarquía normativa de la ley de fondo. Así, para denominar a las partes privativas recurren a distintos términos como *unidades de dominio exclusivo* o *partes de propiedad exclusiva*, entendiéndose por tales a aquellas que, con salida directa o por un pasaje común a la vía pública, poseen aptitud para funcionar independientemente de acuerdo a sus características y destinos.

A su vez, dichas partes -aquí sí hay uniformidad en su denominación- conforman *unidades funcionales* y, eventualmente, *unidades complementarias*.

La *unidad funcional* es el conjunto de superficies cubiertas, semicubiertas o descubiertas<sup>2</sup>, directamente comunicadas y unidas entre sí, y necesarias para el desarrollo de actividades compatibles y concordantes con el destino del edificio o partes del mismo.

La *unidad complementaria* es también un conjunto de superficies cubiertas, semicubiertas o descubiertas comunicadas entre sí, pero no constituyen una unidad funcional ya que, precisamente, complementan o sirven a aquellas. Es el caso de las cocheras, bauleras, depósitos, e incluso lavaderos y tendedores.

El *polígono* es el conjunto de todas o algunas de las mencionadas superficies ubicado en una planta y cuyo perímetro es separativo de partes de propiedad exclusiva<sup>3</sup>.

---

2 Superficie cubierta es la que estando techada, tiene cerramiento en todo su contorno; la superficie semicubierta, a diferencia de la anterior, tiene su contorno parcialmente cerrado; descubierta es la que carece de techo.

3 El polígono puede ser de propiedad exclusiva (funcional o complementaria) o común, pero sólo al primero se le asigna una identificación. Los polígonos de unidades funcionales y complementarias llevan usualmente una designación de dos pares de cifras. El primer par sirve para identificar el piso: cero para la planta baja, cero uno para el primer piso, y así sucesivamente; el segundo, separado del primero por un guión, determina el polígono dentro de su planta y se forma siguiendo un orden correlativo comenzando con cero uno en el frente del edificio y avanzando hacia su interior en forma progresiva. Las unidades funcionales se designan por números correlativos en todo el edificio comenzando por el número "uno" desde la planta de cota más baja y guardando un orden que esté en relación con su distribución. Las unidades complementarias se designan con números romanos y otras veces con letras.

### 1.1.3. Análisis especial de las unidades complementarias

Puesto que la unidad complementaria es una de las posibles configuraciones planimétricas de las cocheras destacaremos algunos aspectos de su régimen<sup>4</sup>.

a. Pueden o no estar vinculadas a una unidad funcional determinada. Estas unidades no se asignan necesariamente a una unidad funcional específica, sino que depende de lo que se acuerde en el reglamento de copropiedad y administración. Así puede ocurrir que en el reglamento las unidades complementarias lo sean de determinadas unidades funcionales (por ejemplo, la unidad complementaria "N" lo es de la unidad funcional "uno", la unidad complementaria "B", de la unidad funcional "Dos", etc.) o que esa vinculación ocurra con posterioridad al otorgamiento de aquel, cuando se adquiere una unidad funcional y una complementaria, por ejemplo: Pedro compra la unidad funcional "Uno" y la unidad complementaria "A".

b. El titular de una unidad funcional puede adquirir una o varias y las unidades complementarias pueden ser de titularidad de una sola persona o estar en condominio. Por cierto que el propietario de una unidad funcional puede adquirir una o más unidades complementarias. A su vez cada unidad complementaria puede pertenecer en condominio a dos o más titulares de unidades funcionales, o incluso a todos ellos; en este caso no estamos frente a los sectores comunes a los que caracteriza y enumera el artículo de la ley 13.512<sup>5</sup> y que corresponden en condominio de indivisión forzosa de todos los consorcistas, sino frente al condominio regulado por el Código Civil, aunque con las particularidades que luego se abordarán.

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

Es que las partes privativas y comunes integran, como dijéramos, un objeto unitario y por tanto inescindible lo que conduce a que sólo las primeras, por su aptitud para funcionar independientemente y pertenecer a propietarios distintos, tengan identidad registral y catastral propias; en cambio las partes comunes, aunque descriptas en el plano carecen de tales atributos: no tienen designación como sí ocurre con las unidades funcionales o complementarias y

---

4 Sobre el origen histórico de las unidades complementarias puede consultarse VILLARO, Felipe O. "Derecho Registral Inmobiliario", en *Función Notarial*, T. 2, Coord. Etchegaray, Natalio P., Astrea, 2010, págs. 235 a 237.

5 Conf. PAPAÑO, Ricardo J. y ots. Ob. cit., pág. 21.

tampoco son objeto de matriculación en el Registro de la Propiedad. La relación inescindible entre partes propias y comunes lleva a que en “la transferencia, gravamen o embargo de un departamento o piso se entenderán comprendidos esos derechos, y no podrán efectuarse estos actos con relación a los mismos, separadamente del piso o departamento a que accedan” (art. 3º, III ap.).

En cambio la unidad complementaria es accesoria a la o las unidades funcionales; así están concebidas en las normas locales y en los planos de propiedad horizontal, pues tienen por objeto asistir a las unidades funcionales añadiéndoles a estas la posibilidad de mayores beneficios. Por ello los reglamentos contienen como restricción una nota de plano que consigna que “...las unidades complementarias en ellos detalladas, sólo pueden ser objeto de propiedad exclusiva, por titulares de alguna o algunas de las unidades funcionales del edificio; y que tal circunstancia debe constar en el reglamento de copropiedad y administración y ser transcrito en todas las escrituras traslativas de dominio”. De esta forma se impide a sus titulares transmitir las a personas ajenas al edificio.

No se nos escapa que esta restricción administrativa de orden local, por su propia índole, encontraría un lugar adecuado en una futura reforma de la ley de fondo, pero no menos cierto es que ellas son asumidas por los particulares al otorgar el reglamento que, de tal manera, se autolimitan. Es el titular de dominio (o los condóminos) del terreno quien al decidir la afectación al régimen puede escoger si los sectores destinados a cocheras o a bauleras, serán configurados como unidades funcionales o complementarias, o aún si se ubicarán en sectores comunes, en la medida que se cumpla con los recaudos exigidos por las normas locales.

La accesoriadad impuesta a la unidad complementaria no implica en manera alguna negar su individualidad, su carácter independiente, entendiendo por tal la aptitud para funcionar autónomamente de acuerdo a su destino. Por ello es que, al igual que las unidades funcionales, tienen una determinación catastral propia (composición y superficie) y una designación<sup>6</sup> en el plano de propiedad horizontal, que tiene reflejo en los registros inmobiliarios (art. 10, ley 17.801).

Asimismo tienen una proporción con relación a los bienes comunes (art. 3º, II ap., ley 13.512), sus titulares tienen a su cargo el pago de expensas comunes (art. 8º) y participan en las asambleas. Así, si en el reglamento los votos se computan por unidad, el dueño de una unidad funcional y una complementaria tendrá dos votos<sup>7</sup>.

---

6 Ver nota 8.

7 El art. 10 de la ley 13.512 establece que los votos se computarán en la forma que prevea el reglamento y, en su defecto, se presumirá que cada propietario tiene un voto. La doctrina en forma unánime interpreta que la presunción debe entenderse referida a cada unidad.

Las unidades complementarias son accesorias en el sentido expuesto por el artículo 2327 del Código Civil ya que no obstante su individualidad, se hallan relacionadas de tal manera con las unidades funcionales que no es posible concebirlas sin la existencia de unidades funcionales<sup>8</sup>. Por ello es que un edificio puede estar sólo integrado por unidades funcionales pero nunca exclusivamente, por unidades complementarias.

En consecuencia: a) únicamente puede transferirse en forma independiente de la unidad funcional a la que accede para convertirse en complementaria de otra unidad funcional. b) Tampoco se podría -al menos en teoría<sup>9</sup>- transmitir la unidad funcional sin la unidad complementaria<sup>10</sup> a menos que simultáneamente su dueño transmita esta última a otro titular de una unidad funcional del mismo edificio, o la destine a complementar otra principal que ya tiene o adquiere en el mismo acto. c) Así como no pueden transmitirse a terceros ajenos al consorcio, a nuestro juicio no pueden hipotecarse<sup>11</sup> pues en caso de ejecución cabría la posibilidad de que sean adquiridas por personas ajenas al consorcio.

d. Actos jurídicos de los que pueden ser objeto las unidades complementarias.

---

8 AREAN, Beatriz. *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, T. 5, dirigido por Alberto J. Bueros y coordinado por Elena I. Highton, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, pág. 39, donde Highton, Elena I. y Wierzba, Sandra refieren que la accesoriedad no implica negarle a la cosa que reviste tal carácter, su individualidad.

9 Ver punto e) de este acápite.

10 Conf. HIGHTON Elena I. *Propiedad Horizontal...* cit., pág. 86. Contra, Villaro, Felipe O. Ob. cit., pág. 239, entiende, con argumento en el art. 1197 del Código Civil y 19 de la Constitución Nacional, que no se puede obligar al adquirente de una unidad funcional a que adquiera la complementaria asignada a ella, como tampoco exigir al transmitente de una unidad funcional a que la enajene a un tercero. No obstante la fuerza del argumento, creemos que la cuestión debe ser planteada desde otra óptica. En cuanto al enajenante, porque no puede desconocer el reglamento en el que se consignó la restricción de la unidad y que es parte integrante de su título. En cuanto al adquirente, por cierto que no está compelido a aceptar la unidad funcional junto con la complementaria y por tanto no le queda más que buscar otra alternativa en el mercado inmobiliario.

11 Así se resolvió que no procede la toma de razón en el Registro de la Propiedad Inmueble de las hipotecas constituidas sobre los espacios destinados a guarda de automóviles ubicados en el sótano del edificio y un baño que está en la planta baja del edificio sometido al régimen de la ley 13.512, por cuanto se trata de partes complementarias o accesorias de la cosa principal no susceptibles de ser hipotecadas (arts. 2º, 3º ap. 3, 4º y 14 de la ley y arg. art. 3110 CC). Además como el consorcio ha establecido que esas unidades sólo pueden ser objeto de dominio exclusivo por los titulares de las unidades funcionales, si se advirtiera la constitución del citado gravamen podría ocurrir que se violara la citada norma ya que en caso de ejecución cabría su adquisición por terceros, ajenos al consorcio, al venderse en subasta pública. CNCiv., Sala D, autos "Wuille-Bille, Horacio A.", La Ley, 10/7/73, fallo Nº 69.154, T. 1, 51; Revista del Notariado Nº 730, julio-agosto, 1973, pág. 1587. Por el mismo fundamento tampoco podría embargarse separadamente de la unidad funcional a la que acceden.

Sin embargo la accesoriedad predicada es sólo parcial<sup>12</sup> pues nada obsta a que el titular de la unidad complementaria -salvo que ello esté prohibido en el reglamento-, constituya derechos reales de disfrute o dé en arrendamiento o comodato la unidad complementaria a terceros ajenos al consorcio, sin hacer lo propio con su unidad funcional<sup>13</sup>. Y, a la inversa, puede realizar esos actos jurídicos sobre esta última, sin comprender a la unidad complementaria.

e. Registración de las unidades complementarias.

No existe uniformidad en el tema: así, en la provincia de Buenos Aires tienen matrícula propia lo que conduce a que en muchas ocasiones se transmita la unidad funcional, sin incluir la unidad complementaria, dejándola en una situación anómala, pues pertenece a quien ya no es titular de ninguna unidad del edificio. Ello no ocurre en otras provincias, como Jujuy, donde se registran en la matrícula de la unidad funcional a la que acceden, o en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a tenor de lo dispuesto en el art. 117 del decreto 2080/80 modificado por decreto 466/99<sup>14</sup>.

## 1.2. Partes comunes en la ley vigente

El art. 2º de la ley define y enumera las partes comunes.

Su primer párrafo dispone que son partes comunes el terreno y las partes y cosas de uso común del edificio, o indispensables para mantener su seguridad.

Así el artículo nos brinda dos pautas para la determinación de las cosas comunes: que ellas sean de uso común del edificio o indispensables para su seguridad. La noción de cosas de uso común del edificio abarca tanto las cosas que aunque no sean necesarias están incorporadas como comunes (adornos del hall de entrada o de los pasillos) como aquellas que son necesariamente de uso común, sin las cuales no podría existir el sistema (por

---

12 VILLARO, Felipe O. Ob. cit., pág. 238. Califica a la accesoriedad como limitada.

13 Conf. SING, Víctor. "La unidad complementaria en el acontecer registral", Revista del Notariado N° 818, págs. 769 a 780; Highton, Elena I. *Propiedad...* cit., pág. 86.

14 Dice el artículo: "Las unidades complementarias no son susceptibles de ser registradas en forma independiente sino vinculadas como accesorias de una unidad funcional, con excepción del supuesto en el que se transmitan a quien fuere titular de una unidad funcional en el mismo edificio, o la adquiera simultáneamente. En tal caso, la unidad complementaria quedará asignada a la funcional de propiedad del adquirente". También puede ocurrir que el titular de la unidad funcional a la que está asignada la complementaria, sea propietario de otra unidad funcional, en cuyo caso deberá reasignarla a esta última. Sobre los aspectos registrales de las unidades complementarias, puede profundizarse en: Víctor Sing. "La unidad complementaria..." cit., pág. 769; Villaro, Felipe O. *Derecho Registral...* cit., pág. 235.

ejemplo, pasillos de salida a la vía pública, hall de entrada). La otra pauta es que las cosas sean indispensables para la seguridad del edificio, tal el caso de las vigas y los muros maestros que sostienen y constituyen la estructura del edificio.

Luego el mismo artículo enumera en 5 incisos aquellas cosas que se consideran comunes por cumplir con uno u otro de los patrones referidos. Se aclara además que la enumeración no tiene carácter taxativo.

### 1.3. Proporciones

El mismo art. 3º de la ley, en su segunda parte, determina una relación proporcional entre el valor de la parte privativa y el derecho de cada propietario sobre las partes y cosas comunes.

En este punto conviene destacar que la ley hace referencia a tres tipos de proporciones que, para su debida distinción, denominamos como sigue:

a) Proporción de dominio: surge del art. 3º de la ley y se ratifica en el art. 3º, inc. 2 del decreto 18.734/49 que impone consignarla en el reglamento. Refleja el derecho de cada propietario sobre los bienes comunes en forma proporcional al valor del departamento o piso. Dicho valor, agrega el primer artículo citado, “se fijará *por acuerdo de partes* o en su defecto por el aforo inmobiliario, a los efectos del impuesto o contribución fiscal” (las bastardillas nos pertenecen).

La proporción de dominio adquiere especial relevancia en los casos de destrucción (art. 12), vetustez (art. 16) y desafectación voluntaria por parte de los consorcistas.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la proporción de dominio se registra en el folio asignado a cada unidad. No ocurre lo propio en la Provincia de Buenos Aires.

b) Proporción fiscal: resulta del párrafo precedentemente transcrito. Es el que fija el organismo estatal competente a los efectos del impuesto o contribución fiscal y, salvo convención en contrario, es el que determinará el valor del piso o departamento.

c) Proporción para el pago de expensas: resulta del art. 8º de la ley y el art. 9º, inc. a) impone consignarlo en el reglamento, prescripción que se reitera en el art. 3º, inc. 6) del decreto reglamentario. Se fija al efecto de determinar la proporción en que contribuirán los consorcistas para el pago de las expensas comunes. Dicha alícuota será, salvo convención en contrario, proporcional al valor de su parte privativa<sup>15</sup>.

---

15 A ello cabe añadir que en virtud de lo establecido por el artículo 10 de la ley, el valor del voto en las asambleas podrá estipularse en el reglamento en función de la proporción

Como se desprende de la lectura de los arts. 3º y 8º, las tres alícuotas coincidirán en tanto no se convenga lo contrario.

Es usual que en el reglamento se tome como proporción de dominio y de expensas el determinado por el fisco lo que, en principio, resulta lógico pues su determinación obedece a criterios estrictamente técnicos.

Pero ello no es óbice para que, de acuerdo a las características de cada edificio, los interesados opten por otras alternativas, claramente habilitadas por la propia ley (ver N° 2.1.).

Esta distinción de proporciones, amparada en normas de la ley que son sólo supletorias de la voluntad de las partes expresada en el reglamento, resulta elogiada en cuanto posibilita su adecuación a los diversos casos que encuentran cabida en el régimen vigente.

## 2. EDIFICIOS CON DISTINTOS DESTINOS. EXPENSAS DIFERENCIADAS. SUBASAMBLEAS. SUBADMINISTRADORES

### 2.1. Expensas comunes y diferenciadas

La imposibilidad, en el marco de la ley vigente, de la existencia de partes comunes sólo a algunas unidades o a sectores con distintos destinos, no es óbice para que se establezcan expensas diferenciadas por sector.

Recordemos que las expensas son los gastos que demandan la conservación y mejoramiento de las cosas, partes y servicios comunes. Y el reglamento debe determinar la forma y proporción de la contribución a los gastos comunes (art. 9º, inc. c de la ley). La proporción es, salvo pacto en contrario, la que tiene cada propietario en las partes comunes (proporción de dominio), tal como resulta del art. 8º y su reenvío al art. 3º.

Puede, como ya hemos expresado, convenirse una proporción para el pago de expensas distinta a la proporción de dominio, lo que resulta altamente conveniente en los supuestos que venimos analizando.

Si partimos de la base de que el pago de las expensas comunes por los consorcistas nace de la ley pues hacen a la esencia del régimen y todos deben contribuir a su pago (art. 8º, ap. I de la ley), la diferenciación debe obedecer a pautas objetivas y no a un simple deseo del propietario del edificio que previendo quedarse con algunas unidades, les disminuye sensiblemente la proporción

---

de dominio y aun de la proporción para el pago de expensas para ciertos asuntos en el supuesto de que ambas no coincidan.

o las exime directamente de pagar expensas<sup>16</sup>. La jurisprudencia no es pacífica en cuanto a la posibilidad de modificación por vía judicial del reglamento, para contemplar la dispensa: en algunos fallos se ha admitido esa vía, mientras que en otros se ha considerado que el juez sólo puede actuar para corregir excesos o para integrar asambleas remisas, pero no para modificar el sistema previsto por el reglamento y sostenido por la mayoría de los consorcistas. Admitida la posibilidad de modificación judicial del reglamento a efectos de la exención de determinadas expensas, en muchos casos se han distinguido los *gastos de uso de los de conservación* de las cosas o servicios comunes<sup>17</sup>.

Estas situaciones pueden evitarse si el reglamento de un edificio con sectores, e incluso torres diferentes, contempla sus particulares circunstancias. En tal caso, la pauta objetiva no puede ser otra que la exención de ciertos gastos de uso de cosas o servicios que no se utilizan.

Pueden utilizarse dos criterios:

Uno, que denominaremos *cualitativo*, donde se distinguen dos o más proporciones: en la "Proporción I" se incluye a todas las unidades (tanto las destinadas a vivienda que incluso pueden tener entrada independiente, como a locales de la galería de planta baja o cocheras ubicadas en los subsuelos), coincide con el porcentual de dominio y se aplica para una serie de gastos que se enumeran y que son la mayoría: gastos de administración, gastos de reparaciones y conservatorios, mejoras, sueldos y cargas del personal de portería, impuestos, tasas y contribuciones que graviten sobre el bien. En la "Propor-

---

16 Así se ha resuelto que: "En el régimen de propiedad horizontal la obligación al pago de expensas comunes nace de la ley, porque en suma constituyen la esencia misma del régimen de propiedad horizontal, sin cuya observancia el mismo no tendría el funcionamiento que la ley le asigna. Siendo ello así, no cabe en general, liberación de la obligación a la contribución de expensas comunes, salvo el acuerdo de partes limitado a la determinación de las bases (valor y uso), sobre las cuales ellas deben apreciarse". CApel CC Rosario, Sala 1, 14 de noviembre de 1979, "Consortio de copropietarios del Edificio Departamentos Bel - Air c. Czerweny S.A.", Zeus, 20-232.e.

17 En tal sentido se ha justificado la exención de los gastos de uso del ascensor (vgr. electricidad) y no los gastos de su conservación o reparación, pues como cosa común corresponde a todos y su mal estado influye en el valor venal de las unidades. Sobre las interpretaciones judiciales contradictorias pueden consultarse con provecho a Bendersky, Mario J. "Las expensas no comunes a todas las unidades que integran un inmueble sujeto al régimen horizontal", La Ley, T. 1978 B, pág. 571, en el que analiza dos fallos de las Salas A y B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en autos "García José A. c. Consortio de Propietarios Güemes 4484/ 86" y "Chinni, Juan Emilio c. Consortio de propietarios del edificio de la calle Uruguay 763/767 sobre Sumario Anulación Cláusulas Reglamentarias", respectivamente. En ambos casos los titulares de unidades cuyo destino es el de locales comerciales, recabaron judicialmente, ante el fracaso de sus reclamos al consorcio, que se les eximiese de contribuir a los gastos de ciertos servicios que alegaban no utilizar, con la consiguiente reforma reglamentaria que ello implicaría.

ción II”: se excluye a las unidades destinadas a locales comerciales y cocheras y se les asigna una mayor a las restantes unidades (las destinadas a vivienda) que proporcionalmente absorben el porcentual de los locales. Se aplica a los siguientes gastos: consumo de fuerza motriz y electricidad de las plantas destinadas a vivienda, de uso del ascensor, de aseo de pasillos y hall de entrada a las viviendas, su pintura y decoración, entre otras. Y, siguiendo el ejemplo un “Porcentual III”, para los gastos que son soportados exclusivamente por los titulares de las cocheras ya que responden a servicios y mantenimiento de las partes que sólo ellos utilizan.

Otro, *cuantitativo*: directamente no se aplica a las expensas la proporción de dominio, sino que se crea otro nuevo en el que se le calcula una menor proporción a los locales o las cocheras (por ejemplo el sesenta por ciento de su proporción de dominio) y lo que se le quita a ellos se distribuye proporcionalmente entre las unidades destinadas a vivienda. En este caso no hay dos proporciones para expensas, sino sólo una. Esta alternativa es recomendable para los edificios que tienen un destino predominante de vivienda, uno o dos locales con salida a la vía pública directa y alguna cochera (ver el punto siguiente, letra b).

*Textos sugeridos:*

a. Identidad de proporciones:

“CLÁUSULA...: UNIDADES DE PROPIEDAD EXCLUSIVA: UNIDAD FUNCIONAL UNO, integrada por el polígono CERO CERO - CERO UNO, superficie cubierta total para el polígono y la unidad funcional de cuarenta y tres metros noventa y seis decímetros cuadrados. PROPORCIÓN: 3,80 por ciento...”.

“CLÁUSULA...: PROPORCIONES: El valor proporcional de cada unidad con relación al valor del conjunto del edificio, su proporción en los gastos y expensas comunes y el valor de su voto en cada asamblea es el que se menciona en la cláusula anterior”.

b. Dos proporciones distintas: ejemplo de un edificio con unidades destinadas a vivienda, otras a guardacoches y una a local de negocio ubicado en planta baja y con acceso directo a la vía pública. En este caso se propone un criterio cuantitativo<sup>18</sup>.

“CLAÚSULA...: DESTINO DE LAS UNIDADES: las unidades funcionales tres a quince, a cocheras; las unidades funcionales dos y dieciséis a cuarenta y tres, a vivienda familiar; y la unidad uno, a local de negocio.

---

18 Sobre los modelos con criterios cuantitativos puede consultarse el de la Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal y el sugerido por Jaime Giralt Font, en el Seminario de la Academia Argentina del Notariado, 7 y 8 de junio de 1990.

CLÁUSULA...: PROPORCIONES: estando el edificio integrado por una unidad destinada a local de negocios, por unidades de vivienda y unidades destinadas a cocheras, lo que trae aparejado un uso diferencial de ciertos sectores y/o servicios del mismo, las unidades tendrán dos porcentuales, a saber: Unidad funcional UNO: I) 3,80 por ciento. II) 0,95 por ciento. Unidad funcional TRES: I) 0,04 por ciento. II) 0,01 por ciento... Unidad funcional DIECISEIS: I) 3,74 por ciento. II) 3,96 por ciento...

CLÁUSULA...: APLICACIÓN DE LAS PROPORCIONES: el valor proporcional de cada unidad con relación al valor del conjunto es el que menciona la cláusula anterior como porcentual I). La proporción para el pago de los gastos y expensas comunes es la que menciona para cada unidad la cláusula anterior como porcentual II). El valor del voto en las asambleas para las decisiones relacionadas con el uso, goce y disposición de los bienes comunes se aplicará el porcentual I); para las que se refieren a la administración, los gastos y expensas comunes, se aplicará el porcentual II); en caso de duda se aplicará el porcentual I).

CLÁUSULA...: EXPENSAS: los gastos y expensas comunes del edificio serán soportados por todos los propietarios de unidades conforme la proporción que establecen las cláusulas... y... (la 2º y 3º cláusulas transcriptas).

CLÁUSULA...: ASAMBLEAS: ...j) quórum: el quórum necesario para sesionar se fija con la asistencia de los titulares de unidades que totalicen más de la mitad de los votos computables conforme al porcentual I) al que refieren las cláusulas... y... (la 2º y 3º cláusulas transcriptas). k) Cómputo de votos: cualquiera sea la clase de asunto sometido a consideración de la asamblea, así como la mayoría exigida por este reglamento el valor del voto de cada propietario se establece de acuerdo a lo estipulado en la cláusula... (la 3º cláusula transcripta)".

### **2.2. Subasambleas y subadministradores**

Los órganos obligatorios del consorcio son la asamblea y el administrador. Pero cuando se trata de edificios con distintos sectores determinados por su destino (viviendas, oficinas, espacios guardacoches, locales comerciales), incluso distribuidos en cuerpos independientes de edificación, resulta de utilidad no sólo la previsión de expensas diferenciadas, sino también la creación de subasambleas, subadministradores e incluso consejos de administración divididos por sector. Mediante este mecanismo se otorga mayor descentralización funcional, económica y administrativa a los grandes consorcios.

Pensemos que si en un edificio con un único destino o con otro destino complementario ya resulta difícil reunir el quórum y las mayorías necesarias<sup>19</sup> a lo que se añade la indiferencia de muchos miembros del consorcio, o los antagonismos entre muchos de ellos, esos problemas se acrecientan cuando se trata de los edificios en los cuales hay diversidad de destinos en las unidades, sectores diferenciados o distintas torres.

Las dificultades apuntadas se reducirían en mucho si las cuestiones que interesan exclusivamente a un determinado sector o grupo de unidades fueran decididas por el voto de sus respectivos titulares y pagadas por estos últimos.

El único recaudo es que ello esté adecuadamente previsto en el reglamento, de acuerdo a las circunstancias particulares de cada edificio, mediante:

1. Un esquema que prevea un sistema diferencial en cuanto a las asambleas que tienen que decidir las cuestiones que interesan exclusivamente a

---

19 Quórum es el número de individuos o de votos necesarios para deliberar. Mayoría es el número mínimo de votos favorables con que debe contar una resolución a fin de considerarse aprobada por la asamblea, con el efecto de resultar obligatoria también para ausentes y disidentes.

Pero en la ley las mayorías se computan sobre el total de los consorcistas y no sobre los presentes. En efecto, la ley alude a mayoría de propietarios (art. 10, II ap.) y no a mayoría de propietarios presentes. Por tanto el quórum mínimo se forma con la presencia de las mayorías exigidas por la ley o el reglamento.

La mayoría mínima establecida es entonces más de la mitad de los votos (computados por unidad, por valor y aun por la doble mayoría de unidad y valor, según lo determine el reglamento y, en su defecto, conforme al artículo 10, los votos se cuentan conforme al primer criterio, sobre el total de los propietarios y no la simple mayoría que es una mayoría relativa que se forma con el mayor número de votos, no con relación al total de estos, sino al número que obtiene cada una de las opiniones votadas. De manera tal que en la ley vigente, el quórum mínimo es el de más de la mitad de los propietarios. Por ello carecen de valor las cláusulas reglamentarias que estipulan que la reunión se hará en segunda convocatoria con los que concurran, cualquiera sea su número.

