

985 SEPTIEMBRE/ DICIEMBRE/ 2017

RN Revista
NOTARIAL

COLEGIO DE ESCRIBANOS PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Fundada el 1 de agosto de 1894 - Decana de América

Director

Eduardo Gabriel Clusellas

Comité de redacción y referato

Mariano Costanzo

Gastón R. di Castelnuovo

Elba Frontini

María Rosa del Milagro Martín

Nicolás Agustín Soligo Schuler

Marcela Haydée Tranchini de Di Marco

Marcelo Eduardo Urbaneja



Consejo Directivo

2018/2020

Presidente Ignacio Javier Salvucci

Vicepresidente 1° Maximiliano Molina

Vicepresidente 2° Susana Surace

Secretario de Gobierno Federico José Rodríguez Acuña

Secretario de Relaciones Institucionales Mauricio Rodolfo Esponda

Secretario de Asuntos Previsionales Ramiro María Flores

Secretaria de Aportes María del Rosario Paso

**Secretario de Asuntos Legales
y Documentación Digital** Néstor Daniel Lamber

Secretario de Administración Guillermo Aníbal Longhi

Tesorero Fernando Gabriel Sánchez

Protesorero Eduardo Mario de Jesús Rivarola

Consejeros

Julio César Antollini	María Cristina Iglesias
Leandro Horacio Atkinson	Guillermo Agustín Lagier
Eduardo José Bras	Federico Lallement
Juan Ignacio Cavagna	Esteban Rafael Morcillo
Fernando de Salas	Mirta Gladys Negrelli
Diego Daniel de San Pablo	Haydée Sabina Podrez Yaniz
Gastón Renato di Castelnuovo	Santiago Francisco Oscar Scattolini
María Nélide Dómina	Rubén Santiago Stradiot
María Cecilia Fioroni	Patricia Elena Trautman
Pablo Carlos Guerrero	Maximina Zabala

**Decano Honorario del
Notariado Bonaerense** Natalio P. Etchegaray

Delegaciones del Colegio de Escribanos

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

Sumario 985

SEPTIEMBRE/ DICIEMBRE / 2017

Editorial

645

Títulos valores por metro cuadrado
María Alejandra Borelli
Nancy Claudia Adriana Borka
Rubén Morcecián

647

El derecho de superficie como
expansión del mercado inmobiliario
y como medio para acceder a la
vivienda
Ivanna Mariel Travani

669

S.O.S. ¿Superficie o sobreelevación?
María Silvana Fiorentino

701

Despacho Tema I: "Derecho real de
superficie. Emprendimientos inmo-
biliarios"

723

La elección del régimen patrimonial
matrimonial. Debates sobre la forma.
Reflexiones sobre la publicidad
Natalia Martínez Dodda

727

El régimen de la indivisión postco-
munitaria
Karina Vanesa Salierno

767

Nuevo estatus jurídico en las relacio-
nes familiares: efectos patrimoniales
de las uniones convivenciales
María del Rosario Llorens Rocha
Adriana Rosana Minniti

823

Despacho Tema II: "Régimen patri-
monial matrimonial. Uniones convi-
venciales"

855

La certificación contable como recaudo administrativo para la constitución y aumento de capital de sociedades participadas por otras: un requisito normativo arbitrario y contrario a la ley
Patricio Pablo Pantín

861

Sociedades de la sección cuarta de la Ley General de Sociedades en sede notarial
Luis E. Manassero Vilar

873

La función del notario en la constitución de una sociedad por acciones simplificada

Marcela Alejandra Muscariello
María Paula Etchart
Walter César Schmidt

889

Consortio de propiedad horizontal
Carina Pérez Lozano

921

Despacho Tema III: "Personas jurídicas privadas"

955

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.

EDITORIAL

Por sexta vez, tras las ediciones de 1964, 1972, 1981, 1993 y 2009, en noviembre de 2017 la ciudad de Necochea fue sede de la Jornada Notarial Bonaerense (JNB), encuentro que en esta ocasión convocó a unos 300 colegas y en el que, una vez más, se puso de manifiesto el interés y el compromiso con el que los escribanos participan de las acciones de capacitación organizadas por el Colegio.

La 40 edición de la JNB, a seis décadas de aquel punto de partida de Tandil, en 1957, reafirmó una vez más cómo a lo largo del tiempo se han incrementado la importancia y el prestigio de estos encuentros, cuyos debates y conclusiones trascienden incluso al ámbito específico de la actuación notarial.

En esta ocasión, a orillas del río Quequén los participantes pudieron exponer y debatir a lo largo de cuatro días cada uno de los aspectos incorporados al temario y que resultaron de sumo interés, particularmente por los cambios que introdujo en los últimos dos años en la actividad notarial la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

Elaborado de acuerdo con las inquietudes y expectativas del notariado respecto a las modificaciones planteadas por la nueva codificación, el programa de la 40 JNB había quedado definido con los siguientes temas: Tema 1, "Derecho real de superficie. Emprendimientos inmobiliarios"; Tema 2, "Régimen patrimonial matrimonial. Uniones convivenciales"; y Tema 3, "Personas jurídicas privadas".

En cada uno de dichos temas, a su vez, se designaron dos coordinadores. En el Tema 1 la coordinadora fue Andrea Salvini y el coordinador adjunto, Leandro Posteraro Sánchez; el Tema 2 tuvo como coordinadora a Mariela Gatti y como coordinadora adjunta, a Sabina Podrez Yaniz; y en el Tema 3, fue coordinador Franco di Castelnuovo y coordinadora adjunta, Patricia Trautman.

La pertinencia de cada uno de los contenidos planteados para esta edición de la Jornada tuvo su reflejo en la cantidad y calidad de los trabajos presentados por los participantes. Se recibieron un total de 54 trabajos, con una distribución equitativa entre los tres temas a desarrollar ya que de dicha cantidad 17 correspondieron al Tema 1; 19, al Tema 2; y 18, al Tema 3.

Un rasgo destacado fue el nivel de los trabajos presentados así como el aporte que realizaron sus autores. La exposición de los mismos durante la Jornada y los debates que tuvieron lugar en cada uno de los días dejaron de manifiesto un alto nivel de conocimiento y compromiso con el análisis de la realidad notarial, especialmente en la coyuntura marcada desde 2015 con la legislación unificada.

Entre dichos trabajos, el Comité Calificador de la Jornada, que tuvo el honor de integrar junto a Marcelo Urbaneja y María Rosa del Milagro Martín, seleccionó a los que resultaron merecedores de las diferentes distinciones establecidas por el reglamento del encuentro, destinadas tanto a premiar al mejor trabajo por su calidad académica como a los mejores de cada una de las categorías propuestas. También se otorgaron accésits en los tres temas del Programa.

El total de los diez trabajos galardonados en la 40 Jornada Notarial Bonaerense son presentados en esta edición de la Revista Notarial junto a los despachos completos de cada uno de los tres temas, aprobados por unanimidad en el Plenario de Clausura, con la certeza de que su difusión resulta de importancia por la relevancia de los temas abordados y el nivel de los aportes. Tanto los trabajos como las conclusiones se han agrupado en diferentes capítulos, correspondientes a cada uno de los tres temas de la 40 JNB.

Las conclusiones de la Jornada reflejan el enorme trabajo llevado adelante por coordinadores, coordinadores adjuntos y secretarios para la conducción de los debates y el enriquecimiento del intercambio entre los participantes, con visiones diferentes y complementarias sobre los puntos tratados.

En conclusión, la realización de una nueva Jornada Notarial Bonaerense nos ha permitido compartir nuevamente, y como ya es tradicional, varios días de intercambio profesional y personal con colegas pero, sobre todo, ha dejado de manifiesto una vez más la profunda vocación del notariado por capacitarse y actualizarse en lo relativo a las incumbencias de la profesión.

Una saludable tradición que ya se ha convertido en una característica del notariado y que, afortunadamente, está hoy tan vigente como a lo largo de la historia.

Eduardo Gabriel Clusellas

TÍTULOS VALORES POR METRO CUADRADO

*María Alejandra Borelli
Nancy Claudia Adriana Borka
Rubén Morcecián*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Libertad de creación de títulos valores. 3. Desmaterialización de títulos valores. 4. Niveles de desmaterialización admitidos en el Código Civil y Comercial. 4.1. Sistemas de representación y registro de títulos valores. 5. Títulos valores por metro cuadrado. 6. Régimen impositivo. 7. Función notarial en la creación, emisión y extinción de títulos valores. 8. Bibliografía consultada.

* Premio en la categoría “Trabajos en equipo”. Corresponde al tema 1 “Derecho real de superficie. Emprendimientos inmobiliarios”.

PONENCIAS

1) Los operadores del derecho no nos encontramos incluidos en el eslabón productivo de nuestro país, pero por nuestra especialización, estamos llamados a colaborar con responsabilidad en la elaboración del marco jurídico que fomente el desarrollo de la economía, ideando nuevas formas de comercialización que permitan acceder al público inversor a un financiamiento eficaz para el acceso a la vivienda.

2) Es posible conforme lo establecen los arts. 1820 y 1850 CCyC crear un título valor atípico, representativo de metros cuadrados sobre inmuebles, como así también celebrar un contrato de fideicomiso que permita al fiduciario, la emisión de valores representativos de deuda y certificados de participación a los fiduciantes/beneficiarios, con el fin de la adjudicación de inmuebles de un emprendimiento inmobiliario determinado.

3) La disparidad tributaria en el caso de venta, permuta, cambio o conversión de los valores según sean o no colocados en oferta pública, para determinar la exención del Impuesto a las Ganancias no respeta la igualdad tributaria consagrada en la Constitución Nacional, por no tener en cuenta el elemento subjetivo en la determinación en la base del tributo, ya que los impuestos deben distribuirse por igual, entre todas las fuentes de riqueza gravable disponibles en una Nación en un momento determinado, con el objeto de que el peso de la contribución no recaiga en forma exclusiva sobre una o varias de esas fuentes. Se aconseja advertir esta circunstancia al legislador para lograr la modificación del tributo a fin de evitar dañar el ahorro y la inversión, motores del crecimiento económico de nuestro país.

4) La incumbencia establecida en el art. 1850 del CCyC, habilita al notariado a intervenir en el registro de la transmisión o constitución de derechos reales, anotación de gravámenes, secuestros, medidas precautorias y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por el título valor, mediante la formación de asientos en registros especiales produciendo a partir de este momento efectos frente a terceros.

5) Con referencia a la función registral del título valor, el notario se encuentra altamente capacitado para ejercer la custodia de los títulos valores en los que se constituya como depositario, así como también en la anotación de transferencias, gravámenes y derechos que se constituyan sobre los mismos.

6) El proceso de desmaterialización de títulos valores en nuestra legislación no es total, ya que pueden coexistir medios electrónicos y el soporte papel. La desmaterialización de los títulos valores no suprime el valor del soporte papel, sino que lo amplía.

7) El notario que se valga de medios digitales para registrar la emisión, transferencia, gravamen y cancelación de títulos valores, deberá utilizar un sistema

informático con la seguridad suficiente para permitir el asiento de la información y el respaldo de la misma, lo cual garantizará confiabilidad a la operatoria propuesta.

8) El rol del notario dota de seguridad al proceso de reconstrucción en los casos de deterioro, pérdida, extravío, robo o destrucción de los títulos y de sus registros conforme los procedimientos regulados por el Código Civil y Comercial.

9) Necesitamos como siempre contar con el incondicional apoyo de nuestro Colegio, para que recopile y recepcione la registración que realicemos los notarios en nuestras sedes notariales, y nuestro quehacer se vea respaldado con la prestigiosa institución que nos avala, y que cuenta con los medios para acompañarnos en esta nueva y afanosa tarea, la de seguir prestando un mejor servicio a la comunidad y enaltecendo esta profesión que elegimos cada día, enfrentando los desafíos que la evolución jurídica nos demanda. En consecuencia, consideramos que resultaría necesario que el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires creara el Registro Especial de Registración de Títulos Valores.

DESARROLLO

1. INTRODUCCIÓN

Todo emprendimiento inmobiliario reconoce etapas, en las que se plantean una serie de problemas de compleja resolución¹. Una vez definido el proyecto constructivo, pueden utilizarse distintas estructuras jurídicas para su desarrollo y comercialización, pero su elección depende de dos factores, el primero será la finalidad requerida por el inversor, y el segundo, está dado por el margen de ganancias y la consideración de las pérdidas. En el proceso de elección del esquema contractual, el notario como operador jurídico, debe buscar fórmulas para asegurar los derechos de los contratantes, y a su vez, atraer el interés de los inversores.

En esta búsqueda, surge un nuevo esquema de emprendimiento inmobiliario habilitado por el Código Civil y Comercial, que permite la creación de títulos valores atípicos, representativos de metros cuadrados sobre inmuebles, aplicando una nueva incumbencia para el notariado: ser agente de registro de títulos valores que no circulen en el mercado libre de cambios.

Todos los encuadres legales conocidos que permiten desarrollar un emprendimiento inmobiliario, poseen como denominador común la mutación de los contratos que otorgan derechos personales o creditorios a los adquirentes de inmuebles en construcción, para finalmente constituir un derecho real en favor del adquirente del inmueble construido.

Los títulos de crédito, títulos valores o títulos circulatorios, han surgido con distintos propósitos, ya sea como instrumentos de pago, para otorgar derechos

de participación, conceder derechos sobre cosas o garantizar la prestación de servicios y créditos, en suma, han sido instrumentos que han logrado agilizar la economía.

La doctrina ha discutido sobre la terminología adecuada para la denominación de los títulos valores, ya que la definición de “títulos de crédito” no comprende a todos los títulos que no tienen representado un derecho de crédito en sentido estricto. Así las acciones de sociedad o los conocimientos de embarque, no representan estrictamente un derecho de crédito sino un derecho de participación y un derecho real respectivamente, por lo que no se encontrarían incluidos en esta definición. Desde la mirada de la economía, la expresión “títulos circulatorios”, acuñada por IGNACIO WINIZKY tal vez sea la más acertada, poniendo como denominador común al fenómeno de la circulación para definirlos. Esta posición también trajo críticas, porque la función circulatoria no es la esencia de los documentos cartáceos, sino que solo es una función contingente.

El Código Civil y Comercial define a los títulos valores en el art. 1815, al decir que son aquellos que “... incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo...”, pero también los designa como “título de crédito” en el inciso d) del art. 883, cuando establece que tiene legitimación para recibir pagos, “quien posea el título de crédito extendido al portador, o endosado en blanco...”.

Frente a lo expresado, la terminología pasa a un segundo plano, si conocemos los caracteres para la existencia de un título de crédito: necesidad, literalidad y autonomía.

2. LIBERTAD DE CREACIÓN DE TÍTULOS VALORES

Previa a la sanción del Código Civil y Comercial, la doctrina discutió ampliamente la procedencia de la libertad de creación de títulos de crédito. En un principio, se entendió que los arts. 744 y 745 del Código de Comercio negaban la posibilidad de creación. Luego, la doctrina comenzó a admitirla en el caso de los títulos causales, aunque con cautela, dado que la ley exigía para su creación una forma determinada, y ésta ya representaba un límite. La libertad de creación se negaba a los títulos valores abstractos, dado que las obligaciones debían reconocer una causa. Los primeros antecedentes de títulos valores atípicos en nuestro país fueron los “certificados de añejamiento” y los “certificados de tipificación de vinos”^{III} y luego surgieron los títulos de deuda “aeg telefunken”.

El Código Civil y Comercial concluye la discusión de la doctrina comercialista admitiendo la libertad de creación de títulos valores atípicos, que regula en el art. 1820 CCyC^{III}, admitiendo que cualquier persona, tiene el derecho de libre creación de tipos, condiciones, clases, formas de circulación, garantías, rescates, pla-

zos, posibilidad de conversión o no en otra clase de títulos, como así también de definir cuáles serán los derechos de los interesados y los derechos de los terceros titulares sobre los mismos. La norma en análisis impone como condición, que los títulos valores creados no deben prestarse a confusión con tipos, denominación y condiciones de títulos valores previstos en la ley vigente.

Esta norma, se complementa con el art. 1850 CCyC, al establecer que la transmisión o constitución de derechos reales sobre el título valor, los gravámenes, secuestros, medidas precautorias y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por el título valor deban efectuarse mediante “asientos en registros especiales” que debe llevar el emisor o, en nombre de éste, entre otros, un “escribano de registro”.

De esta forma, el Código Civil y Comercial introduce al notariado en la nueva incumbencia de ser agente de registro de títulos valores. A partir de este registro impuesto por la ley de fondo, se logra publicidad y oponibilidad frente a terceros^{IV}.

3. DESMATERIALIZACIÓN DE TÍTULOS VALORES

La gran cantidad de transacciones financieras sobre títulos valores, incluso a distancia, han llevado a la necesidad de que la registración de operaciones que se realicen sobre ellos sean practicadas de una forma más sencilla y segura y sin la necesidad de la existencia del soporte papel que las contenga.

La crisis del título valor en soporte papel, se ha resuelto reemplazando el registro de los títulos valores y las operaciones que se realizan con ellos, por registros de asientos en una cuenta electrónica, es decir, por documentos electrónicos que centraliza una entidad encargada de dicha función^V.

Surge entonces el concepto de “desmaterialización” definido como un fenómeno por el cual se produce una ruptura entre el valor económico del título valor y el documento portante del mismo. JOAQUÍN GARRIGUES, ha definido el fenómeno de la desmaterialización diciendo: “Yo añadiría que los valores mobiliarios se van a desmaterializar y que la metáfora, porque no es más que una metáfora, de la incorporación del derecho al título desaparece al convertirse el título en un simple asiento de cuenta corriente. Yo diría que se va a sustituir la propiedad del valor y que en lugar de títulos-valores se van a crear valores sin títulos”.^{VI}

No debe confundirse a la desmaterialización con la despapelización, aunque ambas tengan como efecto reducir la cantidad de papel y reemplazarlo por soportes de información digital, reduciendo costos y logrando mayor eficiencia.^{VII}

El Código Civil y Comercial recepta la desmaterialización en segundo párrafo del art. 1836, al establecer que: “Los títulos valores emitidos efectivamente como cartulares pueden ingresarse a alguno de estos sistemas, conforme con sus reglamentos, momento a partir del cual las transferencias, gravámenes reales

o personales y pago tienen efecto o se cumplen por las anotaciones en cuenta pertinentes”. Por esta razón los títulos valores cartulares pueden emitirse como títulos valores no cartulares, para su ingreso y circulación en una caja de valores, sistemas de compensación bancaria y de anotaciones en cuenta. La desmaterialización mediante el sistema de anotación en cuenta, provoca que la circulación del título valor, se sustituya por una circulación escritural o contable, y que el derecho incorporado al documento cambie de formato, del soporte papel al soporte digital.

El Código Civil y Comercial no descarta al título valor concebido en soporte papel, sino que amplía su variedad al permitir la desmaterialización de los títulos valores cartulares (arts. 1836 y 1850), ya sea por disposición legal para los títulos valores abstractos o en forma convencional para los títulos valores atípicos o innominados (art. 1820).

Los títulos valores no cartulares pueden incorporarse a un documento escrito o prescindir de él, siendo igualmente portantes del derecho. Se emiten en asientos informáticos, como certificados globales o escriturales. Por ello el art. 1850 CCyC establece: “Cuando por disposición legal o cuando en el instrumento de creación se inserta una declaración expresa de voluntad de obligarse de manera incondicional e irrevocable, aunque la prestación no se incorpore a un documento, puede establecerse la circulación autónoma del derecho, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1820”.

La desmaterialización hace cambiar la visión de la autonomía, la necesidad y la literalidad para los títulos valores cartulares, como elementos esenciales para la existencia del título valor. Para cumplir con el carácter “necesario”, era imprescindible la posesión del título para ejercer el derecho que el mismo contenía, por ello, para hacer efectivo su cobro, su titular debía exhibirlo. El título valor desmaterializado, al encontrarse en soporte digital, disipa su materialidad, supliéndosela con la emisión de comprobantes de saldo conforme lo establece el art. 1851 CCyC.

Los títulos valores cartulares están caracterizados por su valor literal, determinándose el alcance y las modalidades de los derechos y obligaciones por lo que establece el documento portante que los contiene, o por lo establecido en su hoja de prolongación. El carácter de literalidad consiste en que la naturaleza, calidad y contenido del derecho incorporado al título valor se delimitan exclusivamente por lo que se menciona en el documento. En un título desmaterializado ya no se juzga lo escrito, sino qué derechos otorgó el deudor al portador, y éstos surgen de las pautas de emisión del título. La literalidad se encuentra entonces en el instrumento que crea al título valor, que contendrá el alcance y las modalidades de los derechos y obligaciones en él contenidos.

En la desmaterialización, el carácter de la autonomía permanece inalterable. El título valor conserva su carácter autónomo, pero prescinde del soporte papel

ya que pasa a ser anotado en un registro informático. El Código Civil y Comercial consagra la autonomía en los arts. 1815 y 1816, estableciendo que el adquirente de buena fe de un título de crédito pasa a ser titular de un derecho a título originario, y le son inoponibles las defensas personales que pueden existir contra anteriores portadores.

4. NIVELES DE DESMATERIALIZACIÓN ADMITIDOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El Código Civil y Comercial permite la coexistencia del sistema de emisión de títulos valores en soporte papel y el sistema de anotación en cuenta. Si las partes optan por el sistema de desmaterialización total, su derecho va incorporado a un documento digital y su transferencia se realiza por el mismo procedimiento. La desmaterialización a través del sistema de anotación en cuenta, resuelve el proceso de emisión y transmisión del título valor, no resultando necesario transportar el título valor para su transferencia, por lo que se reducen costos, brindando seguridad en la transacción y asegurando la inmediatez necesaria para operar en distintos mercados financieros.

Si bien pareciera ser desconocido, el fenómeno de la desmaterialización no es nuevo en nuestro derecho, veamos a continuación algunos ejemplos.

a) El traslado de las acciones escriturales se resolvió permitiendo que las acciones no se representen en títulos, no siendo necesaria la posesión del título para tener la calidad de socio. La acción fue sustituida por la anotación en el libro de registro de acciones conforme al art. 213 de la Ley 19.550 que otorga el derecho a su poseedor de percibir dividendos y a participar de las decisiones sociales.

b) “Letras telefónicas”^{viii}: el Estado Nacional, colocaba valores sin emitir los títulos, transmitiendo los derechos a través de anotaciones en cuenta que realizaba el Banco Central de la República Argentina. Los fondos requeridos ingresaban a una cuenta del BCRA, y en caso de transferir el título, el emisor registraba la transferencia y los acreditaba en la cuenta del adquirente. Si el tenedor los solicitaba, se emitía un certificado.

c) Cuando una acción cotiza en el mercado bursátil, su poseedor adquiere dividendos por su rentabilidad y la participación en las decisiones sociales pasa a un segundo plano. El art. 226 de la Ley de Sociedades establece que “Las normas sobre títulos valores se aplican en cuanto no son modificadas por esta ley”. La sociedad emite estas acciones en forma global, reemplazando la tenencia física del título accionario con los certificados de participación que se anotan en una cuenta especial de orden contable y se le entrega al titular de la acción una constancia o certificado de su compra. La posesión se legitima con la anotación en cuenta.

d) El art. 21 de la Ley 24.441, estableció la desmaterialización en el marco del fideicomiso financiero, permitiendo que el fiduciario emita dos títulos valores: los certificados de participación y los títulos representativos de deuda, que ya estaban previstos en la Ley de Obligaciones Negociables^x que podían ser representadas en títulos. Si no lo están, también deberán inscribirse en cuentas a nombre de sus adquirentes y la emisora debe entregar un comprobante de apertura de la cuenta y de su saldo. La trasmisión de las obligaciones negociables también se realiza mediante su anotación en cuenta o libro de registro.

e) Los certificados globales^x y los títulos múltiples permiten la conversión de una gran cantidad de títulos en uno solo. Con la admisión de los sistemas de centralización de los depósitos de títulos, se admitió la emisión de los certificados globales que recibe el emisor de un título único que simboliza la totalidad de la emisión. La aplicación de los títulos múltiples fue impuesta para facilitar el manejo de los títulos en serie.

4.1. Sistemas de representación y registro de títulos valores

Como señalamos precedentemente “la desmaterialización de los títulos ha provocado que todo el régimen de creación y circulación de los valores negociables descansa sobre la idea de anotaciones contables o registrales”^{xl}. En este punto del análisis, cobra importancia quiénes son las entidades encargadas de llevar adelante la estructura registral.

a) Centrales de depósito: cuando los valores son negociados en mercados bursátiles, los registros son manejados por una entidad que intermedia entre el emisor y los inversores. A estas entidades se las denomina “central de depósito” (*central securities depositary*). La forma de organización varía conforme la legislación de cada país, existiendo registros únicos centrales donde los titulares tienen cuentas, muchas veces manejadas por entidades financieras que son representantes de los inversores para ordenar la transferencia, gravamen o el ejercicio de derechos políticos sobre esos títulos. La central de depósito puede funcionar también como una central de compensación y liquidación, registrando las titulares de los títulos valores y se las denomina como sistemas transparentes o de tenencia directa. Nuestro país adhiere a este sistema, registrando la central de depósito los valores a nombre del inversor en una subcuenta comitente, aunque el tenedor final se relacione con la central de depósito a través de una entidad financiera, con quien se relacionan para dar instrucciones.

b) Doble o múltiple escalón: sin perjuicio de lo expuesto, en la mayoría de los países “... se ha optado por un modelo de doble o múltiple escalón, en el que coexiste un registro central, donde las entidades participantes tienen abiertas cuentas globales, con los registros de detalle que llevan las entidades financieras, donde

constan los saldos de los titulares finales. En este esquema operativo, los inversores finales no guardan una relación contable directa con la entidad encargada del registro original (en el caso de valores cotizados, la central de depósito), sino que tienen los valores a través de una cadena de anotaciones contables en los registros de uno o más intermediarios financieros. Los intermediarios financieros que custodian valores de varios clientes no suelen tener estos valores segregados en cuentas individuales en el siguiente intermediario en la cadena de tenencia, sino en cuentas o subdepósitos colectivos de valores fungibles (cuentas globales)^{xii}.

c) Sistemas de anotación multinivel: la anotación en cuenta de las operaciones con títulos valores se realizan a través de una cadena de intermediarios.

d) Combinación de cuentas globales con derechos a cuentas individuales en un registro central.

Por lo general, la titularidad de los registros es de titularidad y gestión privada y de acceso restringido y la custodia de títulos está regulada legalmente y sometida a supervisión constante.^{xiii}

Hemos examinado, que el art. 1836 CCyC autoriza a emitir títulos valores cartulares como no cartulares para su ingreso y circulación en una caja de valores, en un sistema autorizado de compensación bancaria o en un sistema de anotaciones en cuenta y que el art. 1850 CCyC establece que la transmisión, constitución de derechos reales, inscripción de gravámenes, secuestros, medidas precautorias y cualquier otra afectación sobre los títulos valores no cartulares, debe realizarse en registros especiales. La anotación en cuenta, es un sistema de registro que permite administrar títulos valores de forma segura y ágil.

En nuestra legislación también son ejemplos de sistemas de registro:

a) Libros de registro: estos todavía son utilizados para la registración de las acciones que no realizan oferta pública en el Mercado de Valores.^{xiv}

b) Registros en soportes digitales: son los creados por medios informáticos y están preparados para almacenar una gran cantidad de información. La Ley de Sociedades establece en el art. 61 que los libros de ejercicio societario (a excepción del libro de inventario y balance) pueden ser llevados por “medios mecánicos o magnéticos y otros”, para ello, deben ser auditados por la autoridad de control o Registro Público de Comercio, requiriendo que “La petición deberá incluir una adecuada descripción del sistema, con dictamen técnico o antecedentes de su utilización, lo que, una vez autorizada, deberá transcribirse en el libro de inventarios y balances”.

A través de lo normado por el art. 1850 para los títulos valores no cartulares, el Código Civil y Comercial no establece una desmaterialización obligatoria, permitiendo coexistir el sistema tradicional de anotación en cuenta en soporte papel y/o combinar éste con medios informáticos.

5. TÍTULOS VALORES POR METRO CUADRADO

Los encuadres jurídicos que pueden utilizarse para desarrollar emprendimientos inmobiliarios son variados, encontrándose dentro de los más frecuentes la comercialización directa entre el propietario y los interesados en la adquisición de unidades; el sistema de construcción por consorcio de copropietarios; el fideicomiso para la construcción; transmisión del terreno a cambio de unidades a construir^{xv}; la permuta del terreno por unidades a construir; la construcción utilizando esquemas societarios, y recientemente, con la sanción del Código Civil y Comercial también podría transmitirse el derecho de superficie como contraprestación de que el propietario del terreno reciba una o varias unidades construidas o metros cuadrados construidos.

Dentro de este marco, sería posible emitir títulos valores atípicos en los términos del art. 1820 CCyC representativos de metros cuadrados sobre inmuebles, estableciéndoles un valor para su adquisición en un prospecto de emisión y atribuyendo al portador legítimo el derecho a la entrega de la cosa, su posesión y el poder de disponerla mediante la transferencia del título, ya sea adjudicando un derecho de dominio, condominio o un derecho de superficie, conforme se pacte en las condiciones de su emisión.

Este título valor atípico podría ser emitido por cualquier persona (humana o jurídica) titular dominial del inmueble en el cual se ejecutará el emprendimiento edilicio, ofreciéndolo al público inversor. Quien resulte portador de estos títulos valores, podrá exigir a la conclusión del emprendimiento inmobiliario, la entrega material de la cosa (inmueble) representada en la emisión del título valor.

La forma de transmisión de estos títulos valores atípicos no necesariamente debe ser atípica, ya que su atipicidad no implica que su forma de transmisión también lo sea, de esta forma podrían transmitirse por endoso.

También sería posible crear un fideicomiso, donde el fiduciario sea el emisor de los títulos valores y los fiduciantes/beneficiarios sean inversores que entreguen valores para adquirir la propiedad fiduciaria de un inmueble con la finalidad de realizar en él un desarrollo inmobiliario. El fiduciario entrega a los fiduciantes inversores, valores de deuda y certificados de participación, que deberán emitirse a la fecha de constitución del fideicomiso.

Los fiduciantes podrán ser los propietarios del terreno a aportar al fideicomiso, quienes también podrían recibir como contraprestación valores representativos de deuda a abonarse en el plazo que se pacte con el fiduciario. Los beneficiarios serán los tenedores de los valores representativos de deuda y de los certificados de participación. Los fideicomisarios serán los tenedores de los certificados de participación o el mismo fiduciante. El contrato de fideicomiso deberá establecer el valor nominal de los valores representativos de deuda, la moneda en la cual se

emitan, la forma en la cual serán emitidos (escritural), qué notario estará a cargo del registro, el período y el precio de la suscripción, la forma de integración del precio (a plazo o en su totalidad al momento de la colocación), qué derechos otorgan los valores representativos de deuda y la tasa de interés que otorgan. Los tenedores de los valores representativos de deuda tendrán el derecho a ejercer la opción que se les adjudiquen los metros cuadrados luego de la cancelación total del precio abonado por ellos a la finalización del emprendimiento constructivo que deberá estar pactada en el contrato de fideicomiso.

El patrimonio fideicomitado provendrá inicialmente del dinero proveniente de la suscripción de los valores representativos de deuda y del inmueble cedido en forma irrevocable mediante transmisión de dominio a nombre del fiduciario, más todo lo que a él se incorpore. El fideicomiso descrito se extinguirá por cualquiera de los causales de extinción establecidas por el código de fondo y por el pago total de los valores representativos de deuda y los certificados de participación, aun cuando esto ocurra antes de la fecha determinada en el contrato de fideicomiso. En caso de extinción del fideicomiso, el fiduciario procederá a su liquidación realizando los activos y cancelando los pasivos.

Los potenciales compradores de valores representativos de deuda deberán considerar que debe existir un relevamiento planimétrico del inmueble que sea apto para la construcción del emprendimiento constructivo.

6. RÉGIMEN IMPOSITIVO

La emisión de títulos valores no tributa impuestos nacionales, pero sí tributaría la alícuota del 1,2 % de Impuesto de Sellos si es emitido en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.

La transferencia de títulos valores por endoso está gravada por el impuesto a las ganancias, al ser un título que no cotiza en bolsa conforme al art. 2, inciso 2 y art. 20, inciso. w) de la Ley de Ganancias, con una alícuota del 15 % para personas humanas (conforme al art. 90 de la Ley), con carácter de único y definitivo y se ingresa con la presentación de la declaración jurada del año siguiente.

Si se utiliza la figura del fideicomiso, la adjudicación de los inmuebles representativos de los títulos valores genera débito fiscal en cabeza del fideicomiso. En cuanto al impuesto a las ganancias, si el fideicomiso no fue al costo, el impuesto se tributa por la utilidad, en cabeza de los fiduciantes beneficiarios.

Debe destacarse que conforme al art. 83 inc. b) de la Ley 24.441, los intereses de los valores representativos de deuda emitidos por el fiduciario respecto de fideicomisos que se constituyan para la titulización de activos están exentos del impuesto a las ganancias cuando sean colocados por oferta pública. Esta exención no alcanza a los sujetos comprendidos en el Título VI de la Ley del Impuesto a

las Ganancias. Estos sujetos son: las sociedades anónimas; las sociedades en comandita por acciones en la parte que corresponde a los socios comanditarios; las sociedades de responsabilidad limitada; las sociedades en comandita simple y la parte correspondiente a los socios comanditados de las sociedades en comandita por acciones; las asociaciones civiles y fundaciones; las entidades y organismos a que se refiere el art. 1 de la Ley 22.016; los fideicomisos constituidos conforme a las disposiciones de la Ley 24.441, excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario; los fondos comunes de inversión no comprendidos en el primer párrafo del art. 1 de la Ley 24.083; sociedades anónimas unipersonales; comisionistas, rematadores, consignatarios y demás auxiliares de comercio no incluidos expresamente en la cuarta categoría del Impuesto a las Ganancias.

Es notable la disparidad tributaria en el caso de venta, permuta, cambio o conversión de los valores según sean o no colocados en oferta pública, ya que si lo están, se encuentran exentos del Impuesto a las Ganancias. La misma circunstancia se aplica al Impuesto al valor agregado, ya que de acuerdo a lo establecido por el art. 83, inc. a) de la Ley 24.441, las operaciones financieras y prestaciones relativas a la emisión, suscripción, colocación, transferencia, amortización, intereses y cancelación de los valores como así también las correspondientes a sus garantías, están exentas del Impuesto al Valor Agregado siempre y cuando los valores cumplan con el requisito de la oferta pública. La venta de los títulos valores se encuentra exenta del gravamen.

Entendemos que la aplicación expuesta del Impuesto a las Ganancias, no respeta la igualdad tributaria definida como trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, por no tener en cuenta el elemento subjetivo en la determinación en la base del tributo, ya que los impuestos deben distribuirse por igual, entre todas las fuentes de riqueza gravable disponibles en una nación en un momento determinado, con el objeto de que el peso de la contribución no recaiga en forma exclusiva sobre una o varias de esas fuentes. Afirmar lo contrario implicaría dañar el ahorro y la inversión, motores del crecimiento económico de nuestro país.

La igualdad tributaria se efectiviza si todos los sujetos de la obligación tributaria que se encuentran en idéntica situación, condiciones y circunstancias, se les impone el pago de la misma contribución, por lo cual el art. 2, inciso 2 y el art. 20, inciso w) de la Ley de Ganancias para la transferencia de títulos valores por endoso y fuera de la colocación en oferta pública, no respeta el principio de equidad tributaria.

El art. 16 de la Constitución Nacional instauro el principio de igualdad tributaria al decir que todos los habitantes son iguales ante la ley, y que la igualdad es la base del impuesto y las cargas públicas. Esta igualdad de capacidad

contributiva debe excluir la discriminación arbitraria e injusta contra personas o categorías de personas. La CSJ ha dicho: “En tesis general y según lo definido por esta Corte en reiterados casos, el principio de igualdad ante la ley que consagra el art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de los mismos” (Fallos: 145:283).

El principio de igualdad tributaria se encuentra receptado en el art. 33 de la Constitución Nacional en el sentido de que no se puede establecer privilegios de un sector de la población por sobre otro a fin de amparar la igualdad consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional debiendo abarcar los tributos todas las categorías de contribuyentes conforme a su capacidad contributiva. La Corte Suprema ha dicho que la generalidad o uniformidad es una condición esencial de la tributación; no es admisible gravar a una parte de la población en beneficio de otra (Fallos: 157:359, 162:240, 168:305, 188:403).

La CSJ sostuvo que el Congreso Nacional puede eximir de gravámenes fiscales si ello es conveniente para el mejor funcionamiento de un servicio de interés nacional, pudiendo el Congreso autorizarlo en ejercicio de las facultades otorgadas por la Constitución (Fallos: 18:340, 68:227, 104:73, 188:272, 237:239), por lo que para el funcionamiento del sistema propuesto, la emisión y transferencia de títulos valores en sede notarial debería contar con el mismo rango de exención que la operatoria que cumpla el requisito de cotizar en oferta pública.

Otro principio tributario vulnerado es el de equidad, establecido en el art. 4 de la Constitución Nacional, debiendo toda la población soportar la carga impositiva de manera ecuánime y en una proporción justa que asegure el derecho a la propiedad y a trabajar libremente ya que de lo contrario afectaría el ejercicio del derecho de propiedad y también el de trabajo.

El art. 2, inciso 2 y el art. 20, inciso w) de la Ley de Ganancias afecta también al principio de razonabilidad ya que no existen circunstancias que ameriten aplicar tal discriminación en materia tributaria gravando la transferencia de títulos valores por endoso, salvo que coticen en oferta pública, pues no existe fundamento para que exista una distinción conforme a las categoría de sujetos que las emitan haciendo patente la irrazonabilidad de la discriminación. En este sentido, la CSJ ha sostenido que las diferencias en el tratamiento tributario son válidas mientras no sean arbitrarias, y no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido beneficio, sino que debe existir una causa objetiva para discriminar (Fallos: 313:928).

7. FUNCIÓN NOTARIAL EN LA CREACIÓN, EMISIÓN Y EXTINCIÓN DE TÍTULOS VALORES

Como apuntábamos anteriormente, el art. 1850 CCyC determina que los notarios pueden intervenir en:

- el registro de la transmisión o constitución de derechos reales,
- anotación de gravámenes, secuestros, medidas precautorias y
- cualquier otra afectación de los derechos conferidos por el título valor no cartular, mediante la formación de asientos en registros especiales. A partir de este momento la afectación produce efectos frente a terceros.

El art. 1851 CCyC establece que quien lleve el registro deberá emitir comprobantes de saldos de cuentas a fin de legitimar al titular a deducir vía ejecutiva, verificar créditos, participar de procesos universales, someterse a un proceso arbitral o asistir a una asamblea o actos vinculados al régimen de títulos valores.

La expedición del certificado bloquea la cuenta por el plazo de treinta días para actos de disposición. Si los títulos están representados en un certificado global podrán emitirse certificados de estado de cuenta a favor de los titulares y respecto de los títulos que se trate.

Esta nueva incumbencia, es consecuencia del reconocimiento del legislador a la capacidad técnica y la seguridad en la labor documental, que brinda el notariado en su intervención en las transacciones económicas de la población.

La función de asesoramiento y recepción de la voluntad de las partes a fin de darles la forma jurídica, la verificación de la legalidad de los actos en todo el proceso, el cotejo de la legitimación de los contratantes, lo compromete y responsabiliza, pero a su vez garantiza la seguridad jurídica en la operación económica sobre el título valor. En este sentido ha dicho CARLOS A. PELOSI “La técnica notarial consiste en los medios operativos de que se vale el notario para la eficaz realización de las tareas profesionales y documentales inherentes a su función y por consiguiente habrá técnica cuando las operaciones de ejercicio se realicen con la habilidad y pericia propias de nuestra capacitación, arbitrando en cada situación recursos de artífice, manejando con destreza los conocimientos teóricos, las soluciones doctrinales y jurisprudenciales y los resultados de nuestro estudio y experiencia”.^{XVI}

El alcance de los derechos que emergen del título valor está determinado por la fecha cierta del instrumento de creación. En este sentido el art. 317 CCyC, establece: “La eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta. 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. La prueba puede producirse por cualquier medio, y debe ser apreciada rigurosamente por el juez”.

La fecha cierta cobra importancia por vincularse a la existencia de la representación, el estado civil, la capacidad, la prioridad de los derechos, y a la determinación de si un instrumento ya estaba firmado o se firmó después.

En los instrumentos públicos se considera fecha cierta la expresada en ellos, en virtud de la autenticidad que la ley le confiere a su contenido. En cambio, los instrumentos privados, sólo tendrán fecha cierta cuando la adquieran por alguno de los medios comúnmente admitidos por la legislación.^{xvii}

Frente a este punto surge el cuestionamiento de si es posible emitir y firmar digitalmente la transferencia de un título valor no cartular electrónico. Entendemos que esta operatoria deberá depender del dictado de una reglamentación especial que asegure la obliteración del título valor ante su transmisión y cancelación.

La presencia de certificados digitales que vinculen los datos de verificación de firma a su titular, los sellos de tiempo con indicación de fecha y hora asignada a un documento o registro electrónico y los sellos de competencia que indiquen cargo, rol o cualquier atribución del emisor, para la confirmación de roles como condición de titularidad, son instrumentos que cobrarán importancia para dotar de éxito al proceso.

En este sentido, las conclusiones del Tema I del 28° Congreso Internacional del Notariado realizado en París del 19 al 22 de octubre del 2016 referidas a la posibilidad de instauración de la escritura pública electrónica y la digitalización de los procedimientos y retos técnicos y jurídicos remarcaron que:

“... la actuación presencial del notario es esencial en cualquiera de las tres modalidades para desarrollar plenamente el procedimiento de autenticación del documento (identificación de las partes, juicio de capacidad, calificación de facultades representativas, información del consentimiento, depuración de vicios del consentimiento, control de la legalidad material o de fondo, control de licencias y autorizaciones administrativas, prevención del blanqueo de capitales, 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 de medio ambiente, de ejercicio de los derechos de adquisición preferente de carácter público o privado, etc.) y la dación de fe de su contenido”.

En este marco, se ha afirmado que “No debe confundirse la función identificadora del solicitante de una firma digital, cumplida por el certificador licenciado o las autoridades de registro, con la certificación notarial de la firma digital. El certificador licenciado y/o autoridad de registro sólo se encargará de individualizar al firmante antes de emitir el certificado digital y garantizar su vigencia una vez emitido, siendo el notario como profesional de derecho depositario de la fe pública el único que podrá certificar la identidad del firmante en el acto de suscribir el documento electrónico. En este supuesto y en caso de conflicto, la certificación notarial dará fe: a) de que la firma digital certificada ha sido aplicada mediante el

uso del certificado digital declarado; y b) de la identidad del sujeto firmante. Lo que es equivalente a afirmar que una firma digital, certificada notarialmente, no será pasible de repudio sino mediando juicio de redargución de falsedad^{9, XVIII}

El notario puede realizar el proceso de anotación en cuenta de los títulos valores no cartulares, al que hace referencia el art. 1850 CCyC, tanto por medios tradicionales, como por medios electrónicos. El proceso se iniciará cuando el requirente autorice la emisión de un título valor.

En el ejercicio de la función registral, el notario se encuentra capacitado para ejercer el registro y la custodia de los títulos valores en los que se constituya como depositario, así como también en la anotación de transferencias, gravámenes y los derechos que se constituyan sobre los mismos. Si bien el proceso de desmaterialización establecido en nuestra legislación no es total, la elección sobre la forma de llevar el registro (electrónica o en soporte papel) será del notario, quien deberá emitir comprobantes de saldos de cuentas.

El fenómeno de la desmaterialización de los títulos valores no suprime el valor del soporte papel, sino que lo amplía, posibilitando practicidad y velocidad en las operaciones comerciales. Por lo expuesto, el notario podrá seguir registrando cesiones de crédito, endosos, y transferencias en los libros de ejercicio habilitados para tal fin, dotando a los mismos con fecha cierta, ya sea a través de su otorgamiento por escritura pública, protocolización de los libros de registro, certificación notarial de las firmas y de fotocopias de los libros de registro y de los títulos valores que se emitan o bien, acudir a medios digitales. Si el notario desea valerse de medios digitales para registrar la emisión, transferencia, gravamen y cancelación de títulos valores, el sistema informático que utilice para el registro deberá ser lo suficientemente seguro para permitir el asiento de la información y su respaldo.

Entendemos que la incumbencia otorgada al notariado en los arts. 1822 y 1850 CCyC no exige al notario que intervenga en el registro sobre títulos valores nominativos no endosables y cartulares, posea a su vez un "registro notarial especial" que lo habilite. Dado lo expuesto, sería conveniente a los efectos de brindar certeza y seguridad en la operatoria, que exista una plataforma digital con un registro diario, de las operaciones realizadas y un sistema de respaldo de la información.

En respaldo a lo expuesto, la 39 Jornada Notarial Bonaerense ha concluido: "De la conexidad armónica de los arts. 1822 y 1850 del CCyC, se aconseja la creación del Registro de Títulos Valores en sede notarial, para la publicidad y oponibilidad de la constitución, transmisión, modificación o cancelación de derechos reales. Gravámenes, secuestros, medidas precautorias y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por los títulos valores nominativos no endosables y no cartulares que no tengan registro específico. Las actas o escrituras públicas autorizadas por notario, los documentos públicos judiciales o administrativos y

todo otro documento que dispongan las leyes y contengan y cumplan con los recaudos necesarios tendrán vocación registral ante dicho Registro. El Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, tiene capacidad profesional, técnica e infraestructura específica para crear, administrar y dirigir dicho organismo. Como así también la inscripción y registración de la constitución y cancelación de los fideicomisos y la solvencia demostrada en el Registro de Rúbrica de Libros de Consorcios y su matriculación, testamentos y actos de autoprotección. 3.- La función notarial es llamada a intervenir en actos trascendentes tales como la preconstitución de pruebas mediante actas y atestaciones técnicas, emisión de certificados probatorios de la representación orgánica y su calificación, así como en la creación de los títulos su circulación, registración, y escrituras de emisión de títulos valores y reglamentos de los fondos comunes de inversión y fideicomisos, constitución de las garantías reales con competencia exclusiva así como en el proceso de reconstrucción en los casos de deterioro, pérdida, extravío, robo o destrucción de los títulos y de sus registros en procedimientos reglados”.

El nuevo ordenamiento legislativo reconoce la participación del escribano, creando esta nueva incumbencia, jerarquizando la actividad notarial, ampliando el radio del cotidiano y dando vuelo a nuestra profesión, y recogiendo las conclusiones del tema I del 28° Congreso Internacional del Notariado realizado en París del 19 al 22 de octubre del 2016 referidas a la posibilidad de instauración de la escritura pública electrónica y la digitalización de los procedimientos y retos técnicos y jurídicos, que cita el presente trabajo.

Se hace hincapié también en la autonomía del título de crédito independizado de la causa, que es autónomo, constitutivo de circulación de la riqueza “rigor cambiario”, cuya tenencia resulta necesaria para ejercer el derecho que comporta, y el ejercicio de la imprescindible posesión por quien pretende hacer valer el derecho expresado, pudiendo también estar legitimado su beneficiario para el ejercicio pleno de los derechos que comporta el título, con la emisión de títulos no cartulares, que puedan ingresar a una caja de valores con un sistema de anotaciones en cuenta, o sea, registrados en sede notarial.

Es por eso, que a modo de sugerencia y como es éste el ámbito donde debe plantearse esta inquietud o incumbencia, toda vez que son las Jornadas, donde el escribano no solo vuelca sus estudios doctrinarios, las que confluyen con sus ansias de coordinación amistosa y enriquecimiento de los participantes como personas, sino el lugar de las elaboraciones de puro derecho.

En el trabajo del Escribano EDUARDO PONDÉ *La labor de las Delegaciones del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*, su autor recalca que “... Trabajar por la jerarquización del notariado, es ampliar el radio del cotidiano y parejo hacer bien las escrituras y asesorar bien al cliente, aumentando y desplazando el esfuerzo para (en comunión con los colegas) dar vuelo a nuestra profesión en

procura de mejoras legislativas, perfeccionamiento de métodos, profundización de conocimientos, su utilización y vigorización de normas éticas, para que todo ello sedimente en beneficio y de los congéneres que necesitan nuestra colaboración técnica. Quien así no actúe queda a mitad de camino. A él nuestro respeto profesional; en cuanto a la gratitud, es materia que reservamos para quienes han elevado el punto de mira y se lanzan en trayectoria de parábola a cubrir íntegramente el recorrido”.

El Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires cuenta con los recursos humanos, la infraestructura, el *know how*, el sistema informático, la organización y conoce la logística para crear un nuevo registro especial que sirva para publicitar los actos donde sus colegiados actúen como agentes de registro de títulos valores desmaterializados.

El Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, está legitimado para crear registros especiales en ejercicio de los derechos que le confiere el art. 100 de la Ley 9020, en los siguientes incisos:

4. *Dictar resoluciones de carácter general tendientes a una mayor eficacia del servicio notarial, con el voto de los dos tercios.*

5. *Promover la legislación y toda medida tendiente a la preservación y progreso de la institución notarial.*

6. *Colaborar en estudios, informes, proyectos y demás trabajos que se refieran al notariado.*

Atendiendo las necesidades del notariado existen en la actualidad:

1) Registro de Testamentos.

Que especialmente menciona el art. 178 del Decreto-Ley 9020/78, cuyo objetivo es la registración de los actos de última voluntad, su creación y revocación, legitimando para su registración al otorgante del documento, funcionario autorizante, depositario, guardador o autoridad judicial, cuyo reglamento rige a partir del 1º de marzo de 2002.

2) Registro de Rúbricas de Libros de Consorcio, matriculación de edificios afectados al régimen de propiedad horizontal.

Cuya creación fue aprobada por el Consejo Directivo el 26/7/2002, y cuyo reglamento rige a partir del 1º de octubre de 2002. Se ocupa de la matriculación de los consorcios de copropietarios de los edificios sometidos al régimen de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal, situados en el territorio bonaerense. la toma de razón en la respectiva matrícula y de la rúbrica de los libros indicados en el artículo décimo del citado reglamento y la expedición de certificaciones e informes.

3) Registro de Actos de Autoprotección.

Cuya creación fue aprobada por el Consejo Directivo el 27 de abril de 2012 y su reglamento rige a partir del 1º de junio de 2012, de conformidad con lo dis-

puesto por los arts. 184 bis, 184 ter, 184 quater, 184 quinquies y 184 sexies del Decreto-Ley 9020/1978 (conforme con la Ley 14.154) y a los arts. 619 bis y 814 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (conforme con la Ley 14.334), que funciona únicamente de manera informatizada para los notarios mediante los programas de computación creados por el área de informática de este Colegio, la que deberá mantener y actualizar dichos programas y garantizar su funcionamiento, y tiene por objeto dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 184 bis del Decreto-Ley 9020/1978 (Ley 14.154), y también inscribirá las escrituras públicas modificatorias de los actos inscriptos.

Ya en las Conclusiones de la 39 Jornada Notarial Bonaerense del año 2015 referidas al Tema 3.- "Títulos Valores", se aconsejó la creación del Registro de Títulos Valores en Sede Notarial para la publicidad y oponibilidad de la constitución, transmisión, modificación o extinción de derechos reales y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por los títulos valores nominativos no endosables y no cartulares, que no tengan registros específicos.

También se reconoce que el Colegio tiene capacidad profesional, técnica e informática para crear, administrar y dirigir dicho organismo, como así también la inscripción registración de la constitución y cancelación de los fideicomisos y la solvencia demostrada en el registro de rúbricas de consorcio, matriculación, testamentos y actos de autoprotección.

Como colegiados adherimos y citamos una vez más las palabras de EDUARDO BAUTISTA PONDÉ: "... nos sentimos avalados por las conquistas, acaso tildadas como utópicas en el momento de su anunciación. No nos arredran las empresas abultadas ni con tintes sombríos. Nos enseñó Martín Fierro a no temerles, mismo aunque se meneen. Podemos ser generosos en la suma de notarios bonaerenses capaces, como para minimizar las dificultades participando el trabajo. Y estamos dispuestos a coordinar porque la unión hace la fuerza".^{xix}

Estamos dispuestos a comprometernos con esta nueva incumbencia, con la debida formación académica, el orden y método propio de nuestra disciplina, sabemos que podemos convertirnos en serios, dinámicos y legítimos agentes de registro de títulos desmaterializados. Necesitamos como siempre contar con el incondicional apoyo de nuestro Colegio, para que recopile y recepcione la registración que realicemos los notarios en nuestras sedes notariales, y nuestro quehacer se vea respaldado con la prestigiosa institución que nos avala, y que cuenta con los medios para acompañarnos en esta nueva y afanosa tarea, la de seguir prestando un mejor servicio a la comunidad y enaltecendo esta profesión que elegimos cada día, enfrentando los desafíos que la evolución jurídica nos demanda.

En consecuencia consideramos que resultaría necesario que el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, cree el Registro Especial de Registración de Títulos Valores.

8. FUNCIÓN NOTARIAL FRENTE AL DETERIORO, SUSTRACCIÓN, PÉRDIDA Y DESTRUCCIÓN DE TÍTULOS VALORES Y SUS REGISTROS

El Código Civil y Comercial regula en la sección 4, del capítulo 6 las normas comunes a todos los títulos valores, frente al deterioro, sustracción, pérdida y destrucción de los mismos o de sus registros.

El art. 1852 del Código Civil y Comercial establece que: “El procedimiento se lleva a cabo en jurisdicción del domicilio del creador, en los títulos valores en serie; o en la del lugar de pago, en los títulos valores individuales. Los gastos son a cargo del solicitante. La cancelación del título valor no perjudica los derechos de quien no formula oposición respecto de quien obtiene la cancelación. En los supuestos en que la sentencia que ordena la cancelación queda firme, el juez puede exigir que el solicitante preste caución en resguardo de los derechos del adquirente del título valor cancelado, por un plazo no superior a dos años”.

En los casos que los títulos valores cartulares se encuentren deteriorados, deben sustituirse conforme el procedimiento del art. 1853 CCyC: “El portador de un título valor deteriorado, pero identificable con certeza, tiene derecho a obtener del emisor un duplicado si restituye el original y reembolsa los gastos. Los firmantes del título valor original están obligados a reproducir su firma en el duplicado.”

La certificación notarial de la firma es el procedimiento indicado para brindar certeza al portador sobre la autenticidad de la firma del emisor, en el duplicado del título valor, ya que la ley impone la obligación al emisor de certificar su firma en el nuevo título en el art. 1854 CCyC: “Si los títulos valores instrumentaban obligaciones de otras personas, además de las del emisor, deben reproducirlas en los nuevos títulos. Igualmente debe efectuarse una atestación notarial de correlación”. Ante la negativa del emisor al cumplimiento de esta obligación “... debe resolver el juez por el procedimiento contradictorio más breve que prevea la ley local, sin perjuicio del otorgamiento de los títulos valores provisorios o definitivos, cuando corresponda”, todo ello conforme a la segunda parte del art. 1854 del Código Civil y Comercial.

Si los títulos valores hubieran sido emitidos en serie, el legislador vuelve a recurrir a la función notarial a los efectos completar el procedimiento de denuncia en caso de sustracción, pérdida o destrucción de los mismos determinando en el art. 1855 que: “En los casos previstos en el art. 1852 el titular o portador legítimo debe denunciar el hecho al emisor mediante escritura pública...”. En el supuesto de títulos sujetos a oferta pública, el mismo artículo requiere que la denuncia sea realizada: “... por nota con firma certificada por notario o presentada personalmente ante la autoridad pública de control, una entidad en que se negocien los títulos valores o el Banco Central de la República Argentina, si es el emisor. Debe

acompañar una suma suficiente, a criterio del emisor, para satisfacer los gastos de publicación y correspondencia”.

Ya sea que se encuentren colocados en oferta pública o privada, el emisor debe suspender de inmediato los efectos de los títulos con respecto a terceros, bajo responsabilidad del peticionante, y entregar al denunciante constancia de su presentación y de la suspensión dispuesta. A tal fin debe publicar en el Boletín Oficial y en uno de los diarios de mayor circulación en la República, por un día, un aviso que debe contener el nombre, documento de identidad y domicilio especial del denunciante, así como los datos necesarios para la identificación de los títulos valores comprendidos, e incluir la especie, numeración, valor nominal y cupón corriente de los títulos, en su caso y la citación a quienes se crean con derecho a ellos para que deduzcan oposición, dentro de los sesenta días. Las publicaciones deben ser diligenciadas por el emisor dentro del día hábil siguiente a la presentación de la denuncia, todo ello conforme al art. 1857 CCyC.

Con respecto a los títulos colocados en oferta pública, el legislador ha querido a través de lo dispuesto en el art. 1858, que el emisor denuncie la pérdida o destrucción ante la sociedad emisora del título valor y que ésta lo comunique a “... la entidad en la que coticen más cercana a su domicilio y, en su caso, al emisor en el mismo día de su recepción”, también deberá efectuar la denuncia al “órgano de contralor de los mercados de valores, a las cajas de valores, y a las restantes entidades expresamente autorizadas por la ley especial o la autoridad de aplicación en que coticen los títulos valores”.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALEGRÍA, HÉCTOR y KLEIDERMACHER, ARNOLDO. “La llamada desmaterialización de los títulos circulatorios y la redefinición de la categoría (hacia un nuevo derecho creditorio fundado en la autonomía)”, ponencia del Congreso Argentino de Derecho Comercial (aaba), Buenos Aires, 1984, Comisión N° 2.

ARMELLA, CRISTINA NOEMÍ. *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*, Tomo II, Editorial Ad Hoc, 1998, pág. 357.

ARMELLA, CRISTINA NOEMÍ; CAUSSE, JORGE R. y ORELLE, JOSÉ MARÍA R. *Financiamiento de la vivienda y de la construcción Ley 24.441*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1995.

Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado, dirección BUERES, ALBERTO J. Tomo 2, arts. 1430-2671, Editorial Hammurabi, 1° Edición, Buenos Aires, 2014.

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo V, directores RIVERA JULIO CÉSAR – MEDINA GRACIELA, coordinador ESPER MARIANO, Tomo V, Editorial La Ley, 1° Edición, 2da reimpresión, 2015, pág. 140.

Código Civil y Comercial Comentado, director LORENZETTI, RICARDO LUIS, Tomo VIII, Rubinzal Culzoni Editores, Primera Edición, Santa Fe, año 2015.

- XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado. Tomo 3. Universidad de Mendoza. UNCUIYO Universidad Nacional de Cuyo Facultad de Derecho, 14, 15 y 16 septiembre de 2016, Mendoza, República Argentina, Editorial Advocatus, Primera Edición, Córdoba, 2016.
- 28 Congreso Internacional del Notariado, París, Francia, 19-22 de octubre de 2016. Unión Internacional del Notariado. Conclusiones del Tema II. "La escritura pública electrónica y la digitalización de los procedimientos: retos técnicos y jurídicos", www.interserver.com.ar/host/rag
- DEVOTO, MAURICIO y otros. XII Jornada Notarial Iberoamericana [II]: informática jurídica del derecho notarial y del derecho registral. Revista del Notariado, abril-junio 2007, pág. 62.
- GÓMEZ LEO, OSVALDO R. *Instituciones de Derecho Cambiario*, Tomo I, Títulos de crédito, Ediciones Depalma, segunda edición, Bs. As., 1982, pág. 119.
- GUALTIERI, GIUSEPPE y WINIZKY, IGNACIO. *Títulos Circulatorios*. Editorial Víctor P. de Zavalía Editor, tercera edición, 1972.
- GUERRERO, MARÍA FERNANDA. "El mercado de valores desmaterializado", ponencia al XIII Congreso de FELABAN, Santiago de Chile, abril de 1994.
- GARCIMARTIN, FRANCISCO. "Estudio sobre los sistemas de registro, compensación y liquidación de valores en Iberoamérica. Título I: Aspectos generales y descriptivos de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores en Iberoamérica. Capítulo 1. Sistemas de Representación y Registro de Títulos Valores", pág. 26. Instituto Iberoamericano de Títulos Valores, 2012. <http://www.iimv.org/estudios/>
- 39 Jornada Notarial Bonaerense, "Conclusiones", Mar del Plata, 25 al 28 de noviembre de 2015, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.
- LE PERA, SERGIO. *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Buenos Aires, Astrea, 1974.
- MOREIRA, LAUREANO ARTURO D. *Contratos sobre departamentos en construcción*, Buenos Aires, Abaco, 1985, Tomo I: "La comercialización por empresa los boletos de compraventa el régimen prehorizontal"; Tomo II: "Construcción por consorcio condominio o sociedad consorcio de empresas".
- PELOSI, CARLOS A. "Técnica de la redacción escrituraria", Cuaderno Notarial 15, Universidad Notarial Argentina, 1965, pág. 12.
- PONDÉ, EDUARDO B. Revista Notarial 909, "Raíces institucionales", capítulo I, pág. 445.
- VÍTOLO, ROQUE DANIEL. *Aportes, Capital Social e Infracapitalización en las Sociedades Comerciales*, primera edición, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010.
- Ley 23.576. Sancionada el 29 de junio de 1988. Promulgada el 19 de junio de 1988.
- Ley 24.441. Sancionada el 22 de diciembre de 1994. Promulgada el 9 de enero de 1995.
- Ley 24.083 de Fondos Comunes de Inversión. Sancionada el 20 de mayo de 1992. Promulgada el 11 de junio de 1992.
- Ley 23.576 de Obligaciones Negociables. Sancionada el 29 de junio de 1988. Promulgada el 19 de junio de 1988.

EL DERECHO DE SUPERFICIE COMO EXPANSIÓN DEL MERCADO INMOBILIARIO Y COMO MEDIO PARA ACCEDER A LA VIVIENDA

Ivanna Mariel Travani

SUMARIO: I. Ponencia. II. Introducción. III. Antecedentes. IV. Concepto. V. Conveniencias del derecho de superficie. VI. Caracteres del derecho de superficie. VII. Naturaleza jurídica: un derecho real sobre cosa propia o ajena. VIII. Objeto. IX. Plazo. X. Legitimación. XI. Principio de accesión y su suspensión en los casos de derecho de propiedad horizontal y de superficie. XII. Adquisición. XIII. Facultades del superficiario. XIV. Facultades del propietario. XV. Extinción del derecho. XVI. Registración. XVII. Figuras afines y sus diferencias. XVIII. Práctica notarial: modelo para constituir derecho real de superficie para construir. XIX. Comentario final. XX. Bibliografía.

* Accésit compartido del tema 1: "Derecho real de superficie. Emprendimientos inmobiliarios".

“En un mundo donde el cambio se ha convertido en una ley universal e ineluctable, cuando las relaciones entre los hombres se modifican, las costumbres se renuevan, las instituciones más tradicionales de la vida social se transforman, ¿cómo imaginar que los vínculos entre los hombres y las cosas permanezcan indemnes?”¹

I. PONENCIA

El derecho de superficie incorporado al Código Civil y Comercial de la Nación es un derecho real que se constituye por un plazo determinado sobre un inmueble ajeno y le otorga a su titular la facultad de plantar o forestar, y además realizar construcciones, pudiendo usar, gozar y disponer material y jurídicamente de lo construido, plantado o forestado.

La ley establece un plazo máximo de setenta años en el caso de construcciones, y cincuenta años para las forestaciones y plantaciones, no pudiendo las partes prorrogar el plazo acordado más allá de los máximos legalmente establecidos.

Es un derecho que presenta dos modalidades, una primera modalidad dividida en dos etapas: en la primera, se presenta el denominado “derecho de edificar”, el cual le permite al superficiario construir, plantar o forestar, luego, terminadas las construcciones, plantaciones o forestaciones, tendremos una segunda etapa, que es la propiedad superficiaria en sí misma, la cual le permite al titular superficiario gozar y disponer de lo edificado; la segunda modalidad se da cuando el derecho de superficie es concedido sobre una construcción o plantación ya existente en un inmueble, atribuyéndose al superficiario su propiedad (propiedad superficiaria). En cualquiera de sus modalidades, una vez constituido el derecho de superficie, se produce la coexistencia de los derechos del titular del suelo junto con los derechos del superficiario, sufriendo el dominio un desmembramiento y convirtiéndose en imperfecto.

Se puede constituir el derecho de superficie sobre todo o parte del inmueble, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones existentes aun dentro de la propiedad horizontal. En el caso de la propiedad horizontal, cuando se permite la construcción de unidades sobre alguna de las existentes o sobre todo el edificio ya construido, podrá utilizarse el derecho de superficie con las garantías y las facultades propias del derecho real, sustituyendo así el derecho de sobreelevar o sobreedificar que sólo atribuye un derecho personal.

1 DE LANVERSIN, Jacques. *La propriété. ¿Une nouvelle regle de droit?*, Paris, 1975, pág. 127, citado por Alterini, Jorge Horacio. “Derecho real de superficie”, Revista del Notariado 850, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, noviembre 1997, número aniversario, pág. 10.

La ley establece que se encuentran legitimados para constituir el derecho de superficie los titulares de dominio, condominio y propiedad horizontal. Y puede adquirirse a título oneroso o gratuito, siendo transmisible por actos entre vivos o *mortis causa* siempre con el tope de plazo máximo permitido por ley. El caso de la adquisición por vía de la usucapión no es admitido en el derecho de superficie, excepto por prescripción breve, esto decir, si el superficiario hubiera adquirido por justo título y ejerciera la posesión por diez años.

El superficiario al ser titular de un derecho real, podrá a su vez constituir derechos reales de garantía, tanto sobre su derecho de construir, plantar o forestar, como sobre su propiedad superficiaria.

El derecho del superficiario se extingue por: renuncia expresa instrumentada en escritura pública e inscripta en el registro de la propiedad; vencimiento del plazo; cumplimiento de una condición resolutoria si hubiera sido sometido a ella o extinción del derecho por el cumplimiento del plazo, lo que suceda primero; consolidación cuando el propietario y superficiario se reúnan en una sola persona; y el no uso cuando el titular de derecho no construyere en el término de diez años o no forestare o plantare en el término de cinco años.

Producida la extinción del derecho, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o edificado, libre de los derechos reales o personales que hubiera constituido el superficiario, siendo la consecuencia inmediata de la extinción, la reaparición del principio de accesión, el cual había quedado suspendido por la constitución del derecho de superficie, perteneciéndole las mejoras producidas en el inmueble al propietario del suelo, debiendo éste indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario. El monto de la indemnización podrá ser convenido por las partes en el acto constitutivo o posteriormente.

II. INTRODUCCIÓN

Las relaciones humanas con el paso del tiempo fueron cambiando y, como consecuencia, fue necesario desde lo jurídico acompañar ese cambio con un nuevo marco legislativo adecuado a nuevas realidades sociales. El Código Civil y Comercial, vigente desde el año 2015, apareció como respuesta a esos cambios de la sociedad.

El derecho real de superficie no es reciente, el antecedente más importante que tenemos en nuestro país es la Ley 25.509², pero el nuevo Código amplía los

2 Sancionada el 14 de noviembre de 2001, promulgada el 11 de diciembre de 2001, y publicada en el Boletín Oficial el 17 de diciembre de 2001, introdujo a la lista de derechos reales admitidos por nuestra legislación, el derecho real de superficie forestal. En la actualidad, la Ley

objetivos de dicho derecho, permitiendo no solo la forestación y plantación, sino también la construcción sobre inmueble ajeno.

Como veremos en el desarrollo del presente trabajo, es importante el estudio de este nuevo derecho real como solución a actuales necesidades de la sociedad, como expansión del mercado inmobiliario y como medio para el acceso a la vivienda, constituyendo además, una herramienta cautivadora para quienes sean propietarios de terrenos que no puedan construir por falta de capital o desinterés en hacerlo, pudiendo actualmente tener la posibilidad de que lo hagan terceros, sin dejar de ser propietarios, ya que, luego de cumplido el plazo acordado entre las partes, serán dueños de lo construido³ y, aquí es donde la función notarial, responsable y defensora de la seguridad y la paz social, debe concentrarse a fin de una correcta interpretación y aplicación de este derecho.

El derecho real de superficie sirve para incentivar el cumplimiento de la función social de la propiedad desde la iniciativa individual, dando a los particulares las herramientas necesarias para poner sus bienes al servicio de la sociedad, sin desprenderse definitiva y totalmente de ellos, antes bien, haciéndolos partícipes de los beneficios de su explotación. Así, los propietarios de inmuebles pueden constituir sobre ellos derecho real de superficie de modo tal que sea otro quien por ejemplo construya en ellos cocheras o viviendas. En todos los casos, será el notario como intérprete de la voluntad de las partes, quien deberá plasmar tales negocios jurídicos mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de constitución de derecho real de superficie, si es que el mismo se adaptara para satisfacer las necesidades prácticas de sus requirentes⁴.

Con el objetivo de alcanzar una mejor aprehensión de este nuevo derecho, dedico este trabajo a una investigación que nos permita al finalizar el mismo, haber comprendido el porqué de la inclusión de este nuevo derecho real en el Código Civil y Comercial, para qué nos sirve y la importancia del notario en su aplicación.

III. ANTECEDENTES

Para ubicarnos mejor dentro del contexto al que nos referimos es importante comenzar con un breve repaso de la evolución de este derecho.

26.994 -de sanción del Código Civil y Comercial de la Nación- derogó expresamente la Ley 25.509.

3 LINARES DE URRUTIGOYTI, Martha y Pujol de Zizzias, Irene. "Objeto del derecho real de superficie: con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la Ley 25.509", Revista del Notariado 867, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, enero-marzo 2002, pág. 42.

4 Ibid., pág. 43.

El derecho de superficie nació en Roma, por obra del pretor, a través del cual el titular de este derecho podía tener una herramienta *erga omnes*, que solo lo que hacía era darle protección en determinadas situaciones de hecho. No se consideraba, en ese entonces, la posibilidad de una propiedad separada de la propiedad del suelo. Rigiendo en Roma el principio “superficie solo cedit”, según el cual lo construido o plantado en la superficie de un inmueble, pertenecía a su propietario por accesión, siendo este un modo de adquirir el dominio en el derecho romano. El estado, las ciudades y luego también los particulares, con el objetivo de darle utilidad a terrenos que formaban parte de sus dominios, empezaron a arrendarlos a perpetuidad o por largo término, con el derecho que los locatarios pudieran hacer construcciones y disfrutarlas, mediante el pago de un precio (*solárium* o *pensio*). Pero el locatario, no adquiría el dominio de lo edificado, el cual pertenecía por accesión al propietario, quedando indefenso en el caso de sufrir perturbaciones en su goce. Pudiendo solamente respecto del propietario, demandarlo por daños y perjuicios, y si la perturbación provenía de terceros, debía obtener del propietario la cesión de sus acciones. Ante esta situación, el pretor concedió como defensa y protección de los locatarios, un interdicto de *superficie-bus*, por el cual podían ser mantenidos en el goce, ejerciéndolo contra el dueño del suelo y contra terceros, pudiendo ser considerado poseedor de la superficie. Y en los casos, de que el arriendo sea a largo plazo o perpetuo, tenía una acción real *-utilis in rem actio-*, para hacer valer su derecho contra el propietario y los terceros, basada en la reivindicación⁵.

Fue así como el superficiario, a lo largo de los períodos clásico y postclásico, tuvo un derecho real que podía enajenar entre vivos y transmitir a sus herederos, extendiéndose en la Edad Media⁶, no solo a lo edificado, sino también a las plantaciones realizadas en suelo ajeno.

III.1. ANTECEDENTES EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO Y LA ACTUALIDAD

En nuestro derecho, el Código de VÉLEZ SANSFIELD tenía dos artículos en los cuales se enumeraban los derechos reales que admitía: los arts. 2503 y 2614, bien que este último con una defectuosa técnica⁷, en el que expresamente se prohibía a los propietarios constituir sobre bienes raíces derechos de superficie.

5 MARIANI DE VIDAL, Marina y Abella, Adriana. Capítulo 8: “Derecho de superficie”. En *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, tomo 1, Buenos Aires, Zavalía, 2016, pág. 362.

6 ALLENDE, Guillermo L. *Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964, págs. 115/117; citado por Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana, ob. cit., pág. 363.

7 MARIANI DE VIDAL, Marina. *Derechos Reales*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2009, T. 3, pág. 121.

El codificador al comenzar la nota del art. 2503 nos indicaba que el derecho de superficie no podía tener lugar en el código; y luego continuaba diciendo en la misma nota, que el derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos. Esta realidad posteriormente fue en parte modificada por la Ley 25.509, sancionada en el año 2001, con vigencia hasta el 31 de julio de 2015, la cual creo el “derecho real de superficie forestal”, quedando mediante esta ley eliminada la prohibición del mencionado art. 2614. Por último, considerando las necesidades que fueron surgiendo desde lo urbano y habitacional, a los fines de atender esas necesidades, finalmente el Código Civil y Comercial incorpora el derecho real de superficie, brindando un panorama de acción mucho más amplio, ya no exclusivamente para el derecho forestal, extendiéndose al ámbito agrario y a la construcción, sumado a sus modalidades, donde el superficiario podrá construir, plantar o forestar, como así mismo, constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes⁸.

En la actualidad, tenemos un resurgimiento del derecho de superficie, atribuyéndose la propiedad de la cosa (construcción o plantación) a quien la ha creado, motivado este derecho por la necesidad de evitar el mantenimiento de capitales inactivos, facilitándose la construcción o forestación, y reservándose el aumento del valor para el propietario, quien sigue siendo el titular del dominio.

IV. CONCEPTO

El Código Civil y Comercial, define al derecho de superficie en el art. 2114 de la siguiente forma: “El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este título y las leyes especiales”.

Como vemos, a partir de la definición que nos brinda el código, se trata de un derecho que admite las variantes de plantar, forestar o construir⁹, sobre alguna de las tres dimensiones que puede tener el inmueble ajeno: la rasante, el vuelo

8 XVIII Jornada Notarial Cordobesa. Tema 2: “El nuevo régimen del usufructo y derecho de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación”, agosto de 2015.