Para modificar el reglamento la ley dispone una mayoría no menor de los dos tercios sobre el total de los propietarios (art. 9º, 1º párrafo). Se trata de una mayoría legal mínima que puede aumentarse convencionalmente por una cláusula del reglamento.

Si bien la ley no dispone otra mayoría que la del citado art. 9º, la doctrina en forma unánime considera que esta prescripción es aplicable en la medida que la modificación afecte cláusulas reglamentarias. En cambio, la modificación de cláusulas estatutarias, requiere de la unanimidad.

Las primeras se refieren a actos del consorcio como ente colectivo, en los que están implicadas cuestiones atinentes a la administración o asuntos de interés común.

Por su parte, las cláusulas estatutarias son aquellas que se refieren al "status" o situación patrimonial de cada consorcista, pues les otorgan derechos subjetivos patrimoniales, tanto respecto de las partes privativas, como comunes. Su modificación requiere de la unanimidad pues se afecta la existencia o amplitud de los derechos, reales o personales, de aquellos. Entre ellas se encuentran las que determinan las partes privativas y comunes, las que fijan la proporción de cada propietario sobre los bienes comunes, la alícuota para el pago de pensadas, las que establecen el destino de las unidades.

dichos grupos o sectores. En tal caso junto a las asambleas generales se regularán las separadas o subasambleas con cláusulas que prevean los temas que pueden decidirse, su régimen de convocatoria, presidencia, quórum, mayorías necesarias para resolver, entre otras.

2. La previsión de expensas diferenciadas, a las que ya nos hemos referido y que serán pagadas por los titulares de esas unidades, contemplando la proporción en la que se abonarán, con indicación de las sanciones aplicables a los morosos a fin de asegurar el pago puntual.

3. La creación de un sistema de administración exclusivo para esas unidades o sectores.

Pero debe tenerse presente que ni las subasambleas ni los subadministradores reemplazan a las asambleas generales y al administrador de todo el consorcio. Mientras los primeros son facultativos, los segundos son órganos impuestos por la ley<sup>20</sup> y el administrador (sea una única persona física o jurídica o una administración colegiada) es el único representante legal del consorcio y sólo este, para quienes adscribimos a la postura mayoritaria<sup>21</sup>, tiene personalidad jurídica.

### 3. LAS COCHERAS EN EL RÉGIMEN HORIZONTAL

Utilizaremos indistintamente las expresiones cochera/s, espacio/s guardacoches y garaje, entendiendo por tales el sitio o lugar destinado a guardar uno o más automóviles en un inmueble sometido al régimen horizontal<sup>22</sup>. En

---

20 Conf. LAJE, Eduardo J. "Régimen de Asambleas y de Administración Separadas en Materia de Propiedad Horizontal", Revista del Notariado N° 713, en [www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/rdn\\_index.php](http://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/rdn_index.php). Highton, Elena I. *Propiedad Horizontal...* cit., pág. 568, quien refiere un interesante caso decidido por la CNCiv., Sala F, 15/12/97, L. 218.392 "Consortio Copropietarios Av. Corrientes 753, Lavalle 750 c. Yanni, Alfredo Jorge y otros s/ cumplimiento de reglamento de copropiedad", con primer voto de la autora, que rechaza con sólidos argumentos un proyecto de reforma de un reglamento de copropiedad en el que se sustituye la persona del administrador por los administradores de cada sector a quienes se les había conferido la representación del consorcio de su sector.

21 Ver nuestros trabajos: "El administrador en la propiedad horizontal: representante del consorcio" (con especial referencia a sus facultades judiciales y a la forma de su designación), Revista Notarial N° 907, 1996, julio-diciembre, págs. 315 a 330. "La forma de designación del administrador en propiedad horizontal: una polémica perdurable", Revista Notarial N° 958, 2008, enero-abril, págs. 73 a 88.

22 HIGHTON, Elena I. *Propiedad Horizontal...* cit., pág. 85, distingue la palabra "cochera" de la expresión "espacio guardacoches", asignándole a la primera la cualidad de fija por tener asignado "un lugar separado e identificado, siquiera con una raya en el piso, la cual está adjudicada en forma permanente a quien ostente el derecho sobre ella". En cambio,

las normas catastrales la palabra más frecuente para aludir al destino de una unidad funcional o complementaria es “cochera/s”.

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

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

Un segundo aspecto a tener en cuenta es el de la titularidad. En efecto, un consorcista puede ser titular de una unidad complementaria con destino cochera que accede a la unidad funcional de la que es dueño, o de una unidad funcional con igual destino; o condómino de una gran unidad complementaria o funcional con igual destino.

En tercer lugar corresponde considerar dos supuestos en el caso de condominio de unidades complementarias y funcionales o de un espacio guardacoches que conforma una parte común: que el copropietario lo sea de una superficie determinada y delimitada dentro del local destinado a garaje, o que su derecho se refiera a un espacio para estacionar o guardar su vehículo, indeterminado dentro de aquel.

Finalmente, puede ocurrir que todos los consorcistas tengan un espacio guardacoches (sea como unidades complementarias, funcionales o partes comunes), porque existen en cantidad suficiente; o que por no darse ese caso, sólo algunos puedan tenerlo. También puede ocurrir, que las cocheras excedan el número de unidades destinadas, por ejemplo, a oficinas y ellas puedan ser adquiridas por personas ajenas al consorcio<sup>23</sup>.

Seguidamente veremos los distintos supuestos.

---

“cuando se trata de un espacio guardacoches, el lugar destinado al vehículo de cada propietario no está predeterminado, y la ocasional ubicación de los rodados irá variando de acuerdo al orden de ingreso, necesidad de desplazamiento, horario y frecuencia de salida, etcétera”. De nuestra parte, sin desconocer que ambas situaciones pueden darse, preferimos evitar tal distingo terminológico, para centrarnos en sus posibles configuraciones (unidad funcional, complementaria o espacio común) y consecuentes efectos jurídicos.

23 Conf. CASTILLA, Caupolicán. “El garaje en los edificios sometidos al régimen de la ley 13.512”, Revista del Notariado N° 713, págs. 1418 y sgts.

### 3.1. Unidades complementarias

Sus titulares, recalcamos, deben serlo de unidades funcionales del edificio; las unidades complementarias tienen asignada una proporción de dominio y lo propio para el pago de las expensas; además dan derecho a voto separadamente de la unidad a la que acceden.

Pueden darse dos supuestos:

#### *3.1.1. Unidades complementarias independientes entre sí y susceptibles de pertenecer a distintos consorcistas*

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

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

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

#### *3.1.2. Unidad complementaria de grandes dimensiones que pertenece en condominio a todos o algunos de los consorcistas*

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

En tales casos se adquieren partes indivisas. Si, por ejemplo, se adquiere una treinta y seis avas parte indivisa de una unidad con destino cochera debe entenderse que en ese ámbito hay espacio para treinta y seis automóviles<sup>24</sup>.

---

24 Si se compró la veintiún avas parte indivisa de una unidad destinada a garaje, debe considerarse, sin ningún esfuerzo interpretativo, que en ese ámbito se van a guardar en el futuro veintiún automóviles, pues esa es indudablemente la finalidad mediata que persigue quien compra en propiedad horizontal en un garaje destinado a ser ocupado por rodados. Y si la unidad estaba terminada, cualquier profano puede darse cuenta si sólo cabía una cantidad apreciablemente menor (CNCiv., Sala F, 13/12/80, ED. 88-489).

Generalmente las cláusulas del reglamento lo consignan como de indivisión forzosa, en los términos del art. 2710 del Código Civil<sup>25</sup>. Consideramos que esta norma es plenamente aplicable al supuesto en estudio, pues se dan todos los requisitos impuestos por ellas: a) dos inmuebles pertenecientes a propietarios distintos, en el caso los propietarios de las unidades funcionales; b) condominio sobre cosas accesorias: la unidad complementaria en condominio es accesoria a las unidades principales; c) afectación como accesorios indispensables al uso común: la unidad complementaria está destinada a las necesidades de las unidades funcionales, en interés de las cuales ella ha sido dejada indivisa (arg. art. 2714 CC). Por otra parte, la doctrina coincide en que la facultad de liberarse por el abandono, prevista por el art. 2685 *in fine*, no juega en el condominio en análisis.

Las normas relativas al uso y goce suelen estipularse en un reglamento interno.

A su vez consideramos tres variantes:

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

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

“CLÁUSULA...: UNIDAD GUARDACOCHE: la unidad complementaria... con destino cochera ubicada en el primer subsuelo podrá pertenecer a dos o más titulares de unidades funcionales del edificio en cuyo caso se constituirá un condominio y constituirá un condominio de indivisión forzosa de conformidad al artículo 2710 y siguientes del Código Civil. Cada consorcista tendrá una porción indivisa no inferior a una treinta y seis avas partes. En ella podrán guardarse hasta 36 automóviles de tamaño grande. Para el cómputo del voto de esta unidad en la asamblea sus condóminos deberán unificar representación; si no lo hicieren se calculará su participación en la proporción que le corresponde a la unidad complementaria con relación al valor del conjunto del edificio<sup>26</sup>. Las expensas comunes y demás gastos que correspondan a esta unidad se cobrarán separadamente a cada condómino. La mora de alguno de ellos no

---

25 Se rechazó la demanda que un copropietario dedujo por división de condominio respecto de una unidad funcional destinada a vivienda del encargado y a espacio guardacoches, invocando entre otros, al art. 2710 del Código Civil (CNCiv., Sala H, 23/12/2003, “Bissone. Roberto C. c. Modere, Adalberto R. y otros”), La Ley, 2005-A, 458.

26 Este párrafo supone que el valor del voto en las asambleas corresponde al valor proporcional de cada unidad con relación al conjunto del edificio.

dará lugar a la aplicación de multas o intereses punitivos a los restantes, pero estos responderán solidariamente por los gastos y expensas impagas y su actualización<sup>27</sup>. Los condóminos otorgarán un reglamento interno por mayoría de condóminos en todo lo relativo al uso y goce de esta unidad”.

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

Se trata de una partición de uso y goce que se determina en un croquis o sobre el mismo plano de propiedad horizontal que se refiere en la escritura de reglamento a la que se agrega<sup>28</sup>. El art. 2684 del Código Civil que consagra como principio el uso y goce de la cosa común, en forma indistinta por los diversos condóminos, no impide que convencionalmente se fijen partes materiales para concretar tales facultades, lo que halla respaldo en el art. 3464 del mismo cuerpo legal. Este convenio obliga a quienes lo suscribieron y a sus sucesores universales y a los particulares que al enajenársele la parte indivisa lo conocieron y aceptaron o, al menos, debieron conocerlo<sup>29</sup>. El convenio,

---

27 Ver art. 2688 del Código Civil.

28 Nada impide que esta partición se refleje en un reglamento interno redactado en escritura pública o en instrumento privado (HIGHTON, Elena I. *Propiedad...* cit. pág. 85). Sin embargo, preferimos que en el reglamento de copropiedad pues, siendo el acto fundante del régimen que integra los títulos de propiedad de sus adquirentes, estos no podrían invocar su desconocimiento, máxime, si como es de práctica, en la escritura de adquisición de las unidades, por cualquier título, se referencia el reglamento y ellos declaran conocerlo.

29 La CNCiv., Sala H, 14 de febrero de 2003, “Salas Martínez, Patricia E. c. Consorcio de Coprop. Parera 90/92 y otros”, La Ley del 24/7/2003, fallo 105.871 y Revista del Notariado N° 873, Jurisprudencia, pág. 204, resolvió en un pleito en que el adquirente de una unidad funcional petitionó al juez el restablecimiento del uso y goce igualitario por parte de todos los condóminos de las unidades complementarias destinadas a los espacios guardacoches, lo siguiente: 1) El convenio de distribución de uso y goce de un bien común -en el caso, los copropietarios legitimados subdividieron, marcaron e identificaron los espacios donde cada propietario debía guardar su vehículo- no importa una asignación que convierta en exclusivos los lugares de uso común, toda vez que el objeto del mismo es reglar y demarcar el espacio correspondiente a cada copropietario con el número correspondiente a la unidad funcional. 2) Es oponible el convenio de distribución de uso de los espacios guardacoches al copropietario que pretende el restablecimiento del uso y goce igualitario por parte de todos los condóminos del mencionado espacio común -en el caso, el convenio fue aprobado por unanimidad de los copropietarios que a la fecha de suscripción eran titulares registrales de las unidades funcionales del edificio-, no obstante no estar anexado al reglamento, toda vez que por el mismo no se cambió el destino de la cosa de uso común sino sólo se lo reglamentó y -en el caso- desde su suscripción fue respetado sin conflicto por los propietarios. 3) La exteriorización de signos visibles, como pintura con la designación de números correspondientes a las unidades funcionales, líneas amarillas divisorias entre los espacios para que cada propietario guarde su vehículo, resulta suficiente publicidad a efectos de anotar a terceros interesados de la existencia de un reglamento de uso interno -en el caso, un propietario pretendía que el

generador de derechos de naturaleza personal carece de trascendencia real y su reflejo registral es el de una unidad en condominio, sin vinculación entre la parte indivisa y el espacio asignado para uso y goce exclusivo de la cochera. Este caso puede redactarse de la siguiente manera:

“CLÁUSULA... UNIDAD GUARDACOCHEAS: la unidad complementaria... con destino cochera ubicada en el primer subsuelo podrá pertenecer a dos o más titulares de unidades funcionales del edificio en cuyo caso se constituirá un condominio y constituirá un condominio de indivisión forzosa de conformidad al artículo 2710 y siguientes del Código Civil. Cada consorcista tendrá una porción indivisa no inferior a una treinta y seis avas partes. Para cada parte indivisa se fija una parte material de uso y goce exclusivo de conformidad al croquis que se agrega y del que resultan las cocheras identificadas con los números 1 al 36, correspondiendo la guarda de un automóvil tamaño mediano por cada una de ellas. Se prohíbe ceder o transferir este derecho salvo a otros titulares u ocupantes de unidades del edificio. Para el cómputo del voto de esta unidad en la asamblea sus condóminos deberán unificar representación; si no lo hicieren se calculará su participación en la proporción que le corresponde a la unidad complementaria con relación al valor del conjunto del edificio (*este último párrafo supone que el valor del voto en las asambleas corresponde al valor proporcional de cada unidad con relación al conjunto del edificio*). Las expensas comunes y demás gastos que correspondan a esta unidad se cobrarán separadamente a cada condómino. La mora de alguno de ellos no dará lugar a la aplicación de multas o intereses punitivos a los restantes, pero estos responderán solidariamente por los gastos y expensas impagas y su actualización. Los condóminos otorgarán un reglamento interno por mayoría de condóminos en todo lo relativo al uso y goce de esta unidad. Esta cláusula deberá constar obligatoriamente en las escrituras traslativas de dominio de las unidades funcionales en las que, además, se adquiera una parte indivisa de esta unidad complementaria con la asignación de la cochera que le corresponde”.

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

También aquí hay una partición de uso y goce, pero a diferencia del supuesto anterior las partes indivisas y las partes materiales que se vinculan a ellas mediante el respectivo convenio, son asignadas a determinadas unidades funcionales.

---

mismo no le fuera oponible-, lo que presupone que quien adquiere un departamento en dicho edificio conoce y acepta el mismo.

“CLÁUSULA... UNIDAD GUARDACOCHEES: la unidad complementaria... con destino cochera ubicada en el primer subsuelo podrá pertenecer a dos o más titulares de unidades funcionales del edificio y constituirá un condominio de indivisión forzosa de conformidad al artículo 2710 y siguientes del Código Civil. Cada consorcista tendrá una porción indivisa no inferior a una treinta y seis avas partes. Dicho espacio es adjudicado en uso exclusivo, de conformidad al croquis que se agrega y forma parte integrante de este reglamento a las siguientes unidades funcionales: unidad funcional 3, cochera 1; unidad funcional 6, cochera 2; unidad funcional 7, cochera 3; unidad funcional 10, cochera 4; *(sigue la enumeración)*; y unidad funcional 2, cochera 36, correspondiendo la guarda de un automóvil tamaño mediano por cada una de ellas. Para el cómputo del voto de esta unidad en la asamblea sus condóminos deberán unificar representación; si no lo hicieren se calculará su participación en la proporción que le corresponde a la unidad complementaria con relación al valor del conjunto del edificio *(este último párrafo supone que el valor del voto en las asambleas corresponde al valor proporcional de cada unidad con relación al conjunto del edificio)*. Las expensas comunes y demás gastos que correspondan a esta unidad se cobrarán separadamente a cada condómino. La mora de alguno de ellos no dará lugar a la aplicación de multas o intereses punitivos a los restantes, pero estos responderán solidariamente por los gastos y expensas impagas y su actualización. Los condóminos otorgarán un reglamento interno por mayoría de condóminos en todo lo relativo al uso y goce de esta unidad. ESTA CLÁUSULA DEBERÁ TRANSCRIBIRSE OBLIGATORIAMENTE en las escrituras traslativas de dominio de las unidades funcionales comprendidas en el presente”.

### 3.2. Unidades funcionales

Los casos (unidades independientes y aptas para corresponder a distintos propietarios o un gran espacio guardacoches en condominio de quienes adquieran sus partes indivisas) son semejantes a los dos primeros planteados para las unidades complementarias, con la diferencia de que podrán ser titulares o cotitulares personas que no tengan unidades funcionales en el edificio. El tercer caso, de partes asignadas a determinadas unidades principales del edificio, parece no tener mayor sentido aquí, pues cuando se configuran como unidades funcionales, lo que se pretende es que también puedan ser adquiridas por personas ajenas al consorcio.

Cabe preguntarse si, no obstante estar configuradas como unidades funcionales, el reglamento puede contener la prohibición de enajenarlas a personas que no sean propietarias de unidades funcionales destinadas a viviendas u oficinas del mismo edificio. Creemos que la prohibición es válida pues se trata

de una aplicación del art. 2612 en su correlación con el art. 1364 del Código Civil ya que si por el primero el propietario no puede obligarse a no enajenar a persona alguna -y si lo hace la enajenación será válida sin perjuicio de las acciones personales a que el acto puede dar lugar-, sí puede hacerlo con relación a persona determinada, que en este caso serían las que no tengan otra unidad (con destino diverso) en el edificio. A lo que se suma el argumento de que el fin de tal convención es salvaguardar la seguridad y armonía de la comunidad consorcial, cuando como en el supuesto contemplado el destino principal del edificio es el de viviendas u oficinas. La prohibición debe figurar en el reglamento de copropiedad y administración o en una ulterior reforma, pues de lo contrario se puede invocar su desconocimiento.

### 3.3. Espacio común

El sector de cocheras puede estar ubicado en una parte común. Ya hemos visto que las cosas pueden ser comunes de uso común, aunque en casos determinados pueden serlo de uso exclusivo<sup>30</sup>.

A diferencia de los supuestos anteriores en los que los condóminos fijan las reglas del propio sector, aquí, por tratarse de partes comunes, esa atribución corresponde a la asamblea general.

Las situaciones entonces son dos:

#### 3.3.1. *Espacio común de uso común*

No se diferencia de cualquier otra parte común, sólo que tiene asignado por el reglamento un destino específico. Esta alternativa presupone que hay tantas unidades funcionales, verbigracia, con destino vivienda, como espacios para ubicar automóviles.

“CLÁUSULA... GUARDACOCHESES COMÚN: en el espacio común destinado a la guarda de automóviles, ubicado en la superficie semicubierta de la planta baja se podrán depositar hasta quince (15) automóviles. Podrá guardarse un automóvil de tamaño mediano por unidad. Se prohíbe ceder o transferir este

---

30 Si del reglamento surge que el espacio guardacoches es común, en el que por imperio legal puede distribuirse en exclusividad su uso, más no su dominio y el adquirente por boleto tenía conocimiento de las superficies propias y comunes, no pueden considerarse compradores de una cochera individual exclusiva y por tanto no pueden pretender que se les repare el incumplimiento denunciado con el valor de una “cochera”, si no con el del uso de uno de los espacios comunes, para el caso que se admitiera el criterio de que hubo equivocación y engaño al estipularse el precio de la compraventa (CNCiv., Sala C, 28/7/83. La Ley, 1984-A-353).

derecho salvo a otros titulares u ocupantes de unidades del edificio. También se prohíbe el estacionamiento de vehículos de visitantes u otras personas. Para ejercer el derecho de uso deberá notificarse al administrador o al encargado la patente y características del automóvil. La asamblea aprobará un reglamento detallado del uso de este sector”.

### *3.3.2. Espacio común de uso exclusivo*

“CLÁUSULA... GUARDACOCHEES COMÚN DE USO EXCLUSIVO: en el espacio común destinado a la guarda de automóviles, ubicado en la superficie semicubierta de la planta baja se podrán depositar hasta quince (15) automóviles. Dicho espacio es adjudicado en USO EXCLUSIVO, de conformidad al croquis que se agrega y forma parte integrante de este reglamento, a las siguientes unidades funcionales: unidad funcional 3, cochera 1; unidad funcional 6, cochera 2; unidad funcional 7, cochera 3; unidad funcional 10, cochera 4;... (sigue la enumeración); y unidad funcional 2, cochera 15, correspondiendo la guarda de un automóvil tamaño mediano por cada una de ellas. Se prohíbe ceder o transferir este derecho salvo a otros titulares u ocupantes de unidades del edificio. También se prohíbe el estacionamiento de vehículos de visitantes u otras personas, y todo otro depósito, salvo notificación previa al administrador o al encargado del edificio de la patente y características del respectivo automóvil. Los gastos de mantenimiento de este sector serán satisfechos proporcionalmente por los titulares del uso exclusivo quienes también abonarán un adicional del diez (10) por ciento de las expensas comunes ordinarias de las respectivas unidades, con destino a incrementar el fondo de reserva del consorcio. La asamblea aprobará un reglamento detallado del uso de este sector, pero no podrá limitar el derecho de uso exclusivo asignado en este reglamento. Esta cláusula deberá transcribirse obligatoriamente en todas las escrituras traslativas de dominio”.

## 4. REFLEXIONES FINALES

Resulta evidente que a mayor complejidad del inmueble en cuanto a características y destino, mayores serán las previsiones especiales que deben tomarse en los reglamentos. Con ello se evitarán muchos pleitos.

Corresponde organizar la situación de las cocheras en el reglamento de copropiedad y administración, tomando en consideración sus diversos matices: a) en su configuración objetiva: como unidades complementarias, funcionales o espacios comunes; b) en cuanto a su titularidad, pues si las partes privativas

se encuentran en condominio o si se trata de partes comunes, deberá resolverse si se recurre a una partición de su uso y goce -que carece de trascendencia real-, o se admite que el derecho a estacionar el vehículo lo sea en un lugar indeterminado del espacio guardacoches; y c) en cuanto a su número, si es equivalente al de las unidades que conforman el destino predominante del edificio, menor o mayor.

Las unidades complementarias, del mismo modo que los subconsorcios, subasambleas y subadministradores, deben estar regulados por el derecho de fondo, tal como lo hacen los proyectos de unificación civil y comercial de 1998 y 2012.



# Propiedad horizontal. Código Civil y Comercial de la Nación\*

*Adriana N. Abella*

\* Trabajo elaborado por la autora para su exposición en el LXIX Seminario Teórico Práctico "Laureano A. Moreira", desarrollado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los días 4 y 5 de junio de 2015.

La ley N° 26.994 deroga la ley N° 13.512. El CCyC, en el Libro IV, Título 1: “Disposiciones generales”, Capítulo 1, “Principios comunes”, enumera a la propiedad horizontal como derecho real (art. 1887 inc. e). Es un derecho real sobre cosa propia (art. 1888) que recae específicamente sobre un inmueble edificado. En el Título V se regula la propiedad horizontal en diez capítulos que tratan: Capítulo 1: Disposiciones generales; capítulo 2: facultades y obligaciones de los propietarios; capítulo 3: modificaciones en cosas y partes comunes; capítulo 4: reglamento de propiedad horizontal; capítulo 5: asambleas; capítulo 6: consejo de propietarios; capítulo 7: administrador; capítulo 8: subconsorcios; capítulo 9: infracciones; capítulo 10: prehorizontalidad.

El art. 2037 CCyC dice: “La propiedad horizontal *es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio* que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica *que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio*, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad horizontal. Las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible”.

El art. 2038 CCyC dice: “...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 reglamento de propiedad horizontal se integra al título suficiente sobre la unidad funcional*”. El propietario (o propietarios) del inmueble que resuelva(n) afectarlo a propiedad horizontal debe(n) encargar a un agrimensor la confección del plano de división. La sola existencia del plano y su aprobación no produce cambio en la situación jurídica del inmueble, ya que para ello será necesario que se otorgue la escritura pública de reglamento de propiedad horizontal.

### OBJETO

El art. 2039 CCyC dice: “Unidad funcional. *El derecho de propiedad horizontal se determina en la unidad funcional, que consiste en pisos, departamentos, locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino*, que tengan independencia funcional, y comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común.

*La propiedad de la unidad funcional comprende la parte indivisa del terreno, de las cosas y partes de uso común del inmueble o indispensables para mantener su seguridad, y puede abarcar una o más unidades complementarias destinadas a servirla”.*

El régimen de la propiedad horizontal combina un derecho exclusivo sobre ciertos sectores, y un derecho común sobre otros, que es su accesorio y que existe, precisamente, para posibilitar el completo ejercicio de aquel.

El Código nuevo amplía el concepto de unidad funcional a los locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino.

## REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL

El reglamento de propiedad horizontal es el contrato otorgado por escritura pública por el o los titulares del dominio del inmueble, que manifiestan su voluntad de afectar el inmueble a la propiedad horizontal.

La inscripción de la escritura de afectación al régimen en el Registro de la Propiedad Inmueble es necesaria para la oponibilidad a terceros interesados.

Las normas del reglamento de propiedad horizontal regulan las facultades y restringen el ejercicio del derecho de los consorcistas, la utilización de las partes comunes del edificio y las prohibiciones o limitaciones al uso de las partes privativas; instauran los límites al derecho que los propietarios se han impuesto convencionalmente para regir sus relaciones dentro del edificio en cuestión, y desempeña un rol fundamental en la propiedad horizontal, ya que permite un régimen sólido con características propias del sistema.

## CLÁUSULAS DEL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Los requirentes acuerdan someter al régimen de la PROPIEDAD HORIZONTAL el inmueble: *-determinación del terreno-* Según plano... *Característica y demás datos*. El reglamento regirá en el edificio para todos los propietarios presentes y futuros y los ocupantes por cualquier título, de las unidades que lo integran, conforme las siguientes cláusulas, y las normas del Título V del Código Civil y Comercial de la Nación.

PRIMERA. DIVISIÓN HORIZONTAL. Queda dividido por el sistema de PROPIEDAD HORIZONTAL y afectado al régimen legal el inmueble ubicado en la calle..., y de conformidad con el plano... que se agrega, consta de... unidades funcionales, independientes, con entrada común por calle... número..., cuyo detalle es el siguiente: *-determinación de las unidades funcionales y complementarias, de corresponder-*: UNIDAD NÚMERO...

El art. 2039, en su segundo párrafo, dice: "...La propiedad de la unidad funcional comprende la parte indivisa del terreno, de las cosas y partes de uso común del inmueble o indispensables para mantener su seguridad, y puede abarcar una o más unidades complementarias destinadas a servirla".

## Academia Nacional del Notariado

*Respecto a las cosas y partes propias*, dispone el art. 2043: "...Son necesariamente 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, incluso de los balcones.

También son propias las cosas y partes que, susceptibles de un derecho exclusivo, son previstas como tales en el reglamento de propiedad horizontal, sin perjuicio de las restricciones que impone la convivencia ordenada".

SEGUNDA. CONSORCIO: El conjunto de propietarios de las unidades funcionales constituyen la persona jurídica "CONSORCIO DE PROPIETARIOS XXXX", que tiene su domicilio legal en la calle... número..., de la Ciudad de..., o donde posteriormente lo fije la asamblea de propietarios.

TERCERA. ENUMERACIÓN DE LAS COSAS Y PARTES COMUNES: las partes comunes son las que indica el plano a que se ha hecho referencia y las que establece el artículo 2041 del CCyC.

CUARTA. COMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO DEL CONSORCIO.

QUINTA. DETERMINACIÓN DE LA PARTE PROPORCIONAL INDIVISA DE CADA UNIDAD:

1. Porcentuales: sin perjuicio del coeficiente aprobado por la Dirección de Catastro, que se ha consignado precedentemente, para cada una de las unidades *-la determinación del porcentual de dominio:-...*

2. Determinación de la proporción en el pago de las expensas comunes...

SEXTA. USO Y GOCE GENERAL DE LAS COSAS Y PARTES COMUNES y PROPIAS.

El CCyC dice en el art. 2040 que: "Son comunes a todas o a algunas de las unidades funcionales las cosas y partes de uso común de ellas o indispensables para mantener su seguridad y las que se determinan en el reglamento de propiedad horizontal. Las cosas y partes cuyo uso no está determinado, se consideran comunes. *Sobre estas cosas y partes ningún propietario puede alegar derecho exclusivo, sin perjuicio de su afectación exclusiva a una o varias unidades funcionales.* Cada propietario puede usar las cosas y partes comunes conforme a su destino, sin perjudicar o restringir los derechos de los otros propietarios".

"Son cosas y partes necesariamente comunes: a) el terreno; b) los pasillos, vías o elementos que comunican unidades entre sí y a estas con el

exterior; c) los techos, azoteas, terrazas y patios solares; d) los cimientos, columnas, vigas portantes, muros maestros y demás estructuras, incluso las de balcones, indispensables para mantener la seguridad; e) los locales e instalaciones de los servicios centrales; f) las cañerías que conducen fluidos o energía en toda su extensión si están embutidas y los cableados hasta su ingreso en la unidad funcional; g) los locales para alojamiento del encargado; h) los ascensores, montacargas y escaleras mecánicas; i) los muros exteriores y los divisorios de unidades entre sí y con cosas y partes comunes; j) las instalaciones necesarias para el acceso y circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles, externas a la unidad funcional, y las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros; k) todos los artefactos o instalaciones existentes para servicios de beneficio común; l) los locales destinados a sanitarios o vestuarios del personal que trabaja para el consorcio. Esta enumeración tiene carácter enunciativo” (art. 2041).

“Son cosas y partes *comunes no indispensables*: a) la piscina; b) el solarium; c) el gimnasio; d) el lavadero; e) el salón de usos múltiples. Esta enumeración tiene carácter enunciativo” (art. 2042).

2. Uso y goce de los bienes del consorcio.

SÉPTIMA. DESTINO. 1. Destino de las unidades funcionales. 2. Destino de las partes comunes.

OCTAVA. OBLIGACIONES DEL PROPIETARIO: El propietario está obligado a: a) cumplir con las disposiciones del reglamento de propiedad horizontal, y del reglamento interno, si lo hay; b) conservar en buen estado su unidad funcional; c) pagar expensas comunes ordinarias y extraordinarias en la proporción de su parte indivisa; d) contribuir a la integración del fondo de reserva, si lo hay; e) permitir el acceso a su unidad funcional para realizar reparaciones de cosas y partes comunes y de bienes del consorcio, como asimismo para verificar el funcionamiento de cocinas, calefones, estufas y otras cosas riesgosas o para controlar los trabajos de su instalación; f) notificar fehacientemente al administrador su domicilio especial si opta por constituir uno diferente del de la unidad funcional (art. 2046).

Expensas comunes. Liquidación y pago de expensas comunes (arts. 2048, 2049 y 2050).

“Cada propietario debe *atender los gastos de conservación y reparación de su propia unidad funcional*.

Asimismo debe pagar las expensas comunes ordinarias de administración y reparación o sustitución de las cosas y partes comunes o bienes del consorcio, necesarias para mantener en buen estado las condiciones de seguri-

dad, comodidad y decoro del inmueble y las resultantes de las obligaciones impuestas al administrador por la ley, por el reglamento o por la asamblea. Igualmente son expensas comunes ordinarias las requeridas por las instalaciones necesarias para el acceso o circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles y para las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros”.

*“Debe también pagar las expensas comunes extraordinarias dispuestas por resolución de la asamblea.*

El certificado de deuda expedido por el administrador y aprobado por el consejo de propietarios, si éste existe, es título ejecutivo para el cobro a los propietarios de las expensas y demás contribuciones”.

NOVENA. PROHIBICIONES (art. 2047): Les está prohibido a los propietarios y ocupantes: a) destinar las unidades funcionales a usos contrarios a la moral o a fines distintos a los previstos en el reglamento de propiedad horizontal; b) perturbar la tranquilidad de los demás de cualquier manera que exceda la normal tolerancia; c) ejercer actividades que comprometan la seguridad del inmueble; d) depositar cosas peligrosas o perjudiciales.

### DÉCIMA. ASAMBLEAS.

1. Facultades de la asamblea de propietarios (art. 2058).

2. Determinación de la forma de convocar a asamblea. El Código en el art. 2059 dice: *“Los propietarios deben ser convocados a la asamblea en la forma prevista en el reglamento de propiedad horizontal, con transcripción del orden del día, el que debe redactarse en forma precisa y completa; es nulo el tratamiento de otros temas, excepto si están presentes todos los propietarios y acuerdan por unanimidad tratar el tema. La asamblea puede autoconvocarse para deliberar. Las decisiones que se adopten son válidas si la autoconvocatoria y el temario a tratar se aprueban por una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios. Son igualmente válidas las decisiones tomadas por voluntad unánime del total de los propietarios aunque no lo hagan en asamblea”.*

El art. 2060 dispone que: *“Las decisiones de la asamblea se adoptan por la mayoría absoluta computada sobre la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales y se forma con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de éstas con relación al conjunto.*

*La mayoría de los presentes puede proponer decisiones, las que deben comunicarse por medio fehaciente a los propietarios ausentes y se tienen por aprobadas a los QUINCE (15) días de notificados, excepto que estos se opongan antes por igual medio, con mayoría suficiente.*

*El derecho a promover acción judicial de nulidad de la asamblea caduca a los treinta (30) días contados desde la fecha de la asamblea”.*

3. Periodicidad.

4. Forma de notificación.

5. Especificación de limitaciones a la cantidad de cartas poderes que puede detentar cada titular de la unidad funcional para representar a otros en asambleas.

6. Actas.

El art. 2062 regula sobre las actas y dice: "Sin perjuicio de los restantes libros referidos a la administración del consorcio, es obligatorio llevar un libro de actas de asamblea y un libro de registro de firmas de los propietarios.

Debe labrarse acta de cada asamblea en el libro respectivo, en el que los presentes deben firmar como constancia de su asistencia.

Las firmas que suscriben cada asamblea deben ser cotejadas por el administrador con las firmas originales registradas.

Las actas deben confeccionarse por un secretario de actas elegido por los propietarios; éstas deben contener el resumen de lo deliberado y la transcripción de las decisiones adoptadas o, en su caso, propuestas por la mayoría de los presentes, y ser firmadas por el presidente de la asamblea y DOS (2) propietarios. Al pie de cada acta, el administrador debe dejar constancia de las comunicaciones enviadas a los ausentes, de las oposiciones recibidas y de las eventuales conformidades expresas".

7. Mayorías. Determinación de las mayorías necesarias para las distintas decisiones (arts. 2060, 2051, 2052, 2053, 2055 y 2057).

*Mejora u obra nueva que requiere mayoría*

"Para realizar mejoras u obras nuevas sobre cosas y partes comunes, los propietarios o el consorcio requieren consentimiento de la mayoría de los propietarios, previo informe técnico de un profesional autorizado.

Quien solicita la autorización si le es denegada, o la minoría afectada en su interés particular que se opone a la autorización si se concede, tienen acción para que el juez deje sin efecto la decisión de la asamblea.

El juez debe evaluar si la mejora u obra nueva es de costo excesivo, contraría al reglamento o a la ley, y si afecta la seguridad, solidez, salubridad, destino y aspecto arquitectónico exterior o interior del inmueble. La resolución de la mayoría no se suspende sin una orden judicial expresa" (art. 2051).

*Mejora u obra nueva que requiere unanimidad*

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

También requiere unanimidad la mejora u obra nueva sobre cosas y partes comunes en interés particular que sólo beneficia a un propietario" (art. 2052).

*Mejora u obra nueva en interés particular. Unanimidad*

“Si la mejora u obra nueva autorizada sobre cosas y partes comunes es en interés particular, el beneficiario debe efectuarla a su costa y soportar los gastos de la modificación del reglamento de propiedad horizontal y de su inscripción, si hubiera lugar a ellos” (art. 2053).

*Grave deterioro o destrucción del edificio*

“En caso de grave deterioro o destrucción del edificio, la asamblea por mayoría que represente más de la mitad del valor, puede resolver su demolición y la venta del terreno y de los materiales, la reparación o la reconstrucción.

Si resuelve la reconstrucción, la minoría no puede ser obligada a contribuir a ella, y puede liberarse por transmisión de sus derechos a terceros dispuestos a emprender la obra. Ante la ausencia de interesados, la mayoría puede adquirir la parte de los disconformes, según valuación judicial” (art. 2055).

*Determinación de las mayorías necesarias para modificar el reglamento de propiedad horizontal (arts. 2057, 2052 y 2053)*

“El reglamento sólo puede modificarse por resolución de los propietarios, mediante una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios”.

*Conformidad expresa del titular*

“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”.

*Forma de computar las mayorías*

Asamblea judicial (art. 2063): “Si el administrador o el consejo de propietarios, en subsidio, omiten convocar a la asamblea, los propietarios que representan el diez por ciento (10%) del total pueden solicitar al juez la convocatoria de una asamblea judicial. El juez debe fijar una audiencia a realizarse en su presencia a la que debe convocar a los propietarios. La asamblea judicial puede resolver con mayoría simple de presentes. Si no llega a una decisión, decide el juez en forma sumarísima. Asimismo, y si corresponde, el juez puede disponer medidas cautelares para regularizar la situación del consorcio”.

DÉCIMAPRIMERA. PROHIBICIONES PARA LA DISPOSICIÓN O LOCALIZACIÓN DE UNIDADES COMPLEMENTARIAS A TERCEROS NO PROPIETARIOS (art. 2056 inc. q)

“Cada propietario puede, sin necesidad de consentimiento de los demás, enajenar la unidad funcional que le pertenece, o sobre ella constituir derechos reales o personales. *La constitución, transmisión o extinción de un derecho real, gravamen o embargo sobre la unidad funcional, comprende a las cosas y partes comunes y a la unidad complementaria, y no puede realizarse separadamente de este*” (art. 2045).

DÉCIMASEGUNDA. 1. ADMINISTRADOR. El administrador es representante legal del consorcio con el carácter de mandatario. Puede serlo un propietario o un tercero, persona humana o jurídica (art. 2065).

“El administrador designado en el reglamento de propiedad y administración cesa en oportunidad de la primera asamblea si no es ratificado en ella. La primera asamblea debe realizarse dentro de los noventa días de cumplidos los dos años del otorgamiento del reglamento o del momento en que se encuentren ocupadas el cincuenta por ciento de las unidades funcionales, lo que ocurra primero. Los administradores sucesivos deben ser nombrados y removidos por la asamblea, *sin que ello importe la reforma del reglamento de propiedad horizontal. Pueden ser removidos sin expresión de causa*”.

2. FACULTADES Y OBLIGACIONES (ART. 2067). “El administrador tiene los derechos y obligaciones impuestos por la ley, el reglamento y la asamblea de propietarios. En especial, debe: a) convocar a la asamblea, redactar el orden del día y labrar el acta respectiva; b) ejecutar las decisiones de la asamblea; c) atender a la conservación de las cosas y partes comunes y a la seguridad de la estructura del edificio y dar cumplimiento a todas las normas de seguridad y verificaciones impuestas por las reglamentaciones locales; d) practicar la cuenta de expensas y recaudar los fondos necesarios para satisfacerlas. Para disponer total o parcialmente del fondo de reserva, ante gastos imprevistos y mayores que los ordinarios, el administrador debe requerir la autorización previa del consejo de propietarios; e) rendir cuenta documentada dentro de los sesenta días de la fecha de cierre del ejercicio financiero fijado en el reglamento de propiedad y administración; f) nombrar y despedir al personal del consorcio, con acuerdo del consejo de propietarios; g) cumplir con las obligaciones derivadas de la legislación laboral, previsional y tributaria; h) mantener asegurado el inmueble con un seguro integral de consorcios que incluya incendio, responsabilidad civil y demás riesgos de práctica, aparte de asegurar otros riesgos que la asamblea resuelva cubrir; i) 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, también debe archivar cronológicamente las liquidaciones de expensas, y conservar todos los antecedentes documentales de la constitución del consorcio y de las sucesivas administraciones; j) en caso de renuncia o remoción, dentro de los quince días hábiles debe entregar al consejo de propietarios los activos existentes, libros y documentos del consorcio, y rendir cuentas documentadas; k) notificar a todos los propietarios inmediatamente, y en ningún caso después de las cuarenta y ocho (48) horas hábiles de recibir la comunicación respectiva, la existencia de reclamos administrativos o judiciales que afecten al consorcio; l) a pedido de parte interesada, expedir dentro del plazo de tres días hábiles 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; m) representar al consorcio en todas las gestiones administrativas y judiciales como mandatario exclusivo con todas las facultades propias de su carácter de representante legal”.

### DÉCIMATERCERA. PLAZO DEL EJERCICIO FINANCIERO DEL CONSORCIO

DÉCIMACUARTA. CONSEJO DE PROPIETARIOS: FACULTADES DEL CONSEJO DE PROPIETARIOS (art. 2064) Según el art. 2064: “La asamblea debe designar un consejo integrado por propietarios, con las siguientes atribuciones: a) convocar a la asamblea y redactar el orden del día si por cualquier causa el administrador omite 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; d) ejercer la administración del consorcio en caso de vacancia o ausencia del administrador, y convocar a la asamblea si el cargo está vacante dentro de los TREINTA (30) días de producida la vacancia.

Excepto los casos indicados en este artículo, el consejo de propietarios no sustituye al administrador, ni puede cumplir sus obligaciones”.



# Derecho Comparado



CUBA

# A propósito de las socorridas actas de subsanación de errores y omisiones

*Leonardo B. Pérez Gallardo*

SUMARIO: 1. La subsanación de errores y omisiones de instrumentos públicos notariales. Su envoltura formal: el acta notarial de calificación jurídica. 2. Rasgos distintivos. 3. Sujetos legitimados para la rogatio. Posibilidad de su autorización de oficio por el propio notario autorizante del documento que se subsana. 4. Subsanación de errores y omisiones según la posición de Rodríguez Adrados: subsanaciones de primer y segundo grado. 5. Procedimiento a seguir si el notario que autoriza el acta es o no el mismo que autorizó el documento subsanado. 6. Documentos subsanables. 7. Efectos.

### 1. LA SUBSANACIÓN DE ERRORES Y OMISIONES DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES. SU ENVOLTURA FORMAL: EL ACTA NOTARIAL DE CALIFICACIÓN JURÍDICA

La posibilidad de cometer un error o escapar una omisión en un instrumento público resulta, en cierto modo, sin pecar de pesimista, una situación normal. El notario, en el ejercicio de la función en la que se desempeña, al autorizar un documento público notarial puede cometer errores y omitir ciertos elementos particulares del instrumento que, sin ser constitutivos de nulidad, en ambos casos afectan a la eficacia del instrumento -esencialmente a su eficacia legitimadora-, impidiéndose con ello la inscripción del documento en los registros públicos, con lo cual se obstaculiza, a su vez, la publicidad del acto contenido en el instrumento o del derecho mismo derivado de la situación jurídica, cuya constatación le ha correspondido al notario, instrumentándose a través de un acta notarial.

No cabe duda de que el instrumento subsanable, aunque comúnmente es una escritura pública, puede ser también un acta notarial precedente. El instrumento subsanatorio es un documento público complementario, pues su razón misma de ser es enmendar el error o la omisión padecida en un instrumento anterior. En la doctrina también se incluye la existencia de defectos formales. Se trata, por tanto, de un documento secundario, accesorio, que no tiene un fin por sí mismo, sino en razón de otro.

Compete al notario determinar (y para ello es necesario desplegar el poder calificador que le es atribuido), la existencia misma del error<sup>1</sup> o de la omisión que padece el instrumento. En todo caso, siempre que sea anterior a la autorización del instrumento.

En tal sentido, la resolución del 7 de enero de 2004 de la Dirección de los Registros y del Notariado de España ha dejado dicho que:

El artículo 153 del Reglamento Notarial permite la subsanación de errores materiales, omisiones y defectos de forma en los instrumentos públicos, cuando los errores, aparte de dicha naturaleza, resulten del contexto del documento y de los inmediatamente anteriores y siguientes, o de los restantes documentos que se tuvieron en cuenta al redactar el documento subsanado y de los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento defectuoso. La premi-

---

1 Que, como ha dicho la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo cubano (Sentencia Nº 457 del 30 de diciembre de 2008, segundo considerando, ponente Acosta Ricart): "...supone una equivocación en el plano no del *actum*, sino del *dictum*, o sea en el instrumental, en la narración del hecho o acto instrumentado, en la manera en que el notario como autor del documento público lo ha expresado...".

sa mayor que exige la aplicación del precepto es que estemos en presencia de un error material, lo cual vendrá determinado, en cada caso, del propio contexto del supuesto de hecho. Estas actas de subsanación, como ha puesto de manifiesto la doctrina, al igual que en las actas de notoriedad, el Notario ha de reunir una serie más o menos larga de medios de comprobación. Pero todos estos medios son sólo antecedentes del momento esencial, que está constituido por la declaración subsanatoria del Notario, de manera que estamos ante la expresión de un juicio del Notario, donde el grado de diligencia exigible debe ser mayor.

Por este motivo, el documento idóneo para ello en nuestro ordenamiento jurídico (que también en este orden, trae causa del español) es un tipo *ad hoc* de acta de calificación jurídica. Como expone RODRÍGUEZ ADRADOS, en este tipo de actas el notario expande su función hasta la esfera del derecho. En ellas no toma protagonismo la percepción sensorial de hechos, sino la formación de juicios, calificaciones; en el caso, el juicio de calificación jurídica del error o la omisión padecida por el instrumento subsanado<sup>2</sup>.

## 2. RASGOS DISTINTIVOS

Cabe identificar este tipo de acta, en el derecho cubano, porque:

- a) es una modalidad de las actas de calificaciones jurídicas<sup>3</sup>;
- b) se trata de un documento público complementario, subsanador, que se autoriza en función de otro documento público (ya sea escritura o acta) de carácter principal;
- c) el particular que se subsana en razón del error o la omisión, ha de ser anterior a la autorización del instrumento principal;
- d) el particular que se subsana no puede ser motivo de nulidad instrumental<sup>4</sup>;
- e) puede ser autorizada por cualquier notario, a instancia de parte interesada, no así de oficio.

2 Ver RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "Cuestiones técnicas en materia de actas", en *Revista de Derecho Notarial*, N° 136, abril-junio, 1987, pág. 217.

3 Así se ha calificado por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo cubano (Sentencia N° 457 del 30 de diciembre del 2008, segundo considerando, ponente Acosta Ricart).

4 En la propia sentencia referenciada en las notas anteriores, el Alto Foro dejó dicho que la procedencia del acta subsanatoria está supeditada a: "...que el error apreciado por el Notario, no esté inmerso en ninguno de los supuestos a que se contrae el artículo dieciséis de la Ley de las Notarías Estatales, constitutivos de nulidad instrumental, insalvables por medio del acta de subsanación de error, lo que en todo caso justifica el carácter excepcional de la nulidad instrumental...".

### 3. SUJETOS LEGITIMADOS PARA LA *ROGATIO*. POSIBILIDAD DE SU AUTORIZACIÓN DE OFICIO POR EL PROPIO NOTARIO AUTORIZANTE DEL DOCUMENTO QUE SE SUBSANA

A diferencia del resto de las actas, donde la actividad de percepción sensorial ocupa ribetes protagónicos, en estas, el notario recaba la aportación de pruebas que serán algunas, incluso practicadas por él, a los fines de justificar la existencia de los errores y/o las omisiones del documento público que se subsana. Las pruebas no sólo han de estar dirigidas a la determinación de la naturaleza del error o de la omisión, sino también a su existencia previa a la autorización misma del documento que se subsana.

Compete al notario delimitar si:

a) El error o la omisión no constituyen supuestos de nulidad instrumental, recogidos *ex art.* 16 de la ley notarial;

b) el particular sobre el cual recae el error o la omisión, no constituye *per se* el contenido de otra escritura pública complementaria de una primera; así, *verbigracia*, escritura complementaria de la escritura pública de divorcio en la que se instrumenta alguna de las convenciones, indebidamente omitida en esta última, o la omisión de ciertos bienes que forman parte del caudal hereditario ya dividido y adjudicado por escritura pública ante notario, supuesto en el cual compete autorizar escritura pública en la que se instrumenta la partición complementaria del caudal hereditario<sup>5</sup>;

c) la naturaleza previa, al momento de la autorización del documento que se subsana, que tiene el error y la omisión calificados;

d) el o los rogante(s) tiene(n) o no legitimación.

Cualquier notario tiene competencia para autorizar un acta subsanatoria, sea el que autorizó el documento a subsanar, su sustituto, o un tercero, e incluso cuando para la autorización del documento que se pretende subsanar existan reglas especiales de competencia (así, *verbigracia*, cuando se trate de escrituras públicas sobre transmisión de dominio por actos entre vivos sobre bienes inmuebles, para las cuales hoy día hay precisas reglas de competencia notarial que la atribuyen al notario con sede donde están enclavados los inmuebles; así, arts. 69.1 y 70.1 y art. 3º de la Ley General de la Vivienda).

A diferencia del ordenamiento español, en el que se admite que el notario autorice de oficio el acta subsanatoria tras el juicio de calificación jurídica dado,

---

5 Ver dictamen Nº 1/2010 de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia, del 12 de febrero de dicho año, sobre la partición de la herencia instrumentada por escritura pública, los supuestos de partición parcial del caudal hereditario y de partición complementaria o adicional y las precauciones del notario autorizante en tales supuestos en aras de salvaguardar los derechos de los legitimarios.

el ordenamiento cubano no lo prevé como un supuesto de excepción al principio de rogación notarial. En tal orden, el art. 49 del reglamento notarial sólo admite que: “Cuando los errores u omisiones en la matriz sean imputables al Notario la tarifa correspondiente al acta será a su cargo o de la notaría, lo que se determinará por la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia o la Dirección Provincial de Justicia, en su caso”; o sea, en todo caso se exige el cumplimiento de rogación por parte interesada o legitimada para ello, eximiéndose en los casos en que proceda del pago del arancel notarial.

Es dable apuntar que en el ordenamiento español el art. 153 del reglamento notarial prevé la posibilidad de que el notario practique la rectificación, por propia iniciativa, la cual, según sostiene algún comentarista de la norma, debe interpretarse con carácter restrictivo “ya que si bien el notario puede proceder a la subsanación de meros errores materiales que se hayan producido con ocasión de la redacción de la escritura o que resulten claramente de los antecedentes obrantes en su haber o de lo acontecido en su presencia con ocasión de la firma del instrumento público, lo que el notario no puede hacer en ningún caso es sustituir la voluntad de los otorgantes<sup>6</sup>”. Se trata de rectificaciones sobre aspectos puramente formales, fácilmente constatables por el notario, nunca del fondo del negocio, o sea, sus cláusulas o estipulaciones.

Como ha expresado la Dirección de los Registros y del Notariado de España en la citada resolución del 7 de enero de 2004:

...al tratarse de un acta autorizada por un Notario por sí y ante sí, que por medio de ella procede a rectificar una escritura anterior, dichas manifestaciones están amparadas por la fe pública notarial, gozando de una presunción de exactitud, conforme al artículo 17 bis de la Ley del Notariado, que sólo puede ser desvirtuada mediante su impugnación ante los Tribunales de Justicia en el juicio declarativo correspondiente...

En el contexto cubano, es dable escudriñar en la hermenéutica del art. 105 del reglamento notarial, regulador de los sujetos legitimados para la promoción de estas actas. En principio, se exige la intervención de quienes comparecieron

---

6 MARQUÉS MOSQUERA, Cristina. “Comentarios al artículo 153 del Reglamento Notarial”, en *Nueva legislación notarial comentada*, tomo I, “Legislación notarial”, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007, pág. 381. En este mismo orden se ha pronunciado la Dirección de los Registros y del Notariado de España en su resolución del 29 de julio de 2014, en la que advierte al notario “...que el procedimiento subsanatorio previsto en el artículo 153 del Reglamento Notarial, ha de utilizarse con extrema cautela, no solo en la restrictiva interpretación de lo que ha de considerarse error material, sino en la consideración pública para los otorgantes y especialmente, en los contratos en los que intervienen usuarios de servicios bancarios y financieros, de que el documento es indisponible una vez otorgado y autorizado”.

al documento a subsanar, ya sean estos o sus representantes (en cualquiera de las modalidades), o sus causahabientes. El sentido de la norma es que concurren todos los comparecientes, o si bien no todos, que lo haga el causahabiente o el representante de aquel o de aquellos que no lo pueden hacer por sí. Empero, la presencia de todos los comparecientes no supone la existencia de un consentimiento y, en consecuencia, de una escritura pública rectificatoria al estilo del último párrafo del art. 153 del reglamento notarial español, dado que en Cuba la subsanación de errores u omisiones materiales opera sólo por vía de acta. Otro tema, es la autorización de escrituras públicas complementarias que pudieran llevar al otorgamiento por los mismos comparecientes de un instrumento público que, en cierto sentido, suple una omisión padecida por un instrumento principal.

La propia norma, no obstante, franquea la posibilidad de la sola concurrencia de aquel compareciente que demuestra tener particular interés en la subsanación (*verbigracia*, el comprador, el permutante o el donatario, devenido titular del inmueble cuyo dominio se transmite por la escritura pública y en cuya descripción hay errores u omisiones que resulta necesario subsanar) bajo el requerimiento de que no cause perjuicio a los demás interesados, a saber: a los demás comparecientes que no interesan la subsanación por no demostrar interés en el asunto (es lógico que en el ejemplo que consignamos no demuestren tener interés el vendedor, ni el otro permutante, ni el donante, que han dejado de ostentar el dominio sobre el inmueble, en cuya descripción se ha incurrido en errores u omisiones).

En situaciones de cotitularidad o condominio, hay que tener en cuenta la naturaleza del bien sobre el cual recae dicha cotitularidad. Pues, si es de naturaleza inmueble, como el acta subsanatoria accede al Registro de la Propiedad e incide en el asiento de inscripción, al modificar el título inscrito, se dice -no sin razón- que deben concurrir todos los condóminos (o aquel que no pueda comparecer, previamente debe haber expresado su autorización al respecto), aplicándose las reglas de la copropiedad por cuotas reguladas en el vigente Código Civil (art. 164). De todos modos, el espectro sobre el cual puede recaer el acta subsanatoria es muy variado y, en caso de errores u omisiones meramente formales o sobre documentos públicos incluso no inscribibles en registros, es discutible tanto que el notario no pueda practicar la subsanación -incluso de oficio, a través de diligencia<sup>7</sup> como prevé el art. 153 del reglamento notarial

---

<sup>7</sup> Ver MARQUÉS MOSQUERA, C. Ob. cit., pág. 380. En efecto, el citado artículo reglamentario, en su párrafo tercero, habilita la diligencia subsanatoria. La doctrina que ha comentado tal precepto hace hincapié en la ausencia de un plazo fijado para autorizar dicha diligencia, lo que no puede suplirse aplicando la analogía *legis*, tomando en consi-

español-, o que ni siquiera pueda enmendarse el documento a instancia de uno de los comparecientes (*rogatio*) sin que concurra el resto, pues la subsanación en tal caso no perjudicaría a los no comparecientes; todo lo contrario, perfeccionaría un título que ya circula en el tráfico jurídico.