9 *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo V, Libro Cuarto, arts. 1882 a 2276. Comentarios a los arts. 2114 a 2128, elaborados por Jorge R. CAUSSE.

y el subsuelo. Y que además, presenta dos modalidades, una primera modalidad cuando el derecho permite construir, plantar o forestar en suelo ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido, como cosa propia. *O una segunda modalidad, cuando el derecho es concedido sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, traspasándose al superficiario su propiedad.*

En términos simples, podemos decir que el derecho de superficie es aquel derecho real por el cual el titular de este (superficiario) podrá tener algo suyo (construcción, plantación o forestación) en calidad de propiedad superficiaria en suelo de otro (nudo propietario), por un plazo determinado, quedando desmembrado el dominio del propietario del suelo por todo el tiempo que le haya conferido al superficiario ese derecho.

V. CONVENIENCIAS DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Entre las circunstancias que llevaron a incorporar este nuevo derecho real dentro del *numerus clausus*¹⁰ del Código Civil y Comercial de la Nación, podemos nombrar:

- Posibilidad de construir en un terreno sin ser el dueño del mismo.
- Los propietarios de terrenos no tendrán la necesidad de venderlos, quedando en sus poderes las mejores que se hayan realizado en el inmueble una vez transcurrido el plazo establecido para el derecho de superficie.
- Terrenos improductivos podrán ser puestos a disposición de la sociedad generándose la difusión de la riqueza.
- Tanto el superficiante como el superficiario obtienen ventajas económicas.
- Se permite la constitución del derecho real de hipoteca sobre el derecho de construir o forestar, lo cual facilita la obtención del crédito necesario para el proyecto a realizar.
- Desde el punto de vista económico, resulta sumamente eficaz, ya que le permite al propietario de un terreno otorgar a un tercero la posibilidad de conver-

10 En nuestro derecho en materia de derechos reales, rige el sistema del *numerus clausus*, ya consagrado por Vélez Sarsfield, en el artículo 2502 del Código Civil, estableciendo: "Los derechos reales sólo pueden ser creados por ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este acto se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese vale". Manteniéndose el mismo principio, en el Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 1884: "Estructura. La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura".

tirse en propietario de lo edificado al tiempo que aquel conserva el dominio del suelo, lo que favorece la actividad de la construcción¹¹.

- El superficiario puede construir, ceder en locación o constituir otros derechos reales (por ejemplo propiedad horizontal o usufructo).
- Utilización en fideicomisos.

VI. CARACTERES DEL DERECHO DE SUPERFICIE

a) Real: este carácter emana de la posibilidad del superficiario de repeler tanto al propietario del suelo como a cualquier tercero que pretenda turbar su derecho a través de las acciones posesorias y reales.

b) Principal: todos los derechos reales son principales, excepto los accesorios de un crédito en función de garantía (art. 1889).

c) Temporal: la ley le establece un plazo máximo al derecho de superficie, no pudiendo ser prorrogado por las partes más allá del plazo máximo establecido por ley.

d) Transmisible: mientras el derecho de superficie se encuentra en pleno vigor, se suspende la accesión en favor del propietario del terreno adquiriendo su plena eficacia, y en esas condiciones puede ser transmitido. La transmisión puede ser por actos entre vivos o *mortis causa*, a título oneroso o gratuito.

e) Gravable: el superficiario podrá constituir derecho real de hipoteca sobre el derecho de construir o de forestar, aspecto que resulta fundamental para la obtención de créditos, y con ello la proyección y concreción del emprendimiento¹².

f) Registrable: tratándose de un derecho real tiene vocación registral.

VII. NATURALEZA JURÍDICA: UN DERECHO REAL SOBRE COSA PROPIA O AJENA

Hay diversas posturas sobre si el derecho de superficie se trata de un derecho real sobre cosa ajena o si recae sobre cosa propia. Hay quienes afirman que se trata de un derecho real de carácter temporario mixto o dual, toda vez que mientras no existan en el inmueble plantaciones, forestaciones o construcciones recaerá sobre cosa ajena y, a medida que vayan haciéndose edificaciones, plan-

11 D'ALESSIO, Carlos M.; Acquarone, María T.; Benseñor, Norberto y Casabé, Eleonora. "Teoría y técnica de los contratos. Instrumentos públicos y privados", Ed. La Ley, 2015, pág. 1451.

12 ZAVALA, Gastón Augusto. "Derecho real de superficie", Revista del Notariado 936, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2000, pág. 413.

taciones o forestaciones, será sobre cosa propia¹³. En una postura minoritaria, se estableció que “el derecho real de superficie forestal recae siempre sobre cosa propia o bien siempre sobre cosa ajena”¹⁴.

El Código Civil y Comercial de la Nación deja establecido en el art. 1888 que: “Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena”. *Entonces, es el Código el que directamente nos indica que el derecho de superficie será un derecho sobre cosa propia, si existe propiedad superficiaria*¹⁵; y mientras no exista -porque aún no se han realizado las plantaciones o edificaciones- el derecho real recaerá sobre cosa ajena.

JORGE HORACIO ALTERINI decía “es recomendable que el derecho de superficie presente dos planos, uno durante la construcción, etapa en la cual el derecho de edificar se configura como derecho real sobre cosa ajena: el asiento de la construcción. Otro plano aparece cuando se concreta la construcción, o sea la propiedad superficiaria, y entonces el derecho de superficie se convierte en derecho real sobre cosa propia”¹⁶.

De esta manera, estaremos ante la coexistencia de dos derechos de propiedad imperfectos: por un lado, el del dueño del suelo y por otro lado el del superficiario.

En cuanto a la relación entre estas propiedades, es importante destacar que el derecho real de superficie configura una carga o gravamen respecto del dueño del suelo. En consecuencia, puede afirmarse que este es titular de un dominio imperfecto (arts. 1946 y 1964 *in fine*), ya que ha consentido la suspensión temporal del principio de accesión respecto del inmueble de su titularidad.

Repasemos brevemente estos dos últimos artículos respecto de la figura del dominio imperfecto, para entender la relación de coexistencia que se da entre estos derechos de propiedad.

13 SÁENZ, Pedro F. y Rachid, Martín. “Reflexiones sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, Revista del Notariado 927, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, enero-marzo 2017, pág. 6.

14 KIPER, Claudio M. (dir.). *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 250, citado por Sáenz, Pedro F. y Rachid, Martín, ob. cit., pág. 6.

15 La propiedad superficiaria es el derecho real a tener, mantener, gozar y disponer de lo edificado o forestado. Mientras concepciones tradicionales la tipificaban como el derecho de propiedad sobre una construcción en suelo ajeno, una nueva tendencia considera a la propiedad superficiaria como un verdadero dominio -y por ende- “sobre cosa propia”. ZAVALA, Gastón Augusto. Ob. cit., pág. 415.

16 ALTERINI, Jorge Horacio. Ob. cit., pág. 16.

VII.1. DOMINIO IMPERFECTO

El art. 1946 dice: “El dominio es imperfecto si está sometido a condición o plazo resolutorio, o si la cosa está gravada con cargas reales”.

Y el art. 1964, menciona los supuestos de dominio imperfecto: el revocable, el fiduciario y el desmembrado. El dominio revocable es aquel que está sujeto a concluir por el cumplimiento de una condición resolutoria o de un plazo resolutorio. Al cumplirse el plazo o la condición resolutoria, el transmitente que se convertirá en revocante recuperará la propiedad plena de la cosa, que estaba en cabeza del titular imperfecto. El dominio fiduciario es aquel que se adquiere, merced al negocio o contrato de fideicomiso. Y, por último, tenemos el dominio desmembrado, supuesto en el cual queda comprendido el titular del suelo al constituir el derecho de superficie, por el surgimiento de la coexistencia de sus derechos como titular del suelo y los derechos del superficiario. Sin embargo, la desmembración no le quita al dominio su carácter de tal, estaremos ante una nuda propiedad, pero propiedad al fin.

VIII. OBJETO

El objeto del derecho de superficie es un inmueble, tratándose de un inmueble ajeno mientras no hay edificación o plantación, y un inmueble propio una vez realizadas las plantaciones o construcciones (propiedad superficiaria).

VIII.1. MODALIDADES

Según el art. 2015: “El superficiario podrá realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido. También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad. En ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo”.

Surgen de este artículo dos modalidades diferentes en la constitución de este derecho:

a) PRIMERA MODALIDAD

Se configura cuando el derecho real constituido permite construir, plantar o forestar en suelo ajeno, y adquirir la propiedad de lo edificado o plantado, con independencia de la propiedad del suelo.

Aquí, el derecho de superficie presenta a su vez dos planos¹⁷:

1) Uno, antes y durante la construcción o plantación, donde el derecho se configura como derecho real sobre una cosa ajena (el suelo asiento de la construcción, forestación o plantación).

2) Y un segundo plano, luego de realizada la construcción, forestación o plantación, cuando nace la propiedad superficiaria; momento en el cual el derecho se convierte en derecho real sobre cosa propia (lo construido, forestado o plantado), respecto de la cual el superficiario tiene el poder de usar, gozar y disponer por todo el tiempo que dure el plazo establecido, independientemente de la propiedad del suelo, que continúa en cabeza del propietario constituyente de la superficie (quien será nudo propietario, titular de un dominio desmembrado o imperfecto).

Es decir, en esta modalidad, antes de que el superficiario lleve a cabo la realización de la plantación, forestación o construcción, no existe propiedad superficiaria, pero sí derecho real de superficie, teniendo el superficiario un poder autónomo actual sobre un inmueble ajeno que luego se convertirá en propiedad superficiaria, el cual es oponible frente al nudo propietario, sus sucesores universales o particulares y *erga omnes*. Realizada la plantación, forestación o construcción, aparece la propiedad superficiaria, y el superficiario adquiere lo construido, plantado o forestado, siendo este el fin que tuvo el superficiario al constituir el derecho de superficie.

b) SEGUNDA MODALIDAD

Se da cuando el derecho de superficie es concedido sobre una construcción, plantación o forestación ya existente en un inmueble.

En esta modalidad, la superficie se origina como derecho real sobre cosa propia, porque recae sobre la construcción, plantación o forestación que ya existe en el inmueble y que al constituirse el derecho de superficie pasa a ser propiedad del superficiario en carácter de propiedad superficiaria, correspondiéndole por el tiempo que dure la superficie el uso, goce y disposición, independientemente de la propiedad del suelo.

En cualquiera de las dos modalidades que se adopte, siempre existirá derecho real de superficie desde su constitución; resultando beneficiosas ambas modalidades, ya que la primera fomentará la construcción, siembra y forestación, mientras que la segunda promoverá la explotación del inmueble que tenga construcciones, forestaciones o plantaciones ya existentes pero que el propietario del

17 MARIANI DE VIDAL, Marina y Abella, Adriana. Capítulo 8: "Derecho de Superficie". En *De-rechos reales en el Código Civil y Comercial*, tomo 1, Buenos Aires, Zavalía, 2016, pág. 368.

suelo no quiera o no pueda llevar a cabo por sí mismo, acarreado resultados positivos para la comunidad, a la que no le conviene que los bienes permanezcan inactivos¹⁸.

VIII.2. EMPLAZAMIENTO

A su vez, según el art. 2116, “El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aún dentro del régimen de propiedad horizontal.

La extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción, pero debe ser útil para su aprovechamiento”.

VIII.2.1. *Proyección en el espacio aéreo o subsuelo*

Se profundiza el concepto en este artículo, estableciéndose que el ejercicio del derecho puede darse con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo.

Así, la proyección espacial del derecho de superficie puede recaer:

a) Sobre la *rasante*¹⁹, que será el caso más usual, y además debe tenerse presente que tanto las raíces (en el caso de las plantaciones) como los cimientos (en el caso de las construcciones) inevitablemente se han de extender parcialmente al subsuelo del inmueble y que, lógicamente, el superficiario ocupará el espacio sobre la rasante dada la materialidad de las construcciones o plantaciones que se realicen²⁰.

b) Sobre el *espacio aéreo*, pudiendo el superficiario extender una construcción o plantación sólo sobre el espacio aéreo del inmueble, como podría ser, por ejemplo, un puente colgante, o una estructura para cartelería²¹.

c) Sobre el *subsuelo*, podría tratarse de una construcción sobre cocheras subterráneas, o una obra que se construya tanto en el suelo como en el subsuelo.

18 MARIANI DE VIDAL, Marina y Abella, Adriana. Ob. cit., pág. 370.

19 “Los vocablos ‘vuelo’ y ‘rasante’ (este último empleado en el art. 2115) son extraños a nuestra terminología. Con mayor sencillez pudieron utilizarse los más familiares términos ‘espacio aéreo’ y ‘subsuelo’, con igual significado, como resulta del art. 2116”. Ibid., pág. 366 y ss.

20 SÁENZ, Pedro F. y Rachid, Martín. ob. cit., pág. 8.

21 Ibid.

VIII.2.2. Superficie sobre parte material

La constitución del derecho de superficie puede darse sobre todo el inmueble o sobre una parte material de él, siguiendo así el criterio del art. 1883 que es el que determina que los derechos reales pueden tener por objeto una parte material de la cosa. Al admitirse en general la constitución de derechos reales sobre parte materialmente determinada de un inmueble y, lo mismo específicamente respecto de la superficie, puede darse la coexistencia de un derecho de superficie sobre una parte material del inmueble con otros derechos reales de disfrute (por ejemplo: usufructos, usos, servidumbres) y también con otros derechos reales de superficie, si ellos recaen sobre otras partes materiales distintas, según lo resuelva el dueño del inmueble²².

Refiriéndose el artículo a “parte materialmente determinada”, no será necesario confeccionar un plano de subdivisión aprobado por organismos catastrales, siendo suficiente a tal efecto un croquis realizado por profesional idóneo. Conforme al concepto legal de parcela²³, desde el momento en que se confecciona y aprueba catastralmente un plano de subdivisión se está dando origen a una nueva cosa desde el punto de vista técnico, es decir, esa extensión territorial continúa con sus límites perimetrales que es la parcela, no ya una “parte” de una cosa sino precisamente “otra” cosa²⁴.

VIII.2.3. Utilidad para su aprovechamiento

La extensión del inmueble afectado puede recaer sobre una extensión mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción, en el caso que esta resulte útil para su aprovechamiento. Es decir, debe existir en el caso concreto una causa que justifique la extensión del derecho a una superficie mayor a la estrictamente necesaria para desarrollar la finalidad para la cual fue constituido este derecho, pudiendo de esta manera evitarse la constitución de otros derechos reales, como puede ser por ejemplo una servidumbre de paso, lo determinante es que esa mayor extensión resulte útil para su aprovechamiento.

22 MARIANI DE VIDAL, Marina y Abella, Adriana. Ob. cit., pág. 371.

23 Art. 4 Ley Nacional de Catastro 26.209: “A los efectos de esta ley, denominase parcela a la representación de la cosa mueble de extensión territorial continua, deslindando por una poligonal de límites correspondiente a uno o más títulos jurídicos o a una posesión ejercida, cuya existencia y elementos esenciales consten en un documento cartográfico, registrado en el organismo catastral”, citado por SÁENZ, Pedro F. y Rachid, Martín. Ob. cit., pág. 8.

24 Ibid.

IX. PLAZO

Uno de los caracteres más importantes del derecho real de superficie es su temporalidad²⁵. En el momento de constituirse este derecho, deberá establecerse un plazo que podrá ser por un máximo de setenta años cuando se trate de construcciones, o un máximo de cincuenta años para las forestaciones y plantaciones. Estos plazos podrán ser prorrogados siempre que no se excedan los plazos máximos establecidos (art. 2117).

Desde cuándo comienza a correr el plazo. Este plazo se computa desde la adquisición del derecho de superficie. Y teniendo en cuenta que:

- Todos los derechos reales -excepto la servidumbre y la hipoteca- se ejercen por la posesión (art. 1891).

- Se presume que la posesión comienza desde la fecha del título (art. 1914).

- La adquisición de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo (art. 1892).

- Antes de la tradición no se adquiere ningún derecho real sobre la cosa (art. 750).

- Y deben ser otorgados por escritura pública los contratos que tiene por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles (art. 1071 inc. a).

Entonces, será necesario el otorgamiento de la pertinente escritura pública y la tradición. Y desde la fecha de la escritura pública que dio origen al derecho de superficie, comenzará a contarse el plazo allí establecido.

X. LEGITIMACIÓN

El art. 2118 del Código Civil y Comercial establece: "Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal".

A) *Titulares del derecho real de dominio:* siendo el derecho real de dominio el derecho que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, es claro que los titulares de este derecho estén facultados para constituir derecho de superficie.

25 "El derecho de superficie de duración perpetua conduciría a una desmembración de la propiedad del suelo; pero, por otra parte, el establecer un lapso breve no atraería efectivas inversiones de capital". SERVIDIO DE MASTRONARDI, Ana María. "Lineamientos generales para una legislación referida al derecho de superficie", Revista Notarial 55, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, 1988-1, pág. 4.

B) *Titulares de derecho real de condominio*: será necesaria la conformidad de todos los cotitulares, tal como lo exige el art. 1990: “La disposición jurídica o material de la cosa, o de alguna parte determinada de ella, sólo puede hacerse con la conformidad de todos los condóminos...”.

C) *Titulares del derecho real de propiedad horizontal*: en este caso, podemos tener distintos supuestos²⁶:

a) Que los copropietarios constituyan un derecho de superficie, en cualesquiera de sus dos modalidades, sobre el inmueble ya sometido a propiedad horizontal: el requisito es la decisión unánime de todos los copropietarios (arts. 2052²⁷ y 1990²⁸).

b) Que un copropietario constituya la superficie sobre su unidad funcional.

c) Que el superficiario afecte a propiedad horizontal lo construido.

XI. PRINCIPIO DE ACCESIÓN Y SU SUSPENSIÓN EN LOS CASOS DE DERECHO DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y DE SUPERFICIE

Una de las formas de adquirir el dominio de inmuebles es la accesión²⁹, es decir, toda edificación que se realice en el inmueble accede al mismo y pasa a formar parte del dominio que tiene el propietario de ese inmueble. Este es el denominado principio de accesión, el cual no se aplica de la misma manera respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie (art. 1945).

26 MARIANI DE VIDAL, Marina y Abella, Adriana. Ob. cit., pág. 374.

27 Artículo 2052.- 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.

28 Artículo 1990.- Disposición y mejoras con relación a la cosa. La disposición jurídica o material de la cosa, o de alguna parte determinada de ella, sólo puede hacerse con la conformidad de todos los condóminos. No se requiere acuerdo para realizar mejoras necesarias. Dentro de los límites de uso y goce de la cosa común, cada condómino puede también, a su costa, hacer en la cosa mejoras útiles que sirvan a su mejor aprovechamiento.

29 Vélez Sarsfield, en la nota al art. 2503 exponía: “En Roma según las reglas del derecho civil, la propiedad de la superficie no podía ser distinta de la propiedad del suelo, lo que importaba decir no solo que el propietario del suelo venía a ser propietario de todas las construcciones y plantaciones que él hubiese hecho con los materiales de otro, o que un tercero hubiese hecho en el suelo con sus materiales, sino también que el propietario del suelo no podía enajenar la superficie en todo o en parte, separándola del suelo; o si él, por ejemplo, hubiese vendido su casa solamente sin vender el suelo, el adquirente no venía a ser propietario de ella”.

En el caso de la propiedad horizontal, el terreno pertenece al conjunto de propietarios de las diferentes unidades y, el propietario de cada unidad es un sujeto individual titular del derecho de propiedad que se transmite exclusivamente con relación a su unidad. En cuanto al edificio en su totalidad, el principio de accesión tiene aplicación al nacimiento de la propiedad horizontal, cuando el propietario del terreno construye el edificio que es de su propiedad. Posteriormente, sometido a PH y luego de realizadas las sucesivas enajenaciones de las unidades, es el propietario de cada unidad quien tiene el derecho sobre la misma y los bienes comunes que le acceden. Son propietarios del terreno, el conjunto de copropietarios de las distintas unidades y, sólo puede hacerse dueño de una unidad quien la adquiere mediante título y modo hábil (compraventa, donación, etc.), pero no por accesión³⁰. Para que lo edificado en un inmueble sometido a PH pertenezca a una persona en particular y no al conjunto de copropietarios, es necesario ser titular del derecho sobre lo edificado, y esto se logra adquiriendo primero el derecho de sobreelevar.

En el caso de la superficie, la constitución del derecho real de superficie implica una suspensión del principio de accesión, el que se mantiene "oculto" e inactivo por todo el tiempo que dura la superficie. Una vez producida la extinción de este derecho real de superficie, el dominio recobra plenamente su elasticidad y el derecho de propiedad del nudo propietario (dueño del suelo) alcanza las plantaciones, forestaciones o construcciones que pertenecieran al superficiario.

XI.1. EL DERECHO PERSONAL DE SOBREELEVAR EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL

En el ámbito de la propiedad horizontal tenemos entonces el derecho de sobreelevar, el cual abarca no sólo la posibilidad de construir en el espacio aéreo del inmueble sometido a propiedad horizontal sino también por debajo del mismo.

Así como lo define POSTERARO SÁNCHEZ³¹ "... el derecho de sobreelevar es aquel derecho por el cual se faculta a su titular la construcción de una o más plantas en el espacio aéreo o subterráneo de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal y adquirir lo edificado integrándolo al régimen de propiedad horizontal".

El espacio aéreo y el subterráneo no son lo mismo que el derecho de sobreelevar, estos son elementos del inmueble sometido a PH y, por ende, propiedad

30 POSTERARO SÁNCHEZ, Leandro y Yacopino, María Celeste. "Derecho a sobreelevar", Revista Notarial 944, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2003, pág. 46.

31 POSTERARO SÁNCHEZ, Leandro N. XXXII Jornada Notarial Argentina. "El derecho de sobreelevar en el nuevo ordenamiento legal", tema 4, Ciudad de Buenos Aires, 24 a 26 de agosto de 2016, pág. 6.

de todos los propietarios; entendiéndose el derecho de sobreelevar, como el derecho a utilizar el espacio aéreo o subterráneo para la edificación, el cual requiere el acuerdo unánime de todos los copropietarios (art. 2052)³².

Este derecho se aplica sólo en el ámbito de la propiedad horizontal, el titular de un inmueble no sometido al régimen de propiedad horizontal que desee otorgar a un tercero el derecho de construir en el inmueble y hacer suyo lo edificado (por el plazo que determinen), podrá recurrir a la constitución del derecho de superficie, y no al derecho de sobreelevar.

XI.2. DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO DE SOBREELEVAR Y EL DERECHO DE SUPERFICIE

El derecho de sobreelevar es un derecho personal, es la facultad de construir o sobreedificar, la cual deberá materializarse para que surja el derecho real. Una vez finalizada la obra se transforma en derecho real sobre lo edificado. En cambio, el derecho de superficie se origina siendo derecho real. Puede decirse que, mientras el derecho de sobreconstrucción se agota una vez terminada la construcción, la propiedad superficiaria, en tal momento, surge³³.

El derecho de superficie es temporal, el titular del derecho tendrá la propiedad superficiaria limitada en el tiempo por el plazo estipulado (máximo de 70 años para construcciones y 50 para forestación y plantación) y luego de vencido el plazo lo edificado pasa a titularidad del propietario del inmueble; mientras que el derecho de sobreelevar genera para su titular la adquisición de lo edificado en forma permanente, pasando a integrar oportunamente el régimen de propiedad horizontal.

El derecho de superficie puede constituirse en el régimen de dominio, condominio o propiedad horizontal, a diferencia del derecho de sobreconstrucción que, sólo procede en edificio sometido a propiedad horizontal.

El fin de constituir el derecho de superficie no radica en la facultad de edificar sino en la propiedad que otorga sobre lo edificado, no así en el derecho de sobreconstrucción, en el que la esencia del derecho radica en la facultad de construir.

Extinguido el derecho de superficie, renace el principio de accesión, quedando un solo titular del terreno y lo edificado, mientras que, extinguido el derecho de sobreelevación, nace una nueva propiedad, la de la unidad funcional edificada y un nuevo propietario.

32 *Ibid.*, pág. 8.

33 POSTERARO SÁNCHEZ, Leandro y Yacopino, María Celeste. *Ob. cit.*, pág. 48.

XI.3. QUÉ PASARÍA SI LA SUPERFICIE OTORGARA AL SUPERFICIARIO EL DERECHO A LA SOBREDIFICACIÓN EN SECTORES COMUNES DEL EDIFICIO

En esta hipótesis, el superficiario podrá ejercer su derecho sobre lo que construya por el plazo temporal acordado y, extinguida la superficie, lo construido será de propiedad de los copropietarios, como parte común del edificio.

XII. ADQUISICIÓN

Respecto de la adquisición del derecho de superficie, el Código se refiere a los modos de constitución, por un lado y, luego, a la transmisión del derecho.

La constitución es el acto jurídico mediante el cual nace el derecho, debiendo formalizarse por escritura pública, en la que deberá determinarse el emplazamiento, las modalidades, las condiciones, facultades y deberes de las partes, el plazo de duración, y debiendo ser inscripta en el Registro de la Propiedad para ser oponible a terceros interesados de buena fe.

Modos de constitución:

- *Contrato gratuito*: no se le exigirá al superficiario contraprestación alguna.

- *Contrato oneroso*: el superficiante podrá exigirle al superficiario el pago de una suma de dinero, un canon periódico o podrían pactar diferentes acuerdos entre ellos, como sería la entrega de una vivienda o locales para arrendamiento a favor del propietario del suelo, todo dependiendo de cuál sea el proyecto que el superficiario se comprometa a llevar a cabo.

La transmisión del derecho de superficie ya constituido puede darse, tanto por actos entre vivos como por causa de muerte.

Transmisión del derecho:

- *Por actos entre vivos*: la adquisición derivada por actos entre vivos del derecho de superficie requiere del título y modo suficiente³⁴, pudiendo tener como fuente un contrato oneroso o gratuito.

- *Por causa de muerte*: el derecho de superficie es transmisible *mortis causa*, es decir, que pasa a los herederos del superficiario (art. 2119).

- *Usucapión*: el Código dice expresamente que el derecho de superficie no podrá adquirirse por usucapión, pero admite la adquisición por prescripción breve, a fin de sanear los vicios del justo título (por ejemplo: si fue constituida *a non domino* o por una persona incapaz).

34 MARIANI DE VIDAL, Marina y Abella, Adriana. Ob. cit., pág. 376.

XIII. FACULTADES DEL SUPERFICIARIO

Las facultades del superficiario las encontramos detalladas en el art. 2120 que dice: “El titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie. El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario”.

En primer lugar debemos distinguir dos tipos de facultades: materiales y jurídicas.

Las facultades materiales son aquellas que va a tener el superficiario según lo pactado en el contrato constitutivo, pudiendo plantar, forestar o construir sobre la rasante, el espacio aéreo o el subsuelo del inmueble ajeno; y una vez terminadas las plantaciones o construcciones, podrá ejercer las facultades de uso y goce sobre las mismas. También el derecho pudo haberse constituido sobre construcciones o plantaciones ya existentes, supuesto en el cual las facultades materiales del superficiario no serán ya la actividad constructiva o forestal, sino el uso y goce de las construcciones o plantaciones aportadas por el nudo propietario³⁵.

Dentro de las facultades jurídicas del superficiario tenemos:

a) Derechos reales de garantía

Se puede gravar el derecho de superficie con derechos reales de garantía en sus dos modalidades: el gravamen puede recaer sobre la propiedad superficiaria o sobre el derecho de construir, plantar o forestar. Ello conforme la norma del art. 1883 que permite que los objetos de los derechos reales sean, además de las cosas, los bienes, en los supuestos taxativamente señalados, como es este caso.

Mientras no haya propiedad superficiaria, el derecho real de superficie se traduce en un derecho real sobre cosa ajena, que le confiere a su titular la facultad de plantar, forestar o construir, pudiendo constituirse el derecho real de hipoteca sobre el *ius edificandi*. Esto es posible ya que la hipoteca al no suponer tradición del objeto sobre el que recae puede constituirse tanto sobre el derecho a plantar, forestar o construir como así también sobre la propiedad superficiaria. Parece razonable que así sea, ya que precisamente es en esta etapa en la que el superficiario más necesita acceder al crédito para poder llevar adelante la construcción, plantación o forestación que han motivado la constitución del derecho

35 SÁENZ, Pedro F. y Rachid, Martín. Ob. cit., pág. 15.

real de superficie, por lo que parece justo otorgarle una herramienta que le facilite la obtención de la financiación requerida. En este caso, cuando se constituye la hipoteca sobre el *ius edificandi*, una vez realizada la plantación o construcción, el derecho real de garantía se extenderá por la figura de la subrogación, a lo plantado o edificado, sin necesidad de otorgar ningún acto complementario³⁶.

b) Afectación al régimen de propiedad horizontal

El segundo párrafo del artículo bajo análisis nos dice que, el superficiario puede someter la construcción al régimen de la propiedad horizontal, excepto pacto en contrario. Es decir que, en el título de constitución del derecho puede pactarse la prohibición de afectar a propiedad horizontal, y si nada se dice, entendemos que tendrá el superficiario la facultad de afectar o no lo construido a este derecho real. Se tratará de una propiedad horizontal con características propias, ya que no comprenderá el terreno, el cual permanecerá en cabeza del nudo propietario; y no constituirá una parte común, configurándose una excepción al art. 2041, que califica al terreno como cosa necesariamente común en la propiedad horizontal. El superficiario deberá cumplir con los requisitos de confección del respectivo plano de propiedad horizontal y redacción por escritura pública e inscripción del reglamento de propiedad en el Registro de la Propiedad Inmueble. Este derecho de propiedad horizontal estará sujeto a extinción, ya que se extinguirá junto con el derecho real de superficie. Como consecuencia de la extinción, se deberá proceder a la desafectación y su correspondiente inscripción. Incumbe al superficiario soportar los gastos de la desafectación, ya que debe restituir la cosa libre de cargas³⁷. Una vez que se extingue la superficie, el nudo propietario hace suyo lo construido o plantado libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario. Nada obsta, que el propietario y el superficiario pacten en el acto de constitución o posteriormente, que el propietario mantenga la afectación extinguido el derecho de superficie.

Además, el superficiario podrá transmitir y gravar las unidades funcionales en forma independiente del terreno durante el plazo de duración del derecho de superficie. El objetivo de afectar lo construido al régimen de propiedad horizontal será dar origen a unidades funcionales autónomas siendo razonable que se autorice al superficiario a gravar o enajenar “las viviendas, locales u otras unidades privativas”³⁸. Lo que en estos casos se transfiere es un derecho real de propiedad

36 KIPER, Claudio M. (dir.). Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 250, citado por Sáenz, Pedro F. y Rachid, Martín. Ob. cit., pág. 16.

37 MARIANI DE VIDAL, Marina y Abella, Adriana. Ob. cit., pág. 382.

38 SÁENZ, Pedro F. y Rachid, Martín. Ob. cit., pág. 17.

revocable, los adquirentes de estas unidades no asumen las obligaciones contraídas por el superficiario.

c) Derechos reales de disfrute

En el Código encontraremos en diferentes artículos que el bien sujeto a propiedad superficiaria pueda ser gravado por el superficiario con derechos reales de disfrute, tales como el usufructo, el uso y la habitación, y la servidumbre. Así, dentro del capítulo VIII de usufructo, el art. 2131 incluye al superficiario entre los legitimados para constituir derecho real de usufructo. Y teniendo en cuenta las remisiones contenidas en el art. 2155 -referente al derecho real de uso- por el cual se aplican como normas supletorias las del usufructo, y el art. 2159 -referente al derecho real de habitación-, en el cual se aplican como normas supletorias las relativas al uso, cabe concluir que el superficiario puede constituir cualquiera de estos derechos reales de disfrute.

Con relación a la constitución del derecho real de servidumbre, el art. 2168 nos indica: "... están legitimados para constituir una servidumbre los titulares de derechos reales que recaen sobre inmuebles y se ejercen por la posesión". Con lo cual, siendo la superficie un derecho real que se ejerce por la posesión, el superficiario se encuentra legitimado para constituir derecho real de servidumbre.

XIII.1. DERECHO SUPERFICIARIO Y FIDUCIARIO

El derecho de superficie junto con el fideicomiso, podrían ser una herramienta útil en el sentido que junto con los beneficios que ofrece la figura del derecho real de superficie, en especial, en cuanto al bajo costo del emprendimiento por el menor valor de adquisición del terreno superficiario, es posible su transmisión fiduciaria de manera de añadir la protección del patrimonio de afectación que nos acerca el fideicomiso, no sólo en su aspecto de garantía, al permitirse la constitución de determinados derechos reales sobre derechos.

El Código Civil y Comercial nos define al contrato de fideicomiso en el art. 1666: "Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario".

Los derechos reales pueden tener como objeto un bien taxativamente señalado por la ley, y el contrato de fideicomiso permite que la propiedad fiduciaria recaiga sobre bienes, es decir, tanto sobre cosas como derechos. Así, es posible, que el derecho real de superficie, tanto en su etapa de derecho sobre bien ajeno como en su etapa de propiedad superficiaria, sea transmitido en el marco de un contrato de fideicomiso, de manera tal de constituir una propiedad

fiduciaria sobre el objeto del derecho real de superficie, dando origen al derecho superficiario fiduciario³⁹.

XIII.1.2. FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

El derecho de superficie y el fideicomiso en conjunto podrían ser utilizados con la finalidad de protección para los incapaces.

El art. 1699 del Código Civil y Comercial dice: “El fideicomiso también puede constituirse por testamento, el que debe contener, al menos, las enunciaciones requeridas por el artículo 1667⁴⁰. Se aplican los artículos 2448 y 2493 y las normas de este Capítulo; las referidas al contrato de fideicomiso deben entenderse relativas al testamento...”.

En el art. 2448 se establece: “El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

Y el art. 2493: “El testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario, conforme a los recaudos establecidos en la Sección 8º, Capítulo 30, Título IV del Libro Tercero. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el artículo 2448”.

El beneficio del derecho de superficie, como objeto del fideicomiso testamentario y constitutivo del derecho superficiario fiduciario, radica en que, dado el menor valor del derecho real de superficie respecto del derecho real de

39 BRANDI TAIANA, Maritel Mariela. “Derecho superficiario fiduciario. ¿Ahora sí?”, Revista del Notariado 916, pág. 3.

40 Artículo 1667.- Contenido. El contrato debe contener: a) la individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, debe constar la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes; b) la determinación del modo en que otros bienes pueden 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 artículo 1671; e) el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso, con indicación del fideicomisario a quien deben transmitirse o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1672; f) los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo, si cesa.

dominio, permite asegurarle al disponente que la porción de su patrimonio que destina a la protección de aquel no excede la parte que la ley le permite afectar al efecto⁴¹.

XIV. FACULTADES DEL PROPIETARIO

El dueño del suelo es titular de un dominio imperfecto, por encontrarse el mismo desmembrado como consecuencia del derecho de superficie y, siendo este derecho una carga o gravamen respecto del dueño del suelo, por todo el tiempo que dure el derecho de superficie, el titular del inmueble será un nudo propietario.

Según el art. 2121 “el propietario conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, siempre que la ejerza sin turbar el derecho del superficiario”. Así, el propietario del suelo puede realizar actos de disposición material y jurídica respecto del inmueble, pero con el límite que su ejercicio no afecte el derecho del superficiario. En este sentido, podría transmitir la nuda propiedad y constituir derechos personales o reales sobre la nuda propiedad que conserva. Pero, por ejemplo, si grava la nuda propiedad con hipoteca, la ejecución de la misma solo puede alcanzar a la nuda propiedad, y el adquirente en la subasta deberá respetar el derecho de superficie que, como todo derecho real resultará oponible *erga omnes*⁴².

XV. EXTINCIÓN DEL DERECHO

El derecho de superficie puede extinguirse por varias causas:

a) Renuncia expresa:

La renuncia del superficiario deberá ser expresa instrumentada por escritura pública e inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble, para su oponibilidad *erga omnes*. En este supuesto, el titular del derecho de superficie no queda liberado de las obligaciones legales o contractuales (art. 2123), y los derechos reales o personales constituidos sobre la superficie o el suelo continúan hasta que finalice el plazo del derecho de superficie establecido convencionalmente o por ley (art. 2125).

b) Vencimiento del plazo.

El cumplimiento del plazo pactado en el acto constitutivo produce de pleno derecho la extinción del derecho de superficie. En caso de no haberse establecido plazo alguno, operará automáticamente la extinción del derecho, rigiendo el tér-

41 BRANDI TAIANA, Maritel Mariela. Ob. cit., pág. 5.

42 MARIANI DE VIDAL, Marina y Abella, Adriana. Ob. cit., pág. 385.

mino máximo establecido por ley (art. 2117). Consecuentemente, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, quedando extinguidos a su vez todos los derechos reales o personales impuestos por el superficiario (art. 2125).

c) Cumplimiento de la condición resolutoria.

Si la superficie se somete a una “condición resolutoria”, acaecido el hecho futuro e incierto, se produce la extinción del derecho. La condición resolutoria no extingue los derechos constituidos por el superficiario en el caso que se cumpliera antes del vencimiento del plazo contractual o legal⁴³. Son requisitos la formalidad de escritura pública o resolución judicial y su correspondiente inscripción.

d) Consolidación.

El derecho también se extingue por la confusión en una misma persona de la calidad de propietario del suelo y de superficiario. Se pueden presentar diferentes supuestos: reunión de ambas calidades en cabeza del superficiario, en cabeza del nudo propietario o en cabeza de un tercero ajeno a la relación originaria.

e) No uso.

El caso de la extinción por el no uso, cuando se trate del derecho de superficie para construir, el plazo para que se configure el no uso es de diez años y, en el caso de superficie para plantar o forestar, el plazo es de cinco años.

El “no uso” como causal de extinción, se relaciona con la finalidad de la ley, en aras del interés comunitario, al que no favorecería la existencia de desmembraciones estériles del dominio⁴⁴.

La extinción deberá documentarse otorgándose la escritura pública por el superficiario y propietario conjuntamente, siendo necesaria la inscripción también a los efectos de la oponibilidad a terceros de buena fe (art. 1893).

XV.1. EFECTOS DE LA EXTINCIÓN

1. *Extinción por vencimiento de plazo legal o convencional:* el propietario del suelo hace suyas las construcciones, plantaciones o forestaciones, libres de derechos reales o personales impuestos por el superficiario, desaparece la desmembración del dominio readquiriendo su carácter de perfecto y vuelve el principio de accesión, el cual se encontraba suspendido por la superficie.

2. *Extinción antes del vencimiento del plazo:* en este caso, el propietario hace suyas las construcciones, plantaciones o forestaciones, pero continúan los derechos reales y personales gravando la propiedad superficiaria como si no se hu-

43 SÁENZ, Pedro F. y Rachid, Martín. Ob. cit., pág. 22.

44 MARIANI DE VIDAL, Marina y Abella, Adriana. Ob. cit., pág. 391.

biese cumplido extinción alguna, hasta el cumplimiento del plazo del derecho de superficie. Esto es así, en protección de los terceros con los que el superficiario hubiera concertado la creación de derechos reales o personales, quienes no pueden verse afectados en sus derechos, ya que, al momento de su constitución, habrán contratado teniendo en cuenta el plazo constitutivo pactado y publicitado⁴⁵ o el plazo legal, de no existir esta protección estaríamos ante una inseguridad jurídica.

3. *El propietario debe indemnizar al superficiario salvo pacto en contrario*: el titular de dominio del inmueble al producirse la extinción del derecho de superficie incrementa su patrimonio al hacer suyas las plantaciones, forestaciones o construcciones existentes, debiendo indemnizar al superficiario. La ley deja a criterio de las partes que determinen un pacto en contrario, es decir, que puede pactarse que el nudo propietario se quedará con las construcciones o plantaciones sin compensación alguna para el superficiario.

Si se hubiera pactado la indemnización del superficiario, el monto podrá ser fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho de superficie o en acuerdos posteriores mediante escritura complementaria.

A efectos de calcular esta indemnización si nada se hubiera acordado, se tomarán en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización (art. 2126).

Y en tanto la indemnización no sea saldada, al superficiario le asistirá el derecho de retención (art. 2587).

XVI. REGISTRACIÓN

Tratándose el derecho de superficie de un derecho real, su consecuencia inmediata es que tiene vocación registral. A partir de la Ley 26.994 de aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación, que incorpora un nuevo derecho real a la legislación, fue necesario que el Registro de la Propiedad proceda al dictado de una norma registral que regule el procedimiento de calificación e inscripción del derecho real de superficie. En este caso, se trata de la Disposición Técnico Registral 21/2016, la cual nos indica los requisitos que se deben cumplir en las escrituras públicas mediante las cuales se constituye el derecho real de superficie para que se pueda proceder a su registración, estos son:

a. Debe ser constituido por todos los titulares de dominio, condominio o de propiedad horizontal.

45 Ibid., pág. 394.

b. Tiene que establecerse un plazo convenido por las partes negociales, en caso contrario, regirán los máximos legales establecidos por ley.

c. En el caso de que la superficie sea parcial, debe acompañarse plano de mensura que tenga como objeto la constitución del derecho real de superficie. En este punto, el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, sostuvo que bastaría con presentar un croquis para delimitar la parte afectada, sin necesidad de un plano, como se aplica respecto a otros derechos reales como el usufructo⁴⁶.

Para entender el funcionamiento del registro, recordemos uno de sus principios: el de legalidad.

XVI.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En el derecho registral, el principio de legalidad es aquel "... por el cual se impone que los documentos que se pretenden inscribir o anotar en el Registro de la Propiedad reúnan los requisitos exigidos por las leyes para su registración, a cuyo fin es necesario someter los mismos a un previo examen, verificación o calificación que asegure su validez o perfección"⁴⁷.

La importancia de este principio radica en que los asientos registrales concuerden con la realidad externa del registro, y este análisis que el registro efectúa de los documentos se denomina calificación.

Luego de la calificación que el registrador realiza del documento, se deberá practicar el asiento⁴⁸ de constitución del derecho real de superficie, el cual se anotará en la parte superior del folio real que corresponda al bien objeto del derecho real, en el rubro "Descripción del inmueble", dejándose constancia del plano de mensura aprobado, en el caso de parcialidad, y de la apertura del folio real "SA", "SA...", "SPHB", "SPHA...", según los diferentes casos que se presenten.

La registración de cada derecho real de superficie generará la apertura del folio real "SA". En el supuesto de constitución total de superficie, en el folio real "SA" no se consignarán los datos de individualización del inmueble, en cambio, si la constitución fuera parcial, en el rubro "descripción del inmueble", se identificará

46 FERNÁNDEZ COSSINI, Elda; Hefling, Mariana; Ríos, Bárbara y Vásquez, Gonzalo Matías. "Un nuevo derecho real sale a la superficie", Revista Notarial 978, pág. 918.

47 SCOTTI (h.), Derecho registral inmobiliario, pág. 18; citado por Cornejo, Américo Atilio. Derecho Registral, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, pág. 202.

48 El asiento se refiere a las anotaciones que se practican en el folio real en el momento de proceder a la operación de matriculación, sea por el primer ingreso del inmueble al registro, o bien por la matriculación a consecuencia del vuelvo al sistema de folio real. Una vez practicado el asiento de matriculación, en el folio se practicarán todos los asientos que sean consecuencia del ingreso de algún documento inscribible que contenga un acto referido a ese inmueble.

el polígono comprendido y su superficie, conforme al plano de mensura aprobado al efecto⁴⁹.

La titularidad, los gravámenes, las medidas cautelares, las cancelaciones, los levantamientos y los certificados referentes al derecho real de superficie se registrarán y publicitarán en los distintos rubros del folio real "SA" o "SPHA", según el caso.

En el caso de que el superficiario afectara su derecho a propiedad horizontal, el documento se registrará en la forma de estilo (SPHB y SPHA), tomando como referente el folio real "SA" de origen del derecho real de superficie⁵⁰. Se generarán matrículas "PHB" por las unidades creadas y "PHA" para cada una de las mismas.

Cuando se solicite un informe de dominio por el número de la matrícula correspondiente al inmueble "madre" se informarán además las matrículas abiertas en ocasión de inscribirse el derecho de superficie, es decir, matrículas "A", "SA", "SPHB", "SPHA".

XVI.2. EXTINCIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

La extinción deberá ser rogada expresamente por parte interesada una vez operada cualquiera de las causales que establece la ley para ser cancelado el derecho registralmente. Deberá ser instrumentada por escritura pública o documento judicial, y será objeto de calificación la causal de extinción: renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, consolidación, no uso durante diez años para construir, y de cinco, para el derecho a plantar o forestar.

El art. 5 de la Disposición Técnico Registral 21/2016 establece que la registración de la extinción del derecho de superficie se anotará en el rubro

49 En la Disposición Técnico Registral 3/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal, se estableció en cambio, que existirán dos tipos de matrícula. Artículo 3º. La inscripción del derecho real de superficie se practicará en la matrícula donde conste inscripto el dominio o el condominio, en el rubro referido a sus gravámenes y restricciones y haciendo constar la constitución del derecho real, el plazo convenido en su título o su condición resolutoria, los datos personales del superficiario, el número y fecha de la escritura, el nombre del escribano autorizante y su registro notarial, los certificados utilizados, si el negocio ha sido gratuito u oneroso indicando, en su caso, el precio establecido, y la fecha y número de presentación del documento. Inscripto este último en forma definitiva, se abrirá una submatrícula, con el número de la de origen y la sigla ST, si la superficie se constituye sobre todo el inmueble, o SP, si la superficie se constituye sobre parte determinada de aquel; en este último supuesto, la sigla SP se completará con un número de orden que permita individualizar cada uno de los derechos de superficie constituidos en un inmueble determinado.

50 Artículo 3º, Disposición Técnico Registral 21/2016.

“Descripción del inmueble” correspondiente a cada uno de los folios reales comprendidos (Folio real de origen y “SA”).

XVII. FIGURAS AFINES Y SUS DIFERENCIAS

El derecho de superficie resulta afín a algunas figuras jurídicas, legisladas con anterioridad, que al igual que el derecho de superficie limitan el dominio, pero son diferentes:

USUFRUCTO

Tanto el derecho de superficie como el usufructo son derechos reales de uso y goce sobre una cosa ajena. Mientras que el usufructo, es un derecho de carácter personal, que se constituye en favor de una persona determinada, pudiendo ser vitalicio si no se hubiere pactado plazo alguno, y se extingue con la muerte del usufructuario; el derecho de superficie tiene un plazo máximo establecido por ley.

El usufructo no es gravable, y el usufructuario, al usar y gozar del suelo ajeno, deberá respetar la forma y sustancia de la cosa. Por el contrario, el derecho del superficiario es gravable, pudiendo el superficiario constituir derechos reales sobre el objeto afectado y, además, es transmisible *inter vivos* y *mortis causa*, teniendo la obligación de alterar la sustancia de la cosa, para cumplir con la finalidad del derecho concedido (construir o plantar)⁵¹.

ARRENDAMIENTO

En ambos derechos existe cesión de una cosa para el aprovechamiento por parte de un tercero. La primera diferencia estriba en que mientras la locación se constituye en un contrato, la superficie es un derecho real autónomo⁵². El arrendatario no es propietario de las mejoras introducidas en la cosa ajena como si lo es el superficiario, ni tiene la facultad de disponer o gravar la misma, facultades inherentes al derecho del superficiario, quien cuenta con un derecho de dominio desmembrado.

ENFITEUSIS

Tanto la superficie como la enfiteusis son derechos reales, radicando la principal diferencia en que en la enfiteusis el beneficiario no tiene limitaciones de sus facultades para servirse del suelo ajeno, en cambio el superficiario solo puede ejercer su derecho en base a una finalidad específica para la cual fue constituido

51 ACQUARONE DE RODRÍGUEZ, María T.; Azpeitia, Alberto M.; Bonnano, Susana M.; Crespo, Águeda L.; De Hoz, Marcelo A.; Diner, Viviana M.; Donnelly, Catalina; Ferrari, Lucía H., Leiguarda, Álvaro J.; Luján, Amalia M. y Saraví, Miguel A. Revista del Notariado, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, enero-marzo 1987, pág. 32.

52 FERNÁNDEZ COSSINI, Elda; Hefling, Mariana; Ríos, Bárbara y Vásquez, Gonzalo Matías. Ob. cit., pág. 916.

(forestar, plantar o construir), pudiendo extinguirse el derecho en caso de no ser cumplida.

La enfiteusis es onerosa, debiendo abonarse al dueño del suelo un canon periódico, mientras que el derecho de superficie puede ser oneroso o gratuito.

XVIII. PRÁCTICA NOTARIAL: MODELO DE ESCRITURA PARA CONSTITUIR DERECHO REAL DE SUPERFICIE PARA CONSTRUIR

ESCRITURA NÚMERO... CONSTITUCIÓN DE DERECHO REAL DE SUPERFICIE: Juan Pablo SÁNCHEZ a favor de Pedro PÉREZ. En la Ciudad de..., Provincia de Buenos Aires, a los... días del mes de... de..., ante mí, Escribana autorizante, COMPARECEN: por una parte el señor Juan Pablo SÁNCHEZ, argentino, nacido el... de... de..., quien manifiesta ser (*completar con estado civil*), con Documento Nacional de Identidad..., CUIL/T..., domiciliado en..., en adelante el PROPIETARIO-CONSTITUYENTE, y por la otra parte, el señor Pedro PÉREZ, argentino, nacido el... de... de..., quien manifiesta ser (*completar con estado civil*), con Documento Nacional de Identidad..., CUIL/T..., domiciliado en..., quienes intervienen por sí y justifican su identidad en los términos del artículo 306 inciso a del Código Civil y Comercial de la Nación, a través de los documentos idóneos que en originales me exhiben y en fotocopias certificadas agrego a la presente. Y dicen: PRIMERO: Que el señor Juan SÁNCHEZ, CONSTITUYE DERECHO REAL DE SUPERFICIE a favor del señor Pedro Pérez, por el PLAZO de... AÑOS⁵³, respecto de UN LOTE DE TERRENO⁵⁴, ubicado en..., con frente a la calle..., designado en el plano... que cita su título antecedente, como lote..., que mide:..., lindando con...; o sea una SUPERFICIE de... Cuya NOMENCLATURA CATASTRAL es: Circunscripción:..., Sección:..., Quinta:..., Parcela:... Partida:... Con valuación fiscal de \$..., y valuación fiscal al acto de \$..., para el corriente año, según certificado catastral... Las medidas, superficie y linderos consignados en título son coincidentes con los que describe la cédula catastral. SEGUNDO: este derecho real se constituye a los efectos que el superficiario realice la construcción de un edificio, el cual será sometido a

53 Según el art. 2117 CCyC, si se tratara de construcciones el plazo no podrá exceder de 70 años, y 50 años para el caso de las forestaciones o plantaciones.

54 Según el art. 2116, la extensión del inmueble que se utilizará para alcanzar el objetivo previsto puede ser inferior a la total del predio, siendo necesario un plano de mensura que la identifica individualizándolo. No obstante esta planimétrica el resto del predio se puede mantener afectado con un destino diferente al previsto para la constitución del derecho. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, "Programa de capacitación sobre el Código Civil y Comercial de la Nación", Delegación Bahía Blanca, 8 de junio de 2017, Módulo Once.

propiedad horizontal, y contará de cinco unidades funcionales, de las cuales tres serán destinadas a vivienda, y otras dos a locales comerciales, no pudiendo tener la construcción un destino distinto al establecido en la presente cláusula. El superficiario tendrá a cargo cumplir con los requisitos de confección del respectivo plano de propiedad horizontal y redacción por escritura pública e inscripción del reglamento de propiedad en el Registro de la Propiedad Inmueble. Además, podrá transmitir y gravar las unidades funcionales en forma independiente del terreno durante el plazo de duración del derecho de superficie. TERCERO: el precio total y definitivo acordado por las partes para la presente constitución de este derecho real de superficie es de... PESOS, que el constituyente recibe en este acto de manos del superficiario, ante mí, que certifico, por lo que le otorga suficiente recibo y carta de pago, sin tener que reclamar nada al respecto en lo futuro. CUARTO: el señor Juan Sánchez le otorga al señor Pedro Pérez la posesión de la totalidad del inmueble mediante tradición efectuada antes de este acto, y se obliga al saneamiento por evicción conforme a derecho. QUINTO: el propietario-constituyente (superficiante) declara que: a) el dominio del inmueble le corresponde en forma exclusiva, no estando afectado por embargos, hipotecas, superficies, ni demás restricciones. b) No se encuentra inhibido para disponer de sus bienes. c) Toma a su cargo todas las deudas que, en concepto de impuestos, tasas y contribuciones, graven al inmueble hasta el día de hoy. SEXTO: el superficiante manifiesta que no se encuentra en unión convivencial y el inmueble objeto de la presente, no es su vivienda, por lo que no se requiere asentimiento para el perfeccionamiento de la presente. SÉPTIMO: el superficiario DICE: 1) que ACEPTA el derecho real de superficie constituido a su favor, con el objetivo de llevar a cabo la edificación anteriormente detallada, cumpliendo las formas y plazos acordados con el superficiante; 2) Que se encuentra en posesión material del inmueble, recibido de conformidad, por tradición efectuada antes de este acto. 3) Que se obliga a reintegrar la posesión del inmueble al propietario, vencido el plazo pactado (o al de su prórroga), sin necesidad de interpelación o requerimiento alguno. 4) Que se obliga al pago de los impuestos, tasas y contribuciones que correspondan al inmueble y al derecho transferido, a partir del día de hoy, y hasta el cumplimiento del plazo pactado. OCTAVO: AMBAS partes manifiestan: 1) que el superficiario podrá afectar su derecho con garantías reales. 2) Que producida la extensión del derecho de superficie, el propietario deberá indemnizar al superficiario en la medida de su enriquecimiento. CONSTANCIAS NOTARIALES: Y yo, Notaria Autorizante, hago constar: 1) CORRESPONDE el inmueble determinando al constituyente por compra que realizara siendo del mismo estado civil que el actual, a..., según escritura..., de fecha... de... de..., ante el escribano..., titular del Registro..., al folio..., e inscripto en el Registro de la Propiedad con fecha... de... de..., en la matrícula... de..., Provincia de Buenos Aires; 2) CERTIFICADOS REGISTRALES:... 3)... Leo esta escritura a los comparecientes, quienes se ratifican y firman, ante mí, doy fe.

XIX. COMENTARIO FINAL

Es necesario que el notariado se aboque al estudio de este nuevo derecho real incorporado al Código Civil y Comercial, ya que es labor del notario como asesor jurídico, analizar el negocio legal que las partes le requieren que formalice por escritura pública y está obligado a advertirle a sus requirentes sobre las ventajas y desventajas de la figura jurídica que desean utilizar.

En consideración a que el nuevo Código vigente ha incorporado este derecho real de superficie como un derecho que surge para darle respuesta a una necesidad social producto de los avances y cambios sociales que fueron surgiendo a lo largo del tiempo, como un medio para expandir el mercado inmobiliario y como una herramienta para acceder a una vivienda, los notarios deben ser quienes tomen el papel de actores protagónicos en cuanto a la adaptación y puesta en práctica de este derecho real de superficie.

La Ley 26.994 ha sido el comienzo de un largo recorrido que se irá corrigiendo y mejorando con el paso del tiempo, a través del estudio y la capacitación, y en cuanto al derecho de superficie deberá ser complementado con el dictado de leyes que resulten necesarias para una correcta aplicación, como sería el dictado de normas tributarias.

Es este Código un desafío al cambio, debiendo los notarios no temerle a lo nuevo, y transmitir confianza y seguridad a quienes deseen realizar negocios jurídicos adaptados a la nueva normativa actualmente vigente.

XX. BIBLIOGRAFÍA

- ACQUARONE DE RODRÍGUEZ, MARÍA T.; AZPEITÍA, ALBERTO, M.; BONNANO, SUSANA M.; CRESPO, ÁGUE-DA L.; DE HOZ, MARCELO A.; DINER, VIVIANA M.; DONELLY, CATALINA; FERRARI, LUCÍA H.; LEI-GUARDA, ÁLVARO J.; LUJÁN, AMALIA M. y SARAVÍ, MIGUEL A. Revista del Notariado, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, enero-marzo 1987.
- ALTERINI, JORGE HORACIO. "Derecho real de superficie", Revista del Notariado 850, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, noviembre 1997, número aniversario.
- BRANDI TAIANA, MARITEL MARIELA. "Derecho superficiario fiduciario. ¿Ahora sí?", Revista del Notariado 916, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, abril-junio 2014.
- CORNEJO, AMÉRICO ATILIO. *Derecho Registral*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001.
- D'ALESSIO, CARLOS M.; ACQUARONE, MARÍA T.; BENSEÑOR, NORBERTO; CASABÉ, ELEONORA. "Teoría y técnica de los contratos. Instrumentos públicos y privados", Ed. La Ley, 2015.
- LINARES DE URRUTIGOITY, MARTHA y PUJOL DE ZIZZIAS, IRENE. "Objeto del derecho real de superficie: con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la Ley 25.509", Revista del Notariado 867, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, enero-marzo 2002.

- MARIANI DE VIDAL, MARINA. *Derechos Reales*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2009, T. 3.
- MARIANI DE VIDAL, MARINA y ABELLA, ADRIANA. Capítulo 8: "Derecho de superficie", en: Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana. *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, Tomo 1, Buenos Aires, Zavalía, 2016.
- POSTERARO SÁNCHEZ, LEANDRO y YACOPINO, MARÍA CELESTE. Derecho a sobreelevar. Revista Notarial N°944. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2003.
- POSTERARO SÁNCHEZ, LEANDRO N. XXXII Jornada Notarial Argentina. "El derecho de sobreelevar en el nuevo ordenamiento legal", Tema 4, Ciudad de Buenos Aires, 24 a 26 de agosto de 2016.
- SÁENZ, PEDRO F. y RACHID, MARTÍN. "Reflexiones sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial", Revista del Notariado 927, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, enero-marzo 2017.
- ZAVALA, GASTÓN AUGUSTO. "Derecho real de superficie", Revista del Notariado 936, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2000.

S.O.S.: ¿SUPERFICIE O SOBREELEVACIÓN?

María Silvana Fiorentino

SUMARIO: I. Ponencias. II. Introducción. III. El derecho real de superficie: concepto y características. IV. Comparación entre el derecho de sobreelevación y el derecho de superficie. V. Conclusión. VI. Bibliografía

* Accésit compartido del tema 1: "Derecho real de superficie. Emprendimientos inmobiliarios".

I. PONENCIAS

1. Se debe distinguir entre el objeto de constitución del derecho real de superficie (inmueble ajeno) y el de su ejercicio.

2. En cualquiera de las modalidades de ejercicio el objeto del derecho real recae sobre un “bien propio”.

3. No estamos en presencia de un dominio desmembrado, sino todo lo contrario. En el derecho de superficie coexisten dos derechos reales independientes: el del titular del suelo y el del superficiario; lo que se divide es el inmueble y no el derecho ya que ambos propietarios conservan todas sus facultades materiales y jurídicas.

4. Nada impide que se constituyan diferentes derechos reales de superficie en cada uno de los planos físicos de un mismo inmueble o en una parte materialmente determinada. En estos casos se aconseja individualizar el emplazamiento en un croquis y asignar una nomenclatura catastral y partida inmobiliaria independiente de las del suelo.

5. Resultará útil para el desarrollo del derecho la convención y asignación por las partes de una cota constructiva.

6. La prórroga o renovación del plazo convenido nunca podrá superar el máximo legal permitido; caso contrario se estaría vulnerando el espíritu de la ley y desvirtuando el carácter de derecho real temporario que lo caracteriza.

7. No se observan impedimentos en constituir el derecho de superficie sobre bienes privados del Estado, lo cual resultaría de utilidad para el desarrollo de viviendas sociales.

8. La adquisición del derecho real de superficie sólo puede realizarse por un contrato, gratuito u oneroso, estando vedada por decisión judicial.

9. La transmisión a un tercero entre vivos debe ser por un acto traslativo, siendo viable la adquisición en subasta judicial.

10. La transmisión “mortis causa” se resuelve aplicando las normas de vocación hereditaria o por acuerdo de partición de bienes.

11. El derecho real de superficie nace con título y modo suficientes; exigiendo su posterior inscripción para oponibilidad a terceros interesados. Se deberá requerir el asentimiento conyugal, en caso de corresponder, por tratarse de un acto dispositivo.

12. En el supuesto de la extinción del derecho de superficie por renuncia del superficiario la misma deberá ser expresa y manifestada en escritura pública, con vocación registral.

13. En el caso de extinción del derecho por cumplimiento de una condición resolutoria se recomienda plasmar en acta notarial el acaecimiento del hecho y rogar su publicidad.

14. La extinción del derecho de superficie por vencimiento del plazo legal o convenido se produce de pleno derecho.

15. Si el motivo de la extinción del derecho real fuese por el no uso por tratarse de una cuestión de hecho se aconseja instrumentar en escritura pública tal situación con la comparecencia de ambas partes y rogar su inscripción; o bien definirlo por decisión judicial.

16. Ante una eventual destrucción de lo construido se sugiere que el superficiario contrate un seguro de caución.

17. Con relación a la indemnización las partes pueden convenir libremente en el contrato constitutivo o posteriormente cualquiera de las siguientes opciones: el pago de un monto determinado; la eximición de su pago; la renuncia a su cobro; la transmisión de todo o parte del inmueble al superficiario; combinar las figuras del derecho de superficie con el contrato de leasing; etcétera.

18. La posibilidad de combinar el derecho real de propiedad horizontal con el derecho real de superficie evidencia importantes contradicciones, en virtud del carácter común y accesorio del suelo y la inescindibilidad de las partes comunes y privativas exigidas para la aplicación del primero. Por ello se debe considerar que tal situación configura una excepción legal.

19. Al emplazarse la construcción sobre el espacio aéreo de un edificio (sector común) resulta exigible el consentimiento unánime de los propietarios, y eventualmente el asentimiento conyugal, otorgado en escritura pública en forma autónoma o previsto en el reglamento de propiedad horizontal; o bien mediante poderes especiales irrevocables a tales efectos.

20. Existe una supremacía del derecho real de superficie sobre el derecho a sobreelevar, ya que soluciona básicamente la necesidad económica de los desarrollistas al evitar la inversión inicial en la compra de un terreno.

II. INTRODUCCIÓN

“Y sin embargo se mueve...”. Estas fueron las palabras pronunciadas por el ilustre científico GALILEO GALILEI luego de retractarse de su teoría heliocéntrica del mundo frente a la Santa Inquisición.

Esta famosa frase también resulta aplicable al derecho, pues el mismo no es un concepto estanco sino todo lo contrario: es dinámico, cambiante, movedizo, influenciado por los avatares económicos, sociales y/o culturales del mundo globalizado en que vivimos.

A partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación transitamos una época de cambios estructurales en nuestra plataforma jurídica. Algunos de sus clásicos institutos se han transformado, dejando de lado sus raíces y dando lugar a nuevos paradigmas. Situaciones jurídicas novedosas han sido incor-

poradas en nuestro derecho positivo, modificando de alguna manera conceptos clásicos; e incluso el rol de “cybernotario” ya no nos resulta algo lejano.

En cuanto a los derechos reales, donde el “orden público” es el amo y señor, ellos tampoco resultaron inmunes a esta ola de cambios; y si bien fue el resultado de un proceso a lo largo de estos últimos años, su fruto más exótico resultó ser el derecho real de superficie.

En el presente trabajo se analizarán sucintamente las normas jurídicas que regulan este nuevo instituto, proponiendo posturas y soluciones doctrinarias a fin de aclarar aristas dudosas que surgen de su interpretación, para luego adentrarnos en una comparación con el derecho de sobreelevación con el objetivo de dilucidar la conveniencia de los institutos.

III. EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

El artículo 2114 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: “Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales”.

De su lectura se desprenden algunas de sus notas características:

1.- Es un derecho autónomo: avalado además por su enumeración en el artículo 1887 del Código Civil y Comercial de la Nación.

2.- Es temporario: la exigencia de un plazo constituye un requisito esencial que lo distingue.

3.- Se constituye sobre un inmueble ajeno: quebrando con el principio de “superficie solo cedit”.

4.- Otorga a su titular las más amplias facultades de uso, goce y disposición para el ejercicio de su derecho.

5.- Se imponen objetivos legales determinados: plantar, forestar y/o construir, los cuales no son excluyentes.

6.- Permite la utilización del inmueble desde una óptica tridimensional: la rasante, el vuelo o el subsuelo.

7.- Debe ser constituido por título y modo suficientes, y requiere de su inscripción registral para oponibilidad a terceros interesados.

8.- Es transmisible por actos entre vivos o *mortis causa*.

9.- Se ejerce sobre un “bien propio”: ya sea una cosa o un derecho.

III.1. MODALIDADES, OBJETO Y NATURALEZA JURÍDICA

Desentrañar la naturaleza jurídica de este instituto resulta un desafío ineludible: ¿nos encontramos frente a un derecho real que se ejerce sobre una cosa propia o sobre una cosa ajena? Primeramente corresponde analizar las diferentes modalidades que surgen del cuerpo normativo para luego poder adentrarse en el meollo en cuestión.

En virtud a lo expuesto precedentemente, el artículo 2114 dispone que el derecho real de superficie otorga a su titular las más amplias facultades jurídicas y materiales distinguiendo dos supuestos fácticos: a) del derecho de plantar, forestar o construir, o b) sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo.

Por su parte, el artículo 2115 del mencionado cuerpo legal establece: “Modalidades. El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones y forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido. También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad. En ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo”.

De la conjunción de ambos artículos se desprende claramente que se puede constituir el derecho real bajo dos modalidades, pero se debe hacer la salvedad que la primera de ella, a su vez, puede desdoblarse. Es decir, que el esquema legal quedaría presentado de la siguiente manera:

1.a) “El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno”.

1.b) “haciendo propio lo plantado, forestado o construido”.

2) “También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad”.

1.a) La primera etapa se inicia con la constitución del derecho real de superficie y culmina cuando el superficiario cumple con el objetivo legal de plantar, forestar o construir.

Por su parte, el artículo 1888 del Código unificado califica como derecho real sobre cosa total o parcialmente propia la superficie cuando existe propiedad superficiaria.

Por ello, resulta clave dilucidar desde cuándo existe propiedad superficiaria, pues el Código no ha esgrimido una definición al respecto. Además, al tratar el tema de la adquisición y transmisión del derecho real de superficie tampoco ha formulado diferenciación alguna y por ello sus normas se aplican indistintamente a cualquiera de las modalidades enunciadas en la ley de fondo.

Lo cierto es que el concepto de derecho de propiedad ha sido reconocido y garantizado por nuestra Constitución Nacional, receptándolo de una forma más

amplia que el concepto de dominio, ya que comprende todos los derechos subjetivos de contenido patrimonial, abarcando no sólo las cosas sino también los derechos.

Consecuentemente, en cuanto a la naturaleza jurídica de esta etapa la doctrina no ha sido pacífica. Para algunos renombrados juristas durante esta etapa del derecho a construir o “*ius edificandi*” las facultades concedidas al superficiario para plantar, forestar o construir constituyen meramente herramientas de origen de la propiedad superficiaria. Para ellos, al no existir una cosa materialmente determinada, sino sólo un derecho, no podría entenderse que existe una propiedad superficiaria, y en consecuencia el derecho real se ejercería sobre cosa ajena. La doctora AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI ha expresado al respecto que el “*ius edificandi* es un derecho de usar un inmueble ajeno con un fin determinado, afirmando que posee un carácter real, dado que se trata de una relación inmediata sobre cosa ajena, oponible *erga omnes*, desde que el superficiario tiene, en esta etapa, acciones posesorias, petitorias, etc.”¹.

Ahora bien, resulta de interés recordar que el art. 2311 del Código velezano exigía que el objeto del derecho real recayere sobre una cosa que tuviera existencia material (no futura) al momento de constituirse el derecho real. Actualmente ese concepto ha girado radicalmente pues el art. 1883 “*in fine*” del actual Código permite que el objeto de un derecho real también pueda consistir en un bien taxativamente señalado por la ley.

En el caso en cuestión observamos que la plantación, forestación y/o construcción aún no se han materializado, y en consecuencia todavía no podría decirse que existe una cosa propiamente dicha, pero se debe aclarar que dichos derechos constituyen los fines u objetivos legales impuestos al superficiario. Ellos no deben confundirse con el objeto del derecho real que estaría conformado por el “espacio” o “cubo de aire” en donde se van a cumplir los citados objetivos. Este espacio conformaría un bien susceptible de valor económico, de existencia actual, que a pesar de que no lo veamos no podemos negar su existencia.

Además, es el mismo Código, mediante el enunciado del art. 2120, el que permite al titular superficiario constituir derechos reales de garantía, transmitir y/o ejecutar el derecho de superficie durante el transcurso de cualquiera de sus etapas o modalidades. De esta manera, el derecho positivo se aleja del fundamento de VÉLEZ SARFIELD que no permitía la hipoteca sobre un derecho, sino sobre un inmueble que debía continuar en poder del deudor, porque consideraba que sólo la cosa podría ser vendida para pagar el crédito. La acertada postura actual de los legisladores, de esta manera, elimina esa antigua traba para el desarrollo y cumpli-

1 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y Puerta de Chacón, Alicia. *Derecho real de superficie*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 12.

miento de un proyecto comercial, entendiendo que justamente al inicio del mismo es cuando más urge la disponibilidad de dinero en efectivo para la inversión.

Por su parte, el Banco Central de la República Argentina aprobó recientemente la incorporación expresa del “derecho de superficie” como garantía bancaria. Mediante la Comunicación “A” 6297 del 11 de agosto del corriente año incluyó taxativamente al derecho de superficie, como así también a los inmuebles y/o derechos de superficie sobre los que se haya constituido una propiedad fiduciaria, pero exigiendo que la entidad financiera prestamista tenga asignada, en el contrato de fideicomiso, la mejor prelación de cobro respecto del resto de los acreedores. Es decir, que permite a los desarrollistas llevar a cabo sus proyectos de inversión mediante el financiamiento bancario ofreciendo como garantía el flujo de fondos de la explotación comercial. Indirectamente, se está reconociendo que el derecho a edificar, en este supuesto, es un bien que puede ser objeto de hipoteca.

Por otra parte, la facultad de gravar el derecho de superficie otorgada al superficiario no requiere de la conformidad del titular del suelo, lo cual resultaría contradictorio si el derecho real se ejerciera sobre cosa ajena.

En virtud de lo expuesto se concluye que durante esta etapa el derecho real de superficie se ejerce sobre un “bien o derecho propio”.

1.b) En este supuesto la plantación, forestación o construcción ya se materializaron y por ello la doctrina mayoritaria entiende que existe propiedad superficiaria sobre ellas. No caben dudas que durante esta etapa, que culmina con la extinción del derecho real de superficie, éste se ejerce sobre una “cosa propia”.

2) Esta modalidad se caracteriza por atribuir al superficiario la propiedad sobre una plantación, forestación o construcción ya existentes. En otras palabras, resulta coetáneo el nacimiento del derecho real de superficie y de la propiedad superficiaria, según algunos juristas, dependiendo de la postura que se adopte, ya que como se expuso “ut supra” el concepto de propiedad incluye derechos y cosas. Existe coincidencia doctrinaria en catalogar que durante esta etapa el derecho real se ejerce desde el inicio sobre una “cosa propia”.

III.2. EMPLAZAMIENTO

El art. 2116 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: “Emplazamiento. El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes dentro del régimen de propiedad horizontal...”.

En primera instancia se observa que el principio de accesión regulado en el art. 1945 del Código vigente permanece suspendido hasta la extinción del derecho real de superficie, para luego renacer con todos sus efectos. De esta manera

se quiebra temporariamente el antiguo precepto romano de la extensión de la propiedad del suelo “desde el cielo hasta el infierno”.

Resulta de importancia fundamental distinguir entre el objeto del derecho real de superficie (derecho o cosa inmueble) del lugar físico o emplazamiento en donde se desarrolla ese derecho (el suelo o una parte material de éste; el vuelo y/o el subsuelo).

Conforme el citado artículo una de las notas distintivas de este derecho real es la posibilidad de su ejercicio sobre cada una de las tres dimensiones del inmueble: el suelo o rasante, el subsuelo y el vuelo o espacio aéreo. Las mismas no son excluyentes, sino todo lo contrario, nada impide que se puedan constituir diferentes derechos de superficie en cada uno de los planos mencionados, o en una parte materialmente determinada de ellos. El titular de dominio del inmueble puede dividirlo en partes separadas y constituir diferentes derechos reales sobre cada uno de los planos. En concordancia, el art. 1883 de nuestro cuerpo normativo permite que el objeto del derecho real se ejerza sobre la totalidad o una parte material de la cosa. A mi entender, lo que estaría vedado es la coexistencia de más de un derecho de superficie sobre la misma parte material del inmueble.

Con respecto a esta modalidad la Dirección de Geodesia de la Provincia de Buenos Aires junto con el Registro de la Propiedad Inmueble de esta Provincia han reglamentado en forma integral y precisa la ley de fondo. La exigencia requerida para lograr su eficacia registral consiste en acompañar un plano de mensura que tenga como objeto la constitución del derecho real. De esta manera la reglamentación local se ha apartado de lo dispuesto en el art. 1º inciso d. del Decreto 5479/65 de esta Provincia que exige que se acompañe un croquis de delimitación de la superficie que se afectará sin requerir planos de división. Si bien esta normativa vigente se debe aplicar a los casos de locación, usufructo, servidumbres, uso y/o habitación, no habría inconveniente a que por analogía se hubiera aplicado al derecho real en cuestión.

Resulta oportuno aclarar que la confección de un plano de mensura implica una medición del terreno en forma lineal, por lo cual considero apropiado fijar además la cota constructiva o altura eventual hasta la cual se podrá ejercer el derecho de plantar, forestar y/o edificar, siempre respetando las normas que regulan su ejercicio. Además, a fin de cumplir con la especialidad del objeto, y favorecer el control de legalidad que deberá realizar la autoridad administrativa, el Organismo Administrativo debería generar una nomenclatura catastral y partida inmobiliaria específica.

Cabe destacar que a pesar de una eventual división física el inmueble el mismo continúa siendo uno solo. Esta desmembración material abre la puerta a la posibilidad de coexistencia de objetos de derecho independientes. Debemos distinguir entre el objeto de constitución del derecho que se efectúa sobre un

inmueble ajeno (ocupando el superficiario la rasante, el vuelo y/o el subsuelo), del objeto de su ejercicio que recae sobre un bien propio.

Dicho en otras palabras, pueden coexistir dos propiedades diferentes, la del titular sobre el suelo y la del superficiario sobre lo plantado, forestado o construido o sobre su derecho a cumplir con los objetivos legales. De la interpretación del art. 2115 "in fine" del CC en ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo. Lo que se divide es el inmueble, no el derecho. El superficiario posee un objeto de derecho independiente, separado del objeto de derecho del titular del suelo, a pesar que el inmueble continúa siendo uno solo.

No comparto la posición doctrinaria que considera al derecho real de superficie una especie de dominio desmembrado, similar al usufructo, en donde la propiedad se divide en nuda propiedad y dominio útil, repartiendo las clásicas facultades de usar, gozar y disponer del inmueble, y en la cual cada una de sus partes (o sujetos de derecho) se reparten estas facultades, y en consecuencia limitan sus derechos. En cambio en este nuevo derecho real cada uno de los sujetos intervinientes conserva todas sus facultades de usar, gozar, disponer física y materialmente, en forma íntegra: el titular de dominio del suelo conservará sus facultades jurídicas y materiales siempre y cuando no perturbe el derecho del superficiario, y este último, a su vez, podrá ejercer todas las facultades que se le atribuyen por ley, todo ello de acuerdo a lo establecido en los arts. 2120 y 2121 del Código Civil y Comercial de la Nación.

III.3. PLAZO

El art. 2017 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: "Plazos. El plazo convenido en el título de adquisición no puede exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para las forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie. El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos".

Esta norma complementa el concepto del derecho de superficie emanado del art. 2114 del mencionado cuerpo legal que lo define expresamente como "temporario". Esta característica lo diferencia especialmente del derecho real de dominio en el cual se encuentra presente el carácter de perpetuidad.

Es oportuno recordar que VÉLEZ SANSFIELD se oponía tajantemente a esta clase de derechos y/o a las desmembraciones del dominio por considerarlos una fuente de pleitos y discordias. Por ello, el nuevo Código ha introducido esta figura teniendo en cuenta la importancia de limitar su plenitud a un plazo acotado a efectos de dar cumplimiento con los objetivos impuestos por la ley. Desde ya, en virtud de

la autonomía de la voluntad, las partes pueden convenirlo libremente de acuerdo a sus propios intereses. Podrán asimismo prorrogarlo (antes de su vencimiento) o renovarlo (una vez vencido el mismo), lo cual implica en este último supuesto la convención de un nuevo contrato y, consecuentemente, la fijación de un nuevo plazo. Considero que ese plazo total, ya sea en virtud de una prórroga o por renovación de contrato, no debería superar el máximo establecido por nuestro Codificador, pues caso contrario se estaría burlando el espíritu de la ley y desvirtuando el carácter de temporario de este derecho real. La fijación de un plazo máximo debe entenderse como un precepto de orden público, impuesto a efecto de ser respetado a fin de evitar situaciones jurídicas "in eternum" que podrían, además, eventualmente afectar derechos de herederos y/o acreedores. La imposición de un plazo máximo legal podría asimilarse al regulado para el contrato de fideicomiso.

Con respecto a la convención de un plazo mínimo se aconseja que sea adecuado para el desarrollo del proyecto, tomando en cuenta el plan de inversión y el análisis contable de su rentabilidad.

En cuanto al momento desde el cual comienza a contarse el plazo se tendrá por válido el de la adquisición del derecho real, es decir con el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio y la correspondiente tradición.

III.4. LEGITIMACIÓN

El art. 2118 dispone: "Legitimación. Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal".

El Codificador ha sido muy preciso al enunciar los supuestos de legitimación para constituir el derecho real de superficie, pero lamentablemente omitió aclarar si se incluía únicamente a los bienes de propiedad privada de los particulares o si también permitía constituir el derecho real sobre los bienes del Estado. Es oportuno recordar que, a su vez, estos últimos se dividen en los de dominio público, que se caracterizan por estar fuera del comercio y ser imprescriptibles, inembargables e inejecutables; y los de dominio privado, que carecen de estas cualidades. Por ello, no veo inconveniente en constituir el derecho real de superficie sobre estos últimos, lo cual, además, resultaría totalmente conveniente para el desarrollo de viviendas con fines sociales.

Ahora bien, de la exégesis del mencionado artículo, y en concordancia con las demás disposiciones establecidas en nuestro derecho de fondo, se desprende que el derecho real de superficie puede constituirse por los siguientes legitimados:

- a) Por el único titular de dominio del inmueble;
- b) Por la conformidad unánime de todos los condóminos (artículo 1990 del Código vigente); y

c) Por la conformidad unánime de todos los titulares de propiedad horizontal (arts. 1990 y 2052 del nuevo Código Civil y Comercial).

A su vez, el art. 2116 “in fine” del mismo cuerpo legal dispone que el derecho real puede constituirse sobre construcciones ya existentes aún dentro del régimen de propiedad horizontal. Es decir que, por la exégesis de ambas normas legales, se pueden distinguir tres supuestos:

c.1) Que todos los propietarios de un edificio constituyan un derecho de superficie sobre el inmueble ya sometido a propiedad horizontal;

c.2) Que un propietario de edificio constituya el derecho real de superficie sobre su unidad funcional; y

c.3) Que el superficiario afecte a propiedad horizontal su derecho real.

Por aplicación de los preceptos generales de nuestro derecho positivo debemos interpretar que el derecho real de superficie puede constituirse a favor de personas humanas o jurídicas.

III.5. ADQUISICIÓN Y TRANSMISIÓN

El art. 2119 del Código vigente dispone: “Adquisición. El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título”.

A efectos de una mejor comprensión de la norma, resulta conveniente distinguir dos situaciones jurídicas: la adquisición y la transmisión del derecho real.

a) La adquisición del derecho del superficiario se produce desde su acto constitutivo, es decir, que el mismo nace a partir del otorgamiento de un contrato válido, ya sea oneroso o gratuito. De la exégesis del artículo se desprende que sólo podría constituirse por acuerdo de voluntades, y en consecuencia no sería admisible su nacimiento por una decisión judicial.

b) La transmisión del derecho real a un tercero puede suceder de dos maneras:

b.1) Por un acto entre vivos, con la celebración de un nuevo contrato, ya sea a título gratuito u oneroso, que vincule a las partes y que sirva de causa fuente al título suficiente requerido para producir todos sus efectos legales. El superficiario sólo podría transmitir su derecho a un tercero por un acto traslativo. Del artículo de análisis se desprende que se encuentra prohibida la adquisición por usucapión, admitiéndose la prescripción breve a efectos del saneamiento del justo título. Al ser posible gravar el derecho real de superficie el mismo puede ser objeto de un eventual embargo y posterior adquisición en subasta judicial (caso contrario quedaría fuera del tráfico comercial hasta la extinción del derecho). Obviamente el nuevo adquirente deberá respetar los derechos constituidos por el superficiario hasta dicha extinción.

b.2) Por causa de muerte: pues el fallecimiento del superficiario no es causal de extinción del derecho real. La doctrina mayoritaria entiende que como solamente puede constituirse por un contrato bilateral no debería aceptarse su transmisión por medio de una manda inserta en un testamento. No caben dudas que resulta aceptable su transmisión del derecho real ya constituido en vida del causante a sus herederos, aplicando las reglas pertinentes con relación al acervo hereditario, y/o por un acuerdo de partición.

Como todo derecho real regulado en nuestro derecho positivo que se ejerce sobre un inmueble se deberán cumplir con los requisitos de título, modo y publicidad suficientes.

Conforme al art. 1892 del Código Civil y Comercial de la Nación los conceptos de título y modo suficiente no han variado sustancialmente con relación a los preceptos contenidos en el Código velezano ya que considera al primero como "... el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real"; y con respecto al modo suficiente establece que: "La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión...". Se requerirá, consecuentemente, la entrega y recepción voluntaria del bien objeto del derecho real.

Es decir, que el derecho real nace a partir de la suscripción de un contrato, gratuito u oneroso, instrumentado por escritura pública (título suficiente) y la entrega de la posesión (modo suficiente).

A su vez, a fin de obtener la debida publicidad declarativa del derecho y su oponibilidad a terceros interesados, se deberá inscribir en el Registro de la Propiedad correspondiente a cada jurisdicción, conforme al art. 1893 del nuevo Código. En la Provincia de Buenos Aires el Organismo local ha implementado mediante la sanción de la Disposición Técnico Registral 21/2016 un mecanismo de inscripción que merece consideración especial por su completa y criteriosa aplicación del derecho de fondo, cuya lectura y estudio recomiendo. De ella surge la necesidad de rogar el derecho real de superficie exigiendo su constitución por la totalidad de los titulares de dominio, de propiedad horizontal o de conjunto inmobiliario, determinar el plazo convenido por las partes, o en su defecto, el máximo establecido en la ley; y acompañar el plano de mensura (medición del terreno) que tenga como objeto la constitución del derecho real, sólo en el supuesto de superficie parcial del inmueble, como ya se mencionó precedentemente. Asimismo, establece que en el asiento correspondiente a la constitución del derecho real de superficie se deberá asentar en el rubro "Descripción del inmueble" del folio real comprendido, donde a su vez se dejará constancia del plano de mensura aprobado (en la hipótesis de parcialidad) y de la apertura de un nuevo folio real, o submatrícula por cada derecho real de superficie que se constituya. Es decir que el asiento registral de la constitución del derecho de superficie se practicará dos veces: a) en la matrícula de origen, en la parte destinada a la descripción del inmueble y b) en la nueva submatrícula de superficie, en el rubro de la titularidad.

No debemos olvidar que deberá requerirse el asentimiento conyugal regulado en los arts. 456 y 470 del Código Civil y Comercial, en caso de corresponder, por tratarse de un acto dispositivo.

III.6. EXTINCIÓN

El art. 2124 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone: “Extinción. El derecho de construir, plantar o forestar se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante diez años, para el derecho a construir, y de cinco, para el derecho a plantar o forestar.

En primera instancia se debe tener en cuenta que el Codificador se ha referido literalmente a una de las modalidades de ejercicio del derecho real de superficie limitándose a enunciar diferentes supuestos, a saber:

1. Renuncia expresa: en virtud de lo dispuesto en el art. 948 del mencionado cuerpo legal la renuncia no se presume y es de interpretación restrictiva. En consecuencia no sería viable la renuncia tácita. La misma deberá instrumentarse por escritura pública e inscribirse para la debida oponibilidad a terceros interesados, ya que se estaría indirectamente modificando el plazo legal o convenido. Por ser un acto jurídico unilateral se recomienda notificar al superficiante tal decisión, y a fin de convenir la devolución del inmueble.

2. Vencimiento del plazo: ya sea del consensuado por las partes en el contrato o del máximo legal permitido. En este supuesto la extinción se produciría de pleno derecho, sin necesidad de otorgamiento de ninguna clase de acto jurídico, pues ya se encuentra publicitado en el Registro correspondiente el momento de tal situación (similar a lo que acontece con la caducidad de una medida cautelar).

3. Cumplimiento de la condición resolutoria: resulta conveniente dejar plasmado en un acta notarial de constatación el acaecimiento de este hecho futuro e incierto, a requerimiento del superficiario, y rogar su inscripción registral para posibilitar el conocimiento “erga omnes”. Si la condición pactada no se cumple el derecho real se extinguirá al vencimiento del plazo máximo legal.

4. Consolidación: implica la reunión en un solo sujeto de derecho de ambas calidades, ya sea el superficiario o un tercero. En este caso se deberá seguir con los pasos indicados en el apartado 3) precedente; y

5. Por el no uso: la ley prevé plazos diferentes de acuerdo al objetivo legal previsto para el derecho de superficie. Considero adecuado en este caso, por tratarse de una cuestión de hecho definida por las pruebas, documentar tal situación en escritura pública, con su posterior registración, con la concurrencia y anuencia de ambas partes; caso contrario se deberá recurrir a un proceso judicial que así lo determine, y posteriormente publicitar debidamente para proteger a los terceros.

Cabe aclarar que no se observan inconvenientes en aplicar estas causales legales en forma indistinta en cualquiera de las etapas de desarrollo del derecho de superficie.

Complementariamente, se debe mencionar el supuesto contemplado en el art. 2122 del Código Civil y Comercial de la Nación, que dispone: “Destrucción de la propiedad superficiaria. La propiedad superficiaria no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario construye, nuevamente dentro del plazo de seis años, que se reduce a tres años para plantar o forestar”.

A fin de evitar eventuales perjuicios para las partes en el supuesto de concreción de esta causal de extinción del derecho, se recomienda pactar en el contrato constitutivo un seguro de caución que resguarde a las partes.

Resulta oportuno mencionar que una vez extinguido el derecho real de superficie renace con todos sus efectos el principio de accesión que fuera temporariamente suspendido al constituirse el derecho.

Asimismo, no se observan inconvenientes en aplicar las causales legales en forma indistinta en cualquiera de las etapas de desarrollo del derecho de superficie.

III.6.1. Efectos de la extinción

En cuanto los efectos de la extinción el art. 2125 de nuestra ley de fondo establece: “... Al momento de la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario. Si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie. Subsisten también los derechos personales durante el tiempo establecido”.

La norma resulta bastante clara al establecer en el supuesto de vencimiento del plazo, legal o convencional, los efectos retroactivos de los actos de disposición tanto entre las partes como con relación a terceros. Ahora bien, si el derecho de superficie se extingue antes del vencimiento de su plazo se deberá respetar los derechos reales constituidos a fin de no perjudicar a terceros ante el acaecimiento de un hecho involuntario a ellos, pues justamente la publicidad registral los ampara frente a una extinción anticipada.

Cabe aclarar que el nuevo Código se ha alejado de la postura adoptada por VÉLEZ SARSFIELD en cuanto al tratamiento de los actos de administración, al permitir su subsistencia frente a la extinción del derecho real en ambos supuestos.

III.6.1.1. Indemnización

El art. 2126 del cuerpo legal en estudio establece: “Indemnización al superficiario. Producida la extinción del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, excepto pacto en contrario. El monto de la indemnización es fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie, o en acuerdos posteriores. En subsidio, a los efectos de establecer el monto de la indemnización, se toman en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización”.

Una vez acaecida la extinción del derecho de superficie la ley otorga al superficiario un derecho peculiar: la posibilidad de cobrar una indemnización por las mejoras introducidas al inmueble las cuales acrecentaron el patrimonio del titular del suelo por el mayor valor o valuación del mismo. Podría decirse que sería como una compensación.

En virtud de la autonomía de la voluntad plasmada en nuestra ley de fondo en cuanto a convenciones se refiere, las partes podrían fijar, en el contrato constitutivo o posteriormente, una amplia gama de posibilidades, como por ejemplo: a) un monto indemnizatorio que consideren conveniente y razonable, b) la eximición de su pago por parte del titular del suelo, c) la renuncia del cobro por parte del superficiario por considerar que ya ha sido amortizado, o bien d) optar por la transmisión de todo o parte del inmueble a favor del superficiario.

Si bien el valor de la indemnización puede ser acordado incluso una vez extinguido el derecho real de superficie, se recomienda, a fin de evitar problemas futuros, pautar en el contrato constitutivo el monto, forma y plazo del efectivo pago de la misma; o bien dejar plasmado en dicho instrumento cuál será la opción elegida cuando se extinga el derecho de superficie.

Además, se aconseja convenir expresamente la concesión recíproca del derecho de tanteo frente a eventuales adquirentes futuros.

En el hipotético caso que las partes hubieren omitido expresar su voluntad con relación al monto indemnizatorio el Codificador ha establecido pautas objetivas para el cálculo del mismo, a fin de subsanar la “laguna convencional”.

Otra alternativa para convenir entre las partes sería la de combinar el derecho real de superficie con la figura del contrato de leasing. Mediante la utilización de esta herramienta jurídica el superficiario iría pagando un canon razonable (por el uso del terreno acorde al emplazamiento en donde se desarrolla su proyecto, y a título de valor locativo) y al extinguirse el derecho real de superficie o en otro momento ya convenido como podría ser con la entrega de la posesión de lo construido, estaría habilitado para ejercer la opción de compra del terreno, o parte del mismo, a fin de consolidar el dominio pleno.

IV. COMPARACIÓN ENTRE EL DERECHO DE SOBREELEVACIÓN Y EL DERECHO DE SUPERFICIE

Resulta interesante comparar las figuras del derecho de sobreelevación con el derecho el derecho de superficie. Si bien a simple vista resultan similares, un estudio más profundo nos demuestra que también existen diferencias que no se pueden soslayar.

IV.1. EL DERECHO A SOBREELEVAR Y LA PROPIEDAD HORIZONTAL

En primera instancia resulta oportuno recordar el concepto del derecho de sobreelevación o sobreedificación. Se podría decir, en pocas palabras, que es una facultad concedida al propietario del suelo o a un tercero para construir sobre todo o parte del espacio aéreo. Según el antiguo código velezano los derechos reales sólo podían recaer sobre cosas actuales, y como la sobreelevación recae sobre una cosa futura reviste en consecuencia el carácter de derecho personal. Este precepto continúa vigente en nuestro derecho positivo, según lo dispone el art. 1883 del Código Civil y Comercial de la Nación, aunque con algunas salvedades.

Algunos juristas han expresado su opinión al respecto enunciando que: “La autorización para sobreelevar no concede un derecho real sino un mero derecho personal por la carencia de objeto material actual. Dentro del régimen de propiedad horizontal las unidades a construir sólo podrán ser objeto de derecho real autónomo de derechos reales en la medida que efectivamente se construyan, se las dé de alta por medio de un plano de mensura y se modifique el reglamento de copropiedad y administración para incorporarlas”².

Es decir, que la sobreelevación nace como un derecho personal pero una vez incorporada la obra, desde el punto de vista técnico-legal, la misma revestirá las características necesarias para convertirse en un objeto de un derecho real.

De ello se desprende la primera gran diferencia con el derecho real de superficie; pues por ser un derecho personal carece de todas las facultades y garantías que el primero nos brinda.

Cabe aclarar que en la Provincia de Buenos Aires en virtud del art. 6° del Decreto Ley 2489/63, reglamentado posteriormente por la Disposición Técnico Registral 14/2010 las unidades “en construcción” o “a construir” pueden ser objeto de inscripción en el Registro local para su publicidad y comercialización; así como también se regula expresamente el derecho a sobreelevar y sus modalidades.

2 COSSARI, Nelson G. A. y Luverá, Miguel A. “Propiedad Horizontal: Techo edificable y tráfico inmobiliario”, ED 212-665, pág. 3.

Por su parte, dentro del régimen de la propiedad horizontal se debe distinguir entre las cosas y partes privativas, y las cosas y partes comunes del edificio, con sus respectivas diferencias en cuanto a las facultades de uso, goce y especialmente de disposición (física y jurídica). Sin abundar en el tema no existen dudas acerca de que todo espacio no construido en un edificio es un sector o parte común.

Asimismo, el derecho a sobreelevar puede tener origen en una reserva efectuada por el dueño del terreno a su favor, formalizada en la escritura de Reglamento de Propiedad Horizontal como un acto unilateral; o bien posteriormente, una vez nacido el derecho real, concediendo a alguno de los propietarios o a un tercero dicho derecho, ya sea por un contrato de cesión a título gratuito u oneroso, formalizado en escritura pública y posterior registración.

En este último supuesto, por emplazarse el derecho de sobreelevar sobre el espacio aéreo el cual constituye un sector común que pertenece a todos los propietarios del edificio será necesario el consentimiento unánime de los mismos, lo cual es avalado por lo dispuesto en el art. 2052 del nuevo Código: "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".

IV.2. EL DERECHO DE SUPERFICIE Y LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Ahora bien, como ya lo adelantara al analizar la legitimación se pueden presentar tres supuestos diferentes con relación a la constitución del derecho real de superficie en el ámbito de la propiedad horizontal:

- a) Que ya exista un inmueble sometido a propiedad horizontal y los propietarios decidan constituir un derecho de superficie (art. 2116 del actual Código).
- b) Que sobre una unidad funcional su propietario decida constituir un derecho de superficie (ídem artículo); y
- c) Que el superficiario decida afectar a propiedad horizontal lo construido (art. 2120 del actual Código).

En los supuestos a) y b), es decir cuando existe la construcción y está afectada a propiedad horizontal, se puede presentar la situación de que se constituya el derecho sobre unidades ya existentes o bien que se otorgue el derecho a edificar nuevas construcciones sobre las existentes. En estos casos se requerirá la voluntad unánime de los propietarios, ratificación del plano PH y modificación del reglamento de propiedad horizontal y su registración.

En el supuesto c) el superficiario legitimado puede afectar a propiedad horizontal las nuevas construcciones que realice y en tal caso deberá confeccionar el plano PH y otorgar el respectivo reglamento de propiedad horizontal, rogando su inscripción.

Lo cierto es que el derecho de superficie puede emplazarse sobre el espacio aéreo o el subsuelo; debiendo considerar a ambos sectores como comunes. Por ello, para la constitución del derecho real de superficie en estos supuestos se deberá exigir la decisión unánime de todos los propietarios del edificio, ya sea manifestando su voluntad en una asamblea y luego confirmando tal decisión en escritura pública, o bien previendo en el reglamento de propiedad horizontal o posteriormente el otorgamiento de poderes especiales irrevocables a tales efectos, teniendo en cuenta que por tratarse de un acto de disposición material y jurídica del inmueble, deberá requerirse el otorgamiento del asentimiento conyugal, en caso de corresponder.

Por su parte el art. 2037 del Código vigente establece: “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”. Y el art. 2041 inciso a) dispone que el terreno en el régimen de la propiedad horizontal es una cosa o parte necesariamente común. Estas normas provocan una llamativa contradicción con la posibilidad de constituir el derecho real de superficie en cualquiera de los supuestos legales ya que, como se ha expresado anteriormente, la esencia de este instituto radica en la posibilidad de separar el suelo que continúa en propiedad del constituyente, y no de los propietarios del edificio. Por ello considero que estas normas permisivas deben entenderse como una excepción legal.

Ahora bien, otro interrogante se presenta al tratar de explicar los derechos que le competen a un nuevo propietario del edificio que adquirió su unidad construida por el superficiario con relación a los sectores comunes: ¿cómo podría resolverse el dilema si el régimen de propiedad horizontal exige que las partes privativas y las partes comunes deben conformar un todo inescindible, y en el caso en cuestión el suelo permanece bajo la titularidad de los constituyentes? Las respuestas no son sencillas.

Mientras esté vigente el derecho de superficie, en virtud de lo dispuesto en el art. 2121 “in fine” y concordantes del actual Código, el constituyente no podrá turbar el derecho del superficiario (y/o futuros cesionarios, adquirentes, u ocupantes), y por ello deberá tolerar el uso y disfrute del suelo o de otros sectores comunes de acuerdo a su destino.

Por otro lado: ¿cómo se podrían incorporar los nuevos sectores comunes generados por el superficiario? Considero que los propietarios se encuentran habilitados para continuar con esa situación de hecho y darles el uso que consideren apropiado, por ejemplo como salón de usos múltiples; o bien modificar el plano de obra, ratificar el plano de propiedad horizontal, modificar los porcentuales y el reglamento de propiedad horizontal a fin de incorporar lo construido, ya sea lo generado como sectores comunes y las nuevas unidades privativas, a fin de poder enajenarlas a alguno de los propietarios o a un tercero.

Por su parte, el art. 2075 del Código vigente dispone que los conjuntos inmobiliarios son una especie de “propiedad horizontal especial”, y en virtud de los arts. 2076 y 2077 del mismo cuerpo legal parte del terreno puede no ser necesariamente común. Tanto el propietario de una unidad funcional y/o todos los propietarios del complejo urbanístico sobre una parte común del mismo podrán constituir el derecho de superficie en ambas modalidades (recordemos que además la propia ley permite enajenar una unidad funcional construida o en proceso de construcción si reúne los requisitos de independencia funcional y según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta). Al extinguirse el derecho real consecuentemente la mejora será de propiedad del dueño de la unidad funcional o de todos los propietarios del complejo, según el caso en cuestión.

Otra diferencia que merece atención entre el derecho real de superficie y el derecho a sobreelevar es que el derecho de propiedad horizontal se extingue por destrucción del edificio, mientras que en derecho de superficie la ley otorga la opción al superficiario de volver a construir dentro de los plazos legales a fin de evitar esa situación (art. 2122 del Código Civil y Comercial de la Nación).

En virtud de lo expuesto a lo largo del presente trabajo no me caben dudas que el derecho real de superficie soluciona la necesidad económica de eventuales desarrollistas que pueden evitar la inversión inicial en un terreno para la concreción de su proyecto, cuyo valor incide de manera significativa en el valor total del mismo, ya que lo que abone por el derecho de superficie siempre será menor al dinero que tendría que pagar al dueño del suelo por la adquisición del mismo; y a la inversa, ante la falta de fondos para invertir en la concreción de un edificio, el constituyente del derecho lograría su objetivo sin tener que desprenderse de todo o parte del inmueble.

IV.2.1. SU EXTINCIÓN: EFECTOS SOBRE LO CONSTRUIDO

Ya se aclaró “ut supra” que extinguido el derecho real de superficie, ya sea por cualquiera de los supuestos previstos por la ley, recobra vigencia el principio de accesión que se encontraba suspendido temporalmente y, en consecuencia, en principio, el titular del suelo hace suyo lo construido. En el supuesto de exa-

men todos los propietarios del edificio, como titulares de dominio del suelo, adquieren lo construido, lo cual revestirá el carácter de sector común y por el efecto consagrado en la ley vigente deberán indemnizar al superficiario por las mejoras generadas en sus patrimonios, salvo pacto en contrario.

Dicha adquisición dominial por consolidación podría entenderse como una consecuencia impuesta por la ley, que se produce en forma automática, “ipso facto”, que requerirá el otorgamiento de un título suficiente (escritura pública) y su posterior registración para posibilitar el conocimiento a terceros interesados de la consolidación de dominio en cabeza de los propietarios del edificio. No considero pertinente la exigencia del modo suficiente o tradición de lo construido, como ya se ha adelantado, en virtud de que al extinguirse el derecho real de superficie automáticamente se produjo el renacimiento del principio de accesión para el propietario del suelo que adquiere lo accesorio o construido. Además, en principio, se debería desafectar el edificio del régimen de propiedad horizontal, salvo que ellos decidieran mantenerlo.

La ley permite a las partes resolver la situación mediante pactos en contrario, los cuales, como también ya se adelantó precedentemente al desarrollar la extinción del derecho real, permitirían optar por soluciones menos drásticas a fin de continuar con sistema impuesto por el superficiario.

V. CONCLUSIÓN

Nuevos desafíos se presentan para ser resueltos por el notario moderno, “aggiornado” a estos tiempos que exigen capacidad, celeridad y visión jurídica amplificada.

Con relación al tema que se ha abordado, debemos abandonar algunas enseñanzas académicas rígidas aprendidas en nuestros inicios profesionales, para permitir a nuestras mentes “volar” en busca de respuestas o alternativas eficaces y vanguardistas en aras de la optimización de este nuevo instituto y del bienestar de toda la sociedad.

Más que nunca los notarios jugarán un rol imprescindible y preponderante no sólo en la gestación del negocio inmobiliario sino también en su desarrollo hasta la completa extinción, en donde el asesoramiento integral y la redacción de eficaces documentos facilitarán la aplicación e interpretación del objetivo querido para las partes y, consecuentemente, ayudarán a evitar innecesarios conflictos y a brindar la tan anhelada seguridad jurídica.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Códigos comentados

Arts. 2114 – 2128.

Código Civil y Comercial de la Nación: Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos. Coordinado por EDUARDO GABRIEL CLUSELLAS, Buenos Aires, Astrea - FEN, 2015, Tomo 7.

Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Dirigido por LORENZETTI, RICARDO LUIS, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, Tomo IX.

Libros y capítulos de libros

D'ALESSIO, CARLOS M. (dir.). "Superficie. Derecho real", en D'Alessio, Marcelo C. *Teoría y Técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, 2ª ed. actualizada, tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2015.

GUARDIOLA, JUAN JOSÉ. Capítulo 12: "El derecho real de superficie", en Clerc, Carlos M. *Derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Erreius, 2016, págs. 277-314.

MARIANI DE VIDAL, MARINA y ABELLA, ADRIANA. Capítulo 8: "Derecho de superficie" en Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana. *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, tomo 1, Buenos Aires, Zavalía, 2016, págs. 361-396.

SIERZ, SUSANA VIOLETA. "Derecho real de superficie. Doctrina y modelos", en *Cuestiones de derecho notarial: reformas civiles y notariales (CCCN)*, Buenos Aires, Di Lalla, 2016, págs. 411-448.

Artículos de doctrina

ABREUT DE BEGHER, LILIANA. "Comentarios sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial", SAJ, 15/julio/2015.

BARBATO, DANIEL. "Apuntes tributarios relativos a un nuevo derecho real", *El Derecho* [268] - (24/06/2016, nro 13.983).

CAUSSE, JORGE RAÚL. "Derecho real de superficie forestal", *Revista Notarial* 945, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2003.

DE LA RIVA, IGNACIO M. "Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras?", *La Ley* 10/03/2016, *La Ley* 2016-B, pág. 723.

DE REINA TARTIÈRE, GABRIEL. "La hipoteca y el derecho real de superficie forestal", *JA* 2003-III-1186.

FONTBONA, FRANCISCO y GUGLIETTI, JOSÉ. "Derecho real de superficie", *Revista Notarial* 857, *Revista del Notariado* 781.

GABÁS, ALBERTO A. "Derechos de superficie y de sobreconstrucción en la propiedad horizontal", Buenos Aires, *La Ley*, 13/12/2013, tomo 2013-F, 1050.

GABÁS, ALBERTO A. "El derecho de superficie en la propiedad horizontal en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial 2012", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012. Cita online: AP/DOC/4155/2012.

- ITURBIDE, GABRIELA A. "El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial", La Ley 03/06/2016. Cita online: AR/DOC/384/2016.
- MARIANI DE VIDAL, MARINA y ABELLA, ADRIANA N. "Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial", Buenos Aires, La Ley, 23/02/2016, Tomo 2016-A, 1117.
- PEPE, MARCELO ANTONIO y MENDIZÁBAL, GONZALO ALEJO. "El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación". La Ley 25/10/2016. Cita online: AR/DOC/3108/2016.
- SABENE, SEBASTIÁN E. "Constitución, transmisión, extinción y oponibilidad del derecho real de superficie", SJA 2015/12/09-3, JA 2015-IV.
- ZAVALA, GASTÓN AUGUSTO. "Derecho real de superficie", Revista Notarial 936, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2000.

Artículos antes del 2000

- FONTBONA, FRANCISCO I. J. Propiedad superficiaria. Edificación en terreno ajeno, público o privado. Sobreelevación. Revista del Notariado 777, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, mayo-junio 1981, págs. 843-853.
- SARUBO, OSCAR EDUARDO. Derecho real de superficie. Revista Notarial 932. Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, 1999.

Congresos, Jornadas, Encuentros, Convenciones y Seminarios

- CAUSSE, JORGE RAÚL. El derecho de superficie. LXIX Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira. Buenos Aires, 4 y 5 de junio de 2015.
- FERNÁNDEZ COSSINI, ELDA; HEFLING, MARIANA; RÍOS, BÁRBARA y VÁSQUEZ, GONZALO MATÍAS. "Un nuevo derecho real sale a la superficie", 39 Jornada Notarial Bonaerense, tema 14: Derechos reales de garantía: derecho real de superficie, Mar del Plata, 25 al 28 de noviembre de 2015. Publicado en Revista Notarial 978.
- LABAQUI, SIMÓN ENRIQUE. "Derecho real de superficie y su aplicación en la problemática de las viviendas sociales, urbanizaciones y villas de emergencia". 39 Jornada Notarial Bonaerense, Mar del Plata, 25 al 28 de noviembre de 2015, tema 14: Derechos reales de garantía: derecho real de superficie. 16 págs.
- MALPELI, LUCÍA. "Injerencias del derecho real de superficie en la actividad notarial", 39 Jornada Notarial Bonaerense, Mar del Plata, 25 al 28 de noviembre de 2015, tema 14: Derechos reales de garantía: derecho real de superficie. 13 págs.

DESPACHO

Tema I: Derecho real de superficie. Emprendimientos inmobiliarios

Coordinadora General: Andrea Fernanda SALVINI

Coordinador Adjunto: Leandro Nicolás POSTERARO SÁNCHEZ

Secretaria: María LOSARDO

Comisión redactora: Nancy BORKA, Zulma DODDA, Delfina ETCHART, María Silvana FIORENTINO, Simón Enrique LABAQUI, María Cecilia LOPÉZ, María LOSARDO, Carlos Martín PAGNI, Leandro Nicolás POSTERARO SÁNCHEZ, Andrea Fernanda SALVINI, Gonzalo Matías VÁSQUEZ y Abogada Ivanna Mariel TRAVANI

Relatoras: Nancy C. A. BORKA y María LOSARDO

VISTO:

La XL Jornada Notarial Bonaerense

Y CONSIDERANDO:

Que el tema aborda el estudio del **Derecho real de superficie**. Concepto. Emplazamiento. Modalidades. Plazos. Extinción. Análisis de su regulación legal. Registración. **Emprendimientos Inmobiliarios**. Formas de organización: fideicomisos inmobiliarios. Sociedades. Condominios. Propiedad Horizontal: Conjuntos inmobiliarios. Comercialización: nueva regulación de la Prehorizontalidad. Aplicación de normas de protección al consumidor. Intervención notarial en el desarrollo de emprendimientos inmobiliarios. La Comisión del Tema I de la 40 JNB resuelve elevar a este Plenario el siguiente DESPACHO.

A) SUPERFICIE:

1.- Dominio desmembrado/propiedades distintas

En el derecho de superficie coexisten dos derechos reales independientes: el del titular del suelo y el del superficiario; ambos propietarios conservan todas sus facultades materiales y jurídicas (Postura mayoritaria).

Se trata de un dominio desmembrado (Postura minoritaria).

2.- Derecho sobre cosa propia o ajena

El derecho de superficie es un derecho real de naturaleza mixta (mixto, bi-fronte o bipolar) por un lado, un derecho de plantar, forestar y construir (como derecho real sobre cosa ajena) y por otro, la propiedad superficiaria (como derecho real sobre cosa propia). (Unanimidad).

3.- Constitución del derecho de superficie

El artículo 2119 CCyC establece la constitución del derecho real de superficie por *contrato* oneroso o gratuito. Se admitieron otras formas de constitución, respetando el origen contractual, como por ejemplo el fideicomiso testamentario, o legado con cargo. (Unanimidad).

4.- Emplazamiento

Sin perjuicio de la normativa vigente o que se dicte en el futuro por los organismos correspondientes, se entiende que el documento cartográfico idóneo para delimitar la parte materialmente determinada prevista en el art. 2116 CCyC, es el plano confeccionado por profesional con título habilitante, sin que sea necesaria su registración en el organismo catastral. (Mayoría).

5.- Facultades materiales y jurídicas del superficiario

Las facultades que puede ejercer el superficiario (art. 2120 CCyC) limitadas al plazo de duración del derecho de superficie, son materiales como usar y gozar; y jurídicas como constituir derechos personales, los que se extinguirán al vencimiento del plazo legal o convencional; transmitir su derecho por actos entre vivos (de manera onerosa o gratuita) o *mortis causa*; afectar a derecho real de propiedad horizontal; gravar con derechos reales de disfrute como usufructo, uso, habitación, servidumbre; gravar con derechos de garantía como hipoteca y anticresis; intentar acciones posesorias y reales, e interdictos. (Unanimidad).

6.- Afectación a régimen de vivienda

El superficiario está legitimado para afectar al régimen de protección a la vivienda, la edificación que es el objeto de su propiedad superficiaria y constituye su vivienda familiar. (Unanimidad).

7.- Afectación a derecho real de propiedad horizontal

7.1.- Por el superficiario

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2120 CCyC el superficiario puede afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal, excepto pacto en contrario. También puede transmitir o gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo estipulado para el derecho, sin necesidad de consentimiento del propietario. (Unanimidad).

7.2.- Afectación a derecho real de superficie por parte de los titulares de un inmueble sometido al derecho real de propiedad horizontal

La constitución deberá ser resuelta unánimemente por los propietarios. (Arts. 2051 y 2052 CCyC). (Unanimidad).

7.3.- Sobreelevación

Existen numerosas diferencias entre el derecho personal de sobreelevar y el derecho real de superficie. El derecho de superficie es temporal; mientras que el derecho de sobreelevar genera para su titular la adquisición de lo edificado en forma permanente. El derecho de superficie puede constituirse en el régimen de dominio, condominio o propiedad horizontal, a diferencia del derecho de sobreelevación, que sólo procede en edificio sometido a propiedad horizontal. Extinguido el derecho de superficie, renace el principio de accesión, quedando un solo titular del terreno y lo edificado, mientras que, extinguido el derecho de sobreelevación, nace una nueva propiedad, la de la unidad funcional edificada y un nuevo propietario. (Unanimidad).

8.- Derechos reales de garantía

8.1.- Sobre derechos admitidos

El titular del derecho de superficie está legitimado para constituir derecho real de hipoteca y anticresis, limitados al plazo de duración del derecho de superficie, salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario. (Unanimidad).

9.- Plazo por el que puede constituirse el derecho de superficie

El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda del límite máximo legal. No existen plazos mínimos. Se computará desde la adquisición del derecho real, salvo pacto en contrario. (Unanimidad).

10.- Extinción del derecho de superficie

Las partes pueden pactar otras causales de extinción del derecho de superficie, además de las legales.

La extinción por no uso puede dar lugar a distintas interpretaciones en cuanto si estamos o no frente a esta causal de extinción. Será necesaria la verificación de la misma, por lo que si el superficiario no reconoce alguno de estos hechos se deberá resolver en sede judicial. (Unanimidad).

11.- Indemnización

Las partes ante la extinción del derecho real de superficie, podrán pactar libremente la existencia o no de una indemnización a favor del superficiario. En el primer supuesto, será de suma importancia el asesoramiento notarial a fin de determinar modalidades, plazo, monto o su equivalente.

B) CONJUNTOS INMOBILIARIOS

1.- Adecuación de conjuntos inmobiliarios

En virtud de que el art. 2075 del CCyC no establece plazo ni sanciones, la falta de adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes a dicho ordenamiento, no genera un título observable. (Unanimidad).

2.- Fideicomiso

Se sugiere crear un Registro Especial en el ámbito del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, donde se registrarán los contratos de fideicomiso. (Unanimidad).

3.- Emprendimientos inmobiliarios a través de títulos valores

Es posible conforme lo establecen los artículos 1820 y 1850 CCyC crear un título valor atípico, representativo de metros cuadrados sobre inmuebles, como así también celebrar un contrato de fideicomiso que permita al fiduciario, la emisión de Valores Representativos de Deuda y Certificados de Participación a los fiduciantes/beneficiarios, con el fin de la adjudicación de inmuebles de un emprendimiento inmobiliario determinado. (Unanimidad).

Consideramos que resultaría necesario que el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, cree el Registro Especial de Registración de Títulos Valores. (Unanimidad).

LA ELECCIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL

DEBATES SOBRE LA FORMA. REFLEXIONES SOBRE
LA PUBLICIDAD

Natalia Martínez Dodda

SUMARIO: -Ponencias. -Un código que recepta los cambios de la sociedad argentina del siglo XXI. -Las convenciones matrimoniales. -El debate sobre la forma. -Generalidades sobre la forma y las nulidades. -El debate sobre la calificación del instrumento. -El caso práctico. -Efectos frente a terceros. -Registros del estado civil y capacidad de las personas. -Conclusiones. -Bibliografía.

* Premio "Delegación Necochea" a la calidad académica. Corresponde al tema 2 "Régimen patrimonial matrimonial. Uniones convivenciales".

PONENCIAS

1) Por aplicación directa de la ley, las convenciones matrimoniales, previas y posteriores al matrimonio, deben celebrarse por escritura pública (art. 448 y 449 del CCyC); ergo, la única forma válida para el ejercicio de la opción por el régimen de separación de bienes es la escritura pública.

2) La *solemnidad* impuesta es de naturaleza *absoluta* y no relativa. La inherencia de la forma en el otorgamiento del acto es de tal entidad -por los efectos que tiene entre cónyuges y frente a terceros- que el incumplimiento de la misma afecta sustancialmente la convención y no hay forma de sanearla.

3) La naturaleza de la solemnidad es “protectoria”, es decir que se impone para proteger a los ciudadanos, en un interés particular. Por tanto, por aplicación del art. 386 la nulidad es relativa. No es posible la conversión del acto, en tanto la solemnidad es impuesta con carácter absoluto y no relativo.

4) El ejercicio de la opción de régimen patrimonial ante el oficial de Registro Civil, sin escritura pública, configura un acto ineficaz, tanto entre los cónyuges como frente a terceros. El notario designado para instrumentar una escritura de compraventa e hipoteca, ante quien se exhibe una partida de matrimonio donde consta el ejercicio de la opción por el régimen patrimonial ante el oficial de Registro, deberá considerar que el acto es inválido, que el compareciente está casado bajo el régimen de comunidad de ganancias, como si nunca hubiere ejercido dicha opción. Los cónyuges no podrán cambiar de régimen hasta que no haya pasado un año desde la celebración del matrimonio.

5) No cabría la posibilidad de que un cónyuge accione judicialmente contra el otro a fin de exigir el cumplimiento de la formalidad impuesta (obligación de escriturar), y esto así por la plena libertad que debe existir en el consentimiento que los contrayentes prestan para con el otorgamiento de la convención matrimonial. No se puede forzar a convenir aquello a lo que uno de los cónyuges ya no adhiere.

6) *De lege ferenda*, se recomienda la registración de la convención de opción de régimen en los *registros de los bienes* en particular.

7) Sería importante que los registros del estado civil y capacidad de las personas de las distintas jurisdicciones *unificarán el criterio* a aplicar respecto de la formalidad que corresponde exigir a los contrayentes a fin de optar por el régimen de separación de bienes. Ya que, en definitiva, el debate doctrinario en torno a este tema tiene su origen en esta práctica controvertida de los registros, y en la necesidad de dar solución a esta problemática.

UN CÓDIGO QUE RECEPTA LOS CAMBIOS DE LA SOCIEDAD ARGENTINA DEL SIGLO XXI

Tomando prestada la expresión de MOLINA DE JUAN, afirmamos que este es “un código impregnado de realidad”, que toma nota de los cambios de la sociedad argentina durante las últimas décadas, la democratización de las estructuras familiares y las cambiantes necesidades de la ciudadanía. Y en función de este reconocimiento, organiza un sistema para dar respuesta a ellos¹.

En sintonía con la tendencia predominante en derecho comparado, y conforme surge de los fundamentos de lo que fuera el Anteproyecto de Código Civil y Comercial, la legislación vigente “... admite, con limitaciones, el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio, y otorga a los contrayentes la opción de elegir entre dos regímenes de bienes: comunidad y separación de bienes...”.

Se aparta así del régimen legal, único, forzoso, inmodificable y de orden público que establecía el Código de VÉLEZ.

El codificador siguió los lineamientos que ya habían sido planteados en el proyecto de Código Civil del año 1998.

La doctrina venía expresando, en abierto reclamo, que la imperatividad del régimen patrimonial del matrimonio que establecía el derecho argentino era una excepción en la legislación mundial, y se había pronunciado a favor de una reforma legal que admitiera la incorporación de regímenes convencionales. En este sentido se pronunciaron las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil en 1989 en Buenos Aires², el Congreso Hispano-Americano de Derecho de Familia, realizado en Salta en 1983 y el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, que se llevó a cabo en Mendoza en 1998.³

En la actualidad, son muy pocas las legislaciones que mantienen el principio de inmutabilidad, entre ellas: Bolivia, Cuba, y algún estado de México⁴.

En este nuevo marco normativo, los futuros esposos pueden, por convención matrimonial previa a la celebración del matrimonio civil, optar entre uno de los dos regímenes que el sistema recepta: el de comunidad de ganancias o el de separación de bienes. En el caso que no ejerzan la opción por ninguno

1 MOLINA DE JUAN, Mariel F. “Texto y contexto de las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial”, pág. 1, AP/DOC/437/2015.

2 XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1989. Cita en Basset, Úrsula. “La convención matrimonial”, La Ley 17/08/2016, 2016-D-1258.

3 ARIANNA, Carlos. “Convenciones matrimoniales y contratos entre cónyuges en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, AP/DOC/1069/2014.

4 MEDINA, Graciela. “Elección del régimen de bienes en el matrimonio. Límites y proyecto de reforma del Código Civil”, pág. 1. La Ley 1999-E, 1050. AR/DOC/1112/2001.

de ellos, se les aplicará, supletoriamente, el régimen de comunidad de ganancias. La puerta de acceso para que los futuros cónyuges ejerzan la autonomía personal de la que hablamos es la denominada “convención matrimonial”, que contiene una de las mayores innovaciones del nuevo régimen.

LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES

CONCEPTO

El nuevo código, al igual que su antecedente, admite que los futuros contrayentes celebren convenciones prenupciales.

Si bien no se trata de una novedad en nuestro sistema jurídico, también es cierto que la figura tuvo muy escasa aplicación durante la vigencia del código derogado.

Estas convenciones son acuerdos que tienen impacto directo en el régimen patrimonial matrimonial, ya que su objeto, taxativamente enumerado en el art. 446, versa sobre los bienes que cada uno de los esposos aporta al matrimonio, las deudas, las donaciones que se hagan entre ellos y la opción por el régimen de bienes.

ZANNONI expresa que las convenciones matrimoniales son “los pactos entre los cónyuges relativos a los bienes, ya sea adoptando un determinado régimen de relaciones patrimoniales que la ley autoriza a convenir, o modificando parcialmente el régimen”⁵.

Para MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA “las convenciones matrimoniales (contratos de matrimonio, convenciones nupciales o capitulaciones matrimoniales) son acuerdos entre futuros esposos con el objeto de determinar el régimen patrimonial al que resuelven someterse durante su matrimonio o el de reglar alguno o algunos aspectos de sus relaciones patrimoniales una vez contraído el mismo”⁶.

Según MOLINA DE JUAN, la “diversidad de objetos dificulta una definición que los contemple a todos, pero en una primera aproximación podría decirse que son los acuerdos celebrados entre los futuros esposos o los cónyuges, referidos a los efectos patrimoniales de su matrimonio, efectuados dentro de los contornos que determina la ley”⁷.

5 ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil. Derecho de Familia*, tomo 1, 5ª edición, págs. 488 y ss.

6 MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Código Civil Comentado*, “Derecho de familia patrimonial”, pág. 13.

7 MOLINA DE JUAN, Mariel F. “Texto y contexto de las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial”, pág. 1, AP/DOC/437/2015.

El Código Civil y Comercial no contiene una definición de las convenciones matrimoniales. Debemos construirla mediante la articulación de dos normas: el art. 446 que delimita el contenido de las convenciones prematrimoniales; y el art. 449 que enuncia la posibilidad de modificar el régimen vigente, mediante una convención que se denominará “matrimonial”, pues solo podrá llevarse a cabo una vez celebrado el matrimonio. Y aquí surge una primera diferenciación categórica que conviene destacar por ser relevante a los fines de este trabajo: convenciones prematrimoniales o prenupciales del art. 446 (que serán el centro de nuestro debate) y convenciones matrimoniales del art. 449.

NATURALEZA JURÍDICA

Según SAMBRIZZI, “las convenciones matrimoniales pueden constituir un contrato -como en el caso de las enumeradas en los incs. c) y d) del art. 446- aunque ello no necesariamente es así, como ocurre con las enumeradas en los incs. a) y b) de dicha norma, que en realidad consisten, simplemente, en una declaración efectuada por los futuros esposos con respecto a los bienes que cada uno de ellos lleva al matrimonio, o las deudas que tuvieran”⁸.

Para MOLINA DE JUAN en “sentido estricto no son ‘contratos’, pues los intereses involucrados no son necesariamente contrapuestos. Sin perjuicio de ello, les resultan aplicables sus principios generales”⁹.

Al decir de BASSET, en algunos regímenes comparados se las denomina también “capitulaciones” o “pactos”, que no son más que rodeos que sirven para evitar la denominación de “contrato”. “Estas múltiples denominaciones no esconden otra cosa que la dificultad del legislador de concebirlas como contratos lisos y llanos”¹⁰.

MAZZINGHI, en cambio, manifiesta que las convenciones matrimoniales tienen carácter contractual, y más allá de las disposiciones legales que restringen su contenido, están vinculadas a las estipulaciones de índole y base contractual. Para el autor estarían alcanzadas por la definición del art. 957 sobre los contratos en general “el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para... regular... relaciones jurídicas patrimoniales...”¹¹.

8 SAMBRIZZI, Eduardo Antonio. “El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial”, Thomson Reuters, La Ley, pág. 36.

9 MOLINA DE JUAN. “Texto y contexto de las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial”, ob. cit.

10 BASSET, Úrsula. “La convención matrimonial”, La Ley 17/08/2016, 2016-D-1258.

11 MAZZINGHI, Jorge A. M. “Las convenciones matrimoniales”, RCCyC 2015 (diciembre), 16/12/2015, 41. Cita Online: AR/DOC/4259/2015.

OBJETO

El artículo 446 dice: “Objeto. Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b) la enunciación de las deudas; c) las donaciones que se hagan entre ellos; d) la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código”.

Dicha norma reproduce, parcialmente, el contenido del art. 1217 del Código de VÉLEZ, que con la modificación de la Ley 17.711, establecía: “Antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: 1. La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio. 3. Las donaciones que el esposo hiciere a la esposa”.

El nuevo articulado amplía el contenido de las convenciones matrimoniales, en relación con lo que establecía su antecedente, agregando: la enunciación de las deudas y la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en el Código.

La enumeración es taxativa, en tanto el art. 447 sanciona de nulidad cualquier acuerdo que tuviera un contenido distinto: “Nulidad de otros acuerdos. Toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio es de ningún valor”.

La norma del art. 447 se proyecta como una de las tantas restricciones al principio de autonomía personal reconocido a los cónyuges, erigiéndose en una norma de protección de deberes y derechos familiares indeclinables.

LA OPCIÓN POR ALGUNO DE LOS REGÍMENES PATRIMONIALES PREVISTOS EN EL CÓDIGO

A modo de introducción, cabe señalar que en el Código Civil y Comercial el régimen de separación está regulado en apenas cuatro artículos: 505 a 508. A pesar de ello, coincidimos con BASSET cuando señala que “bajo su magra apariencia se esconde un mar de complejidades”. Y esta afirmación se funda en la contradicción que sustancialmente lo recorre: por una parte el matrimonio que es su causa fuente, tiene naturaleza esencialmente asociativa, por otra el régimen de separación... es de naturaleza esencialmente disociativa¹².

Como dijimos anteriormente, los tres primeros incisos del art. 446 no introducen mayores novedades con relación al régimen derogado. La verdadera innovación aparece en el inciso d) del art. 446 que regula la opción de referencia.

12 BASSET, Úrsula. “La convención matrimonial”, La Ley 17/08/2016, 2016-D-1258.

Este inciso establece que antes de contraer nupcias los futuros cónyuges pueden optar por alguno de los regímenes previstos por el mismo código. En rigor de verdad la única opción es el régimen de separación de bienes, ya que si no hacen uso de la facultad de optar, se aplicará supletoriamente el régimen de comunidad. Por lo tanto, para quedar alcanzados por la regulación de este último sistema no necesitan ejercer opción alguna.

El ejercicio de la autonomía personal se encuentra circunscripto a un menú de solo dos cursos; no se autoriza a los futuros esposos a diseñar un régimen patrimonial distinto a los dos previstos. Al decir de BASSET, la posibilidad de optar que se ofrece a los contrayentes o cónyuges en el derecho argentino es de modalidad cerrada¹³.

FORMA

El Código Civil y Comercial exige que la convención prematrimonial se realice por escritura pública. Así lo establece el art. 448 categóricamente: "Forma. Las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, y sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea anulado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública. Para que la opción del artículo 446 inciso d), produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio".

En el Código de VÉLEZ el art. 1223 establecía: "Las convenciones matrimoniales deben hacerse en escritura pública, so pena de nulidad si el valor de los bienes pasare de mil pesos, o si constituyeren derechos sobre bienes raíces. No habiendo escribanos públicos, ante el juez del territorio y dos testigos. Si los bienes no alcanzaren la suma de mil pesos, podrán hacerse por escritura privada ante dos testigos".

Si bien el art. 1223 no exigía la escritura pública en aquellos casos en que el valor de los bienes no superara el consignado, a partir de la reforma del año 1968 al art. 1184 -que eliminó la expresión de valor- la mayoría de la doctrina interpretó que la formalidad era exigida *ad solemnitatem*.

El art. 448 se apoya -como fuente- en el art. 440 del Proyecto del año 1998, que a su vez siguió el artículo 497 del Proyecto del 93.

Art. 440, Proyecto del año 1998: "Forma. Las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, y sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea invalidado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto

13 BASSET, Úrsula. "La convención matrimonial", ob. cit.

otorgado también por escritura pública. Para que la opción del artículo 438 inciso d), produzca efectos respecto de terceros, su otorgamiento debe haber sido mencionado en el acta de matrimonio”.

Art. 497, Proyecto del año 93: “Las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, y solo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea anulado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública. Para que produzcan efectos respecto de terceros su otorgamiento debe haber sido mencionado en el acta de matrimonio”.

Del mismo modo, el art. 449 (convención matrimonial) establece que la modificación de régimen debe cumplir con la forma escritura pública.

EL DEBATE SOBRE LA FORMA

LA DISCUSIÓN DOCTRINARIA TIENE SU ORIGEN EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En función de lo expuesto precedentemente, resulta indubitable que la única forma admitida para el otorgamiento de la convención matrimonial, sea ésta previa o posterior a la celebración del matrimonio, es la escritura pública.

Es innegable también que entre las cuestiones que los cónyuges pueden dejar previstas en la convención prematrimonial, figura la opción por alguno de los dos regímenes patrimoniales (art. 446).

De las dos premisas anteriores se infiere, por deducción lógica, que para ejercer dicha opción, antes de contraer nupcias, los futuros esposos deben cumplir con la forma escritura pública, que será el continente de esa convención prematrimonial.

Este tema no había generado ningún debate en doctrina. Tampoco entre los operadores jurídicos. Incluso los “detractores” de la “escritura pública” (como ROVEDA y SOLARI) se habían pronunciado sobre el tema, condenando la forma elegida por el legislador pero admitiendo que, indudablemente, era lo que surgía del plexo normativo¹⁴.

14 ROVEDA, Eduardo G. Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, pág. 356 y sigs. Editorial Abeledo Perrot. “Lamentablemente no se ha previsto la posibilidad de realizarlas en instrumento privado sujeto a homologación judicial, que hubiere resultado una opción más económica para los futuros contrayentes”. Y Solari, Néstor E. “La elección del régimen patrimonial en el nuevo Código Civil y Comercial”, Revista del Colegio

En este punto el lector se estará preguntando: ¿cuándo la forma se transformó en un punto de conflicto?

Pues bien, el debate se instaló a partir de la puesta en práctica de la norma por los operadores a cargo de los registros del estado civil y capacidad de las personas.

En este sentido, los registros de algunas jurisdicciones (no todas) admitieron la incorporación al acta matrimonial de la opción por el régimen de separación de bienes, con la sola manifestación de los futuros contrayentes ante el oficial público del registro, sin exigir la presentación de la escritura pública que acredite el otorgamiento de la convención prematrimonial y el ejercicio de dicha opción.

A riesgo de ser reiterativos, pero con el objeto de situar al lector en el eje del debate, resulta necesario aclarar que:

-No hay cuestionamiento alguno en doctrina sobre la forma exigida para la convención matrimonial de cambio de régimen patrimonial: escritura pública (art. 449 CCyC).

-Tampoco se discute la forma impuesta para las convenciones prematrimoniales que tengan por objeto el contenido delimitado por los incisos a), b) y c) del art. 446: escritura pública.

-El debate doctrinario se plantea -exclusivamente- en torno a la forma impuesta para el ejercicio de la opción por el régimen de separación, antes de la celebración del matrimonio.

DOS POSTURAS

La doctrina se enfrenta al siguiente debate: ¿la única forma válida para el ejercicio de esta opción es la escritura pública? o ¿es viable la declaración que los futuros esposos hagan ante el oficial público del Registro Civil, antes de la celebración del matrimonio, con la consiguiente incorporación al acta matrimonial?

de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Edición XLVI, año XVX, abril de 2015, pág. 19. "Para la elección del régimen se establece como única forma posible la escritura pública. No se contempla la posibilidad de que los contrayentes, en el momento del acto de la celebración, puedan optar por el régimen de separación de bienes, lo que hubiere sido conveniente, en atención a la facilidad de dicha forma y teniendo en cuenta los costos de la misma".

La primera postura

Una parte de la doctrina se inclina por la segunda variante, admitiendo la validez de la opción ejercida directamente ante el Registro del Estado Civil, al momento de celebrar el matrimonio, y ha sido sostenida por MARIEL MOLINA DE JUAN¹⁵ y por MARISA HERRERA¹⁶.

Los argumentos de esta posición son los siguientes:

1) *La gratuidad del trámite*: “y con ello la garantía de que pueden celebrarlas quienes no pueden pagar los costos que implica una escritura pública”, resaltando “la importancia de acceder al derecho de que se trate de la manera más sencilla y menos costosa posible”¹⁷.

2) *La comparación con otros institutos*: en materia de filiación por técnicas de reproducción humana asistida, el art. 561 establece que el consentimiento informado podrá protocolizarse ante escribano público o certificarse ante la autoridad sanitaria correspondiente, permitiendo que aquel que no cuente con recursos económicos para solventar los costos de una escritura pueda hacerlo gratuitamente ante dicha autoridad. En honor al principio de coherencia legislativa, el mismo fundamento se aplicaría para la elección de régimen patrimonial¹⁸.

3) *Interpretación armónica de los arts. 446 y 448 con el art. 420 inc i) e inc. j)*. El artículo 420 reza: “Acta de matrimonio y copia. La celebración del matrimonio se consigna en un acta que debe contener:... i) declaración de los contrayentes de si se ha celebrado o no convención matrimonial y, en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en el que se otorgó; j) declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes...”. Esta doctrina se funda en que el art. 420 distinguiría entre las convenciones patrimoniales, citadas en el inc. i) que exigen escritura pública, y el supuesto del inc. j) que regula la opción por el régimen de separación, que no requeriría escritura pública. Y si bien es cierto que el art. 420 se dedica al contenido del acta matrimonial, no sería menos cierto, para esta postura, que ambos incisos, el i) y el j) se refieren al régimen de bienes¹⁹.

15 MOLINA DE JUAN, Mariel y Peracca, Ana. En *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo V-A. Actualización doctrinal y jurisprudencial. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (directoradas), pág. 55 y ss.

16 HERRERA, Marisa y Chechile, Ana María. “La formalidad de la elección del régimen de bienes en el matrimonio. Nuevos debates en el Código Civil y Comercial”, *La Ley* 16/09/2016, La Ley 2016-E-891.

17 MOLINA DE JUAN, Mariel y Peracca, Ana. *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo V-A, ob. cit., pág. 69.

18 MOLINA DE JUAN, Mariel y Peracca, Ana. *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo V-A, ob. cit., pág. 69.

19 HERRERA, Marisa y Chechile, Ana María. Ob. cit., pág. 3.

4) Problema constitucional: dice HERRERA que "... si el inc. i) alude a la declaración de si se ha celebrado convención matrimonial y esta es la única modalidad de opción, lo expresado por el inc. j) desentonaría con ese régimen jurídico. Ahora bien, lo innegable es que ese inciso j) existe y tenerlo por no escrito constituye una medida extrema... siendo que siempre se debe apelar a interpretaciones que logren compatibilizar todas las normas, o en su defecto proceder a decretar su inconstitucionalidad"²⁰. Por su parte, SOLARI entiende que podría plantearse la inconstitucionalidad de la exigencia de la forma escritura pública, ya que la publicidad y el efecto frente a terceros regirán en tanto la misma sea anotada en el acta de matrimonio. Y por lo tanto, entiende el autor que no tiene sentido ni justificación imponer a las partes los costos de una escritura para acceder al derecho de elegir el régimen patrimonial²¹.

5) *Diferencia entre elección y modificación del régimen*: para esta postura hay que diferenciar la forma de la elección del régimen de bienes según dos momentos: 1) al contraer matrimonio, y 2) durante la vida matrimonial. En el primer estadio, como la elección se realiza por primera vez, no hay que disolver o extinguir un régimen por lo cual la formalidad sería más amplia, siendo posible la mera declaración conjunta o coincidente por parte de los pretendidos contrayentes. Por el contrario, en la segunda etapa sí sería necesario contar con la correspondiente escritura pública, ya que la modificación de un régimen que ya empezó a surtir efectos desde la celebración del matrimonio implica la extinción de dicho régimen y su mutación por el otro régimen, con las consecuencias jurídicas entre partes y con relación a terceros que se derivan²².

6) *Fundamentos del Anteproyecto*: el anteproyecto admite, con limitaciones, el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio, y otorga a los contrayentes la opción de elegir entre dos regímenes de bienes: comunidad y separación de bienes. Esta elección se realiza en la escritura pública antes de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y admite el cambio del régimen de bienes después de transcurrido el año de aplicarse el elegido o supletorio²³.

7) *La postura adoptada por los registros civiles*: que son los que en definitiva estructuran la práctica de la cuestión y que, desde una interpretación amplia, habilitan solicitar al momento de realizar los trámites para contraer matrimonio, la posibilidad de optar por el régimen de bienes sin ninguna otra formalidad²⁴.

20 HERRERA, Marisa y Chechile, Ana María. Ob. cit., pág. 3.

21 SOLARI, Néstor. Ob. cit., pág. 19.

22 MOLINA DE JUAN, Mariel y Peracca, Ana. *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo V-A, ob. cit., pág. 70.

23 HERRERA, Marisa y Chechile, Ana María. Ob. cit., pág. 4.

24 MOLINA DE JUAN, Mariel y Peracca, Ana. *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo V-A., ob. cit., págs. 70 y 71.

8) *El rol del escribano*: según HERRERA “la participación del escribano... se deriva más de la formalidad de la escritura pública que involucra la convención matrimonial que de un interés genuino por el de que los futuros cónyuges tengan cabal conocimiento de las características de cada régimen de bienes...”²⁵.

9) *Roles similares*. En sintonía con lo anterior, señala HERRERA que los roles del escribano y del oficial público del Registro Civil se asemejan. “... El oficial público al tomar la declaración de los contrayentes expresando que optan por el régimen de separación de bienes tiene idénticas atribuciones dentro de su campo de acción que las delegadas también por el Estado a los escribanos...”. “... El acta labrada con las formas de ley, es prueba del matrimonio y tiene carácter de instrumento público...; en tal carácter reúne los mismos presupuestos que la escritura pública...”²⁶.

La otra postura

Otro sector de la doctrina, entiende que la opción solo puede realizarse por escritura pública. Esta posición es sostenida por ARIANNA²⁷, SAMBRIZZI²⁸, MAZZINGHI²⁹, MORENO DE UGARTE³⁰, PERACCA³¹, BASSET³², LAMBER³³, CERNIELLO y GOICOECHEA³⁴, BELLUSCIO³⁵, por la 39 Jornada Notarial Bonaerense³⁶ y la 32 Jornada Notarial Argentina³⁷.

25 HERRERA, Marisa y Chechile, Ana María. Ob. cit., pág. 4.

26 HERRERA, Marisa y Chechile, Ana María. Ob. cit., pág. 4.

27 ARIANNA, Carlos A. Ob. cit.

28 SAMBRIZZI, Eduardo A. “Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial”. La Ley 04/11/2014, LL 2014-F, 757.

29 MAZZINGHI, Jorge A. M. Ob. cit.

30 MORENO DE UGARTE. Las capitulaciones matrimoniales en el Proyecto de Reformas del Código Civil.

31 PERACCA, Ana. *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Tomo II, Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (directores), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, comentario al art. 448, págs. 87 y ss.

32 BASSET, Úrsula. “Las tres puertas de ingreso al régimen de separación de bienes”, RCCyC, año 1, N 6, diciembre de 2015, pág. 1. “La convención matrimonial”, La Ley 17/08/2016, LL 2016-D, 1258.

33 LAMBER, Néstor. Opinión vertida en interconsulta de la Asesoría Notarial Personalizada del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. No publicada. Agosto 2017.

34 CERNIELLO, Romina I. y Goicoechea, Néstor D. Revista del Notariado 922, anuario 2015, pág. 120 y ss.

35 BELLUSCIO, Claudio A. *Régimen patrimonial del matrimonio y de las uniones convivenciales según el nuevo Código Civil y Comercial*, Editorial García Alonso.

36 39 Jornada Notarial Bonaerense, Mar del Plata, 25 al 28 de noviembre de 2015. Conclusiones Tema 7- Matrimonio. Coordinadora: Adriana N. Abella. “Las convenciones matrimoniales... Forma. Deben celebrarse en escritura pública y pueden modificarse -antes del matrimonio- con la misma formalidad”.

37 32 Jornada Notarial Argentina. Ciudad de Buenos Aires, 2016. Boletín N° 2. Conclusiones del Tema II. Coordinadora: Ilda Graciela Sian. “Convenciones matrimoniales. Forma. La forma

Los fundamentos de esta postura, se enumeran a continuación:

1) El art. 448: dice, expresamente y con claridad meridiana: “las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública”. Del juego de los arts. 448 y 449 del Código Civil y Comercial, resulta con toda claridad que las convenciones matrimoniales -tanto las que se celebran antes del matrimonio, como las posteriores, dirigidas a modificar el régimen patrimonial- deben realizarse en escritura pública³⁸.

2) Articulación del art. 448 con el art. 446: que permite concluir que la opción de régimen patrimonial forma parte del contenido de las convenciones prematrimoniales. Por tanto, entre la opción de régimen y la convención matrimonial hay una relación de género-especie, no son dos institutos distintos, sino que la opción de régimen implica siempre el otorgamiento de una convención matrimonial.

3) El art. 420 del CCyC. Distinguir “forma” de “publicidad”. Dice BASSET que los incisos i) y j) de este artículo describen el mecanismo de publicidad previsto para las convenciones. Y agrega “Una opinión experta... ha sostenido... que el régimen de separación de bienes podría elegirse en el acto de celebración del matrimonio, sin necesidad de convención prenupcial por escritura pública. Discrepamos con esta posición. Nos parece que subyace un equívoco más comprensible: si se leen las disposiciones por separado, puede pensarse que una no está ligada a la otra. La causa del equívoco está en el método de redacción del código: al trabajar por comisiones separadas, las distintas secciones no están suficientemente armonizadas. Sin embargo, para resolver este problema, creemos que debe distinguirse entre la forma de celebración y el requisito de publicidad de la convención prenupcial. La forma de la celebración de la convención está regulada en el art. 448. La publicidad se resuelve por la vía del art. 420 inc i) y j). Y es razonable que así sea porque el escribano, de lo contrario, no tendría cómo anotar la convención en un acta matrimonial que no existe porque el matrimonio no se ha celebrado. Caso contrario debería inscribirla con posterioridad al matrimonio, y entonces se diferirían los efectos frente a terceros. Felizmente el tomar nota de la convención en el acta matrimonial resuelve todo a una: la coincidencia de la validez de la convención (sujeta a la condición suspensiva de celebración de las nupcias) con la oponibilidad a terceros en virtud de la publicidad derivada de la toma de nota en el acta”³⁹.

legal impuesta para la celebración de las convenciones prematrimoniales y para la modificación del régimen patrimonial es únicamente la escritura pública. Su falta causa invalidez”.

38 MAZZINGHI, Jorge A. M. Ob. cit., pág. 5.

39 BASSET, Úrsula. “Las tres puertas de ingreso al régimen de separación de bienes”, ob. cit., pág. 4.

4) Otra interpretación de los Fundamentos del anteproyecto: según SAMBRIZZI las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública; y lo mismo sería si la escritura fuera otorgada en el momento mismo de la celebración, que es a lo que se hace mención en los Fundamentos del nuevo Código Civil, donde se afirma que la elección de régimen se realiza por escritura pública antes de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del estado civil y capacidad de las personas⁴⁰.

5) *Derecho comparado*: el codificador opta por la escritura pública siguiendo al Código Civil francés (arts. 1394, 1395, 1396), español (art. 1280 y 1327), belga (arts. 1391 y 1392)⁴¹. Y también está en sintonía con el Código de Brasil (art. 1653⁴²).

Otros países incluyen la posibilidad de concretarlas mediante acta celebrada ante el oficial público, pero esta variante se prevé expresamente en el plexo normativo. Así en Paraguay, el art. 26 del código respectivo establece: "... salvo que efectúen dicha manifestación ante el oficial público, en un acta suscripta por el mismo, los contrayentes y los testigos" (art. 26). En el mismo sentido se expresa el Código de Familia de El Salvador⁴³.

6) *Fundamento de la formalidad*: dice MEDINA que por "razones de seguridad" las convenciones deben ser formalmente realizadas. La autora fundamenta su afirmación citando la recomendación emanada del X Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Mendoza, en el año 1998: "las convenciones sobre el régimen de bienes en el matrimonio deben ser formales y satisfacer las exigencias del régimen publicitario registral para la protección de los terceros"⁴⁴.

7) *El rol del escribano*: según BASSET hay múltiples razones para confiar a los escribanos la tarea de la confección de la convención. La primera y más evidente es que la Argentina no tiene costumbre de celebrar convenciones. Es esencial que la convención se celebre en el marco de una contención y asesoramiento adecuados. En segundo lugar, la escritura pública es un instrumento fehaciente⁴⁵.

La autora resalta el nuevo rol que adquiere el escribano en las convenciones matrimoniales, señalando que sus funciones consisten fundamentalmente en tres: a) la consultiva (analizar de manera profundizada cuál es la mejor solución concreta y jurídica para ese matrimonio en particular, y orientarlos hacia la mejor

40 SAMBRIZZI, Eduardo. Ob. cit., pág. 4.

41 ARIANNA, Carlos A. Ob. cit., pág. 4.

42 MOLINA DE JUAN, Mariel. Texto y contexto de las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial, ob. cit., pág. 5.

43 MOLINA DE JUAN, Mariel. Texto y contexto de las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial, ob. cit., pág. 5.

44 MEDINA, Graciela. Ob. cit., pág. 5.

45 BASSET, Úrsula. "La convención matrimonial", ob. cit., pág. 3.

solución jurídica); b) la técnica-jurídica (asegurarse de la voluntad libre y discernimiento de ambos celebrantes, redactar un instrumento que no resulte impugnabile, e informar a los esposos sobre las consecuencias financieras y fiscales; y c) la administrativa (dar fe del acto, otorgar a los esposos el certificado respectivo, realizar las inscripciones y anotaciones requeridas). Señala BASSET que la primera de las funciones es la primordial y “requiere de una gran sensibilidad, para mantener el equilibrio y la unidad familiar y no inducir a faltas de decoro que podrían quebrar los delicados hilos que a veces estrechan a la familia”⁴⁶.

8) *Garantía de asesoramiento*: la misma MOLINA DE JUAN, en el comentario al art. 448, en el código comentado dirigido por KEMELMAJER, expresó que la trascendencia del acto en que se deciden cuestiones que pueden afectar los derechos económicos de uno (especialmente el vulnerable) exige tomar las precauciones necesarias para garantizar su adecuado asesoramiento y un estricto control del acto voluntario al momento de su celebración⁴⁷.

9) *El contraargumento del encarecimiento del acto*: para BASSET, la objeción que podría plantearse en el sentido de que la escritura encarece el acto, no cabe en el marco del régimen de separación de bienes: quien separa bienes, tiene bienes para separar y por lo tanto se justifica y puede costear un escribano⁴⁸.

10) *No hay fundamentos para diferenciar entre las convenciones previas y posteriores al matrimonio*: la exigencia con relación a la forma, prevista en los arts. 448 y 449, es idéntica.

Como dice BASSET, en cuanto a los requisitos de forma solo cabe celebrar la convención por escritura pública, ya sea que la convención se celebre antes o después del matrimonio⁴⁹.

No hay fundamento para distinguir entre los dos tipos de convenciones, ya que ambos constituyen actos trascendentes para la vida económica de los esposos. En este sentido el art. 1016 establece “La formalidad exigida para la celebración del contrato rige también para las modificaciones ulteriores que le sean introducidas, excepto que ellas versen solamente sobre estipulaciones accesorias o secundarias, o que exista disposición legal en contrario”. No parece lógico exigir para la modificación una forma más exigente que para el acto originario⁵⁰.

46 BASSET, Úrsula. “La convención matrimonial”, ob. cit., pág. 5.

47 MOLINA DE JUAN, Mariel. Comentario al artículo 448, pág. 577, en Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (directoras), Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014, Tomo I, arts. 401 a 508, Rubinzal Culzoni Editores, 1ª edición, 2014.

48 BASSET, Úrsula. “La convención matrimonial”, ob. cit., pág. 3.

49 BASSET, Úrsula. “Las tres puertas de ingreso al régimen de separación de bienes”, ob. cit., pág. 2.

50 BASSET, Úrsula. Ob. cit.

11) *No enumera los requisitos de la escritura*: dice MOLINA DE JUAN que a diferencia de lo establecido en el Código de Vélez, el art. 448 no precisa los requisitos que debe tener la convención, y en este sentido acompaña a la doctrina que ya había puesto de manifiesto la innecesariedad de dicha especificación, dado que en definitiva se trata de una escritura pública⁵¹.