Si la subsanación se practica después de expedidas copias del documento las copias que a partir de ese momento se expidan de dicho documento han de llevar consigo en nota al margen el contenido del acta subsanatoria, de lo cual carecerán las copias expedidas con anterioridad a la subsanación, salvo que el interesado que ostente dichas copias concurra ante el notario que tiene a su cargo el protocolo donde obre la matriz del documento subsanado o ante el notario que tenga la matriz del acta de subsanación (de ser notarios diferentes), supuestos en los cuales cabría la posibilidad de que dichos notarios consignen la nota al margen correspondiente a las referidas copias.

#### 4. SUBSANACIÓN DE ERRORES Y OMISIONES SEGÚN LA POSICIÓN DE RODRÍGUEZ ADRADOS: SUBSANACIONES DE PRIMER Y SEGUNDO GRADO

Resulta interesante también la fórmula empleada por el autor del reglamento notarial español en el ya citado art. 153, que permite al notario autorizante del instrumento público enmendar, y sólo a él, la omisión (o sea, falta de expresión de la mención auténtica) de los juicios de capacidad e identidad o “de otros aspectos de su propia actividad en la autorización”, lo que resulta lógico, certero, atinado y que contrasta con la rigidez con la que el tema es tratado en el ordenamiento jurídico cubano. Téngase en cuenta que la ley notarial de Cuba establece en el art. 16. b), como un supuesto de nulidad del documento público notarial, la ausencia del juicio de identidad o supletoriamente de conocimiento (según art. 27 de la propia ley, si bien con carácter excepcional), o del juicio de capacidad de los comparecientes que ha de dar el notario autorizante. De modo que, aun cuando se pueda probar por el propio notario el pleno ejercicio de la capacidad jurídica en el momento del otorgamiento, o la identificación o conocimiento de los comparecientes, según el caso, el derecho no habilita al

---

deración el plazo de sesenta días que para la ratificación de un negocio jurídico prevé el art. 176 del propio reglamento. No obstante, se entiende que la rectificación por diligencia debe practicarse en un plazo prudencial o razonable, pues esta “...parece reservarse para rectificar errores que se hubiesen advertido con carácter más o menos inmediato, después del otorgamiento de la escritura rectificada, debiéndose proceder a subsanar errores cuya advertencia se hubiese demorado en el tiempo a través de una escritura de rectificación”.

## Derecho Comparado

notario a la subsanación del instrumento mediante la correspondiente acta, autorizada de oficio por el notario, o a instancia de parte interesada. Probada la ausencia de dichas menciones auténticas en que tales juicios consisten, no cabrá otra alternativa que la declaración judicial de nulidad del instrumento público (si así hubiere sido la pretensión deducida en la demanda interpuesta). Recaba el ordenamiento español en la utilización de las evidencias por el notario que autorizó en su momento el documento con defectos u omisiones. Nadie mejor que él, bajo su fe pública, para ofrecer un juicio de calificación jurídica subsanatorio, tomando como elementos probatorios sus propias evidencias o percepciones sensoriales, o apreciaciones deductivas en la que él fue el propio protagonista.

La fórmula española me parece en todo caso mucho más racional, lógica, justa y sustentada en los propios fundamentos del notariado latino, conforme a los principios de la conservación del documento público y del propio negocio jurídico, y el de la excepcionalidad de las nulidades documentarias. Para RODRÍGUEZ ADRADOS, esta posibilidad cabe incluso para los documentos públicos contentivos de actos *mortis causa*, como el testamento. En tal sentido, el maestro español clasifica las subsanaciones formales en el instrumento público en dos clases: una, de primer grado, y otra, de segundo grado.

La subsanación en sentido estricto, o propiamente dicha, es la de primer grado, que solo podrá realizar el mismo Notario que había autorizado el testamento defectuoso (...) él estuvo presente en el acto del otorgamiento, solo él puede saber lo que allí pasó y puede acudir para la subsanación a “los hechos por él percibidos en el acto del otorgamiento” (RN, art. 153.2.2); y mucho más cuando los defectos formales consisten en la omisión en el texto del testamento de sus propios y personales juicios, porque solamente él puede conocer los juicios que formó y que no llegó a expresar como los de identidad o de capacidad (RN, art. 153.1.2).

La atribución de la competencia para subsanar el defecto únicamente al Notario autorizante haría que la posibilidad de subsanación quedase muy restringida; piénsese que ese Notario se ha jubilado, o que ha fallecido: la subsanación no podría ya efectuarse. Pero como sólo el Notario autorizante estuvo presente en el acto de otorgamiento del testamento, tal subsanación tiene naturaleza diferente, constituye un segundo grado de subsanación en sentido amplio, que llega hasta el requisito de fondo a que responde la solemnidad formal infringida; porque si se prueba legalmente que ese requisito de fondo sea cumplido, el incumplimiento del requisito de forma habrá perdido toda su virtualidad. Es una subsanación construida para la esfera del tráfico, con su limitada pero suficiente eficacia, porque no cabe esperar a lo que en definitiva resuelva la sentencia que puede dictarse en juicio declarativo<sup>8</sup>.

---

8 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. “La subsanación de defectos formales del testamento abierto”, en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Rojas Montes*, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2007, pág. 813.

En su interesante estudio, el maestro del notariado español resume los supuestos de nulidades formales subsanables relativas al testamento, pero, tratándose este del acto jurídico cuya solemnidad constitutiva por excelencia le hacen el paradigma, es traspolable *mutatis mutandi* a otros actos jurídicos cuyas solemnidades no tienen los niveles que para el testamento se exigen *ex lege*. De este modo, RODRÍGUEZ ADRADOS incluye entre tales supuestos de nulidades subsanables:

a) La falta de constancia en el texto del testamento de los juicios positivos del notario sobre la identidad y capacidad del testador. Lo cual, en principio, supondría una subsanación en sentido estricto o de primer grado por el propio notario que autorizó el documento, al amparo del art. 153.1.2 del reglamento notarial español, porque nadie mejor que él para conocer "...sus propios e inexpressados juicios al tiempo del otorgamiento del testamento". Pero también apunta el autor que cabe la subsanación de segundo grado por el notario sustituto de aquel que autorizó el documento con defectos formales, "...que podrá utilizar directamente los datos resultantes del mismo protocolo; o bien mediante acto de jurisdicción voluntaria o juicio declarativo".

b) la omisión de otros requisitos formales sobre aspectos de fondo que el notario, mediante menciones auténticas, debe volcar en el documento. En tales casos, la omisión de los requisitos formales puede ser susceptible de una subsanación propia o estricta cuando los requisitos de fondo sobre los que versan los formales, se han cumplido. De ahí que RODRÍGUEZ ADRADOS arguya que el propio notario que autorizó el documento podrá hacer constar documentalmente que el testador manifestó su voluntad, aunque no haya firmado, o que él mismo lo autorizó, "siendo involuntaria la falta de consignación de estos extremos en el testamento", o incluso aunque el testador no compareciera a la diligencia o acta subsanatoria. Tal documento también puede ser enmendado por el mecanismo subsanatorio de segundo grado, a través de otro notario, por acto de jurisdicción voluntaria, o en juicio declarativo, siempre que se pruebe el cumplimiento de los requisitos de fondo (en el caso, el otorgamiento por el testador o autorización por el notario), de modo que queda probado que su omisión fue una negligencia notarial y no la no aprobación del testador del testamento redactado.

c) la falta de fecha en el testamento, por considerar el autor que en tal supuesto "el requisito de fondo necesariamente tiene que existir puesto que todo hecho ocurre en tiempo determinado", omisión que puede ser subsanada "mediante la declaración documental pública del mismo Notario autorizante que estuvo presente en el otorgamiento" o, supletoriamente, a través de acto de jurisdicción voluntaria o de juicio contencioso<sup>9</sup>.

---

9 *Ibidem*, págs. 810 a 812.

## Derecho Comparado

### 5. PROCEDIMIENTO A SEGUIR SI EL NOTARIO QUE AUTORIZA EL ACTA ES O NO EL MISMO QUE AUTORIZÓ EL DOCUMENTO SUBSANADO

En el derecho cubano, si quien autoriza el acta subsanatoria es el notario que tiene a su cargo el protocolo donde obra el documento subsanado, tras la autorización corresponde consignar nota al margen del documento que se enmienda. Si es un notario distinto, le compete expedir comunicación al notario autorizante del documento subsanado para que haga constar por nota al margen la subsanación practicada (*vid.* art. 105, segundo párrafo, del reglamento notarial). El notario que recibe la comunicación deberá archivarla durante un tiempo prudencial en su sede notarial, como constancia probatoria de su recepción.

### 6. DOCUMENTOS SUBSANABLES

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, como el español o el puertorriqueño<sup>10</sup>, que restringen los documentos subsanables, a aquellos que contengan actos *inter vivos*<sup>11</sup>, el nuestro no lo hace. De ahí la formulación abarcadora del art. 48 del reglamento notarial, que hace suponer, tal y como acontece con relativa frecuencia en la práctica, que cabe la subsanación por vía de acta de la escritura pública de testamento, por supuesto, tomándose todas las precauciones que el negocio testamentario trae consigo y que conlleva a que, en modo alguno, se altere el contenido de la parte dispositiva de la escritura pública en que se expresa esa declaración postrera de voluntad.

### 7. EFECTOS

Como todos los documentos notariales, el acta subsanatoria tiene eficacia probatoria, de modo que acredita frente a terceros la subsanación practicada sobre un documento público notarial en concreto. El hecho acreditado por ellas debe reputarse exacto mientras no sea impugnado en juicio, de ahí que el notario que la autoriza advierta en la parte expositiva del documento que ella ha de adjuntarse al título que se subsana, ya sea este un título acreditativo del dominio o de otra circunstancia o condición jurídica.

---

10 Ver el art. 153, primer párrafo, del reglamento notarial español, y el art. 29, primer párrafo, de la ley notarial de Puerto Rico.

11 De todos modos, se trata de una interpretación literal del precepto legal, pues los estudios de RODRÍGUEZ ADRADOS desdicen el dictado de la propia norma.

Y de igual manera tiene eficacia legitimadora, son actas inscribibles, *verbigracia*, en el Registro de la Propiedad<sup>12</sup> o en el Registro de actos de última voluntad y de declaratoria de herederos<sup>13</sup>, a modo meramente ejemplificativo. De ahí su oponibilidad y publicidad frente a terceros.

---

12 Ver resolución N° 114/2007 de la Ministra de Justicia, del 29 de junio de dicho año, reguladora de *Las Normas y Procedimientos para la nueva organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad*, art. 20.2.

13 Ver dictamen N° 72/1987 de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia, del 15 de octubre de dicho año, "...que establece que procede la autorización de acta de subsanación de omisión de acta de declaratoria de herederos en la que no se ha expresado la fecha de fallecimiento del causante, correspondiéndole al notario que autorizó el acta que padece la omisión el pago de la tarifa relativa al acta de subsanación de la omisión" (Pérez Gallardo, Leonardo B.; Almaguer Montero, Juliet; y Ojeda Rodríguez, Nancy C. -compiladores-. *Compilación de Derecho Notarial*, Félix Varela, La Habana, 2007, págs. 116-117) que, si bien no dice expresamente que dicha acta se inscribirá en el Registro de actos de última voluntad y de declaratoria de herederos tras su autorización, es obvio que así será.





Jurisprudencia



## Bien de familia\*

### I. Hechos

Durante la vigencia del Código Civil, el Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó una resolución que denegó la afectación de un inmueble al régimen de bien de familia, por la ausencia de parentesco entre los condóminos que habitaban el inmueble como concubinos desde el año 1995. Contra la resolución, los cotitulares incoaron el recurso de apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil<sup>1</sup>.

### II. El bien de familia y la jurisprudencia

La ley 14.394 establecía el concepto de “familia” en el art. 36, al definirla como aquella “constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o, en defecto de ellos sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente”. En forma concordante, el art. 43, *in fine* disponía que, en caso de condominio, la solicitud debía ser efectuada por todos los cotitulares con justificación del vínculo de parentesco entre ellos, en los términos del artículo precedentemente citado.

\* El contenido completo del fallo se reproduce a continuación de este comentario (pág. 237).

---

1 El art. 2° de la ley 22.231 establece que las resoluciones del director del Registro mediante las cuales se deniegue la inscripción o anotación definitiva de actos presentados para su registro, serán recurribles ante dicha Cámara.

## Jurisprudencia

De tal manera, la ley no preveía la afectación por parte de condóminos que no fuesen parientes ni se encontrasen casados. Sin embargo, el Registro de la Propiedad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires había atemperado dicho criterio normativo, al permitir la afectación cuando los condóminos fuesen concubinos con un hijo en común. Dicho criterio comenzó a partir del fallo “Marchetti, Máximo Victorio c/ Registro de la Propiedad Inmueble s/ Recurso”, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, con fecha 28 de mayo de 2010<sup>2</sup>, en el cual se efectuó una interpretación extensiva del instituto en base a los siguientes fundamentos:

a) la beneficiaria (hija menor de ambos cotitulares) tenía un vínculo paterno-filial respecto de los condóminos y ostentaba el grado de parentesco previsto en el art. 36 de la ley 14.394;

b) si bien la situación fáctica no cuadraba dentro del concepto normativo de familia, la menor poseía un vínculo de hecho que generaba una relación jurídica familiar, traducida en una serie de derechos y obligaciones, como los alimentos y la patria potestad;

c) el bien de familia tenía por finalidad la protección del núcleo familiar no necesariamente constituido por cónyuges, puesto que el titular soltero, viudo o divorciado podía afectar un inmueble al régimen, existiendo beneficiarios; si se tratase de un inmueble de titularidad exclusiva de uno de los padres convivientes, prosperaría la afectación. Por tanto, ante una situación fáctica análoga, los condóminos encontraban agravada su situación por no haber contraído matrimonio;

d) la exigencia del citado art. 43 de la ley 14.394 sólo era insoslayable cuando los condóminos debían demostrar el vínculo familiar entre ellos, como únicos beneficiarios de la afectación, pero no cuando existía un tercer beneficiario que los vinculaba como familia, tal como se decidió en el precedente jurisprudencial “Q., A. y otros s/ Recurso Registral”<sup>3</sup>, dictado por la Cámara en lo Civil y Comercial de Rosario, con fecha 13 de octubre de 1997<sup>4</sup>; y

e) la Convención de los Derechos del Niño contiene el principio de “no discriminación” (art. 2°), que en este ámbito obliga a eliminar la distinción entre

---

2 Similar postura había sido adoptada por el Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia de Buenos Aires. Conf. *Vademécum de asientos registrales*, Dirección Provincial del Registro de la Propiedad, provincia de Buenos Aires, La Plata, Fundación Editora Notarial, 2004, pág. 111. Este criterio también había sido anticipado por las “I Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comercial y Procesal” (Junín, 1984), en las que se aconsejó la admisión legal de la constitución del bien de familia por personas no unidas en matrimonio, a solicitud de ambas y en beneficio de los hijos menores. Conf. AREÁN, Beatriz. *Bien de Familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pág. 85.

3 Publicado en la Revista del Notariado número 857, pág. 223.

4 Los argumentos precedentes están tomados del voto del Dr. Jorge Alberto Mayo.

hijos matrimoniales y extramatrimoniales<sup>5</sup>. De no permitirse la afectación, se vulneraría el principio de igualdad de raigambre constitucional, incurriéndose en una discriminación<sup>6</sup>.

En el fallo que nos ocupa, los condóminos concubinos sin hijos fundamentaron el recurso judicial en la finalidad de la ley 14.394, que radicaba en la protección de la familia, con independencia de que existiera descendencia o se hubiese celebrado matrimonio. Los recurrentes argumentaron que la denegatoria del Registro había violado la garantía constitucional de igualdad ante la ley, puesto que si bien admitía la solicitud de inscripción por parte de concubinos con descendencia común, la carencia de hijos erigía al matrimonio como un requisito insoslayable.

La Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirió la razón a los apelantes y revocó la resolución denegatoria del registro, con fundamento en que la exclusión normativa de la familia de hecho configuraba una discriminación inaceptable. Si bien el art. 36 de la ley omitía enumerar a los concubinos dentro del concepto de familia, dicha norma quedaba superada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, que consagra el derecho a la vivienda familiar digna. En virtud de esta norma basal, la tutela a nivel legal no puede reducirse al matrimonio, sino que debe extenderse a otros tipos de uniones que merecen igual protección jurídica.

Esta innovadora solución jurisprudencial amplió notablemente el ámbito de aplicación del derogado régimen de bien de familia y configuró un anticipo de la nueva normativa vigente, al eliminar el requisito de la descendencia común para los condóminos no unidos en matrimonio.

### III. Derecho vigente

El Código Civil y Comercial de la Nación instituye un régimen sucesorio del "bien de familia", denominado "vivienda", en el Capítulo 3 del Título III del Libro Primero, a partir del art. 244.

Bajo el nuevo régimen se permite designar como beneficiarios al propietario constituyente, el cónyuge o conviviente de este, los ascendientes, los descendientes y, en defecto de ellos, los parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente (art. 246).

En el supuesto de condominio, la afectación debe ser solicitada conjuntamente por la totalidad de los cotitulares (art. 245, 1° párr.) pero, a diferencia del régimen de la ley 14.394, los condóminos que convivan pueden designarse beneficiarios recíprocamente aunque no tengan hijos en común.

---

5 Idéntica directiva consagra el Pacto de San José de Costa Rica en el art. 17, inc. 5°.

6 Del voto del Dr. Claudio Marcelo Kiper.

También se permite la afectación del inmueble por parte del único titular sin familia, pues el art. 246 no exige más que un beneficiario<sup>7</sup>. En forma concordante, el art. 247 expresa que: “Si la afectación es peticionada por el titular registral, se requiere que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble. En todos los casos, para que los efectos subsistan, basta que uno de ellos permanezca en el inmueble”. En este sentido, la exigencia de que los parientes colaterales convivan con el constituyente debe interpretarse simplemente como un requisito para incorporarlos a la nómina de beneficiarios sin que la falta de parientes, cónyuge o conviviente sea óbice para la afectación<sup>8</sup>.

Por tanto, la nueva legislación continúa y trasciende la ley 14.394, interpretada a la luz de la última tendencia jurisprudencial, al ampliar el elenco de beneficiarios y las posibilidades de afectación al régimen.

### IV. Nuestra opinión

El derogado instituto de “bien de familia” había sido superado durante su vigencia por la realidad sobreviniente a la sanción de la ley 14.394. La abundante casuística que la dimensión social del derecho ha ofrecido, sumada al descubrimiento progresivo del valor “justicia”, obligaron al operador jurídico a revitalizar la letra de la ley y a completar las lagunas normativas a través de una interpretación extensiva del instituto.

En este sentido, consideramos que el caso analizado debe ser englobado con otros igualmente interesantes bajo las normas vigentes en ese momento. Apelando a similares argumentos que los esgrimidos en las mentadas soluciones jurisprudenciales, consideramos que, aun bajo la derogada ley 14.394 y según los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, el titular soltero sin familia (en sentido sociológico) podría acceder al régimen protectorio de la vivienda, aunque la expresión “bien de familia” hubiese resultado insuficiente para describir la soledad del constituyente como único beneficiario. El estándar de justicia actual brega por la tutela de la vivienda de todas las personas aunque estas no cuenten con familia. Esta conclusión se desprende de la existencia de normas supralegales que imponían la ampliación de la figura en base al principio de no discriminación contenido tanto en nuestra Constitución

---

7 Conf. CASABÉ, Eleonora. *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, pág. 49.

8 Consideramos que, en el caso de condominio, la unión convivencial de los cotitulares es requisito insoslayable para la afectación, pues de lo contrario los propietarios no podrían establecerse recíprocamente como beneficiarios. A su vez, el art. 244 no contempla la afectación de una parte indivisa del inmueble, sino solamente por la totalidad o hasta una parte de su valor.

Nacional como en distintos tratados internacionales, tales como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 24), la Convención de los Derechos del Niño (art. 2º), la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos (art. 7º), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2º y 10) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26).

A la luz del actual conocimiento del valor justicia, la carencia de “familia” no debe constituir un obstáculo para la afectación al régimen tuitivo de la vivienda, pues colocaría al titular soltero y sin herederos en una situación de desprotección y de discriminación en relación con los restantes supuestos admitidos por las normas. Aunque durante la vigencia de la ley 14.394 el repertorio jurisprudencial no se amplió con el supuesto de afectación al régimen de bien de familia por parte del titular soltero, sin parientes, sin cónyuge ni conviviente, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha receptado este supuesto según la actual dimensión dialéctica del mundo jurídico<sup>9</sup>.

*Nicolás Agustín Soligo Schuler*

---

9 Cabe destacar que el nuevo código también ha contemplado la protección automática de la vivienda familiar para la unión convivencial inscripta (art. 522) y el matrimonio (art. 456). Sin embargo, ha omitido extender dicha protección a las personas solteras y sin conviviente. Esta carencia normativa puede motivar un futuro pronunciamiento judicial tendiente a extender la protección en tal supuesto, con fundamento en los mencionados criterios supralegales de no discriminación.



FALLO

**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M. **Autos:** C., J. c/ Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal s/ Recurso directo a Cámara. **Fecha:** 16 de mayo de 2014.

Buenos Aires, 16 de mayo de 2014.

**Autos y vistos:**

Vienen estos autos a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la resolución dictada por el Registro de la Propiedad del Inmueble, mediante la cual denegó el pedido de afectación del inmueble del que los actores son condóminos al régimen de bien de familia, con el fundamento de que el requisito de parentesco sólo puede ceder cuando el beneficiario es un hijo.

Los actores solicitaron la aludida inscripción respecto del inmueble sito en F. R. ... entre el S. y Avenida H., del cual son condóminos y en el que además conviven en aparente estado de matrimonio desde el año 1995.

I.- Los recurrentes sostuvieron que la resolución es errada e importa una suerte de discriminación. Ello pues, refirieron que el Registro violó la garantía constitucional de igualdad ante la ley, en virtud de que admite el pedido de inscripción de los concubinos que tengan descendencia, mientras que para aquellos sin hijos, la falta de parentesco es un requisito insoslayable. Sostuvieron que la ley no impone como requisito obligatorio la existencia de un hijo a estos fines, sino que el registro lo hace a partir de la interpretación de la sentencia dictada en los autos "Marchetti", donde se amplió el concepto de cónyuges admitiendo como tales a los concubinos que tengan hijos en común. Agregaron que la finalidad del instituto es la protección de la familia, independientemente de si ha habido o no descendencia y/o si sus miembros se han casado de acuerdo a la ley civil o no.

Por último, añadieron que el proyecto de ley de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, que ha recibido media sanción de la Cámara de Senadores de la Nación, se hace eco de las formas actuales de familia y dispone de modo expreso como beneficiarios de este sistema a los convivientes.

II.- El fundamento de la constitución de un inmueble como “bien de familia” radica en la protección de la vivienda familiar, excepcionándola del principio general según el cual el patrimonio de una persona responde por sus deudas.

El art. 43 de la ley 14.394 permite la afectación del inmueble como bien de familia en el supuesto de que los constituyentes resulten condóminos y requiere que para ello estos reúnan los requisitos previstos en el art. 36.

Esa norma dispone que: “El solicitante deberá justificar su dominio sobre el inmueble y las circunstancias previstas en los arts. 34 y 36 de esta ley, consignando nombre, edad, parentesco y estado civil de los beneficiarios (...) Si hubiere condominio, la gestión deberá ser hecha por todos los copropietarios, justificando que existe entre ellos el parentesco requerido por el art. 36”.

La ley define a la familia como: “...la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes y ascendientes o hijos adoptivos; o en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que conviven con el constituyente”. Este concepto de familia sólo toma en consideración a la familia matrimonial, excluyendo de este modo a la familia de hecho.

Ahora bien, la existencia del núcleo familiar sin correlación con las instituciones legales de matrimonio y parentesco es indiscutible como realidad fáctica; aun entendiendo que la familia sólo se halla reconocida, en derecho, en la medida de tales presupuestos.

Por ello, excluir a la familia de hecho del beneficio del régimen de familia importa una discriminación infundada e inaceptable, pues con aquella restricción se vulnera el principio de autonomía de la voluntad que resulta ser uno de los pilares sobre los que se asientan los derechos humanos y sus implicancias (Conf. LOYARTE, DOLORES; en “Revista del Derecho Privado y comunitario, Bien de Familia”, ed. Rubinzal-Culzoni, 2011-1, págs. 501 a 510).

Pues la finalidad del bien de familia no es sólo favorecer el fin social de la vivienda o unidad económica familiar, sino especialmente a la familia en sí misma. Por tanto, es a esta como institución, y a todos los miembros que la componen en un pie de igualdad, a quienes va dirigido especialmente el beneficio de protección. Entonces, no hay razón alguna que justifique hoy la discriminación sobre el alcance de este último cuando la familia es de carácter convencional y no matrimonial. Mucho menos si la desigualdad se produce respecto del tipo familiar de hecho cuando no existen hijos en común (Conf. LOYARTE, DOLORES. Ob. cit., págs. 508 y 509).

Por último, es relevante señalar en el caso de autos, que el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial define el concubinato como “la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo” (art. 509) y prevé la ampliación de los beneficiarios de este sistema -bien de familia-, incluyendo a los convivientes (art. 246).

Si bien no escapa al Tribunal que hasta tanto se sancione la norma, los jueces deben decidir conforme la normativa vigente, en el caso a estudio, en orden a la protección constitucional del derecho a la vivienda familiar digna (art. 14 de la Constitución Nacional), esa tutela no puede reducirse al matrimonio sino que debe extenderse a otro tipo de uniones que merecen igual protección por parte del Estado. Pues como se señaló en la realidad, la convivencia en relación de pareja es una situación visible y clara que emerge en la actualidad como manifestación en la sociedad argentina.

Por ello, dado que se encuentra acreditado que las partes conviven en aparente estado de matrimonio desde el año 1995, conforme surge de la información sumaria de fs. 11, así como del informe de la Obra Social OSTPBA, de donde resulta que “P. B. es afiliado a dicha entidad desde el 07/11/1994 teniendo y abonando cuota como familiar a cargo a Ana Laura Martín” (ver fs. 13), corresponde hacer lugar a la queja.

**Por todo lo expuesto, el Tribunal resuelve:** Revocar la resolución del Director General del Registro de la Propiedad Inmueble, ordenándole que proceda a la inscripción del inmueble sito en la calle F. R. ... (entre el S. y H.), bajo el régimen de bien de familia, en la forma solicitada, previo cumplimiento de los requisitos sustanciales y formales que correspondan.

Regístrese y notifíquese a los peticionantes. Oportunamente devuélvanse las actuaciones al Registro de la Propiedad del Inmueble.

La Dra. Mabel De los Santos no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 31 del RLJN, Ac. 34/77 y 12/04 de la CSJN).

Fdo.: Elisa M. Díaz De Vivar - Fernando Posse Saguier



RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL NOTARIAL

## Falta de ética\*

La Plata, 19 de abril de 2013.

### Autos y vistos:

Visto el Expediente de este Tribunal, que lleva el N°.../12, caratulado: "Comité Ejecutivo del Colegio de Escribanos eleva actuaciones relacionadas c/ Not...., Titular del Registro N°... de ... s/ Presunta Falta de Ética", y del que surge:

Que el mismo se inicia como consecuencia de la elevación efectuada por el Comité Ejecutivo del Colegio de Escribanos de distintas actuaciones (fs. 1/81) relacionadas con el Not...., Titular del Registro N°... de..., a efectos de que el Tribunal decida si el citado profesional podría haber quebrantado los preceptos de ética que rigen la profesión.