12) *La especialidad de las normas*: las normas del régimen patrimonial del matrimonio, por su especialidad, prevalecen sobre las disposiciones relativas a la celebración del matrimonio⁵².

No parece razonable invocar una norma referida a la celebración del matrimonio para generar efectos respecto del régimen patrimonial del matrimonio. El art. 420 se ocupa del contenido y modo de redacción del acta matrimonial que documenta el acto jurídico del matrimonio, apartándose de la norma del art. 448 en cuanto a la forma⁵³.

13) *El artículo 463*: según CERNIELLO y GOICOECHEA otro argumento a favor de esta postura aparecería en la norma citada, que se refiere al carácter supletorio del régimen de comunidad, y resulta categórico al establecer que “a falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de gananciales”⁵⁴.

14) *Interpretación de la ley*: como sostiene LAMBER, en este caso es plenamente aplicable el histórico criterio de interpretación de la ley de la Corte Suprema de la Nación de “estar a la aplicación directa de la misma”, cuando la interpretación no exige ningún esfuerzo sin otra consideración, siendo esta la primera fuente del derecho⁵⁵.

El mismo criterio sostiene la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, al ratificar que cuando el texto de la ley es claro y expreso “no cabe prescindir de sus términos correspondiendo aplicarla estrictamente y en el sentido que resulte de sus propias palabras aun cuando pareciera injusta, pues la interpretación de la ley debe comenzar con la ley misma, es decir, que para alcanzar su verdadero significado no ha de añadirse ni extender nada que aclare su contenido”⁵⁶.

51 MOLINA DE JUAN, Mariel. Comentario al artículo 448, ob. cit., pág. 577.

52 MOLINA DE JUAN, Mariel. Tratado de Derecho de Familia, Tomo V-A, ob. cit., pág. 67.

53 LAMBER, Néstor. Opinión vertida en interconsulta. Ob. cit.

54 CERNIELLO, Romina I. y Goicoechea, Néstor D. Ob. cit., págs. 121 y ss.

55 LAMBER, Néstor. Opinión vertida en interconsulta. Ob. cit. (Cita Fallos 314:1740. 3143 u 2254; Fallos 314: 1018 y 324: 2780; conf. Lorenzetti (coord.) Código Civil y Comercial comentado, Editorial Rubinzal Culzoni, Tomo 1).

56 LAMBER, Néstor. Ob. cit. (Cita: SCJBA Acuerdos y Sentencias 1929-235 1970-I-391 y 1970-II-135).

Nuestra postura

Nos enrolamos en la última doctrina desarrollada. Sostenemos que la única forma posible para el ejercicio de la opción de régimen es la escritura pública.

Nuestros argumentos se alinean con los catorce precedentemente enumerados y, además, agregamos los siguientes:

1) *El tiempo de verbo*. El artículo 420 inc. j) dice: "... si se ha optado por el régimen de separación de bienes". La utilización de este tiempo de verbo permite al intérprete deducir que este inciso está directamente enlazado con el anterior, y que el legislador le está indicando al oficial de registro que, si en la convención -otorgada por escritura- "se optó" por dicho régimen, se debe dejar constancia expresa en el acta de matrimonio.

2) *Trascendencia del ejercicio de la opción*: de todas las opciones que ofrecen las convenciones, la más relevante, sin lugar a dudas, es la elección del régimen matrimonial. Es la gran novedad que trae el Código Civil y Comercial. Es la que mayor impacto tiene en la relación de los contrayentes entre sí, y de estos con los terceros⁵⁷. Se ha sostenido que el último inciso del art. 446 contiene las "verdaderas convenciones matrimoniales"⁵⁸. No sería lógico concluir que las otras tres opciones previstas en el artículo 446 deban cumplir con la forma escritura pública, en tanto la opción más trascendente pueda prescindir de ella.

3) *Cambio de posición doctrinaria*: cabe dudar de la solidez de la postura contraria en tanto las autoras que hoy la sostienen se habían pronunciado, inicialmente, a favor de la exigencia de escritura pública para toda convención matrimonial, sin diferenciar el supuesto de la opción de régimen patrimonial⁵⁹. Es a partir de la práctica adoptada por algunos operadores jurídicos (los registros del estado civil), que las reconocidas doctrinarias modificaron su posición, aceptando el ejercicio de la opción ante dichos organismos. Pareciera que el debate se instala, en el seno de este equipo académico, un año después de

57 BASSET, Úrsula. *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2ª Edición actualizada y aumentada, director general Jorge Horacio Alterini, coordinador Ignacio E. Alterini. Tomo III, artículos 401 a 723, relaciones de familia (pág. 117, comentario al art. 420).

58 PERACCA, Ana. Comentario al art. 420, pág. 27 y comentario al art. 448, pág. 87. En Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II, Libro Segundo, arts. 401 a 723, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación.

59 MOLINA DE JUAN, Mariel. Comentario al art. 448, pág. 575. En Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (directoras), *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014*, Tomo I, arts. 401 a 508, Rubinzal Culzoni Editores, 1ª edición, 2014.

la entrada en vigencia del código actual, al momento de elaborar el tomo de actualización doctrinal y jurisprudencial del *Tratado de Derecho de Familia* dirigido por la Dra. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, MARISA HERRERA Y NORA LLOVERAS⁶⁰.

4) *Fuente del art 448*: los proyectos de 1993 y 1998 admitían la posibilidad de realizar las convenciones matrimoniales en instrumento privado sujeto a homologación judicial. Resulta claro que tanto para el legislador de 2015, como para sus antecesores, el otorgamiento de la convención era, es y será un acto que debe estar rodeado de las mayores seguridades jurídicas. Como afirma MEDINA: “Las convenciones prematrimoniales son formales, por razones de seguridad jurídica”⁶¹.

5) *Interpretación de la ley*: la ley es clara. La articulación del art. 446 con el art. 448 no deja lugar a dudas respecto de la forma exigida para el ejercicio de la opción. No se puede “torcer” el sentido de la norma en aras de un espíritu finalista que, por más loable que sea, no está reconocido en el texto normativo. Lo que corresponderá, en todo caso, es una reforma legislativa. Pero la norma, tal cual como ha sido concebida y redactada dice lo que dice, con claridad meridiana y sin ningún esfuerzo de interpretación. El verdadero esfuerzo debe hacerlo la doctrina contraria para intentar encontrar argumentos que compensen, o mejor dicho que “digan” lo que la norma “no dice”.

GENERALIDADES SOBRE LA FORMA Y LAS NULIDADES

Antes de abordar el segundo debate que proponemos en este trabajo, consideramos interesante desarrollar, aunque sea brevemente, algunas cuestiones relativas a las solemnidades y a las nulidades, en general. Y para ello, seguiremos al Dr. JORGE ALTERINI que en el *Código comentado* que él mismo dirige, se ocupa especialmente de este tema.

Advertimos al lector que, en este punto del trabajo, “abusaremos” del subtítulo. Nos disculpamos anticipadamente por dicha licencia, pero estamos convencidos que en un tema tan árido como el de las nulidades, cualquier herramienta que facilite la lectura, es bienvenida.

60 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (directoras), *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo V-A, actualización doctrinal y jurisprudencial, Rubinzal Culzoni Editores, 1ª edición, 2016, pág. 65 y sigs.

61 MEDINA, Graciela. “Elección del régimen de bienes del matrimonio. Límites y proyecto de reforma del Código Civil”, citada por Molina de Juan, Mariel en *Tratado de Derecho de Familia*, comentario al art. 448, pág. 575.

NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA

El art. 386 dice: "... son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción solo en protección del interés de ciertas personas".

No se ha incluido, en esta norma, un listado de actos nulos de nulidad absoluta o relativa. Esta decisión legislativa deja en manos de los intérpretes la tarea de fundamentar en cada tema la calificación del tipo de nulidad aplicable⁶².

LA NATURALEZA DE LAS SOLEMNIDADES

Según ORELLE (que es el autor a quien el Dr. ALTERINI delega el tratamiento de este tema en el Código que dirige) dicha naturaleza es la protección preventiva que el ordenamiento estructura para colaborar con los ciudadanos en ciertos actos legislativamente seleccionados. Tal colaboración se desarrolla con operaciones jurídicas procedimentales de los oficiales públicos que se aplican antes, durante y con posterioridad a los actos. Esta nota esencial de las solemnidades constituye un pilar fundamental para definir la naturaleza de la nulidad como relativa⁶³.

Y citando a MESSINEO señala que la imposición de la solemnidad de la forma se explica por el propósito de llamar la atención del declarante sobre la importancia del acto que realiza y de garantizar la seriedad y la madurez de todo lo que decida, de hacer posible el control del contenido de la declaración y de constreñir al declarante a la claridad⁶⁴.

Siguiendo esta idea sobre la naturaleza de las solemnidades, el autor concluye que las nulidades instrumentales, desde el plano exclusivo de las normas, son relativas, porque las solemnidades se imponen para proteger a los ciudadanos, o sea en un interés particular⁶⁵.

Y agrega que en materia de nulidades instrumentales la nulidad absoluta debería ser excepcional, jamás la regla, debido a la finalidad protectora de las solemnidades⁶⁶.

62 ORELLE, José M. *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, 2ª Edición actualizada y aumentada, Tomo II, comentario al art. 298, pág. 488 y ss.

63 ORELLE, José M. Ob. cit. Comentario al art. 294, págs. 451 y ss.

64 ORELLE, José M. Ob. cit.

65 ORELLE, José M. Ob. cit.

66 ORELLE, José M. Ob. cit.

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS SOLEMNIDADES

Dice ORELLE, citando a LLAMBÍAS, que la doctrina tradicionalmente ha distinguido entre actos en los cuales la forma legal se impone “ad solemnitatem” y actos en los cuales la forma es “ad probationem”, entendiéndose que en el primer caso la nulidad del instrumento no puede ser suplida por otra prueba, y en el segundo -en cambio- es posible recurrir al instituto de la conversión⁶⁷.

Por su parte, CIFUENTES ha hecho una clasificación tripartita: actos de solemnidad absoluta, actos de solemnidad relativa y actos formales no solemnes. En los primeros la regla formal tiene carácter constitutivo, y el no cumplimiento de la misma acarrea la nulidad absoluta, el acto queda privado de todos sus efectos propios. En los de solemnidad relativa, en caso de omisión se pierden los efectos propios del acto que -siendo nulo- pasa a tener un efecto distinto: la falta de instrumento transforma el negocio en la obligación de otorgarlo. Y finalmente los formales no solemnes, en los cuales la forma se exige *ad probationem*; los actos son válidos y producen sus efectos, pero no se los puede probar si carecen de la forma indicada⁶⁸.

Como señala ORELLE, este enfoque implica -a primera vista- una superposición de la clasificación que divide las *solemnidades* en absolutas o relativas (conforme la moderna doctrina) con la clasificación que distingue entre *nulidades* absolutas y relativas⁶⁹.

Continúa diciendo el autor que el abanico de solemnidades es muy amplio y no todas tienen la misma importancia respecto a la validez del acto. Esta diferencia de importancia, de incidencia de cada una de las solemnidades, en la calificación sobre su carácter de absolutas o relativas, se basa en la importancia que cada una tiene en el acto en cuestión. Y ejemplifica de la siguiente forma: si el oficial público no ha intervenido, el acto es nulo; si en cambio ha redactado un instrumento con estilo de redacción confuso o ambiguo el impacto de esta solemnidad en cuanto a la validez del acto es menor⁷⁰.

LA LLAMADA “CONVERSIÓN” DEL ACTO

Para definir este instituto es necesario distinguir dos supuestos: el que surge del art. 285 y el que consta en el segundo párrafo del art. 294.

El primero, está ubicado en el título IV “Hechos y actos jurídicos”, capítulo 5, sección 3° “Forma y prueba del acto jurídico” y establece: “Art. 285.- Forma im-

67 ORELLE, José M. Ob. cit.

68 ORELLE, José M. Ob. cit.

69 ORELLE, José M. Ob. cit.

70 ORELLE, José M. Ob. cit.

puesta. El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad”.

El segundo, el art. 294 está ubicado en el mismo título, pero en la Sección 4° “Instrumentos públicos” y dice, en el segundo párrafo: “... El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes”.

Como dice ORELLE el art. 285 alude al “acto”; estamos en el plano de la conversión *sustancial o propia*, o sea que se refiere a la conversión de los actos o negocios. En cambio, el art. 294 alude a la conversión *formal* o sea a la conversión del efecto del “instrumento”. En ese sentido consagra la validez del instrumento como privado, en caso de nulidad del instrumento público por falta de alguno de sus requisitos esenciales⁷¹.

Señala ORELLE que la conversión instrumental solo puede adquirir trascendencia cuando el instrumento privado objeto de la conversión genera efectos reconocidos por el derecho. Y dichos efectos solo pueden darse en los casos en que la solemnidad es impuesta con carácter relativo. Si la solemnidad es absoluta (testamentos, donación de inmuebles, etc...) el defecto afecta al acto en sí mismo, ya que la solemnidad es parte esencial de él, no es un requisito adicional⁷².

Dicho en otras palabras: como principio general, la conversión opera solamente para el caso de las solemnidades relativas. Para el caso de las solemnidades absolutas no puede operar pues las mismas versan sobre casos de extrema gravedad del vicio. Aunque admite el autor que, en base a los nobles fundamentos de la conversión, en caso de duda, debe prevalecer la viabilidad de la misma.

D’ALESSIO vincula ambas normas (art. 294 y 285) al señalar que el segundo párrafo del art. 294 es una aplicación del instituto de la conversión formal, que respecto de los actos jurídicos consagra el art. 384. Entiende el autor que podrá o no resultar de aplicación lo dispuesto en el art. 285, es decir que ese instrumento convertido en privado, permita a las partes demandar el otorgamiento del instrumento público⁷³.

FALBO, por su parte, aclara que para que la conversión sea factible deben concurrir los siguientes requisitos: que el acto emane de un oficial público y que esté firmado por las partes⁷⁴.

71 ORELLE, José M. Ob. cit.

72 ORELLE, José M. Ob. cit.

73 D’ALESSIO, Carlos Marcelo. Comentario al art. 295, pág. 144. *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, director Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal Culzoni Editores.

74 ORELLE, José M. Ob. cit.

EL TÉRMINO “CONVERSIÓN”

Finalmente, ALTERINI hace una disquisición respecto del término “conversión” y dice: “preferimos NO hablar de conversión formal o conversión instrumental, y hacerlo de ‘mutación formal’. Se trata del saneamiento que purga el efecto sustancial de forma del que adolece un acto, que inválido con la forma elegida, subsiste con otra sin cambiarse el tipo negocial”⁷⁵.

Y siguiendo a CARIOTA FERRARA señala el autor que no hay técnicamente conversión porque no hay negocio diverso (ni por el tipo, ni por la naturaleza, ni por el contenido)⁷⁶.

La transformación que se opera en la mutación formal no importa un cambio cualitativo del acto celebrado, pues este subsiste con otra exteriorización formal. El acto persiste en su calidad originaria, por ello no hay conversión y sí mera mutación formal⁷⁷.

EL DEBATE SOBRE LA CALIFICACIÓN DEL INSTRUMENTO

Habiendo teorizado sobre las nulidades, ahora sí volvemos al eje temático de nuestra presentación.

El primer debate planteado en este trabajo conduce a un segundo interrogante: ¿qué consecuencias produce la omisión de la forma estipulada por la ley?

En el punto anterior analizamos cuál era la forma prevista por la ley para el ejercicio de la opción de régimen, y concluimos que la única respuesta posible era: la escritura pública.

En este apartado nos dedicaremos a analizar qué sucede cuando la opción se ejerce ante el oficial del registro del estado civil, sin escritura pública.

Más allá de nuestra opinión doctrinaria, que hemos expuesto claramente, no podemos dejar de reconocer que esta práctica existe, y que los registros expiden partidas de matrimonio donde consta el ejercicio de la opción por el régimen de separación de bienes, publicitando un acto que no ha cumplido con la exigencia formal legal. Y entonces la pregunta que cabe es: ¿cómo calificamos ese acto?

A priori, no surge una respuesta, sino más preguntas. La opción ejercida ante el oficial de registro: ¿configura un acto válido? ¿Es un acto nulo? ¿Es un acto inoponible? ¿Se trata de una inexactitud registral? ¿Es un caso de falta de compe-

75 ORELLE, José M. Ob. cit.

76 ORELLE, José M. Ob. cit.

77 ORELLE, José M. Ob. cit.

tencia material del oficial interviniente? ¿Es un acto convertible? Y en este último caso, si uno de los cónyuges se niega a cumplir con la forma escritura pública, ¿podría el otro accionar judicialmente para exigir ese cumplimiento?

AL MENOS TRES POSTURAS

Conforme la compulsa doctrinaria que hemos realizado, existen al menos tres posiciones doctrinarias, que resumiremos a continuación:

1) La convención matrimonial, y por lo tanto el ejercicio de la opción de régimen patrimonial, es un negocio formal solemne. La forma es constitutiva del acto y por lo tanto su incumplimiento lo categoriza como acto nulo, siendo la nulidad absoluta e insubsanable.

2) La solemnidad exigida por la norma es relativa, por tanto la falta de forma no vicia de nulidad el acto, sino que éste ingresa en la categoría de “actos convertibles” (art. 285 CCyC). Para esta posición los cónyuges podrían cumplir ahora, con la forma que se omitió oportunamente. Y aquí surge un segundo planteo: ¿si uno de los cónyuges es renuente, podría el otro reclamar judicialmente el otorgamiento de la escritura?

3) No es válida la opción de régimen de separación ejercida ante el oficial de registro. Sin embargo, la nulidad debe sustanciarse y declararse judicialmente (art. 383 CCyC), y hasta tanto esa nulidad se declare en sede judicial, el acto produce los efectos propios del régimen de separación.

LA PRIMERA POSTURA

Esta posición entiende que la omisión de la forma provoca la nulidad del acto, privándolo de todo efecto jurídico. En este sentido, la que fuera otorgada por instrumento privado no es ni siquiera oponible entre los cónyuges que la han celebrado. Por lo tanto, aunque más tarde se acredite la voluntad por otro medio de expresión, el acto es nulo⁷⁸.

Así lo sostiene BASSET. Para la autora, en el art. 285 están contenidas las dos variantes de solemnidad absoluta y solemnidad relativa. La primera estaría en la parte final del artículo: “excepto que...”; y la segunda en la para ella “mal llamada conversión”⁷⁹.

Para la autora la formalidad de las convenciones es de naturaleza absoluta y no relativa. La inherencia de la forma en el objeto es de tal entidad (por la impli-

78 MOLINA DE JUAN, Mariel. *Tratado de Derecho de Familia*, tomo de actualización, ob. cit., pág. 71.

79 BASSET, Úrsula. “La convención matrimonial”, ob. cit., pág. 10.

cancia que tiene para los cónyuges y frente a terceros) que la falta de las solemnidades requeridas vicia sustancialmente la convención, y no hay forma de sanearla. Tampoco cabría imponer al otro cónyuge la obligación de sanear el instrumento de forma imperativa por medio de una sentencia judicial (esto así por la libertad del consentimiento para las convenciones, que sigue la regla del consentimiento matrimonial)⁸⁰.

La autora entiende que si los novios o cónyuges hubieran celebrado convención pre o postnupcial en instrumento privado, no podría derivarse de ello una obligación de escriturar. Centra su análisis en la exigencia de plena libertad de consentimiento que debe existir a la fecha de celebración de la convención, en clara analogía con el consentimiento matrimonial. Por tanto no cabría celebrar una convención en la que una de las partes no acuerde, por la fuerza. Si uno de los dos se arrepiente, prevalece la libertad de no convenir con el otro. Así, no procedería respecto de las convenciones prenupciales que pueden ser modificadas tantas veces como sea antes del matrimonio.

Para SAMBRIZZI también la convención es un acto formal solemne, y su omisión provoca la nulidad del acto. Para el autor sería una nulidad relativa, ya que dichos actos se celebran en protección del interés de los cónyuges⁸¹.

Esta postura es suscripta también por la notaria ADRIANA ABELLA, quien se expidió sobre el particular en respuesta a una consulta presentada ante la Asesoría Notarial Personalizada del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. La consulta fue la siguiente: “¿Se puede optar por el régimen de separación de bienes en el acto del matrimonio? ¿La constancia en el acta de que optan por el régimen de separación de bienes, es suficiente (art. 420 inc j)? ¿No es necesario hacerlo por escritura previa a la celebración del matrimonio?”. La reconocida autora contesta haciendo un desarrollo doctrinario sobre las convenciones matrimoniales, y expresamente remarca: “Si al contraer matrimonio los cónyuges no se pronuncian sobre la opción de un régimen patrimonial, quedan sometidos al régimen de comunidad y luego de un año pueden pasar al de separación. Las convenciones pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio (art. 446) y después de la celebración del matrimonio... (art. 449). La forma legal impuesta en ambos casos es la escritura pública.”⁸².

Aunque parece haber cambiado de opinión después, en el año 2015 MARISA HERRERA se pronunció respecto de la solemnidad de esta exigencia formal. En el comentario al art. 448, en el tomo III del *Código Civil y Comercial de la Nación Co-*

80 BASSET, Úrsula. “La convención matrimonial”, ob. cit., pág. 5.

81 SAMBRIZZI, Eduardo A. Ob. cit.

82 ABELLA, Adriana. Cuaderno de Apuntes Notariales 135, marzo de 2016, FEN, Fundación Editora Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

mentado, dirigido por RICARDO LUIS LORENZETTI, la autora expresó que “si bien la escritura pública se mantiene como forma *ad solemnitatem* de este tipo de acuerdos, lo cierto es que se prevé -y aquí la modificación que trae consigo la reforma- que cuando este acuerdo contenga la opción por el régimen de separación de bienes, la forma de la escritura pública no es suficiente a fin de que tenga efectos ante terceros, siendo necesaria su inscripción en nota marginal en la respectiva acta de matrimonio”.

La 32 Jornada Notarial Argentina que se llevó a cabo en la Ciudad de Buenos Aires en 2016 concluyó que: “La opción por el régimen de separación debe hacerse en la convención matrimonial. La declaración efectuada en el acta de matrimonio se exige a los fines de la publicidad frente a terceros. En ningún caso puede optarse por el régimen de separación ante el oficial del Registro Civil al momento de la celebración del matrimonio”.

LA SEGUNDA POSTURA

Para una *segunda postura* sostenida, entre otros, por ARIANNA y MAZZINGHI, la solemnidad exigida por la norma es relativa.

Y hacen la siguiente distinción: en los negocios formales solemnes la forma es constitutiva y su omisión provoca la nulidad del acto, aunque se pruebe por otro medio la expresión de la voluntad; en cambio, los negocios formales de solemnidad relativa, permiten la categorización del acto como “convertible”⁸³.

Para ambos autores, el concepto de solemnidad relativa se apoya en el juego de dos artículos del Código: 1018 y 285.

El art. 1018 establece: “El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad...”. Es decir que hasta tanto se otorgue la escritura pública, el instrumento firmado por las partes constituye una obligación de hacer.

El art. 285, en consonancia con el anterior, dice: “El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresa formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad”.

A diferencia del Código de VÉLEZ, que en el art. 1223 también exigía la forma escritura pública, el Código actual suprime la sanción expresa de nulidad. Esto permite replantear si la convención es un negocio de solemnidad absoluta o relativa⁸⁴.

83 ARIANNA, Carlos A. Ob. cit., pág. 4.

84 Art. 1223 Código de Vélez: “Las convenciones matrimoniales deben hacerse en escritura pública, so pena de nulidad, si el valor de los bienes pasare de mil pesos, o si constituyeren derechos sobre bienes raíces. No habiendo escribanos públicos, ante el juez del territorio y

Para esta posición la falta de escritura no vicia de nulidad el acto, sino que lo transforma en un acto convertible, que son aquellos que pese a no cumplir con la forma exigida, valen como negocio jurídico que obliga a las partes a concretar la exigencia legal⁸⁵.

Esta doctrina entiende que solo son de solemnidad absoluta aquellos actos cuya forma es exigida por ley bajo pena de nulidad. Por tanto, al no contener la sanción de nulidad, la convención celebrada en instrumento privado deviene en obligación de hacer, y el renuente podría ser compelido judicialmente a cumplirla⁸⁶.

Concluye MAZZINGHI que, si las partes otorgaran la convención matrimonial en un instrumento privado, cualquiera de ellas podría forzar a la otra a volcar el pacto en una escritura pública, cumpliendo así con la forma exigida. La convención otorgada en instrumento privado no es perfecta, ni plena, pero tiene valor y faculta a cualquiera de las partes a reclamar de la otra el cumplimiento de las formalidades legales⁸⁷.

Claro que, como plantea ARIANNA, si se tratase de una convención prenupcial celebrada en un instrumento privado, el remiso siempre tendrá el recurso de negarse a celebrar el matrimonio, ya que la promesa de celebrarlo no tiene validez jurídica⁸⁸.

En el mismo sentido se expresa MOLINA DE JUAN, agregando que la discusión respecto de la viabilidad o no de la acción judicial para el cumplimiento de la forma es meramente teórica, allanándose el camino cuando se analiza el supuesto desde su factibilidad práctica. Y esto así porque si el remiso es intimado a cumplir con la forma, lo más probable es que ese matrimonio no se concrete⁸⁹.

En sintonía con lo expuesto, concluye la autora que la especialidad de este negocio familiar, estaría privando a la figura de la conversión de su verdadera utilidad⁹⁰.

CERNIELLO y GOICOECHEA expresan también que el carácter de la solemnidad impuesta es relativa, por no haberse impuesto expresamente la escritura pública bajo sanción de nulidad (artículos 285, 969, 2028 y cc.). Para los autores se trata de una omisión importante -e involuntaria- del legislador, pues, por su contenido,

dos testigos. Si los bienes no alcanzaren a la suma de mil pesos, podrán hacerse por escritura privada ante dos testigos”.

85 ARIANNA, Carlos A. Ob. cit., pág. 4.

86 MOLINA DE JUAN, Mariel. *Tratado de Derecho de Familia*, tomo de actualización, ob. cit., pág. 72.

87 MAZZINGHI, Jorge A. M. Ob. cit., pág. 6.

88 ARIANNA, Carlos A. Ob. cit., pág. 4.

89 MOLINA DE JUAN, Mariel. *Tratado de Derecho de Familia*, tomo de actualización, ob. cit., pág. 72.

90 MOLINA DE JUAN, Mariel. *Tratado de Derecho de Familia*, tomo de actualización, ob. cit., pág. 73.

estas convenciones no deberían quedar sujetas a la posibilidad de posteriores acciones de escrituración, lo que resultaría un ridículo y podría afectar derechos de terceros⁹¹.

Finalmente ARIANNA hace la siguiente aclaración: si la convención comprendiera una donación de cosas inmuebles, muebles registrables o prestaciones periódicas o vitalicias, la escritura pública constituye una solemnidad absoluta en función de lo dispuesto por el art. 1552 del CCyC⁹².

LA TERCERA POSTURA

Es sostenida por NÉSTOR LAMBER⁹³.

El autor afirma que el art. 448 impone la forma escritura pública como modo solemne absoluto, no siendo aplicable la conversión formal del artículo 294, segundo párrafo: "...El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes".

Cabe destacar que, a diferencia de los doctrinarios que se enrolan en la postura anterior, LAMBER cita el art. 294 -y no el 285- para hacer referencia al instituto de la conversión.

El destacado jurista entiende que ante la presentación de quien acredite su régimen de separación con el acta o partida, cabe sostener que estamos ante un acto que adolece de un vicio de nulidad formal.

Hasta aquí, la posición doctrinaria del académico pareciera coincidir con la primera postura.

Pero es aquí donde su desarrollo teórico adquiere un matiz diferente, y se aparta de dicho postulado. Para LAMBER dicho acto jurídico requiere, para ser ineficaz, la respectiva declaración judicial que así lo determine conforme lo dispone el art. 383 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En la nueva regulación de nulidades *se deroga el artículo 1038 del Código de VÉLEZ y se establece que toda nulidad debe sustanciarse (art. 383) y debe ser pronunciada por los jueces (art. 390)*⁹⁴.

Entiende el autor que en el caso particular, el conflicto de normas que para una parte de la doctrina importa una excepción al principio formal del art. 448 CCyC, requiere su sustanciación y decisión judicial sobre la materia e interpretación de la ley.

91 CERNIELLO, Romina I. y Goicoechea, Néstor D. Ob. cit., págs. 121 y ss.

92 ARIANNA, Carlos A. Ob. cit., pág. 4.

93 LAMBER, Néstor. Opinión vertida en interconsulta, ob. cit.

94 LAMBER, Néstor. *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, Eduardo G. Clusellas (coordinador), ob. cit., comentario al art. 448, pág. 379 y ss.

La existencia de la postura doctrinaria que se apoya en el art. 420 CCyC y la actuación de los respectivos registros imponen la aparente legitimidad del acto administrativo.

Por otro lado la publicidad registral, anuncia a terceros una situación jurídica: el régimen patrimonial de separación, desde el inicio del matrimonio, generando tal apariencia jurídica y la consiguiente buena fe de los terceros que contraten teniendo en cuenta este régimen. Para estos últimos nunca nació la comunidad ganancial ni existe su potencial indivisión postcomunitaria.

Señala LAMBER que un acreedor podría alegar la nulidad del acto administrativo causal de la opción y obtenida su nulidad hacer valer sus derechos de conformidad a la responsabilidad del régimen de comunidad, pero ello no perjudicará a terceros que contrataron bajo el régimen legal aparente.

Para esta posición, el notario no tiene competencia para declarar la nulidad de la opción por falta de forma y en tanto no la declare el juez se debe tomar como válida la acreditación del régimen patrimonial, para la calificación de los bienes y su gestión de conformidad con ella.

El reconocido autor entiende que no se aplica en este caso la norma de la conversión del art. 1018, y corresponde calificar a la convención matrimonial como un contrato solemne absoluto. Funda su postura señalando que están en juego principios de orden constitucional y supranacional de derechos humanos, como es la protección de la familia, que requiere de una regulación diferenciada a la de los contratos en general y las normas generales sobre éstos⁹⁵.

Para LAMBER, el acto es perfectamente oponible a los terceros, para quienes nunca nació la comunidad de bienes gananciales, ni existe su potencial indivisión postcomunitaria. La publicidad registral anuncia a los terceros de una situación jurídica: el régimen patrimonial de separación de bienes, generando tal apariencia jurídica y la correlativa buena fe de quienes contraten con el cónyuge bajo este régimen no declarado nulo ni ineficaz⁹⁶.

Entiende el autor que un acreedor podría alegar la nulidad del acto administrativo causal de la opción (donde el demandado sería el Estado provincial, por tanto el juicio se sustanciaría en el fuero contencioso administrativo) y obtenida su nulidad hacer valer sus derechos, pero ello no perjudicará a los terceros que contrataron para el régimen aparente.

Y continúa diciendo que lo mismo cabe concluir si el que solicita y obtiene la declaración de nulidad es uno de los cónyuges. Tampoco afectaría a los terceros que son de buena fe por la apariencia que genera el acto administrativo (siendo aplicable analógicamente el art. 426).

95 LAMBER, Néstor. Ob. cit., comentario al art. 448, pág. 382 y ss.

96 LAMBER, Néstor. Ob. cit., comentario al art. 448, pág. 389 y ss.

Señala el autor que la postura doctrinaria que se sustenta en la interpretación del art. 420 inc j) y la actuación consecuente del registro, impone la aparente legitimidad del acto administrativo y la buena fe del tercero.

NUESTRA POSTURA

Entendemos que:

a) La *solemnidad* impuesta es de naturaleza *absoluta* y no relativa. La inherencia de la forma en el otorgamiento del acto es de tal entidad -por los efectos que tiene entre cónyuges y frente a terceros- que el incumplimiento de la misma afecta sustancialmente la convención y no hay forma de sanearla.

b) El requisito de la forma es, pues, *ad solemnitatem*: si no se cumple con la escritura pública, la convención se torna un acto ineficaz, tanto entre los cónyuges como frente a terceros.

c) En sintonía con lo anterior, no cabría la posibilidad de que un cónyuge accione judicialmente contra el otro a fin de exigir el cumplimiento de la formalidad impuesta (obligación de escriturar), y esto así por la plena libertad que debe existir en el consentimiento que los contrayentes prestan para con el otorgamiento de la convención matrimonial. No se puede forzar a convenir aquello a lo que uno de los cónyuges ya no adhiere.

d) Lo planteado en el prenotado c), además de ilógico, resultaría de alto riesgo por la posible afectación de derechos de terceros (efecto retroactivo).

e) La naturaleza de la solemnidad es “protectoria”, es decir que se impone para proteger a los ciudadanos, en un interés particular (en este caso, el de los futuros contrayentes y los terceros que contraten con ellos). Por tanto, por aplicación del art. 386 la *nulidad* es *relativa*, ya que se trata de un acto al cual la ley impone esta sanción solo en protección del interés de ciertas personas.

f) No es posible la conversión del acto, en tanto la solemnidad es impuesta con carácter absoluto y no relativo.

g) No coincidimos con MOLINA DE JUAN cuando afirma: a) que la viabilidad o no de la acción judicial para el cumplimiento de la forma, es un planteo meramente teórico; b) que la discusión pierde sentido cuando se analiza el supuesto desde su factibilidad práctica, ya que si el remiso es intimado a cumplir con la forma, lo más probable es que ese matrimonio no se concrete⁹⁷; y c) como las convenciones matrimoniales son “causa matrimonii”, es decir que su validez queda condicionada a que el matrimonio efectivamente se celebre, la no realización del mismo deja vacía de contenido la obli-

97 MOLINA DE JUAN, Mariel. *Tratado de Derecho de familia*, ob. cit., comentario al art. 448, págs. 581 y ss.

gación de cumplir con la forma debida. Entendemos que esta afirmación de MOLINA DE JUAN es de aplicación en la instancia previa a la celebración del matrimonio. Ahora bien, si celebrado el matrimonio, los cónyuges ejercen el derecho de opción por el régimen de separación de bienes ante el oficial de registro, sin escritura pública, la discusión ya no pareciera teórica. El matrimonio se celebró, por tanto habría que discutir, concretamente, si se puede accionar judicialmente contra el remiso para cumplir con la forma.

EL CASO PRÁCTICO

Con el objetivo de dar real dimensión al debate que estamos planteando, nos parece interesante analizarlo enfocando un caso práctico concreto.

Imaginemos el siguiente supuesto: los contrayentes ejercieron la opción por el régimen de separación de bienes, con carácter previo a la celebración del matrimonio, ante el oficial del Registro Civil. Dicho organismo les expidió una partida de matrimonio donde consta la opción. Pero los cónyuges no cumplieron con la forma escritura pública. Así las cosas, uno de los flamantes esposos se presenta ante una notaría, y requiere el otorgamiento de una escritura de compra, donde se deje constancia que el bien que adquiere es personal, por estar casado bajo el régimen de separación de bienes. Y para complicar un poco más el caso, nuestro requirente solicita, además, que en forma simultánea se otorgue escritura de mutuo con garantía hipotecaria, a favor de la entidad financiera que le provee los fondos para efectivizar dicha adquisición.

Intentemos ahora pasar este caso práctico por el tamiz de las tres posturas doctrinarias desarrolladas previamente. Pareciera que el resultado no podría ser otro que éste:

1) Para la primera postura, el acto sería nulo. El notario ante quien se presenta dicho requerimiento deberá considerar que el compareciente está casado bajo el régimen de comunidad de ganancias, como si nunca hubiere ejercido la opción por el régimen de separación. Además el escribano deberá informarle que no podrá cambiar de régimen hasta que no haya pasado un año desde la celebración del matrimonio.

2) Para la segunda posición se trataría de un “acto convertible”, por tanto, los cónyuges de nuestro caso práctico podrían cumplir ahora, en la notaría, con la forma que se omitió oportunamente.

3) Para la tercera posición, si bien no es válida la opción de régimen de separación ante el oficial de registro, hasta tanto esa nulidad se declare en sede judicial, el acto produce los efectos propios del régimen de separación. El notario deberá aceptar que el requirente está casado bajo el régimen de separación. El flamante esposo otorgará la escritura de compra dejando constancia que adquiere un bien personal, y simultáneamente gravará el inmueble con derecho real de hipoteca, sin requerir la comparecencia de su cónyuge a los efectos de prestar

asentimiento (sin perjuicio de la normativa vigente en caso de que el bien en cuestión constituya su vivienda familiar: art. 456 CCyC).

Si bien este parece el encuadre lógico del caso para cada una de las posturas, es preciso señalar que algunos doctrinarios, que sostienen con énfasis la validez del ejercicio de la opción ante el oficial de registro, se muestran dubitativos en la calificación del acto, cuando el mismo supone la intervención notarial para una instrumentación como la referenciada. Y es que, como siempre decimos, el notario es el primer intérprete de la norma, que deberá calificar el acto anterior e instrumentar el siguiente, asumiendo los riesgos de dicha calificación. Y es entonces cuando las elucubraciones teóricas pierden fuerza, y se afianza la necesidad de otorgar al acto seguridad jurídica.

EFFECTOS FRENTE A TERCEROS

LAS NORMAS

El art. 448 dice: “para que la opción del art. 446 inc. d) produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio”. Por su parte el art. 420, que enumera el contenido del acta de matrimonio, incluye la manifestación de la opción del régimen patrimonial en el inc. j). El juego de ambas normas articula el sistema de publicidad en esta materia.

LA IMPORTANCIA DE LA PUBLICIDAD

La publicidad del régimen patrimonial se basa en las facultades de disposición que confiere a cada cónyuge sobre los bienes y su efecto respecto de los terceros que contraten con ellos.

Entre los cónyuges las convenciones producen efectos desde su celebración, con la aclaración de que si se otorgan antes del matrimonio, su eficacia queda sujeta a la concreción de este último. Respecto de terceros, la publicidad depende de su inscripción en el Registro Civil.

Las convenciones matrimoniales producen sus efectos *erga omnes*, por ello la publicidad de lo acordado en ellas tiene una trascendencia fundamental: los terceros deben conocerlas a fin de que puedan prevalecerse frente a los esposos y garantizar sus derechos, como así también para que los propios esposos puedan oponerlas⁹⁸.

98 MOLINA DE JUAN, Mariel. *Tratado de Derecho de familia*, ob. cit., comentario al art. 448, pág. 581 y ss.

Siendo el régimen de bienes una cuestión que afecta derechos de terceros, se entiende que la escritura pública no es suficiente modo de publicidad, por lo cual se dispone que en el supuesto que la convención estipule la opción por la separación de bienes, este genera efectos a partir de su debida inscripción como nota marginal en el acta de matrimonio respectiva. Esta necesaria inscripción como forma especial de validez de una de las estipulaciones de la convención matrimonial, también se extiende a los supuestos en los que el régimen de bienes se modifica⁹⁹.

En el caso de las convenciones prematrimoniales la inscripción no podrá ser previa por estar las mismas condicionadas a la celebración del matrimonio. Por lo tanto, el notario autorizante de las mismas no tiene obligación legal ni posibilidad fáctica de cumplir con la inscripción, que estará a exclusivo cargo de los contrayentes.

Distinto es el caso de las convenciones matrimoniales de cambio de régimen, donde el notario sí tiene el deber legal de publicitar el acto mediante su inscripción en el Registro Civil.

EFECTO DECLARATIVO

Según LAMBER, no se trata de un registro constitutivo, sino de la registración de un acto que ya se ha constituido con el otorgamiento de la escritura pública y la posterior celebración del matrimonio, al solo efecto de dar publicidad a terceros. La inscripción de la opción del régimen de separación tiene efecto declarativo, y será oponible a todos aquellos que conocen la convención prematrimonial o deben conocerla. Por ello, entiende el autor que si no se inscribe al margen del acta de matrimonio, pero se comunica al escribano que autoriza la compraventa de un inmueble, y surge del asiento registral del bien, ella será oponible a todo tercero que contrate con los cónyuges -o incluso sus acreedores- respecto de dicho inmueble, por la publicidad cartular de la escritura y la registral inmobiliaria¹⁰⁰.

OPONIBILIDAD

Según BASSET, con el sistema del inc. j) del art. 420 se resuelve el desfasaje entre la redacción de la convención matrimonial, previa a su entrada en vigor en-

99 HERRERA, Marisa. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Dir. Ricardo Luis Lorenzetti, comentario al art. 448, pág. 21.

100 LAMBER, Néstor. Ob. cit. Comentario al art. 448, págs. 389 y ss.

tre los cónyuges y la oponibilidad a terceros del régimen de separación: todo ocurre en forma simultánea al momento de prestar el consentimiento matrimonial¹⁰¹.

Solo a partir de la anotación marginal en la partida de matrimonio, la convención matrimonial en la que se opte por un régimen o modifique el régimen vigente, será oponible a terceros.

Según MAZZINGHI esta exigencia de la anotación marginal determinara que en la práctica, y antes de celebrar cualquier acto de administración o de disposición, las personas tendrán que presentar una constancia actualizada y fehaciente de la partida de matrimonio¹⁰².

En el mismo sentido se expresa MEDINA entendiendo que cuando los cónyuges quieran demostrar a los terceros que las limitaciones del régimen de comunidad no les comprende, deberán acreditar mediante acta de matrimonio que han optado por el régimen de separación de bienes. Y los acreedores, para poder determinar la extensión de responsabilidad por deudas deberán solicitar a sus deudores el acta de matrimonio¹⁰³.

Disiente LAMBER cuando señala que el notario hará la calificación del estado patrimonial matrimonial fundamentalmente en base a la declaración jurada que el compareciente efectúe, como lo hace actualmente respecto del estado civil. El escribano solo debe consignar los datos que extrae de los documentos de identidad que se le exhiben y lo que cada persona le declare. Por eso una escritura no es la prueba del estado civil de una persona. En las convenciones matrimoniales y prematrimoniales el notario indagará por sus dichos a la persona, sobre la existencia o no de aquellas¹⁰⁴.

Según MEDINA, será necesario adecuar los sistemas y procedimientos del Registro Civil para adaptarlos al Código Civil y Comercial vigente. Dado que el Registro Civil no expide certificados como lo hace el Registro de la Propiedad, la constancia de sus asientos surge de la partida o certificado de matrimonio. Será necesario contar con partidas actualizadas, mas aun porque carecen de una suerte de plazo de retroprioridad para mantener su oponibilidad, con la consiguiente posibilidad de inscribirse un cambio de régimen el mismo día en que el compareciente otorgue un acto que cree, modifique, extinga derechos reales sobre un inmueble. Por ello, la sola tenencia a la vista del acta matrimonial puede ser insuficiente, salvo que sea de la misma fecha de la escritura.¹⁰⁵

101 BASSET, Úrsula. Ob. cit.

102 MAZZINGHI, Jorge A. M. Ob. cit., pág. 6.

103 MEDINA, Graciela. Ob. cit., pág. 4.

104 LAMBER, Néstor. Ob. cit. Comentario al art. 448, págs. 384 y ss.

105 MEDINA, Graciela. Ob. cit., pág. 6.

EL REGISTRO DE LOS BIENES

Advierte LAMBER que la publicidad de la opción de régimen no se trata de una anotación sobre el estado de las personas, sino de un acto jurídico bilateral de contenido patrimonial. Sin embargo, se ha recurrido al Registro Civil como receptor de la inscripción con la intención de abarcar todos los bienes, en una misma anotación. Pero esta solución trae dificultades con relación a los bienes registrables, por la posible no coincidencia entre las anotaciones del Registro Civil y el registro de la naturaleza de cada bien, o por la toma de razón solo en uno, publicitándose así dos regímenes diferentes con la consecuente problemática de la prioridad entre ambas publicidades. Se generan así casos de inexactitudes registrales, no ya con el negocio o con la realidad, sino también entre dos registros del mismo estado¹⁰⁶.

Dice LAMBER que las diferentes registraciones entre el Registro Civil y el registro de los bienes lesionan la seguridad jurídica, pero además pueden afectar intereses de las partes involucradas, por lo que es aconsejable su toma de razón por el registro de los bienes en particular¹⁰⁷.

La 38 Jornada Notarial Bonaerense concluyó: “*De lege ferenda*, se recomienda la registración de la convención de opción de régimen en los registros de los bienes en particular”.

Reconoce MOLINA DE JUAN que si bien la norma no exige que las convenciones se inscriban en el registro correspondiente a cada uno de los bienes podría ser recomendable tomar la previsión que la persona casada declare el régimen patrimonial al que está sujeto, al momento de adquirir bienes registrables.

Según LAMBER, en caso de discordancia entre ambas inscripciones, se debe dar prioridad a la que surge del registro de derechos reales sobre bienes a los que las leyes imponen un registro especial, como es la Ley 17.801 en materia de bienes inmuebles.

Reconoce MEDINA que la inscripción en los registros inmobiliarios o de automotores da más seguridad al sistema, pero advierte que puede ser más complicada y costosa. Por lo que finalmente concluye que con la inscripción en el acta de matrimonio se obtiene la publicidad adecuada¹⁰⁸.

MOLINA DE JUAN señala que, a diferencia de otras experiencias legislativas, en el derecho argentino la publicidad del régimen elegido por los cónyuges surge exclusivamente del acta de matrimonio sin requerir otro tipo de inscripciones en los registros públicos, como el de comercio, o el de los inmuebles o el de los au-

106 LAMBER, Néstor. Ob. cit. Comentario al art. 448, pág. 390 y ss.

107 LAMBER, Néstor. Ob. cit. Comentario al art. 448.

108 MEDINA, Graciela. Ob. cit., pág. 6.

tomotores. Según la autora este el modo de publicidad elegido es el correcto, ya que lo contrario además de engorroso y costos, podría implicar afectación de los principios del Derecho Internacional Privado (art. 2625 CCyC)¹⁰⁹.

En el mismo sentido se manifiesta PERACCA, entendiendo que el código opta por publicitar en el Registro de las Personas, lo cual es lógico por cuanto la elección de régimen abarca una universalidad que contiene tanto diversos bienes registrables -con diferente efecto traslativo según la naturaleza de cada uno- como cosas y derechos no registrables, créditos y derechos inmateriales, por lo cual dicho registro aparece como el único capaz de concentrar la información y publicidad de ella¹¹⁰.

En sintonía con MOLINA DE JUAN y PERACCA, señala MAZZINGHI que en tanto el régimen patrimonial comprende una universalidad de bienes de distinta naturaleza, la publicidad en el Registro Civil resulta atinada¹¹¹.

REGISTROS DEL ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

Hemos hecho una breve compulsa a fin de averiguar algunos datos sobre la aplicación práctica del artículo 448 en los registros del estado civil y capacidad de las personas de algunas jurisdicciones. Compartimos, a continuación, el resultado de nuestra búsqueda.

REGISTROS CABA

En la página *web* del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (<http://www.buenosaires.gob.ar/registrocivil>), en el apartado “reserva de turnos para matrimonios” se abre una solapa que dice “Descargas”, y desde allí podemos acceder al formulario de “separación de bienes y convenciones matrimoniales”.

En dicho formulario dice: “Los contrayentes presentan convenciones matrimoniales (seleccione la opción que corresponda) SI / NO”. A continuación se transcriben los arts. 446, 447 y 448 del Código. Y finalmente, en un nuevo casillero a completar, dice: “Los contrayentes optan por el régimen de separación de bienes (seleccione la opción que corresponda) SI / NO”. Y a continuación se transcribe el art. 505 del Código.

109 MOLINA DE JUAN, Mariel. *Tratado de Derecho de Familia*, tomo de actualización, ob. cit., pág. 72.

110 PERACCA, Ana. Comentario al art. 448, ob. cit., pág. 87.

111 MAZZINGHI, Jorge A. M. Ob. cit., pág. 6.

La forma de redacción del formulario hace pensar que el registrador diferencia la convención matrimonial del ejercicio de la opción por el régimen patrimonial, en sintonía con la doctrina que distingue entre el art. 420 y los arts. 446 y 448.

A pesar de que la lectura de la página *web* pareciera guiarnos en el sentido señalado, según lo que hemos podido averiguar, cada sede del registro aplica un criterio distinto: algunas exigen la presentación de la escritura pública como requisito para exteriorizar en el acta la opción de régimen patrimonial, y otras no.

REGISTROS PROVINCIA DE BUENOS AIRES

En la página <https://www.gba.gob.ar/registrodelaspersonas>, al desplegar la solapa “Matrimonio” dice, en un apartado: “Deberán declarar si han celebrado o no convención matrimonial, en caso afirmativo, presentando en la delegación original y copia certificada por escribano”. Y en el punto siguiente consta: “Podrán optar por régimen de separación de bienes o comunidad de ganancias, de no efectuar la opción rige este último”.

De nuevo, esta forma de redacción induce a pensar que la opción de régimen patrimonial sería un acto separado de la convención, y no estaría sujeto a la exigencia formal del art. 448.

Según las consultas que hemos podido realizar, al igual en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la provincia la mayoría de las oficinas delegadas exigen la presentación de la escritura pública para el ejercicio de la opción.

REGISTRO MENDOZA

En la página <http://www.jus.mendoza.gov.ar>, en el apartado “Manual de actuación para los oficiales públicos del Registro Civil de Mendoza”, dice: “Cuando los contrayentes se presenten a solicitar el turno deberán acompañar la siguiente documentación: ... Si han celebrado una convención matrimonial, deberán presentarla sólo a fin de que el oficial público tome los datos correspondientes (fecha, número de escritura, nombre del escribano y registro notarial). Tomados que sean los datos la convención matrimonial permanecerá en poder de los solicitantes. En el mismo acto de solicitud de turno el oficial público deberá preguntarles si han celebrado alguna convención matrimonial y dejar constancia de esto en el formulario de solicitud de turno. También deberá informarle a los contrayentes que, podrán modificar la convención matrimonial hasta dos días antes de la celebración del matrimonio, debiendo informarlo al registro en ese plazo”.

Y más adelante, el mismo manual dispone: “Acta de matrimonio. El nuevo modelo de acta de matrimonio comenzará a utilizarse en los nuevos libros que se

impriman. En los libros que ya se encontraren impresos, el oficial público que celebra el matrimonio insertará al pie del acta los ítems que se detallan a continuación, y que deberán formar parte del cuerpo de la misma en los nuevos libros de matrimonios: convención matrimonial: incluirse si han celebrado o no convención matrimonial. En caso afirmativo deberá consignarse: fecha, número de escritura, nombre del escribano y registro notarial. El Registro Civil no archivará copias de las convenciones matrimoniales, sólo asentará en la partida los datos consignados en el párrafo anterior. Las convenciones matrimoniales sólo se realizan por escritura pública y su archivo corresponde al escribano que la confeccionó: Los contrayentes... (si – no) han celebrado convención matrimonial” (en caso afirmativa: otorgado en fecha, número de escritura, nombre del escribano y registro notarial)”.

Y continúa diciendo: “Régimen de separación de bienes: debe incluirse la declaración de los contrayentes respecto de si han optado o no por el régimen de separación de bienes. “Los contrayentes... (si – no) han optado por el régimen de separación de bienes”.

Más adelante, y bajo el título: “Régimen patrimonial del matrimonio: convenciones matrimoniales”, dispone: “Todas las convenciones matrimoniales se realizan y se modifican únicamente por escritura pública. Las convenciones matrimoniales pueden realizarse: *Con anterioridad a la celebración del matrimonio*: las presentan los contrayentes en el momento de solicitar el turno para la celebración. Pueden modificarla hasta 48 hs. antes de la celebración. Se anota en el cuerpo del acta de matrimonio: fecha, número de escritura, nombre del escribano y registro notarial. *Con posterioridad a la celebración del matrimonio*: los cónyuges deberán presentarla en la mesa de entradas del Registro Civil en Casa de Gobierno. Se consignarán como nota marginal en el acta de matrimonio: fecha, número de escritura, nombre del Escribano y registro notarial. Desde la oficina de trámites administrativos y notas de referencia se deberá inmovilizar temporalmente la partida de matrimonio y realizar la anotación marginal en la partida original o comunicar a la oficina correspondiente para que la realice”.

De la lectura de este instructivo surge con claridad que el registro mendocino reafirma la exigencia de la escritura pública tanto para la convención como para el ejercicio de la opción de régimen patrimonial. Sin embargo, MOLINA DE JUAN afirma que el registro mendocino (al igual que su par de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) habilita, al momento de realizar los trámites para contraer matrimonio, la posibilidad de optar por el régimen de bienes, sin ninguna otra formalidad¹¹².

112 MOLINA DE JUAN, Mariel. *Tratado de Derecho de Familia*, tomo de actualización, ob. cit., pág. 71.

DISTINTAS JURISDICCIONES

Según afirma MARISA HERRERA el panorama registral que se observa en la realidad es bien disímil: así, las provincias de Buenos Aires, Misiones, Mendoza y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (que al decir de la autora “habría cambiado de postura hace poco por “iniciativa” de los escribanos”) exigen la exhibición, ante el oficial de Registro, de la escritura pública de convención matrimonial para dejar constancia de la opción por el régimen patrimonial de separación de bienes. Por el contrario, continúa HERRERA, provincias como Santa Fe, Neuquén y Chubut, receptan la postura amplia, en el sentido de habilitar el ejercicio de la opción ante el oficial de Registro sin requerir ninguna otra formalidad¹¹³.

Disentimos parcialmente con la autora ya que, en función del relevamiento que hemos podido realizar, la adopción de uno u otro criterio no estaría definido por provincia, sino por cada delegación del Registro Civil, que hace su propia interpretación de la norma. Con lo cual la preocupación es mayor, porque ni siquiera hay unidad de criterio en una misma jurisdicción.

UNIFICACIÓN DEL CRITERIO REGISTRAL

Sería importante que los registros civiles de las distintas jurisdicciones unificaran el criterio a aplicar en el supuesto práctico desarrollado en este trabajo. Ya que en definitiva, el segundo debate que hemos planteado tiene como único objeto dar solución a una controvertida práctica registral.

Las dos posturas se ven reflejadas en la actualidad en los registros civiles, que adoptan una u otra, según la jurisdicción de que se trate. Por eso sería interesante que este tema fuera materia de debate y profundización en los próximos encuentros que lleve adelante el Consejo Federal de Registros Civiles que creó la Ley 26.413, entre cuyas finalidades se encuentra la de “Establecer y unificar criterios sobre la interpretación e implementación de la legislación en material registral”¹¹⁴.

CONCLUSIONES

En la 38 Jornada Notarial Bonaerense, que se llevó a cabo en Bahía Blanca, del 12 al 16 de noviembre de 2013, los notarios nos atrevimos a debatir sobre lo que entonces era, todavía, derecho proyectado.

113 HERRERA, Marisa y Chechile, Ana María. Ob. cit., pág. 5.

114 HERRERA, Marisa y Chechile, Ana María. Ob. cit.

En la célebre Jornada Notarial Bonaerense que se desarrolló en Mar del Plata, en noviembre de 2015, por primera vez abordamos, en modalidad de plenario, los temas de mayor impacto notarial legislados en el nuevo Código Civil y Comercial, que hacía apenas unos meses había entrado en vigencia. Discutimos sobre la “letra” de la ley, sin avizorar aún los efectos prácticos de su aplicabilidad.

Hoy, a más de dos años de la entrada en vigencia del código, tenemos la oportunidad de debatir sobre la enorme casuística que se ha generado a partir de la aplicación de las nuevas normas. La realidad se impone sobre el debate meramente teórico y nos obliga a analizar supuestos que no habíamos imaginado a la fecha de sanción de la ley.

Consideramos que los debates y reflexiones que hemos planteado en este trabajo podrán generar, en el seno de la comisión, una fructífera discusión doctrinaria, que constituye la mayor riqueza de nuestras queridas jornadas notariales bonaerenses.

BIBLIOGRAFÍA

Códigos comentados

- ALTERINI, JORGE HORACIO. Director general. Alterini, Ignacio E. Coordinador. *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2ª Edición actualizada y aumentada, tomo III, Thomson Reuters, La Ley.
- CLUSELLAS, EDUARDO G. (coordinador). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*. Editorial Astrea-FEN.
- HERRERA, MARISA; CAMELO, GUSTAVO y PICASSO, SEBASTIÁN (directores). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Tomo II. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA; HERRERA, MARISA y LLOVERAS, NORA (directoras). *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014*, Tomo I, arts. 401 a 508. Rubinzal Culzoni Editores, 1ª edición, 2014.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA; HERRERA, MARISA y LLOVERAS, NORA (directoras). *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo V-A, actualización doctrinal y jurisprudencial. Rubinzal Culzoni Editores, 2016.
- LORENZETTI, RICARDO LUIS. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal Culzoni Editores, 2014, tomos II y III.

Doctrina

- ABELLA, ADRIANA. Cuaderno de Apuntes Notariales 135, marzo de 2016. FEN. Fundación Editora Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.
- BELLUSCIO, CLAUDIO A. Régimen patrimonial del matrimonio y de las uniones convivenciales según el nuevo Código Civil y Comercial. Editorial García Alonso.

RIVERA, JULIO CÉSAR (director); MEDINA, GRACIELA (coordinadora). *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Abeledo Perrot.

ROVEDA, EDUARDO G. *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, pág. 356 y sigs., Editorial Abeledo Perrot.

Publicaciones jurídicas

ARIANNA, CARLOS. "Convenciones matrimoniales y contratos entre cónyuges en el Proyecto de Código Civil y Comercial", AP/DOC/1069/2014.

BASSET, ÚRSULA. "La convención matrimonial", La Ley 17/08/2016 2016-D-1258.

BASSET, ÚRSULA. "Las tres puertas de ingreso al régimen de separación de bienes", RCCyC, Año 1, N 6, diciembre de 2015, pág. 1. "La convención matrimonial". La Ley 17/08/2016 – LL 2016-D, 1258.

CERNIELLO, ROMINA I.; GOICOECHEA, NÉSTOR D. *Revista del Notariado* 922, anuario 2015, pág. 120 y ss.

HERRERA, MARISA y CHECHILE, ANA MARÍA. "La formalidad de la elección del régimen de bienes en el matrimonio. Nuevos debates en el Código Civil y Comercial", La Ley 16/09/2016, La Ley 2016-E-891.

MAZZINGHI, JORGE A. M. "Las convenciones matrimoniales". RCCyC 2015 (diciembre), 16/12/2015, 41. Cita online: AR/DOC/4259/2015.

MEDINA, GRACIELA. "Elección del régimen de bienes en el matrimonio. Límites y proyecto de reforma del Código Civil", pág. 1, La Ley 1999-E,1050. AR/DOC/1112/2001.

MOLINA DE JUAN, MARIEL F. "Texto y contexto de las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial", pág. 1, AP/DOC/437/2015.

SAMBRIZZI, EDUARDO A. "Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial", La Ley 04/11/2014, LL 2014-F, 757.

SAMBRIZZI, EDUARDO A. "El régimen patrimonial del matrimonio en el Nuevo Código Civil y Comercial", Thompson Reuters, La Ley, pág. 36.

SOLARI, NÉSTOR E. "La elección del régimen patrimonial en el nuevo Código Civil y Comercial", *Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires*, Edición XLVI, año XXV, abril de 2015, pág. 19.

EL RÉGIMEN DE LA INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA

Karina Vanesa Salierno

Introducción. I. El régimen patrimonial matrimonial argentino. II. El régimen primario: estatuto legal forzoso de la vivienda familiar. III. El régimen de comunidad. IV. Extinción del régimen de comunidad. V. Liquidación de la comunidad. VI. Situaciones conflictivas en la indivisión postcomunitaria. VII. La compensación económica. VIII. Acuerdos liquidatorios. IX. Indivisión postcomunitaria y comunidad hereditaria.

* Premio compartido en la categoría "Trabajos individuales". Corresponde al tema 2 "Régimen patrimonial matrimonial. Uniones convivenciales".

INTRODUCCIÓN

El Título Uno del Libro Dos del Código Civil y Comercial de la Nación se refiere al matrimonio, y el capítulo uno se denomina "Principios de Libertad y de Igualdad". Asimismo el principio orientador en materia interpretativa se encuentra en el art. 2 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación que reza: "Interpretación: La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento". La norma nos marca el camino en la interpretación de la ley, en el sentido que todo aquello que se encuentra plasmado en la letra por el legislador deberá ser aplicado e interpretado bajo dos pilares básicos, que son el principio de libertad y de igualdad. Toda la materia matrimonial se encuentra teñida por normas internacionales que han ingresado a nuestra pirámide jurídica a través del inc. 22 del art. 75 de nuestra CN, y se han convertido en el impulso hacia lo que se denomina en doctrina como la "constitucionalización del derecho privado" y la "democratización de la familia". En virtud de ello, se introducen principios y estructuras jurídicas tendientes a lograr un equilibrio entre la rigidez del orden público imperante en el derecho de familia y la autonomía de la voluntad, que se erige en el principio rector de la reforma. El reconocimiento del derecho humano a la vivienda, se ve plasmado a lo largo de todo el código, reconocido y representado por normas tuitivas, así como el asentimiento conyugal, la inejecutabilidad de la vivienda, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, la atribución preferencial de la vivienda, los acuerdos post gananciales, las compensaciones, entre otros, son señales que debemos tener en cuenta en el asesoramiento y la calificación notarial.

La trascendencia cualitativa y cuantitativa de los aspectos patrimoniales que surgen en la crisis matrimonial resulta evidente, el legislador elevó a categoría de imperiosa necesidad la regulación de esta materia, y este trabajo se centra en el análisis y el respeto de los principios enunciados dentro del "*régimen de la indivisión postcomunitaria*", la identificación de situaciones conflictivas y su vinculación con el régimen sucesorio, todo ello enfocado desde una visión notarial.

I. EL RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL ARGENTINO

A partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, el régimen económico matrimonial argentino es convencional, mutable y con

posibilidad de opción limitada entre dos regímenes patrimoniales, el de comunidad de ganancias o el de separación de bienes, cuyas estructuras están legalmente impuestas y se vinculan por medio de un estatuto legal forzoso¹ de solidaridad familiar que subyace en ambos, como base imperativa de orden público y que como tal, se extiende asimismo al régimen de uniones convivenciales. Las normas del régimen primario², inderogables e indisponibles para los cónyuges casados bajo cualquiera de los dos regímenes patrimoniales posibles son: 1) El deber de contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes o de los hijos de uno de ellos que conviven con los cónyuges, si son menores de edad, tienen capacidad restringida o discapacidad. 2) La necesidad de contar con el asentimiento para la realización de cualquier acto dispositivo sobre los derechos de la vivienda familiar y los muebles indispensables de ésta y su transporte, bajo pena de nulidad. 3) La responsabilidad solidaria por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes o de los hijos de uno de ellos que conviven con los cónyuges, si son menores de edad, tienen capacidad restringida o discapacidad. La protección de la *vivienda* consagrada en el régimen primario, es parte de un verdadero sistema tuitivo, que va más allá de la vivienda efectiva de la familia y cuenta con un amplio sustrato normativo en el derecho internacional de considerable desarrollo³. En el régimen patrimonial matrimonial se instala el estatuto legal forzoso de la vivienda familiar, que impone la necesidad de contar con el asentimiento del cónyuge para la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar o los muebles indispensables de ella (art. 456), vedando en este caso la posibilidad de conferirse mandato entre ellos (conforme art. 459). Esta protección es más amplia que la que establecía el art. 1277 del Código de VÉLEZ, para la disposición de los bienes propios en el régimen de comunidad, ya que no exige como condición para su aplicación, la existencia de hijos menores o incapaces, sino que la protección se otorga de forma independiente, desde el nacimiento del matrimonio, con el único requisito de que en la vivienda convivan los cónyuges independientemente de la existencia de hijos. El asentimiento en caso de ser anticipado deberá versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos (art. 467), y en caso de negativa del cónyuge a prestarlo se podrá solicitar la venia judicial y el juez autorizará al titular de dominio a la realización del acto dispositivo si no se encuentra comprometido el interés familiar. La jurisprudencia delineó el concepto de interés familiar y coincide que el mismo se ve vulnerado si el acto priva al cónyuge o a sus hijos de la habitación y la autorización sólo debe conferirse cuando se reemplaza el inmueble por otro de comodidad suficiente de acuerdo al estándar de vida familiar⁴. El art. 456 establece la consecuencia del acto otorgado sin asentimiento, el que se configura como ineficaz originario por inválido relativo, en caso de que así sea demandado por el

cónyuge en los términos del art. 388. La nulidad en todos los casos debe ser sustanciada, por lo cual el acto será válido hasta que una sentencia judicial declare su nulidad. A esta nulidad se le aplican las normas de los actos inválidos relativos, por lo cual el acto otorgado sin asentimiento puede ser confirmado por el cónyuge omitido a través de un acto posterior al acto dispositivo y se le aplica un plazo de prescripción de la acción de nulidad de dos años, sin perjuicio del plazo de caducidad de seis meses desde la extinción del régimen matrimonial o de haberlo conocido el cónyuge omitido, en caso de subsistencia del régimen. En doctrina y jurisprudencia se había evolucionado hacia un criterio de ineficacia direccionada, más justo en pos de la seguridad dinámica del tráfico negocial, que entiende que el cónyuge asentidor no es parte del acto de disposición y por lo tanto no es posible hablar de nulidad del acto, sino de inoponibilidad. El asentimiento no compromete el principio de administración separada, sino que opera como condición jurídica para la validez, El negocio es eficaz cuando además de ser válido, es idóneo para producir, sin más, sus efectos naturales, sea entre las partes o respecto de terceros, y que algunos negocios jurídicos necesitan a veces del acto que sirva para integrarlos y conferir a la parte el poder de disponer⁵ (no capacidad de obrar), removiendo límites a la eficacia del negocio⁶. Con respecto a la ineficacia relativa, como es la que opera solamente respecto de tercero determinado, el negocio indudablemente es eficaz entre las partes y frente a otros terceros, quienes no pueden beneficiarse del acto. Pero con respecto a aquel sujeto, el negocio es "inoponible", esto es no despliega ningún efecto frente a él⁷. El acto otorgado sin asentimiento, está afectado por una nulidad relativa, que sólo puede ser invocada por el cónyuge que debía prestar el asentimiento omitido, y en cuyo interés se ha establecido. Por esta razón éste puede confirmar el acto, en forma expresa o tácita, aunque para su inscripción registral, necesita la forma correspondiente al acto principal, produciendo efecto retroactivo al día del acto confirmado. El vicio también puede ser subsanado por la consolidación o convalidación judicial, en el caso de que se otorgue *a posteriori* la autorización supletoria del juez, sea a pedido del titular del bien o del tercer adquirente. Declarada la nulidad, las cosas deben volver al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado, lo que implica la restitución del bien por el adquirente o el levantamiento del gravamen constituido, además de la responsabilidad por daños y perjuicios que le pudiera caber al disponente. Habiéndose derogado la categoría de actos nulos y anulables, el artículo establece que *el cónyuge omitido "puede" demandar la nulidad*, lo que nos lleva a concluir que la sentencia judicial será el elemento configurante de dicha nulidad. En síntesis la nulidad relativa consagrada en el artículo en estudio, no puede ser declarada de oficio sino únicamente a petición de parte, sólo puede ser alegada por las personas en cuyo beneficio se establece, aunque, a modo de excepción, puede ser invocada

por la contraparte si es de buena fe y ha sufrido un menoscabo importante, el acto puede ser confirmado, la acción es prescriptible e irrenunciable y no podrá ser alegada por la parte que careciendo de capacidad de ejercicio para el acto, haya actuado con dolo. Para demandar la nulidad el cónyuge omitido tiene un plazo de 6 meses desde que pudo conocer el acto, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial. Desde cuándo se cuenta el plazo de caducidad de la acción es una pregunta que el artículo no responde y genera cierta incertidumbre vinculada justamente con la circulabilidad del título. Está claro que en los casos de extinción del régimen por nulidad de matrimonio, divorcio o muerte de uno de los cónyuges el plazo se contará desde el acaecimiento de la causal, teniendo en consideración los efectos establecidos por el art. 480, por lo tanto una vez vencido el plazo de caducidad establecido en el artículo, el acto otorgado sin asentimiento será inatacable. Pero en los casos de subsistencia del vínculo matrimonial, la determinación del momento del comienzo del cómputo del plazo de seis meses es aún más difícil. La disposición de los derechos sobre la vivienda es un concepto más amplio y no se circunscribe a los derechos reales, sino que se extiende también a los derechos personales y a los muebles de uso indispensable para la misma. Pero toda disposición que de ella haga su titular implicará un cambio en la relación de poder real con la cosa que se reflejará primero en la posesión como modo de publicidad inmediato y luego en el Registro de la Propiedad Inmueble, cuando se trate de situaciones registrables. La publicidad registral es el medio idóneo para dar a conocer las situaciones jurídicas que nacen extrarregistralmente pero que acceden al registro para su conocimiento frente a terceros interesados. Esta publicidad y la posesoria en los casos de derechos personales, o ambas son los medios suficientes para dar a conocer la disposición de los derechos sobre la vivienda, por lo cual entendemos que el plazo de caducidad deberá contarse desde la inscripción registral en el caso de disposición de derechos reales sobre inmuebles.

II. EL RÉGIMEN PRIMARIO: ESTATUTO LEGAL FORZOSO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La tutela de la vivienda familiar traspasa la protección de la expectativa ganancial matrimonial del art. 1277 del Código velezano y se bifurca en la exigencia del asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y de los muebles indispensables a ella. Esta proyección del asentimiento hacia la protección de la vivienda familiar que consagra la codificación unificada, nos lleva a distinguir el *asentimiento conyugal propiamente dicho* consagrado para

la disposición de los bienes gananciales en el régimen de comunidad, Libro II, Relaciones de Familia, Título II, Régimen patrimonial del Matrimonio, Capítulo 2°, Régimen de Comunidad, Sección 4° Gestión de los Bienes de la Comunidad, en el art. 470, y el *asentimiento* que se exige para la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables tanto en el régimen de comunidad como en el de separación de bienes y en las uniones convivenciales regularmente constituidas establecido en los arts. 456, 505 y 522 respectivamente. El art. 456 integra la Sección 3° del Título II del Libro II, denominada "Disposiciones comunes a todos los regímenes". En esta sección se establecen normas aplicables a las relaciones de los cónyuges en régimen de comunidad, en régimen de separación de bienes y a los convivientes cuyas uniones han sido regularmente constituidas. Constituye un "régimen primario"⁸ inderogable e irrenunciable. En este marco, la protección de la vivienda familiar justificó la necesidad del otorgamiento del asentimiento en los casos establecidos en los arts. 456, 505 y 522, pero no modificó su naturaleza jurídica, desde que sigue configurando una restricción al poder de libre disposición de los bienes de su titular. El asentimiento conyugal propiamente dicho, en el régimen de comunidad de ganancias⁹ es un poder de control del cónyuge en función de su expectativa ganancial orientado a prevenir el abuso o el fraude de uno de los esposos, y además preservar el patrimonio común del empobrecimiento que pueda derivarse por ligereza, mala fe o imprevisión del cónyuge administrador¹⁰, en cambio el asentimiento habitacional es un poder de protección habitacional del cónyuge o del conviviente. El reconocimiento de la vivienda familiar y su protección mediante el asentimiento habitacional es el contrapeso del principio de la autonomía de la voluntad que rige en materia matrimonial que redistribuye la justicia equitativa del derecho. En *cualquiera de los casos mencionados*, el asentimiento no integra el acto dispositivo del cónyuge o conviviente titular, sino que lo restringe y ante su injustificada oposición o negativa puede ser suplido por la autorización judicial. El art. 458 establece que uno de los cónyuges puede solicitar autorización judicial para otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro, en caso de ausencia, incapacidad, capacidad restringida, se encuentre temporariamente imposibilitado de expresar su voluntad o si la negativa es injustificada desde el punto de vista del interés familiar. El asentimiento conyugal debe ser especial para cada acto dispositivo¹¹, y exigiendo que el mismo reúna determinados requisitos de especialidad (elementos constitutivos del acto) en cuanto a su contenido, esto significa que deberá detallar la naturaleza de los bienes sobre los cuales se otorga y el título causal que dará nacimiento al acto dispositivo del cónyuge o conviviente titular¹². Es un acto jurídico unilateral, recepticio y revocable, no es formal pero deberá otorgarse en la misma forma que el acto principal y podrá serlo anticipadamente o simultáneamente al acto realizado por el titular de dominio del bien. El art. 470 que consagra el asentimiento conyugal para la disposición de los bienes gananciales,

hace una remisión a los arts. 456 a 459 en cuanto a los requisitos y omisión del asentimiento. Asimismo, el asentimiento podrá ser objeto de apoderamiento, con las limitaciones establecidas en el art. 459, es decir que *en todos los casos de aplicación del asentimiento para la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar o de los muebles indispensables*, los cónyuges no pueden otorgarse entre sí poder para dar este asentimiento, porque la norma prioriza un bien jurídico superior de tutela especial, y en consecuencia deberán apoderar a un tercero quien será el que de forma imparcial resuelva los requisitos de la negociación en cada caso concreto. Dicha limitación se establece y se justifica sólo en los casos en los que se aplica el art. 456. Por ello en consecuencia, un cónyuge puede dar al otro poder para prestar el asentimiento conyugal para la disposición de los bienes gananciales excepto en el caso que se trate de la vivienda familiar, caso en el que rige la limitación del art. 459. El art. 375 establece que las facultades conferidas en un poder, son de interpretación restringida, por lo cual el poder que es conferido en términos generales sólo incluye los actos propios de la administración ordinaria y los necesarios para su ejecución, mientras que para la ejecución de determinados actos de administración extraordinaria, de disposición o bien de carácter extrapatrimonial o personalísimo, son exigidas facultades expresas, y con relación al asentimiento, el inciso b) que trata sobre asentimiento conyugal, se refiere únicamente a la identificación de los bienes, por lo cual entendemos que una correcta identificación del inmueble es suficiente para dar por cumplido con el requisito de especialidad. Finalmente, en lo que respecta a nuestro quehacer notarial, en materia de disposición de bienes inmuebles, la declaración del cónyuge o conviviente titular, en el sentido de que el bien transmitido no constituye la vivienda familiar, será manifestación suficiente para 1) Dar por cumplido con los requisitos de ley, 2) Considerar el título inobservable desde el punto de vista de un futuro estudio de títulos¹³ y 3) No justificar una ampliación de la calificación registral en oportunidad de acceder el título al Registro de la Propiedad Inmueble. El cónyuge que no prestó su asentimiento no podrá ampararse en la norma del párrafo final del art. 392, y asimismo al configurar la vivienda una situación de hecho que no podrá ser comprobada mediante el estudio de los antecedentes, el título del subadquirente de buena fe y título oneroso será inatacable.

III. EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD

El elemento típico del régimen de comunidad es la formación de una masa de bienes que pertenece a cada cónyuge, con expectativa de división al momento de la extinción del régimen, que no trasciende necesariamente en cotitularidad

de bienes y que no transforma automáticamente en condominio cada adquisición que los cónyuges realizan. La comunidad trasciende jurídicamente en expectativas y la masa en principios de solidaridad y responsabilidad. Luego de la evolución normativa a lo largo de varios años, hoy podemos decir que la comunidad se restringe a los bienes adquiridos durante la vigencia del régimen, excepto aquellos que lo sean por herencia, donación o legado o por subrogación real, y de gestión separada, de modo que existen dos masas patrimoniales de gestión, en las que a su vez se diferencian los bienes propios y gananciales de titularidad de cada uno, cuya administración y disposición le compete, con la única excepción limitativa del asentimiento conyugal para la disposición de gananciales y para la disposición de la vivienda con independencia del carácter del bien. El vínculo conyugal genera necesariamente comunidad de intereses patrimoniales, que limitan de diversas maneras, la autonomía de la esfera de la acción de cada cónyuge.

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD

La naturaleza jurídica de los bienes en estado de comunidad, con el Código de VÉLEZ, dio lugar a un debate que se desarrollaba entre la tesis de la sociedad, el condominio y el patrimonio de afectación. Ninguna de ellas pudo subsumir en una conceptualización, las características esenciales del funcionamiento de estos bienes que tienen normas propias. La caracterización de la comunidad se logra a partir de la identificación de sus requisitos esenciales tipificantes que básicamente evidencian fuertes rasgos de *individualidad*: a) Un patrimonio restringido a las ganancias que se imputa a cada uno de los cónyuges y no a un ente o sujeto con personalidad diferenciada. b) Un patrimonio que no reviste el carácter de universal, "ut universitas" ya que la denominada "masa" de gananciales se refiere al modo¹⁴ de componerse el activo a liquidar producida la extinción. c) La titularidad de los bienes corresponde a cada uno de los cónyuges y a ellos individualmente se le atribuyen las facultades de administración y disposición. d) La responsabilidad por las deudas corresponde a cada uno de los cónyuges separadamente, quienes responden con los bienes propios y gananciales de su titularidad. Las cargas comunes que pesan sobre la "masa" corresponde liquidarlas únicamente al momento de la extinción. No existe frente a terceros un patrimonio distinto que el individual de cada cónyuge. e) El régimen de comunidad no supone la existencia de un condominio, ya que para el caso, el art. 470 establece especialmente las reglas aplicables a los bienes adquiridos en condominio, el que se constituye entre cónyuges independientemente del régimen de comunidad. f) La subrogación real: "Es una institución jurídica esencialmente relativa a un patrimonio considerado, en un momento dado de su existencia, en sus elementos concretos e individualizados. Su función consiste, para el caso de enajenarse

o perderse uno de esos elementos, en trasladar, salvo intereses de tercero, de pleno derecho o por voluntad de las partes, al bien adquirido en su reemplazo, los derechos que gravaban al bien salido del patrimonio¹⁵. Pero sin embargo existe una vinculación entre los cónyuges con relación a sus masas individuales que se canaliza a través del asentimiento conyugal, que protege en el acto dispositivo actual un derecho que sólo podía exigir al momento de la extinción. Hay un comunidad de intereses que nace con el matrimonio y que se mantiene hasta la extinción del régimen, momento en el que son exigibles esos intereses que se custodiaron durante el matrimonio, a través de restituciones mutuas, compensaciones, y finalmente la partición por mitades de los bienes.

2. CALIFICACIÓN DE LOS BIENES DE LA COMUNIDAD

El régimen de comunidad trae como consecuencia la configuración, a lo largo de la vida matrimonial, de dos tipos de bienes, los propios y los gananciales. La enunciación que efectúan los arts. 464 y 465 CCyC, ha receptado la evolución doctrinaria y jurisprudencial en materia de configuración y calificación de bienes matrimoniales. En principio estos criterios objetivos de enunciación de los bienes nos permiten calificarlos rápidamente en virtud de su encuadre en la norma. La Jurisprudencia posterior al 1/8/2015 demuestra en general que no existen conflictos de derecho temporal relativos a la calificación de los bienes en el régimen de comunidad desde que el CCyC recepta todas las reglas interpretativas de las normas del Código Civil velezano. Con respecto a la calificación de los bienes, se han desarrollado a lo largo de los años dos teorías que se han aplicado controvertidamente en las distintas jurisdicciones del país, teniendo incluso diferente interpretación registral en la Ciudad de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires. Para la doctrina dualista, no hay criterio ni argumento atendible que pueda oponerse a que un mismo bien quede alcanzado por el doble régimen, aplicando los requerimientos exigibles según la doble calidad, respetando el derecho del cónyuge no titular en caso de oposición a la disposición del bien en parte ganancial, y evitando el reconocimiento aplazado de una recompensa una vez extinguido el régimen, que tal vez pueda verse seriamente controvertida en caso de que la extinción se produzca por fallecimiento. Y para la doctrina monista la calificación de los bienes debe ser única, atendiendo a *los principios de incolumidad de las masas*¹⁶, *accesión*¹⁷, *subrogación real* y *mayor aporte*, concluyendo que el bien puede ser propio o ganancial, con el respectivo reconocimiento del crédito por el excedente del precio a favor del cónyuge o a favor de la comunidad. Uno de los fundamentos más fuertes a favor de la aplicación de la doctrina monista en el caso de adquisiciones sucesivas de partes indivisas, es el efecto declarativo de la partición, ya que en caso de que un condómino adquiera la totalidad de las

porciones indivisas de un bien, del que ya tenía una porción indivisa, corresponde considerar que ha sido propietario exclusivo de la totalidad del bien desde el origen de la adquisición ya que en la cuota de condominio está la potencialidad sobre el todo. La cuota de condominio constituye la medida del contenido de un derecho que, precisamente, por ser indiviso entre los restantes condóminos, se ejerce sobre la totalidad de la cosa, es decir, al representar la parte alícuota la medida de un derecho sobre la cosa, la adquisición de otras partes indivisas no implica la adquisición de nuevos derechos dominiales, sino el acrecentamiento funcional de un derecho que preexiste. Concretamente, el cónyuge titular de una porción propia, si después acrece su cuota parte por adquisiciones con fondos gananciales, lo único que varía es la extensión de sus derechos de participación en el aspecto cuantitativo de la relación de comunidad, pero, en cambio, no varía en su origen el título o causa que determinara la relación de comunidad misma. El CCyC adopta la calificación única de los bienes en el matrimonio. La naturaleza única del bien se justifica en un sistema de reconocimiento de recompensas y se aplica únicamente a los bienes de titularidad exclusiva, sin embargo no impide reconocer la concurrencia simultánea de fondos propios y gananciales para abrir el juego de las recompensas al momento de la extinción.

a) Titularidad exclusiva aportando simultáneamente fondos propios y gananciales

El bien tendrá la calidad de propio o ganancial según el principio de mayor aporte, si el aporte propio es mayor que el ganancial, el bien será propio, si el aporte ganancial es mayor que el propio, el bien será ganancial, y si los aportes son iguales (50% cada aporte de diferente calidad) entonces el bien será ganancial, porque en el régimen de comunidad la regla es la ganancialidad conforme la pauta presuntiva del art. 466, todo ello sin perjuicio de la recompensa debida al momento de la extinción de la comunidad, al cónyuge propietario o a la comunidad según el caso.

b) Titularidad exclusiva aportando fondos sucesivos

El bien tendrá la calidad de su título adquisitivo según el principio de la incolumnidad de las masas, y los aportes gananciales o propios que se hagan en las adquisiciones sucesivas darán lugar a recompensa a favor de la comunidad o a favor del cónyuge.

c) Titularidad compartida: condominio entre cónyuges

Conforme lo establece el art. 470 los cónyuges pueden adquirir bienes en condominio, sobre los cuales ostentarán una titularidad conjunta de dominio que se registrará por las normas del derecho real del condominio sin alterar por ello la calificación que corresponde hacer de cada una de las alícuotas de uno y otro cónyuge, que podrán ser de la misma o distinta proporción (50% y 50% o 30% y 70% por ejemplo) propias y/o gananciales. A cada parte alícuota del condominio se le aplicarán las reglas propias del derecho real, pero sin posibilidad de aplicar las normas de administración de la cosa común de los arts. 1993¹⁸ y 1994¹⁹ ya que el art. 470 establece expresamente la administración y disposición **conjunta** de la cosa común, excepción que se justifica en el régimen de comunidad y en la necesidad de evitar conflictos entre los cónyuges. El condominio entre cónyuges trasciende sus relaciones internas, a través de cotitularidades sobre la misma cosa. Esta aplicación de las normas del derecho real de condominio a los cónyuges fue sostenida en las Primeras Jornadas de Derecho Civil (Mendoza 1983) en donde por despacho de mayoría se llegó a la siguiente conclusión: "La administración y disposición de la cosa común se rige por las normas aplicables al condominio. Al poder dispositivo de cada cónyuge sobre su parte indivisa se aplican las disposiciones relativas al régimen matrimonial (arts. 1276 y 1277 CC)²⁰. Cada cuota parte indivisa puede ser embargada y ejecutada por los acreedores del titular. Los cónyuges vigente la comunidad, pueden demandar la división de condominio, y si no fuere posible la división material, solicitar la venta, no configurando una partición anticipada de la comunidad, sino una división de condominio que tiene como fin la materialización del objeto o su sustitución en dinero, que revestirá el mismo carácter que la parte indivisa que le correspondía.

3. PRUEBA DEL CARÁCTER PROPIO DEL BIEN: ART. 466

El artículo comienza estableciendo la presunción *iuris tantum* de ganancialidad respecto de todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad. Para destruir tal presunción, entre los cónyuges, todo tipo de prueba será válido pero para ser oponible a los terceros, el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad, por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge. Explican los hermanos MAZEAUD²¹ que hay **reinversión** cuando se vende un bien propio y su precio se utiliza para la compra de un nuevo bien, y existe **inversión** cuando

para adquirir un bien nuevo se utiliza dinero proveniente de un crédito propio. Con la reforma al Código Civil de la ley 17.711, en oportunidad de comentar el art. 1246, MACHADO sostenía que la mujer podía probar en todo momento que los dineros con que hizo la compra le pertenecían, no pudiendo la omisión en el acto escritural perjudicarla haciéndole perder un bien adquirido para ella con su dinero. La doctrina posterior a nuestros primeros autores concordó en general, en que la reinversión de los bienes propios exige siempre la mención del origen de los fondos y la prueba de ese origen. En el mismo sentido se expidieron BORDA, VIDAL TAQUINI, GUAGLIANONE, MAZZINGHI, BELLUSCIO, BOSSERT, entre otros, y desde el año 1882 la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que la prueba del carácter propio debe surgir de la misma escritura en la que debe constar que el dinero es de su propiedad y el modo en que lo adquirió, caso contrario deberá reputarse ganancial²². En idéntico sentido se pronunció la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires²³. El art. 466 sienta la presunción de ganancialidad de todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad. Para la prueba del carácter propio de los bienes, la confesión de los cónyuges es oponible entre éstos, pero insuficiente para probar frente a terceros el carácter propio de los bienes adquiridos por inversión o reinversión de bienes propios, ya que en este caso la norma exige la concurrencia de tres requisitos: a) En el acto de adquisición se debe dejar constancia que el inmueble adquirido lo es por inversión o reinversión de bienes propios, b) Origen de dicha inversión o reinversión y c) Conformidad del cónyuge. Cabe destacar que los requisitos analizados, son aplicables únicamente a aquellos casos en donde la ley *no contempla* expresamente el carácter propio del bien, ya que en los casos enumerados en el art. 464, que podemos denominar bienes "objetivamente propios," es la ley la que determina el carácter del bien y en donde se incluyen los bienes adquiridos por herencia, donación o legado, los adquiridos por permuta de otro bien propio, los adquiridos durante la comunidad pero por causa anterior a la misma, las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, etc., en los cuales la calificación del bien depende de la causa de adquisición que está tasada legalmente y por lo tanto, bastará con acreditar la fecha de adquisición documentada en los respectivos instrumentos para calificar el carácter del bien que en definitiva será exclusiva calificación notarial al momento de legitimar al disponente. En cambio en el caso de venta de un bien propio y posterior adquisición con el dinero resultante, se podrá presumir que lo obtenido en la venta fue reinvertido en la compra, pero el otro cónyuge podrá probar que el dinero invertido no fue propio sino ganancial, porque el dinero propio ya fue anteriormente utilizado por su titular, justamente esta circunstancia, es lo que viene a cubrir la conformidad que exige el 466 CCyC. No siempre es fácil seguir el rastro de las sumas de dinero que se manejan en

sucesivas operaciones, cuya individualización ofrece con frecuencia dificultades de prueba insuperables, no obstante el juego de presunciones permite también hacer cierta luz: la relativa coincidencia de fechas entre enajenación de un bien propio y la compra de aquel cuyo carácter se discute, la falta de recursos propios que puedan explicar la adquisición de este último, y otras circunstancias que serán valoradas judicialmente. Finalmente el artículo no impone que el requisito de la confesión del cónyuge se emita simultáneamente a la adquisición del bien por parte del otro consorte, porque cabe perfectamente que se emita después. La falta de declaración del carácter propio del bien ganancial en el acto de adquisición puede subsanarse por instrumento notarial complementario, o por declaración judicial ante la oposición o negativa del cónyuge²⁴, así como también podrá subsanarse la omisión de asentimiento conyugal en un acto dispositivo que así lo requiera (art. 456 o 470), por escritura complementaria confirmatoria del acto originario inválido relativo. Los requisitos del art. 466 se aplican a las adquisiciones formalizadas con posterioridad al 1/8/2015, ya que las anteriores lo fueron bajo la letra del art. 1246 del CC habiendo integrado los cónyuges su voluntad con las normas vigentes al momento de la celebración del acto, que no exigían la conformidad del cónyuge para la configuración del bien propio.

IV. EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN DE COMUNIDAD

Las vinculaciones patrimoniales de los cónyuges rigen durante el matrimonio, producida una causal de extinción, aquellas normas se ven modificadas sustancialmente por el efecto propio del régimen de comunidad, que es la actualización de los derechos del cónyuge no titular. La extinción del régimen de comunidad se produce taxativamente por las causales enumeradas en el art. 475 de las cuales podemos clasificar en causales judiciales y extrajudiciales, dentro de las cuales las únicas que no producen también la disolución del vínculo matrimonial son la modificación del régimen matrimonial convenido por mutación y la separación judicial de bienes. La comunidad se extingue por la muerte de uno de los cónyuges el mismo día del fallecimiento que produce automáticamente la apertura de la sucesión y el trasvasamiento de la totalidad del patrimonio del causante a quienes son sus herederos. En el supuesto de presunción de fallecimiento, los efectos de la extinción de la comunidad se retrotraen al día presuntivo del fallecimiento establecido en la sentencia que así lo declara. La separación judicial de bienes procede en caso de mala administración del cónyuge que pueda poner en peligro la expectativa ganancial, concurso o quiebra del otro cónyuge, incapacidad o separación de hecho sin voluntad de unirse.

Declarada la separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen patrimonial de separación de bienes establecido en los arts. 505 al 508 CCyC. También el régimen de separación puede ser elegido por los cónyuges prescindiendo de la intervención judicial a través de una convención matrimonial de cambio de régimen celebrada por escritura pública. Dicho acuerdo extingue el régimen de comunidad, y hace nacer el nuevo régimen de separación elegido. La sentencia de anulación del matrimonio, divorcio y separación judicial de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges y en caso de separación de hecho precedente, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de la separación. Extinguido el régimen por cualquiera de las causales expuestas, nace un régimen especial de los bienes que subsiste hasta la liquidación y partición de los mismos, denominado indistintamente en doctrina y jurisprudencia como "indivisión postcomunitaria", "indivisión postsocietaria" o "indivisión postganancial." El Código de VÉLEZ contenía escasas normas relativas a la liquidación de la comunidad, y en general remitía a las normas sobre partición de las herencias. La entendía como una situación accidental y pasajera que la ley de ninguna forma debía fomentar. El estado de indivisión no mereció atención del legislador quedando huérfano de reglamentación, aplicándose por remisión las normas hereditarias que lamentablemente, tampoco reglamentaron la comunidad hereditaria. Todo ello produjo la proliferación de conflictos entre coherederos y también entre los excónyuges o entre aquellos y éstos, ya que la realidad demostró que estos períodos suelen prolongarse, acentuado en la actualidad por la rápida desvinculación personal de los cónyuges que logran a través del divorcio incausado, lo que lleva a una subsistencia prolongada del conflicto patrimonial, excepto que evitemos *ab-initio* ingresar al régimen de la indivisión postcomunitaria a través de una mutación como procedimiento privado previo al inicio del proceso judicial de divorcio. El CCyC contiene una sección específica dentro del Libro 2 Título II, Régimen Patrimonial del Matrimonio, Capítulo Dos, Régimen de Comunidad, en donde se regulan las normas aplicables a este período que puede variar en su extensión según la voluntad de las partes, ya que no existe norma expresa que obligue a los cónyuges a liquidar y partir los bienes gananciales.

Las normas aplicables, se encuentran hoy claramente diferenciadas por el origen de la indivisión o más precisamente su causa. Si la extinción se produce por causa de muerte de uno de los cónyuges el código remite a la aplicación de las reglas de la indivisión hereditaria. Pero si la extinción se produce en vida de ambos cónyuges, la indivisión se rige por las reglas de los arts. 482 y siguientes. En la extinción de la comunidad por muerte de uno de los cónyuges o producido el fallecimiento mientras subsiste la indivisión postcomunitaria, se produce una confluencia de masas, ya que se conjuga la indivisión postcomunitaria

con la indivisión hereditaria, principalmente por el hecho mismo de la muerte, la comunidad de la herencia subsume formalmente a la comunidad ganancial. Las normas de administración y disposición del régimen de comunidad son reemplazadas automáticamente por las normas de la indivisión hereditaria del libro VI. Ahora bien la partición de la masa ganancial deberá realizarse previamente a la partición hereditaria, ya que hasta que no se liquide la masa ganancial, se ignorará la cuantía del patrimonio ganancial que se está integrando a la masa hereditaria. La indivisión hereditaria, es una indivisión de distribución, de reparto en virtud de lo que establece la ley o el testamento. Los créditos, compensaciones o recompensas pendientes entre los cónyuges, y el pasivo de la comunidad deberá resolverse antes para identificar lo que ingresa a la masa hereditaria.

1. INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA EN VIDA DE AMBOS CÓNYUGES

Si la extinción de la comunidad se produce en vida de los cónyuges, el régimen de comunidad es reemplazado por el "Régimen de la Indivisión Postcomunitaria". La indivisión postcomunitaria es la masa de bienes gananciales de uno y otro cónyuge, que se proyecta durante el período que va desde la extinción del régimen de comunidad hasta su partición, en donde se aplican, en lo que respecta a la administración y disposición de los bienes indivisos las normas de la Sección 6 del Capítulo 2, del Título II del Libro 2, es un indivisión de liquidación es decir que debe ser liquidada antes de ser partida. Conforme lo establece el art. 482, en caso de ausencia de pactos sobre la gestión de los bienes indivisos, seguirán siendo aplicables las normas de administración y disposición de los bienes durante la vigencia de la comunidad, por lo cual la administración y disposición de los bienes indivisos continuará en cabeza de su titular, con el asentimiento conyugal en caso de corresponder. Cabe destacar que en este supuesto, no se concluye la indivisión y los bienes recibidos a cambio, continúan integrando la indivisión hasta que las partes resuelvan su partición. En este sentido tengamos muy en cuenta que el principio de subrogación real examinado ut-supra, se extiende hasta la partición, por lo cual de la escritura deberá surgir expresamente la referencia sobre la partición y adjudicación del dinero recibido evitando el reingreso en la masa indivisa y posibilitando su futura aplicación a la adquisición de bienes personales de los excónyuges, ya que asimismo el derecho a demandar la mitad del precio obtenido o en su caso la compensación en su respectiva hijuela con otros bienes de la comunidad es innegable. La postura adoptada por el art. 482 fue sostenida por gran parte de la doctrina civilista. Se ha debatido intensamente respecto a la naturaleza jurídica de la indivisión

postcomunitaria y se han desarrollado básicamente cuatro teorías²⁵, con algunos matices, la teoría de la universalidad, sostenida por GUAGLIANONE y BELLUSCIO, la teoría del condominio, sostenida por MAZZINGHI, GUASTAVINO, BORDA, y MÉNDEZ COSTA, la teoría de las masas plurales de FASSI y BOSSERT y finalmente la teoría de la diferenciación de causas de propiedad de EDUARDO ZANNONI. La noción moderna de la universalidad jurídica, prescindiendo de los antecedentes romanos ha sido expuesta por AUBRY y RAU, cuya idea del patrimonio dominó los códigos y la teoría del Siglo XIX y al mismo tiempo dio nacimiento a su doctrina divergente de la "Afectación". Fue expuesta por GUAGLIANONE²⁶ quien entendía que lo que caracterizaba este período era esencialmente la fungibilidad de los bienes singulares que la integran, operándose la subrogación real y la vinculación del activo y pasivo. En este sentido expresaba que es necesario reconocer que la comunidad se trata de una masa de bienes con amplia autonomía jurídica, en la que activo y pasivo cumplen un destino común y viven una existencia independiente de la del patrimonio propio de los cónyuges. En el régimen de comunidad cabe diferenciar entre los cónyuges una masa de bienes separada del patrimonio de uno y de otro. Funciona en ella la subrogación real, típico instituto de las universalidades jurídicas. Se ve cómo funciona la subrogación real como medio idóneo e insustituible para mantener la separación entre esos tres acervos. Del mismo modo que la comunidad constituía una universalidad jurídica distinta de los bienes propios, la indivisión que le sucede conservará ese carácter. Los antiguos bienes comunes, continuarán formando un patrimonio distinto de los bienes propios de cada uno de los copartícipes, sujeto a las reglas de la indivisión.²⁷ Todo ello favorece el acercamiento entre las indivisiones postcomunitaria y hereditaria, porque también en la indivisión hereditaria se analiza la universalidad jurídica, el patrimonio del causante, que continúa subsistiendo hasta que la partición de todo el acervo, la extinga en adjudicaciones particulares, con efecto retroactivo al día de la transmisión *mortis causa*. Sin embargo en la indivisión postcomunitaria se dan matices especiales que determinan la conservación de la individualidad de las masas, con mayor fortaleza que en la indivisión hereditaria:

1. Al extinguirse el régimen no hay un cambio subjetivo patrimonial, es decir un acto o hecho exterior traslativo de propiedad entre el causante (comunidad) y el sucesor (post comunidad).
2. El contenido de la masa postcomunitaria se integra aún con los créditos y deudas objetivamente divisibles.
3. En la indivisión postcomunitaria no se produce un cambio en el ejercicio de los derechos sobre los bienes indivisos.
4. En las relaciones con terceros acreedores se aplican las normas de los arts. 461²⁸, 462²⁹ y 467³⁰ que consagran la responsabilidad separada por las deudas de cada uno de los cónyuges. FASSI y BOSSERT si bien parten del concepto de la universalidad jurídica consideran que no se trata de una masa única sino de dos patrimonios de afectación, en tanto subsisten las masas

de gananciales de cada uno de los cónyuges afectadas a sus respectivas responsabilidades por las obligaciones contraídas durante la vigencia de la sociedad conyugal. La teoría del condominio que fue sostenida por MAZZINGHI, GUSTAVINO, BORDA, y MÉNDEZ COSTA, entre otros se encuentra hoy contrariada por la referencia exclusiva que realiza el art. 470 en materia de condominio como régimen especial aplicable a los bienes gananciales. Finalmente la reforma refleja la línea de pensamiento de EDUARDO ZANNONI en este tema, diferenciando expresamente en el art. 481 la causa de la extinción de la comunidad y del nacimiento de la indivisión. Estamos frente a una comunidad de naturaleza especial equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición, pero sin la característica de universalidad jurídica que detenta la herencia. Existe un patrimonio cuya titularidad ostentan dos personas, por lo cual debemos diseñar las normas de administración y disposición de los bienes. Con respecto a la responsabilidad por deudas, cada una de las masas gananciales de cada cónyuge se dividen y liquidan separadamente, se aplican las reglas sobre las deudas personales y separación de responsabilidad de los cónyuges y sobre las deudas comunes. El art. 486 establece que se aplican las normas de los arts. 461, 462 y 467, es decir remite a la responsabilidad separada de los cónyuges salvo la solidaria por las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento de los hijos, luego establece el principio de administración y disposición de cosas muebles no registrables. Cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales de su titularidad. Por los gastos de conservación y reparación de los bienes comunes, responde también el cónyuge que no contrajo la deuda, pero sólo con sus bienes gananciales. Asimismo el artículo establece la posibilidad de los acreedores de subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la masa común actualizando las expectativas gananciales, ya que no podrá agredir los bienes gananciales que no sean de su titularidad, aunque se haya actualizado su expectativa. ZANNONI sostiene que si la disolución de la comunidad se produjo por divorcio o nulidad del matrimonio, subsisten las relaciones *ut-singuli* respecto de los bienes a liquidar, manteniéndose frente a terceros la separación de las masas y el régimen de comunidad, en cambio en los casos de muerte o presunción de fallecimiento, se establecen relaciones patrimoniales *ut-universitas*, en forma de comunidad de derechos en estado de indivisión. La indivisión postcomunitaria no supone una previa alteración de las relaciones que la titularidad originaria sobre los bienes de la comunidad permitió a cada cónyuge oponer frente a terceros título suficiente para administrar y disponer. No obstante la extinción del régimen, los cónyuges continúan siendo *erga omnes* los titulares de los derechos que, antes de esa disolución, la ley les atribuía con respecto de los bienes gananciales. Si la extinción

crea, respecto de los bienes a liquidar, relaciones de comunidad entre los cónyuges, tales relaciones interesan fundamentalmente al vínculo interno que se establece a los fines de su liquidación sin trascender externamente como cotitularidad de cada uno de los derechos que integran la comunidad. Es decir que no genera frente a terceros relaciones de comunidad, la extinción no muta ni altera, frente a terceros, las atribuciones que, en la singularidad de cada uno de los bienes, la ley efectúa respecto de su titular. Genera una comunidad interna, oponible entre los esposos para exigirse mutuamente las compensaciones y recompensas y para liquidar esa masa en definitiva en partes iguales.

La liquidación de los bienes comunes requiere una consideración unitaria como masa de bienes, no porque sea una universalidad jurídica, sino porque estos bienes se encuentra vinculados ineludiblemente por el pasivo y el activo, es decir vincula las deudas a los bienes del conjunto que se halla afectado a su pago. Esta masa interna oponible entre los esposos existe para posibilitar las operaciones de restitución, compensación y partición de los bienes gananciales. Sin embargo las premisas cambian cuando la extinción se produce por muerte, lo que provoca la conjunción de la indivisión postcomunitaria con la hereditaria, ya que la muerte altera la relación de titularidad originaria que el cónyuge fallecido investía respecto de los bienes y derechos, lo que es producido justamente por la sucesión universal. Las titularidades subjetivas se disuelven por el hecho de la muerte, el fallecimiento provoca la apertura de la sucesión y la concurrencia del cónyuge supérstite con los herederos del premuerto. La masa a liquidar se unifica con los bienes y derechos propios del cónyuge fallecido y con la totalidad de los gananciales, sin importar cuál de los esposos lo adquirió. Y como consecuencia de la unidad de masas, los bienes singulares que la integran, asumen, *ministerio legis*, una consideración unitaria a los fines de la liquidación, ya que durante la indivisión, tanto las expectativas del supérstite en lo relativo a la parte de los gananciales a que tiene derecho, como las de los herederos -y eventualmente también del supérstite a título hereditario- ejercen respecto de la masa como tal, sin consideración a su contenido especial. Los herederos y el supérstite se sujetan a la situación de herencia que el fallecimiento crea, lo que impide desmembrar antes de la partición, la universalidad que integran el conjunto de titularidades del causante en donde se unifican la indivisión postcomunitaria con la hereditaria, las cuales serán ventiladas en el proceso judicial sucesorio satisfaciendo las expectativas de publicidad que la legislación de fondo ha establecido.

La comunidad indivisa es la misma comunidad solo que muta el régimen aplicable, el régimen de comunidad es reemplazado por el régimen de indivisión postcomunitaria en donde a falta de acuerdo entre los cónyuges subsisten las reglas de administración y disposición de la primera. La indivisión postcomunitaria se integra por todos los bienes que al momento de su extinción estaban en

comunidad. Para la determinación de la calificación de los bienes el código utiliza una enumeración en los arts. 464 y 465.

Funciona en la indivisión el principio de subrogación real, por lo cual todo lo que sale de la indivisión reingresa indiviso, excepto que sea partido y adjudicado con anterioridad pero así mismo la fuente normal de ganancialidad no generará beneficios para la indivisión. La fuente ganancial se agota con la indivisión, ya que la composición de la masa queda fijada al día de su extinción. La comunidad se transforma en una ganancialidad cerrada, en el seno de la cual pueden aún producirse acrecentamientos y sustituciones, pero no aumentos en virtud de nuevas adquisiciones que no tengan su causa fuente en uno de los valores constitutivos de ese patrimonio. Producida la extinción de la comunidad, la expectativa ganancial del cónyuge no titular se transforma en un derecho actual sobre cada uno de los bienes singularmente determinados, cuyo monto representativo exacto dependerá de la liquidación a practicarse teniéndose en cuenta los créditos, recompensas y compensaciones. Cada cónyuge ve nacer en su favor una parte alícuota indeterminada de los bienes gananciales de titularidad del otro y al mismo tiempo, para beneficio de aquel, disminuye el pleno y exclusivo derecho que le correspondía al titular sobre los bienes antes administrados por él, lo que tendrá consecuencias con relación al asentimiento conyugal anticipado y los poderes especiales para asentir que más adelante se analizarán. La consideración de universalidad jurídica que tiene la indivisión hereditaria nace del hecho mismo de la sucesión que implica la modificación subjetiva de las titularidades. En cambio la consideración de universalidad jurídica que podrá llegar a darse de la indivisión postcomunitaria no genera mutación subjetiva de titularidades sino que se integra una masa ganancial indivisa por el efecto de la actualización del derecho a los gananciales del cónyuge no titular, situación de unificación interna que no trasciende en mutación de titularidad de los bienes.

a) Convenio regulador

Conforme lo establece el art. 438 CCyC toda petición de divorcio debe ir acompañada de una propuesta reguladora.³¹ Esta propuesta debe ser presentada tanto en caso de divorcio unilateral como en el de presentación conjunta. Este convenio no es optativo sino obligatorio para dar curso a la petición del divorcio pero no vinculante para los cónyuges quienes podrán modificarlo, ya que en la mayoría de los casos los cónyuges necesitan tiempo para lograr acuerdos sobre las diversas cuestiones matrimoniales, al que tal vez sea más sencillo arribar una vez decretado el divorcio entre ellos. Con relación al contenido del convenio regulador, entre otros establecidos por el art. 439³², los cónyuges podrán proponer la forma de distribución de los bienes. El convenio regulador

que contenga el acuerdo de los cónyuges con relación a la distribución de los bienes, será homologado judicialmente, y conforme lo establecido por el art. 500 CCyC, y la remisión al art. 2369 en materia de partición hereditaria, si los cónyuges acuerdan la división de bienes en esta etapa y de este modo, pondrán fin a la indivisión postcomunitaria, lo que se completará con la correspondiente inscripción registral para ser oponible a terceros, conforme art. 2363. Asimismo los cónyuges podrán afirmar que han llegado a un acuerdo sobre los bienes gananciales que no ventilarán en el expediente de divorcio, o simplemente referir que la distribución de los bienes gananciales se realizará en forma privada notarial. El acuerdo privado fuera del expediente, se presenta como ventajoso ya que existen cuestiones que no podrán ser introducidas en esta etapa, como por ejemplo, la falta de determinación del carácter ganancial de los bienes, por cuestiones de prueba sobre el carácter de los mismos, los frutos o rentas de los bienes gananciales devengados con posterioridad a la extinción de la comunidad, al no existir al momento de la propuesta, no podrán ser incluidos en la masa a dividir, por lo cual el acuerdo de los cónyuges sobre la postergación de la división de los bienes puede ser objeto del convenio regulador. Finalmente también podrán incluir algunos bienes en dicho acuerdo, generando una liquidación parcial, y dejar para una futura partición notarial el resto de los bienes gananciales, en donde la homologación del acuerdo primigenio no impide ni condiciona el acto posterior por escritura pública. Asimismo el desacuerdo de los cónyuges sobre la propuesta reguladora no suspende el dictado de la sentencia de divorcio. La sentencia es constitutiva del estado civil divorciado de los cónyuges, y la misma debe indicar la fecha de la extinción de la comunidad que será la de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges o si los cónyuges hubieran estado separados de hecho, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación, pudiendo el juez modificar la extensión de dicho efecto, fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho. La sentencia de divorcio además de producir la extinción del régimen patrimonial y la disolución del vínculo matrimonial, también tiene como efecto la pérdida de la vocación hereditaria, la cesación del deber de convivencia, la recuperación de la aptitud nupcial y deja sin efecto la suspensión de la prescripción liberatoria entre cónyuges y las inhabilidades para contratar entre sí en interés propio. El art. 480 establece el efecto retroactivo de la sentencia de divorcio, de nulidad de matrimonio o de la separación judicial de bienes. En el caso la sentencia produce la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges. Asimismo si la separación de hecho precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efecto retroactivo al día de esa separación. Por otro lado el art. 2437 establece que la separación de hecho sin voluntad de unirse, excluye el derecho hereditario entre cónyuges.

Cuando la separación de hecho se produce por acuerdo de ambos cónyuges y este acuerdo se explicita, comprende una porción de materias de interés común y puede plasmarse documentalmente. La validez de estos pactos se pone en duda, manifestando que se trata de un pacto prohibido entre cónyuges casados bajo el régimen de comunidad, pero plantear la nulidad se aleja de la realidad legislativa que le da efectos importantísimos. Por lo cual se propone recoger la voluntad de los cónyuges en un Acta de Manifestación en donde se explicita la voluntad de ambos de separarse, documento que gozará de los beneficios de toda escritura pública, y configurará una preconstitución de prueba de la fecha a partir de la cual el matrimonio dejará de emanar efectos patrimoniales.

b) Atribución del uso de la vivienda en el divorcio: análisis del art. 456

Insuficiencia que plantea el art. 456 del CCyC con relación al asentimiento conyugal en los casos de atribución de la vivienda en el proceso de divorcio o separación judicial:

Una situación particular con grandes consecuencias para el notario es la que plantea el *asentimiento conyugal del art. 456* que regula la protección de la vivienda, durante la vigencia del matrimonio, basada en el reconocimiento del derecho humano fundamental, que amplía su campo de acción a los casos de disposición de los "derechos sobre la vivienda y los muebles indispensables" siendo omnicomprendiva de actos de administración y/o disposición, que no se identifica con el derecho real de dominio sobre un inmueble, y que se aplica con independencia de la titularidad del bien y de la existencia de hijos menores o incapaces. Pero ninguna referencia hace el artículo en estudio a la aplicación del asentimiento una vez disuelto el matrimonio, teniendo en cuenta el caso de atribución de la vivienda familiar que plantea el art. 443. Se discute en doctrina la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar que nace de la atribución judicial de la misma. La norma pone en juego el derecho de propiedad del titular del inmueble que constituyó la vivienda familiar y la protección del derecho humano a la vivienda en este caso reconocido judicialmente a favor del cónyuge más vulnerable. La atribución de la vivienda no implica el nacimiento de un derecho real³³ sobre el inmueble, ni modifica los derechos reales que pudieran titularizar uno de los cónyuges, ambos o incluso un tercero, por ello la atribución puede recaer tanto sobre un bien propio, o ganancial, en condominio entre cónyuges o sobre un inmueble alquilado de titularidad de un tercero. El uso de la vivienda familiar que comprende el de los objetos de uso ordinario que en ella existan, corresponde en principio a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, por entenderse protegido así el interés familiar. El uso de la vivienda familiar es independiente de la titularidad de los derechos subjetivos que respecto de ella (v. gr. dominio,

condominio, usufructo, arrendamiento, etc.) se puede ostentar, como también es indistinto el carácter del bien sede de la vivienda. Así vemos como la protección del art. 456 enfocada al derecho a la vivienda, se conjuga en este caso con otros intereses susceptibles de protección que dependerán del análisis judicial en cada caso y que tienen que ver con los hijos, la situación económica, el estado de salud y los intereses del grupo familiar. Por ello, cuando el uso de la vivienda y de los bienes indicados corresponda al cónyuge no titular, los actos dispositivos deberán requerir el asentimiento del cónyuge o en su caso la autorización judicial. El uso del inmueble por el cónyuge beneficiario es "intuitu personae", lo que significa que ese derecho no podrá ser cedido en todo ni en partes a terceros. Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge que no es titular de dominio, no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al titular, la cual se traduce en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho personal de uso o en su defecto, autorización judicial para cualquier acto que pueda ser calificado como actos de disposición de la vivienda³⁴. Esta limitación es oponible a terceros mediante la inscripción de la sentencia en el Registro de la Propiedad Inmueble, conforme lo establece el art. 444 CCyC. Por ello, teniendo en consideración que dicha atribución preferencial se hace con independencia de la titularidad del bien, en el caso de inmuebles será necesaria una manifestación en la escritura del titular registral en este sentido, para desvirtuar la posibilidad de que se configure el hecho susceptible de protección. No dejamos de advertir que en el caso el notario tendrá varios medios de publicidad: a) publicidad instrumental a través de la sentencia de divorcio a la vista y/o el testimonio judicial de donde surgirá dicha atribución, excepto que se tenga a la vista partida de matrimonio con anotación marginal o que se haya dictado sentencia de divorcio y se haya dejado la resolución de las cuestiones patrimoniales para la etapa de la liquidación de la comunidad, b) Publicidad registral, a través de la inscripción de la sentencia de divorcio que contenga dicha limitación en la Matrícula del inmueble en cuestión, circunstancia que todavía no se encuentra resuelta registralmente, pero deberá inscribirse en la columna gravámenes para posibilitar el conocimiento frente a terceros de la limitación al dominio. Dicha limitación no impide la disposición del inmueble pero en las condiciones indicadas, tampoco impide su embargo o subasta, pero con la atribución vigente por resultar oponible a cualquier adquirente. En caso de disposición del bien propio que fuera el hogar conyugal antes de que fuera inscripta la medida, la adquisición del tercero será inatacable siempre que pueda probar su buena fe, lo que tendrá especial significación en la acreditación de la buena fe del tercero, la visita ocular del inmueble a los efectos de que le resulte oponible el estado de ocupación del mismo. Por ello es conveniente la aplicación extensiva del art. 456 CCyC a los casos que un compareciente divor-

ciado que dispone de un bien propio mediante la declaración de que el bien que dispone no se encuentra alcanzado por la atribución establecida en el art. 443.

2) ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE LOS BIENES INDIVISOS.

a.- Principio: el acuerdo entre los cónyuges y las convenciones matrimoniales post gananciales

Durante la etapa de indivisión postcomunitaria resultante de la extinción de la comunidad en vida de ambos, los cónyuges pueden celebrar por escritura pública, acuerdos de administración, disposición y uso de los bienes indivisos en los términos del art. 481 del CCyC a los efectos de reglar en forma ordenada la gestión y uso de todos sus bienes. Por ejemplo, podrán pactar la codisposición de todos sus bienes indivisos, con una amplia libertad para utilizar reglas del régimen de separación o el de comunidad u otorgarse poderes recíprocos para disponer. Dichos acuerdos tienen vocación registral a los efectos de la oponibilidad de las limitaciones impuestas a la gestión de bienes registrables, por lo cual una vez celebrado el acuerdo de codisposición de los bienes indivisos y obtenida la publicidad registral suficiente, los cónyuges no podrán disponer dichos bienes aplicando las reglas de la comunidad sino que deberán respetar el acuerdo de gestión conjunta. La inexistencia de acuerdo inscripto, no impide de ninguna manera la codisposición de los bienes indivisos, ya que el acuerdo tácito surgirá de la misma escritura de venta del bien en la cual ambos cónyuges comparezcan disponiendo del mismo.

La norma nos marca un principio general que tiene que ver con el principio de autonomía de los cónyuges, que se refleja en la posibilidad o el derecho que tienen los excónyuges para acordar en esta etapa en materia patrimonial. Las convenciones post gananciales tienen como principio fundamental la libertad de pacto entre los excónyuges. Así podrán establecer reglas de administración, como por ejemplo la continuidad en la administración de los bienes a favor del cónyuge o la coadministración de todos los bienes o la codisposición de algunos bienes y de otros no, el otorgamiento de poderes especiales de administración y disposición, asentimientos especiales anticipados, la exteriorización de los pactos de atribución de la vivienda en caso de que ello hubiera sido resuelto en el divorcio, hasta el acuerdo de partición y adjudicación de los bienes gananciales poniéndole fin a la indivisión. Por supuesto que estos acuerdos deberán instrumentarse en escritura pública e inscribirse en los registros respectivos conforme la naturaleza de los bienes a los efectos de cumplir con la publicidad suficiente y consecuente oponibilidad a terceros. El acuerdo puede exteriorizarse a través de una convención postganancial o también manifestarse en cada acto dispositivo.

b.- Asentimiento conyugal frente a la falta de acuerdo.

A falta de acuerdo entre los excónyuges, en tanto subsisten en esta etapa las relaciones singulares respecto de cada uno de los bienes a liquidar, permanece también en este período inalterado el régimen de administración y disposición separada de los bienes en cabeza de cada uno de los cónyuges o excónyuges por lo cual continúan vigentes las normas del régimen de comunidad y la aplicación directa de los arts. 470 y 456 del CCyC con una limitación muy importante que tiene que ver con los derechos intervencionales de los cónyuges en este período. La norma nos marca una exigencia complementaria para la realización de actos que excedan la administración ordinaria de los bienes indivisos por parte del cónyuge titular. La obligación de informar al otro, con antelación razonable, su intención de otorgar el acto de tales características, habilitando su derecho de oposición. Como venimos explicando, a falta de acuerdo en la etapa de indivisión postcomunitaria, el cónyuge titular podrá disponer de los bienes gananciales de su titularidad con el asentimiento conyugal del otro. Este asentimiento en esta etapa se otorga sobre el derecho actualizado a percibir la ganancialidad, por lo cual el dinero recibido debe ser partido y adjudicado, para evitar la subrogación ganancial. Es parte del "Régimen de la Indivisión Postcomunitaria" el conjunto de normas establecidas expresamente en protección de los bienes indivisos.

c.- Protección de los bienes indivisos y problemática del art. 482

El art. 482 establece (...) Cada uno de los copartícipes tiene la obligación de informar al otro, con antelación razonable, su intención de otorgar actos que excedan de la administración ordinaria de los bienes indivisos. El segundo puede formular oposición cuando el acto proyectado vulnera sus derechos. En el derecho español, la extinción del régimen provoca la revocación de todos los poderes y asentimientos conyugales anticipados otorgados. Esta medida tiene su fundamento en el cambio de expectativas que produce la extinción del régimen de comunidad, ya que vigente el mismo, las normas de orden público que regulan la protección de la ganancialidad no podrán ser dejadas de lado, sin perjuicio de las acciones específicas que se establecen a dichos efectos. Pero una vez extinguido el régimen, los cónyuges readquieren su capacidad de negociación, y como vimos, la normativa apoya y alienta el acuerdo de los cónyuges, pero a falta de acuerdo, la voluntad de los cónyuges deberá confirmarse en cada acto dispositivo, lo que se ve reforzado por la autorización judicial que prevé el art. 483 en caso de negativa injustificada.

¿Que debemos entender por "antelación razonable" y "actos que exceden la administración ordinaria"? La razonabilidad de la anticipación del acto que se va a

otorgar tiene que ver con la necesidad de informar al otro, para que pueda ejercer su derecho de oposición, ya que sin perjuicio de mantenerse exteriormente las titularidades inmutables, la extinción del régimen provocó la actualización de la ganancialidad y el consecuente derecho del cónyuge no titular a pedir la partición de los bienes, ya sea en especie o bien recogiendo su porcentaje producto de la liquidación de los bienes, a través de un acto dispositivo de venta. El deber/derecho de información está directamente relacionado con la modificación interna sustancial que provocó la extinción del régimen patrimonial, por lo cual el notario no puede dejar de analizar y calificar esta mutación patrimonial en la utilización de asentimientos anticipados o bien poderes especiales otorgados con *anterioridad a la extinción del régimen*. Por ello la norma nos marca el principio general del acuerdo de administración y disposición de los bienes indivisos, porque implica una resignificación patrimonial que debe ser consentida y conformada por ambos cónyuges. Con esta estructura: ¿podrá el notario utilizar un asentimiento especial anticipado que ha cumplimentado los requisitos del art. 470 o un poder especial que ha cumplido con las exigencias del art. 375 inc b) y art. 459, para la disposición de bienes gananciales en etapa de indivisión post comunitaria, basado en la falta de acuerdo y aplicación supletoria del régimen de comunidad que establece el art. 482?

La respuesta negativa se impone, por lo cual a falta de acuerdo, la vigencia de las reglas de administración y disposición contienen esta limitación especial con relación al asentimiento conyugal, o bien se prestará simultáneamente con el acto que exceda la administración ordinaria, o bien se otorgarán nuevos poderes o asentimientos sobre los que en definitiva, para su otorgamiento deberán los cónyuges llegar por lo menos a un principio de acuerdo entre ellos.

d.- Medidas protectorias y provisionales: art. 483. Publicidad registral

En caso de que se vean afectados sus intereses los cónyuges pueden solicitar, además de las medidas que prevean los procedimientos locales, las siguientes: a) la autorización para realizar por sí solo un acto para el que sería necesario el consentimiento del otro, si la negativa es injustificada. b) Su designación o la de un tercero como administrador de la masa del otro. Asimismo el art. 722 establece que independientemente del régimen patrimonial adoptado, una vez iniciada la acción de divorcio o "antes" en caso de urgencia, a pedido de parte, el juez puede disponer por un plazo cierto, las medidas de seguridad para individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares o evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro. Y el art. 721 inc. a) establece que el juez puede determinar cuál de los

cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar. Se trata de medidas que enfocan la protección de la ganancialidad frente al conflicto matrimonial, que pueden recaer sobre bienes gananciales como propios, en tanto es posible que aquellos resulten insuficientes para cubrir deudas provenientes de recompensas o compensaciones, al momento de liquidar la comunidad. Entre las medidas que se puede solicitar, existen algunas que tienden a evitar las vías de hecho, como la prohibición de innovar, la prohibición de contratar, la remoción del cónyuge administrador, el embargo, el secuestro y el depósito judicial, y también hay otras que buscan individualizar bienes, como la intimación a presentar una nómina de bienes, el pedido de informes a entidades públicas o privadas, la intervención informativa, la exhibición de libros, etc. Finalmente, es forzoso concluir que todas estas medidas deberán obtener su correspondiente emplazamiento registral a los efectos de su oponibilidad frente a terceros.

e. Fraude entre cónyuges: art. 473 y su relación con el art. 482

El art. 473 contempla el fraude entre cónyuges superando su antecesor 1298 del Código de VÉLEZ que lo circunscribía al fraude de los acreedores. La norma dispone que son inoponibles al otro cónyuge los actos otorgados por uno de ellos dentro de los límites de sus facultades pero con el propósito de defraudarlo. La norma es omnicompreensiva de supuestos que no pueden ser cubiertos por el asentimiento conyugal, ya sea porque no se trata de bienes registrables o porque se utilizan instrumentos societarios para la disposición de los bienes gananciales en fraude a la comunidad. El resultado contrario a derecho que persigue el defraudador es el de sustraerse a la regla de partición por mitades de los bienes gananciales, y consiste en toda maniobra de un cónyuge que, valiéndose de la celebración de negocios jurídicos, tiene por objeto burlar las expectativas del otro a participar en la división. De tal forma se regula de manera expresa el fraude entre cónyuges, y al igual que en los proyectos de reformas anteriores, se opta por la figura de la inoponibilidad del acto al cónyuge defraudado, guardando silencio en cuanto al carácter que debe presentar el tercero, (buena o mala fe) o el acto (título gratuito u oneroso), es decir que con independencia de estas circunstancias el acto siempre será inoponible, ya que la norma no requiere la configuración de los requisitos del fraude pauliano sino que se trata de un fraude a la ley del régimen imperativo de comunidad. Se pueden argüir de fraudulentos tanto los actos jurídicos realizados durante la vigencia del matrimonio como en la etapa de indivisión postcomunitaria, alcanzando los actos de administración y disposición. En este sentido se deberá poner especial cuidado en los actos de administración extraordinaria en la etapa de indivisión conjugando la norma en estudio con el deber de información establecido por el art. 482 que analizamos más arriba. Si

la acción de fraude persigue la restitución del bien, se entablará contra todos los otorgantes del acto, y si es un acto a título oneroso se deberá acreditar la mala fe del adquirente. Si el adquirente transmitió el bien a un tercero de buena fe, entonces se deberá resolver mediante el reconocimiento de una recompensa contra el cónyuge enajenante por la mitad del bien ganancial transferido. La prescripción de la acción comienza a correr desde la disolución del vínculo, y el plazo es de dos años desde que se conoció o pudo conocer el vicio (art. 2563, inc. f)³⁵.

V. LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD

Las operaciones fundamentales de la liquidación son: la formación del inventario, la tasación de los bienes, la determinación del pasivo de la comunidad, y en su caso el establecimiento de las formas para su pago, la fijación del remanente líquido y su distribución y finalmente la atribución de bienes para su pago. Dentro de la liquidación, deben entenderse comprendidos todos los reclamos que mutuamente se formulen los integrantes de la comunidad disuelta por el divorcio, entre los que se encuentran el pedido de fijación del canon locativo por parte de quien no tiene el uso y goce del inmueble ganancial, en el caso que analizamos de atribución del uso de la vivienda, el reclamo de las recompensas, el reconocimiento de la compensación económica y la atribución de la vivienda del art. 499.

1. PASIVO DE LA COMUNIDAD

Para el pago y la liquidación del pasivo de la comunidad, continúa vigente el principio de responsabilidad separada, es decir que cada cónyuge responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales de su titularidad, con excepción de la solidaridad prevista para responder por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos, y la responsabilidad por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales, por los cuales también responde el cónyuge que no contrajo la deuda, pero sólo con sus bienes gananciales (establecido en los arts. 461, 462 y 467). En esta etapa los acreedores podrán subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la masa ganancial y hacer efectivo su crédito sobre los bienes adjudicados a su deudor. La responsabilidad separada de las deudas no hace más que afirmar la subsistencia de la administración separada de los bienes que el art. 482 contempla. Las medidas protectorias de los bienes indivisos establecidas en el art. 483 se complementan con otras como embargos, secuestro, inhibiciones,

intervención en negocios administrados por el otro, medidas de no innovar para evitar actos que puedan caer dentro de la administración ordinaria que plantea el art. 482. Es importante tener en cuenta cuál es la masa acreedora para saber si ese crédito puede ser ejecutado por los acreedores de uno u otro cónyuge. Si es la masa ganancial administrada por el titular del inmueble, sus acreedores no se cobrarán con ese crédito sino con el inmueble mismo, por lo cual el crédito no existe realmente sino que es una simple cuenta interna a computarse en las operaciones de liquidación y partición de los cónyuges. Si la acreedora es la masa ganancial administrada por el otro cónyuge, ocurre lo contrario, el crédito existe realmente y los acreedores de ese cónyuge no podrán cobrarse por ejecución directa sobre el inmueble sino actuando sobre el crédito por acción subrogatoria (art. 486 CCyC). El principio de separación de deudas se aplica tanto para las contraídas durante la vigencia del régimen y no saldadas antes de la extinción como para las contraídas después de la extinción pero antes de la partición, ya que luego de la partición se aplica el art. 502 en virtud del cual cada cónyuge responde con sus bienes propios y los gananciales que se le hayan adjudicado. El principio general de que el patrimonio del cónyuge deudor es prenda común de los acreedores no sufre ninguna alteración en la etapa de indivisión.

2.- RECOMPENSAS

El art. 488 establece que una vez extinguida la comunidad, se procede a su liquidación. A tal fin, se establece la cuenta de las recompensas que la comunidad debe a cada cónyuge y la que cada uno debe a la comunidad. La teoría de las recompensas es un método para la resolución de las complejas relaciones creditorias entre los cónyuges, consideradas como créditos y deudas despersonalizados y típicamente personales. El principio de subrogación real que aplica tanto al régimen de comunidad como al régimen de la indivisión, lleva al reconocimiento de las recompensas para reconstruir los patrimonios propios de los esposos cuando se han mezclado entre sí o con el patrimonio ganancial, ajustar la incidencia de las deudas y cargas y resolver los casos de coincidencia de inversiones de distinto origen en la creación, conservación, mejoramiento y acrecentamiento de un mismo bien.

Reciben la denominación de recompensas los créditos entre uno de los cónyuges y la comunidad que surgen con motivo de la gestión patrimonial de los bienes propios y gananciales durante la vigencia del régimen matrimonial de comunidad de ganancias y que deben ser determinados después de su disolución para establecer con exactitud la masa que ha de entrar en la partición. A través de las "recompensas" se procura mantener cada masa de bienes en su integridad, reincorporándole los valores que se han desprendido de ella para ser aplicados a

las otras masas, y resarciendo los perjuicios que la masa ganancial o propia de un esposo ha sufrido por obra de otra masa. Su propósito es, pues, el de restablecer la exacta composición de las masas patrimoniales propias de cada cónyuge, teniendo en cuenta los bienes que las constituían al iniciarse el matrimonio y los que fueron adicionándoseles o sustrayéndoseles después, logrando correlativamente la determinación exacta de la masa partible. POTHIER³⁶ sistematizó la teoría de las recompensas estableciendo como principio general que cada uno de los cónyuges es, a la extinción de la comunidad, acreedor de todo aquello con lo cual ha enriquecido a la comunidad a sus expensas, durante todo el tiempo que ella ha durado, y en particular: a) Toda vez que uno u otro cónyuge se haya enriquecido a expensas de la comunidad, debe o es deudor de la recompensa a ella. b) Esta recompensa no implica, sin embargo, compensación de lo que a la comunidad costó el negocio particular de uno de los cónyuges, sino que es debida sólo hasta la concurrencia de la que ese cónyuge se benefició a sus expensas y c) La compensación no puede exceder de los valores sustraídos a la comunidad, cualquiera que haya sido el provecho que de ellos haya sacado el cónyuge deudor. Para un sector de la doctrina que podemos identificar como mayoritaria, la enajenación de un bien propio, durante el matrimonio, sin reinversión de los fondos obtenidos como precio, genera un derecho a recompensa en favor del cónyuge enajenante, y a cargo de la comunidad³⁷. Pero para otros, la enajenación de un bien propio, sin que queden rastros del destino de sus fondos, no genera recompensa alguna mientras no resulte que dichos fondos se hayan aplicado a alguna inversión que subsista a la hora de liquidar la comunidad, ya que el consumo del dinero en beneficio de la comunidad, y que no se aplica a la adquisición de otros bienes, jamás podrá ser entendido como factor de enriquecimiento. El derecho a recompensa sólo nace si lo invoca su presunto titular en la etapa de la liquidación de la comunidad, es decir entre cónyuges divorciados, o cónyuges que han optado por el régimen de separación de bienes, o entre el supérstite y los herederos del premuerto, donde los cónyuges entre sí o bien el supérstite y los herederos pueden efectuar las negociaciones que quieran en orden a la distribución de los gananciales, e incluso uno de ellos puede renunciar a los que les correspondan en beneficio del otro³⁸. En caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, los bienes propios se excluyen de la división de la comunidad, pero para el reconocimiento de las recompensas podría denunciarse el valor ganancial invertido para la adquisición del bien propio, el que será tenido en cuenta como crédito de la sucesión para compensar a la comunidad en una ecuación partitiva conjunta. El inmueble propio, al que se le han hecho aportes gananciales, ya sea en dinero o por adquisición de partes indivisas de carácter ganancial mantiene su carácter, se excluye de la división de gananciales y genera un derecho creditorio de recompensa para el no titular o sus herederos o sucesores, el bien es de carácter

propio en su totalidad, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para su adquisición. Para el supuesto de adquisición de nuevas partes indivisas por el cónyuge que ya es propietario de alguna con calidad de propia (caso donde sin dudas antes de la entrada en vigencia del CCyC aplicaríamos la doctrina del plenario "Sáenz") las nuevas partes indivisas conservarán el carácter de la adquisición originaria sin perjuicio de la recompensa a favor de la comunidad³⁹, por lo cual, para la disposición del mismo se estará al régimen del bien propio, con las restricciones en el caso de que el inmueble revista la calidad del art. 456 del CCyC. El derecho a recompensa de los cónyuges tiende a asegurarles la exacta participación por mitades en los bienes gananciales, y debe admitirse siempre que sea necesario reestablecer la correcta recomposición de las masas patrimoniales propias de cada cónyuge, evitando que el haber propio aumente a expensas del común o disminuya en beneficio de la masa ganancial.⁴⁰ El monto de la recompensa es igual al menor de los valores que representa la inversión y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad al día de su extinción, apreciados en valores constantes. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquella.

3. RECONOCIMIENTO DE LAS RECOMPENSAS EN SEDE NOTARIAL

La prueba del derecho a recompensa incumbe a quien la invoca y puede ser hecha por cualquier medio probatorio, entre ellos destacamos el Acta de Reconocimiento. El reconocimiento de las recompensas en sede notarial es un instrumento útil en dos momentos: A) como forma válida y eficaz para preconstituir la prueba sobre: el origen de los fondos utilizados por los cónyuges en la adquisición de los bienes durante el matrimonio, la manifestación de reconocimiento de inversión de bienes propios o gananciales en determinado negocio, la utilización de dinero propio en mejoras un bien ganancial y viceversa, o un recibo de fondos propios invertidos en cancelación de deudas. B) Como forma válida y eficaz complementaria de un acuerdo de liquidación de la comunidad tanto en vida de los cónyuges como en caso de fallecimiento de uno de ellos para reconocer el derecho creditorio a favor del cónyuge y/o de la comunidad. El crédito por recompensa es una obligación de valor y debe estimarse en moneda al tiempo de la extinción del régimen, pero el tiempo que transcurre desde la generación del crédito hasta su efectivo reclamo puede ser muy prolongado por lo cual la prueba inmediata resulta muy valiosa. El monto de la recompensa es igual al menor de los valores que representa la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o la comunidad al momento de su extinción. Siempre la recompensa será por lo menos igual al valor de la inversión. El crédito por recompensa nace el día de la extinción del régimen.

VI. SITUACIONES CONFLICTIVAS EN LA INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA

1. EDIFICACIÓN CON DINERO GANANCIAL EN TERRENO PROPIO

Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, por aplicación del principio general de accesión, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho, o del aumento de valor o plusvalía correspondiente. Si la construcción o la mejora se realiza con dinero propio, la comunidad será deudora a favor del cónyuge que lo aportó, y figurará como pasivo en el inventario de los bienes al momento de la liquidación. Si se produce con fondos gananciales en un inmueble propio, la comunidad será acreedora internamente del reembolso de lo aportado más el aumento que haya experimentado el bien privativo como consecuencia de la mejora, que se materializará en el momento de la extinción del régimen o de la enajenación del bien mejorado, atribuyendo o expresándolo en el inventario mediante la oportuna partida en el activo de la comunidad. Iguales reglas se aplicarán a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa.

2. BIEN PROPIO NO DECLARADO

Todos los bienes existentes a la extinción de la comunidad serán reputados gananciales, en virtud de la presunción establecida por el art. 466. Sin embargo la presunción de ganancialidad es susceptible de prueba en contrario. La carga de la prueba estará a cargo del cónyuge que pretende que se le impute a un bien el carácter de propio. Es tarea notarial diaria calificar la naturaleza jurídica de los bienes que son objeto de contratación cuando los sujetos negociales son personas casadas, en donde se nos solicita dejar constancia del origen de la inversión para desterrar la presunción de ganancialidad que rige en el régimen de comunidad. Los requisitos legales para la configuración del bien propio fueron establecidos por el art. 466 del CCyC. Con relación al origen del dinero, a partir del fallo plenario "Serrey de Drabble, María c/Drabble, Leslie" del 14-7-72, se fijó el principio de circunstanciar el origen de los fondos invertidos, con total certeza en el texto escriturario. El art. 466 establece que será suficiente para probar entre cónyuges el carácter propio de los bienes, la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no será oponible a terceros, si no se complementa con una declara-

ción circunstanciada del origen. La declaración del cónyuge en escritura pública, tiene los efectos de confesión extrajudicial sujeta a apreciación de los tribunales, y permite al confesante o a sus herederos su impugnación cuando sea simulada, falsa o viciada. Cuando la discusión sobre la naturaleza del bien se entabla entre los cónyuges o sus herederos, esta declaración los vincula como obligación personal entre ellos, en cambio frente a terceros no tiene fuerza por sí misma para destruir la presunción *iuris tantum* de ganancialidad, excepto que se complemente con la relación circunstanciada del origen. El legislador da a la confesión el valor de prueba suficiente entre cónyuges cuando el problema de la calificación se origina entre ellos, pero no le da valor por sí sola frente a terceros. Es un precepto claramente imperativo sobre el valor como prueba de la confesión. En el primer caso es plena prueba, en el segundo no. En éste nunca podrá valer por sí sola, pero nada impide que lo tenga si se conjuga con otros medios probatorios. Ahora bien, el art. 491 contempla uno de los casos típicos de recompensa caracterizado como la venta de bienes propios sin reinversión, estableciendo que la carga de la prueba del derecho de recompensa incumbe a quien la invoca. No acreditada la reinversión, los importes adquiridos se presumen, salvo prueba en contrario, que han beneficiado a la comunidad.

3. LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

Es muy común leer en las escrituras públicas la justificación del origen de los fondos y la consecuente calificación del bien como propio, fundamentado en la adquisición con dinero proveniente de una indemnización por despido. Pero no siempre es clara su configuración como origen adquisitivo propio. En el derecho español, se ha decidido que la indemnización por despido no puede ser considerada como una de las utilidades que derivan del trabajo mismo ni, por consiguiente, puede encuadrarse entre los bienes gananciales. Se trata, pues, de un bien propio. En nuestro país, en cambio, la determinación del carácter propio o ganancial de las indemnizaciones por despido pueden generar controversias, en puridad la doctrina se encuentra dividida. Con toda precisión, ABEL FLEITAS ORTIZ DE ROSAS y EDUARDO ROVEDA⁴¹, afirman que si el comienzo de la relación laboral, su prolongación, el despido y el pago de la indemnización ocurre vigente la comunidad, no hay dudas de que la indemnización es ganancial. Sin embargo la modificación de cualquiera de estos cuatro elementos reseñados, puede generar inconvenientes interpretativos. En abstracto las respuestas posibles serían: a) tomar en cuenta la fecha del origen de la relación laboral como causa de la indemnización, b) tomar en cuenta el momento del despido o c) aplicar cualquiera de los dos pero reconociendo una recompensa proporcional al tiempo de trabajo dentro o fuera de la vigencia de la comunidad. La respuesta dependerá de donde se ponga el

acento en el análisis, si en la causa de la relación laboral o en el sentido o fin de la indemnización. La posición enumerada en el inciso c (recompensas entre masas si los elementos mencionados se producen en distintos tiempos) fue sostenida en el derecho uruguayo por VAZ FERREIRA, para el llamado "beneficio de retiro" aunque el autor señala las dificultades de su tesis para liquidar proporcionalmente cuando el beneficiario ha tenido más de un matrimonio.⁴² Por el contrario, en la jurisprudencia y doctrina argentina predomina el criterio que tiene en cuenta el momento en el que el despido⁴³ se produce. En tal sentido se ha dicho que las indemnizaciones por despido y por falta de preaviso tienen por causa el trabajo y participan entonces de la naturaleza del producto de éste. Si el despido se produce y por lo tanto las indemnizaciones se devengan durante el matrimonio, las sumas indemnizatorias son gananciales, aunque se hagan efectivas recién después de extinguida la comunidad. En igual sentido ZANNONI expresa que la indemnización por despido es ganancial sólo si el despido acaeció durante la vigencia de la comunidad. En un precedente jurisprudencial la sala I de la Cámara Nacional Civil (2/9/1999 ED 186-281) expresó que si el despido se produjo una vez disuelta la comunidad, la indemnización tiene el carácter propio, ya que el perjuicio de la falta de trabajo será desde entonces, en exclusivo perjuicio del cónyuge despedido. Más aún, se ha declarado que esta regla es también aplicable a la separación de hecho por lo cual, si el despido se produjo después de la separación de hecho, la indemnización debe ser calificada como propia.⁴⁴ Finalmente la doctrina entiende que cabe conceder a la indemnización el carácter de bien propio si el distracto se concreta inmediatamente antes de la disolución ya que el cónyuge deberá soportar a su exclusivo perjuicio la falta de trabajo. Esta postura doctrinaria⁴⁵ ha sido confirmada en un reciente fallo de la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil⁴⁶.

VII. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

El Código Civil y Comercial de la Nación recepta una figura que tiene aceptación en varias legislaciones del derecho comparado, que es coherente con el régimen del divorcio incausado, con el fundamento en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro, se prevé la posibilidad de que los cónyuges acuerden o el juez establezca pensiones compensatorias⁴⁷. La viabilidad de la compensación económica va a depender de la existencia o no de un desequilibrio manifiesto que tenga por causa el vínculo matrimonial y la alteración patrimonial provocada por la vida en común. En principio se otorgará por un plazo determinado y puede consistir en una prestación única o en una renta, de acuerdo a las circunstancias la renta podría llegar a ser vitalicia, puede pagarse en

dinero o con el usufructo de determinados bienes. La compensación económica debe reclamarse con la demanda de divorcio al momento de acompañar la propuesta del art. 438 y tiene un plazo de caducidad de seis meses (arts. 441, 442, y 2567 CCyC) posteriores al dictado de la sentencia de divorcio y es renunciable al momento de presentar el convenio regulador. También pueden ser reclamadas por el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio ha sido anulado (arts. 428 y 429) en dicho caso el plazo de seis meses corre a partir de la sentencia que declara la nulidad del matrimonio. Pero si los excónyuges no acordaron nada sobre este punto y se reúnen los requisitos legales para su procedencia, como se trata de una protección legal basada en el principio de solidaridad familiar, ante la falta de acuerdo, el juez puede determinar su procedencia y fijar su monto si correspondiere⁴⁸. La compensación económica está prevista tanto para las uniones conyugales como para las convivenciales y se la define en doctrina como una institución jurídica de naturaleza *sui generis* que propicia la superación de la injusta pérdida patrimonial que el divorcio puede provocar en alguno de los cónyuges o convivientes. Integra la órbita de los derechos-deberes derivados de las relaciones familiares⁴⁹. Desaparecida la comunidad de vida y la contribución a las cargas del hogar que permitían que ambos gozaran del mismo estándar, afloran los niveles económicos y sociales correspondientes a los recursos y las posibilidades que cada uno tenía y ha podido forjar en razón de la peculiar división de funciones llevada adelante durante la vida matrimonial⁵⁰. A lo largo del articulado del Código Civil y Comercial de la Nación, en materia de derecho de familia se hace continua referencia a dicha contribución equitativa o proporcional, por consiguiente, se trata de restablecer el desequilibrio patrimonial entre los cónyuges a consecuencia del incumplimiento de proporcionalidad de aportes a lo largo de la vida conyugal. Ahora bien, sin llegar a su reclamo vía judicial, lo que se propone es un reconocimiento económico con carácter de compensación en sede notarial como resultado de la extinción del régimen de separación de bienes en caso de acuerdo entre los excónyuges. Se sugiere un acuerdo pacífico celebrado por escritura pública en donde se reconozca el desequilibrio resultante del régimen de separación de bienes y se pacte una compensación con carácter indemnizatorio, lo que generará un derecho creditorio que podrá ser satisfecho en el mismo momento mediante el pago de una suma de dinero, lo que permitirá disponer de un capital inmediato para reequilibrar la situación y evitar los conflictos que puede generar un pago aplazado o puede ser cancelado por ejemplo por la dación en pago de bienes del otro cónyuge o aún podrá ser pactado el pago aplazado garantizándolo con derecho real de hipoteca sobre los bienes del deudor. La hipótesis de renta vitalicia sólo se permite en aquellos casos en donde el desequilibrio se presenta como un obstáculo insalvable, como por ejemplo si la persona está en edad de jubilarse y se ha dedicado toda la vida

al cuidado del hogar y los hijos, o si tiene alguna enfermedad que le impida el acceso al mercado laboral. En este caso, la fijación de la compensación económica excluye el reclamo de alimentos. La compensación se reconoce como un derecho creditorio⁵¹, por lo cual es susceptible de negociación, se le aplican las normas de las obligaciones de dar, y asimismo los acuerdos podrán modalizarse con condiciones resolutorias o plazos, finalmente frente a la muerte del cónyuge deudor, el beneficiario podrá reclamarlo en la sucesión como un acreedor más del causante.

VIII. ACUERDOS LIQUIDATORIOS

Sin perjuicio de la aplicación diferencial de normas de administración y disposición de los bienes indivisos teniendo en cuenta la causa que da origen al nacimiento de la indivisión, su finalización se encuentra regulada en los arts. 496 al 504, en donde expresamente el art. 500 nos remite a la partición de herencias para definir la forma. Sin perjuicio de ello, no pueden equipararse ambas formas partitivas, no obstante lo cual en el aspecto formal, no existen impedimentos para utilizar las mismas reglas. Como la sentencia de divorcio produce la extinción de la comunidad y la disolución del vínculo matrimonial no existe impedimento alguno para que los cónyuges acuerden la partición de los gananciales privadamente. No hay obligación de denunciar los bienes en el proceso de divorcio como requisito previo a la partición privada por escritura pública, pueden haber sido denunciados en el convenio regulador como una propuesta que es susceptible de modificación por la escritura pública de partición posterior o pueden establecer en dicha propuesta que con relación a los bienes gananciales, su distribución será acordada privadamente. Los acuerdos partitivos son negocios jurídicos en donde se ponen en juego intereses económicos de los esposos que la ley autoriza a regular según su conveniencia, tienen contenido estrictamente patrimonial al cual son trasladables los principios generales del acto jurídico, atendiendo a la capacidad, forma, contenido, modalidades, interpretación, efectos, y vicios del consentimiento. La doctrina sostiene en general que los convenios de liquidación revisten la fuerza de un acuerdo obligatorio, asimilado a un contrato, con fuerza vinculante, en donde las partes solo podrían alegar para su revocación o impugnación los vicios del consentimiento o la lesión, por cuanto está en juego la buena fe de las partes y la responsabilidad de un acto que deriva de una acción libre y deliberada⁵².

La partición puede ser solicitada en todo tiempo y la masa común se integra con la suma de los activos líquidos gananciales de uno y otro cónyuge. La masa común se divide por partes iguales entre los cónyuges, sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición

de los gananciales. Los cónyuges pueden pactar el modo y la forma de hacer la partición, podrá ser total o parcial, podrá ser igualitaria o no, con compensación de diferencias. El Código Civil y Comercial de la Nación nada dice respecto de la validez de las convenciones que pudieran efectuar los cónyuges en las que no se respete la división por mitades, por lo cual el principio básico de la división por mitades puede ser dejado de lado por los cónyuges a través de un convenio partitivo, no rige entre ellos la prohibición de contratar por lo cual tienen la plena capacidad de formar los lotes iguales o desiguales en valor y composición. La partición de la comunidad, en cuanto es acordada por ambos cónyuges se resuelve necesariamente por unanimidad, de modo que resulta admisible cualquier modo de adjudicación, en consecuencia podrán disponer con absoluta libertad respecto de la formación de los lotes y reglar sus conflictos patrimoniales como mejor resulte a sus intereses, pudiendo adoptar criterios distintos a los que resultan de la ley⁵³. Asimismo uno de los cónyuges puede solicitar judicialmente la atribución preferencial de los bienes amparados por la propiedad intelectual o artística, de los bienes de uso relacionados con su actividad profesional, del establecimiento comercial, industrial o agropecuario por él adquirido o formado que constituya una unidad económica y de la vivienda por él ocupada al tiempo de la extinción de la comunidad, aunque excedan de su parte en ésta, con cargo de pagar en dinero la diferencia al otro cónyuge, pudiendo el juez conceder plazos para el pago contra garantías suficientes.