Que, a fs. 82, con fecha 23 de noviembre de 2012, este Tribunal se declaró competente y corrió traslado de la denuncia al Not.... para que efectúe su descargo, siendo notificado -atento lo dispuesto por el art. 27 del decreto 3887/98- por la Delegación... del Colegio de Escribanos, con fecha 5 de diciembre de 2012, conforme a la constancia obrante a fs. 89.

Que, a fs. 85, con fecha 30 de noviembre de 2012, obra la solicitud al Departamento de Servicios Notariales del Colegio de Escribanos del estado de revista del notario, cuya respuesta consta a fs. 86, donde surge que el notario..., Colegiado N°..., revista como Titular del Registro de Escrituras Públicas N°... del Partido de... y que, de su legajo personal, no surgen constancias sobre aplicación de sanciones disciplinarias ni inhabilitaciones en el ejercicio de su profesión.

Que, a fs. 90, mediante auto del 8 de febrero de 2013 y, dado que el notario no presentó su defensa en los plazos legalmente estipulados, el Tribunal lo declaró *en rebeldía*, siendo notificado por la Delegación... del Colegio de Escribanos, con fecha 22 de febrero de 2013, conforme a la constancia obrante a fs. 97.

\* Esta resolución fue apelada ante la Exma. Cámara Primera de Apelación, Sala Segunda, que confirmó la medida. El contenido completo de la sentencia se reproduce a continuación de la presente (pág. 249).

## Jurisprudencia

Que, a fs. 93, mediante auto del 1º de marzo de 2013 y, atento el estado de las actuaciones, se llamó a "Autos para Resolver", siendo notificado el notario mediante la Delegación... del Colegio de Escribanos, con fecha 7 de marzo de 2013, conforme a la constancia obrante a fs. 101.

Que, a fs. 98/99, con fecha 6 de marzo de 2013, consta una presentación del Notario..., la que analizaremos seguidamente.

### **Y considerando:**

Que estas actuaciones llegan a conocimiento del Tribunal por iniciativa del Sr. Presidente y del Sr. Secretario de Gobierno del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, quienes acompañan a la nota de elevación un detallado informe elaborado por el letrado Dr. Javier Marcelo Percow, haciendo saber las diversas intervenciones judiciales de carácter criminal, en donde la magistratura del fuero penal -federal y provincial- detalla y analiza, en distintos grados, las conductas desplegadas por el Notario..., en el ejercicio de sus funciones. También adjuntan fotocopias de la documentación que el informe dice obra en la Secretaría del Colegio (fs. 2/81).

Luego de declarar su competencia este Tribunal, para entender en estos actuados, se le corrió traslado al notario a fin de que presentara su descargo, pero no ejerció en tiempo y forma su derecho a ser oído, por lo que fue declarado rebelde y se dictaron autos para resolver (fs. 90). Finalmente, luego de haberse practicado la última notificación el 22 de febrero de 2013 (fs. 97), el notario... efectuó una presentación en un escrito que titula "Contesta vista", en el que pretende justificar su actitud, aduciendo "graves problemas de salud", que no acredita, y luego pasa a responder lo que llama "sus inquietudes", cuyo análisis realizaremos en forma conjunta con la conducta que, adelantamos, resulta contraria a la ética.

Dado que toda la conducta del notario... es evidenciada en actuaciones judiciales, algunas de ellas aún pendientes de juzgamiento debemos considerar, *prima facie*, cuáles son los tipos de responsabilidad en los que incurre un notario.

Así, resulta que en el ejercicio de la profesión el notario asume responsabilidades de distinta naturaleza: civil, penal, fiscal y disciplinaria y la diferencia radica en los distintos bienes o valores jurídicos que cada una de ellas tiende a proteger (Conf. MIGUEL N. FALBO, "Responsabilidad disciplinaria notarial", Revista Notarial, N° 900, págs. 1027 y 1028).

En este caso concreto, descartamos la civil y la fiscal, por cuanto no están concretamente en juego y nos centramos en las conductas que traen consecuencias disvaliosas en los ámbitos penal y disciplinario.

La primera aparece cuando la conducta irregular configura alguno de los

delitos tipificados en la legislación penal y es competente para su juzgamiento la justicia penal en cualquiera de sus fueros locales o federales.

Por el contrario, atañe a este Tribunal la responsabilidad disciplinaria que surge del incumplimiento de los deberes inherentes a la función, por la inobservancia de los principios de ética profesional.

Esta pluralidad de responsabilidades que pesan sobre el mismo sujeto -notario- a partir de una única conducta, nos permite considerar que no existe en nuestra materia la aplicación literal del principio *"non bis in idem"* y, en consecuencia, comenzar a analizar las conductas que se le atribuyen al notario..., con prescindencia del resultado final al que llegaron las causas penales instruidas.

Es así que, a fs. 8/15, se acompañan constancias del expediente 353/05, en el que según manifestación no acreditada del encartado (fs. 98), se le otorgó el beneficio de la *"probatión"*, que por definición suspende el proceso penal. Sin embargo, ello no nos impide merituar la declaración del notario, y que ha sido objeto de reconocimiento tácito por este: "...que en la certificación de firmas cuestionada reconozco mi firma y sello como notario, aunque no recuerdo haber tenido a la vista a las personas intervinientes dado el tiempo transcurrido. *Que el mecanismo de la certificación utilizado en la oficina es que la persona que se presenta se le pide la documentación acreditativa de la identidad, normalmente lo toman los empleados administrativos de la escribanía o la gestora que estaba en ese entonces dentro de la oficina compartiendo el lugar*, debido a que el día en cuestión estuve ausente de esta ciudad no me consta la presencia de todos ellos. *Que el viernes que esta gente habría ido a la escribanía no estaba en la ciudad y cuando regresé certifiqué tanto en el '08' como en el folio de actuación notarial las firmas que habían sido tomadas con anterioridad (...)* es así debido al cúmulo de trabajo que diariamente recae en la oficina lo *que me impide estar presente en las certificaciones específicas por lo cual delego en las personas dicha labor...*". Continúa con el relato de inconvenientes con una supuesta gestora para, finalmente, decir respecto de esta persona: "...que su actividad era independiente de la mía, sólo se desempeñaba como *gestora independiente a la cual le brindaba todas las instalaciones de la oficina que alquilo haciendo uso irrestricto de todos los elementos dentro de la misma*, a excepción de la computadora por motivos que no sabe el manejo de la misma (...) *ella (...) confeccionaba las actas del libro de requerimiento para certificación de firmas que usaba para certificar también la de sus clientes que luego presenta en los distintos registros...*". Luego agrega que, en el mes de octubre de 2005, le faltó uno de los sellos profesionales, no realizando la denuncia de extravío porque tenía otro y, finalmente, reconoce el formulario 08 y la actuación notarial que le exhiben.

A fs. 50 obra copia de un acta de procedimiento que forma parte de la IPP 02-00-00321-12, respecto de la cual el notario... manifiesta no encontrarse

imputado (fs. 98 vta.) ensayando una explicación en la que referencia que al momento de realizarse el operativo, en el que se secuestraron los Libros de Requerimientos “106 y 97” correspondientes al Registro... de... (fs. 70), se encontraba con los Libros de Requerimiento “106 y 107” en su poder para completar observaciones efectuadas por uno de los miembros de la Junta del Colegio de Escribanos Delegación... y procedía en esa oportunidad a reintegrarlos a su oficina. Pero nada dice respecto a que los Libros de Requerimientos “106 y 97”, fueron secuestrados en poder de un tercero que, dicho sea de paso, tenía “tres planas de averiguación de paradero activas”, dentro de un vehículo con prohibición de circular y en forma conjunta con documentación de automotores, entre otras.

Respecto de las otras causas penales, no advertimos en este expediente elementos que nos permitan evaluar su conducta, limitándose el notario a manifestar que en una causa ofreció cumplir una “*probation*” que fue rechazada y la otra la desconoce.

Pero sólo en la exigua transcripción precedente, cuyo resaltado y subrayado nos pertenecen, encontramos la violación de deberes notariales de carácter funcional y de carácter ético.

Entre los primeros, señala el art. 35 del decreto-ley 9020/78, que es deber del notario: inc. 1º) Autorizar con su firma los documentos en que intervenga; inc. 2º) Asesorar en asuntos de naturaleza notarial a quienes requieran su ministerio; inc. 3º) estudiar los asuntos para los que fuere requerido en relación a sus antecedentes, a su concreción en acto formal y a las ulterioridades legales previsibles e inc. 4º) Examinar con relación al acto a instrumentarse, la capacidad de las personas individuales y colectivas, la legitimidad de su intervención y las representaciones y habilitaciones invocadas.

Asimismo, dichos conceptos son reafirmados en el art. 136 del mismo cuerpo legal, que reza: “La formación del documento a los fines y con el alcance que la ley atribuye a la competencia notarial es función privativa del autorizante, quien deberá:

1. Recibir por sí mismo las declaraciones y tener contacto directo con las personas, con los hechos y cosas objeto de autenticación.

2. Asesorar a los requirentes y elegir las formas que aseguren la eficacia de los fines que persiguen.

3. Expresar los hechos objetivos conforme a su real percepción.

4. Hacer las menciones y calificaciones que en razón del cargo, de la naturaleza del acto, de la clase de documento y de las disposiciones legales, sean necesarias para producir válidamente los efectos propios de su intervención”.

El art. 171 del mismo decreto-ley establece como objeto de certificación las firmas e impresiones digitales estampadas en presencia del notario, por

personas de su conocimiento. Añadimos que con la modificación introducida al Código Civil, es de aplicación el artículo 1002 en su totalidad.

Y los deberes de carácter ético están contenidos en el art. 35 inciso 7 del decreto-ley 9020/78, cuyo apartado a) establece que: "Constituyen en general faltas de ética, los actos que afecten el prestigio y el decoro del cuerpo notarial o que fueren lesivos a la dignidad inherente a la función o que empañen el concepto de imparcialidad propio de la actividad notarial o que importaren el quebrantamiento de las normas de respeto y consideración que se deben los notarios entre sí". Y el apartado b) de la norma expresa que el Reglamento Notarial establecerá las faltas de ética, pero su enumeración no tendrá carácter taxativo, pues podrán considerarse tales las que surjan de la conceptualización general contenida en el apartado anterior.

También el art. 31: "El notario que facilitare el ejercicio de la profesión por personas no habilitadas o que de alguna manera lo hiciere posible, será sancionado por el Juez Notarial, sin perjuicio de su juzgamiento por el Tribunal Notarial si el caso se considerase comprendido en el artículo 41, inciso 1)".

El Reglamento Notarial -decreto 3887/98- en su art. 20 establece que se considerará que un notario incurre en la infracción prevista en el art. 31 de la ley, cuando facilitare en forma total o parcial a personas no habilitadas, el uso del protocolo o de otros elementos o documentación del Registro Notarial, o cuando el mismo utilizare como oficina en forma permanente o temporal, el local en que se desarrollan actividades notariales por personas no habilitadas. Será causa agravante de la responsabilidad la finalidad de lucro.

"Reglas de ética. Artículo 24. Con los alcances establecidos en el apartado b) del Inciso 7 del artículo 35 de la ley, se considerarán faltas a la ética profesional del notario las infracciones a los deberes establecidos en los incisos 5) y 6) de dicho artículo y en general los enunciados en el apartado a) del inciso 7 y especialmente: 1) facilitar el ejercicio de la profesión a personas no habilitadas, o de cualquier manera hacerlo posible, realizando los actos a que se refiere el artículo 18 de este Reglamento u otros que condujeran al mismo fin (...) 3) Asociarse o compartir la oficina con personas que no sean colegas, o con notarios inhabilitados, o sus herederos, o dar participación activa o pasiva a los mismos, o permitir que se usen o anuncien nombres que no sean del titular o adscripto...".

"1. Certificaciones de firmas. (artículos 172, 173, 174, 176 y 177 de la Ley). Retiro del Libro de Requerimientos de la notaría. Artículo 130. Conforme al artículo 177 última parte de la ley, el Libro de Requerimientos no podrá ser retirado de la notaría, sino por los siguientes motivos: a) inspecciones; b) razones de seguridad, dando conocimiento al Juzgado Notarial y al Colegio; c) requerimiento de personas con imposibilidad ambulatoria u otra causa justificada

## Jurisprudencia

dentro del Distrito, y fuera de él, en el caso del artículo 130, inciso II, apartado 5 de la Ley; d) solicitud de la Delegación”.

La declaración del notario..., en sede penal, aun cuando no haya culminado con una sentencia, y el reconocimiento tácito del secuestro de los Libros de Requerimiento fuera de la notaría y en poder de un tercero, nos lleva a preguntarnos cómo pudo dar cumplimiento a todos estos deberes si con total indiferencia y desaprensión expresa que *es habitual en su oficina proceder de ese modo*, que por si alguna duda queda, traducimos como: Los empleados, los ayudantes, los que están ahí porque se “les prestó” el lugar, reciben a los requirentes, los asesoran, estudian el asunto, examinan su capacidad y legitimidad y culminan el negocio que los llevo a la notaría. El escribano... se limita a estampar su firma y sello en “el formulario y la actuación notarial”. Eso sí, siempre, el formulario debe estar completo.

Del informe administrativo surge que el notario no tiene antecedentes y que accedió al Registro por Concurso de Oposición y Antecedentes. Sin embargo, en este caso, en el cual ha establecido, según su declaración, particulares normas de funcionamiento, totalmente reñidas con la legislación vigente que no pueden serle desconocidas, y cuya falta de aplicación no es excusable, resulta de aplicación el art. 902 del Código Civil, correspondiendo exigir una mayor diligencia a quien posee mayor capacitación. Asimismo, y concordantemente, cabe recordar que obra con dolo “el que sabe lo que hace, conociendo el peligro concreto que genera su acción, dicho de otra manera: obra con dolo el que conoce la acción que realiza y sus consecuencias” (conf. BACIGALUPO, ENRIQUE. *Derecho Penal. Parte General*, ed. Hammurabi, 1999, pág. 320) y cuando menos, el profesional debió representarse las consecuencias de su acto (conf. SOLER, SEBASTIÁN. *Derecho Penal Argentino*, Tea, 1992, pág. 152), constituyéndose tales circunstancias en agravantes.

Finalmente, y dado que a este Tribunal le corresponde juzgar las faltas de carácter ético, también corresponderá hacer conocer al señor Juez a cargo del Juzgado Notarial la posible existencia de responsabilidad funcional, en orden a lo ya expresado.

**Por ello**, y en uso de sus atribuciones, conferidas por los arts. 38, 41 inc. 1), art. 65 y conc. del decreto-ley 9020/78,

El Tribunal Notarial de la Provincia de Buenos Aires

### Resuelve

I.- *Suspender* en el ejercicio de la profesión por el término de *ochenta y cinco (85) días* al notario..., Colegiado N°..., Titular del Registro de Escrituras Públicas N°... del Partido de..., lapso durante el cual deberá abstenerse de autori-

zar acto protocolar o extraprotocolar alguno (art. 65 inc. 2 decreto-ley 9020/78), con más las accesorias establecidas en el art. 66 del citado decreto-ley.

II.- Notificar al Not.... la presente resolución, con copia de la misma, haciéndole saber que, una vez firme la presente, el Tribunal dispondrá la fecha de cumplimiento de la sanción, lo que le será debidamente notificado (art. 49 decreto-ley 9020/78; art. 27 decreto 3887/98 y resolución N° 13 T.N. de la provincia de Buenos Aires, del 11 de octubre de 2002).

III.- Hágase saber al notario... que, dentro de las setenta y dos (72) horas hábiles subsiguientes de recibida la notificación que establece la fecha de cumplimiento de la sanción, deberá comunicar fehacientemente a los requirentes de escrituras otorgadas y que aún se encuentren pendientes de inscripción que podrán instar personalmente la registración.

IV.- Elévense los presentes actuados al Juzgado Notarial, a los efectos que estime corresponder, sirviendo la presente de atenta nota de remisión (artículo 40, inc. 1 ap. a) decreto-ley 9020/78) o sus copias certificadas por la Sra. Secretaria, si correspondiere.

V.- Firme, comuníquese la presente al Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires (art. 42, inc. 4 y conc. del citado decreto-ley) a fin de dar cumplimiento a la publicación que prescribe la ley 11.809 y al Ministerio de Justicia.

VI.- Archivar copia de la presente en el Libro de Resoluciones del Tribunal Notarial.



SENTENCIA DE LA CÁMARA PRIMERA DE APELACIÓN

“Comité Ejecutivo del Colegio de Escribanos eleva actuación relacionada c/ Not..., Titular Registro Nº... de... s/ presunta falta de ética”

En la ciudad de La Plata, a los 23 días del mes de octubre de dos mil catorce, reunidos en acuerdo los señores Jueces de la Excelentísima Cámara Primera de Apelación, Sala Segunda, Dr. Juan Carlos Rezzónico y Dra. Dolores Loyarte, para dictar sentencia en la causa caratulada: “Comité Ejecutivo del Colegio de Escribanos eleva actuaciones relacionadas c/ Not..., Titular Registro Nº... de... s/ presunta falta de ética”; y habiéndose procedido con anterioridad a efectuar el pertinente sorteo de ley el mismo arrojó el siguiente orden de votación: Dres. Loyarte-Rezzónico, resolviendo el Tribunal plantear las siguientes:

**Cuestiones**

Primera: ¿Es justa la resolución apelada?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**Votación**

A la primera cuestión; la Señora Juez, Dra. Dolores Loyarte, dijo:

**I. Antecedentes**

a. El expediente es promovido como consecuencia de la elevación efectuada por el Comité Ejecutivo del Colegio de Escribanos en razón de distintas actuaciones judiciales (fs. 1/81) relacionadas con el notario... Titular del Registro Nº... de... a fin de que el Tribunal Notarial decida sobre la conducta ética del mencionado notario.

b. El Tribunal Notarial declara la “rebeldía” del notario... al no haber este respondido en término al traslado oportunamente efectuado ni ejercido su de-

## Jurisprudencia

recho de descargo pertinente (fs. 90), resolución que le fuera notificada debidamente (fs. 97). Y llamados los “autos para resolver” (fs. 93), el notario... se presenta espontáneamente respondiendo el primitivo traslado conferido (fs. 98/99).

c. Analizadas las constancias probatorias de la causa y el responde del mencionado notario, el Tribunal Notarial resuelve: suspender en el ejercicio de la profesión al notario... por el término de 85 días, debiéndose este abstenerse de autorizar acto protocolar o extraprotocolar alguno; y firme la presente, la fecha de inicio del cumplimiento de la sanción será dispuesta por el Tribunal (fs. 102/105).

### **II. Consideración de los agravios**

El recurso contra la mencionada resolución es planteado por el notario... solicitando la nulidad de lo actuado, la revocación o morigeración de la sanción aplicada (fs. 114/21).

Me abocaré al tratamiento de cada cuestión por separado.

#### *II.a. Nulidad de las actuaciones*

El recurrente sostiene que se han conculcado derechos constitucionales por habersele afectado el derecho de defensa en juicio (art. 18 CN). Indica que el decreto ley 9020/98 expresa en su art. 48 que “...todo notario, en caso de que se le impute la comisión de una falta, tiene derecho a ser oído antes de aplicársele sanción alguna”. Y alega que esta garantía procesal no se cumplió en estos autos. Objeta también la falta de traslado sobre la pretensión del Tribunal de incorporar prueba a la causa, como declaraciones personales del aquí recurrente efectuadas en actuaciones judiciales, prueba externa que incorporada en la presente causa importa la violación del derecho a la “no inculminación”.

Sobre el planteo formulado, cabe señalar que no se advierte violación alguna al derecho de defensa en juicio por las razones invocadas por el apelante, toda vez que el quejoso no contestó en tiempo oportuno el traslado de las actuaciones ni ofreció prueba alguna para ejercer su derecho de defensa en juicio, ni tampoco solicitó la fijación de audiencia para ser oído ante el Tribunal Notarial; razón por la cual fue declarado en “rebeldía”. Tampoco en su contestación tardía de fs. 98/99 acompañó la prueba documental que dijo adjuntar, ni impugnó las constancias contenidas en las actuaciones penales en trámite que dieron motivo al presente expediente, pues sólo se limitó a realizar un descargo escueto y genérico, sin sustento ni prueba “eficiente” alguna (arg. arts. 273, 275, CPP).

La “rebeldía” del recurrente importa para este la declinación de ejercer en tiempo oportuno su derecho a defensa, y la asunción de las consecuencias que ello puede acarrearle a quien así procede, esto es, el otorgar veracidad a los hechos denunciados respecto de la conducta del notario calificados como reñidos con las normas de ética que regulan la profesión notarial (arts. 46 y 58, decreto ley 9020/78; art. 303, CPP; art. 64, CPCC). Como ya tiene dicho este Tribunal, la sola situación procesal de “rebeldía”, permite decir que el proceder omisivo o excesivo que ahora se reprocha ha quedado purgado por la inacción oportuna del interesado (esta Sala, exp. 260.183, entre otros).

Por lo demás, cabe señalar que los integrantes del Tribunal Notarial han ejercido sus funciones en cumplimiento con las normas de procedimiento dispuestas por el art. 58 del decreto ley 9020/98 y el art. 27 del decreto reglamentario 3887/98. entre ellas, corresponde destacar las “medidas investigativas preparatorias” que tuvieron por finalidad “comprobar” los hechos contenidos en la denuncia que motivara la actuación de aquel órgano, “mediante diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad” y a la “extensión del daño”, “sin limitaciones sobre la prueba”; así como toda medida instructoria u ordenatoria para el esclarecimiento de la causa (conf. arts. 266, inc. 1 y 5; arts. 271, 275, CPP; arg. art. 36, incs. 2 y 6, CPCC).

Por consiguiente, estimo corresponde rechazar el planteo de nulidad de actuaciones articulado por el recurrente por no haberse violado la garantía de defensa en juicio (art. 18, CN; art. 15 CPBA).

#### *II.b. Revocación de la sanción aplicada*

El recurrente plantea como agravio, que la resolución sancionatoria se basa en pruebas producidas en sede penal sin haberse llegado a condenas en su contra en dicho fuero; y que la sanción aplicada en las presentes actuaciones se basan en inferencias y presunciones sin articular un elenco probatorio coherente en base a probanzas legítimamente obtenidas. Subsidiariamente, peticiona que en caso de confirmación de la sanción, se morigere al mínimo de la escala legal.

Sobre el caso particular y en apretada síntesis, conviene señalar que el Tribunal Notarial decide la imposición de una sanción en las presentes actuaciones a partir de las constancias de causas penales instruidas a raíz de denuncias penales efectuadas contra el notario aquí apelante -y además contra una gestora y otro tercero-, con motivo de haberse pretendido la inscripción de la venta de un automotor, utilizando para ello un formulario “08” que contenía la firma certificada de una persona fallecida tiempo antes de la fecha de certificación (fs. 73/77); a las que se suman otras constancias en una diversa causa del fuero represivo, y referidas a un procedimiento policial efectuado en el marco de

## Jurisprudencia

una investigación penal preparatoria, operativo por el cual se secuestraron los Libros de Requerimientos "106 y 97" pertenecientes al notario... en poder de un tercero quien, además, portaba cédulas verdes y documentación de otros automotores (fs. 69/71).

Entre los fundamentos para aplicar la sanción dispuesta por el Tribunal Notarial, se encuentran las "propias declaraciones" del notario aquí apelante, efectuadas en el fuero penal. En los considerandos de la resolución atacada, el Tribunal analiza la prueba documental adunada a estas actuaciones a fs. 8/15 -con las constancias del expediente N° 353/05 tramitado ante el Juzgado Federal de..., Secretaría penal N°... (cuyas copias certificadas tengo a la vista por separado, acollaradas a la presente causa; ver fs. 129, 130, 142, 143, 144, 145). Tal expediente penal tiene, entre otros, al notario como imputado del delito de falsedad ideológica; y, a la par de señalar a fs. 103 que el notario... invoca el beneficio de la "*probatión*" a su favor -circunstancia que no acredita en su descargo de fs. 98-, advierte claramente que esa circunstancia "...no impide merituar la declaración del notario, y que ha sido objeto de reconocimiento tácito por éste" (sic). A continuación de esta afirmación, el Tribunal transcribe el tramo de la declaración del notario vertida en aquella causa penal: "...que en la certificación de firmas cuestionada reconozco mi firma y sello como notario, aunque no recuerdo haber tenido a la vista a las personas intervinientes dado el tiempo transcurrido (...) Que el mecanismo de la certificación utilizado en la oficina es que la persona que se presenta se le pide la documentación acreditativa de la identidad, normalmente lo toman los empleados administrativos de la escribanía o la gestora que estaba en ese entonces dentro de la oficina compartiendo el lugar, debido a que el día en cuestión estuve ausente de esta ciudad no me consta la presencia de todos ellos. Que el viernes que esta gente habría ido a la escribanía no estaba en la ciudad y cuando regresé certifiqué tanto en el '08' como en el folio de actuación notarial las firmas que habían sido tomadas con anterioridad (...) es así que debido al cúmulo de trabajo que diariamente recae en la oficina lo que me impide estar presente en las certificaciones específicas por lo cual delego en las personas dicha labor...". Y seguidamente el Tribunal Notarial meritúa: "Continúa con el relato de inconvenientes con una supuesta gestora para, finalmente, decir respecto de esta persona: '...que su actividad era independiente a la cual le brindaba todas las instalaciones de la oficina que alquilo haciendo uso irrestricto de todos los elementos dentro de la misma, a excepción de la computadora por motivos que no sabe el manejo de la misma... ella... confeccionaba las actas del libro de requerimiento para certificación de firmas que usaba para certificar también la de sus clientes que luego presenta en los distintos registros' " (sic). Y finalmente el Tribunal Notarial señala respecto de los dichos del notario: "Luego agrega que en el mes de octubre

de 2005, le faltó uno de los sellos profesionales, no realizando la denuncia de extravío porque tenía otro; y finalmente, reconoce el formulario '08' y la actuación notarial que le exhiben" (sic, fs. 103 vta).

Asimismo, el Tribunal Notarial para decidir la imposición de la sanción tiene en cuenta las constancias obrantes a fs. 50/52 referidas al acta de procedimiento que forma parte de la IPP 02-00-00321-12, por la cual se acredita el operativo policial de secuestro de los Libros de Requerimientos 106 y 97 pertenecientes al notario... encontrados en poder de un tercero; y pondera especialmente la falta de explicación fundada sobre este grave episodio, desestimado el descargo de fs. 98 vta, punto 4, por inconsistente.

Así, el Tribunal Notarial indica que el notario... ha violado las normas de ética profesional contenidas en los arts. 35, 136, y 171 del decreto ley 9020/98; ello, porque de las propias declaraciones del notario, surge evidente que este no identificó "personalmente" a los requirentes que solicitaban la certificación de sus firmas para transferir el dominio de un vehículo, y a pesar de eso certificó tales firmas dando "fe de identidad" (según el actual art. 1002 del CC) de aquellas personas tanto en el Libro respectivo como en el formulario "08", de los cuales luego se comprobó la falsa identidad de uno de tales requirentes por muerte anterior del verdadero disponente a la fecha de la firma de tal acto y su certificación. También de las propias declaraciones del notario surge evidente que en su notaría funcionaba una gestoría del automotor, que la gestora y el personal de esta última usaban las instalaciones de la oficina del notario -excepto la computadora, como él mismo aclara-, y que estas personas recibían la documentación de los clientes de la gestora y del notario, que llenaban el libro de requerimientos notarial con los datos de las personas y la documentación respaldatoria para las ulteriores certificaciones notariales que efectuaría el notario, violando con ello el art. 31 del decreto ley 9020/98 y los arts. 20, 24, incs. 1 y 3 del decreto reglamentario 3887/98, que impiden "facilitar el ejercicio de actividades conducentes propias de la profesión notarial a personas no habilitadas, asociarse o compartir la oficina con personas que no sean colegas, y dar participación activa o pasiva a estas".