IX. INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA Y COMUNIDAD HEREDITARIA

La muerte de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión inmediata de su herencia a las personas llamadas a sucederle por testamento o por la ley, el hecho de la muerte trasvasa sin más la totalidad del patrimonio del causante a quienes son sus herederos. También produce en ese mismo instante para la persona casada, la extinción del régimen patrimonial matrimonial y la disolución del vínculo matrimonial. Cuando además del cónyuge, concurren herederos del causante, entre ellos se genera un estado de indivisión de todos los bienes del causante, confundándose en principio la comunidad hereditaria con la indivisión postcomunitaria. Disuelta la comunidad por muerte de uno de los cónyuges las normas de la Sección 6, del Capítulo 2 del Título 2, del Libro II, se desplazan, dándole lugar a la aplicación de las normas del Libro VI, en consecuencia las reglas sobre administración y disposición de los bienes indivisos que analizamos en los arts. 481 y 482 ya no son aplicables, siendo necesario remitirnos a lo establecido en materia de indivisión hereditaria⁵⁴. La indivisión

hereditaria existe en toda sucesión en la que hay más de un heredero, se genera y principia en el mismo momento de la muerte del causante y finaliza con la partición. En las sucesiones intestadas no se atiende al origen de los bienes que componen la herencia, excepto en la sucesión del cónyuge porque si los esposos se encontraban casados bajo el régimen de comunidad, las cuotas asignadas al cónyuge sobreviviente y a los herederos que concurren con él difieren según se refiera a bienes propios o a bienes gananciales. Es necesario distinguir estas dos masas de bienes a los efectos de satisfacer los derechos del supérstite sobre los gananciales y luego distribuir los bienes propios y los gananciales que ingresan a la sucesión del causante, o bien en caso de inexistencia de herederos legitimarios ascendientes y descendientes, el cónyuge excluye a los colaterales federando la totalidad de los bienes gananciales. Cuando la extinción de la comunidad de ganancias se produce por muerte, la indivisión postcomunitaria se confunde con la indivisión hereditaria, pero la primera debe liquidarse mediante la cancelación del pasivo, el reconocimiento de las recompensas, para luego ingresar el remanente en la comunidad hereditaria, de la que podrá formar parte o no el cónyuge supérstite dependiendo de la existencia o no de bienes propios o personales. La liquidación de la masa ganancial debe ser previa como cálculo aritmético, a los efectos de esclarecer la cuantía del patrimonio ganancial que integrará la herencia. Sin perjuicio de ello, también se podrán liquidar de forma simultánea en un acto único que necesariamente deberá distinguir las adjudicaciones en virtud de los derechos y las participaciones hereditarias y comuneras que se ponen en juego en cada caso. El cónyuge supérstite no tiene parte alguna en la división de los bienes gananciales que corresponden al cónyuge fallecido, y habiendo descendencia del causante, el cónyuge tiene en el acervo hereditario la misma parte que un hijo, es decir que concurre con los descendientes en los bienes propios. Estos bienes propios podrán ser calificados como tales en virtud de los principios de causa, origen, accesión o subrogación y también por adjudicación en caso de mutación del régimen. Con la posibilidad de capitulación matrimonial por cambio de régimen, la separación del patrimonio ganancial se impone como previa a la partición de la comunidad hereditaria. La mitad de los bienes gananciales le corresponden al cónyuge supérstite por derecho propio y no por sucesión universal, sin perjuicio de que la muerte fue la causa de la actualización ganancial, los bienes gananciales no integran el acervo hereditario propiamente dicho, aunque sea en él donde deberán ventilarse por tratarse este de un juicio universal⁵⁵. La distinción entre bienes propios y gananciales debe efectuarse en el caudal relicto y en la masa a partir. El caudal relicto abarca todas las relaciones jurídicas de las cuales era titular el causante y que se transmiten por causa de muerte. La partición se efectúa con los bienes dejados por el difunto y asimismo con las donaciones que efectuó en vida y con

los frutos de los bienes hereditarios posteriores a la apertura de la sucesión. Para la determinación de la masa a partir es necesario previamente resolver la partición de la comunidad, ya que la liquidación de ésta puede influir en los bienes propios del causante desde que se deberán contemplar y generar las compensaciones necesarias a partir de la teoría de las recompensas.

El proceso de liquidación de la comunidad se confunde con el trámite sucesorio y no requiere normas especiales, el fuero de atracción que ejerce el proceso sucesorio sobre la liquidación y partición de la comunidad implica que éste es el único ámbito en donde ventilar aquella⁵⁶ (art. 2336). En este ámbito es en donde la cesión de gananciales tiene lugar y se incluyen los casos de bienes gananciales indivisos por la premoriencia del otro cónyuge y los gananciales que llegan a la sucesión indivisos por extinción de la comunidad en vida de ambos cónyuges. En ambos casos en la herencia del difunto ingresan los gananciales que le corresponden por la partición de la comunidad y el cónyuge o el excónyuge en su caso tiene que primero partir con los herederos la masa indivisa de gananciales, recoger su parte y luego determinar así la masa hereditaria propiamente dicha susceptible de partición hereditaria. Se deberá liquidar la comunidad en el sucesorio, por lo cual será necesario declarar en el acervo hereditario la totalidad de los bienes gananciales existentes, independientemente de la titularidad de los mismos, para que se proceda a la liquidación conjuntamente con la masa hereditaria, solicitándose la inscripción del ciento por ciento de los bienes a nombre de quien en definitiva resulte adjudicatario. La partición es el modo de hacer cesar la indivisión, y si todos los copartícipes están presentes y son capaces, la partición puede hacerse por el acto y la forma que por unanimidad entiendan conveniente. La partición no es constitutiva ni traslativa de derechos, sino que declara un derecho que se entiende adquirido con retroactividad a la fecha de fallecimiento del causante.

Existen actos que sin ser particiones en sentido estricto, tienen el mismo efecto atributivo de bienes y hacen cesar la indivisión total o parcialmente. Es el caso por ejemplo de la cesión de herencia de todos los herederos a favor de uno.

1. DERECHOS DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

a. Indivisión forzosa

Si en el acervo hereditario existe un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituye una unidad económica, o partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad, el cónyuge supérstite

que ha adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que es el principal socio o accionista de la sociedad, o que participa activamente en su explotación, puede oponerse a que se incluya en la partición, excepto que pueda serle adjudicado en su lote, por un plazo máximo de diez años a partir de la muerte del causante, plazo que podrá ser judicialmente prorrogado en forma vitalicia a pedido del cónyuge. Durante dicho plazo, la administración de los bienes indivisos corresponde al cónyuge.

b. Atribución de la vivienda: ¿indivisión vitalicia?

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

A diferencia de lo establecido por la Ley 14.394, en materia de indivisión, el art. 2332 del CCyC plantea la posibilidad de una indivisión forzosa vitalicia a favor del cónyuge supérstite tanto en los establecimientos comerciales en los que haya sido parte como titular o partícipe, como en la vivienda residencia habitual de los cónyuges independientemente del carácter propio o ganancial del bien, ya que aún en caso de inmueble propio del causante en donde el cónyuge concurre igualmente con los herederos, la existencia de edificaciones realizadas con aportes gananciales, permite la exclusión del bien de la partición hereditaria. Nótese en este caso la importancia del reconocimiento de recompensa en caso de edificación sobre un bien propio con fondos gananciales. El reclamo de la recompensa en el sucesorio, podrá generar a favor del cónyuge un derecho de oposición vitalicia a la partición del bien. En caso de partición, el cónyuge tiene derecho a la atribución preferencial del establecimiento comercial, agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios que constituya una unidad económica en cuya formación participó y de otros bienes, como por ejemplo de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte, o de la propiedad o el derecho a la locación del local de uso profesional donde ejercía su actividad o del conjunto de cosas muebles necesarias para la explotación de un bien rural realizada por el causante.

**c. Adquisición legal del derecho real de habitación del cónyuge supérstite
¿Legítima viudal o efecto patrimonial matrimonial?**

El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho, sobre el inmueble de propiedad del causante (tanto propios, gananciales como personales) que constituyó su último hogar conyugal al tiempo de la muerte del causante y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. El derecho real de habitación del cónyuge supérstite fue consagrado por la Ley 20.798 que modificó el Código de VÉLEZ incorporando el art. 3573 bis, configurando una iniciativa que no contaba con sustento de doctrina previa ni antecedentes en el derecho comparado. El Art. 2383 del Código Civil y Comercial de la Nación consagra este derecho al cónyuge supérstite en forma vitalicia y gratuita y de pleno derecho, conforme la causa adquisición legal establecida por el art. 1894. El art. 2383, establece que este derecho se ejerce sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal y con la única limitación de no encontrarse en condominio al momento de la apertura de la sucesión. Este derecho real de fuente legal tiene carácter asistencial⁵⁷ ya que el cónyuge obtiene un beneficio directamente de la cosa sin intermediación alguna, constituye asimismo un desmembramiento del dominio que es necesario exteriorizar para el conocimiento de los herederos o legatarios y de los terceros interesados. La norma elimina la referencia al único bien del causante, por lo cual en el caso el ejercicio del derecho del viudo puede dar lugar a excesos cuando no se exige necesariamente por una causa asistencial, por lo cual su procedencia debe ser analizada rigurosamente. Conjugando la norma con la causal de adquisición, entendemos que no es necesaria su petición expresa en el expediente, pero sí requiere un reconocimiento a los efectos de su inscripción registral. Se adquiere por derecho propio y en forma originaria, es decir que el cónyuge supérstite no lo recibe por causa hereditaria, sino por causa legal, se le atribuye por su condición de tal, independientemente de su derecho sucesorio sobre los bienes propios o personales y su derecho al 50% como comunero sobre los bienes gananciales, lo que nos lleva a la conclusión que no integra la masa hereditaria, ni se incluye en las operaciones de partición ni se calcula su valor para fijar la legítima o para calcular las porciones hereditarias, pero es inoponible a los acreedores de la sucesión. El derecho real de habitación se desvincula de las reglas del derecho sucesorio, su valor no se tiene en cuenta para el cálculo de las porciones hereditarias ni a los efectos de la protección de las legítimas porque no integra la masa hereditaria. Se le aplican las normas del derecho real de habitación consagrado en los arts. 2158 al 2161 del CCyC, por lo tanto el mismo es intransferible (por acto entre vivos o por causa

de muerte), es inejecutable, (se encuentra excluido de la prenda común de los acreedores, arts. 743 y 744 CCyC) no puede ser objeto de derechos reales o personales, el habitador tiene la obligación de pagar los impuestos, tasas, contribuciones, expensas y las reparaciones necesarias y de conservación de la cosa. Es un derecho *intuitu personae*, por lo cual tampoco podrá ceder su ejercicio, se adquiere *iure proprio* y no *iure successionis*. El cónyuge habitador tiene derecho a habitar personalmente el inmueble sólo o con su familia, nada dice la norma con relación a la extinción del derecho por contraer nuevas nupcias, como sí lo hace en el caso del conviviente supérstite (art. 526 CCyC) porque el reconocimiento del derecho no puede traer aparejada una limitación del derecho a casarse nuevamente, o a vivir en unión convivencial, pero entendemos que podrá ser planteado judicialmente el supuesto en caso de configurar un abuso que excede el espíritu asistencial de la norma, más teniendo en cuenta el aspecto conflictivo de su carácter vitalicio cuando no existe relación de cordialidad con los herederos. El derecho real de habitación se extingue por muerte del cónyuge habitador, por el no uso durante el plazo de 10 años, por consolidación, por renuncia y por conformidad con la venta o partición del inmueble. En su caso el cónyuge podrá consentir la partición del bien y la adjudicación de la nuda propiedad a favor de los herederos. No existiendo plazo para que el viudo pueda invocar su derecho, ya desde el primer escrito el cónyuge puede solicitar el reconocimiento judicial de su derecho nacido por ley, sin embargo el juez no podrá pronunciarse hasta tanto se denuncien los bienes a los efectos de calificar los presupuestos legales de procedencia. En el caso de que la nuda propiedad corresponda a los herederos, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite constituirá una nueva indivisión forzosa vitalicia, en caso de bien propio del causante. En los acuerdos partitivos, los herederos podrán adjudicar la nuda propiedad al cónyuge a los efectos de consolidar el dominio en cabeza de éste evitando la indivisión referenciada.

d. Reconocimiento notarial del derecho real de habitación del cónyuge supérstite

Como venimos exponiendo la causa del nacimiento del derecho real es legal, por lo cual configura un excepción al sistema de adquisición de los derechos reales (título suficiente y modo suficiente), de todos modos su efectiva exteriorización depende de la manifestación que realice el cónyuge en el expediente sucesorio, solicitando su reconocimiento con efecto retroactivo al fallecimiento del causante, momento en el cual su derecho será oponible a los herederos y/o legatarios. Luego a partir de su inscripción registral será oponible a los terceros interesados y a todas aquellas personas a cuyo favor se impongan cargas

en la sucesión. El cónyuge podrá realizar todo tipo de actos materiales para efectivizar su derecho sobre el inmueble, el cual es vitalicio y gratuito. Quien tiene un derecho de habitación, es realmente usuario de todo o en parte de la casa sobre la cual ese derecho se ha constituido, según que el cónyuge la ocupe en todo o en una parte material. El habitador tiene derecho a usar y gozar de los muebles indispensables de la casa porque son los objetos accesorios del inmueble, para cuya comodidad han sido establecidos y porque el derecho de habitación no es un simple alojamiento personal sino un derecho real de uso y goce de todos los accesorios del fundo. MOISSET DE ESPANÉS reconoció el carácter tuitivo de esta figura y entendió que el objeto del derecho real es el "hogar conyugal" por lo cual la protección debería incluir asimismo a los muebles que forman el ajuar de la casa o lo que denomina "inmuebles por accesión moral"⁵⁸. En materia de uniones convivenciales, cabe destacar que se le reconoce el derecho real al conviviente supérstite pero se lo limita al plazo de dos años y se exige para su reconocimiento que éste no tenga los medios suficientes para su subsistencia, circunstancia que justifica únicamente el reconocimiento del derecho real de habitación durante el plazo mencionado. En ambos casos se sugiere la forma notarial para el reconocimiento de este derecho real a favor del cónyuge o conviviente supérstite, con la adecuada descripción e identificación del objeto sobre el cual recae, facilitando así su publicidad, a través del acceso al registro de un documento autosuficiente que puede cristalizar sólo este derecho real o bien formalizar simultáneamente por ejemplo una partición hereditaria. Para los acreedores del causante este derecho real les es inoponible, pero para los acreedores del cónyuge el derecho real de habitación queda fuera de su esfera de agresión, ya que el mismo nace desde el fallecimiento del causante, inembargable, e inejecutable, por lo cual aunque la inscripción registral sea posterior al embargo, el acreedor embargante sólo podrá ejecutar la nuda propiedad si es que ésta se le ha adjudicado al cónyuge en la partición, siendo el derecho real de habitación inatacable. En materia de cesión de herencia, la cesión de gananciales obtuvo su cristalización legal en el art. 2308. Este contrato tiene como objeto el conjunto de bienes indivisos gananciales producto de la indivisión postcomunitaria generada por la muerte de uno de los cónyuges. El contrato de cesión de derechos gananciales debe celebrarse por escritura pública y presentarse en el expediente sucesorio a los efectos de su publicidad suficiente, conforme arts. 1618 inc. a y 2302 inc. b. El reconocimiento del contrato de cesión de gananciales como una especie del contrato de cesión de herencia deja sin sustento la discusión acerca de la necesidad o no de la inclusión expresa de los gananciales en los contratos de cesión de herencia, por lo cual ya no caben dudas que la cesión de herencia sin expresión de los derechos gananciales, no los incluye, y que el contrato de

cesión de gananciales sobre la universalidad es un contrato con eficacia traslativa. En la etapa que se inicia con el fallecimiento del causante hasta la partición, el cónyuge supérstite puede disponer de su alícuota en la parte de los gananciales a que tiene derecho a través de la cesión de gananciales, y sólo a través de ella, sea a título oneroso o gratuito. Teniendo en cuenta la adquisición legal del derecho real de habitación del cónyuge supérstite se recomienda una manifestación expresa en la escritura de cesión de gananciales con relación a este derecho o bien su renuncia.

2.- PARTICIÓN HEREDITARIA Y PARTICIÓN DE LA COMUNIDAD

La partición es un acto jurídico⁵⁹, que tiene como fin la adjudicación a cada uno de los herederos los bienes que integran el acervo sucesorio, poniéndole fin a la comunidad hereditaria mediante la distribución entre los coherederos de las titularidades activas contenidas en la herencia⁶⁰. La comunidad hereditaria es un comunidad universal, una sola comunidad que recae sobre la masa hereditaria y no sobre los bienes concretos que la componen, los sujetos de la comunidad son cotitulares del todo considerado unitariamente. La partición pone fin a la comunidad y puede dar lugar a la división efectiva de los bienes mediante la adjudicación a cada uno de los comuneros en titularidad exclusiva o en condominio, con lo cual el derecho en abstracto que tenían los comuneros se transforma en derecho concreto sobre los bienes. La partición puede ser pedida en todo tiempo salvo los casos de indivisión forzosa temporal. La partición es meramente declarativa, ya que no hay en la adjudicación la creación de un nuevo derecho, el derecho del heredero existía desde el momento mismo del fallecimiento del causante sólo que se encontraba en una situación de universalidad que no le permitía disponer de bienes singulares. La partición fija definitivamente el contenido patrimonial singular de la adquisición hereditaria⁶¹. Es ese acto por el que la cuota aritmética y abstracta que cada uno de los herederos tiene sobre la comunidad se traduce materialmente en bienes determinados, sobre los cuales adquirirán derechos exclusivos⁶². Cuando el causante sea de estado civil casado bajo el régimen de comunidad o bien hubiera fallecido pendiente la indivisión postcomunitaria, el acervo hereditario estará compuesto por bienes propios y gananciales. Sin perjuicio de que en el derecho sucesorio no se debe atender a la naturaleza de los bienes, ésta determinará forzosamente qué bienes integrarán la masa hereditaria y cuáles quedarán fuera de ésta en virtud de la atribución que se haga al cónyuge como comunero. De esta forma el cónyuge reviste la doble calidad, ya que se conjugan ambas indivisiones en el proceso sucesorio. El art. 500 del CCyC establece que la partición de la comunidad, que incluye las operaciones de

inventario y división de los bienes, se realizará en la forma prevista para la partición de las herencias remitiendo a la aplicación de los arts. 2363 y siguientes, por lo cual si todos los interesados están presente y son plenamente capaces, se aplica el convenio libremente acordado (art. 498), ya que la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. Existiendo unanimidad, la partición en cuanto a su contenido puede realizarse de cualquier modo, sea en especie o vendiendo los bienes y adjudicando su valor, o haciendo lotes adjudicando los bienes *in natura* a unos herederos y a los otros se los compensa con efectivo o con créditos contra los adjudicatarios⁶³. La partición puede ser total o parcial, se deberá detallar todos o parte de los bienes según el caso, que componen la masa ganancial, conforme el régimen de las presunciones legales. En caso de partición privada el inventario se reemplaza por la denuncia de los bienes. Asimismo se deberá establecer el pasivo ganancial, constituido por las deudas frente a terceros, por las cuales cada uno de los cónyuges responde con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos y las deudas entre cónyuges, que se canaliza a través del régimen de las recompensas. Luego de descontadas las deudas y las recompensas, el activo líquido se dividirá entre los herederos y el cónyuge supérstite, sin ser necesaria la igualdad de lotes, ya que se puede prescindir del principio de partición en especie y de la igualdad de los lotes. La partición es un negocio jurídico único que absorbe negocios incidentales o auxiliares que contiene, lo cual determina que los distintos aspectos secundarios del negocio único sean inseparables, puesto que son queridos por las partes en función del negocio único particionario⁶⁴.

En cuanto a la forma la partición puede clasificarse en privada, judicial o mixta. La partición privada es aquella que celebran los herederos o bien herederos y cónyuge supérstite, estando presentes y capaces, por unanimidad, por escritura pública. La unanimidad se exige tanto respecto de la forma como al contenido del acto particional. Se requiere que los herederos presentes y capaces, acuerden por unanimidad realizar la partición de herencia extrajudicialmente y además acuerden por unanimidad el contenido del acto, es decir el modo de efectuarla. La partición judicial es la forma necesaria para realizar este acto jurídico frente a la existencia de herederos ausentes, incapaces o con capacidad restringida, oposición de terceros o falta de acuerdo entre los copartícipes, es decir que es la que se impone frente a la existencia de ciertos sujetos que requieren un resguardo especial de sus derechos, o frente a la necesidad de superar las diferencias irreconciliables entre los herederos. La partición judicial incluye un conjunto de actos procesales que deben ser cumplidos, antes de la distribución final de los bienes, que consisten en el inventario de los bienes que integran el acervo hereditario, su avalúo y la partición mediante la adjudicación. Los terceros que se pueden oponer a la partición privada son principalmente, los acreedores de los herederos, los

que en caso de desacuerdo con la partición efectuada podrán impugnarla antes de su aprobación, ejerciendo la acción pauliana. La igualdad de los copartícipes en la partición judicial es uno de los principios fundamentales en este tipo de particiones, y aunque el código no lo recepta expresamente, el art. 2377 refiere a la necesidad de formar lotes de igual valor. El derecho real de habitación del cónyuge superviviente no configura una excepción al principio de igualdad de lotes en la partición judicial porque no integra la masa común partible, sin perjuicio de que su reconocimiento pueda generarse judicialmente en el ámbito de una partición. La igualdad es matemática cuando las cuotas hereditarias son iguales y proporcional cuando son desiguales, el importe de cada hijuela debe ser igual al de la cuota que el adjudicatario tiene en el acervo sucesorio. En la partición judicial intervienen elementos propios del derecho de fondo y normas de derecho procesal que son garantía de un proceso ordenado que culmina con la aprobación judicial como acto de jurisdicción propio del proceso.

La partición mixta es la que se formaliza por instrumento privado suscripto por las partes y que es presentado al juez del sucesorio o del divorcio a los fines de su homologación. Dicho procedimiento fue expresamente previsto en el inciso 2) del art. 1184 del Código de VÉLEZ, texto modificado por la Ley 17.711⁶⁵, y tiene una vasta aplicación judicial, y se ha constituido en una práctica muy común y aceptada. Antes de la sanción de la Ley 17.711, la jurisprudencia había resuelto que cuando el acto particional se formalizara por instrumento privado, la posterior presentación al juez de la sucesión para su homologación o aprobación cumple con la exigencia de forma. ZANNONI agrega que "(...) dicha aprobación es fundamental, pues la decisión judicial así motivada constituirá el título de propiedad del adjudicatario no bastando la sola presentación sin el auto homologatorio posterior (...)". El Código Civil y Comercial de la Nación, no reproduce expresamente este inciso, ya que el art. 1017 reduce los casos a cuatro incisos dentro de los cuales no se hace referencia a la partición formalizada por instrumento privado, presentado en el sucesorio para su homologación, y en consecuencia este silencio ha llevado a una gran parte de la doctrina, a entender que la única forma de la partición de la comunidad hereditaria y por lo tanto también la indivisión postcomunitaria, cuando se trata de bienes inmuebles es la escritura pública⁶⁶.

El primero de los incisos del art. 1017 se refiere a los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación, o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Para el sector de la doctrina que entiende que la partición es un negocio jurídico típico del derecho sucesorio y niegan su calidad contractual, este inciso no aplicaría para la exigencia de la escritura pública como forma esencial del acto. Dentro de la tesis que entiende que la partición de herencia reviste el carácter de contrato plurilateral entonces el objeto del mismo tendría que encuadrar en los casos enumerados en el inciso a) y entender que, sin perjuicio del efecto

declarativo de la partición, ésta configura el título⁶⁷ adquisitivo del derecho real por parte del heredero adjudicatario⁶⁸. Sin embargo la partición no es traslativa ni constitutiva de derechos, porque se limita a reconocer y determinar un derecho preexistente adquirido por sucesión en estado de universalidad. En virtud de esta concepción consagrada expresamente en el art. 2403, se juzga que cada heredero sucede sólo e inmediatamente al causante en los objetos hereditarios que le han correspondido en la partición, sin que haya tenido nunca ningún derecho sobre los que les corresponden a sus coherederos. En consecuencia no crea un derecho nuevo, sino que especifica qué bienes corresponden al heredero por su porción indivisa y lo hace con efecto declarativo, por lo cual la adquisición se produce en el momento del fallecimiento del causante⁶⁹. Asimismo la validez de los actos realizados por uno de los coherederos antes de la partición está subordinada al efecto de ésta, circunstancia que se refuerza con el reconocimiento de la eficacia condicionada que se otorga a la cesión de herencia sobre bien determinado en el art. 2309.

Para la partición rige el principio del art. 2369, por lo tanto si los herederos están presentes y son capaces la partición puede formalizarse por escritura pública o por instrumento privado presentado al juez de la sucesión, el que deberá ser homologado con el objetivo de cumplir con el control de legitimidad en función de los requerimientos legales⁷⁰. A diferencia de lo analizado para la partición judicial, en la privada no rigen los principios de igualdad y de partición en especie, por lo cual en ésta los copartícipes pueden convenir lícitamente la desigualdad de los lotes que les corresponderán a cada uno, existiendo acuerdo, expresa FORNIELES, todo es admisible, incluso la adjudicación de lotes desiguales sin compensación.

La partición privada podrá ser impugnada por vicios de la voluntad siendo aplicables las normas sobre nulidad de los actos jurídicos, y el plazo de prescripción de dos años del art. 2562 inc. a, sin embargo, cualquier acto dispositivo del adjudicatario implica una ratificación del acto partitivo, neutralizando la acción de nulidad.

NOTAS

- 1 "Esta sección 3 del Capítulo I sigue el modelo del Código Francés reformado en 1965 -que a su vez se basó en anteriores modificaciones de la legislación belga y holandesa- y propone un cuerpo de normas aplicables a los cónyuges, sea que permanezcan bajo el régimen legal o que hayan elegido uno convencional, no sólo constituye la base de todo régimen sino también lo esencial para los matrimonios que carecen de fortuna". Citado por Mariel MOLINA DE JUAN en "Tratado de Derecho de Familia". Según *Código Civil y Comercial de 2014*, Tomo I. Directoras Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, Rubinzal Culzoni Editores, pág. 602.
- 2 La denominación "régimen primario" tiene su origen en el derecho continental, en la reforma del Código Civil francés de 1965 y surge de la distinción entre normas "primarias", aquellas

inderogables que nacen como consecuencia del matrimonio y normas "secundarias" que derivan de la voluntad de las partes, según el régimen de bienes del matrimonio o de la aplicación supletoria de la ley y ha sido definido por Simón Santonja como "reglas de carácter imperativo aplicables a todos los regímenes sean legales o convencionales, y que tienen por objeto asegurar un mínimo de interdependencia y satisfacer las necesidades del hogar y la independencia, en especial de la mujer casada". Estas normas de carácter imperativo tienden a hacer operativos los pilares y valores básicos de la familia que deben ser protegidos y garantizados por el Estado: vivienda, solidaridad, protección de tráfico negocial, buena fe y protección de los menores e incapaces.

- 3 PISARELLO, Gerardo, Vivienda para todos, un derecho en (de) construcción, el derecho a una vivienda digna y adecuado como derecho exigible, Barcelona, Icaria 2003, pág. 76.
- 4 CNCiv. Sala C, 27/5/1986 "M.J.M c. M.D.M" JA 1986-IV-150.
- 5 Un inmueble ganancial puede ser embargado y subastado por los acreedores del cónyuge titular, por lo que la falta de cumplimiento de los recaudos previstos por el art. 1277 del Código Civil, para la constitución de la hipoteca, sólo provocaría la falta de privilegio del acreedor y no la inejecutabilidad de la deuda. CNCivil, Sala L, Marzo 24-995. El Dial-AEC8E.
- 6 MESSINEO, en *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. III, pág. 486.
- 7 SCJ Provincia de Buenos Aires, 17/03/1992 "Tolosa, Roberto y otra c. Peón, Juan s/Nulidad de Acto jurídico"; "La ausencia del consentimiento de uno de los cónyuges a la disposición de un bien ganancial, no determina la invalidez del acto, sino sólo la inoponibilidad de sus efectos al cónyuge cuyo consentimiento se ha preterido, ya que el déficit puede ser salvado por el juez, si no existe justa causa para la negativa".
- 8 BUERES, Alberto, *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Tomo 1, pág. 356.
- 9 "La restricción al poder de disposición de bienes que establece el art. 1277 primera parte del Código Civil tiene por finalidad evitar que la libre administración establecida en el art. 1276 del mismo ordenamiento se convierta en un instrumento de fraude en detrimento del otro, privándolo de la mitad que pudiera corresponderle al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal. (Cámara Civil y Comercial, Salta, Sala V, Agosto 23-996). LL 1998-B865. (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Martín, Sala II, Mayo 31-984) ED, 111-241.
- 10 Cámara Nacional Civil, Sala G, febrero 23-981, ED, 94-219.
- 11 Art. 457: "Requisitos del asentimiento: En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos."
- 12 Deberá consignarse no sólo la identificación de los bienes sino también los elementos constitutivos del acto jurídico, por ejemplo, en una compraventa la necesidad de establecer un precio mínimo de venta o en la constitución de un gravamen hipotecario, el monto máximo por el cual se podrá constituir el mismo.
- 13 Conclusión de la XXXVIII Jornada Notarial Bonaerense, Bahía Blanca, 2013: "La declaración del cónyuge o conviviente titular, en el sentido de que el bien transmitido no constituye su vivienda familiar, será manifestación suficiente para: a) dar por cumplido con los requisitos de ley y b) considerar el título inobservable desde el punto de vista de un futuro estudio de títulos". Ver el trabajo presentado en dicha Jornada: Tema I. Coordinador General: Lamber, Néstor Daniel. "El estatuto legal forzoso de la vivienda familiar y su cristalización a través del asentimiento conyugal", El asentimiento habitacional. Karina Vanesa Salierno, Laura Marisa Patricio, Patricia Edith Montes, Ana Antonietta Lavecchia.
- 14 RÉBORA, *Instituciones de la familia*, T. III. Pág. 83 y ss. N° 8.
- 15 LAFAILLE, "La teoría de la subrogación real", JA, 1942-IV-1 y ss.
- 16 El "principio de incolumnidad" tiene sus orígenes en el derecho francés y fue introducido en nuestro derecho por Carlos H. VIDAL TAQUINI como un fin de la ley.
- 17 El principio de accesión que nace de la teoría general del derecho, en particular en lo atinente a los derechos reales, determina que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

- 18 Art. 1993: Imposibilidad de uso y goce en común: Si no es posible el uso y goce en común por razones atinentes a la propia cosa o por la oposición de alguno de los condóminos, éstos reunidos en asamblea deben decidir sobre su administración.
- 19 Art. 1994: Asamblea: Todos los condóminos deben ser informados de la finalidad de la convocatoria y citados a la asamblea en forma fehaciente y con anticipación razonable. La resolución de la mayoría absoluta de los condóminos computada según el valor de las partes indivisas aunque corresponda a uno solo, obliga a todos. En caso de empate debe decidir la suerte.
- 20 Despacho que suscribieron Mazzinghi, Méndez Costa, Trujillo, Zannoni, Legón, Belluscio, Bendersky, Di Lella, Borda, Kemelmajer de Carlucci y Lloveras.
- 21 MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*, vol. I, pág. 265. N° 183.
- 22 CSJN, Fallos, 24:177; 30-585; 47:270.
- 23 SCBA, Fallos, 6 serie, IV-180; Revista de Legislación y Jurisprudencia, VII-115.
- 24 Conforme, autos "Pugliese Rosana s/Acción Declarativa (art. 322 Código Procesal)" sentencia del 22/12/2015, Juzgado Nacional Civil N° 63, Expediente 89310/2015.
- 25 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 824.
- 26 GUAGLIANONE, Aquiles H. *Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal*, Ediar, 1965.
- 27 CAPITANT, H. "De L'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux", en *Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence*, Paris, 1929, t. XLIX, pág. 75.
- 28 Art. 461: "Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos de conformidad con lo dispuesto en el art. 455" (los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos...).
- 29 Art. 462: Los actos de administración y disposición a título oneroso de cosas muebles no registrables, cuya tenencia ejerce individualmente uno de los cónyuges, celebrados por éste con terceros de buena fe, son válidos, excepto que se trate de los muebles indispensables del hogar o de los objetos destinados al uso personal del otro cónyuges o al ejercicio de su trabajo o profesión. En tales casos el otro cónyuge puede demandar la nulidad dentro del plazo de caducidad de seis meses de haber conocido el acto y no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.
- 30 Art. 467: Cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos. Por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda, pero sólo con sus bienes gananciales.
- 31 Propuesta que (...) "constituye una de las herramientas jurídicas más relevantes que la práctica judicial ha mostrado en materia de divorcio, por ser altamente significativa, para la resolución del conflicto, que sean los propios cónyuges o protagonistas de la ruptura matrimonial quienes arriban a un acuerdo sobre los diferentes efectos que se derivan de este cambio en sus vidas". HERRERA, Marisa y Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Convenio regulador en el divorcio. Respuestas a preguntas equivocadas". LL 17/03/2015, Columna de opinión. En contra, Solari, Néstor E, "Convenio regulador en el divorcio sin causa en el Código Civil y Comercial de la Nación", cit. LL, 28/10/2014, IV, donde, además de considerar que es inconstitucional, afirma que "dificulta y complejiza el procedimiento judicial del divorcio.
- 32 Art. 439: "El convenio regulador debe contener: las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges, el ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria, todo siempre que se den los presupuesto fácticos contemplados en esta sección, en consonancia con lo establecido en este título y en el título VII de este Libro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones en interés de los cónyuges.

- 33 "La atribución de la vivienda sobre un inmueble no ganancial no tiene naturaleza real (...) por eso, el derecho puede hacerse valer frente al esposo, pero no puede perjudicar el dominio de un tercero propietario de la vivienda que la familia ocupaba en precario, es que el título que viniera amparando la ocupación para fines de vivienda ajena durante la convivencia, no sufre modificación en virtud del convenio o de la decisión judicial, por eso, corresponde el desalojo de la cónyuge si el inmueble había sido cedido en comodato precario por la madre del marido". KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, págs. 298/299.
- 34 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo I, Rubinzal-Culzoni, pág. 515.
- 35 FERRER, Francisco A. M, *El Régimen Patrimonial del Matrimonio*, Rubinzal Culzoni, 1ra ed. 2017. Alterini, Jorge H, *Código Civil y Comercial comentado*, t. XI, págs. 866/867.
- 36 POTHIER, *Oeuvres*, T. VII, pág. 317 y siguientes, citado por Zannoni, Eduardo, *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomo I, 3ra edición, pág. 763.
- 37 DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "La restitución del valor de los bienes propios del marido cuando no subsisten en especie al liquidarse la sociedad conyugal", JA 75-999. Bidau, José F. "El derecho de ambos cónyuges a exigir el reintegro del valor no invertido de sus bienes propios" en Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, pág. 445, 1944; Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho de Familia*, TI, pág. 358. Belluscio, Augusto, *Manual de Derecho de Familia*, T II, pág. 162 y su voto en CNCiv. Sala C, febrero 111977, LL1977-D; Zannoni, Eduardo, *Derecho de Familia*, Tomo I, pág. 693; Fassi, Santiago y Bossert, Gustavo, *Sociedad Conyugal*, T 2, pág. 268.
- 38 MAZZINGHI, Jorge A. "Derecho de familia", N° 345. CNCivil, sala D, 24/VII/1959, Rev. La Ley, t. 137, pág. 601.
- 39 BELLUSCIO, Augusto C. *Manual de Derecho de Familia*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pág. 551.
- 40 CNCiv. Sala K, "T.F.M.c G.M.G.s/Liquidación de sociedad conyugal". Ordinario, del 20/10/2014. AR/JUR/80568/2014.
- 41 "Régimen de bienes del matrimonio", BA, Ed. LL, 2001, pág. 58.
- 42 VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de la sociedad conyugal*, 3ed. BA, Astrea, 1979, T I, N° 128.
- 43 CACC de Mar del Plata, BA, 12/11/2015. Medida Precautoria, Art. 722. En el caso, previo a la demanda de divorcio, la accionante petitionó el embargo sobre el 50% de la indemnización por despido que percibió el demandado, con la finalidad de resguardar la integridad del patrimonio ganancial y garantizar los derechos que pudieran corresponderle al momento de la liquidación. Fundó su derecho en el art. 233 del CC que hoy tiene reflejo en el art. 722 CCyC que prevé medidas provisionales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad del matrimonio.
- 44 CNCiv. Sala A, 14/5/2001, ED 193-387, Sala E, 28/2/2000, LL 2000-D-173.
- 45 FASSI, Santiago C.; Bossert, Gustavo A. *Sociedad Conyugal*, Tomo I, pág. 354. Sambrizzi, Eduardo. *Régimen de bienes en el matrimonio*, T I, pág. 198 y nota 101, LL, BA, 2007.
- 46 CNCiv. Sala F, "BH C/DDE S/Liquidación de sociedad conyugal". Expte. 26765/2013.
- 47 Juzgado de Familia N° 1, Mendoza, "H.V.M. y G.A por divorcio C.G.A por inc. aumento cuota alimentaria". 9/10/2012.
- 48 Fundamentos del anteproyecto.
- 49 SCHIRO, María Victoria, "El derecho de daños en el derecho de familia", Krasnow, A. (Dir.) *Tratado de derecho de familia*, La Ley Bs. As. 2015, T. I, pág. 1082.
- 50 MOLINA, Mariel. "Compensación económica en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género". RDF 57-188.
- 51 Para LEPIN MOLINA es el único efecto patrimonial que nace con la terminación del matrimonio. Lepin Molina (Dir.) *Compensación económica. Doctrinas esenciales*, Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2013, pág. 170.

- 52 AZPIRI, Jorge O. *Régimen de bienes del matrimonio*, pág. 279. Mizrahi, Mauricio Luis, *Familia, matrimonio y divorcio*, pág. 435, Méndez Costa, M. Josefa, *Código Civil Comentado-Derecho de Familia Patrimonial*, pág. 358/359, SC de Mendoza, JA 1997-II-633; Lambois, Susana, "Una vez más sobre los convenios de liquidación de la sociedad conyugal previos a su disolución" en comentario al fallo de la Cámara de San Isidro, LL, BA, 2002-268.
- 53 VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de la sociedad conyugal*, Montevideo, 1959, pág. 223. Bossert, Gustavo A, "Convenio de liquidación entre cónyuges", LL, 149-968.
- 54 CNCiv. Sala C, del 6/8/1974 JA 27-216. Cam. Civ. y Com. Corrientes, Sala IV, autos "Valdez, Teodoro s/Sucesión" del 6/4/2011. LL on line AR/JUR 15759/2011.
- 55 XXIII Jornada Nacional de Derecho Civil, Tucumán 2011: "Liquidación de sociedad conyugal y fuero de atracción. *De lege data*: Por unanimidad: La liquidación de la sociedad conyugal disuelta en vida de los cónyuges que se encontrare pendiente a la muerte de uno de ellos, resulta atraída por el juicio sucesorio y deberá tramitar ante el juez que resulte competente conforme lo dispuesto en el art. 3284 del CC, aún cuando una sucesiva sociedad conyugal se hubiera disuelto por la muerte".
- 56 Cám. Civ. y Com. La Plata, Sala III, "Jandizio, Estanislao s/sucesión", 12/9/1995: "La sucesión comprende tanto los derechos que reconocen su fuente en la vocación sucesoria como los que se actualizan por la partición de gananciales. Ello, por la simple razón que ambos de liquidan en el expediente sucesorio".
- 57 FAZIO DE BELLO, Marta E. y Martínez, Nory Beatriz. "Protección de la Vivienda en el Proyecto del Código", en LL del 22-1-2013, pág. 1. "El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, regula la protección de la vivienda en el Libro Primero, Parte General, Título III, Capítulo III. Este capítulo se propone regular la vivienda como un derecho humano a diferencia de la ley actualmente vigente que sólo establece la protección de la vivienda familiar".
- 58 MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite. (Protección de bienes muebles)", pág. 9. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- 59 La noción de acto jurídico debe entenderse como causa fuente de relaciones jurídicas pero también como causa fin, ya que mediante la partición se quiere lograr un efecto jurídico determinado (...) ALTERINI, Atilio Aníbal. *Derecho Privado*, 3ra edición, Abeledo Perrot, BA, 1995, pág. 323. En el supuesto de la partición, la finalidad del negocio se encuentra en la efectiva adjudicación de los bienes a cada uno de los herederos poniéndole fin al estado de indivisión.
- 60 ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de las sucesiones*, 5ta edición, Ed. Astrea, pág. 332.
- 61 Ob. Cit. pág. 375.
- 62 MAFFIA, Jorge O. *Tratado de Sucesiones*, 2da ed, Abeledo Perrot, BA, 2010, Tomo I, pág. 509.
- 63 ALTERINI, Jorge, *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo XI, pág. 399.
- 64 MÉNDEZ COSTA, María Josefa. "Partición de gananciales: negocio jurídico único", LL, 1986-E, 155.
- 65 Antes de la Ley 17.711 la única forma autorizada por la ley era la escritura pública, si su objeto eran inmuebles o superara los mil pesos. Este se cristalizó en una acordada de las Cámaras Civiles de la Capital del 21/3/1921 declaró que carecían de validez las particiones formalizadas en escrito presentado por las partes, aunque fuera aprobada por el juez. En 1924 el fallo plenario "Bollini de Batilana, M v. Schoo Lastra, Oscar y Bonneu, Enrique" entendió que la partición efectuada por herederos mayores de edad aprobada judicialmente y debidamente inscripta, tiene el sello de auténtico de los instrumentos públicos y constituye un título perfecto e inatacable que hace innecesaria la escritura pública. La Suprema Corte de Buenos Aires, el 14/04/1956 en autos "Allan Normando s/Sucesión" estableció que la partición mixta para que sea eficaz y surta plenos efectos, requiere su aprobación por el juez, pero ello no significa que el convenio que la presupone carezca de fuerza obligatoria y sea susceptible de dejarse sin efecto unilateralmente por sus firmantes. La ley 17.711 reformó el inciso 2

- previando expresamente como excepción a la escritura pública el convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión.
- 66 PÉREZ LASALA, José Luis, *Tratado de sucesiones*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, tomo I, páginas 696 y 697. 2- Medina, Graciela, *Proceso sucesorio*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, cuarta edición ampliada y actualizada, 2017, tomo II, págs. 230 y 231. 3- Mariani de Vidal, Marina, y Abella, Adriana, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Zavallía, 2016, tomo I, págs. 223 y 224. 4- Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Propiedad horizontal*, Buenos Aires, El Derecho, 2016, págs. 59 y 60; ídem, *Práctica notarial de contratos usuales*. 1, Buenos Aires, Astrea, segunda edición, 2017, página 200. 5 Urbaneja, Marcelo Eduardo, "Metodologías subsanatorias de inexactitudes registrales", LIX Seminario "Laureano Arturo Moreira", de la Academia Nacional del Notariado, de junio de 2010, págs. 53 a 75, publicación de la misma Institución, y Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en número 908, abril-mayo-junio de 2012, págs. 141 a 173.
- 67 Título entendido como causa fuente, es decir negocio jurídico causal que tiene como fin inmediato producir la adquisición, modificación, o extinción de un derecho real.
- 68 Así lo explica claramente URBANEJA, Marcelo Eduardo en Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 10 Derecho Notarial: "Forma de la Partición Privada de la Comunidad Hereditaria" (...) No debe dudarse que la partición es un título adquisitivo del derecho real (en la mayor parte de estos casos, del dominio o de la propiedad horizontal), pues la naturaleza "declarativa y no traslativa" (art. 2403 del CCyC) sólo tiene impacto en el efecto retroactivo, pero no en la titularidad, que ahora es fundada en una nueva causa-fuente. Nótese que el ordenamiento imperante no significa que la partición deba hacerse por escritura pública en todos los casos en que no sea judicial, sino solamente cuando exista un inmueble en la masa partible. De lo contrario, podrá hacerse por instrumento privado, sin necesidad de ser presentado al juez de la sucesión, pues ninguna norma nacional lo impone, en consonancia con la tesis de Zannoni ya aludida. Claro está que sobre esta lectura avanzan las normas procesales locales, que suelen exigir la "homologación".
- 69 ZANNONI, Eduardo A, *Derecho de las sucesiones*, Tomo I, 5ta Ed., Astrea, Buenos Aires, pág. 705. Malaurie, P.; Brenner, C., *Les successions, les liberalites*, 6 ed. LGDJ, Paris, 2014. Nro. 982. Planiol-Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, T IV, nro. 639. Fornieles, S. *Tratado de las Sucesiones*, T I, 4ta ed. TEA, BA, 1958, T I, nro. 296.
- 70 Así se votó por minoría de 8 votos contra 9 en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en La Plata en septiembre de 2017, Comisión N° 10, Derecho Notarial: "(...) Además de los referidos supuestos previstos en el art. 2371 del CCyC, el ordenamiento en vigor permite otorgar la partición mediante escritura pública o instrumento privado presentado al juez para su homologación. No resulta de aplicación el inciso a) del art. 1017 del CCyC en virtud de tratarse de un acto declarativo rigiendo al respecto la libertad de formas y lo previsto en el art. 2369 del CCyC".

BIBLIOGRAFÍA

- ALEJANDREZ PEÑA, PEDRO, *Liquidación de bienes gananciales: Aspectos prácticos, procesales y sustantivos*. 4ta. Ed. Lex Nova. 2008.
- ALTERINI, JORGE H. *Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético*. 2da Edición actualizada y aumentada. LL, 2016.
- ARMELLA, CRISTINA, *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada*. Editorial Ad-Hoc. Año 1998 (Primera Edición).
- ARMELLA, CRISTINA; ESPER, MARIANO. *Summa Notarial Registral e Inmobiliaria*, 6 tomos. Ed. Abeledo Perrot.

- BARBERO, OMAR U. *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*. Ed. Astrea. 1977.
- BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR. *Manual de Derecho de Familia*, 9º ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- BIDAU, JOSÉ F. "El derecho de ambos cónyuges de exigir el reintegro del valor no invertido de sus bienes", pág. 445, núm. 3, Rev. del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1946.
- BORDA, GUILLERMO A. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Contratos. Familia*. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As., 1991.
- BUERES, ALBERTO J. *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*. Tomo 1 y 2. Ed. Hammurabi, 2014.
- BUERES, ALBERTO J.; CAUSSE, FEDERICO; PETTIS, CHRISTIAN. *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derechos Reales*. Ed. Hammurabi, 2015.
- CALÒ, EMANUELE. *La planificación patrimonial internacional del derecho de familia y sucesiones*. Ed. FEN.
- CLEMENTE MEORO, MARIO. *El Régimen Económico Matrimonial en el Derecho de Familia* (Coordinador Gema Díez-Picazo Giménez), Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2012.
- CLUSELLAS, EDUARDO GABRIEL (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado*. Ed. Astrea-FEN, B.A., 2015.
- CHICO ORTIZ y BONILLA ENCINA. *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*. Madrid.
- CUENCA CASAS, MATILDE. *La protección de los acreedores en el Régimen económico Matrimonial de Separación de Bienes*, Dykinson, 1999.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, MANUEL. "En torno a la llamada pensión compensatoria del Art. 97 del Código Civil" en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero* 123, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid. 1985.
- DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE. "La restitución de los bienes propios del marido, cuando no subsisten en especie al liquidarse la sociedad conyugal", J. A., t. 75. Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y Roveda, Eduardo G., *Manual de Derecho de Familia*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.
- DÍEZ PICAZO, LUIS y GULLON, ANTONIO. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV. Derecho de Familia. 11ma Ed. Ed. Tecnos, 2012.
- DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, LUIS. "La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de Familia", en *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1984, reproducido en *Ensayos jurídicos*, T.1, Ed. Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2011.
- ETCHEGARAY, NATALIO PEDRO. *Función Notarial 2*. Villaro, Felipe. *Derecho registral inmobiliario*. Ed. Astrea. 2010.
- FALBO, MIGUEL NORBERTO. Dictamen como presidente de la Comisión de Consultas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, RN N° 784, pág. 1043 y sig.
- FERRER, FRANCISCO A. M. *El régimen patrimonial del matrimonio*. Ed. Rubinzal Culzoni. 2017.
- FERRER, FRANCISCO A. M. *Comunidad Hereditaria e Indivisión posganancial*, Ed. 2016, Rubinzal Culzoni,
- FIGUEROA TORRES, MARTA. *Autonomía de la voluntad, Capitulaciones matrimoniales y pactos de previsión de ruptura en España, Estados Unidos y Puerto Rico*, Ed. Dykinson. Madrid. 2015.

- GROSMAN, CECILIA; MINYERSKY, NELLY. *Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal*. Ed. Rodolfo Depalma. 1976.
- GUAGLIANONE, AQUILES H. *Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal*, Bs.As, 1965.
- GURFINKEL DE WENDY, LILIAN N. (directora) *Summa de Derechos Reales*. Varios Tomos. 2012. Abeledo-Perrot.
- Jornadas Notariales Argentinas 1944-2008. Ed. FEN. Primera Edición, 2010.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA; HERRERA, MARISA; LLOVERAS, NORA. *Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014*, 2 Tomos, Rubinzal-Culzoni. Editores. Santa Fe, 2014.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA; MOLINA DE JUAN, MARIEL. *Alimentos*. 2 Tomos, Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2013.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA; HERRERA, MARISA (coord.) *La familia en el nuevo Derecho*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. "Capítulos matrimoniales y estipulaciones capitulares" en *Centenario de la Ley del Notariado*, Reus, Madrid, 1962.
- LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN. *Tratado de derecho civil - Parte General*, t. I, núm. 128.
- LLOVERAS, NORA y SALOMÓN, MARCELO. *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009.
- LLOVERAS, NORA, ORLANDI, OLGA y FARAONI, FABIÁN. *Derecho de Sucesiones*. Ed. Rubinzal Culzoni. 2016.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO. *Teoría de los contratos*. Tomo I. Parte General. Ed. Víctor P. de Zavalía. Bs. As. 1984.
- LLAMBIAS, JORGE J. y ALTERINI, ATILIO A. *Código Civil anotado*. Tomo III A.
- MAZEAUD, HENRI, LEÓN y JEAN, *Lecciones de derecho civil*. Parte IV, t. 1, N° 412.
- MAZZINGHI, JORGE A. *Derecho de familia*, N° 189 b) y 194. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As.
- MARTÍNEZ DE SEGOVIA, FRANCISCO. "Disposición de bienes inmuebles durante el estado de indivisión". Relación del Tema en Ateneo Notarial. Bs. As., 17/11/1969.
- NERI, ARGENTINO I. *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*. Vol. 2. Instrumentos. Vol. 3. Escrituras y Actas. Vol. 4. Protocolo. Títulos. Ed. Depalma.
- NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. "Los esquemas conceptuales del instrumento público". La Plata: Universidad Notarial Argentina, 1967.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER. *La Partición de Herencia*. Ed. Universitaria Ramón Areces. Madrid. 2009.
- OTERO, MARIANO C. *Autonomía de la voluntad en las Relaciones de Familia*. Ed. Estudio. 2017.
- PÉREZ LASALA, JOSÉ LUIS. *Tratado de Sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994*. Rubinzal Culzoni. 2014.
- PÉREZ LASALA, JOSÉ LUIS; MEDINA, GRACIELA. *Acciones Judiciales en el Derecho Sucesorio*. 2da. Edición Ampliada y Actualizada. Rubinzal Culzoni. 2013.
- RIPERT, GEORGES y BOULANGER, JEAN. "Tratado de derecho civil", sobre el tratado de Planiol, Ed. La Ley, t. IX, N° 889.
- RIVERA, JULIO CÉSAR, MEDINA, GRACIELA (directores). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Varios Tomos. La Ley 2014.

- SAMBRIZI, EDUARDO A. *Derecho de Familia. Matrimonio y Divorcio*. Tomo II. LL, 2017.
- TURNER, BRETT. *Attacking and deffending marital agreements*, 2da ed. Editorial ABA Publishing, Chicago IL, 2012.
- URBANEJA, MARCELO E. *Práctica Notarial de Contratos Usuales*, Ed. Astrea. 2014.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS. *Régimen Económico del Matrimonio*, Ed. Edersa, Madrid, 1982.
- ZANNONI, EDUARDO A. *Ineficacia y nulidad de los Actos Jurídicos*. Astrea. 1986.
- ZANNONI, EDUARDO A. *Derecho Civil, Derecho de Familia*, 5° ed. Act. Astrea, Buenos Aires, 2006.

PONENCIAS

1. El asentimiento conyugal podrá ser objeto de apoderamiento, con las limitaciones establecidas en el art. 459, es decir que en todos los casos de aplicación del asentimiento para la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar o de los muebles indispensables, los cónyuges no pueden otorgarse entre sí poder para dar este asentimiento, porque la norma prioriza un bien jurídico superior de tutela especial, y en consecuencia deberán apoderar a un tercero quien será el que de forma imparcial resuelva los requisitos de la negociación en cada caso concreto. Dicha limitación se establece y se justifica sólo en los casos en los que se aplica el art. 456.

2. El acto dispositivo otorgado sin asentimiento en los términos del art. 456 o 470 es válido hasta tanto el cónyuge demande su nulidad en los términos del art. 388.

3. En materia de disposición de bienes inmuebles, la declaración del cónyuge titular, en el sentido de que el bien transmitido no constituye la vivienda familiar, será manifestación suficiente para 1) Dar por cumplido con los requisitos de ley, 2) Considerar el título inobservable desde el punto de vista de un futuro estudio de títulos.

4. El plazo de caducidad de 6 meses establecido en el art. 456, deberá contarse desde la inscripción registral en el caso de disposición de derechos reales sobre inmuebles.

5. La falta de declaración del carácter propio del bien en el acto de adquisición puede subsanarse por instrumento notarial complementario, o por declaración judicial ante la oposición o negativa del cónyuge, así como también podrá subsanarse la omisión de asentimiento conyugal en un acto dispositivo que así lo requiera (art. 456 o 470), por escritura complementaria confirmatoria del acto originario inválido relativo. Los requisitos del art. 466 se aplican a las adquisiciones formalizadas con posterioridad al 1/8/2015, ya que las anteriores lo fueron bajo la letra del art. 1246 del CC habiendo integrado los cónyuges su voluntad

con las normas vigentes al momento de la celebración del acto, que no exigían la conformidad del cónyuge para la configuración del bien propio.

6. Conforme el art. 470 CCyC, los cónyuges pueden adquirir bienes en condominio, sobre los cuales ostentarán una titularidad conjunta de dominio que se registrará por las normas del derecho real del condominio sin alterar por ello la calificación que corresponde hacer de cada una de las alcuotas de uno y otro cónyuge, que podrán ser de la misma o distinta proporción propias y/o gananciales. A cada parte alcuota del condominio se le aplicarán las reglas propias del derecho real, pero sin posibilidad de aplicar las normas de administración de la cosa común de los arts. 1993 y 1994 ya que el art. 470 establece expresamente la administración y disposición conjunta de la cosa común, excepción que se justifica en el régimen de comunidad y en la necesidad de evitar conflictos entre los cónyuges.

7. Es materia de calificación notarial la legitimación del disponente de estado civil divorciado, en los casos que se vinculan con los arts. 456 y 443 CCyC, con los efectos establecidos por el art. 444, por lo tanto se deberá dejar constancia en el texto escriturario de la no configuración de los extremos establecidos por la norma, sin perjuicio de la inscripción registral establecida por el art. 444 para su oponibilidad.

8. Durante la etapa de indivisión, los cónyuges pueden celebrar por escritura pública, acuerdos de administración disposición y uso de los bienes indivisos y pueden codisponer los bienes indivisos.

9. Conforme lo establecido por el art. 482, a falta de acuerdo en la etapa de indivisión postcomunitaria, el cónyuge titular podrá disponer de los bienes gananciales de su titularidad con el asentimiento conyugal del otro.

10. Asimismo a falta de acuerdo, la vigencia de las reglas de administración y disposición contienen la limitación especial con relación al asentimiento conyugal, establecida en el segundo párrafo del art. 482, por lo cual o bien se prestará simultáneamente con el acto que exceda la administración ordinaria, o bien se otorgarán nuevos poderes o asentimientos especiales.

11. La prueba del derecho a recompensa incumbe a quien la invoca y puede ser hecha por cualquier medio probatorio, entre ellos destacamos el Acta Notarial de reconocimiento: a) Como forma válida y eficaz para preconstituir la prueba sobre: el origen de los fondos utilizados por los cónyuges en la adquisición de los bienes durante el matrimonio, la manifestación de reconocimiento de inversión de bienes propios o gananciales en determinado negocio, la utilización de dinero propio en mejoras un bien ganancial y viceversa, o un recibo de fondos propios invertidos en cancelación de deudas y b) como forma válida y eficaz complementaria de un acuerdo de liquidación de la comunidad tanto en vida de los cónyuges como en caso de fallecimiento de uno de ellos para reconocer el derecho crediticio a favor del cónyuge y/o de la comunidad.

12. La compensación económica se reconoce como un derecho creditorio, por lo cual es susceptible de negociación, se le aplican las normas de las obligaciones de dar, y asimismo los acuerdos podrán modalizarse con condiciones resolutorias o plazos, finalmente frente a la muerte del cónyuge deudor, el beneficiario podrá reclamarlo en la sucesión como un acreedor más del causante.

13. No hay obligación de denunciar los bienes en el proceso de divorcio como requisito previo a la partición privada por escritura pública, pueden haber sido denunciados en el convenio regulador como una propuesta que es susceptible de modificación por la escritura pública de partición posterior o pueden establecer en dicha propuesta que con relación a los bienes gananciales, su distribución será acordada privadamente.

14. Cuando la extinción de la comunidad de ganancias se produce por muerte, la indivisión postcomunitaria se confunde con la indivisión hereditaria, ambas deben ventilarse en el proceso sucesorio, pero la primera debe liquidarse previamente mediante la cancelación del pasivo, el reconocimiento de las recompensas, para luego ingresar el remanente en la comunidad hereditaria, de la que podrá formar parte o no el cónyuge superviviente dependiendo de la existencia o no de bienes propios o personales.

15. Para el ejercicio del derecho real de habitación del cónyuge superviviente, cuya adquisición tiene origen legal, no es necesaria su petición expresa en el expediente, pero sí requiere un reconocimiento a los efectos de su inscripción registral.

16. El derecho real de habitación del cónyuge superviviente, se adquiere por derecho propio y en forma originaria, es decir que el cónyuge superviviente no lo recibe por causa hereditaria, sino por causa legal, se le atribuye por su condición de tal, independientemente de su derecho sucesorio sobre los bienes propios o personales y su derecho al 50% como comunero sobre los bienes gananciales.

17. Se sugiere la forma notarial para el reconocimiento de este derecho real a favor del cónyuge, con la adecuada descripción e identificación del objeto sobre el cual recae, facilitando así su publicidad, a través del acceso al registro de un documento autosuficiente que puede cristalizar sólo este derecho real o bien formalizar simultáneamente por ejemplo una partición hereditaria.

18. Teniendo en cuenta la causa de adquisición legal del derecho real de habitación del cónyuge superviviente se recomienda una manifestación expresa en la escritura pública de cesión de ganancias con relación a este derecho o bien su renuncia.

19. Para la partición de la comunidad hereditaria rige el principio del art. 2369; por lo tanto si los herederos están presentes y son capaces la partición puede formalizarse por escritura pública o por instrumento privado presentado al juez de la sucesión, el que deberá ser homologado con el objetivo de cumplir con el control de legitimidad en función de los requerimientos legales.

NUEVO ESTATUS JURÍDICO EN LAS RELACIONES FAMILIARES

EFFECTOS PATRIMONIALES DE LAS
UNIONES CONVIVENCIALES

*María del Rosario Llorens Rocha
Adriana Rosana Minniti*

SUMARIO: -Ponencia. -Introducción. -Efectos patrimoniales durante la convivencia. -Efectos patrimoniales por el cese de la convivencia. -Conclusiones. -Bibliografía

* Accésit correspondiente al tema 2: "Régimen patrimonial matrimonial. Uniones convivenciales".

PONENCIA

1) CONCEPTO. El legislador legitimó la situación de hecho de los concubinos generando un nuevo estatus familiar con implicancias patrimoniales. La unión convivencial no modifica el estado civil, sino que lo complementa: se puede ser soltero, divorciado o viudo y, a la vez, tener una unión convivencial.

2) PACTO. Distingue la situación de los convivientes que han celebrado pacto de convivencia respecto de aquellos que no lo han hecho.

a) Concepto. Por medio del pacto, se permite a los convivientes armar su propio régimen patrimonial con cualquier característica que sea, estableciendo su contenido y sus efectos. Tienen una amplia discrecionalidad y autonomía de la voluntad.

b) Límite. Encuentra como límite un piso mínimo integrado por la compensación económica, enriquecimiento sin causa, uso de la vivienda familiar, derecho a la vivienda en caso de muerte y prestación alimentaria, la igualdad de los convivientes, el orden público y los derechos fundamentales de los integrantes de la unión.

c) Oponibilidad. Los pactos son oponibles entre las partes y los terceros durante la vida de los convivientes una vez registrados o para aquellos que los conocieron, pero inoponibles frente a los herederos, es decir, frente a los continuadores de la persona del conviviente.

3) CONTRIBUCIÓN. Los convivientes tienen el deber de contribución que abarca la asistencia recíproca y la contribución a los gastos del hogar, todo ello como una consecuencia natural del proyecto de vida en común.

4) RESPONSABILIDAD. Ninguno responde por las obligaciones del otro con la excepción de las obligaciones contraídas por uno de los convivientes o cónyuges para solventar las necesidades ordinarias del hogar, el sostenimiento y educación de los hijos, reflejándose el deber de contribución de la familia en la responsabilidad solidaria por las deudas asumidas por el otro.

Tanto en la contribución en los gastos del hogar como en la responsabilidad frente a terceros la cuestión radica en determinar qué obligaciones comprende debiendo ponderarse la finalidad del gasto, si el gasto es usual, su razonabilidad, en vinculación con el nivel de vida de la familia.

4) VIVIENDA. a. Asentimiento. Solo en el caso de las uniones registradas el asentimiento del conviviente para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y de los muebles indispensables de ésta y transportarlos fuera de la vivienda. Al referirse "los derechos sobre la vivienda" se requiere asentimiento para todos los derechos reales y personales como la venta, la permuta, la donación, los derechos reales de garantía, la locación, etcétera.

b. Ejecutabilidad. La vivienda tampoco puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

c. Alcance. Entendemos que la protección de la vivienda se extiende no sólo al inmueble de propiedad de uno o ambos convivientes sino que también a la vivienda alquilada o a casas rodantes o barcos (siempre que sean registrables).

d. Afectación al régimen de vivienda. Se recepta la posibilidad del conviviente del titular de ser beneficiario del régimen de vivienda del inmueble.

e. Atribución por cese. Cesada la convivencia en vida de los convivientes se atribuirá la vivienda conforme lo determinado en el pacto. A falta de éste, para determinar su atribución será menester tomar en cuenta la modalidad de funcionamiento familiar y la distribución de los roles durante la convivencia, con independencia de que se trate de un inmueble de titularidad de ambos convivientes o de uno solo. Se aplica igual criterio para el inmueble alquilado.

f. Fallecimiento. Es una innovación el derecho *ipso iure* del conviviente superviviente de atribución de la vivienda sede del hogar convivencial establecida en el inmueble de titularidad única del conviviente fallecido durante el plazo máximo de dos años cuando carezca de vivienda propia habitable u otros bienes que le permitan acceder a ella.

5) COMPENSACIÓN. El instituto de la compensación económica se funda en la solidaridad familiar. Consideramos que no se trata de una dación en pago, sino que tiene su propia naturaleza jurídica, derivada de derechos nacidos de las relaciones de familia.

a. Alcance. No debe reducirse solamente a aquellos casos en que un conviviente aportó en forma no económica sino que también a todos aquellos casos en que el aporte (económico o no económico) de uno benefició al otro cuando esto produzca un desequilibrio manifiesto.

b. Requisitos. Debe acreditarse el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y al cese de la convivencia, y también los medios de que dispuso cada uno durante esa convivencia, toda vez que lo que se valora es si ha existido una disminución en el patrimonio del conviviente que reclama la compensación, que provoque un desequilibrio económico, y que reconozca causa en la ruptura de la convivencia, con un plazo de caducidad de seis meses. El plazo de caducidad es de seis meses desde el cese de la convivencia.

c. Supuestos. En principio, procede en todos los casos de cese de la convivencia. En caso de muerte o ausencia con presunción de fallecimiento deberá entablarse la demanda contra los herederos del conviviente.

Matrimonio. Cuando el cese de la convivencia se produce por el matrimonio de los convivientes no se daría el requisito del empeoramiento de la situación económica para la procedencia de la compensación, porque no sólo se continúa con el proyecto de vida en común, sino que se lo reafirma con el matrimonio. Por eso propiciamos que en este caso aplicar la caducidad para el ejercicio de la acción, constituiría un caso de injusticia, toda vez que se impediría, de aplicarse

la ley como está redactada, el ejercicio de la acción transcurridos los seis meses. El término caducidad debe entenderse en el sentido amplio de extinción de la acción, no del derecho, y computarse como plazo de prescripción, que queda suspendido mientras subsista el matrimonio y así para determinar la procedencia de la compensación se tomará en cuenta el estado patrimonial de los devenidos cónyuges desde el inicio de la unión convivencial todos los años de vinculación: tanto los de la convivencia como los del matrimonio.

6) DISTRIBUCIÓN DE LOS BIENES. Para la distribución de los bienes por cese de la convivencia se establece que los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio de quien ingresaron lo que lleva a la necesidad de darle un marco legal aplicando figuras contractuales y del ámbito de la responsabilidad civil (simulación, enriquecimiento sin causa, sociedad de hecho, condominio, etc.). El CCyC recepitó la jurisprudencia durante el Código velezano.

a. Sociedad de hecho. La presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos durante el matrimonio no puede aplicarse por analogía a la unión convivencial pero probada la relación convivencial debe interpretarse la figura de la sociedad de hecho como una noción más amplia y genérica de la comunidad de derechos o intereses surgidos de esa convivencia morigerándose la dinámica de la carga de la prueba.

b. Enriquecimiento sin causa. También se puede llegar a una nivelación entre los patrimonios por medio de una acción de reintegro basada en el enriquecimiento sin causa el que, estrictamente no es sin causa, sino que es causado en la existencia de una unión convivencial. Por ello, la subsidiariedad de la acción debe ser relativa.

Es posible reclamar la compensación y, además, el enriquecimiento sin causa.

c. Simulación. La interposición de personas será utilizable por quien pretenda que los bienes adquiridos por uno de la pareja pertenecen a ambos o que en su totalidad no figuran en cabeza de quien es el verdadero propietario. Es una simulación por la existencia de una interposición real subjetiva porque quien aparece adquiriendo no sería su real dueño, ya sea total o parcial. Debe probarse que los bienes han sido adquiridos con fondos comunes o exclusivamente pertenecientes a uno de ellos.

Son incompatibles la invocación de la simulación por interposición de persona con la acción de enriquecimiento sin causa.

d. División de condominio. En cuanto a la figura de la división de condominio entendemos que si la pareja durante la convivencia inscribe algunos bienes en condominio, otros a nombre de uno y otro integrante, debe entenderse que hubo un acuerdo para así proceder.

e. Fallecimiento. Para que el conviviente tenga derechos *post mortem*, es fundamental el asesoramiento notarial en el otorgamiento de testamento por el total

de su patrimonio si no tuviera herederos forzosos, o bien de la parte disponible. El perjuicio es que queda librado a la voluntad del testador el recibir estos derechos, y que es generador de posibles conflictos con los legatarios.

7) ASESORAMIENTO. El rol fundamental del notario en el asesoramiento de las partes que ante la situación de hecho creada debe brindar a los requirentes las herramientas que le permitan tomar las decisiones correctas tanto al momento de adquisición de los bienes como cuando ha cesado la convivencia y deben realizar los bienes con un acuerdo de partes. Deberá asesorar respecto de la posibilidad de celebrar un pacto de convivencia que regule su vinculación patrimonial.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad la persona humana opta por diversos tipos de vinculaciones afectivas que generan efectos distintos en el ámbito de los derechos patrimoniales.

En algunos casos, las personas humanas se relacionan y ello no genera consecuencias jurídicas, tal es el caso del noviazgo o relación de pareja. Como lo dijo el Dr. Mario Eduardo Kohan en autos "Aponte Graciela del Valle s/ recurso de casación interpuesto por agente fiscal" causa 76.691 del 9 de junio de 2016, del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires: "considero que las relaciones humanas signadas por el afecto y el amor se estructuran en un sistema escalonado de categorías o fases por las que transitan dos seres humanos que se encuentran en esa situación, donde van aumentando las perspectivas de vida en común. Cuando dos personas se conocen y nace entre ellos el afecto de neto corte amoroso, comienza un primer estadio como lo es la 'pareja' o 'noviazgo', que luego puede avanzar a una 'unión convivencial' o bien traslucirse en un 'matrimonio'. Ahora bien, los dos últimos tienen reconocimiento en la ley (art. 509 citado y en el Libro Segundo, Título I respectivamente) mientras que el restante concepto debemos labrarlo, por lo menos, en lo que en materia penal compete. Sentadas así las bases de la discusión, reiterando que no estamos aquí frente ni a un matrimonio ni a una de las 'uniones convivenciales' consagradas en el art. 509 del Código Civil y Comercial de la Nación que las define como aquella 'unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo', el texto transcrito nos da algunas pautas a tener en cuenta a la hora de definir los alcances de la 'pareja' objeto de la tutela de la norma penal. Como punto de partida debe entenderse a la misma como una relación signada por el afecto entre dos personas, que puede o no presuponer convivencia o vida en común. Pero esa vinculación debe considerarse conteniendo las notas que distinguen a una pareja como lo es el vínculo sentimental que

es común a sus integrantes y que apunta a un proyecto común. Esto no quiere decir que esa proyección implique algún tipo de construcción de una familia o un hogar, más si el sostenimiento de la relación amorosa compartiendo momentos y circunstancias de la vida misma como integrantes de ese conjunto de personas. El término 'pareja' empleado sirve para distinguirlo de otras relaciones construidas desde el afecto (como pueden ser la amistad)".

Es claro que al legislador le ha interesado regular la relación patrimonial que se origina cuando el vínculo afectivo tiene permanencia en el tiempo, como lo es en el caso de la unión convivencial y del matrimonio, y lo ha hecho con distintos alcances en cada uno de los casos.

Quedan fuera de la regulación legal las relaciones patrimoniales entre dos personas humanas que tienen entre sí un vínculo afectivo que no cumple con los requisitos establecidos para considerar que es una unión convivencial.

Así nos encontramos con:

1. *Noviazgo*: las relaciones afectivas de noviazgo que no tienen efectos patrimoniales propios por lo que se rigen por la reglas del condominio o el enriquecimiento sin causa, de corresponder, o de la restitución de las donaciones. El código no reconoce esponsales de futuro (conf. art. 401 CCyC).

2. *Progenitores de doble vínculo*: progenitores con descendencia en común que nunca han convivido, con convivencia menor a dos años o con convivencia mayor a dos años pero sin aptitud nupcial:

La existencia de hijos en común no genera efectos patrimoniales *per se* con respecto a los progenitores de doble vínculo, si no se trata de una unión que reconoce el cumplimiento de los recaudos del artículo 509 del CCyC.

La existencia de hijos menores, incapaces o con capacidad restringida genera la posibilidad de accionar recíprocamente por alimentos de aquellos, como así mismo hace obligatorio establecer un régimen de comunicación del progenitor y plan de parentalidad.

En caso de fallecimiento de uno de los progenitores genera el derecho hereditario a favor de los hijos.

3. *Convivientes*: existen convivientes alcanzados por el régimen legal del art. 509 CCyC y siguientes que pueden ostentar su convivencia inscripta o no. Por otro lado existen convivientes no alcanzados por el régimen legal actual. Los primeros solo quedan sometidos al régimen protectorio legal si cumplen los requisitos estatuidos en el art. 510 del ordenamiento, esto es, deben ser personas humanas mayores de edad, que no tengan vínculo de parentesco (línea recta en todos los grados, colaterales en segundo grado, afinidad en línea recta), que no tengan impedimento de ligamen ni otra convivencia registrada en forma simultánea y su permanencia durante un período de no menos de dos años. A diferencia de lo que ocurre con el vínculo matrimonial, los convivientes tienen obligación de convivir, lo que no es obligatorio para los cónyuges.

Cumplidos dichos requisitos, la unión convivencial genera diversos efectos, distinguiéndose además que se trate de una convivencia inscripta o no, circunstancia que impacta en el régimen de la vivienda.

Por su parte es dable distinguir la celebración del pacto o acuerdo convivencial por medio del cual los convivientes pueden regular todos aquellos efectos no alcanzados por el régimen legal.

4. *Matrimonio*: actualmente la ley distingue con respecto a los efectos económicos del matrimonio el régimen de comunidad del régimen de separación de bienes, reconociendo ambos la aplicación de las normas comunes a los dos regímenes.

Puntualizaremos en este trabajo la nueva regulación en relación a los convivientes y sus efectos patrimoniales.

EFFECTOS PATRIMONIALES DURANTE LA CONVIVENCIA

A) EL PACTO DE CONVIVENCIA

El CCyC otorga a los convivientes, independientemente de que su unión esté o no inscripta, la posibilidad de realizar pactos de convivencia para regular los efectos patrimoniales o extrapatrimoniales en su vida en común y luego del cese de la convivencia, los que pueden ser modificados o rescindidos tantas veces como los convivientes lo consideren (arts. 513, 516 y conc. CCyC).

Supletoriamente, a falta de pacto, se aplican las disposiciones del código donde cada integrante ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad.

Para los pactos se establece un piso mínimo u orden público inderogable que les impide modificar el régimen legal de asistencia recíproca, la responsabilidad por deudas contraídas por uno de los convivientes para solventar los gastos del hogar o mantenimiento y educación de los hijos y la protección de la vivienda familiar (arts. 518, 519 a 522 CCyC). Tampoco pueden violentar la igualdad de los convivientes, ni ser contrarios al orden público ni afectar los derechos fundamentales de los integrantes de la unión (art. 515 CCyC).

El contenido del pacto puede ser de índole patrimonial o extrapatrimonial regulándose aspectos de la vida en común y de la ruptura. Por ejemplo, la contribución a los gastos del hogar -entre ellos, quién se hará cargo de los gastos de educación de los hijos, de las expensas de la vivienda familiar- la organización de la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común en caso de ruptura -ya sea sobre todos los bienes o sobre alguno determinado, el destino de la vivienda aún cuando sea de titularidad de uno sólo de los convivientes o se trate de un inmueble alquilado-.

Para su oponibilidad frente a terceros el pacto debe registrarse en el Registro de Uniones Convivenciales y en los distintos registros de bienes registrables (art. 517 CCyC). Los registros de estado civil y capacidad de las personas excediendo lo que dice la norma la han reglamentado en sentido de que sólo permiten inscribir pactos de convivencia si la unión como tal está inscripta, cuando el único efecto de la inscripción en sí misma es la prueba de la convivencia.

B) LOS DEBERES DE LOS CONVIVIENTES

Los convivientes tienen el deber de contribución que abarca la asistencia recíproca y la contribución a los gastos del hogar, todo ello como una consecuencia natural del proyecto de vida en común.

La asistencia mutua durante la convivencia (art. 519 CCyC) se compone de un deber material de prestarse alimentos hasta el cese de la convivencia, momento en el que cesa *ipso jure* y, como deber moral, por el respeto y el cuidado recíproco.

El legislador remite a las normas del matrimonio en cuanto a la contribución a los gastos del hogar equiparando así los derechos-deberes en los distintos tipos de familia en este punto (arts. 455 y 520 del CCyC) e involucra la conservación de la vivienda, el sostenimiento de los hijos en común, de los de uno de ellos si son incapaces o menores mientras convivan con el conviviente de su progenitor (familia ensamblada).

Dentro de las necesidades del hogar se comprende la adquisición, mantenimiento y conservación de la vivienda, los muebles indispensables en ella, la ropa necesaria y los gastos de alimentación atención de salud, alquiler, vacaciones, etcétera de los convivientes.

El sostenimiento y educación de los hijos involucra la obligación para solventar los gastos de manutención, salud, educación, vestimenta, vacaciones, esparcimiento, etcétera.

C) LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONVIVIENTES FRENTE A TERCEROS

El principio general es que cada conviviente es responsable por sus propias deudas con la excepción prescripta por el art. 521 del CCyC que remite al régimen del matrimonio, esto es, al art. 461 del citado cuerpo legal, estableciendo la responsabilidad solidaria por las obligaciones contraídas por uno de los convivientes o cónyuges para solventar las necesidades ordinarias del hogar, el sostenimiento y educación de los hijos de conformidad con lo dispuesto en el art. 455, con la salvedad de la protección de la inejecutabilidad de la vivienda familiar en el caso de las uniones convivenciales inscriptas. Fuera de ello, ninguno responde por las obligaciones del otro.

Es decir, se regula el aspecto externo de las deudas frente a terceros, remitiendo

al art. 455 que legisla el aspecto interno entre los cónyuges o convivientes. Se refleja el deber de contribución de la familia en la responsabilidad solidaria por las deudas asumidas por el otro.

Tanto en la contribución en los gastos del hogar como en la responsabilidad frente a terceros la cuestión radica en determinar qué obligaciones comprende debiendo ponderarse la finalidad del gasto, si el gasto es usual, su razonabilidad. Todo ello, a nuestro entender, en vinculación con el nivel de vida de la familia.

D) LA VIVIENDA FAMILIAR

Esta es la gran diferencia entre las uniones registradas y no registradas. En resguardo de la integridad de la vivienda, el Código iguala la protección que da a los matrimonios con la que otorga a las uniones registradas por cuanto ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar ni de los muebles indispensables de ésta ni transportarlos fuera de la vivienda. La vivienda tampoco puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro (arts. 456, 457 y 522 del CCyC).

Una interpretación armónica del articulado nos lleva a entender que la protección de la vivienda se extiende no sólo al inmueble de propiedad de uno o ambos convivientes (o cónyuges, en su caso) sino que también engloba a la vivienda alquilada o a casas rodantes o barcos (siempre que sean registrables). En efecto, en dicho sentido y como se verá más adelante, para la atribución de la vivienda en caso de ruptura de la convivencia o de divorcio el código no distingue si se trata de un inmueble de titularidad de ambos convivientes, de uno, si es bien propio o ganancial en caso de matrimonio o si es una vivienda alquilada.

Pero la norma no se refiere únicamente a los actos de disposición sobre la vivienda y los muebles indispensables. También incluye a "los derechos sobre la vivienda" abarcando así a todos los derechos reales y personales como la venta, la permuta, la donación, los derechos reales de garantía, la locación, etcétera.

Otra innovación legislativa en protección a las familias basadas en una unión convivencial es la posibilidad del conviviente del titular de ser beneficiario del régimen de vivienda del inmueble (art. 246 CC). Se recepta esta nueva realidad familiar conforme lo venían haciendo la jurisprudencia y los registros de la propiedad inmueble durante los últimos tiempos de la vigencia de la Ley 14.394 que hacían extensivo el instituto a los entonces concubinos con hijos en común¹.

1 SOLIGO SCHULER, Nicolás Agustín. "Bien de familia", Revista Notarial 979, pág. 231, nota a fallo Cám. Nac. de Apel. Civ., Sala M, autos "C.J. c/ Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal s/ Recurso directo a Cámara", 1 6/05/2014.

EFECTOS PATRIMONIALES POR EL CESE DE LA CONVIVENCIA

a) La atribución del uso de la vivienda familiar.

- Cese de la convivencia por ruptura en vida de los convivientes:

En primer lugar se tendrá en cuenta lo pactado por los convivientes, prevaleciendo la autonomía de la voluntad (art. 514 del CCyC) pudiendo acordar independientemente de quién sea el titular registral del bien o si es una vivienda arrendada a quién se le atribuirá, si la atribución será durante un plazo determinado o no, si se limita de manera temporal la disposición del inmueble, o si se restringe la posibilidad de su partición y liquidación en caso de condominio, etcétera.

A falta de acuerdo, y siendo un derecho propio de las relaciones familiares y de naturaleza asistencial, se establecen pautas meramente enunciativas para la atribución de la vivienda tras el cese de la unión: si se tienen hijos con capacidad restringida o menores, la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata, con un plazo máximo de dos años en este último caso (conf. art. 526 CCyC). Es decir, toma en cuenta la modalidad de funcionamiento familiar y la distribución de los roles durante la convivencia.

Judicialmente también puede establecerse, en concordancia con la facultad de pactarlo los convivientes, una renta compensatoria a favor de aquel al que no se le atribuye la vivienda, la no enajenación del inmueble, su no partición ni liquidación siendo aquí también aplicables las normas del condominio cuando la partición es nociva (conf. art. 2001 y conc. CCyC). En este sentido, la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil con anterioridad a la vigencia del CCyC acogió la demanda de división de condominio del inmueble donde vivían los convivientes difiriendo la ejecución de la sentencia hasta la mayoría de edad de la hija de ambos que habitaba el inmueble².

Todo ello con independencia de que se trate de un inmueble de titularidad de ambos convivientes o de uno solo.

En caso del inmueble alquilado la norma prevé la continuación en la locación hasta el vencimiento del contrato por el exconviviente no locatario manteniéndose él obligado al pago y las garantías originalmente constituidas.

- Cese de la convivencia por muerte de uno de los convivientes:

El art. 527 del CCyC otorga al conviviente supérstite el derecho *ipso iure* de atribución de la vivienda sede del hogar convivencial establecida en el inmueble de titularidad única del conviviente fallecido durante el plazo máximo de dos años cuando carezca de vivienda propia habitable u otros bienes que le permitan acceder a ella.

2 Cam. Nac. Apel. Civ., Sala M, 2015-05-08, "G.A.M. c. S., G.P. s/ división de condominio", comentado por Galli Fiant, María Magdalena, en Thomson Reuters AR/DOC/2649/2015.

Vencido el plazo, el inmueble puede ser partido por los herederos del causante. Es un derecho real de habitación de plazo determinado, inoponible a los acreedores del causante durante su vigencia.

Se extingue por nupcias del beneficiario, nueva unión convivencial o adquisición de una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ella.

Esto se diferencia sustancialmente de la protección que se otorga al matrimonio. Conforme lo estatuido en el art. 2383 del CCyC, el cónyuge supérstite tiene el derecho gratuito, vitalicio, intransmisible y de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar conyugal y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas.

b) La compensación económica.

En el art. 524 del CCyC se incorpora el instituto de la compensación económica fundado en la solidaridad familiar a favor del conviviente al cual el cese de la convivencia le signifique un empeoramiento de la situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura.

Se trata de un derecho-deber derivado de las relaciones de familia que tiene por finalidad restaurar el equilibrio entre dos situaciones patrimoniales. Es una obligación de origen legal, de contenido patrimonial basada en el principio de solidaridad familiar contenido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y que tiene como finalidad equilibrar las consecuencias económicas de la ruptura de la convivencia. Tiene su fundamento en la equidad y solidaridad familiar.

Es posible que la compensación consista en una renta por tiempo determinado o el reconocimiento de una prestación única, como ser la entrega de un bien que reconozca la transmisión dominial en la prestación nacida de la compensación, la constitución de un usufructo oneroso por plazo igual o menor al que duró la convivencia, la entrega de una suma de dinero, la constitución de un fideicomiso, entre otras.

Cuando por el objeto de la compensación se requiere la forma de escritura pública, se ha dicho que trata de una dación en pago³. Sin embargo, la dación en pago se produce cuando el acreedor acepta en pago una prestación diversa de la adeudada (art. 942 del CCyC). En el caso de la compensación la entrega de, v. gr. un bien inmueble, no es un pago diverso del debido, sino uno de los modos en que puede cumplirse la prestación debida. Por ende, consideramos que no se trata de una dación en pago, sino que tiene su propia naturaleza jurídica, derivada -como quedó dicho- de derechos nacidos de las relaciones de familia. En este sentido, si bien el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires no ha creado hasta el momento un código específico para regar su

3 CLUSELLAS, Eduardo Gabriel (coord.). *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, Tomo 2, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, pág. 628.

registración, se utiliza el código genérico 749-00 y no el correspondiente a dación en pago (código 110-00).

De su lectura y de lo que afirma la doctrina, pareciera que la compensación económica solo sería aplicable al caso en el que un conviviente aportó mayoritariamente tareas no remuneradas económicamente (tareas del hogar o en el actividad económica del otro por ejemplo) y que otros supuestos quedan subsumidos en el enriquecimiento sin causa estatuido en el art. 528 del CCyC.

Con anterioridad a la vigencia del CCyC la doctrina y la jurisprudencia entendían que las tareas de ama de casa en el hogar concubinario eran actividades que integran el contenido de las relaciones concubinarias cuya naturaleza es eminentemente personal, por lo que no correspondía considerarlas como aporte de carácter patrimonial del mismo modo que los gastos solventados por uno de los concubinos para alimento, vestuario, asistencia de enfermedades en función de la convivencia, resultaba una obligación natural y por ende, no restituible⁴. Así, con el instituto de la compensación económica se recepta el carácter económico de los aportes -dinerarios o no dinerarios- que realicen los convivientes, amparando el desequilibrio que la ruptura provoque.

Entendemos y propiciamos que, ante tanta disparidad y variedad de posibilidades en la composición del patrimonio y el desarrollo económico de las familias que viven bajo la forma de convivientes, el instituto de la compensación no debe reducirse solamente a aquellos casos en que un conviviente aportó en forma no económica (ama de casa que quedó al cuidado de sus hijos) sino que también encuadra otros supuestos. Es decir, genéricamente, a todos aquellos casos en que el aporte económico de uno benefició al otro cuando esto produzca un desequilibrio manifiesto en perjuicio de uno y en beneficio del otro. Por ejemplo, quien invierte económicamente sosteniendo el hogar mientras el otro se inserta laboralmente o profesionalmente o quien contribuye con fondos para la instalación comercial o profesional del otro o quien se expatría en beneficio de la carrera del otro dejando de lado la suya propia, etcétera.

Es decir, en otras palabras, además del requisito del desequilibrio, genéricamente para la procedencia de la compensación el perjudicado debe haber cumplido oportunamente con el deber de contribución, ya sea en su faz material (alimentos, gastos del hogar) o en su faz moral o extrapatrimonial (cuidado de los hijos menores, colaboración en la empresa del otro, etc.).

Lo que se debe acreditar es el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y al cese de la convivencia, y también los medios de que dispuso

4 BOSSERT, *Régimen Jurídico del Concubinato*, Ed. Astrea, 4° ed. 1° reimpresión; Bs. As. 1999, págs. 68/69. SCBA LP Ac 90052 S 19/09/2007 Carátula: B. .G. M. s/Incidente de disolución de sociedad en autos: "A., E. s/Sucesión". <http://juba.scba.gov.ar/>

cada uno durante esa convivencia, toda vez que lo que se valora es si ha existido una disminución en el patrimonio del conviviente que reclama la compensación, que provoque un desequilibrio económico, y que reconozca causa en la ruptura de la convivencia, sin importar cuál fuera el motivo de la ruptura, toda vez que el análisis es objetivo, es decir, se analizan los patrimonios, ya que no hay atribución de responsabilidad para los convivientes por la ruptura.

Esto lo sostenemos en tanto que el art. 524 del CCyC habla como requisito para que opere el instituto de la compensación la existencia de un empeoramiento de la situación económica; y el art. 525 del CCyC establece pautas de valoración a tener en cuenta por el juez, para determinar su procedencia y, en su caso, su monto respectivamente, con un detalle meramente enunciativo y no taxativo de las pautas a tomar en cuenta al momento de dictar la resolución.

Este instituto tiene un breve plazo de caducidad, solo de seis meses de haberse producido el cese de la convivencia en cualquiera de los supuestos estatuidos en el art. 523 (art. 525 del CCyC).

Es decir, procede en todos los casos de cese de la convivencia. Por ende, en caso de muerte o ausencia con presunción de fallecimiento deberá entablarse la demanda contra los herederos del conviviente. Incluso, el conviviente se encuentra facultado para ejercitar las acciones tendientes a la integración del acervo sucesorio, aún cuando se trate de herencia vacante, ejerciendo su derecho como acreedor de la compensación del art. 524 del CCyC.

Otra cuestión se suscita cuando el cese de la convivencia se produce por el matrimonio de los convivientes (art. 523 inc. c). Aquí podría no darse el requisito del empeoramiento de la situación económica para la procedencia de la compensación, porque no solo se continúa con el proyecto de vida en común, sino que se lo reafirma con el matrimonio, y tampoco habría cese de la convivencia en sentido literal, sino solo cese de la unión convivencial porque cambia el modo de vincularse.

La voluntad de los convivientes de contraer nupcias modificando el modo de vincularse lleva a concluir que se ha afianzado en ambos la decisión de formalizar el proyecto de vida en común, generando los efectos que el matrimonio trae para los cónyuges.

Si cesada la convivencia los convivientes devenidos cónyuges optaran por el régimen de separación de bienes, no habría en lo sustancial de la gestión patrimonial una diferencia con la unión convivencial previa.

No obstante, el desequilibrio económico podría sobrevenir con independencia del régimen patrimonial que elijan para el matrimonio.

Podría darse el caso en el que los convivientes se casaran luego de muchos años de convivencia durante los cuales, si el cese de la convivencia se produjera por otra causal (por ejemplo la voluntad unilateral de uno de ellos) hubiera sido

admisible la compensación. Tomemos por ejemplo el caso del ama de casa que quedó al cuidado de los hijos sin inserción en el mercado laboral sin modificación patrimonial y perdiendo oportunidad de incrementar su patrimonio con su trabajo, frente al conviviente que incrementó su patrimonio por dedicarse exclusivamente a su profesión.

A los seis meses del cese de la convivencia por la celebración del matrimonio, opera la caducidad del plazo para el ejercicio de la acción para reclamar la compensación. Si, conforme el art. 442 del CCyC para la procedencia y monto de la compensación se deberá tener en cuenta "... el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial". Si se hace una interpretación literal de la norma, no se podrían considerar todos los años de unión convivencial para la procedencia de la compensación, lo que a todas luces sería injusto. Implicaría en principio la extinción del derecho y de la acción, ya que a diferencia de la prescripción la caducidad opera con el simple paso del tiempo.

Esto podría llevar a situaciones injustas, porque el plazo de caducidad que tuvo en miras el legislador para el ejercicio de la acción de compensación dejaría en desventaja al conviviente que, en la convicción de la decisión de continuar el proyecto de vida en común, cambia el estatus familiar y al pasar el tiempo cesa el vínculo matrimonial produciéndose ese desequilibrio patrimonial, resultando que no podría reclamar la compensación por haber pasado los seis meses del matrimonio y tampoco podría reclamarlo como cónyuge, porque no habría desequilibrio causado durante el tiempo del matrimonio.

F. LAURENT, que se refería a la interrupción de la prescripción, pero con fundamentos que son igualmente aplicables a la caducidad, expresaba que "... si aquél en provecho del cual la prescripción corría, reconoce el derecho del propietario o del acreedor, ya no puede haber cuestión de prescripción. El reconocimiento o la confesión es, pues, el más eficaz de los modos de interrupción civil; la demanda judicial es tan solo la exteriorización de una pretensión que puede no ser fundada o no producir la interrupción si la demanda es rechazada; mientras que el reconocimiento pone término a toda contestación sobre la existencia del derecho reconocido, desde el momento mismo en que se efectuó"⁵.

5 "Principes de Droit Civil Français", num. 120, pág. 127, 1878. En análogo sentido, L. Guillouard, *Traité de la prescription*, T. I, núm. 245, pág. 221, 1900.

Esta solución encuentra apoyo en parte de la doctrina nacional⁶ y tiene su raíz en un prestigioso sector de la doctrina clásica, que cuando se trata de la caducidad excluye la aplicación de las causales de suspensión -por la índole personal de éstas-, pero sostiene en cambio que son aplicables las causas de interrupción⁷, solución esta que fue propiciada tanto en el Anteproyecto de BIBILONI, como en el Proyecto de la Comisión de 1936⁸.

COLMO⁹ sostenía que la caducidad "... no es más que una breve e intensa prescripción ya legal, ya convencional".

En este caso, el matrimonio implicaría el acto de reconocimiento mutuo de derechos, toda vez que con la celebración de las nupcias los cónyuges deciden consolidar su vínculo convivencial transformándolo en el vínculo matrimonial.

En tales condiciones, acordar al casamiento el señalado efecto interruptivo importa elegir, de entre dos soluciones posibles, aquella que privilegia el mantenimiento del derecho y de la acción y que, consecuentemente, se compadece con la interpretación restrictiva que corresponde asignar tanto a la prescripción como a la caducidad.

Encuentra apoyo esta postura en lo dispuesto por el art. 2436 del CCyC que regula el matrimonio "in extremis", toda vez que exceptúa la aplicación de la regla de la pérdida del derecho hereditario al cónyuge que contrajo nupcias con quien estaba enfermo al momento de la celebración del matrimonio, al caso del matrimonio entre convivientes. En el mismo sentido, toda vez que las pautas de valoración a tener en cuenta por el juez para ponderar la procedencia de la compensación (art. 442 CCyC) son meramente enunciativas se hace necesario ponderar el proyecto de vida en común en su conjunto, tanto en los años de convivencia como de matrimonio.

Una situación asimilable también se daría en el caso en el que uno de los convivientes, obrando con dolo, contrajera nupcias y planteara el divorcio unilateral en forma inmediata al cómputo del plazo de ejercicio de la acción por la compensación del art. 524 por cese de la unión convivencial.

En ese caso, el dolo del conviviente y el matrimonio como forma de cese de la convivencia para sustraerse a la obligación de compensar también son motivo

6 SPOTA, A. G. *Tratado de derecho civil*, Ed. Depalma, t. I, vol. 3 (10), núm. 2275, Buenos Aires, 1959, pág. 668; Galli, E. V., en Salvat-Galli, *Obligaciones en general*, 6ª ed., Ed. Tea, T. III, núm. 2312a. y nota 614 a), Buenos Aires, 1956.

7 AUBRY, C. y Rau, C. *Cours de Droit Civil Français*, T. VIII, pág. 771, París, 1878.

8 BIBILONI, J. A. *Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino*, T. VII, págs. 19 y 20, Bs. As., Ed. Valerio Abeledo, 1932; y *Reformas al Código Civil*, T. I, pág. 36, Bs. As., Ed. G. Kraft Ltda., 1936.

9 COLMO, Alfredo. *De las obligaciones en general*, 3a. edición corregida por R. Novillo Astrada, Bs. As., Abeledo Perrot, 1961, pág. 633, Nro. 918.

para que la ley no se aplique en forma literal, porque como bien discrepa la doctrina, en algunos casos la caducidad es posible de suspender o interrumpir si ello implica un acto de justicia.

c) La gran problemática de la distribución de los bienes.

En el ámbito patrimonial puede suceder que ambos convivientes adquieran partes indivisas de los bienes, que ambos aporten recursos para dicha adquisición pero que se registren todos esos bienes o la mayoría de ellos en cabeza de uno de los convivientes. En estos últimos supuestos nos topamos con el problema de justificación de fondos frente a la AFIP para la adquisición de los bienes cuando se colocan en cabeza de quien no aporta fondos.

La otra situación es aquella en la que, al tener uno solo de los convivientes recursos para la adquisición, todos los bienes estén inscriptos a su nombre, como sería el caso en el que uno de los convivientes se dedica solamente a las tareas del hogar o bien porque hay gran disparidad en sus ingresos.

Convivir sin reglas escritas es el motivo por el cual los convivientes no solo no se casan, sino que tampoco establecen pactos ni celebran acuerdos documentados sobre los bienes que gestionan en común y sobre la forma de esa gestión. Pero al cese de la convivencia se plantean los problemas. Ya sea por decisión de los convivientes, ya sea por el fallecimiento de uno de ellos, al no existir un acuerdo convivencial que regle sobre la división de los bienes, surgen situaciones que se han planteado judicialmente desde diferentes ángulos de abordaje.

La norma en vigencia (art. 528 del CCyC) establece que los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio de quien ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que pudieran corresponder.

Así, simulación, reivindicación, división de condominio, disolución de sociedad de hecho, disolución de sociedad regularmente constituida, reducción por inficiencia de donación, colación, son las más comunes, y la acción subsidiaria residual: el enriquecimiento sin causa.

Suele recurrirse a la invocación de la existencia de una sociedad de hecho, pero en realidad, para que exista sociedad de hecho, es necesario que se haya establecido como objeto de la vinculación entre las partes que la conforman un objetivo de lucro, es decir, transformar lo que se adquiere para lucrar con ello a través de su compraventa o por otro tipo de contratos.

El actual ordenamiento legal no difiere en cuanto al tratamiento de algunos de los supuestos por parte de la jurisprudencia anterior a la reforma, la que consideraba que el concubinato en sí mismo, hoy unión convivencial, no configuraba una sociedad de hecho. Por ello para poder reclamar por esta vía

es menester acreditar que además de la comunidad de vida (habitación, lecho y techo), fidelidad y posesión de estado de los concubinos, hubiera también un patrimonio común que tuviera las características de la sociedad de hecho y los elementos constitutivos de toda sociedad: comunidad de aportes, pérdidas y ganancias¹⁰.

Es decir, que la presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos durante el matrimonio no podía ni puede aplicarse por analogía a la unión convivencial. No hay presunción de participación en la adquisición de dichos bienes, si los mismos han sido inscriptos o se poseen por uno solo de sus integrantes; se reputarán como pertenecientes a este. Hace falta probar la participación en la adquisición para poder fundar este reclamo.

En la convivencia la situación es diferente. Las partes adquieren los bienes para usarlos y gozarlos, y para ello invierten además en su conservación. No se trata de transformar para lucrar. Se trata de poseer para usar y gozar. Por ello, recurrir a la figura de la sociedad de hecho para demandar la restitución de lo debido puede resultar insuficiente, toda vez que no existe legislación que regule la disolución y liquidación de una unión convivencial en la que no se celebró el pacto de convivencia.

Los fallos anteriores al Código de 2015 ya habían morigerado la exigencia de acreditar los requisitos típicos fundantes de la sociedad de hecho cuando se analizaba la comunidad existente entre concubinos en el sentido de que no se trataba "... de una figura típica de sociedad sino de la noción más amplia y genérica de la comunidad de derechos o intereses, que abarca a aquella y que redundaría en la idea de que se han unido aportes de uno y otro para la adquisición de bienes"¹¹.

La propia Corte Suprema de la Nación entendió que aún cuando no se había acreditado la sociedad de hecho, reconocida la relación concubinaria, esa relación originó intereses económicos comunes, cimentados en la confianza de un proyecto común de vida, no tratándose de una mera relación comercial sino de intereses económicos comunes surgidos de esa convivencia y, por tales motivos, morigeró la dinámica de la carga de la prueba¹².

El Dr. LLAMBÍAS afirmó: "Corriente y normal en este tipo de vinculaciones es que a las partes no las mueva un propósito encaminado a la obtención de utilidades o beneficios económicos para dividirlos entre sí, elemento esencial en

10 SCBA LP R c 108049 I 02/03/2011, Van Wytven, Elsa Elvira c /Candia, Bienvenido José s/ Disolución Sociedad de Hecho", www.scba.gov.ar, entre otros.

11 Cám. Nac. Apel. Civ., Sala M., 07/09/2007, "Gándara, María S. y otros v. González, Amanda", Thomson Reuters, cita on line: 35021880. Fallos reg. LL 105-80. Fallos: 321:1109. P. 328. XXXI. Recurso de hecho Pozner, Adriana Mirta c/ Del Castillo, Rodolfo y otros.

12 Fallos: 321:1109. P. 328. XXXI. Recurso de hecho. "Pozner, Adriana Mirta c/ Del Castillo, Rodolfo y otros".

la sociedad cualquiera sea su carácter. Por ello, y como aún faltando elementos constitutivos del contrato de sociedad puede la relación concubinaria crear una engañosa apariencia de comunidad de bienes, es necesario examinar los hechos con adecuada estrictez para no caer insensiblemente en la admisión inconcebible de una sociedad conyugal irregular referente a los bienes particulares actuales de los concubinos¹³.

Por ello, debe tratarse de no caer en espacio común, no es sociedad de hecho y por ende no hay posibilidad de reclamar o, *a contrario sensu*, si hay convivencia debe restituirse la mitad de lo adquirido durante la convivencia.

Algún fallo ha tenido por acreditado que existió un acuerdo entre los convivientes y por ende que se generó una comunidad de bienes similar a la del matrimonio, aplicando en forma analógica tales reglas para fundar su decisión. En el caso concreto el tribunal desestimó el reclamo de las mejoras introducidas por uno de los convivientes en el inmueble común, porque consideró que uno de ellos debió soportar la situación de la convivencia por el impedimento de ligamen del otro, para lo cual aplicó analógicamente al caso las reglas del matrimonio. Tal premisa era errónea, al igual que la decisión, ya que a la fecha de la sentencia existía la posibilidad de tramitar el divorcio por la causal objetiva de la separación de hecho sin voluntad de unirse por el plazo de tres años¹⁴.

Ya con la nueva legislación la poca jurisprudencia habida reitera los criterios expuestos en la jurisprudencia que aplicaba el Código velezano. El nuevo Código no contempla una presunción respecto a que los bienes adquiridos durante la convivencia son gananciales, como sí lo hace esta nueva legislación para los cónyuges en su art. 466 (salvo prueba en contrario) si se sigue el régimen de comunidad y no se opta por el de separación de bienes¹⁵.

Aún cuando no se probara la existencia de la sociedad de hecho, bien se podía llegar a una nivelación entre los patrimonios por medio de una acción de reintegro basada en el enriquecimiento sin causa¹⁶.

Es decir, el CCyC recepta en el art. 528 lo que la jurisprudencia y la doctrina anterior a 2015 entendían aplicable al concubinato.

13 Fallos reg. LL 105-80.

14 Cám. Civ. Com. Necochea, "M. E. F. c/M. B. R. s/ cumplimiento de contrato" y su acumulado "M. E. F. c/ M. B. R. s/ cobro ordinario sumas de dinero", 11/07/2013, cita: MJ-JU-M-80824-AR | MJJ80824 | MJJ80824.

15 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Sala I Neuquén, Neuquén, "B. M. vs. A. V. J. L. s. Disolución de sociedad", 27/07/2017, Rubinzal Online, número de causa 506516/2015, cita: RC J 5704/17.

16 Cám. Civ. Com. San Martín, Sala III, "Granelli, Antonio Luis c/ Berini, Rubén Hugo s/ cobro de pesos", Causa 67483, 17/07/2014, www.scba.gov.ar.

Consideramos que deberá hacerse una interpretación y aplicación armónica de los arts. 524 y 528 del CCyC para que, como VÉLEZ decía al comentar el art. 499 del Código Civil y citando a ORTOLÁN, “si una persona encuentra que tiene por una circunstancia cualquiera lo que pertenece a otra; si aparece enriquecido de un modo cualquiera en detrimento de otra, ya voluntaria, ya involuntariamente, el principio de la razón natural de que ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro, y de que hay obligación de restituir aquello con que se ha enriquecido, nos dice también que hay en esto un hecho causante de obligaciones”.

La novedad introducida por el CCyC respecto de la posibilidad de la celebración del pacto de convivencia importa una mejora respecto de la situación de los convivientes al momento del cese de la convivencia, que es cuando comienza la problemática de la liquidación y partición de los bienes adquiridos durante la convivencia. Vale aclarar en este punto que no nos referimos a una liquidación y partición de los bienes como si hubiera una masa ganancial similar a la del matrimonio bajo el régimen de comunidad, sino a los inconvenientes que aparecen en relación a los bienes que fueron adquiridos, usados, administrados, usufructuados en común durante la convivencia.

Tomando la nota de VÉLEZ citada más arriba, el enriquecimiento del conviviente no es sin causa, sino que es causado en la existencia de una unión convivencial en los términos del art. 510 del CCyC y en el perjuicio del otro conviviente respecto del cual el bien no estaba reconocido públicamente como integrante de su patrimonio.

Esta acción se ejerce por lo común en forma subsidiaria. Pero atendiendo la crítica de MOISSET DE ESPANÉS a este requisito, bien podría ser ejercida como una acción directa cuando no exista otra acción posible de plantear en el momento en que se deduce la acción, como opinan los doctrinarios que sostienen la subsidiariedad relativa como requisito de ejercicio de la acción de enriquecimiento. Ello porque la otra persona, la que debe ser demandada por la simulación, la que se demanda por disolución de la sociedad de hecho, aquella a quien se le reclama la reivindicación del bien, la división del condominio o el desalojo, no es un tercero, sino el otro conviviente, que por causa de la convivencia se enriqueció patrimonialmente en forma directamente proporcional al desmedro del patrimonio del otro.

¿Cuáles son los requisitos a cumplir para ejercer la acción por enriquecimiento sin causa? MOISSET DE ESPANÉS¹⁷ menciona los siguientes:

a) El enriquecimiento de una parte; ese sujeto será luego el deudor de la obligación que nace de esta fuente. b) El empobrecimiento de otro sujeto, que

17 Notas sobre el enriquecimiento sin causa por Moisset de Espanés, Luis, “Doctrina Judicial” (La Ley), 1979, N° 10, pág. 3.

será el acreedor de la obligación, y podrá demandar que se restablezcan los patrimonios al estado anterior, ejerciendo la acción que, con cierta impropiedad, suele denominarse de “restitución” o de “reembolso”. Los hermanos MAZEAUD subsumían estos dos primeros requisitos en uno solo: “empobrecimiento y enriquecimiento correlativos”, frase que los engloba de manera perfecta. c) La existencia de una vinculación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, que tienen que ser correlativos. d) Por último, el enriquecimiento debe carecer de justificación legítima. En este caso, la falta de justificación está causada en la unión convivencial sin cuya existencia el exconviviente enriquecido no hubiera podido acrecer su patrimonio.

El enriquecimiento, además de constituir un presupuesto de la acción, determina también su importe o medida. No se trata de indemnizar daños y perjuicios, sino solamente de “restituir” o “reembolsar” al empobrecido lo que se ha enriquecido el otro conviviente en su perjuicio.

Esta acción no tiene como finalidad obtener un resarcimiento, sino que se busca un fin de equidad.

No se trata de una acción de daños y perjuicios, sino de la restitución de lo acrecido sin derecho por el otro conviviente, que no es un tercero cualquiera.

No importa la voluntad del sujeto beneficiado, si es imputable, si su actuación fue negligente, dolosa, o culposa, lo que importa es la existencia de un incremento patrimonial que está causado en la convivencia que se ha extinguido y una disminución de idéntica entidad en el patrimonio del otro. La medida de la acción es el incremento patrimonial por causa de la convivencia que ha experimentado el otro conviviente; la procedencia de la acción está fundada en ello.

Entendemos que la subsidiariedad de la acción debe ser relativa, no sólo porque la distinción la formulan los doctrinarios y no la ley, sino porque en este caso en particular, cuando están en juego no solo cuestiones patrimoniales sino de índole personal afectiva, teniendo presente este nuevo estatus jurídico familiar, y atendiendo a las limitaciones que tal vínculo genera, por lo que, al igual que en las acciones entre cónyuges, debe primar el sentido de justicia. Aún cuando estuviera prescripta la acción de daños y perjuicios por haber transcurrido el plazo de prescripción desde el cese de la convivencia, debería admitirse la prescripción quinquenal cuando el enriquecimiento patrimonial incausado, de no corregirse la situación, generaría un acto de injusticia.

En este punto, cabe distinguir el plazo de prescripción quinquenal de la acción de enriquecimiento sin causa con el de caducidad de seis meses de haberse producido el cese de la convivencia. Si bien ambos institutos pueden coexistir comenzando el plazo de caducidad de la compensación y la prescripción de la acción de enriquecimiento sin causa en el momento del cese de la convivencia, hay que diferenciar el objeto de cada acción y los requisitos a cumplir para su admisión.

Es posible reclamar la compensación y, además, el enriquecimiento sin causa, por cuanto lo que se busca por un lado es el reequilibrio de los patrimonios basado en los principios de solidaridad familiar y equidad y, en el otro caso, es la recomposición del patrimonio por el empobrecimiento de uno en beneficio del otro. En la compensación su procedencia es independiente del beneficio del otro, sino que se busca un paliativo al perjuicio sufrido por quien la reclama por el cambio acaecido por el cese de la convivencia.

Por ello, vencido el plazo de caducidad de la compensación, sólo le quedará expedita la vía del enriquecimiento sin causa donde deberá probarse no solamente el empobrecimiento causado en la ruptura, sino el enriquecimiento del otro condómino fundado en la convivencia.

El enriquecimiento sin causa, sería aplicable, por ejemplo, al típico caso en que uno de los convivientes invierte fondos propios en realizar mejoras en el inmueble perteneciente exclusivamente al otro¹⁸.

Otro de los institutos que específicamente nombra el articulado es la interposición de personas. Sería el supuesto en que se pretenda que los bienes adquiridos por uno de la pareja pertenecen a ambos o que en su totalidad no figuran en cabeza de quien es el verdadero propietario. Es una simulación por la existencia de una interposición real subjetiva porque quien aparece adquiriendo no sería su real dueño, ya sea total o parcial. Debe probarse que los bienes han sido adquiridos con fondos comunes o exclusivamente pertenecientes a uno de ellos. Muchas veces la causa de la simulación es la sustracción de bienes de los acreedores, como las obligaciones alimentarias de hijos anteriores a la convivencia, o la sustracción a la ganancialidad cuando al momento de la adquisición el real adquirente se encontraba aún casado pero separado de hecho¹⁹. Asimismo, quien invoque la simulación deberá probar además del aporte y la causa (la que no podrá ser ilícita), la inexistencia de la donación al aportar en un bien que no figura a su nombre.

En este punto, hemos de destacar que son incompatibles la invocación de la simulación por interposición de persona con la acción de enriquecimiento sin causa.

También se ha utilizado la figura de la división del condominio para estos mismos supuestos, con el escollo de la legitimación procesal porque requiere ser interpuesta por quien aparece como titular registral del bien. Se ha dicho que “si la concubina se creía facultada a convertirse en condómina a pesar de no figurar

18 SCBA LP Ac 40991 S 27/06/1989 Juez San Martín (SD) Carátula: “Raña, Manuel c/Aguirre de Quinteros, Nérida Blanca y otros s/Cobro mejoras”, AyS 1989-II-526, Sumario Juba B14712.

19 Cám. Nac. Apel. Civ., Sala M., 07/09/2007, “Gándara, María S. y otros v. González, Amanda”, ya citado,

como cotitular registral, debió ejercer previamente la obligación de hacer correspondiente y requerir la escrituración de la porción que se autoadjudica²⁰.

En este sentido se ha entendido -criterio que compartimos- que si la pareja durante la convivencia inscribe algunos bienes en condominio, otros a nombre de uno y otro integrante, debe entenderse que hubo un acuerdo para así proceder. Ello no implica tener por adquiridos todos los bienes durante la vigencia de dicha unión en partes iguales sin más, ya que ello implicaría asimilar la unión convivencial al régimen patrimonial matrimonial de comunidad²¹.

Así se origina el problema de la acreditación del origen de los bienes. ¿Cómo acreditar la causa de adquisición del bien? Es lo que genera para el operador del derecho el desafío mayor.

La jurisprudencia ha sido profusa en este punto, y con opiniones diversas, aunque con un denominador común: la exigencia probatoria.

Justamente este es el pilar donde debe sostenerse el reclamo. Los notarios reciben la consulta en dos momentos de la historia de los convivientes: cuando comienza la gestión común de bienes y cuando ha cesado la convivencia y deben realizar los bienes con un acuerdo de partes. Los abogados reciben la consulta cuando hay un conflicto no resuelto y las partes deben someterlo a la decisión judicial. Los jueces reciben el conflicto no resuelto y deben darle solución.

Cuando hay pacto de convivencia, el propio convenio es la prueba.

La problemática probatoria se da para los otros supuestos en los cuales los convivientes deciden no formalizar el pacto. En muchos casos deciden no instrumentar pacto por creer que su inexistencia implica eludir los efectos de la convivencia. En otros, buscan eludir la responsabilidad derivada del estatus familiar, ya se trate de obligaciones alimentarias o de disipar bienes que se generan vigente la convivencia por la subrogación real de bienes que provenían de una sociedad conyugal previa no disuelta.

Es una cuestión probatoria acreditar en primer lugar la existencia de la unión convivencial, luego la extensión en el tiempo de esa unión, y en tercer término comprobar la existencia de bienes, su gestión y el aporte de cada uno de los convivientes para su adquisición, modificación y conservación.

En todos los casos, la existencia de una unión convivencial implica un acuerdo de voluntades, son personas que deciden compartir un proyecto de vida en común, y deciden convivir, con independencia de su instrumentación por escrito y de su registración.

20 Cám. Nac. Apel., Sala G, 15/12/00 JA, 2002-II-síntesis.

21 Cám. 1° Civ. Com. Minas Paz y Trib. San Rafael, 9/9/2015, "E., C. c. B., V. E. s/ separación de bienes", LLGran Cuyo 2016 (febrero), 2015, cita on line: AR/JUR/29558/2015.

Y como todo acuerdo de voluntades destinado a reglar un proyecto de vida en común, también es parte de la prueba la conducta desplegada por los convivientes después del inicio de la convivencia. Tanto el matrimonio como la unión convivencial modifican el estado de familia de los integrantes de la pareja. Sin embargo, a diferencia del matrimonio, la unión convivencial no modifica el estado civil, sino que lo complementa: se puede ser soltero, divorciado o viudo y, a la vez, tener una unión convivencial. Diferente y con mayor complejidad resulta la situación cuando se trata de una persona casada. La persona casada no puede constituir una unión convivencial si está separada de hecho sin voluntad de unirse. El impedimento de ligamen obsta a los efectos de la uniones convivencial. En este último caso, aunque cumplan todos los demás requisitos del art. 510 del CCyC, no pueden dirimir sus diferencias invocando el régimen de las uniones convivenciales. Esto es importante al momento de determinar el origen de los bienes y la prueba de su origen.

En estos casos el alcance de la ley es diferente al del matrimonio con régimen de separación de bienes, toda vez que la ley regula las consecuencias del divorcio, determinando qué es lo que le corresponde a cada cónyuge.

La idea de sustraerse a las obligaciones conlleva al cese de la convivencia a situaciones que generan conflictos que pueden derivar en procesos judiciales de difícil tramitación.

Porque no es suficiente pedir la compensación, sino que además es necesario que se promuevan juicios por simulación, por división de condominio, simulación por interposición de persona, entre otros para poder integrar la de bienes que se generaron durante la vigencia de la convivencia.

Hablamos de un conjunto de bienes, porque la ley no regula esta situación de hecho. No se trata de una masa de bienes en el sentido técnico, como es el caso de la sociedad conyugal o de un acervo sucesorio. Por eso no es posible pensar en un proceso de liquidación y partición de bienes similar al matrimonio.

En el ámbito del derecho comparado, se ha resuelto en sentido similar lo planteado.

Citamos al respecto lo decidido en el fallo del STS 3634/2011, en el cual se ha expedido el Tribunal al decidir una demanda en la que se peticiona como consecuencia de la ruptura de la convivencia la liquidación de la comunidad de bienes, confirmando respecto de la convivencia *more uxorio*, una de las denominaciones que recibe la unión convivencial, que “Entre el matrimonio y la pareja de hecho no existe una relación de analogía por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico del matrimonio”. A su vez, también torna más laxa la exigencia legal para el caso de los convivientes: “La interpretación de los presupuestos procesales no puede obstaculizar injustificadamente el derecho del ciudadano a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida. Debe valorarse la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la

finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado”.

En este caso los convivientes formaban una pareja estable desde inicios del año 2000. Esta situación se mantuvo durante más de tres años. No otorgaron ningún pacto para regular los aspectos económicos de su situación de hecho.

Habían acreditado que en una cuenta corriente en común se hacían ingresos esporádicos, sin ninguna periodicidad; que los convivientes no ingresaron nunca sus nóminas en estas cuentas hasta que el conviviente en diciembre de 2002, comenzó a depositar la pensión de desempleo y que los gastos comunes derivados de la convivencia fueron pagados por la conviviente. En este caso el elemento discordante lo configuraba el cobro de un premio de lotería que había ganado la conviviente junto con dos personas más, importe que había sido ingresado en una cuenta de titularidad exclusiva de la conviviente. Acreditaron además que ambos habían adquirido una vivienda por partes iguales antes del premio, para lo que contrataron una hipoteca.

Producido el cese de la convivencia, la conviviente abandonó la casa donde ambos residían, por lo que decidieron venderla, cancelando la hipoteca y repartiendo por partes iguales el dinero sobrante. El conviviente inició la demanda afirmando que existía una comunidad de bienes entre ellos, y pidió que: a) se declarara extinguida esta comunidad; b) se condenara a la conviviente a abonarle una parte de una cuenta corriente, que según el demandante, pertenecía a dicha comunidad; c) que se le abonara el 50% de las disposiciones efectuadas sobre el dinero que consideraba común correspondiente al premio de la lotería; d) se le abonara la mitad de lo dispuesto por la conviviente en otra cuenta que, al parecer del demandante, formaba también parte de la comunidad.

La sentencia del Juzgado de 1a. Instancia admitió en parte la demanda. Declaró: a) que era incontestable la existencia de una unión de hecho estable; b) que a pesar de ello, no existió ningún pacto relativo a la conclusión de una comunidad de bienes entre los convivientes, ni tampoco *facta concludentia* suficientes respecto a su existencia, de lo que deducía la sentencia que “no está acreditada la voluntad de hacer común todas las ganancias obtenidas y por tanto, el premio de autos”; c) pero consideraba que eran comunes “... las cuentas corrientes conjuntas de la pareja, pero no la totalidad de las ganancias obtenidas por cada uno. En base a ello, el tribunal estimó que el actor no tiene derecho alguno sobre la cuenta corriente en la que se ingresó el premio, en la que no figura como titular, pero sí en las otras dos. Al decidir la apelación deducida por ambas partes, resolvió que: a) “... el dinero del premio fue ingresado en una cuenta exclusiva de la demanda, por lo que debemos concluir diciendo que no puede aceptarse que decidiesen compartir todas las ganancias en régimen de comunidad, sino que gozaron de

una independencia económica, en función de los ingresos de que disponían, sin perjuicio de que decidieran comprar una vivienda por partes iguales y abrir unas cuentas corrientes en que algunos gastos comunes se pudieran cubrir”; b) “el mero hecho del mantenimiento de cuentas con titulares plurales no atribuye por sí el condominio sobre los saldos, pues ello viene precisado por las relaciones internas que medien entre quienes resultan titulares bancarios conjuntos y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos...”.

Dijo el Tribunal: “La analogía se pretende entre matrimonio y pareja de hecho, lo que ha sido objeto de discusiones en los diversos tribunales que se han ocupado de la cuestión. La más reciente decisión corresponde a la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 10 febrero 2011, en el asunto *Korosidou vs. Grecia*, resuelto por la sección primera del citado Tribunal. En esta sentencia se niega la asimilación pedida con el siguiente argumento: ‘las consecuencias jurídicas de un matrimonio de una pareja civil -en la cual dos personas deciden expresa y deliberadamente comprometerse- distingue esta relación de otras formas de vida en común. Más allá de la duración o del carácter solidario de la relación, el elemento determinante es la existencia de un compromiso público, que conlleva un conjunto de derechos y de obligaciones de orden contractual. De manera que no puede haber analogía entre una pareja casada y un partenariado civil, y por otro lado, una pareja heterosexual u homosexual, donde los miembros han decidido vivir juntos sin devenir esposos o partners civiles (Burden precitado §65)...’²².”

En esta Sala ha negado desde hace tiempo que entre el matrimonio y la pareja de hecho exista una relación de analogía. La STS 611/2005, de 12 septiembre, del pleno de esta Sala, dice claramente que la configuración de la unión de hecho “... aparece sintéticamente recogida en la sentencia de 17 de junio de 2003, cuando dice que las uniones ‘more uxorio’, cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial- han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos. La conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, entre ellos el de la extinción”.

Uno de los aspectos que no se admiten en la jurisprudencia es la existencia de un régimen económico matrimonial en las parejas no casadas, salvo que se haya pactado por los convivientes una comunidad de bienes u otro sistema.

22 STS, Civil sección 1 del 16 de junio del 2011 (ROJ: STS 3634/2011) Recurso: 10/2008 <https://jurisprudenciaderechofamilia.wordpress.com/2013/01/23/convivencia-more-uxorio-efecto-economicos-de-la-ruptura-liquidacion-regimen-patrimonial-no-existe-prueba-de-la-existencia-de-unacomunidad-de-bienes/>

La prueba de lo que las partes han decidido, no solo está dada en la instrumentación de los actos ejecutados por ambos mientras duró la convivencia, sino que también puede acreditarse por hechos determinantes o *facta concludentia*.

Por *facta concludentia* debe evidenciarse la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común.

De lo contrario se estaría creando por vía jurisprudencial una protección legal para los convivientes que el legislador no ha querido darle.

Convivir implica una relación que va más allá de lo meramente sentimental y patrimonial.

Ese conjunto de bienes puede ser asimilado a una sociedad de hecho. Y a partir de allí, con las exigencias probatorias morigeradas, pedir la distribución de bienes.

No hay cambio en lo sustancial con la reforma de la ley. Sigue tratándose de una cuestión de prueba. Se debe acreditar la efectiva existencia de aportes en dinero, bienes o trabajo personal de los concubinos por un lado, y el propósito de obtener una utilidad apreciable en dinero por el otro²³.

¿Qué es lo que se debe probar en lo sustancial? En primer lugar, la existencia de la convivencia y el momento del inicio de la unión. Son admisibles todos los medios de prueba.

En la práctica es usual el trámite de la información sumaria a los fines de la acreditación de la convivencia como sustento del derecho previsionales. La prueba que se produce en esos trámites es la idónea para la acreditación de la convivencia y su extensión temporal.

La diferencia radica fundamentalmente en que en este caso es el exconviviente o sus herederos quienes lo promueven como juicio contradictorio.

La otra parte del trámite se integra con los diferentes aspectos relacionados con los bienes. Esto es lo más difícil de probar.

En cualquier caso, la situación es compleja porque, para poder reclamar ya sea la compensación, la acción *in rem verso*, la división de condominio, la simulación por interposición de persona, etcétera, es necesario determinar la totalidad de los bienes de los convivientes diferenciada del patrimonio propio previo, concomitante o posterior a la convivencia.

También deben incluirse en el reclamo las consecuencias disvaliosas que hubiera debido soportar uno de los convivientes por demandas de terceros acreedores de uno de ellos, ya que si no hay pacto de convivencia, la ley establece el

23 Excma. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Córdoba, autos "R. A. C.C/O.S.C.-Disolución de sociedad de hecho (rehace expediente)", septiembre de 1999, www.justiciacordoba.gov.ar; Cam. Nac. Civ., Sala C. ED 66-569; LL 1975-C-201; ED 7-340; ED 12-1, Sala E.

régimen de responsabilidad de los convivientes frente a terceros por las deudas generadas por la convivencia, y no así por las deudas contraídas por cada uno de ellos.

Es posible que al finalizar la unión convivencial los convivientes celebren pactos en los que reconozcan derechos al otro, como forma de compensación, ello con independencia de la existencia previa de un pacto de unión convivencial.

Pero si no hay acuerdo, y el caso se somete a juicio, el Juez debe reconocer el derecho si se prueba el desequilibrio económico perjudicial a uno de los convivientes.

Hay un espectro muy amplio de figuras contractuales a las que se puede recurrir para evitar el desplazamiento patrimonial y los conflictos al cese de la convivencia.

CONCLUSIONES

En la actualidad la persona humana opta por diversos tipos de vinculaciones afectivas que generan efectos distintos en el ámbito de los derechos patrimoniales. El Código Civil y Comercial de la Nación legitimó la situación de hecho que tenían los concubinos, generando un nuevo estatus familiar con implicancias patrimoniales.

¿Qué opciones tienen los convivientes? Pueden optar por celebrar pacto de convivencia y de esa manera poner sus propias pautas decidiendo qué efectos quieren para ellos en tanto convivientes.

Pueden decidir no celebrar pacto alguno, y de esa manera se exponen a la problemática de un eventual conflicto legal al cese de la convivencia cualquiera fuera la causa que motive ese cese.

Para que los convivientes tengan derechos *post mortem*, pueden otorgar testamento del total de su patrimonio si no tuvieran herederos forzosos, o bien de la parte disponible, en su caso. El conviviente a favor del cual se otorga el testamento tiene el perjuicio de quedar librado a la voluntad del testador para recibir estos derechos, pues el testamento es revocable en todo tiempo, y además, es generador de posibles conflictos con los herederos legitimarios. Esto se encuentra en contraposición con el espíritu del legislador que tiene en miras la prevención de conflictos (art. 1010 segundo párrafo del CCyC).

Otra opción es registrar los bienes en cabeza de quien no aporta dinerariamente a la convivencia. Esto es una simulación, y sería inoponible a los acreedores del conviviente no titular. O bien, podría ser interpretado como una donación, con el consiguiente perjuicio para el conviviente donatario, en el caso de existir herederos legitimarios. Por otro lado, queda al arbitrio de la voluntad del conviviente titular de los bienes que los conserve y respete el acuerdo establecido, estando en este caso la situación a la inversa. El que no aparece como titular de los bienes

es quien depende de la voluntad del conviviente a nombre de quien se inscriben, con el consiguiente riesgo en caso de fallecer de tener que demandar a los herederos del otro para recuperar sus bienes.

De ello concluimos que si bien el CCyC dedica todo un Título a la regulación de las uniones convivenciales, en concreto, adopta un criterio casi abstencionista en su contenido, priorizando la autonomía de la voluntad de la persona humana que puede optar por el matrimonio o la convivencia. Se limita a una declaración de principios. De la regulación no resultan muchas consecuencias concretas y aplicables a la vida de las personas humanas, con las pocas excepciones descritas a lo largo de este trabajo. El régimen de la unión convivencial es en muchos aspectos similar al del matrimonio con régimen de separación de bienes, sin perjuicio de que el legislador dio mayor seguridad jurídica al vínculo y sus efectos y confiere más derechos a los que eligen el matrimonio. Esto no implica necesariamente un disvalor, sino una toma de postura del legislador que sigue teniendo como modelo familiar de base al matrimonio, facilitando la extinción del vínculo por divorcio con la sola decisión expresada por uno de los cónyuges, priorizando así la autonomía de la voluntad y libertad en la construcción y ruptura del vínculo matrimonial y en el ámbito patrimonial, con la posibilidad de ejercer la opción entre dos regímenes patrimoniales, permitiendo su cambio cuando las partes lo deseen con mínimos requisitos a cumplir.

La ley no da respuesta a la multiplicidad de problemáticas que se presentan en el ejercicio cotidiano de la profesión. Los vínculos que los seres humanos establecen exceden el escaso marco regulatorio y requieren al operador del derecho la respuesta concreta a las problemáticas de las personas humanas, que en sus relaciones afectivas generan derechos patrimoniales no regulados.

Es entendible la necesidad del legislador de utilizar la técnica legislativa que dicta la norma general para ser aplicada a los casos particulares, pero la aporía de subsumir el caso particular en la norma general causa en lo cotidiano la necesidad de recurrir a figuras análogas, y en la mayoría de los casos, llegar a soluciones injustas porque la ley no recepta ni regula lo que la realidad nos muestra como casuística mayoritaria.

Por ello es importante pensar en la educación de las personas humanas para las cuales la ley fue pensada, a fin de encausarlos en lo que el espíritu de la ley considera como bien jurídico tutelado beneficioso para la mayoría, para llegar a ese cambio como sociedad, o definir que es lo necesario a través del dictado de nuevas normas que contemplen la gran cantidad de situaciones afectivas vinculares que en lo cotidiano y en todo el ámbito de la Nación existen como célula básica de la sociedad.

El cambio del paradigma respecto de lo que actualmente se impone aceptar como modelo de familia que trasciende el género, el modo de relación, y necesita regulación y marco legal sobre todo para que se respete la voluntad de estas personas humanas de vincularse como voluntariamente deciden, y que necesitan de la protección de la ley, por tratarse de derechos humanos y de familia en los términos más modernos del concepto.

Existe un derecho a la vida familiar y la injerencia estatal tiene límites por lo cual el legislador debe buscar el equilibrio entre el respeto de la libertad individual, la autonomía de la voluntad y la protección de los derechos humanos de raigambre constitucional, lo que -a nuestro entender- no ha logrado en forma completa con la normativa vigente.

Un buen asesoramiento del notario influirá no solo en la vida de los convivientes, sino también en el diseño de su proyecto de vida, generando paz social, seguridad en el tráfico negocial de los bienes y una disminución de la conflictividad familiar.

BIBLIOGRAFIA

Códigos comentados

Código Civil y Comercial de la Nación: Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos, coordinado por CLUSELLAS, EDUARDO GABRIEL, Buenos Aires, Astrea - FEN, 2015, Tomo 2.

Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, dirigido por RIVERA, JULIO CÉSAR y MEDINA, GRACIELA, Buenos Aires, La Ley, 2014, Tomo II.

Doctrina

ARMELLA, CRISTINA N. "El régimen jurídico de la convivencia", publicado en LXXI Seminario de la Academia Nacional del Notariado (9 y 10 de junio de 2016).

BELLUSCIO, CLAUDIO A. *Uniones convivenciales según el nuevo Código Civil y Comercial*, Ed. García Alonso, Buenos Aires, 2015.

BOSCH MADARIAGA (H), ALEJANDRO F. "Breves acotaciones al derecho de habitación del cónyuge y conviviente supérstite", DFyP 2016 (diciembre) 07/12/2016, 179, cita on line AR/DOC/3377/2016.

CAO, CHRISTIAN A. "El derecho fundamental a la vivienda familiar en el Código Civil y Comercial. Cambios y continuidades en relación con el bien de familia", Abeledo Perrot, Derecho de Familia, N° 74, abril 2016, art. 244.

CASTRO, VERÓNICA. "Uniones convivenciales", por Thomson Reuters en 4 marzo, 2013, DFyP 2013 (enero-febrero), 01/01/2013, 33.

DE LA TORRE, NATALIA. "La unión convivencial en el nuevo Código Civil y Comercial: la regulación integral de otra forma de vivir en familia", sup. esp. Código Civil y Comercial de la Nación, Familia 2014 (diciembre), 04/12/2014, 88 cita on line: AR/DOC/4372/2014.

FARAONI, FABIÁN; SOLÁ, ANDREA P. y ASSANDRI, MÓNICA. "La vocación hereditaria del conviviente supérstite: la necesidad de su reconocimiento legal", MJ-DOC-7599AR MJD7599, www.microjuris.com.

GREPPI, MARÍ. "Concubinato-efectos", en www.derechosdefamiliaysucesiones.blogspot.com.ar.

GALLI FIANT, MARÍA MAGDALENA. "Condominio entre exconvivientes protección de la vivienda para los hijos", nota a fallo Cám. Nac. Apel. Civ. Sala M, 2015-05-08 G.A.M. c S., G.P. s/ división de condominio", RCC y C 2015, 17/08/2015, cita on line: AR/DOC/2649/2015.

- HERRERA, MARISA. "Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: más contexto que texto", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2014-3, Uniones Convivenciales, Rubinzal-Culzoni, pág. 11.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", LL, 8/10/2014.
- KIELMANOVICH, JORGE L. "¿Caducidad de oficio de la acción de compensación económica?", LL 03/05/2017, 1, cita on line: AR/DOC/875/2017.
- LAMBER, NÉSTOR DANIEL. "Régimen patrimonial del matrimonio y de la unión convivencial", Revista Notarial, 978-2014, p. 683.
- LLOVERAS, NORA. "Libertad con responsabilidad y solidaridad: la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial", 15/07/2015, www.infojus.gov.ar, Id. SAJ: DACF 150401.
- LLOVERAS, NORA; ORLANDI, OLGA y FARAONI, FABIÁN. *Uniones convivenciales*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015.
- LUJÁN, DANIEL. "Uniones convivenciales: aspectos patrimoniales y su comparación con el matrimonio". En: La Ley, Revista de Derecho de familia y de las personas, dic. 2015, cita online: AR/DOC/4012/2015.
- MAZZINGHI, JORGE A. M. "El nuevo status de la vivienda. Afectación, disposición, uso, atribución preferencial y después de la muerte", LL 01/03/2016, 1, cita on line: AR/DOC/481/2016.
- MEDINA, GRACIELA. "Uniones convivenciales", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2014-3, Uniones Convivenciales, Rubinzal-Culzoni, pág. 59.
- MORANO, ESTELA; EISE, LUCÍA S. y RATO, MARÍA CLARA. "La compensación económica: presupuestos de procedencia", en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo Perrot, 79, mayo 2017, pág. 119.
- PITRAU, OSVALDO. "Derecho alimentario y compensatorio en la unión convivencial", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2014-3, Uniones Convivenciales, Rubinzal-Culzoni, pág. 253.
- SAMBRIZZI, EDUARDO A. "Las denominadas uniones convivenciales en el Proyecto de Código", DJ12/12/2012, LL 26/12/2012, 1, LL 2013-A, 500, cita on line: AR/DOC/4619/2012.
- SILVA, CRISTINA. "Transmisión de los derechos por causa de muerte: la protección de la vivienda a favor del conviviente y el cónyuge supérstite prevista en el Código Civil y Comercial". LL may. 2016, cita online: AR/DOC/1115/2016.
- SOLARI, NÉSTOR. "Uniones convivenciales y derechos humanos", LL 28/08/2015, 1, LL 2015-D, 1195, cita on line: AR/DOC/2776/2015.
- SOLIGO SCHULER, NICOLÁS AGUSTÍN. "Bien de familia", en Revista Notarial 979, pág. 231; nota a fallo Cám. Nac. de Apel. Civ., Sala M, autos "C.J. c/ Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal s/ Recurso directo a Cámara", 16/05/2014.
- SOUZA VIEIRA, VIVIANA H. "Cómo redactar pactos convivenciales en el Código Civil y Comercial", Ediciones Jurídicas, Eduardo Lecca Editor, Buenos Aires, 2016.

Jurisprudencia

- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, causa 76.691, "Aponte, Gracielita del Valle s/ recurso de casación interpuesto por Agente Fiscal", 9/06/2016, www.scba.gov.ar JUBA-Base de jurisprudencia.
- Cámara Civil y Comercial del Departamento Judicial de Junín, Sala I, "B.A.C. y C.M.S. s/ divorcio (art. 214 inc. 2 CC)", en www.scba.gov.ar, JUBA-Base de jurisprudencia.
- Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael (C1aCivComMinasPazyTribSanRafael), 09/09/2015, "E., C. c. B., V. E. s/ separación de bienes". Sobre división de condominio. Uniones convivenciales. En: LLGran Cuyo2016 (febrero), 95.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, 23/09/2016, LL 05/12/2016, cita on line: AR/JUR/70912/2016.
- CNCIV – SALA E – 07/10/2016, Expte. N° 2865/2009 - "K., R. J. C. L., N. G. s/daños y perjuicios". Sobre uniones convivenciales. Art. 509 a 528. En: DSI dic-2016.
- CNCIV – SALA L – 31/08/2016, Expte. N° 27.888-2016 – "M. G. C. c/ R. O. F. y Otro s/ medidas precautorias", en: El Dial, cita online: elDial.com - AA9C31. Uniones convivenciales.
- SCBA LP B 64378 RSD-252-16 S 05/10/2016 Juez Pettigiani (SD) Carátula: S. .J. c/ P. d. B. A. (d. P. S. s/ Demanda contencioso administrativa).
- "G. C. A. c/ D. S. S. M. s/ materia de otro fuero", Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Pergamino, 21/11/2012, www.todoelderechoblog.wordpress.com.
- "C. Juan Carlos s/ F., Haydeé s/ disolución de sociedad de hecho", Cám. Civ. Com. San Isidro, Sala I, 04/07/2002, www.unav.edu.ar.
- Cám. Civ. Com. San Martín, Sala III, "Granelli, Antonio Luis c/ Berini, Rubén Hugo s/ cobro de pesos", Causa 67483, 17/07/2014, www.scba.gov.ar.
- SCBA LP Rc 108049 I 02/03/2011, "Van Wytven, Elsa Elvira c/Candia, Bienvenido José s/ Disolución Sociedad de Hecho", www.scba.gov.ar.
- Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de Rosario Sala/Juzgado: ó, "Linares Ana B. c/ Capiello Genaro s/ reivindicación"; "Capiello Genaro c/ Linares Ana Beatriz s/ simulación"; Capiello Genaro c/ Linares Ana Beatriz s/ accion ordinaria mere declarativa" y "Linares Ana B. c/ Capiello Genaro s/ disolución de sociedad de hecho", 13-abr-2013, Cita: MJ-STF-M-6633-AR | STF6633 | STF6633, Ed. Microjuris.com.
- SCBA, Ac 90052 S 19/09/2007 Carátula: B. .G. M. s/Incidente de disolución de sociedad en autos: "A., E. s/Sucesión", <http://juba.scba.gov.ar>.
- Cám. Civ. Com. Necochea, "M. E. F. c/M. B. R. s/ cumplimiento de contrato" y su acumulado "M. E. F. c/ M. B. R. s/ cobro ordinario sumas de dinero", 11/07/2013, cita: MJ-JU-M-80824-AR | MJJ80824 | MJJ80824.
- CSJN, Fallos: 321:1109. P. 328. XXXI. Recurso de hecho "Pozner, Adriana Mirta c/ Del Castillo, Rodolfo y otros".
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Sala I – Neuquén, Neuquén, "B. M. vs. A. V. J. L. s. Disolución de sociedad", 27/07/2017, Rubinzal Online Número de causa: 506516/2015 Cita: RC J 5704/17.

DESPACHO

Tema II: Régimen patrimonial matrimonial. Uniones convivenciales

Coordinadora: Mariela GATTI

Coordinadora adjunta: Sabina PODREZ YANIZ

Secretario: Patricio Gabriel GALIANO

Comisión redactora: FALBO Santiago; GALIANO Patricio Gabriel; GATTI Mariela; GIACOMASO Paula Cecilia; HEFLING Mariana; MARTÍNEZ DODDA Natalia; PIERRI Paola Julieta; PODREZ YANIZ Sabina; SALIERNO Karina Vanesa

Relatores: FALBO Santiago y MARTÍNEZ DODDA Natalia

DESPACHO

La reforma legislativa en materia de régimen patrimonial matrimonial y uniones convivenciales ha impactado sensiblemente en la actividad notarial con la creación de nuevos paradigmas en aspectos que resultaban incuestionables, y la generación de nuevas incumbencias, proponiendo interesantes desafíos a nuestra comunidad profesional y científica.

El tema desarrollado por la Comisión no escapa a estas consideraciones preliminares y genéricas ya que, producto de las transformaciones sociales simplemente mencionadas, nos encontramos ante el nuevo régimen patrimonial matrimonial establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación que determina un cambio sustancial de modelo en todo lo referente a las relaciones jurídicas entre los cónyuges, y entre estos y los terceros. Además le da un marco legal a las denominadas uniones convivenciales, receptando situaciones “de facto” que modifican esencialmente las concepciones normativas preestablecidas con histórica raigambre cultural.

I. RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL

Forma de las convenciones matrimoniales

1. La escritura pública es la forma impuesta por la ley para la celebración de las convenciones prematrimoniales y matrimoniales.

2. Si los contrayentes manifestaron su decisión de optar por el régimen de separación de bienes al casarse y así queda consignado en su acta de matrimonio:

- a) La falta de forma podría ser subsanada con el otorgamiento posterior de la convención por escritura pública. (Despacho en mayoría. 14 votos.)
- b) La falta de forma no puede ser subsanada con el otorgamiento posterior de la convención por escritura pública ya que la *solemnidad* impuesta es de naturaleza *absoluta*. (Despacho en minoría. 3 votos)

Calificación del carácter de los bienes

3. La adopción de la tesis de la calificación única de los bienes de los cónyuges implica la determinación de los criterios a tener en cuenta en los casos de concurrencia de diversas causas en la adquisición de un mismo bien.

a) En el caso de las adquisiciones sucesivas de diversas partes indivisas sobre un mismo bien, independientemente de las causas de las adquisiciones posteriores, la calificación que corresponda a la primera adquisición se extenderá a todo el bien (principio de incolumnidad de la masa).

b) En el caso del empleo de fondos concurrentes de distinto carácter para la adquisición de un mismo bien, se extenderá la calificación que corresponda según la naturaleza del aporte mayor a todo el bien (principio de mayor aporte).

En el supuesto de la igualdad de los aportes propios y gananciales empleados para la adquisición de un mismo bien:

1. El bien se presume ganancial por aplicación del artículo 466 del CCyC (Despacho de mayoría. 9 votos)
2. El bien debe calificarse como propio en virtud de lo establecido por el artículo 464 inciso c segundo párrafo, pues el saldo no será superior al aporte propio. (Despacho de minoría. 8 votos).

4. En el caso de inversión o reinversión de fondos propios el artículo 466 del CCyC exige la conformidad del cónyuge no adquirente para la oponibilidad a terceros del carácter propio del bien. En cambio, en el supuesto de adquisiciones por permuta con bienes propios, aquél carácter quedará reflejado por la causa de la adquisición, sin la necesidad de la conformidad del otro cónyuge (art. 464 inc. c).

Aplicación temporal de la ley a la calificación de los bienes

5. Todo supuesto de adquisiciones sucesivas de diversas partes indivisas, o de adquisiciones por el empleo de fondos concurrentes propios y gananciales producido con anterioridad al 1/8/2015 debe ser considerado como una situación jurídica existente al momento de la entrada en vigencia del CCyC, siendo la determinación de la calificación que corresponda una consecuencia de aquella. De esta manera, y como principio, se deberá aplicar la ley vigente al momento de la extinción de la comunidad.

Excepcionalmente la calificación se realizará durante la vigencia de la comunidad en los actos de disposición de los bienes de los cónyuges, para considerar la necesidad del asentimiento del cónyuge no titular, siendo aplicable en estos casos la ley vigente al momento de producirse el acto de disposición del bien.

6. Para la oponibilidad a terceros del carácter propio de los bienes adquiridos por subrogación real, los requisitos del art. 466 del CCyC se aplican a las adquisiciones formalizadas con posterioridad al 1/8/2015, ya que las anteriores lo fueron bajo la letra del art. 1246 del Código Civil, habiendo integrado los cónyuges su voluntad con las normas vigentes al momento de la celebración del acto, que no exigían la conformidad del cónyuge para la configuración del bien propio.

Subsanación de la omisión de los requisitos del art. 466

7. La omisión de la declaración del carácter propio del bien, la determinación del origen y la conformidad del cónyuge no adquirente en la escritura de adquisición, pueden subsanarse en sede notarial mediante escritura complementaria; siempre que entre ambos instrumentos se reúnan los tres requisitos exigidos por el art. 466 del CCyC.

Cesión de derechos

8. Es posible la celebración del contrato de cesión de derechos gananciales durante la etapa de indivisión postcomunitaria en vida de los cónyuges. (Despacho de mayoría).

Asentimiento conyugal anticipado

9. El asentimiento conyugal anticipado, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 457 del CCyC, debe contener la naturaleza del acto, la determinación del objeto y las condiciones negociales mínimas.

Poder para asentir

10. Un cónyuge puede conferir al otro poder especial para intervenir en actos referidos al régimen patrimonial matrimonial, excepto cuando se trate de actos de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y sus muebles indispensables, en los términos del artículo 456 del CCyC.

El poder para asentir únicamente requiere la individualización de los bienes (art. 375 inc. b del CCyC).

Asentimiento y vivienda familiar

11. La protección de la vivienda consagrada en el régimen primario, es parte de un verdadero sistema tuitivo, que va más allá de la vivienda efectiva de la familia y cuenta con un amplio sustrato normativo en el derecho internacional de considerable desarrollo.

En este sentido, el artículo 456 del CCyC, introduce la exigencia del asentimiento conyugal, incluso en actos que involucren derechos personales sobre la vivienda familiar. También aplicable a las uniones convivenciales inscriptas (art. 522 CCyC).

12. El plazo de caducidad de seis meses establecido en los artículos 456 y 522 CCyC deberá contarse desde la inscripción registral o la entrega de la posesión, lo que ocurra primero.

13. Es materia de calificación notarial la legitimación del disponente de estado civil divorciado, en los casos que se vinculan los artículos 456 y 443 CCyC, con los efectos previstos en el art. 444 CCyC, por lo tanto se deberá dejar constancia en el texto escriturario de la no configuración de los extremos señalados por la norma, sin perjuicio de la inscripción registral establecida por dicho artículo para su oponibilidad.

Condominio entre cónyuges

14. Conforme el artículo 470 CCyC, los cónyuges pueden adquirir bienes en condominio, sobre los cuales ostentarán una titularidad conjunta de dominio que se registrará por las normas del derecho real del condominio, sin alterar por ello la calificación que corresponde a cada una de las alícuotas de uno y otro cónyuge, que podrán ser de la misma o distinta proporción propias y/o gananciales. Cada parte alícuota del condominio queda sujeta a las reglas propias del derecho real, pero sin posibilidad de aplicar las normas de administración de la cosa común de los artículos 1993 y 1994 CCyC, ya que el artículo 470 CCyC establece expre-

samente la administración y disposición conjunta de la cosa común, excepción que se justifica en el régimen de comunidad y en la necesidad de evitar conflictos entre los cónyuges.

Indivisión postcomunitaria

15. Durante la etapa de indivisión, los cónyuges pueden celebrar por escritura pública, acuerdos de administración, disposición y uso de los bienes indivisos y pueden codisponer los bienes indivisos.

16. Conforme lo establecido por el artículo 482 CCyC, a falta de acuerdo en la etapa de indivisión postcomunitaria, el cónyuge titular podrá disponer de los bienes gananciales de su titularidad con el asentimiento conyugal del otro.

Partición

17. Para la partición de la comunidad ganancial y hereditaria rige el principio del artículo 2369 CCyC por lo tanto, si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede formalizarse por escritura pública o por instrumento privado presentado al juez del proceso, el que deberá ser homologado con el objetivo de cumplir con el control de legitimidad en función de los requerimientos legales.

Derecho real de habitación

18. El derecho real de habitación del cónyuge supérstite se adquiere por derecho propio y en forma originaria, es decir que el cónyuge supérstite no lo recibe por causa hereditaria, sino por causa legal, se le atribuye por su condición de tal, independientemente de su derecho sucesorio sobre los bienes propios o personales y su derecho al 50% como comunero sobre los bienes gananciales.

19. Para el ejercicio del derecho real de habitación del cónyuge supérstite, cuya adquisición tiene origen legal, no es necesaria su petición expresa en el expediente, pero si requiere un reconocimiento a los efectos de su inscripción registral.

II. UNIONES CONVIVENCIALES

20. La legislación de fondo reconoce el instituto de la convivencia como género (art. 509 CCyC) conceptualmente diferenciable de las uniones convivenciales como especie (art 510 CCyC).

21. La existencia de la unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba y atribuye a los convivientes derechos y deberes derivados de la

vida en común. La registración no es un requisito constitutivo. Las uniones convivenciales no registradas, pero que reúnan las características que establece la ley están amparadas por los efectos jurídicos que el código prevé.

22. Se recomienda la creación de un registro especial único y de acceso a través de plataforma digital a nivel nacional, con delegaciones locales encargadas de recepción y expedición de la documentación pertinente.

23. Cuando los convivientes regulan sus derechos patrimoniales a través de un pacto, pueden generar una comunidad de bienes entre ellos, lo que dará lugar a la gestión de los bienes integrantes de dicha comunidad conforme las reglas establecidas en dicho pacto. Se aplican subsidiariamente las normas del condominio (artículo 1984 CCyC) posibilitando la división y adjudicación de los bienes en caso de ruptura, conforme lo hayan contemplado, es decir que el pacto es causa suficiente para la adjudicación de los bienes (artículos 514 y 528 CCyC).

24. El instituto de la compensación económica derivado de la unión convivencial, su ruptura, y el desequilibrio económico, es causa suficiente y autónoma para la trasmisión de los bienes a favor de alguno de los convivientes conforme al artículo 524 CCyC.