El aquí recurrente cuestiona los mencionados fundamentos del Tribunal Notarial, sosteniendo que las declaraciones efectuadas en el marco de actuaciones penales no pueden ser extrapoladas a la presente causa, pues ello viola su derecho de defensa en juicio. Sin embargo, a este planteo articulado por el recurrente, se le oponen no sólo los argumentos analizados más arriba al punto II.a "in fine", sino también la contundencia de la "doctrina de los actos propios" aplicable al caso particular, y los efectos derivados de esta.

Ya tiene dicho repetidas veces este Tribunal, lo que ha sostenido nuestro Máximo Tribunal Provincial: "Nadie puede ponerse en contradicción con sus

## Jurisprudencia

propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con una anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz” (SCBA, Ac. 33.658; esta Sala, causas 178.063, reg., sent. 26/80, 219.979, reg. sent. 82/95, 237.775, reg. sent. def. 222/02, 242.370, reg. int. 263/04, 243.762/1, rsi-169-05; 245.481, RSI-173-05; 247.100, rsi 231/07 causa 230.222, rsi 116/08; 249.828 rsi 101/10; 254.276 rsi 346/10; 252.8731 rsi 112/10; 247.130 rsi 194/10; 248.119 rsi 266/11; 257.728 rsi 16/13; 255.992 rsi 128/13). También se ha dicho, sobre todo, que: “No puede invocarse en relación a la labor jurisdiccional” (SCBA, Ac. 58.088 del 11-6-98; esta Sala, causa 232.989, reg. int. 23/99).

A todo ello, se añade la falta de consistencia de los argumentos ensayados por el notario a fs. 98 vta, toda vez que no ha podido fundar debidamente la tenencia de los Libros de Requerimiento 106 y 97 en poder del tercero, libros que fueron secuestrados por el personal policial que realizó el operativo callejero descrito en la copia del acta obrante a fs. 50, cuyas constancias puedo corroborar en las copias de la IPP N° 02-00-003211-12 arrimadas y acollaradas por separado, de conformidad con lo dispuesto oportunamente por este Tribunal (fs. 139, 140, 141, 142).

Por tanto, dentro del marco de las facultades instructorias y ordenatorias propias del Tribunal Notarial y de esta alzada, corresponde tener en cuenta el peso de las “declaraciones del notario”, las que en modo alguno pueden desconocerse a la hora de ponderar sus actos, no ya desde la esfera penal, sino desde el ámbito particular de la ética notarial; y desde éste, aquellos pueden calificarse como actos reñidos con las normas de ética profesional, pues configuran una conducta antijurídica en este último sentido.

En definitiva, y tal como ha sostenido varias veces este Tribunal, la conducta antiética descrita ha vulnerado uno de los principios esenciales del ejercicio de la función notarial, como es el principio de “confianza” respecto de su obrar; confianza que el Estado y los particulares depositan en el profesional del derecho, en virtud de la delegación de poder que aquel hace a favor de este para que ejerza la “responsabilidad” del otorgamiento de la “fe pública” notarial en determinados tipos de actos jurídicos; razón por la cual, aquel principio es de gran contenido ético, pues se espera de aquel profesional el ejercicio de “un particular debe honrar las expectativas despertadas en los demás, en cuanto sean legítimas y fundadas” (CCC LP, Sala II, exp. 260.183, entre muchas otras).

Por todo ello, no encuentro motivos para revocar la resolución apelada, a la que considero ajustada a derecho.

En consecuencia, **voto por la afirmativa.**

El Sr. Juez Dr. Juan Carlos Rezzónico, **adhiirió al precedente voto por aducir iguales fundamentos.**

**A la segunda cuestión,** la Sra. Dra. Dolores Loyarte, dijo:

Debe confirmarse la resolución apelada en lo que fuera materia de agravios.

**Así lo voto.**

El Sr. Juez Dr. Juan Carlos Rezzónico, adhirió al precedente voto por aducir iguales fundamentos, con lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictándose por el Tribunal la siguiente:

### **Sentencia**

La Plata, 23 de octubre de 2014.

### **Autos y vistos:**

### **Considerando:**

Que por los argumentos de hecho y de derecho arriba tratados, es justa la resolución apelada en lo que fuera materia de agravios (art. 18 de la Constitución Nacional; arts. 260 y conc., CPCC).

Por ello: y demás fundamentos del precedente acuerdo; **se confirma la resolución apelada en lo que fuera materia de agravios.** Reg. Not. Dev.

A lo planteado por la demandada a fs. 121, punto IV, téngase presente para su oportunidad.

Fdo.: Dr. Juan Carlos Rezzónico, Juez de la Cámara 1º de Apelación; Dra. Dolores Loyarte, Juez de la Cámara 1º de Apelación; Dra. Adriana B. Altuve, Secretaria



FALLO

## Inconstitucionalidad de la ley N° 14.432

**Tribunal:** Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín. **Autos:** César, Ángel Luis y Rinaldi, Silvia Mabel s/ Concurso preventivo. Expte. N° 38824-1999

**Fecha:** 30 de septiembre de 2014.

Junín, a los 30 días del mes de septiembre del año dos mil catorce, reunidos en acuerdo ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, Doctores Juan José Guardiola y Ricardo Manuel Castro Durán, en causa N° 38824-1999 caratulada: "César, Ángel Luis y Rinaldi, Silvia Mabel s/ Concurso preventivo", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Guardiola-Castro Durán.

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

1º.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

2º.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

### **A la primera cuestión, el Señor Juez Dr. Guardiola, dijo:**

I.- En la sentencia obrante a fs. 694 y vta., el Sr. Juez de grado Dr. Sheehan rechaza el pedido de suspensión de remate esgrimido por los fallidos.

Entiende que la ley 14.432 invocada no explicita su vigencia retroactiva, por lo que carecerá de efectos sobre las obligaciones precontractadas por sus beneficiarios. Por ello, siendo todas las deudas a las que se afectara el producido del bien anteriores a la vigencia de esta ley, amén de la existencia de deudas que harían caer el privilegio como son impuestos y tasas que gravan el inmueble, resuelve rechazar el pedido de suspensión de remate, continuando los autos según su estado.

II.- Ante tal manera de resolver, a fs. 695 los fallidos interponen recurso de apelación. Concedido en relación a fs. 696, fundan el recurso a fs. 697/700.

En primer término -siguiendo la declaración de fundamentos de la ley-, explican que la misma es clara en reconocer la importancia de salvaguardar la vivienda única como derecho fundamental del hombre, resaltando que el derecho a una vivienda digna es de raigambre constitucional, encontrándose reconocido positivamente en el art. 14 bis CN y 75 inc. 22, a través de los dis-

tintos pactos y tratados internacionales con jerarquía constitucional. Asimismo sostiene que el derecho a una vivienda digna es reconocido expresamente en el art. 36, inc. 7 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires.

Arguyen que el sentenciante de grado en su sentencia no advierte que en el art. 5º de la ley 14.432, la garantía de inembargable e inejecutable no será oponible respecto de las deudas originadas en: a) Obligaciones alimentarias; b) El precio de compraventa, construcción y/o mejoras de la vivienda; c) Impuestos, tasas, contribuciones, expensas que graven directamente la vivienda; y d) Obligaciones con garantía real sobre el inmueble y que hubiere sido constituida a los efectos de la adquisición, construcción o mejoras de la vivienda.

Sostienen que su vivienda no reúne ninguno de estos elementos que obstruyen la legitimidad del pedido.

Seguidamente se agravan de la no aplicación retroactiva de la ley, sosteniendo que el beneficio de inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda única se aplica aun para deudas contraídas con anterioridad a la vigencia de la ley 14.432 por verse amparado por la finalidad que instó su dictado y la jerarquía del derecho de raigambre constitucional. En conclusión, peticionan se ordene la suspensión de la subasta.

Con la contestación de la sindicatura a fs. 702/703 propiciando la confirmación del fallo, la vista evacuada por el Sr. Fiscal General a fs. 708, y firme que restó el llamado de autos para sentencia a fs. 710, las presentes actuaciones han quedado en condiciones de resolver (art. 270 del CPCC y 273, inc. 4 de la ley 24.522).

III.- En esa labor, he de señalar en primer lugar que existen créditos verificados incluidos dentro de las excepciones a la inembargabilidad e inejecutabilidad por el art. 5º de la ley 14.432 (Arba, impuesto inmobiliario y Municipalidad de Junín).

Ello nos coloca en similar situación a la que se plantea en el caso de bien de familia y quiebra cuando concurren acreedores a los que le es oponible esa constitución. Como es sabido existen diversas posturas doctrinarias-jurisprudenciales sobre el particular, que van desde la que podría resumirse en "como no es para algunos no es para ninguno" (absolutamente minoritaria) a "si es para uno, es para todos", pasando por la tesis a la que personalmente adscribo tal como lo expliqué en expte. Nº 42.117 "Horane Eduardo Miguel s/ Quiebra pedida por Elias Mabel Liliana LS 48 Nº 268", sentencia del 23/10/2007 de formación de masas separadas ("a cada uno lo suyo").

En razón de ello, a diferencia de lo resuelto en autos "Promotora Fiduciaria S.A. c/ Plenkovich José Gregorio y otro s/ Cuaderno de apelación", Nº de Orden: 221, L.A. 55 del 20/05/14 en que estaba directamente excluida la aplicación de la ley 14.432 al no haberse acreditado la calidad de vivienda de

ocupación permanente, aquí deviene concreta la necesidad de su testeo de validez constitucional (CSJN "Mill de Pereyra, Rita Aurora c/ Provincia de Corrientes", sentencia del 27-IX-2001 (publicado en L.L. 5- XII-2001) y "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios" (R. 401 XLIII, sent. del 27-XI-2012; SCBA Ac. 72258 "Asmit de Mottino y ot. c/ Policía de la Provincia de Buenos Aires" 28/5/2003).

IV.- A tal efecto recordemos que las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, Junín, 1992, dijeron: "Las provincias pueden regular los aspectos relativos a las facultades no delegadas a la Nación (arts. 31, 67, inc. 11 y 104 de la Constitución Nacional). Consecuentemente, frente a la vigencia de la ley nacional 14.394, carecen de aplicabilidad las constituciones y las leyes provinciales que declaran la inembargabilidad absoluta y/o automática de la vivienda familiar".

Por ese entonces también expresaba GRACIELA MEDINA ("Protección constitucional de la vivienda familiar con especial referencia a las modernas constituciones provinciales", *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, 1992-7, 35) que la protección a la vivienda y a su acceso no se cumplió al establecer algunas constituciones provinciales (Córdoba, art. 58; San Juan, art. 59) la inembargabilidad de la vivienda familiar, sino que por el contrario se dificultó tanto el derecho a la vivienda como el derecho sobre la vivienda; concluyendo que en el estado actual de nuestra legislación el constitucionalismo provincial no podía avanzar sobre facultades del Estado nacional cuando la ley 14.394 ha establecido una inembargabilidad relativa.

Esa tendencia provincial fue seriamente criticada (ver LLOVERÁS, NORA. "La protección constitucional de la vivienda familiar", La Ley 1993-E 812; OLCESE, JUAN MARÍA y BARRERA BUTELER, GUILLERMO EDUARDO. "La Protección a la vivienda única en la constitución cordobesa de 1987 afecta el orden constitucional de la Nación", JA 1992-IV- pág. 923; BARRERA BUTELER, GUILLERMO E. "La ley 8067 de inembargabilidad de la vivienda única es inconstitucional", LLC, 1994,781). Sin embargo, como bien apuntaba GABRIEL VENTURA ("Otra vez sobre la vivienda única", LLC, 1997, 169) en aquella oportunidad refiriéndose a la normativa constitucional cordobesa y su ley reglamentaria 8067 (de innegable similitud con sus tardías réplicas bonaerenses, la ley 14.432 y el decreto 547/13) alguna doctrina y algunos fallos, ya con argumentos *ad populum*, ya inspirados en valederos y compartidos aunque desinterpretados principios del constitucionalismo social y los derechos humanos, pretendieron en alguna medida conservar dichas previsiones y hacerlas operativas.

Pero como no podía ser de otra forma, las cosas fueron puestas en su quicio por la Corte Suprema de la Nación en el resonado fallo del 19 de marzo de 2002 dictado en autos "Banco del Suquía S.A. c/ Tomassini, Juan Carlos",

## Jurisprudencia

Fallos 325:428 y La Ley 2003-B, 245, al decidir que: “Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 58 de la Constitución de la provincia de Córdoba y de la ley reglamentaria 8067 en cuanto declara la inembargabilidad de la vivienda única, toda vez que la determinación sobre qué bienes del deudor están sujetos al poder de agresión patrimonial del acreedor y cuáles no lo están es materia de la legislación común, y como tal, prerrogativa única del Congreso Nacional, por lo que no corresponde que las provincias incursionen en ese ámbito, pues ese poder ha sido delegado por ellas a la Nación al sancionarse la constitución y esta distribución de competencia no podría alterarse sin reformar la ley fundamental”. Y “...que, por otro lado, el *a quo* ha omitido demostrar (más allá de alguna alusión al pasar) por qué la ley nacional 14.394 tutelaría de modo insuficiente la vivienda familiar que legisla, sin perjuicio de que -aun en esa hipótesis- correspondería indudablemente a los órganos del poder federal subsanar esa deficiencia. Lo único evidente es que -como el *a quo* lo reconoce- esa ley y las normas cordobesas regulan la cuestión de manera distinta”. En otro párrafo agregó que “...comparte los altos ideales de la protección integral de la familia y la vivienda que han inspirado la sanción de las normas impugnadas y que su jurisprudencia reiteradamente ha defendido al amparo de lo establecido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Pero este criterio no significa -por lo que hasta aquí se expuso- que deba cohonestarse el camino que ha escogido la provincia de Córdoba para alcanzarlos. El desarrollo y el progreso no son incompatibles con la cabal observancia de la Constitución Nacional”.

Se volvía al sendero que otrora (12/12/96) fijara por mayoría el mismo Tribunal Superior de Córdoba (Incidente de levantamiento, Dimas Videla en “Banco de la Pcia. de Córdoba c/ Carlos Grenni”, LLC, 1997-172) en el que el maestro LUIS MOISSET DE ESPANÉS, recordando el fallo de la CSJN “Liebig’s Extract of Meat Co Ltd c/ Pcia. de Entre Ríos”, JA, 17-1973-53, explicaba: “La Corte Suprema de la Nación declaró la inconstitucionalidad de preceptos locales (constitución y leyes) que estatúan sobre la inembargabilidad de determinados bienes sosteniendo la doctrina (...) que las relaciones entre acreedor y deudor son de la exclusiva incumbencia del Congreso Nacional (...) Es real que la jurisprudencia ha admitido que ante la falta de regulación nacional sobre determinados temas, las provincias pueden legislarlo, pero también es cierto que lo que ya se encuentra sistematizado por la ley nacional como es el régimen del bien de familia ley 14.394, no se puede reformar mediante disposición provincial, so pena de conmovier el orden de prioridad que emerge del art. 31 de la Ley Suprema de la Nación”.

Este criterio fue ratificado por el cimero tribunal nacional en su actual composición en la causa R.756.XLIII, del 23 de junio de 2009 “Romero Carlos E. c/ Lema Andrés Fabián”, Fallos 332:1488, La Ley, 2009-E, 68.

Siguiendo esos lineamientos la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe en la causa "Caballo de Troya c. Aguilar, Héctor Fabián Oscar s/ ejecutivo, incidente de levantamiento de embargo (expte. 167/08)" sentencia del 07/03/2012 publicada en LLLitoral 2012 (septiembre), 863, confirmó la inconstitucionalidad de una ley -en el caso, 9543 de la provincia de Entre Ríos- que lo consideró inscripto de pleno derecho como bien de familia. Sanción de invalidez que en relación a esa misma normativa ya había declarado la Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial I en "S.A. Club del Este c. Navas, Alberto Serafín", fallo del 01/03/2011 publicado en: LLLitoral 2011 (junio), 563 al decir: "...regula sobre las relaciones entre deudores y acreedores porque determina qué bienes -vivienda única- no pueden ser atacados por estos para satisfacer sus acreencias, pero, además, establece pautas que se contraponen en forma clara con la ley 14.394. En efecto, repárese que mientras ésta exige la inscripción registral, fijando los requisitos y el procedimiento a seguir, aquélla prescinde de todo trámite y modifica la fecha a partir de la cual operan los efectos del régimen (comparar los arts. 1º, 2º y 3º de la ley 9543 con los arts. 34, 35, 36, 38, 42, sgts. y conc. de la ley 14.394), lo que descarta que la normativa provincial solamente establezca consideraciones procesales o técnico registrales, como sostiene el recurrente en sus agravios. Y todo ello, conforme doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, importa incurSIONAR en una materia de exclusiva competencia legisferante del Congreso Nacional, razón por la cual no puede invocarse válidamente pues contraría derechos y garantías acordados por la ley civil, violentando los arts. 31 y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional (conf. en La Ley online: "Compañía de Luz y Fuerza Motriz de Córdoba c/ Municipalidad de Córdoba", 29.11.1940; "Provincia de Salta c/ Estado Nacional", 6.09.1988; "Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional s/ Cobro de pesos - regalías - Decretos 631-451", 15.12.1998, L.L. 1999- B, 684; "Pérez, María Elisa y otra c/ Provincia de San Luis y otro s/ Daños y Perjuicios", 16.03.1999; "Kasdorf S.A. c/ Provincia de Jujuy", 27.05.1999; "Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento c/ Provincia de Formosa y otra", 10.10.2000; "Banco del Suquía c/ Tomassini, Juan C.", 19.03.2002, La Ley, 2003-B, 245; "Carlos Ernesto Romero c/ Andrés Fabián Lema", 23.06.2009, La Ley, 2009- E, 68; entre otros)".

Y en esa misma línea de pensamiento, aunque todavía con el agravante de ser producto de creatividad judicial, el Superior Tribunal de Justicia de La Pampa (*in re* "Tosone Patricia c. Steffanazzi Raúl y otro", 28/7/2008, LLPatagonia, 2008 -diciembre-, 561) al revocar un levantamiento de embargo ordenado sobre una vivienda única con único sustento en el derecho constitucional de acceso a una vivienda digna, señaló: "...a modo de síntesis de lo expuesto, si de la garantía constitucional de acceso a una vivienda digna no se puede deri-

var, directa y necesariamente, una cláusula de inembargabilidad, puesto que poseer el derecho a vivir en un espacio decoroso, no implica forzosamente la conservación del dominio sobre ese inmueble, tampoco se justifica sustraer ese bien a la prenda común de los acreedores; y si ese derecho, en realidad es una directiva programática a fin de que el estado brinde las condiciones y los medios para acceder a una vivienda apropiada, se necesita de una ley para hacerla operativa, lo cual es prerrogativa única del Congreso Nacional y, consecuentemente, cuestión excluida al Poder Judicial. En este contexto, parece acertado concluir que el pronunciamiento impugnado limitó más allá de lo previsto por la legislación nacional el principio de que el patrimonio resulta la garantía colectiva de los acreedores, puesto que se pretendió sustraer a la acción del acreedor un bien, por fuera de los casos contemplados en el Código Civil o en su legislación complementaria, como, por ejemplo, la ley N° 14.394 que regula el 'bien de familia'...", puntualizando luego el compromiso a la seguridad jurídica que genera una inembargabilidad sin publicidad registral.

En ese contexto y desprovista hasta del mérito de la originalidad, soslayando que no se pueden alcanzar resultados diferentes haciendo lo mismo, quizás en la creencia de que la cuestión depende de humores sociales, del avance del convencionalismo o de un proactivismo judicial para la efectividad de unos derechos a costa y sin el menor resguardo de otros de similar jerarquía, se dictó la normativa que nos ocupa.

Así y más allá de la incompetencia referida en la materia (art. 75, inc. 12 CN) con las notorias desigualdades que provoca en relación a los créditos por la mera residencia del deudor en el ámbito bonaerense (art. 16 CN) se insistió "...en la idea de la inembargabilidad como regla y no excepción, contrariando el principio que el patrimonio del deudor es prenda común de los acreedores" (VENTURA, GABRIEL. "Novedades en torno a la vivienda única", LLC, 2002-381; cabiendo agregar que el art. 242 del proyecto de Código Civil del mismo año expresamente lo recepta), al sacar del patrimonio del deudor su vivienda como garantía de solvencia, salvo renuncia al beneficio, con lo cual mediante el simple artilugio de incluir una cláusula -que se generalizará como tantas otras en situación de necesidad de crédito- la garantía desaparecerá en casos de fuente obligacional contractual. Sin embargo de ese paliativo -y agravando la desigualdad ante la ley- no podrán beneficiarse acreedores con fuente delictual o cuasidelictual.

La automaticidad del beneficio, haciendo oponible *erga omnes* sin necesidad de inscripción alguna (el que se haya designado por decreto reglamentario a la Dirección Provincial del Registro como autoridad de aplicación nada significa en concreto) un supuesto de hecho desconocido, tal como es que se trate de una vivienda de ocupación permanente, configura una inmunidad que

en opinión de muchos entre los que me incluyo, es irrazonable (art. 28 CN) en cuanto viola el sistema publicitario de situaciones jurídicas, favoreciendo la clandestinidad y la mala fe procesal. No obstante, aun cuando se entendiera ello viable, el sobrepaso de la voluntariedad y publicidad que exige la afectación como bien de familia, lejos está de venir impuesto por los estándares constitucionales y convencionales de protección de la vivienda y es materia propia de la legislación común nacional, sin perjuicio de la interpretación que de la misma se efectúe en clave constitucional (ver conclusiones de *lege data* puntos 1 a 3 de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2005, Comisión 4) o de su reforma en el marco de reparto de competencias instituido por nuestra ley fundamental (GRIBOFF DE IMAHORN, ANALÍA, "Nuevo fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que declara la inconstitucionalidad..." LL Córdoba, 2003-1095).

En este sentido se expresó la 38 Jornada Notarial Bonaerense (Bahía Blanca, noviembre de 2013) al concluir en el "Tema I.5. Protección de la vivienda" que "Más allá del loable propósito perseguido por los legisladores bonaerenses estimamos que la ley 14.432 puede ser declarada inconstitucional ya que avanza sobre las facultades del Congreso Nacional conforme lo establece el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Esta situación subsistiría en caso de aprobarse el Proyecto (de Código Civil) en estudio, que recepta sólo la protección de la vivienda familiar, sin extenderlo a los restantes supuestos de vivienda, que exigen la registración de su afectación. Se recomienda que la reglamentación de la ley 14.432 y el decreto 547/13, establezca la registración del beneficio de la vivienda familiar con relación al inmueble, en el registro correspondiente".

Ni siquiera se preocupó en disipar las dudas que en relación a su aplicación generaron las leyes cordobesas 8067 y 8998, ya que si bien parece una obviedad que la inembargabilidad sólo podría hacerse valer por deudas posteriores a la fecha de promulgación de la ley 14.432, no faltará quien sostenga que lo contrario no es retroactividad sino aplicación inmediata a las consecuencias de relaciones existentes (art. 3º CC); amén de otros defectos que pueden señalarse en su factura (vgr. considerar únicamente la falta de razonable proporción entre la capacidad habitacional y el grupo familiar si lo existiere como exceso del bien para la satisfacción de la vivienda, es decir reduciendo la cuestión al tamaño y prescindiendo del valor).

Como corolario de lo dicho, ya la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II en exptes. "Rabaza, Luis Francisco c. Cooperativa de Trabajo ALFIN de Mar Ltda. y otro s/ cobro ejecutivo de alquileres", 24/09/2013, La Ley 2014-A, 323 y "Banco Francés S.A. c. Ullua, María Celia s/ ejecución", 31/10/2013, LLBA, 2014 (abril), 335, declaró su inconstitucio-

## Jurisprudencia

nalidad, pues se trata de una cuestión de fondo o de derecho común que se encuentra delegada en los términos del art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional. En la medida, que el sistema de inembargabilidad e inejecutabilidad “automática” o de inmunidad de la vivienda única que prevé la ley 14.432 de la provincia de Buenos Aires difiere del “voluntario” contenido en la ley nacional de bien de familia, y que esta a su vez, cumple con los estándares de la Carta Magna y de los instrumentos internacionales, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma provincial. La garantía del art. 14 bis de la Constitución Nacional importa una obligación de fuente constitucional y convencional consistente en desarrollar políticas públicas que posibiliten el acceso a la vivienda digna, pero de ella no se puede inferir la necesidad de que su inembargabilidad o inejecutabilidad sea automática.

Y la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala A, el 20/12/2013 “Cao López, Aurora c/ Vicente, Oscar y otro s/ Ejecutivo”, <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/ficha/000065207>, también la declaró ya que: “trasgrede la delegación de ciertas facultades al estado nacional, por lo que en la medida en que una ley del Congreso Nacional no modifique el Código Civil o derogue o modifique la ley 14.394 -que regula el bien de familia- la inembargabilidad e inejecutabilidad debe ser juzgada entonces conforme a sus prescripciones. Ello no implica que las provincias no puedan mejorar derechos individuales y colectivos previstos en la Constitución Nacional, pero ello de manera alguna supone que al obligarse constitucionalmente a brindar una vivienda digna a todos sus habitantes lo hagan en desmedro de los legítimos derechos de otros ciudadanos y de las normas dictadas por el órgano federal competente. Por lo tanto impedir, entonces a un legítimo acreedor embargar y ejecutar un bien del patrimonio de su deudor implica un menoscabo de su derecho de propiedad. La cuestión guarda similitud con la decisión adoptada por el más Alto Tribunal del país al plantearse la validez del art. 58 de la Constitución de la Provincia de Córdoba (...) Queda claro entonces que la conclusión de la CSJN en el precedente transcripto *supra* y demás antecedentes jurisprudenciales sin hesitación puede extenderse a la normativa que aquí se trata, esto es la ley 14.432...”.

V.- De compartirse mi propuesta corresponde desestimar el recurso y declarar la inconstitucionalidad de la ley provincial 14.432 (arts. 17, 31, 75 inc. 12 y conc. CN), con costas de alzada al apelante (art. 68 CPCC).

### **Así lo voto.**

El Señor Juez Dr. Castro Durán, aduciendo análogas razones dio su voto en igual sentido.

### **A la segunda cuestión, el Señor Juez Dr. Guardiola dijo:**

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -art. 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC- corresponde:

I.- Rechazar el recurso en tratamiento y declarar la inconstitucionalidad de la ley provincial 14.432. Costas de alzada al apelante (art. 68 CPCC). Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904).

**Así lo voto.**

El Señor Juez Dr. Castro Durán, aduciendo análogas razones dio su voto en igual sentido.

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo que firman los Señores Jueces por ante mí: Fdo. Dres. Juan José Guardiola y Ricardo Manuel Castro Durán, ante mí, Dra. María V. Zuza (Secretaria).

Junín, Buenos Aires, 30 de septiembre de 2014.

**Autos y vistos:**

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -arts. 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC-, **se resuelve:**

I.- Rechazar el recurso en tratamiento y declarar la inconstitucionalidad de la ley provincial 14.432. Costas de alzada al apelante (art. 68 CPCC). Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904). Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse los autos al juzgado de origen.

Fdo.: Dres. Juan José Guardiola y Ricardo Manuel Castro Durán, ante mí, Dra. María V. Zuza (Secretaria).





# Informaciones



# **XVI Jornada del Notariado Novel del Cono Sur y**

# **XXV Encuentro Nacional del Notariado Novel**

Mendoza, 23 al 25 de octubre de 2014

## Informaciones

### AUTORIDADES DEL ENCUENTRO Y JORNADA

**Presidente:** Omar Antonio Fenoglio.

**Vicepresidente:** Gustavo Daniel Rosso.

**Representante del notariado novel argentino ante el Consejo Federal del Notariado Argentino:** Álvaro Sobrecasas

TEMA I: NUEVOS PARADIGMAS DEL DERECHO DE FAMILIA. MATRIMONIO IGUALITARIO. UNIONES CONVIVENCIALES. RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL. IDENTIDAD DE GÉNERO.

**Coordinadora internacional:** María Virginia Terk

### ARGENTINA

**Coordinadora nacional:** Roxana Andrea Dombrotzki

**Coordinador adjunto:** Federico Carlos Orduña Salas

### PARAGUAY

**Coordinador nacional:** Marco A. Cristaldo Q.

### URUGUAY

**Coordinadora nacional:** Alicia González Bilche

**Comisión redactora:** Lorena Paola Teves (Santa Fe, primera circunscripción), Lucía Meinero (Santa Fe, primera circunscripción), Alberto José Ramos Mexía (Santa Fe, primera circunscripción), Mariana Julián (Buenos Aires), Mercedes Llaver Badui (Mendoza), Lucrecia Magdalena Núñez Mihura (Santa Fe, segunda circunscripción), Ernesto Luis Martín (Santa Fe, segunda circunscripción), Ana Paula Rodao (República Oriental del Uruguay), Hernán Curet (Santiago del Estero), María Soledad Perea (Mendoza)

**Relatora:** Mariana Julián (Buenos Aires)

## CONCLUSIONES

### Considerando:

Que en el último medio siglo ha existido una evolución constante en la región de las relaciones familiares, originando formas o tipos de familia diferentes al paradigma de familia matrimonial-heterosexual.

Que la legislación de la región ha tendido al reconocimiento de esos derechos sancionando las normas que los regulen, y dichas normas no siempre han estado en armonía con el resto de la legislación civil.

Que estas nuevas regulaciones del derecho de familia nos presentan el desafío de brindar posibles soluciones para garantizar la seguridad jurídica de las relaciones, los derechos reconocidos y la inclusión social.

Que la reciente sanción y promulgación del Código Civil y Comercial unificado de la República Argentina contempla la recepción de nuevos institutos, conjuntamente con la armonización legislativa de la normativa dictada en las últimas décadas, y teniendo en cuenta que los notarios somos autores de instrumentos que rigen las relaciones jurídicas entre las personas, y receptores de sus inquietudes sobre las relaciones de derecho que detentan o establezcan en un futuro, se impone la necesidad de un profundo análisis y estudio del derecho que entrará en vigencia el primero de enero de 2016, debiendo estar los notarios capacitados para asesorar sobre dicha legislación especialmente durante esta etapa de transición de unos pocos meses antes de la entrada en vigencia de dicha normativa.

**Por ello**, la Comisión propone al pleno las siguientes conclusiones:

### **Nuevos paradigmas del derecho de familia**

Consideramos que si bien los países de la región han hecho grandes avances en las materias de estudio de esta comisión, es importante que tiendan a mejorar las condiciones para el desarrollo económico y social, de manera de promover una sociedad más justa, equitativa e inclusiva, con énfasis en los derechos y en la participación de personas en situación de vulnerabilidad. Promover leyes más justas e inclusivas fomentará una sociedad satisfecha y en sintonía con sus requerimientos.

El fin de la nueva legislación es buscar un equilibrio entre la autonomía de la voluntad y el orden público, otorgándole efectos jurídicos propios a las diferentes formas de organización familiar, especialmente aquellas que no responden al paradigma tradicional.

### **Matrimonio igualitario**

*Argentina:* Con la sanción del Código Civil y Comercial unificado se propuso dar solución a la problemática planteada por las incongruencias existentes entre la ley 26.618 y el Código Civil: presentando soluciones al tema del apellido de los hijos nacidos de matrimonios entre iguales, eliminando la vocación hereditaria de la nuera viuda sin hijos, y estableciendo que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada con el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de

## Informaciones

derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio y los efectos que este produce, sea constituido por dos personas de distinto o de igual sexo.

*Paraguay:* Nuestro país no debe estar ajeno al reconocimiento del matrimonio igualitario, situación sobre la que oportunamente se debería legislar a fin de brindar las garantías para su celebración, y proteger derechos vinculados a la constitución de este tipo de uniones.

### Uniones convivenciales

*Uruguay:* El legislador nacional, con la sanción de la ley N° 18.246 de Unión Concubinaria, no solamente reconoce como legal este vínculo, sino que lo equipara, especialmente en las situaciones de régimen de bienes y de derecho sucesorio, al matrimonio. Proponemos una mejora de la regulación del derecho sucesorio entre concubinos.

Entendemos que, así como rige el principio de autonomía de la voluntad en materia patrimonial de bienes conyugales, situación de excepción en el derecho de familia, lo mismo sucede en la unión concubinaria, resultando conveniente celebrar capitulaciones matrimoniales y patrocinar la separación judicial de bienes entre concubinos.

*Argentina:* La regulación del régimen de las uniones convivenciales es un acierto de la nueva legislación civil argentina.

Esta legislación prioriza la autonomía de la voluntad, pero esa libertad no es absoluta ya que este instituto contempla un mínimo de normas de orden público, de carácter asistencial, siendo el resto de la normativa de tipo supletorio.

Quedan sujetos al régimen de uniones convivenciales aquellas parejas que cumplan los requisitos, se inscriban o no, postulándose esto como un acierto para regular situaciones de hecho que pudieran perjudicar a la parte más débil de la relación y evitar un alto grado de litigiosidad. En contraposición, se postuló que se debería optar en forma libre y expresa por someter o no la relación afectiva al régimen de las uniones convivenciales, en virtud de ser esta opción, expresión de una conducta autorreferente que hace a la libre elección del plan de vida de cada persona. Por consiguiente, recomendamos el estudio profundizado de las posturas planteadas dentro de un análisis integral de la normativa civil.

El Estado deberá garantizar la existencia de un registro de uniones convivenciales que asegure la uniformidad de acceso a la información y la inscripción en todo el territorio de la República.

El pacto de convivencia debe ser hecho por escritura pública ya que es la mejor forma de asegurar a los convivientes el debido asesoramiento, a fin de conocer acabadamente el alcance del pacto que están realizando, y dotar de matricidad al instrumento.

El art. 522 del nuevo código incorpora, para las uniones inscriptas, el instituto del asentimiento del conviviente no titular para los actos de disposición sobre la vivienda familiar y muebles indispensables del hogar. Se propuso que debe tomarse razón en la matrícula dominial de los inmuebles, si se trata de un bien que es vivienda familiar de la unión convivencial, a fin de que proceda la necesidad de asentimiento.

### **Régimen patrimonial matrimonial**

*Uruguay:* Existen dificultades en la adecuada armonización de la ley de unión concubinaria con el resto del sistema vigente así como situaciones de vacío o laguna normativa.

Es fraude a la ley apartarse del régimen legal, no por medio de los mecanismos previstos en el Código Civil, sino bajo la premisa de utilizar los beneficios que las sociedades comerciales tienen para deslindarse de las trabas y exigencias del derecho de familia.

*Paraguay:* La incumbencia notarial respecto de los tres tipos de regímenes patrimoniales matrimoniales se limita hoy en día al asesoramiento por parte del notario sólo en el caso de la opción del régimen de separación de bienes ante la formalización de la capitulación y su posterior inscripción, si bien pueden los contrayentes también realizarlo ante el oficial del Registro Civil, consideramos que el profesional idóneo para dicha celebración, es el notario.

*Argentina:* La nueva legislación, consagra el derecho de opción entre régimen de separación o ganancialidad de bienes, siendo de aplicación supletoria el régimen de ganancialidad y existiendo normas comunes a ambos regímenes. Se requiere un análisis profundo y pormenorizado de la legislación civil recientemente promulgada a fin de buscar nuevas incumbencias notariales, especialmente en la liquidación de la sociedad conyugal por cambio de régimen patrimonial de ganancial a de patrimonios separados.

Es de buena técnica notarial dejar constancia de la separación de hecho en las escrituras de adquisición de derechos, pero la sola manifestación de que el adquirente se encuentra separado de hecho y sin voluntad de unirse de nada servirá si no es acompañada de una declaración judicial donde se fije la fecha de acaecimiento del hecho fáctico de tal ruptura.

### **Identidad de género**

*Argentina:* La ley 26.743 establece como pilares fundamentales el derecho a la identidad de género, el derecho al libre desarrollo personal y el derecho al trato digno.

## Informaciones

El primer deber del notario ante un requirente transgénero es brindarle un trato digno que garantice su derecho de identidad, intimidad, libertad y no discriminación.

La ley, el decreto reglamentario y las reglamentaciones locales establecen, sin prever la forma y los plazos, la obligatoriedad de ciertas notificaciones que en la práctica no siempre se realizan, forzando al propio interesado a impulsar ciertas rectificaciones. El estado debe garantizar el cumplimiento de dichas notificaciones a fin de evitar perjuicios al interesado y a terceros.

El registro del estado civil debe notificar a los registros de actos de última voluntad y de autoprotección.

Los registros de anotaciones personales deberán impulsar la creación de un sistema que garantice la información certera sobre las anotaciones de una persona antes y después del cambio de género, pero manteniendo el derecho de confidencialidad.

En el ámbito de los registros de la propiedad inmueble, será necesario ingresar un documento inscribible para subsanar la inexactitud registral sobreviniente, producida por el cambio de género y de nombre del sujeto. La escritura acta de rectificación cumple con los requisitos legales necesarios para lograr dicha subsanación, acta que recomendamos que se realice de forma autónoma.

Es necesario que el notario sea relevado por el titular del deber de confidencialidad para la realización de los actos postescriturarios.

Entendemos que el acta de notoriedad es un instrumento eficaz para que la persona transgénero justifique la continuidad de su persona en diversos organismos.

*Paraguay:* Ante la modernización, la actualización notarial a los tiempos de permanentes cambios y exigencias, los notarios paraguayos nos debemos al estudio, al debate, a la capacitación permanente y audaz, en el tema de la igualdad de género, teniendo en cuenta las corrientes culturales en las que se encuentran los países vecinos, y no precisamente dejarnos influenciar por las culturas religiosas ante una realidad imponente, que en muy poco tiempo nos llevará a orientar a los requirentes. Por ello debatir ampliamente y abordar estos temas con la mayor seriedad que las situaciones se merecen y de manera ejecutiva, es la primordial y necesaria actitud que debemos lograr.

*En conjunto Argentina, Paraguay y Uruguay:* Proponemos que exista congruencia legislativa en los países del cono sur sobre el reconocimiento de la identidad de género, para evitar casos de “doble identidad”.

Consideramos importante la capacitación y actualización del notario con respecto a las legislaciones extranjeras sobre identidad de género, en especial referencia a la circulación internacional de documentos.

Esta comisión brinda su apoyo y solidaridad al notariado paraguayo en su lucha frente al proyecto de ley de la Escribanía Mayor de Gobierno que, de

ser aprobado, vulneraría varios principios del notariado de tipo latino, como la imparcialidad y la libre elección de escribano por los requirentes particulares, entre otros.

Finalmente, agradecemos al señor Presidente de la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado (UINL) y Presidente del Notariado Colombiano, Escribano Álvaro Rojas Charry, por su generoso aporte sobre los nuevos paradigmas del derecho de familia en Colombia.

### TEMA II: TITULACIÓN MASIVA Y ACCESO A LA VIVIENDA

**Coordinadora internacional:** Gabriela Alicia Molina.

#### ARGENTINA

**Coordinadora nacional:** Patricia Viviana Blanco.

**Coordinadora adjunta:** Elda Fernández Cossini.

#### PARAGUAY

**Coordinadora nacional:** Romina Molas.

#### URUGUAY

**Coordinador nacional:** Gustavo Echevarría Trabadelo.

#### AUTORIDADES DE COMISIÓN

**Presidente:** Gabriela Alicia Molina (Salta).

**Secretaria:** Patricia Viviana Blanco (Chaco).

**Secretaria:** Elda Fernández Cossini (Buenos Aires).

**Comisión redactora:** Manuel Aguilera (Buenos Aires), Sofía Teresa Scotti (Buenos Aires), Mariana Hefling (Buenos Aires), Gonzalo Matías Vásquez (Buenos Aires), Carina Mariela Mitieff (Chaco), Ramón Sebastián Ojeda (Chaco), José Leandro Parajón (Formosa), María Mercedes Fernández Lombardo (Mendoza), Jorgelina Manzur (Mendoza), Luis Tonelli Venier (Mendoza), Ana Carla Serino (Neuquén), Nadia Aldaya (Río Negro), Jessica Cabaña (Río Negro), María Emilia Gattas (Río Negro), Natalí Bustelo (Uruguay), Gustavo Echavarría Trabadelo (Uruguay), Edison Arnaldo Cáceres Ortigoza (Paraguay), Romina Molas (Paraguay).

**Relatores:** Natalí Bustelo, Mariana Hefling y Edison Arnaldo Cáceres Ortigoza.

### CONCLUSIONES

Tal como se estableció en las pautas redactadas para la realización de los trabajos, el déficit habitacional, la falta de viviendas en condiciones dignas (en el sentido que vivienda digna es algo más que un techo para cobijarse, que significa disponer de un conjunto de elementos referidos a la seguridad jurídica de la tenencia y disponibilidad, estructura y materiales adecuados, precios razonables, armonía con el medio ambiente y demás condiciones que permitan el acceso a la salud y al desarrollo personal y colectivo de la comunidad), es un grave problema común a los países latinoamericanos, en los que el crecimiento demográfico supera el crecimiento económico y donde las políticas de estado no siempre mantienen una continuidad o, a pesar de los esfuerzos de los gobernantes, no son suficientes o se carece de medios para el financiamiento de las mismas.

La experiencia indica que el sentido de pertenencia o de arraigo a la tierra, a un lugar determinado, produce en una familia un natural deseo de superación. La obtención de un título de propiedad refuerza ese sentimiento familiar y repercute favorablemente en su entorno inmediato; aparece la necesidad de mejorar lo propio y el barrio mismo, sea cada uno desde lo suyo, así como colaborando desde las entidades intermedias.

**Por ello**, la Comisión propone al plenario las siguientes conclusiones:

#### **Conclusiones generales**

El notario, como profesional del derecho, no puede ser ajeno a la realidad que vive la sociedad en la que ejerce su tarea, que muchas veces necesita de su desinteresada intervención para dar solución a las problemáticas que la afectan.

Por ser el escribano un profesional del derecho en el ejercicio de una función pública que tiene como principal nota su carácter fedante y la autenticidad del instrumento autorizado, su intervención en los procesos de titulación garantiza el cumplimiento de todos los requisitos de fondo y forma que exige la ley.

Debemos posicionar al notariado latino en el cumplimiento de anhelos supranacionales que implican satisfacer las necesidades del mundo actual y unirse a la comunidad internacional en la lucha contra la pobreza y el progreso de los países subdesarrollados. Es nuestro desafío cumplir una función social que rinda méritos, enaltezca la figura del notario y nos convierta en motores esenciales de un engranaje que necesita ponerse en movimiento en aras al bien común.

La titulación es una política social y por lo tanto lleva implícita una mejora en las condiciones de vida de la población; pero también posee un componente

de creación de capital inmobiliario que involucra la incorporación de las propiedades regularizadas al mercado y de los beneficiarios al sistema fiscal del estado y como clientes de las empresas de servicios.

Es primordial la revalorización del notariado frente al sistema político y a la ciudadanía toda asignándole una mayor participación en la resolución de conflictos fuera de los tribunales, logrando así la descompresión de un sistema judicial hartamente saturado.

La implementación del régimen de regularización dominial requiere un trabajo multidisciplinario de diversas instituciones públicas y privadas que, como paso final y fundamental, encuentra en el notariado las herramientas necesarias para llegar a concretar el título de propiedad.

### **Conclusiones delegación República Argentina**

#### *Ley 24.374 de Regularización Dominial*

Resulta fundamental el asesoramiento que realiza el escribano al requirente en la audiencia previa en relación a los alcances y efectos del régimen de regularización dominial.

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho que surge del acta de regularización dominial, la ley no se expide expresamente. Al respecto, existen dos posturas mayoritarias: la que lo considera un derecho personal y la que lo considera un dominio imperfecto revocable sujeto a condición resolutoria.

Recomendamos que cada demarcación aclare expresamente en la reglamentación de la ley 24.374 la naturaleza jurídica del derecho que se otorga.

En el supuesto de considerarlo un derecho personal, el mismo podrá ser cedido antes del cumplimiento del plazo de diez años contados desde la fecha de inscripción del acta de regularización, instrumentándose necesariamente en escritura pública.

La experiencia en la aplicación del régimen de la ley en las distintas provincias indica que resulta altamente eficaz en aquellas jurisdicciones en donde el notario interviene en el procedimiento desde el inicio del expediente y hasta el otorgamiento e inscripción de la escritura.

La ley 24.374 no afecta el derecho de defensa del titular dominial por cuanto este cuenta con todas las notificaciones que se le realizan durante el procedimiento para tomar conocimiento del mismo y oponérsele, como así también con el plazo decenal para consolidar por parte del beneficiario.

Al incorporarse el texto de la ley 24.374 al Digesto Jurídico Argentino, se mantuvo la redacción del art. 8º con su forma original. Se recomienda su corrección de acuerdo al texto del artículo reformado por la ley 25.797.

## Informaciones

El proyecto de ley de derogación de la ley 24.374 es violatorio del derecho de fondo argentino, por cuanto contraría las normas del Código Civil que establecen la obligatoriedad de la transmisión del dominio por escritura pública.

Se propone reincorporar el art. 7º de la ley 24.374, permitiendo regularizar los bienes de dominio privado del estado.

### *Despacho de la delegación de la Provincia de Buenos Aires*

La ley 14.449, vigente en la provincia de Buenos Aires, no es funcional al fin proyectado, por cuanto el plazo de cinco años establecido es demasiado breve, teniendo en cuenta el caso de particulares que adquieren lotes para construcción de su vivienda única y sin ánimo de lucro, y que no pueden comenzar la edificación antes del vencimiento del plazo. Tampoco se establece en la normativa cómo se realizará la adjudicación de esos lotes.

### *Despacho de la delegación de la Provincia de Mendoza*

Se propone incluir dentro del marco normativo, la contribución de aportes jubilatorios mínimos respecto de la escritura de regularización.

## **Conclusiones delegación República del Paraguay**

Se propone que las transferencias de inmuebles rurales realizadas por el Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra por sistema administrativo, sean autorizadas por un notario, dotándolas de certeza jurídica.

Si bien se cuenta con leyes para paliar la problemática del déficit habitacional en el Paraguay, concluimos que lo correcto sería la unificación del sistema legal estableciendo un órgano rector en materia de vivienda social, con un sistema nacional que articule las distintas instituciones públicas y de la sociedad civil que guardan relación con la producción del hábitat social.

Respecto del anteproyecto de reforma de la ley 223/93 y sus modificatorias de la Escribanía Mayor de Gobierno, la Comisión en pleno considera que estas modificaciones contrarían todos los principios legales de las normativas jurídicas modernas y del notariado latino, que buscan evitar los conflictos judiciales y el incremento del gasto para el estado.

# **IV Foro Internacional de Derecho Registral**

Ciudad de Buenos Aires, 23 y 24 de octubre de 2014

## Informaciones

### DECLARACIÓN DE BUENOS AIRES

#### **Forma del documento inscribible**

1) Se reitera lo establecido en el punto 7.b de la Carta de Buenos Aires (I Congreso Internacional de Derecho Registral, Argentina, 1972): “Todo acto o negocio inscribible es necesario que se formalice en documento auténtico, garantizándose de esta manera la legitimidad, legalidad y certeza del derecho”.

2) El documento auténtico garantiza fehaciencia, legitimidad, legalidad y certeza, requisitos necesarios para la calidad del título inscribible y como corolario la mayor correspondencia de la realidad con la publicidad registral; sin que sea recomendable excepción alguna.

#### **Situaciones jurídicas registrables**

3) Como principio general los registros inmobiliarios deben inscribir documentos que configuren mutaciones jurídico-reales o sirvan de título para alcanzarlas, así como medidas cautelares ordenadas judicialmente, sin que sea recomendable excepción alguna.

4) En caso de que una ley admita excepciones extraordinarias al principio general mencionado en el punto “3)”, los plazos de vigencia de las inscripciones deberán ser breves.

# **XVI Jornada Notarial Iberoamericana**

La Habana, Cuba, 23 al 25 de noviembre de 2014

## Informaciones

### CONCLUSIONES

#### TEMA I: LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LA APLICACIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS

**Países con presentación de trabajos:** Argentina, Guatemala, México, Cuba, España, Perú y Uruguay.

**Secretarios de la Comisión:** Lázaro Juan Corso González (Cuba) y César Belda (España).

**Coordinador internacional:** Agustín Sáenz.

**Comisión redactora:** Martín Giralt Font (Argentina), César Belda (España), Víctor Humberto Benítez González (México), Lázaro Juan Corso González (Cuba), Juan Carlos Peralta Castellano (Perú), Javier Wortman (Uruguay).

1ª) En relación con los temas de seguridad jurídica y seguridad informática, la semejanza que existe entre ambos temas es que las dos requieren del cumplimiento de normas y elementos que aseguren los principios de ambos enfoques de la seguridad. Sin perjuicio de ello, ambos conceptos son sumamente diferentes. La primera puede colaborar en parte para el logro de la segunda. Si bien las tecnologías de la información aportan velocidad y automatización a las gestiones que habitualmente realizan las personas, dicha automatización sumada a la seguridad informática no debe ser confundida con seguridad jurídica. Existen determinados controles que no pueden ser suplidos por ningún sistema informático como la función que ejercen los notarios en lo que respecta a la intervención de los mismos con relación a la seguridad jurídica que se ofrece a los ciudadanos y al propio estado.

En este punto, la comisión llama la atención sobre la necesidad de no suplir el juicio de identidad o conocimiento por técnicas biométricas como única o prevalente forma de identificación de las personas físicas. De forma análoga a que en cualquier esfera de la vida civil la identificación realizada por una autoridad pública debe prevalecer sobre los rastros biométricos que acompañen a las herramientas de identificación, en la misma forma la comisión *recomienda* que la identificación verificada por el notario en el ejercicio de su cargo y dentro del ámbito de su función de control de legalidad, habida cuenta de que conlleva la responsabilidad directa y concreta sobre cada acto de identificación, no pueda ser suplida por la identificación biométrica automática que una base de datos, eventualmente falible, pueda proporcionar.

No obstante, esta comisión considera que dicho tipo de bases de datos deben ser consideradas y aun potenciadas como elementos complementarios en todo caso de la identificación presencial.

2º) El notariado ha actuado desde sus inicios en coordinación con las administraciones públicas. La implementación de nuevas tecnologías permite al notariado proporcionar al estado una información estructurada, completa, ágil, segura y efectiva, que en este momento no puede ser desaprovechada, atendidas las actuales demandas de información.

En consecuencia, esta comisión *recomienda* la implementación en todos los países miembros de plataformas de tratamiento semántico de la información que se contiene en los documentos autorizados por sus miembros. Tratamiento que no puede implicar, en ningún caso, una cesión indiscriminada de los datos así creados, sino una base de datos controlada bajo su custodia e incardinada dentro de los organismos notariales de cada estado, y que permita atender a los requerimientos de información que la administración formule a través de los organismos que legalmente correspondieren, y siempre mediante la oportuna justificación.

3º) El Notariado reconoce su competencia para asumir la autorización de actas de presencia y constatación de hechos por internet. Se debe perseguir con ello el reflejo de hechos, actos o negocios jurídicos que deben quedar acreditados de forma permanente a través del instrumento público notarial frente a lo efímero y cambiante del contenido de las páginas en la red.

Ahora bien, dicha constatación deberá siempre realizarse con la observancia de las garantías que a continuación se refieren.

Es por ello que esta comisión recomienda:

a) La constatación deberá realizarse con respeto y garantía de la privacidad cuando a determinados datos se deba acceder con usuario o contraseña.

b) Se deberá ejecutar siempre bajo la supervisión técnica del notario con las garantías que permitan evitar suplantaciones, remedos o copias que puedan inducir a error al notario interviniente o a terceros sobre el contenido del acta por este autorizada.

4º) Esta comisión recomienda el desarrollo de plataformas de comunicación entre los distintos países que posibiliten a futuro el intercambio de documentación notarial en formato electrónico.

Dicho intercambio requerirá, en cualquier caso, instrumentos de validación de firmas electrónicas y garantías de que la comunicación deberá realizarse exclusivamente entre notarios en el desempeño de su cargo.

5º) Esta comisión recomienda a los distintos notariados el inicio de los trabajos que permitan articular, en cada uno de los distintos países, la implementación de un protocolo digital, con la capacitación de forma general entre todos los notarios acreditados en cada país.

## Informaciones

Las recomendaciones anteriormente expresadas deberán articularse con pleno respeto a los principios del notariado latino, especialmente el de intermediación en la autorización de los documentos, y el de seguridad en la conservación del soporte físico que los contenga.

### TEMA II: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y EL CONTROL DE LEGALIDAD QUE EJERCE EL NOTARIO

**Países con ponentes:** Argentina, Brasil, Cuba, España, México, Perú y Uruguay.

**Coordinadores internacionales:** Amparo Quintero Arturo y José Ignacio González Álvarez.

**Comisión redactora:** Amparo Quintero Arturo, Gastón di Castelnuovo, José Ignacio González Álvarez y Alfonso Cavallé Cruz.

Reunidos en La Habana, los días 24 y 25 de noviembre de 2014, los países integrantes de la CAA y tras la exposición de los ponentes y el debate, se llegó a las siguientes conclusiones:

1º) Los abusos en la contratación no sólo quedan limitados a las prácticas y cláusulas de los contratos con consumidores, sino que también se encuentran en otros negocios jurídicos donde los desequilibrios económicos, de información y otros factores, son causa de desigualdades entre partes.

2º) Los contratos con consumidores no deben contener cláusulas abusivas, entendiéndose por tales todas aquellas que afecten inequitativamente a una de las partes al desnaturalizar las obligaciones a su cargo, de modo tal que impliquen un desequilibrio contractual.

3º) El notario ha de realizar siempre una función equilibradora que garantice la igualdad entre los contratantes, requisito para que exista entre ellos verdadera libertad, dando especial protección al contratante débil, que en muchas ocasiones será además un consumidor.

4º) El notario ha de garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que los otorgantes celebren el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico.

5º) Las normas que regulan la función notarial han de contener mecanismos que garanticen de forma eficaz y efectiva la imparcialidad e independencia del notario. Es contraria a la defensa de los derechos del consumidor la dependencia económica del notario de uno de los contratantes. Figuras anómalas como las del “notario de planta” o “notario a sueldo” de una de las partes,

resultan contrarias a la esencia del notariado. Sólo un notario independiente e imparcial evitará de forma preventiva los abusos entre los contratantes y la defensa de los derechos de los consumidores.

6º) Exigiendo la función pública notarial el imprescindible asesoramiento al consumidor y usuario, resulta obvio que este ha de elegir al notario que mayor confianza le merezca. Las legislaciones notariales deben adoptar medidas efectivas que garanticen este derecho y eviten al máximo cualquier práctica abusiva que impida, dificulte u obstaculice su ejercicio.

7º) Ha de potenciarse la actuación asesora del notario y su control de legalidad, con carácter previo al otorgamiento, como garantía de transparencia y de la formación de una voluntad libre e informada en tiempo oportuno.

8º) Se recomienda la elaboración, en el ámbito iberoamericano de la Unión Internacional del Notariado, de un listado enunciativo de cláusulas abusivas a fin de que sea tomado como modelo común para que sirva de guía en cada país, y que deberá ser periódicamente actualizado.

9º) Resulta conveniente la creación de estructuras internas en los colegios notariales, entidades asociativas o de gobierno del notariado, que coadyuven de forma colectiva a la implementación de medidas prácticas en el ámbito de la contratación inmobiliaria y financiera a fin de potenciar las funciones de información, asesoramiento, control de legalidad y la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios.

10º) Los abusos en la contratación de productos financieros, que se han detectado en los últimos tiempos, hacen aconsejable la presencia del notario en un mercado financiero cada vez más complejo, convergente y sofisticado, con el objeto de garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que el consumidor y usuario celebre el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico.



# **XVIII Jornada Notarial Cordobesa**

Córdoba, 30 y 31 de julio y 1º de agosto de 2015

## Informaciones

TEMA I: LAS DONACIONES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. DERECHOS TRANSITORIOS (CASO DE DONACIÓN SUJETA A ACEPTACIÓN POSTERIOR)

**Coordinador:** Augusto Luis Piccón (Córdoba)

### **Autoridades de Comisión**

**Presidente:** Augusto Luis Piccón (Córdoba)

**Secretarias:** María Gabriela del Giúdice (Córdoba) y Teresa del Valle Varas (La Rioja)

**Comisión redactora:** María del Rosario Mérida (Córdoba), Paola Fernanda Bizotto (Santa Fe), Ingrid Giselle Castiñeira (Córdoba), Gabriela Sosa (Córdoba), Mónica Paola Mariana Sosa Teijeiro (Córdoba), Gustavo Alberto Rodolfi (Córdoba), Jorge Federico Panero (Córdoba), Antonio Alfredo Iapalucci y Cecilia Carmen Breglia.

**Relatora:** Gabriela Sosa (Córdoba).

## CONCLUSIONES

Tanto el Código de Vélez Sarsfield como el nuevo Código Civil y Comercial han establecido como uno de los contratos típicos (o sea, detalladamente regulados) a la donación y le reconocen como no podía ser de otro modo, su necesaria existencia, y han establecido toda una regulación. Para ayudar a su interpretación, esta XVIII Jornada Notarial concluye:

### **Primero**

El ánimo de liberalidad es propio de la naturaleza humana, nos muestra el lado más trascendental del hombre.

Es deber del notario, al dar forma legal, preservar esa voluntad, permitiendo y facilitando su realización.

La simulación de las donaciones bajo el ropaje de contratos onerosos y las supuestas subsanaciones de títulos que se cuestionan, afectan gravemente el orden jurídico y moral.

Lejos el notario debe estar de guiar al requirente a ocultar su verdadera voluntad, llevándolo al campo de la simulación. Porque el acto sigue teniendo los mismos efectos y consecuencias, sólo que cubiertos por una manta de mentiras.

Resulta inadmisibles que el notario, depositario de la fe pública y hacedor de la seguridad jurídica preventiva, consienta el otorgamiento de actos que no se ajustan a la verdad ni responden a la voluntad de sus requirentes.

El Código Civil y Comercial define de manera precisa a la donación, en su naturaleza jurídica desde la perspectiva contractualista.

Se mantiene el sistema de instrumentación de la donación, bajo la forma de la escritura pública para los inmuebles, agregándose el mismo requisito para los muebles registrables. Surge como necesaria e insustituible la participación del notario, no sólo a través de la autoría documental de los títulos, sino que en ejercicio de la función de asesor jurídico que posee, aportando además su experiencia.

### **Segundo**

Celebramos que el nuevo Código Civil y Comercial haya reducido la porción de la legítima de los descendientes a  $2/3$ , y la de los ascendientes a  $1/2$  (la del cónyuge ha quedado igual).

Para calcular la porción legítima (y por contraposición la porción disponible), hay que esperar que se difiera la sucesión, tomar el valor líquido de los bienes (deducir las deudas) y a esto sumar las donaciones, pero no todas sino, solo las colacionables o reducibles.

La acción de colación es la que tienen los herederos legitimarios en relación a sus otros coherederos, para exigir que estos traigan a la masa el valor de los bienes recibidos a título de donación, a los efectos de que sean computados estos valores como parte de su hijuela. Por supuesto que si esos bienes fueron recibidos con cláusula de mejora o dispensa de colación, primero se imputarán a la porción disponible y luego a la hijuela.

El Código Civil y Comercial permite cláusula de mejora o de dispensa de colación en la donación o en el testamento indistintamente, dejando atrás el conflicto de normas que existía en el código de Vélez.

La acción de colación no corresponde (según el nuevo código) contra todos los legitimarios, sino sólo contra los descendientes y el cónyuge. No hay un fundamento para excluir a los ascendientes.

Si los bienes donados excedieran la porción disponible afectando entonces la porción legítima de un heredero (forzoso), cabría entonces la acción de reducción. No caben dudas que en el nuevo código, la acción de reducción también compete a un heredero legitimario contra otro, más allá de la acción de colación.

La imputación a la porción disponible sólo afecta la acción de colación, puesto que la acción de reducción, que tiene el heredero legitimario, sólo corresponde cuando se afecte su legítima.

## Informaciones

El nuevo código establece, con sano criterio, que el valor del bien donado debe computarse (tanto en la colación como en la reducción) en relación al estado material que tenía el mismo al momento de la donación.

Es incorrecto haber establecido (en el nuevo código) para la protección de la legítima, que el valor del bien donado debe ser apreciado al momento de la partición, pues la acción de reducción se ejerce antes de la partición. Obliga a hacer el cálculo a la muerte del causante y rehacerlo luego, complicando el cálculo sin explicación o motivo. De *lege ferenda* se propone tomar el valor de los bienes a la muerte del causante, puesto que la partición puede depender de maniobras dilatorias para conseguir cambiar esa base de cálculo.

El nuevo código incorpora la posibilidad de mejorar más la porción para el caso de los herederos ascendientes o descendientes discapacitados. En este caso, puede disponer de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas a esta mejora. Se considera que ello es un avance importante. No se advierte el fundamento por el cual se excluye al cónyuge con discapacidad.

El nuevo código trae toda una regulación de la acción de reducción en cuanto al orden de aplicación en relación a las mandas testamentarias y a las donaciones. Primero se va contra las disposiciones testamentarias y luego hacia las donaciones. Las donaciones se van afectando en orden inverso a su realización y si son de igual fecha se las reduce a prorrata.

El Código Civil y Comercial, al regular los efectos de esa acción, establece con varias normas un criterio o principio a seguir: que el legitimario obtenga el valor de su legítima, pero al mismo tiempo busca que el donatario conserve la propiedad sobre la cosa.

El nuevo código establece que el donatario siempre tiene la facultad de impedir la resolución del contrato, entregando al legitimario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima, pero evidentemente hay que interpretar la norma en el sentido de que no se refiere a completar todo el valor de la legítima, sino sólo lo que es afectado por esta donación, o sea, hasta el tope del valor de la cosa donada.

La donación en favor de un legitimario tiene ventajas a la realizada a un tercero, en relación a la acción de reducción, puesto que recién puede ser ejercida cuando se afecta la legítima de algún otro heredero forzoso no incluido en la donación, y la posibilidad de imputar el bien en la hijuela del heredero (o sea, la previa colación del bien).

Con el código de Vélez se discutía si esta acción de reducción tenía o no efecto reipersecutorio. El Código Civil y Comercial dispone claramente asignarle efectos reipersecutorios a la acción de reducción. Entendemos que no es el criterio adecuado, por la seguridad del tráfico jurídico; este efecto reipersecutorio debería haber frenado ante los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

Es positivo el límite temporal para la acción de reducción, que detiene la acción contra el propietario del bien (sea el donatario o sus sucesores) si han transcurrido diez años desde la donación. Se presume la posesión desde la fecha del título (art. 1914), aun cuando el donante se hubiere reservado el usufructo.

Este mecanismo sí agrega seguridad al tráfico jurídico y, si bien podemos polemizar acerca del plazo, lo cierto es que al ser contado desde la fecha de la donación sabemos con seguridad el momento mismo en que terminan esos efectos reipersecutorios.

No se trata de un plazo de prescripción liberatoria, de pérdida de la acción por su no ejercicio, ni una prescripción adquisitiva. La naturaleza jurídica de esta limitación a la acción de reducción es el vencimiento de un plazo legal en que pudo ocurrir una condición legal resolutoria del derecho.

No se trata de un plazo de prescripción, sino de caducidad, por lo que no puede interrumpirse ni suspenderse.

La protección del tráfico jurídico del art. 2459, es concordante con lo regulado por el art. 1965, que establece un plazo máximo de diez años para cualquier tipo de plazo o condición resolutoria, ya sea legal o contractual.

En consonancia con lo dispuesto en el art. 7 del CCyC, el plazo allí previsto opera de pleno derecho desde el 1º de agosto de 2015. En virtud de ello, esta defensa puede oponerse válidamente con relación a las donaciones instrumentadas con anterioridad a esa fecha, sin importar el momento de fallecimiento del donante.

El título proveniente de una donación es un título perfecto; sea que se genere un dominio perfecto (art. 1941) o un dominio imperfecto (art. 1946 CCyC). Hablar de imperfección del título sería estar avalando la existencia de un defecto, ya sea en el negocio como en el instrumento, y no hay error alguno en la realización del mismo.

### **Tercero**

Al interpretar las normas sobre la oferta de donación, no debemos olvidar que el contrato de donación tiene características muy particulares por ser un contrato gratuito y por estar estrechamente vinculado al derecho sucesorio.

En los contratos onerosos, la oferta está muy vinculada a una dinámica potencial del entrecruzamiento de las voluntades para la formación de la voluntad contractual, marcada especialmente por el derecho a la contraoferta. En los actos a título gratuito hay predominio de la voluntad del donante, el donatario sólo tiene la facultad de aceptar o no.

Hay un régimen especial para la oferta de donación que es distinto al régimen general de la oferta en todos los contratos. Tenemos que tener en cuenta

## Informaciones

en primer lugar, las normas específicas para este contrato, y luego aplicar las otras subsidiariamente, pero siempre teniendo en cuenta los caracteres especiales de este contrato.

La aceptación de la oferta produce el perfeccionamiento del contrato de donación. El art. 1545 del CCyC sólo habla de aceptación y no de recepción, y marca con esto una excepción que la deja entonces, en este aspecto, fuera del régimen general de la formación del consentimiento en los contratos, no siendo necesaria la remisión o comunicación al donante.

El mismo artículo exige como requisito de validez de la aceptación que el donante se encuentre con vida, sin hacer referencia a su capacidad, apartándose también en este punto del régimen general de los contratos.

Hay quienes sostienen la teoría de la recepción para el perfeccionamiento del contrato de donación. Para superar esta discusión se recomienda incluir en la escritura de oferta de donación, una cláusula que exonere al donatario de comunicar la aceptación al donante.

En relación a la aceptación de las ofertas de donación realizadas antes de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento cuyo donante hubiera fallecido, se discutió arduamente, llegando a la siguiente conclusión:

En virtud de los arts. 7º y 1545 del CCyC, por la aplicación inmediata de la ley a los efectos de las situaciones jurídicas existentes, las ofertas de donación realizadas antes de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento no podrán ser aceptadas si el donante hubiera fallecido.

La otra postura sostuvo, que sí podrá aceptarse la oferta en este caso, basados en un análisis integral de las normas, fuentes, principios y valores que ambos regímenes contienen. En ese orden, si la intención fue formalmente exteriorizada por el donante dentro del marco legal del anterior régimen, no sería justo que una modificación posterior de este, lo prive de los efectos jurídicos motivadores que lo llevaron a elegir la donación, por entenderse que se trata de consecuencias jurídicas consumadas.

La ley debió haber contemplado ciertas soluciones para los casos particulares que traerían dificultad como este.

No surge de la ley la obligación de acreditar ante el notario, ni verificar por este la supervivencia del donante a los fines de instrumentar la aceptación. Exigir la comparecencia del ofertante al acto de la aceptación desvirtuaría la donación con aceptación diferida.

TEMA II: EL NUEVO RÉGIMEN DEL USUFRUCTO Y DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

**Coordinador:** Emery Omar Muñoz (Córdoba)

**Autoridades de Comisión**

**Presidente:** Emery Omar Muñoz (Córdoba)

**Secretario:** Mariano Petraglia (Córdoba)

**Comisión redactora:** Emery Omar Muñoz, Mariano Petraglia, Claudia Liliana Marcionni Suarez (Córdoba), Gabriel Aníbal Fuster (Córdoba), Esteban Bepre (Córdoba), Cecilia Suppia (Córdoba), Virginia Bollati (Córdoba) y Natalia Nasi (Córdoba).

**Relatora:** Claudia Liliana Marcionni Suarez

CONCLUSIONES

1) El art. 1883 del Código Civil y Comercial establece la posibilidad de constituir derechos reales sobre parte material de la cosa sin definirla. Pero debe entenderse que es parte material toda parte de una cosa de extensión menor a la superficie configurada por líneas geométricas jurídicamente relevantes.

2) En caso de inmuebles, se propicia la individualización de la parte material de los mismos mediante un plano de mensura aprobado por la autoridad pública competente, lo cual tendrá además de la función de permitir cumplir con el principio de especialidad, la de ser el medio con el cual la autoridad administrativa efectúe el control de legalidad por la posible afectación de normas de interés público restrictivas del dominio o del uso de la propiedad. Asimismo, se propicia la creación de una nomenclatura catastral específica de la parte material vinculada a la nomenclatura del inmueble del que es parte y correlativamente la creación de cuentas tributarias específicas con relación a la superficie sobre la cual se ejercen los distintos poderes jurídicos evitando de todos los modos posibles generar dobles imposiciones. Se propicia adecuar la normativa tributaria y catastral local en tal sentido.

3) La constitución del derecho de superficie no importa una modificación sino una afectación parcelaria.

4) Tanto la extensión, como la modalidad y la proyección (espacio aéreo o subsuelo) sobre la que se constituye el derecho de superficie, deben surgir de manera clara y precisa del plano confeccionado al efecto, previamente ca-

## Informaciones

lificado y visado por autoridad competente, el que se deberá transcribir en la escritura pública y agregar junto a la misma en el protocolo.

5) Considerando las facultades del superficiario contempladas en los arts. 2114 y 2120, los efectos extintivos del art. 2125 (extinción de la superficie) y retroactivos del art. 1969 (dominio revocable), se sugiere que el sometimiento a propiedad horizontal que formalice el mismo, se haga: a) conjuntamente con el propietario del suelo, y b) que en el acto constitutivo del derecho real de superficie se convenga la no retroactividad del mismo y de cualquier otro derecho real legítimamente constituido, a fin de lograr su subsistencia al expirar el plazo en los términos de los arts. 1967 y 1969.

6) La redacción adoptada en el art. 2130, no deja claro -como tampoco lo hace el art. 2131 del nuevo Código, alusivo a la legitimación para su constitución- si el condómino puede constituir usufructo respecto de la cosa (parte indivisa) sujeta al derecho real de condominio, respuesta que se impone afirmativamente pese a la crítica apuntada, por aplicación del art. 1989.

7) El art. 2134 del nuevo Código no consagra ni los modos (pese a señalarlo en el título) o fuentes ni las formas de constitución, sino los efectos de la constitución; ha eliminado el art. 2812 del código de Vélez, alusivo a las fuentes de constitución del usufructo y se ha procedido a reglar los efectos de las distintas maneras de constitución, pero en un único dispositivo, eliminando los distinguos entre contratos onerosos (art. 2813 del Código Civil argentino), contratos gratuitos (art. 2814 del Código Civil argentino) y por actos de última voluntad (art. 2815 del Código Civil argentino). Esta última circunstancia no permite formular distinguos necesarios, como por ejemplo que las transmisiones por contratos gratuitos y por actos de última voluntad se presumen gratuitos.

8) El art. 2135 del nuevo Código argentino es criticable, entre otras, por las siguientes razones a saber: a) porque no se aclara la naturaleza jurídica de la presunción instituida (*iuris tantum* o *iuris et de iure*); b) porque no respeta las reglas en la materia de presunciones de onerosidad y gratuidad, tanto contractual en general, cuanto usufructuaria en particular la cual está determinada por la *causa del negocio jurídico*; y c) la falta de observancia de la regla que reza: "*lex statuit deo quod plerumque fit*" o -traducida- *la ley regula de lo que comúnmente ocurre*.

9) El precitado art. 2135 nada dice en torno a cuándo se presume oneroso y cuándo gratuito, es decir a raíz de qué causa se arriba a tales presunciones, lo que impide definir el concepto de "duda"; por tanto, entendemos que esta norma se encuentra divorciada de un sistema jurídico casualista como el nuestro, lo que configurará un conflicto interpretativo.

10) La vida del primer usufructuario o el plazo originariamente establecido, determinarán el límite máximo de duración del usufructo, tanto para casos de

transmisión voluntaria (art. 2142) como forzosa (art. 2144).

11) Respecto de la registración del derecho real de usufructo, resulta menester formalizar el presente distingo: a) cuando el usufructo afecta la totalidad del inmueble, se propicia continuar con el sistema de folio real vigente (matrícula) por inmueble consignando su constitución y sus transmisiones voluntarias o forzosas en el rubro de "gravámenes y afectaciones del inmueble" recurriendo a la técnica del desplazamiento de asientos en el caso de las transmisiones; y b) cuando el usufructo afecta parte material del inmueble, se propone como técnica de registración la utilización de anexos a la matrícula del inmueble de que se trate.

12) Respecto del derecho real de superficie, sea que se constituya sobre todo o parte material del inmueble, se propone la utilización de anexos a la matrícula del inmueble de que se trate, pues este derecho prácticamente nace y aparece a la vida jurídica para funcionar como si fuese una propiedad paralela a la propiedad del suelo y resulta pertinente poder diferenciar claramente la registración de las distintas relaciones jurídicas que se susciten tanto sobre el dominio del suelo como sobre la propiedad superficiaria.

Dentro del seno de la comisión, el debate se extendió a otros temas que surgieron espontáneamente y que, por no haber sido objeto de ponencia, no fueron sometidos a votación. El más controvertido fue el relativo a la transmisión voluntaria y al embargo y transmisión forzosa a partir del primero de agosto de dos mil quince respecto del usufructo constituido durante la vigencia del Código Civil de Vélez. En tal sentido, surgieron dos posturas relacionadas a la aplicación de los arts. 7º, 1882, 1884, 2142 y 2144 del Código Civil y Comercial que seguidamente se enuncian:

a) En una postura, se sostuvo que el usufructo constituido bajo el código de Vélez resulta una situación jurídica consolidada puesto que este derecho se concebía como un derecho inherente a la persona del usufructuario no susceptible de transmisión, lo cual hace a la estructura legal del derecho real, por lo cual el art. 7º del Código Civil y Comercial de la Nación no resultaría aplicable en lo atinente a las "consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes". En este punto se consideró que, por tratarse de derechos adquiridos por el usufructuario, admitir la ejecución forzosa importa la afectación del derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

b) En la otra postura, se sostiene que el derecho real de usufructo constituido conforme las prescripciones del Código Civil de Vélez resulta ser una situación jurídica consolidada, y que el ejercicio de la facultades reconocidas al usufructuario y a sus acreedores por el Código Civil y Comercial, relativas a la transmisibilidad de su derecho y a su ejecución, son consecuencias de dicha situación consolidada cuyo ejercicio queda sujeto a la aplicación de las prescripciones del Código Civil y Comercial, atento la letra de su art. 7.

## Informaciones

### TEMA III: RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

**Coordinador:** Carlos M. Conrad (Córdoba)

#### **Autoridades de Comisión**

**Presidente:** Carlos M. Conrad (Córdoba)

**Secretaria:** Analía A. Robledo (Córdoba) y Manuel Cabido (Córdoba)

**Comisión redactora:** Lucía Meinero (Santa Fe), Lorena P. Teves (Santa Fe), María Noel Tinello (Santa Fe), María Eugenia Chávez de Bono, Mauricio E. Freites (Córdoba), Carina Falabella (Córdoba), Guillermo Juan Casanegra (Córdoba), Julio César Capparelli (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Carlos M. Conrad, Analía A. Robledo y Manuel Cabido.

**Relatora:** Carina Falabella (Córdoba)

## CONCLUSIONES

El notario representó siempre un papel protagónico aconsejando y asesorando a las familias y sus integrantes para dar vida jurídica a los actos que gravitan con trascendencia sus relaciones, y hoy más que nunca, ese protagonismo se renueva y por ello el estudio profundo y responsable del régimen patrimonial del matrimonio, resulta imprescindible.

El Código Civil y Comercial, firme en el proceso de "Constitucionalización del derecho privado", adaptó las relaciones matrimoniales a las actuales necesidades sociales y culturales teniendo en cuenta cuatro principios rectores: la igualdad, la solidaridad, la responsabilidad y la autonomía de la voluntad, principios estos que se encuentran presentes desde el nacimiento hasta la ruptura del vínculo matrimonial, considerando a los cónyuges, protagonistas únicos de su proyecto de vida.

En armonía con estos principios, se abandona el único y rígido régimen patrimonial del matrimonio que regía hasta hoy, creando un marco más flexible que permite a los cónyuges escoger entre dos alternativas posibles para reglar sus relaciones patrimoniales y, simultáneamente, protege la esencia del matrimonio creando un régimen primario que garantiza el andamiaje de derechos y deberes que nace entre los cónyuges por el solo hecho de la celebración de las nupcias.

Del estudio, análisis y discusión del Título 2, del Libro Segundo del Código Civil y Comercial, esta comisión concluye, por unanimidad:

## **Convenciones matrimoniales**

### *Clasificación*

Las convenciones pueden clasificarse en “prematrimoniales” y “matrimoniales”; dicha clasificación no surge de la ley aunque de sus propias disposiciones la distinción resulta clara. Así, las convenciones “prematrimoniales” son las previstas en el art. 446 y las “matrimoniales” las previstas en el art. 449.

Las convenciones “prematrimoniales” tienen las siguientes características:

a) Son actos sometidos a la condición suspensiva de que el matrimonio se celebre válidamente y no sea anulado; su objeto está definido taxativamente en el art. 446;

b) deben celebrarse en escritura pública y pueden modificarse -antes del matrimonio- con la misma formalidad;

c) pueden ser otorgadas por menores de edad aunque su objeto queda reducido a los supuestos previstos en el art. 446, incs. a) y b) y las personas con capacidades restringidas en la extensión prevista en la sentencia que así los declare.

Las convenciones “matrimoniales” tienen las siguientes características:

a) Tienen un único objeto: el cambio de régimen patrimonial;

b) pueden celebrarse tantas veces como de común acuerdo resuelvan los cónyuges, siempre que haya transcurrido un año de vigencia del régimen que pretenden mudar;

c) las personas menores de edad no pueden otorgarlas, y aquellas con capacidad restringida sólo podrán en la medida que así lo autorice la sentencia que los declara tales.

### *Oportunidad*

La convención “prematrimonial” puede celebrarse en cualquier momento previo a la celebración de las nupcias. No hay en la normativa vigente previsión alguna de caducidad de la convención, ella puede ser celebrada con la antelación que los futuros contrayentes crean conveniente.

Las convenciones “matrimoniales” sólo pueden ser celebradas cumplido un año de la vigencia del régimen del que se intenta mudar y si bien este plazo puede en determinados supuestos coincidir con la celebración del matrimonio, no debe confundírselos.

Los cónyuges que hayan contraído matrimonio antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (1/08/2015) quedan, a partir de esa fecha y

## Informaciones

en virtud del artículo 7, comprendidos dentro del régimen patrimonial del matrimonio en él previsto, facultándolos para el ejercicio de todos los derechos y obligados al cumplimiento de todas sus cargas.

### *Objeto*

Las convenciones celebradas en contra de lo previsto por el art. 447 que reza: "Toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio es de ningún valor", es de nulidad absoluta. Esta nulidad podrá ser total o parcial siempre que se den los supuestos de hecho previstos en el art. 389.

### *Forma*

La forma exigida para la celebración válida de las convenciones, tanto prematrimoniales como matrimoniales, es la escritura pública, forma que es impuesta como condición de existencia. La ausencia o defecto de esta formalidad acarrea su nulidad absoluta.

La escritura pública garantiza a los cónyuges o futuros cónyuges:

- a) Que serán debidamente asesorados, pues es obligación del notario informar a las partes sobre el acto a celebrar, sus alcances, ventajas e inconvenientes;
- b) la solemnidad que rodea a la escritura pública provoca necesariamente que la decisión sea reflexiva y genera un ámbito propicio para la exteriorización libre de la voluntad.

No hay dispositivo legal alguno en el Código Civil y Comercial que, expresamente o por vía de interpretación, les permita a los futuros contrayentes optar por el régimen de separación de bienes mediante un instrumento distinto a la escritura pública.

### *Capacidad*

De acuerdo a una interpretación sistemática de los arts. 450 y 404, concluimos que ningún menor puede hacer donaciones en las convenciones "prematrimoniales" ni ejercer la opción por el régimen de separación de bienes. La convención celebrada en violación a esta prohibición es nula de nulidad relativa, pudiendo ser confirmada una vez que el menor haya cumplido la edad de 18 años. La emancipación legal que otorga la celebración de las nupcias no dota de capacidad suficiente al menor para celebrar otras convenciones, ni confirmar las ya otorgadas.

### *Registración*

El notario que autorice una convención “matrimonial” tiene obligación de inscribirla en el Registro Civil en cumplimiento de lo previsto en el art. 449; por el contrario, al autorizar una convención “prematrimonial” no se encuentra obligado a efectuar los trámites inscriptorios previstos en el art. 448 por existir imposibilidad material y jurídica para ello; tales trámites, deberán ser cumplidos por los contrayentes en un todo de acuerdo a lo previsto en el art. 420.

La inscripción de las convenciones matrimoniales referida a los arts. 448 y 449 es meramente declarativa y requerida para que produzca efectos respecto de aquellos terceros interesados a los cuales la mutación del régimen pudiera perjudicar.

*Recomendación:* Cuando la convención tenga como objeto mutar del régimen de comunidad al de separación de bienes es recomendable que, en forma concomitante, se proceda a la partición de la comunidad evitando la prolongación del estado de indivisión, garantizando así la seguridad del tráfico jurídico.

### **Bienes propios y gananciales**

La clasificación de los bienes propios y gananciales prevista en los arts. 464 y 465 es de orden público.

En virtud de ello y de lo establecido por el art. 466, los cónyuges no pueden por su sola manifestación modificar el carácter que a cada bien le corresponde de acuerdo a las disposiciones legales.

Los requisitos del art. 466, a los fines de oponer el carácter de propio a los terceros deben cumplimentarse íntegramente en el cuerpo de la escritura de adquisición. Ante la omisión de dichos requisitos podrá otorgarse escritura complementaria.

Esta comisión sugiere que, cuando de inmueble se trate, se deje constancia en el asiento del Registro de la Propiedad de nota que haga referencia al carácter propio del bien.

### **Asentimiento conyugal**

El asentimiento conyugal previsto en los arts. 456 y 470 tiene como finalidad la protección de dos bienes jurídicos diferentes: el primero protege la vivienda familiar, mientras que el segundo custodia el derecho en expectativa que tienen los cónyuges a dividir los gananciales por mitades.

## Informaciones

En los supuestos en que el objeto del acto jurídico de disposición sea un bien ganancial sede de la vivienda familiar, debe dejarse expresamente establecido que el asentimiento se otorga en los términos de los arts. 456 y 470.

En los casos que se requiere el asentimiento, el art. 457 exige que el mismo sea específico, lo cual implica que debe referirse al acto jurídico y a sus elementos esenciales, los cuales pueden ser determinados o determinables. En virtud de ello, no es admisible el otorgamiento del asentimiento general anticipado.

La prohibición contenida en el art. 459 de dar poder a favor del otro cónyuge para otorgar el asentimiento, sólo es aplicable a los actos de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y sus muebles indispensables, por lo tanto es plenamente válido apoderar al cónyuge en los supuestos del art. 470.

Los poderes para otorgar el asentimiento conyugal requieren facultades expresas, la determinación de los bienes y que contengan los elementos necesarios para la determinación de los requisitos establecidos en el art. 457.