LA CERTIFICACIÓN CONTABLE COMO RECAUDO ADMINISTRATIVO PARA LA CONSTITUCIÓN Y AUMENTO DE CAPITAL DE SOCIEDADES PARTICIPADAS POR OTRAS: UN REQUISITO NORMATIVO ARBITRARIO Y CONTRARIO A LA LEY

Patricio Pablo Pantín

SUMARIO: 1. La cuestión bajo examen. Normativa administrativa aplicable. El artículo 31 de la ley general de sociedades. 2. Improcedencia del requisito. 3. Colofón. 4. Bibliografía.

* Premio compartido en la categoría "Trabajos individuales". Corresponde al tema 3: "Personas jurídicas privadas".

1. LA CUESTIÓN BAJO EXAMEN. NORMATIVA ADMINISTRATIVA APLICABLE. EL ARTÍCULO 31 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

1.1. LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA

La Inspección General de Justicia (IGJ), en el art. 55, apartado II, punto 1, sub punto (b) de la Resolución General 7/2015 (marco normativo), señala como parte de la sección primera del capítulo “Constitución”, bajo el acápite “Capacidad. Socios” que las sociedades -léase las que participen en otras- deben acreditar “... el cumplimiento del art. 31 de la Ley 19.550, mediante certificación contable de los montos de los rubros correspondientes del patrimonio neto de la sociedad aportante, que contenga el cálculo numérico que acredite la observancia del límite legal”.

Añade que “El cálculo debe efectuarse según valores del patrimonio neto resultante de sus últimos estados contables que, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, deban estar aprobados a la fecha de constitución de la sociedad participada. La exposición de los cálculos numéricos contenidos en la certificación contable deberá efectuarse conforme al Anexo IV¹”.

A su turno en sentido coincidente, el art. 74 de dicha resolución señala, como parte integrante de la sección quinta (Capital Social) del mismo capítulo, en relación a las participaciones sociales: “Si se aportan por una sociedad sus participaciones en otra u otras, debe acompañarse certificación de graduado en ciencias económicas referida a las situaciones previstas en los arts. 31, 32 y 33 de la Ley 19.550, conteniendo con respecto a la primera de dichas disposiciones el cálculo que demuestre que el aporte en cabeza de la sociedad que se constituye, no importa, conforme al art. 31 de la Ley 19.550, exceso de participación de ella en la sociedad cuyas participaciones se le transfieren como aporte. En su caso, la valuación se ajustará a lo establecido en el art. 72, apartado II de estas normas”.

El requerimiento de la certificación se replica con motivo de la escisión (art. 179 de la Resolución General bajo examen); y también a propósito de los aumentos de capital, aún cuando no exista a su respecto mención expresa en la norma.

1 Texto conforme sustitución resuelta por Resolución General 9/2015 de la Inspección General de Justicia (B.O. 28/10/2015).

1.2. LA DIRECCIÓN PROVINCIAL DE PERSONAS JURÍDICAS

De su lado, la Dirección Provincial de Personas Jurídicas (DPPJ) no tiene en su disposición técnica rectora, la 45 de 2015, norma expresa en sentido coincidente. No obstante ello, bajo el dogmático argumento de actuar en ejercicio de supuestas amplias “facultades de policía en materia societaria”, también suele requerirlo, amparándose a su turno en lo estipulado por los puntos 4.9 y 4.13 del art. 4º del Decreto Ley 8671/76 (denominado de “Policía en materia societaria”).

1.3. EL ARTÍCULO 31 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES (LGS)

Como es sabido, el art. 31 de la Ley General de Sociedades (LGS) 19.550 reza en su parte pertinente que “Ninguna sociedad excepto aquellas cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión puede tomar o mantener participación en otra u otras sociedades por un monto superior a sus reservas libres y a la mitad de su capital y de las reservas legales. Se exceptúa el caso en que el exceso en la participación resultare del pago de dividendos en acciones o por la capitalización de reservas.”; agregando luego que “*Las participaciones, sea en partes de interés, cuotas o acciones, que excedan de dicho monto deberán ser enajenadas dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de aprobación del balance general del que resulte que el límite ha sido superado.* Esta constatación deberá ser comunicada a la sociedad participada dentro del plazo de diez (10) días de la aprobación del referido balance general. *El incumplimiento en la enajenación del excedente produce la pérdida de los derechos de voto y a las utilidades que correspondan a esas participaciones en exceso hasta que se cumpla con ella*” (los destacados me pertenecen).

1.4. LA CUESTIÓN BAJO EXAMEN

En apretada síntesis, lo que se discute aquí es si puede la administración (sea esta la IGJ o la DPPJ), a la luz de la letra del propio art. 31 de la LGS supeditar la inscripción de la constitución de una sociedad participada por otra, o bien una escisión o un aumento de capital de la que resultan participaciones sociales de una sociedad en otra, a la presentación de un certificado que no es exigido por la

2 “Artículo 4º: (Texto según Decreto Ley 9118/78) Las personas jurídicas de carácter privado se encuentran sometidas al cumplimiento de las siguientes obligaciones... 4.9. Suministrar toda la información que las leyes le impongan y las que le sean solicitadas o requeridas por el órgano de aplicación... 4.13. Prestar colaboración para el ejercicio de la actividad de control del órgano de aplicación”.

ley de fondo, y en el caso de la DPPJ tampoco por la propia norma reglamentaria, cuando la consecuencia de tener participaciones en exceso no es ni la nulidad ni la invalidez de tal participación en exceso, sino el obligar a disponer dichas participaciones bajo la sanción de prohibir el ejercicio de derechos políticos y cobro de utilidades por la participación en exceso.

Anticipo aquí que se excluye del análisis a las sociedades con objeto exclusivo financiero o de inversión, pues a las mismas no les alcanza la cortapisa del art. 31 de la LGS.

2. IMPROCEDENCIA DEL REQUISITO

A la luz de cuanto emerge de la propia letra del art. 31 de la LGS transcrito en sus partes pertinentes en forma precedente, no corresponde requerir ni acompañar certificación contable que haga al cumplimiento de los límites establecidos en el art. 31 LGS, en ningún caso de los solicitados (constitución, aumento de capital, escisión), sea que el requerimiento devenga en forma expresa de la norma, sea que se lo solicite echando mano al dogmático argumento de cumplir con funciones de policía societaria como se ha anticipado.

2.1. PONDERACIÓN GENERAL DE LA CUESTIÓN

A modo de síntesis, anticipo aquí las razones en que fundo la cuestión.

(i) No existe prohibición legal para inscribir el acto de que se trate ni el mismo puede reputarse nulo. Antes bien, la misma ley de fondo (LGS) cuya observancia la IGJ y la DPPJ están llamadas a observar supone la inscripción del acto. *El acto que es permitido por la propia ley no puede ser impedido por la IGJ o DPPJ, en su caso.*

(ii) La no inscripción del acto pone a la administración en contradicción con la propia ley de fondo.

(iii) En el caso de la DPPJ la certificación no es requerida ni siquiera por la normativa reglamentaria.

(iv) La potestad de la administración de requerir información adicional -cuando no surge de norma expresa- no es irrestricta ni puede ser irrazonable y arbitraria, pues no puede ponerse en contradicción con lo que la propia ley permite.

(v) No existe orden público comprometido y más aún puede dañar abiertamente el interés de aquellos que dice tutelar.

(vi) La administración no debe entrometerse en cuestiones de “policía interna societaria” reservada a los socios de la sociedad y a sus administradores.

2.2. NO EXISTE PROHIBICIÓN LEGAL PARA INSCRIBIR EL ACTO DE CONSTITUCIÓN, AUMENTO DE CAPITAL O ESCISIÓN, AÚN CUANDO LAS PARTICIPACIONES RESULTEN EN EXCESO, NI CUALQUIERA DE TALES ACTOS PUEDE REPUTARSE NULO. LA ADMINISTRACIÓN NO PUEDE ENTROMETERSE EN CUESTIONES DE “POLICÍA INTERNA SOCIETARIA”. NO HAY ORDEN PÚBLICO COMPROMETIDO

Como se ha anticipado nada impide a la luz de la letra expresa del art. 31 de la LGS, que aún en el hipotético supuesto que una sociedad -sin objeto exclusivo financiero o de inversión- participe en otra (sea por constitución, aumento de capital, o escisión), por un monto superior a sus reservas libres y a la mitad de su capital social, se consume la inscripción del acto peticionado.

En efecto, de la letra de dicho artículo no se desprende que no pueda o deba inscribirse el acto de que se trate, ni que el mismo sea inválido.

Muy por el contrario, lejos de reputar inválido a tal acto, el mismo art. 31 de la LGS señala que “Las participaciones, sea en partes de interés, cuotas o acciones, que excedan de dicho monto deberán ser enajenadas dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de aprobación del balance general del que resulte que el límite ha sido superado”.

De lo expuesto debe colegirse que aun existiendo participaciones en exceso, el acto debe inscribirse pues la consecuencia de ese exceso está expresamente “tasado”, “regulado” o previsto en la ley, y no manda a rechazar la registración o restar virtualidad o eficacia al acto, sino a vender o disponer las participaciones en exceso que se determinen una vez presentado y aprobado el balance -cuestión que se sabrá al final del ejercicio de que se trate-, debiendo en tal supuesto comunicarse tal situación a la sociedad participada.

Reafirma lo expuesto cuanto emerge de la última parte del artículo en consideración, cuando expresamente señala que “El incumplimiento en la enajenación del excedente produce la pérdida de los derechos de voto y a las utilidades que correspondan a esas participaciones en exceso hasta que se cumpla con ella”.

Resulta claro entonces que la LGS en su art. 31 en modo alguno impide se lleve a cabo el acto en participación de que se trate, y por tanto se lo perfeccione dándole oponibilidad a terceros con su inscripción.

En el sentido expuesto, es concluyente la opinión de MANÓVIL para quien “... el vínculo participativo no es en sí mismo ilegítimo, ni lo es su adquisición o mantenimiento. Si se tratara de una incapacidad, la consecuencia de la actuación de la sociedad en violación de la norma debería producir la nulidad del vínculo, del acto de su adquisición, o de la circunstancia de su mantenimiento. En cambio, la constatación de haber incurrido en el exceso, por de pronto, engendra un deber en cabeza de la sociedad participante: el de enajenar las participaciones en exceso. Incluso, de acuerdo a la estructura de la sanción impuesta, pueda sostenerse que

no se trata de una obligación propiamente dicha, ya que no es susceptible de ser forzada su ejecución, ni la sociedad constreñida a su cumplimiento. La ley se limita a imponer como sanción la pérdida de los derechos de la sociedad participante en la participada y, si ello causa daño, por aplicación de las normas societarias generales, la responsabilidad de los administradores (art. 274). *Se trata, entonces, de una norma imperativa de policía societaria interna*³ (el destacado me pertenece).

El acto entonces debe ser inscripto, y la eventual participación en exceso estará sujeta a las siguientes cortapisas: (a) si al final del ejercicio existe un excedente -se insiste, situación que se conocerá con posterioridad, al aprobarse el balance general-, el mismo debe ser enajenado; y (b) aun en caso de incumplimiento a dicha enajenación, la consecuencia no es ni la revocatoria, ni la nulidad, ni el distracto del acto de que se trate, sino la imposibilidad de asignar dividendos por dicha participación en exceso y la privación del ejercicio de los derechos de voto por tales participaciones, acciones o cuotas.

Como se ve, no hay "límites" que deban ser verificados por la administración (IGJ o DPPJ según sea el caso), como paso previo a la inscripción, precisamente porque la ley de fondo no impide que se inscriba el acto en cuestión.

Si la ley no impide consumir el acto -constitución, aumento, o escisión- y no regula su invalidez o nulidad, es porque entiende que no se conculca el orden público en cuyo resguardo se podría amparar la administración para considerarse legitimada a requerir sea por vía normativa, sea echando mano a argumentos de policía societaria, la certificación en cuestión.

Muy por el contrario, justamente porque la previsión no es de orden público, es que la ley no impide consumir el acto de que se trate y sí y sólo sí al final del ejercicio se determina un exceso, se mandan a vender las acciones, cuotas, o participaciones -que para entonces tendrán que estar registradas producto de una constitución, aumento, o escisión inscripta- que correspondan para restablecer la ratio del art. 31 LSC.

Reafirma lo expuesto que ni aún en caso de no venderse las acciones, participaciones o cuotas, la consecuencia de la propia ley no es ni la invalidez, ni la nulidad, ni la retroacción del acto, sino la prohibición de votar y repartir dividendos a las acciones, cuotas o participaciones que correspondan al excedente, cuestión por la que naturalmente deben velar los administradores y socios de la sociedad participante (y no la administración atento que no hay orden público involucrado ni se trata de intereses de terceros ajenos a la sociedad).

3 MANÓVIL, Rafael. *Grupo de Sociedades*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 897.

2.3. LA NO INSCRIPCIÓN DEL ACTO PONE A LA ADMINISTRACIÓN EN CONTRADICCIÓN CON LA PROPIA LEY DE FONDO

En otro orden, supeditar la inscripción del acto de que se trate (constitución, aumento de capital, o escisión de sociedades participadas por otras) a la acreditación del extremo que se pretende verificar -presentación de una certificación contable que acredite no infringir la *ratio* del art. 31 de la LSG-, pone a la administración en contradicción con la propia ley de fondo.

En efecto, si como bien señala FAVIER DUBOIS (h) al hablar de la relación entre la emisión de las acciones y la inscripción, se considera *necesaria* la inscripción -en el caso comentado por el propio autor de un aumento de capital- "... para que la acción emitida adquiera la aptitud de título valor (art. 226), o sea, para que pueda circular conforme a las leyes de esta clase de papeles confiriendo al adquirente un derecho autónomo respecto del transmitente"⁴, entonces, sin inscripción, las acciones participadas en exceso -en este caso- y que la misma LGS en su art. 31 manda a transferir, no podrían serlo pues mal podría hacerse circular aquello que no tiene aptitud para hacerlo.

Ahora bien, siguiendo la lógica de la misma ley, ¿cómo podrían disponerse participaciones en exceso si dicha participación, en el caso concreto, no puede materializarse al negarse la inscripción del propio acto que las torna válidamente circulables?

Desde este punto de vista entonces, el requerimiento de la administración de supeditar la inscripción de una constitución, aumento de capital o escisión a la presentación de un informe contable que demuestre que el aporte no es en exceso del art. 31 de la LGS, se pone en inadmisibles contradicción con las mismas consecuencias de la ley para idéntica situación.

Y tanto más grave es la situación si se aprecia, siguiendo al autor citado, que "no es necesaria la previa inscripción del aumento de capital del que forman parte las acciones para que éstas puedan ser entregadas al suscriptor una vez integradas (art. 208, párrafo quinto citado), y por ende consideramos que el adquirente tiene la calidad de socio con prescindencia de su registración".

En suma, de no receptarse esta pretensión y no procederse a la inscripción del acto de que se trate, tendríamos una sociedad participante que ha adquirido su calidad de socia en la sociedad participada pero que no podría vender, llegado el caso, las participaciones en exceso, como manda la ley, pues la falta de inscripción privaría a las acciones de la aptitud de título valor para que pueda circular conforme las normas de esta clase de papeles confiriendo al eventual adquirente

4 FAVIER DUBOIS (h), Eduardo. *Derecho Societario Registral*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1994, pág. 268 y sig.

un derecho autónomo respecto del transmitente (esto último pues “... en tanto se trata de un título causal cuya causa es el estatuto inscripto, o cuanto menos, las decisiones de la asamblea y directorio, también inscriptas, destacándose que sin inscripción no hay capital, al menos con aptitud de ser representado por acciones -art. 163-”).

Más aún, tratándose de la constitución de una nueva sociedad sea o no su creación por escisión, y de no inscribirse tal acto, no se considerará regularmente constituida la sociedad participada, llegándose así al inadmisibleso contrasentido de tener que “vender” la participación en exceso de una sociedad que no está regularmente constituida, siendo que precisamente la administración (IGJ y DPPJ) deben velar por la regularidad de los actos societarios.

El requisito conculca pues la lógica que impone la ley para este caso: la transferencia de las acciones, cuotas o participaciones eventualmente en exceso para lo cual es necesario que haya acciones, cuotas, o participaciones en condiciones de ser transmitidas, o que correspondan a sociedades regularmente constituidas, lo que supone su previa inscripción.

2.4. LA POTESTAD DE REQUERIR INFORMACIÓN NO PUEDE SER ARBITRARIA E IRRAZONABLE

A mayor abundamiento debe señalarse para el caso de la DPPJ, que si bien es cierto que le asiste a ésta la potestad de solicitar información adicional, no menos cierto es que, al igual que cualquier otro requerimiento de la administración, el mismo no puede ser arbitrario ni irrazonable.

En el caso bajo análisis, la arbitrariedad del pedido de certificación contable estriba en que no está previsto en la normativa reglamentaria, normativa ésta que al administrado debe observar a la hora de evaluar el acto que pretende llevar a cabo.

Pero más allá de ello, la arbitrariedad e irrazonabilidad del pedido deriva de ser éste un requerimiento que se pone en contradicción con aquello que la propia norma de fondo manda a observar y, se insiste, permite realizar.

En efecto, se reitera que en ningún momento la LGS señala que no pueda o deba inscribirse una constitución de una sociedad participada o un aumento de capital celebrado en exceso de la cortapisa del art. 31 de LGS.

Antes bien, la consecuencia de verificarse -siempre *a posteriori* es decir presentados los balances, y nunca antes-, *un exceso en la participación en otra sociedad, es la venta de las acciones, o en la sociedad participada, lo cual supone necesariamente la anotación de la constitución o del aumento.*

Más todavía. En caso de no procederse a la venta en el término que marca la ley, la consecuencia es la prohibición de voto y distribución de utilidades en

relación a las acciones o participaciones excedentes, lo cual, otra vez, reafirma el concepto de que no puede negarse la inscripción de una constitución o aumento cuya consecuencia es la emisión de esas mismas acciones o participaciones que la ley manda a transferir si *-a posteriori-* existe o se determinara una participación en exceso.

Siendo pues que de la misma ley se deriva que la consecuencia de la participación en exceso es la transferencia de acciones, cuotas o partes de interés que den cuenta de tal exceso, el requerimiento de la administración esté o no expresamente normado, deviene arbitrario, irrazonable, y contrario a la ley pues impediría tener por válidamente configurada la emisión de las mismas acciones, cuotas o partes de interés que la misma ley manda a transferir si, se insiste, *a posteriori*, se determinara que existe tal exceso.

El requerimiento en cuestión configura entonces un acto nulo que, siguiendo a GORDILLO (en su *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 8, capítulo 9, pág. 299 y sigs. y 334 y sigs., que puede ser consultado en el sitio www.gordillo.com), padece al menos de las siguientes irregularidades:

Es un acto violatorio de las facultades regladas. En tal sentido, destaca dicho autor que “Si la ley (en sentido lato) dispone que un objeto determinado habrá de dictarse ante una determinada situación de hecho, el acto estará viciado en el objeto si a) se dicta ese objeto del acto ante una situación de hecho distinta de la prevista por la ley, como b) *si ante la situación de hecho prevista por la ley, se dicta un distinto objeto del determinado por ella*” (el destacado me pertenece).

En el caso concreto, la facultad reglada de la administración de requerir mayor información -y hacer un control de legalidad externo- encuentra como valla-dar que ese requerimiento en modo alguno pueda impedir se concrete un acto que la misma ley de fondo no impide.

Es un acto que comete un inexcusable error de derecho. Siguiendo al mismo autor “El acto puede tener sustento en el ordenamiento jurídico en cuanto al objeto que decide, pero no explicitar en su motivación las razones por las cuales dicho objeto está, en efecto, en concordancia con el orden jurídico”.

Yendo otra vez al caso concreto, si bien es cierto que el requerimiento podría encontrar sustento en el ordenamiento normativo (v.gr. en la facultad de pedir información adicional por parte de la DPPJ en orden a cumplir su control de legalidad externo), el requerimiento del caso puntual no está en consonancia con el orden jurídico, toda vez que se requiere una certificación para autorizar o denegar un acto, cuando la propia ley de fondo *no impide* -ni aun si se estuviera en franca violación con el art. 31 de la LGS- concretar la constitución de una sociedad o bien el aumento de capital o la escisión. Antes bien, la misma ley supone y manda a que se concrete y sería violatorio de la ley, causando un severo daño, que la propia administración negara inscribir definitivamente tal acto.

Por las razones expuestas, aún sin desconocer las facultades de la administración para pedir información adicional y llevar adelante un adecuado control externo de legalidad, la que se requiere para el caso concreto es arbitraria e irrazonable y como tal debe dejarse sin efecto, pues, se insiste, la propia ley de fondo *permite* tener participaciones en exceso a lo previsto en el art. 31 de la LGS, imponiendo consecuencias puntuales para el caso de violarse el extremo previsto en tal artículo que nada tienen que ver con impedir la concreción de un acto constitutivo o aumento de capital o diferir a la administración inmiscuirse en cuestiones internas de la sociedad.

2.5. NO EXISTE ORDEN PÚBLICO COMPROMETIDO Y SE DAÑA ABIERTAMENTE EL INTERÉS DE AQUELLOS POR QUIENES LA ADMINISTRACIÓN DEBE VELAR

Por lo demás, no existe orden público comprometido por el que deba velar la administración.

En efecto, si la propia ley no impide que gire una sociedad participada en exceso, o que se configure un aumento que podría -luego de cerrados los estados contables- determinar un exceso de participación, es porque precisamente no entiende conculcado el orden público.

La cuestión, como se puede apreciar, es de policía interna societaria, y se resuelve por venta o transferencia de acciones, cuotas o partes de interés, según el propio art. 31 de la LGS o en su caso por la imposibilidad de votar o distribuir dividendos, y nada puede impedir o negar la administración al respecto.

Aún cuando exista un exceso en la participación, no hay una necesaria deformación en las actividades de la sociedad participante, toda vez que nada le impide seguir realizando su objeto.

Como se aprecia, antes que protegerlos, lo que la administración estaría haciendo es conculcar la decisión de una sociedad de participar en otra, o bien recibir acciones, cuotas o partes de interés de otra sociedad participada, que la ley de fondo en ningún momento señala que no pueda ser realizada, ni prohíbe ni sanciona con nulidad, sino al que le impone, en todo caso, al cierre del ejercicio, la consecuencia de transferir participaciones en exceso o bien negar la distribución de utilidades y la posibilidad de emitir el voto.

3. COLOFÓN

Como colofón de lo hasta aquí expuesto, y en el entendimiento de quien escribe, el requerimiento que se cuestiona es injustificado, irrazonable y carece

de fundamento jurídico. Nada impide llevar a cabo la inscripción de que se trate pues no hay prohibición o tacha de nulidad, y más aún debe precisamente perfeccionarse para, eventualmente y llegado el estadio oportuno procederse a la transferencia de acciones, cuotas, o partes de interés como prescribe la ley de fondo. Por lo demás, no hay orden público comprometido, y tampoco desvío en el objeto de la sociedad participante.

4. BIBLIOGRAFÍA

- MANÓVIL, RAFAEL. *Grupo de Sociedades*, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 897.
- FAVIER DUBOIS (H), EDUARDO. *Derecho Societario Registral*, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1994, pág. 268 y sig.
- GORDILLO, AGUSTÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 8, capítulo 9, pág. 299 y sigs. y 334 y sigs., que puede ser consultado en el sitio www.gordillo.com.

SOCIEDADES DE LA SECCIÓN CUARTA DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES EN SEDE NOTARIAL

Luis E. Manassero Vilar

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Análisis. 3. Ponencias. 4. Bibliografía.

* Premio en la categoría "Trabajos de nuevos autores". Corresponde al tema 3: "Personas jurídicas privadas".

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la legislación regulatoria en materia de lo que tradicionalmente se ha entendido por sociedades de hecho e irregulares, las contempladas en la sección IV de la Ley 19.550 bajo la denominación “De la sociedad no constituida regularmente” y actualmente contempladas en la sección IV de la Ley General de Sociedades bajo la denominación “De las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos”. Para luego abordar la incidencia del tratamiento procurado por la Ley de Sociedades Comerciales y por la actual Ley General de Sociedades a las mismas con relación a los bienes registrables.

Ha sido renuente nuestra tradición doctrinaria en reconocer a las sociedades irregulares y de hecho la plena capacidad jurídica que la ley pretende acordarles, fundándose en cuestiones de diverso orden que oportunamente se desarrollarán.

Es por ello que se ha optado por comenzar el tratamiento de la materia haciendo una breve reseña del concepto de sociedad y de las discusiones que se han suscitado en materia de capacidad. Para luego adentrarse en el análisis del art. 26 de la Ley 19.550 (t.o. 1984) de Sociedades Comerciales, cuya interpretación es eje medular de la discusión doctrinaria pertinente.

Para luego tratar la modificación del régimen general de las citadas sociedades introducido por la sanción de la Ley 26.994 al sancionar el Código Civil y Comercial de la Nación y la modificación de la Ley 19.550, hoy denominada Ley General de Sociedades (Ley 26.887), en vigor desde el primero de agosto de 2015.

Y finalmente se ha decidido abordar el tratamiento estrictamente registral del caso haciendo especial análisis de las leyes registrales vigentes en materia inmobiliaria.

De modo tal que se permita efectuar un análisis lógico desde la generalidad a la especialidad, receptando en forma paralela el distinto tratamiento legal proponiendo una interpretación armónica de la nueva legislación a la luz de los principios existentes hasta la entrada en vigor de la Ley 26.994.

2. ANÁLISIS

2.1. PERSONA JURÍDICA-SOCIEDAD

2.1.a. Regulación del Código Civil

En nuestro ordenamiento la primera mención que puede encontrarse a los conceptos de sociedad y de persona jurídica se ubican en el libro I, título I del Código Civil. El art. 30 de dicho cuerpo legal definía a la persona como todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Y define en forma negativa el art. 32 que aquellos entes con tales facultades que no fueran de existencia visible son personas

jurídicas. El art. 33, segundo párrafo, continúa indicando que son personas jurídicas privadas, entre otras, las sociedades civiles y comerciales.

Ahora bien, vista la mención efectuada cabe concluir que tales sociedades son personas jurídicas y en consecuencia aptas para adquirir derechos y contraer obligaciones en forma lisa y llana.

En tal sentido el art. 35 del Código Civil expresaba que las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este código establece, y ejercer los actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido.

Previendo como efecto natural de su existencia el nacimiento de un sujeto de derecho diferenciado de las personas que lo componen.

Encontrándose regulado el contrato de sociedad civil en libro II, sección III, título VII, arts. 1648 a 1788 bis.

2.1.b. Regulación de la Ley 19.550 (t.o. 1984)

Otra importante fuente normativa en materia de sociedades es la Ley 19.550 (t.o. 1984) de Sociedades Comerciales. En su art. 1° establece el momento desde el cual existe la sociedad. Para luego reconocerle personalidad jurídica en su art. 2°. Es clara la posición adoptada por el legislador al definir en el art. 1° a la sociedad como un contrato plurilateral de organización de carácter consensual. Exigiendo requisitos esenciales para su existencia en su art. 11 y tipificantes en lo extenso de su articulado.

Ahora bien de una apresurada lectura del art. 1° surgiría que para la existencia de sociedad y consecuentemente para la existencia de la persona jurídica es necesaria la adopción de un tipo social previsto en la ley.

A la luz de la norma contenida en el art. 17 de la misma ley al tratar la nulidad de los contratos de sociedad, cabría dar una interpretación distinta al art. 1°. Dicho artículo sanciona con nulidad la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados y la omisión de cualquier requisito esencial no tipificante. Pero susceptible de ser subsanada hasta su impugnación judicial.

El legislador ha optado por adoptar un sistema de tipificación legal de los contratos de sociedad que fomenta y acuerda limitación de responsabilidad u oponibilidad de la personalidad jurídica frente a terceros sin negar la personalidad jurídica de las mismas ante su ausencia.

Resulta clara la postura del legislador al dictar la Ley 19.550 (t.o. 1984) al reconocer la anulabilidad de las sociedades ante el incumplimiento de los requisitos tipificantes, claramente entiende la existencia de la persona jurídica desde la formación del acuerdo de voluntades.

Aborda el tratamiento de estas situaciones en la sección IV de su texto denominada "De la sociedad no constituida regularmente". Allí se comprenden los casos

de las sociedades de hecho con objeto comercial y las sociedades no constituidas regularmente.

Dejando de lado las discusiones sobre esta materia planteadas con anterioridad a la modificación de la Ley 22.903, el legislador ha comenzado por prever un sistema para sanear la falta de los requisitos que causan su nulidad. Por lo que debe entenderse que no existe interés público comprometido sino simplemente una especie de ineficacia provocada a favor de los terceros, o sea inoponibilidad.

Dicho proceso de saneamiento está previsto en el art. 23 de la citada Ley. Y es justamente de esta norma y de la posibilidad que se brinda a los socios de disolver el vínculo societario, que la doctrina ha caracterizado a la personalidad de las sociedades contenidas en esta sección como precaria.

Asimismo ha entendido que de las demás normas contenidas en la sección IV se desprende el carácter limitado o restringido de estas sociedades. Porque si bien se reputa un sujeto diverso de sus socios no produce plenamente todos los efectos propios de la personalidad diferenciada. A tenor de la imposibilidad de los socios de invocar ante terceros la exclusión de los bienes sociales (art. 23 LSC), ni las limitaciones fundadas en el contrato social (art. 23 LSC), entre otros.

De todo lo antedicho y de la evolución normativa señalada se evidencia que el criterio legislativo ha sido avanzar hacia el reconocimiento de la personalidad jurídica plena de las sociedades de esta sección y de la facilitación de la voluntad de regularización. Como así queda clara la desconfianza doctrinaria a esta clase de sociedades y su reticencia a acordarles plena capacidad.

2.2. SOCIEDADES INCLUIDAS EN LA SECCIÓN IV

Conforme el art. 21 de la LGS existen tres categorías de sociedades alcanzadas por las disposiciones de esta sección:

- Sociedades libres con fines de lucro
- Sociedades atípicas por falta de requisitos esenciales
- Sociedades atípicas por incumplimiento de otras formalidades (instrumentación escrita (art. 4 LGS), inscripción (art. 7 LGS) y publicidad (art. 10 LGS))

A diferencia de su redacción anterior el texto actual del artículo no hace expresa referencia a las sociedades de hecho. Lo cual produjo diversos planteamiento doctrinarios que van desde su exclusión del régimen de la Ley 19.550, encuadrándolas dentro de los negocios asociativos; hasta otras que las consideran incluidas. Las posturas que propician su inclusión dentro de los negocios asociativos se fundamentan en la terminología empleada en el artículo en análisis, haciendo hincapié en la necesidad de contrato escrito en consonancia del art. 4 LGS. Las posturas que las reconocen alcanzadas por la LGS dentro de la sección IV, a cuyas solución adherimos, se fundamentan esencialmente en que las sociedades de hecho encuadran como sociedades

atípicas que han incumplido con formalidades legales, en este caso el instrumento escrito. Asimismo tampoco el requisito de instrumento escrito se encuentra exigido por la LGS o el CCyC bajo sanción de nulidad. No resulta coherente con las disposiciones de esta sección esta interpretación que pretende su exclusión con la necesidad del acto de reconocimiento para la adquisición de bienes registrables. Tal acto es requerido por la ley por no existir documento idóneo que lo acredite y no cabría otro caso posible de utilización más que en las sociedades de hecho, puesto que en los demás supuestos siempre existiría un documento al cual hacer referencia. Fundamentos de orden sociológico también imponen esta solución, por cuanto esta clase de sociedades siempre han sido entendidas como tales y es difundida su utilización no encontrándose ningún tipo de beneficio jurídico, social o económico que motive una interpretación diversa.

Otro tema de importancia que ha traído aparejada la sanción de la Ley 26.994 con la consiguiente derogación del Código Civil velezano ha sido la eliminación de las sociedades civiles del catálogo de personas jurídicas privadas conforme art. 141 CCyC. A nuestro entender conforme las disposiciones del art. 7 corresponde reconocer la personalidad de las sociedades constituidas a las cuales la ley las ha dotado de personalidad jurídica por ser un efecto cumplido del contrato. Rigiéndose los efectos entre los socios y con los terceros derivados de la personalidad diferencia por sus respectivos contratos y normas supletorias de la LGS previstas en la Sección IV.

2.2.a. Adquisición de bienes registrables. Art. 26 Ley 19.550 (t.o. 1984)

Ahora bien, vistas que ya fueran las normas generales respecto a la personalidad y capacidad de las sociedades atípicas, cabría analizar el art. 26 de la Ley de Sociedades Comerciales titulado de las "Relaciones de los acreedores sociales y de los particulares de los socios". Dicho artículo prescribe: "Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, inclusive en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad regular, excepto respecto de los bienes cuyo dominio requiere registración". Y es precisamente la excepción planteada por este artículo aquella cuyo sentido es necesario desentrañar.

Es mayoritaria la postura que niega la capacidad legal de las sociedades contenidas en la sección IV para ser titular de bienes registrables fundando su postura esencialmente en excepción de la regla del art. 26 de la LSC. Entre los más férreos defensores de esta postura se encuentra NISSEN¹ quien como eje de su crítica sostiene que la correcta interpretación del citado art. 26 implica que para el caso de falencia los

1 NISSEN, Ricardo Augusto. *Ley de Sociedades Comerciales 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada.*

acreedores particulares de los socios no se encuentran habilitados a agredir los bienes de la sociedad a más de aquellos cuyo dominio requiere registración. Fundamenta tal tesis en la prohibición establecida en el art. 23 de la LSC en cuanto establece la prohibición a la sociedad de invocar los derechos y defensas nacidas del contrato² y no solo de ello sino por razones de orden práctico. Los registros no tendrían de estas sociedades otras constancias para saber quiénes son sus integrantes y administradores que la mera manifestación de las personas intervinientes al momento de registrar la adquisición o enajenación de los bienes, pues carecen de libros. En ese orden de ideas este autor entiende que la Ley 19.550 recepta la jurisprudencia del fallo Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal “Pascual Hnos” del año 1921 por el que se deniega la registración de bienes a nombre de sociedades de hecho. Entendiendo que el art. 93 del Decreto 2080/80 confirma el mismo criterio. Citando el Fallo “Lanes Longueira, Juan c/Colangelo, Dante y otros”, por el cual se determina el carácter precario de las sociedades de hecho por estar abierta la acción de disolución en todo momento a pedido de cualquiera de los socios, y limitada por no producir todos los efectos propios de la personalidad jurídica. De lo que cabría concluir que es precisamente la falta de seguridad jurídica sobre la titularidad del bien aquella que justificaría la interpretación del art. 26 de la LSC en sentido de entender que las sociedades comprendidas en la sección IV no se encontrarían habilitadas para ser titulares de derechos sobre bienes registrables.

No son menores las críticas que ha recibido esta postura de parte de autorizada doctrina en especial aquella notarial o más orientada a ella. Que como principal crítica argumenta la situación de las sociedades que han perdido regularidad en los términos de la LSC por no mantener su iter constitutivo y han efectuado la anotación de bienes aportados a la sociedad conforme el art. 38 de la Ley 19.550. En este sentido pueden verse las opiniones de ETCHEVERRY, VÍTOLO, VERÓN, SOLARI DEL VALLE y BENSEÑOR. Este último autor³ enseña que el sentido de la norma del art. 26 de la LSC es regular la relación entre los acreedores de los socios y los acreedores de la sociedad estableciendo una clara separación patrimonial. Y que la excepción debe entenderse unida al contenido genérico de la norma, y no como una incapacidad de derecho ni como una consecuencia natural de la imposibilidad de invocar el contrato. Por cuanto la condición del bien registrable se justifica frente a terceros a fin de acreditar titularidad por su registración conforme a la ley especial 17.801 que lo regula. Y que tan es así que el propio ordenamiento societario ha respetado esta norma por ejemplo en el caso de la

2 Art. 1743 CC. Los socios, en cuanto a sus obligaciones respecto de terceros, deben considerarse como si entre ellos no existiese sociedad. Su calidad de socio no puede ni serles opuesta por terceros, ni ser invocada por ellos contra terceros.

3 BENSEÑOR, Norberto Rafael. “Aportes de Bienes Registrables a Sociedades. Negociación de los aportes. Cuestiones registrales”.

anotación preventiva del aporte (art. 38 LSC). Motivo por el cual la única interpretación válida sería aplicar tal excepción a los bienes registrables no inscriptos a nombre de la sociedad no constituida regularmente. En igual sentido ROITMAN y ETCHEVERRI indican que no se trata en modo alguno de una incapacidad de derecho sino de una única dificultad práctica para su registración. Otros autores como ROMERO⁴ sostienen posturas intermedias aunque francamente minoritarias que no admiten que el art. 26 de la LSC establezca una limitación a la personalidad jurídica sin perjuicio de que desconocen total legitimación registral a las sociedades de la sección IV.

Ha sido tal vez la jurisprudencia la encargada de fijar el criterio respecto de esta cuestión tan debatida centrándose en una posición intermedia que no niegue el principio de afectación de los bienes al giro económico de la empresa. La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal resolvió en los autos "Seraffini c/Gopp"⁵ que probado que fuera que el bien forma parte del patrimonio social el mismo se halla sujeto a las relaciones derivadas del contrato y que entre los socios puede probarse que el bien forma parte del patrimonio de la sociedad⁶.

Distinta ha sido la interpretación dada por la Dirección Nacional de los Registro de la Propiedad Automotor y Créditos Prendarios quien ya reconocía la facultad de las sociedades irregulares de ser titulares de automotores y a la fecha se plasma en el artículo cuarto, título primero, capítulo primero, sección segunda del Digesto⁷.

4 Citado en NISSEN, Ricardo Augusto. *Ley de Sociedades Comerciales 19.550 y modificatorias Comentada, anotada y concordada*.

5 *Ibidem*.

6 Art. 1662 CC. El contrato de sociedad puede ser hecho verbalmente o por escrito, por instrumento público, o por instrumento privado, o por correspondencia. La prueba de él está sujeta a lo dispuesto respecto a los actos jurídicos. El valor del contrato será el de todo el fondo social para la tasa de la ley. Art. 1663 CC. Cuando la existencia de la sociedad no pueda probarse, por falta del instrumento, o por cualquiera otra causa, los socios que hubiesen estado en comunidad de bienes o de intereses, podrán alegar entre sí la existencia de la sociedad, para pedir la restitución de lo que hubiesen aportado a la sociedad, la liquidación de las operaciones hechas en común, la partición de las ganancias y de todo lo adquirido en común sin que los demandados puedan oponer la nulidad o no existencia de la sociedad.

7 "Artículo 4º. Titular de dominio: ... En caso de personas jurídicas copiar textualmente su denominación del contrato o documento de creación. Cuando se trate de sociedades que no se constituyan con sujeción a los tipos del capítulo II de la Ley General de Sociedades, o que omitan requisitos esenciales o que incumplan con las formalidades exigidas por la ley (artículo 21 - Capítulo I, sección IV de la Ley N° 19.550, modificada por Ley 26.994), se deberá completar una Solicitud Tipo con los datos de la sociedad y su clave única de identificación tributaria (CUIT) suscripta por cualquiera de los socios. En los supuestos en que se trate de una inscripción inicial o una transferencia a favor de una de esas sociedades, se deberá acompañar con carácter de minuta tantas solicitudes tipo como número de socios, consignando los datos personales de cada uno de ellos y la proporción en que participan los socios en tal sociedad, las que podrán ser suscriptas por cualquiera de los socios".

2.3. INCIDENCIA DE LA REFORMA

2.3.a. Código Civil y Comercial de la Nación

La Ley 26.994 ha aprobado el Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el día 1 de agosto de 2015, conjuntamente con la modificación a la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, hoy denominada Ley General de Sociedades según Ley 26.887. El título II, capítulo 1, parte general, sección primera del Código Civil y Comercial de la Nación el legislador a dado tratamiento a la regulación de las personas jurídicas. Tal como lo señala VÍTOLO⁸ la mayor trascendencia de la reforma es la adaptación plena de la tesis normativa de las sociedades, así el art. 141 del CCyC lo establece. Sin producir sobre el régimen general de las personas jurídicas ninguna alteración sustancial al régimen establecido por el Código Civil para las sociedades.

2.3.b. Ley general de sociedades

Son precisamente estas fuentes de doctrina que tanto han bregado por la flexibilización del régimen de las sociedades contempladas en la sección IV que el legislador se ha hecho eco de las mismas en la escueta y anárquica reforma al régimen societario vigente y ha procedido a modificar trascendentalmente el régimen, aunque desprolijamente.

Así es que se han modificado las normas contenidas en la sección IV denominada “De las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos”, eliminándose la sanción de nulidad prevista en el art. 17 y la referencia legal a la irregularidad.

Creándose un nuevo concepto en torno a las sociedades de esta sección, al considerarlas verdaderas sociedades sin descuidar su especial matiz de informalidad. Sin entrar en el fondo de la reforma hay que destacar que la actual redacción de la Sección IV de la Ley General de Sociedades en vigor desde el día 1 de agosto de 2015 ha modificado aquellos artículos que permitieron caracterizar a la personalidad de estas sociedades como limitada y precaria.

Pero resulta inevitable apreciar el claro cambio legislativo en materia de titularidad de bienes registrales. El actual art. 23 de la Ley General de Sociedades en su segundo párrafo establece los recaudos que deben cumplir las

8 VÍTOLO, Daniel Roque. *La Ley de Sociedades Comerciales reformulada por la ley que sancionó el Código Civil y Comercial.*

sociedades contenidas en esta sección para adquirir bienes registrables. Exigiendo que estas deben acreditar ante el registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Se exige como forma del mismo escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano.

Despejando toda duda sobre la aptitud de las sociedades antes denominadas atípicas para adquirir bienes registrables, por lo que el paradigma vigente a la fecha ha mutado completamente.

Es claro que la reforma intentó zanjar las dificultades que desde hace décadas la doctrina y jurisprudencia de nuestro país ha tratado de resolver mediante la interpretación. Si bien es cierto que ha venido a echar luz respecto de la plena capacidad legal de adquirir bienes registrables por parte de las sociedades contempladas en la sección IV, la confusa redacción del art. 23 de la LGS trae nuevamente cuestiones a resolver en forma previa para poder ser aplicada en forma inmediata. El citado artículo⁹ en su segundo párrafo dispone que para que esta especie de sociedades adquiera bienes registrables debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante. Y aquí comienzan a plantearse las dudas respecto a este nuevo requisito de forma exigido para la adquisición de bienes registrables.

El primer interrogante que resultaba determinar cuál sería el registro competente para la registración del acto de reconocimiento ha sido zanjado por el avance reglamentario de los registros de la propiedad. Por la orden de servicio 45/2015 la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires ha previsto el supuesto de adquisición de bienes por sociedades comprendidas en la sección IV de la LGS. En este sentido se ha expresado el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal mediante la DTR 14/2016, habiendo hecho lo propio la Dirección Nacional de Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y Créditos Prendarios mediante la sanción de la Disposición DN 353-15. Debiendo dejar de lado que el Registro Público sea quien deba registrar los actos de reconocimiento sin

9 Artículo 23. Las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad pueden ser invocadas entre los socios. En las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato, pero la disposición del contrato social le puede ser opuesta si se prueba que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica. Bienes registrables. Para adquirir bienes registrables la sociedad debe acreditar ante el registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad.

perjuicio de la confusa introducción de los arts. 176 a 179¹⁰ de la Resolución General 7/15.

En segundo orden cabría precisar el alcance de la obligación de acreditar ante el registro su existencia y las facultades de su representante mediante un acto de reconocimiento. Dicho acto no tiene un contenido específico sino una finalidad específica que es como bien se indicó en los títulos anteriores la determinación de la sociedad titular de bienes registrables. De modo tal que coincidimos con BENSEÑOR al entender que debe asignarse como contenido necesario para la prueba de la existencia de la sociedad los siguientes elementos: a) Denominación; b) Objeto; c) Declaraciones que constituyan prueba de la existencia (art. 23, último párrafo). A lo que agregamos que a los fines de cumplir con la mención a las facultades de su representante bastará hacer mención al texto legal pertinente, debiendo detallarse las limitaciones establecidas en el contrato o a la representación plural conforme art. 128 de la LGS.

La ley determina un autor específico para este reconocimiento que son todos cuantos manifiesten ser los socios indicando sus proporciones de participación. Ello se debe a que ante la falta de registración del contrato y sus modificaciones no existe otra posibilidad para reconstruir la titularidad del capital a fin de proceder con certeza a componer las mayorías que determinen la suerte del bien.

Cabe tener presente que si bien el mismo artículo remite a la obligación de determinar las facultades del representante tanto este como la composición social existente al momento de la adquisición puede ser diversa a la existente al momento en que el mismo se pretenda enajenar o sea objeto del proceso liquidatorio.

Tal como ha sido receptado por la DTR 14/16 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal no corresponde dar publicidad a este recaudo, por resultar intrascendente desde el punto de vista registral

En orden a estas reflexiones cabría analizar el art. 26 de la Ley General de Sociedades que regula las relaciones entre los acreedores sociales y de los socios, y equipara su tratamiento a las sociedades regulares, aun en el caso de bienes registrables. Importante diferencia con su redacción anterior que limitaba la equiparación a todas las relaciones y bienes en tanto no fueran sobre bienes registrables.

Es entonces claro que para la Ley General de Sociedades los acreedores sociales

10 Para la regularización de sociedades de hecho civiles. Artículo 179. Podrá solicitarse la aplicación del artículo 177 a la inscripción de bienes registrables en cabeza de la sociedad regularizada, si concurren los siguientes extremos (término sustituido por art. 4° pto. 30 de la Resolución General N° 10/2005 de la Inspección General de Justicia B.O. 9/11/2005). 1. Del título de su adquisición por parte de socios que permanezcan en la sociedad, surge que los mismos efectuaron dicha adquisición con fondos y para la sociedad. 2. De dicho título resulta indubitable que se trata de la misma sociedad y existe identidad de socios, incluidos los que en su caso se hayan retirado de la sociedad como consecuencia de decidirse su regularización. 3. Se acompaña escritura pública de aceptación de la estipulación indicada en el inciso 1, efectuada por la sociedad ya inscripta.

tendrían privilegio sobre los bienes registrables de la sociedad sobre los acreedores particulares de los socios. Y que estos tan solo tienen derecho, por remisión a las normas de la sociedad colectiva, al embargo de la cuota de liquidación y de las utilidades que se distribuyan. En igual sentido que los arts. 1756 y 1757 del Código Civil¹¹ en relación a sociedades civiles.

Respetándose entonces idéntico criterio y provocando las preferencias establecidas por la Ley de Registro Inmobiliario 17.801 al permitir la anotación a nombre de la sociedad.

2.4. CASOS PROBLEMÁTICOS

2.4.a. Bienes pertenecientes a sociedades de las Sección IV en cabeza de socios

Hasta aquí ha sido expuesta en forma sucinta la evolución de la técnica legislativa de las regulaciones de las sociedades irregulares, hoy atípicas y sus situaciones frente a la adquisición de bienes registrables, problemática trascendente en la órbita notarial.

Resulta de meridiana claridad que la legislación ha avanzado desde la sanción de nulidad hacia la tolerancia legal a la libre creación de sociedades.

En su art. 25 la LGS prevé el instituto de la subsanación¹². Dicho instituto determina el mecanismo por el cual las sociedades contenidas dentro de la sección IV de la

11 Art. 1756 CC. Podrán también cobrarlas de la cuota eventual que pueda corresponderle al socio deudor en la partición de la sociedad; pero embargando o haciendo rematar o adjudicar la cuota eventual que al socio pudiese corresponder, no adquieren derecho para embarazar de modo alguno las operaciones de la sociedad, ni nada podrán haber de ella, sino después de su disolución y partición. Art. 1757 CC. Estas disposiciones sobre los acreedores particulares de los socios tienen lugar, sin diferencia alguna, respecto de los socios que fuesen acreedores particulares los unos de los otros, y respecto de los acreedores de otra sociedad de que sea socio alguno de los socios con otras personas.

12 Artículo 25. En el caso de sociedades incluidas en esta sección, la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales, pueden subsanarse a iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier tiempo durante el plazo de la duración previsto en el contrato. A falta de acuerdo unánime de los socios, la subsanación puede ser ordenada judicialmente en procedimiento sumarísimo. En caso necesario, el juez puede suplir la falta de acuerdo, sin imponer mayor responsabilidad a los socios que no lo consientan. El socio disconforme podrá ejercer el derecho de receso dentro de los diez (10) días de quedar firme la decisión judicial, en los términos del artículo 92. Disolución. Liquidación Cualquiera de los socios puede provocar la disolución de la sociedad cuando no media estipulación escrita del pacto de duración, notificando fehacientemente tal decisión a todos los socios. Sus efectos se producirán de pleno derecho entre los socios a los noventa (90) días de la última notificación. Los socios que deseen permanecer en la sociedad, deben pagar a los salientes su parte social. La liquidación se rige por las normas del contrato y de esta ley.

LGS pueden adoptar alguno de los tipos del capítulo II.

Ahora bien no se observa en la legislación normas que permitan determinar un claro proceso para la adecuación patrimonial de dichas sociedades bien sea derivada del proceso de adecuación o bien al adecuado reflejo patrimonial derivado de la realidad económica. Presentándose aquí otro desafío a resolver.

A nuestro modo de entender la ley en su texto previo a la reforma hubo vedado la legitimación registral a las sociedades contenidas en esta sección exceptuando el caso del aporte a sociedades en formación.

No es menor la observación que autores como VÍTOLO¹³ y ROITMAN¹⁴ hacen a las normas de la Ley de Concursos y Quiebras al explicar que conforme el art. 2 de la LCQ son sujetos concursales las personas de existencia ideal de carácter privado, incluyéndose a las sociedades de hecho.

Ante la quiebra de una sociedad de hecho o irregular bajo el sistema anterior de responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios se formaba una sola quiebra extensiva a sus miembros bajo el sistema de masas separadas conforme el art. 22 de la Ley 24.522. Lo que implicaba que los acreedores sociales podrían pedir la liquidación de cualquier bien para cobrar su crédito mas no podrían los acreedores de los socios verificar sus créditos en la quiebra o concurso de la sociedad. Limitándose su derecho a reclamar sobre el remanente. En el sistema anterior se afianzaban los derechos de los acreedores sociales en la quiebra pero se los desprotegía frente a la ejecución forzada individual. Bajo la coherencia del sistema actual resulta de importancia poder proceder a la correcta registración debido a que si bien procura la defensa de los intereses de los acreedores de la sociedad, estos no se encuentran facultados a peticionar la extensión de quiebra a los socios por carecer en la actualidad en forma necesaria responsabilidad ilimitada.

Asimismo la cuestión es de importancia a fin de sustraer el bien de la acción de división de condominio que de otro modo se encontraría abierta la posibilidad de incorporación de terceros en la titularidad de bienes sociales por ejecución forzada o acto voluntario, con derecho de ejercicio directo sobre la cosa.

Si bien esta cuestión no ha sido receptada ni por la orden de servicio 45/2015 ni por la DTR 14/16 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, a nuestro entender no existe impedimento para su transferencia a nombre de la sociedad en tanto se hubiera hecho constar en el cuerpo de la misma que los fondos con los que se efectuó la adquisición correspondieron a ella, o se hubiera estipulado en su favor o practicado la anotación preventiva del art. 38 de la LGS, en cuyo caso requerirá desistimiento definitivo de la inscripción en el Registro Público.

13 VÍTOLO, Daniel Roque. *Sociedades Comerciales. Ley 19.550 comentada*. (Doctrina - Jurisprudencia - Bibliografía).

14 ROITMAN, Horacio. *Ley de Sociedades Comerciales Comentada*.

2.4.b. Calidad de socio

La calidad de socio se deberá acreditar a los fines de la celebración de la asamblea bajo la forma que el estatuto indique o en su defecto bajo las normas establecidas para la sociedades colectivas, de aplicación analógica a esta sección. La responsabilidad de la acreditación de tal carácter corresponderá al órgano de administración. Planteándose la problemática de la falta de libros donde labrar las actas de asambleas o reuniones, documentos necesarios para acreditar la voluntad del órgano de gobierno de la sociedad. En este aspecto coincidimos con PÉREZ LOZANO¹⁵ que a fin de dotar de seguridad instrumental dichas decisiones deben constar en acta notarial.

2.4.c. Liquidación

Finalmente otro punto pendiente de armonización en la legislación es la liquidación societaria. El art. 25 de la LGS remite en cuanto a la liquidación a las disposiciones relativas del contrato y de la ley. Tal como lo dispone el art. 150¹⁶ CCyC las personas jurídicas se registrarán en primer orden por las normas imperativas de ley especial, luego en su defecto por las normas imperativas del CCyC. De modo tal que la disposición del art. 25 de la LGS debe entenderse de modo tal que la liquidación de las sociedades contenidas en la sección IV se rigen por las disposiciones de los arts. 101 y sgtes. de la LGS y supletoriamente por las disposiciones contractuales.

Por lo tanto no se encuentran exceptuadas las sociedades de la sección IV de la obligación de inscribir liquidador.

Sin embargo no existe aun reglamentación de IGJ o DPPJ que determine el proceso mediante el cual la sociedad logrará la correspondiente inscripción de liquidador. En especial la aceptación de actas volante a fin de su registración.

El contrato no resulta oponible a terceros si no se prueba el conocimiento por parte de los mismos al inicio de la relación jurídica. De modo tal que la norma del art. 22 LGS protege a los terceros contratantes en la apariencia de la contratación, no siéndolo oponible el contrato ni sus estipulaciones salvo conocimiento efectivo del mismo al tiempo del inicio.

15 LXXIII Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira, 1-2 de junio de 2017.

16 Artículo 150. Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades.

La norma del art. 25 LGS al remitir a las disposiciones de la ley en materia liquidatoria no hace más que proteger a aquellos terceros que han conocido el contrato. Terceros que las disposiciones del art. 25 última parte equiparan en su tratamiento a los vinculados a las sociedades típicas, manteniendo la propagación de efectos de la personalidad diferenciada.

Esto terceros que han contratado con la sociedad deben ser advertidos de la liquidación mediante la publicidad de tal situación en el registro público. Así como también todos los demás terceros a quienes el contrato no puede ser opuesto, pero a tenor del art. 22 primera parte pueden oponerle a la sociedad y a los socios a fin de poder hacer efectivas sus acreencias contra el patrimonio social.

3. PONENCIAS

1) Las sociedades contenidas en la sección IV se rigen en primer orden por las normas imperativas de la Ley 19.550. Las leyes imperativas del CCyC en su defecto, por su contrato, por las normas supletorias de la sección IV y las referidas a la sociedad colectiva.

2) El acto de reconocimiento a que hace referencia el art. 23 de la LGS establece el contenido necesario para la prueba de la existencia de la sociedad en los siguientes elementos: a) denominación; b) objeto; c) declaraciones que constituyan prueba de la existencia (art. 23, último párrafo). A los fines de cumplir con la mención a las facultades de su representante bastará hacer mención al texto legal pertinente, debiendo detallarse las limitaciones establecidas en el contrato o a la representación plural conforme arts. 128 de la LGS.

3) El acto de reconocimiento a que hace mención del art. 23 de la LGS podrá otorgarse por instrumento público o instrumento privado con firma certificada. Podrá asimismo otorgarse con relación a un acto de adquisición determinado o bien para un número indeterminado de actos. En caso de constar en instrumento público no será necesaria su agregación si fuere escritura pública, bastando en tal caso la mención del folio de protocolo.

4) No existe impedimento para la transferencia de bienes registrables a nombre de los socios a favor de la sociedad en tanto se hubiera hecho constar en el cuerpo de la misma que los fondos con los que se efectuó la adquisición correspondieron a ella, o se hubiera estipulado en su favor o practicado la anotación preventiva del art. 38 de la LGS en cuyo caso requerirá desistimiento definitivo de la inscripción en el Registro Público.

5) No resulta posible la subsanación de la falta de manifestación de la voluntad de adquisición para la sociedad por entender analógicamente aplicables en protección de derechos de terceros, los arts. 88 y 104 del Decreto 466/99¹⁷.

6) Resulta subsanable la omisión de consignar el acto de reconocimiento en la escritura en tanto exista la manifestación de adquisición para la sociedad y el acto de reconocimiento sujeto a calificación se acredite posteriormente en forma fehaciente y sea previo al acto de adquisición.

7) La calidad de socio deberá acreditarse bajo la forma que el estatuto indique o en su defecto bajo las normas establecidas para las sociedades colectivas, de aplicación analógica a esta sección. La responsabilidad de la acreditación de tal carácter corresponderá al órgano de administración.

8) Las actas de asambleas o reuniones de las sociedades contempladas en la sección IV deberán constar en escritura pública a fin de dotar de seguridad instrumental dichas decisiones.

9) Las sociedades de la sección IV no se encuentran exceptuadas de la obligación de inscribir liquidador.

4. BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Código Civil

Código de Comercio

Código Civil y Comercial de la Nación

Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación

Ley 17.801 de Registros Inmobiliarios

Ley 19.550 de Sociedades Comerciales y sus modificatorias

Ley 19.550 (t.o. Ley 26.887) Ley General de Sociedades

Ley 24.522

Decreto 2080/80 de la Capital Federal

Decreto 466/00

Decreto-Ley 11.643/63 (Texto actualizado por leyes 10.542, 12.008 y 13.405)

Resolución General 7/2005 IGJ

Resolución General 7/2015 IGJ

Orden de servicio 45/2015 RPI Provincia de Buenos Aires

Doctrina

RIVERA, JULIO CÉSAR y MEDINA GRACIELA (directores). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomos I y VI, La Ley, 2014.

17 CESARETTI-CRETO. "Aspectos generales de la regularización societaria", Revista del Notariado 793, pág. 25; en Nissen, *Ley de Sociedades Comerciales*.

- FLEITAS, FEDERICO. "La Personalidad Jurídica de las sociedades irregulares y de hecho y sus consecuencias prácticas", *El Derecho* 230-181.
- REY, MATÍAS J. "Hacia la revalorización de dos principios relegados en materia de sociedades irregulares y de hecho", *El Derecho* 207-987.
- GAGLIARDO, MARIANO. "Aporte a una sociedad de hecho y calidad de socio", *El Derecho* 201-280.
- ROITMAN HORACIO. *Ley de Sociedades Comerciales Comentada*, Tomo I, 2da edición, La Ley, 2011.
- VÍTOLO, DANIEL ROQUE. "La Ley de Sociedades Comerciales reformulada por la ley que sancionó el Código Civil y Comercial", *La Ley* 27/10/2014, 27/10/2014, 1 - *La Ley* 2014-F, 692, cita on line AR/DOC/3838/2014.
- VÍTOLO, DANIEL ROQUE. *Sociedades Comerciales. Ley 19.550 comentada (doctrina - jurisprudencia - bibliografía)*, Rubinzal Culzoni, 2007.
- VÍTOLO, DANIEL ROQUE. *Manual de Sociedades*, Editorial Estudio, 1era edición, 2016.
- NISSEN, RICARDO AUGUSTO. *Ley de Sociedades Comerciales 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, tomo I, 3era edición, Editorial Astrea, 2010.
- VERÓN, ALBERTO VÍCTOR. *Sociedades comerciales. Ley 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, tomo I, Editorial Astrea, 1982.
- BENSEÑOR, NORBERTO RAFAEL. "Aportes de Bienes Registrables a Sociedades. Negociación de los aportes. Cuestiones registrales", *Revista del Notariado* 860, págs. 45-73.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. "Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015", *La Ley* 02/06/2015, 1, Cita On line AR/DOC/1801/2015.
- JUNYENT BAS, FRANCISCO. "El derecho transitorio. A propósito del Artículo 7 del Código Civil y Comercial", *La Ley* 27/4/2015, 2015-B.
- RODRÍGUEZ ACQUARONE, PILAR M. "Personas Jurídicas. Novedades Introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación en relación a la constitución, funcionamiento, disolución y liquidación de las Personas Jurídicas. Parte General. Fundaciones. Asociaciones. Asociaciones Civiles bajo la forma de Sociedad. El consorcio de Copropietarios", LXIX Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira, 5-6 de junio de 2015.
- URBANEJA, ALDO EMILIO. "Ley General de Sociedades N°19.550, T.O. 1984", LXIX Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira, 5-6 de junio de 2015.
- URBANEJA, MARCELO EDUARDO. "Análisis del artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación. Abordaje de casos particulares", LXXIII Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira, 1-2 de junio de 2017.

Jurisprudencia

- CApelCC y Garantías en lo Penal Necochea, "Arrate, José Luis c/Viero Andres y otros s/disolución de sociedad de hecho", 30/5/2002, *El Derecho* 201-264.
- CNCom., Sala B, "Souzzo Antonio c. Cedran Carlos A.", 29/11/1988, en ROITMAN, HORACIO, *Ley de Sociedades Comerciales Comentada*, tomo I, 2da Edición, La Ley, 2011.
- CNCom Sala A, "Industrias Plásticas Rivadavia c. ElKadri Sami", 28/06/1985, en ROITMAN, HORACIO, ob. cit.
- CNCom, Sala E, "Lafiego Laura c. Rodríguez y otros", 28/11/1991, en ROITMAN, HORACIO, ob. cit.

LA FUNCIÓN DEL NOTARIO EN LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

*Marcela Alejandra Muscariello
María Paula Etchart
Walter César Schmidt*

SUMARIO: -Ponencia. -Capítulo I. Aspectos generales de la Ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor. -Capítulo II. Instrumento constitutivo. -Capítulo III. Forma, firma digital e inscripción digital. -Conclusión. -Bibliografía.

* Accésit compartido correspondiente al tema 3: "Personas jurídicas privadas".

PONENCIA

- Atento a la evolución tecnológica y la rapidez con la que se suceden los negocios en la actualidad, surge la necesidad de crear este nuevo tipo, el cual se ha ido consolidando, en los últimos tiempos, en varios países latinoamericanos. La SAS constituye un cuerpo normativo autónomo previsto especialmente para Pymes y que viene a superar las insuficiencias de la Ley General de Sociedades mediante un marco normativo más dinámico, menos rígido y con plazos abreviados de registración. Conjuga caracteres de la SA en cuanto a la división del capital en acciones (art. 40) y de la SRL en cuanto a los órganos sociales (art. 49) y la garantía solidaria e ilimitada de los socios por la integración de los aportes (art. 43). A dichos caracteres se suman las notas propias de la figura, de lo que resulta una sociedad de perfil singular con fuerte impronta de libertad contractual que se sobrepone a las rigideces legalmente imperativas.

- Al ser un tipo societario con particularidades distintas: una libertad estatutaria casi absoluta, posibilidad de ser unipersonal, sin quedar sujeta a fiscalización permanente de la autoridad de contralor, bajo costo derivado de un capital mínimo e insignificante (dos salarios mínimos) la posibilidad de captar capitales por internet mediante *crowdfunding*, las prestaciones accesorias de servicios pasados y futuros de administradores y proveedores, mantenimiento de aportes irrevocables sin devolver ni capitalizar por un plazo de dos años, la posibilidad de prohibir la transmisión de acciones por diez años, la resolución de conflictos por negociaciones amigables y arbitraje, el uso de las nuevas tecnologías para los actos societarios, los registros contables y su relación con el Registro Público imponen a nuestra actuación como notarios, un rol insustituible, en este nuevo tipo social, a partir del asesoramiento previo, la redacción y creación del documento mediante la adecuación de las voluntades de las partes al marco normativo del nuevo tipo social.

- Destacamos que nada se avanzará con el hecho -meramente voluntarista- de que la ley disponga que la sociedad deba inscribirse en 24 horas bajo un estatuto tipo en el Registro Público, cuando las facultades correspondientes a requerimientos y plazos para la inscripción, procedimientos contenciosos referidos a dicha inscripción y para la utilización de sistemas digitales, están en las órbitas de las respectivas jurisdicciones provinciales y locales del país, las que cuentan con serias restricciones de infraestructuras y recursos, entre ellas un acceso nulo o muy limitado a internet.

- Teniendo en cuenta que el Código Civil y Comercial de la Nación delega en las jurisdicciones locales la reglamentación de la formación del protocolo; que ninguna de las legislaciones local prevé la escritura matriz electrónica, y que el art. 4 de la Ley 25.506 establece que las disposiciones de la ley no serían aplicables

a actos en los que entendemos se encuentran las escrituras públicas, en estos momentos no es posible hablar de protocolo notarial electrónico en la República Argentina, sin embargo la inexistencia de protocolo digital no impide la circulación de copias o testimonios digitales.

- Teniendo en cuenta que la ley prevé la posibilidad del ingreso de un instrumento privado con firma digital sin control de la prestación válida del consentimiento a partir de un oficial público, es muy importante discernir entre la seguridad en términos informáticos de la seguridad en términos jurídicos. Son dos cosas absolutamente diferentes, donde la primera puede colaborar en parte para el logro de la segunda.

- Consideramos necesario recalcar y destacar los riesgos que implica la creencia de que la firma digital ha venido a agilizar la dinámica de los negocios, otorgando seguridad a los contratantes mediante la validación de claves asimétricas, descartando la presencia del notario en la formalización del negocio especialmente en la observancia y control de la prestación válida del consentimiento.

- Si bien la validación de las claves asimétricas es segura, hay un aspecto que tecnológicamente no es posible verificar, como lo es la prestación válida del consentimiento. La validación de las claves pública y privada se realiza en el entorno electrónico donde sólo se verifica la pertenencia y correspondencia de la clave privada con la pública. En caso que corresponda se da por válida la firma y se menciona quién es el titular de dicha firma.

- Desde una visión jurídica, para que un negocio sea válido no solo es necesario verificar la validación de las claves sino que quien estampe la firma digital sea la persona titular de dicha firma y que además el consentimiento a dicho negocio sea prestado libre y voluntariamente, es decir sin vicios.

CAPÍTULO I - ASPECTOS GENERALES DE LA LEY 27.349 DE APOYO AL CAPITAL EMPRENDEDOR

1.1. ANÁLISIS DE LA LEY 27.349

El 12 de abril de 2017, se publicó en el Boletín Oficial la Ley 27.349, llamada de Apoyo al Capital Emprendedor, incorporando en su Título III un nuevo tipo social, las llamadas sociedades por acciones simplificadas, en adelante SAS. El citado cuerpo legal surge ante las necesidades socioeconómicas devenidas en los últimos años, las cuales no han podido ser reguladas por la Ley 19.550, hoy llamada Ley General de Sociedades.

Dentro de este cambio socioeconómico, comienzan a utilizarse nuevos modos de comunicación, las empresas acuden a nuevas formas de operar y de entablar relaciones laborales, cuya idea principal es concebida a través de una página web con la intención de ofrecer un servicio fácil para la vida cotidiana. Dentro de este facilismo o practicidad, surge la necesidad del aprovechamiento del tiempo, el cual resulta ser de gran importancia en las nuevas formas de trabajo, y la necesidad de contar con un marco normativo menos rígido y un tanto más dinámico y autónomo para las micro, pequeñas y medianas empresas y en especial para los emprendedores ante la insuficiencia de formas o tipos societarios regulados en la Ley General de Sociedades. Este nuevo contexto no pudo ser explotado de manera competente tanto por la Ley General de Sociedades como por las variadas disposiciones que han surgido, no solo de la Inspección General de Justicia, sino de los distintos organismos provinciales competentes en la inscripción de sociedades, ya que imponen demasiados trámites burocráticos provocando que la inscripción de una simple sociedad comercial sea incordiante y demasiado larga.

Sumado a esto, el surgimiento de estructuras de microempresas, con gran potencial, terminan por influir en la creación de una ley que promueva la actividad emprendedora, dirigida básicamente a regular el capital emprendedor y a apoyar al emprendedorismo, términos que resulta útil definir, ya que en ellos se basa este cuerpo normativo.

Cuando hablamos de “emprendedor” estamos haciendo referencia a cualquier persona humana que dé inicio a un proyecto productivo y la ley concluye dicha definición diciendo: “... o que desarrolle o lleve a cabo un emprendimiento en los términos de esta ley”.

Por su parte, emprendedorismo o emprendimiento, resulta ser cualquier actividad que tenga o no fines de lucro, realizada por una persona jurídica nueva, o cuya fecha de constitución no exceda los siete años. El texto de cuerpo normativo, establece una categoría dentro de “emprendimiento” y es el “emprendimiento dinámico” el cual es definido como una actividad productiva con fines de lucro, cuyos emprendedores conservan el control político de la persona jurídica.

Uno de los cambios más significativos que introduce esta ley, es el lugar destacado que le otorga a la autonomía de la voluntad, la cual va a permitir crear con absoluta libertad una sociedad a la medida de las necesidades de cada socio, y es justamente en este punto donde el rol del notario se hace fundamental, ya que va a ser el encargado de dar soluciones a las necesidades particulares, de confeccionar un instrumento constitutivo que se adapte a las mismas, de disipar las dudas de los emprendedores-requirentes y fundamentalmente de poner en marcha el emprendimiento para que pueda cumplir su finalidad. Aquí nos encontramos con un cambio de paradigma, ya que la Ley 19.550 tiene un vasto corte imperativo y rígido, por lo tanto encuadra tipos cerrados, donde la autonomía de la voluntad se da en muy pocos casos. El diseño de las SAS está orientado básicamente, para acentuar la agilidad y flexibilidad, por lo cual su tipicidad ofrece ciertas características híbridas, algunas de las sociedades anónimas, tales como que el capital social se divide en acciones, y otras de las sociedades de responsabilidad limitada, como la organización, gobierno y fiscalización.

Algunas de las características más sobresalientes de este modelo “revolucionario”, además de anteponer la voluntad de los socios sobre las normas establecidas en la Ley General de Sociedades, provocando que esta última, sea aplicada de manera supletoria, son: la digitalización del derecho societario al prever el uso de algunos tips para su inscripción, los registros, las comunicaciones y la propia gestión societaria; la transformación de una sociedad preexistente en SAS a fin de poder aprovechar sus grandes ventajas; la importancia del art. 57 al establecer que el modo de resolución de conflictos podrá preverse en el instrumento constitutivo, optando por la negociación o la intervención de árbitros; la posibilidad de ser unipersonal sin quedar sujeta a fiscalización permanente; un capital inicial casi inexistente; la posibilidad de captar capitales mediante diversos tipos de acciones o por medio del “crowdfunding”; la posibilidad de prohibir la transmisión de acciones por diez años, renovables por igual período; las prestaciones accesorias de servicios pasados y futuros y el mantenimientos de aportes irrevocables por dos años, entre otras.

Podemos concluir el presente punto afirmando entonces, que una de las principales innovaciones que introduce esta reglamentación es la posibilidad de su inscripción en el registro público por medios digitales con firma digital, superando el soporte papel definitivamente. Si la misma se constituye a través de un instrumento constitutivo tipo o modelo, el art. 38 de la Ley 27.349 asegura su inscripción registral dentro del plazo de 24 horas contadas desde el día hábil siguiente al de su presentación, de tal modo que la publicidad en el Boletín Oficial a la que hace referencia el art. 37 se verifica el mismo día de su inscripción o posterior a este. Por otro lado, si se opta por confeccionar un estatuto libre, confeccionado según las necesidades particulares del emprendedor, ni los tiempos ni las formas podrían respetarse según la ley.

1.2. LIMITACIONES DE LA LEY

El régimen de las SAS posee una clara intención de permitir su utilización a pequeños y medianos empresarios, pero impone ciertos límites. El límite entre la SAS y la sociedad de la Ley General de Sociedades está dado por el art. 39, el cual impide constituir o adoptar este nuevo tipo a:

a) Las sociedades contempladas en el art. 299 de la Ley General de Sociedades en los supuestos del inc. 1, las que hagan oferta pública de sus acciones o debentures; inc. 3, aquellas que sean de economía mixta o se encuentren comprendidas en la Sección VI; inc. 4, las que realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesas de prestaciones o beneficios futuros, e inc. 5, aquellas que exploten concesiones o servicios públicos.

b) Las sociedades controladas por una sociedad de las comprendidas en el art. 299 de la Ley General de Sociedades, ni estar vinculada en un treinta por ciento de su capital a una sociedad incluida en dicho artículo.

En el supuesto de que alguna SAS, por cualquier motivo, deviniera en alguno de los impedimentos mencionados precedentemente en los puntos a y b, deberá transformarse en alguno de los tipos previstos en la Ley General de Sociedades y proceder a su inscripción dentro de un plazo no mayor de seis meses desde el momento en que se configuró el supuesto. El incumplimiento de dicha norma ocasionará la responsabilidad solidaria, ilimitada y subsidiaria de sus socios, sin perjuicio de otras responsabilidades en las que puedan incurrir.

Como se puede advertir, la nueva ley, por una parte les quita la posibilidad de recurrir a este nuevo tipo societario a aquellas sociedades anónimas que coticen en bolsa, pero por otra, motiva a esta nueva forma societaria a través de la introducción de un sistema de “Fondo fiduciario para el desarrollo del capital emprendedor” regulado entre los arts. 14 y 21, y asimismo establece un “Sistema de financiamiento colectivo” regulado entre los arts. 22 y 32.

El fondo fiduciario para el desarrollo del capital emprendedor resulta ser un fideicomiso de administración financiera a cargo de un consejo directivo, el cual lo dirigirá con el objeto de facilitarle mayores recursos a los emprendedores. La finalidad es financiar emprendimientos de capital emprendedor. Tal fideicomiso podrá contar con recursos provenientes de entidades públicas, donaciones, de oferta pública de acciones, rentas producidas de los fondos puestos a disposición, entre otras.

Por su lado, el sistema de financiamiento colectivo es un mecanismo por el que se constituyen sociedades comerciales, adoptando el tipo sociedad anónima, reguladas por la Comisión Nacional de Valores, las cuales quedarían enmarcadas dentro del art. 299 de la Ley General de Sociedades. Estas sociedades anónimas tendrán por finalidad fomentar el financiamiento de la industria del capital em-

prendedor a través del mercado de capitales y serán dirigidas exclusivamente por personas humanas designadas por los accionistas.

Resulta lógico entonces que si se pretende facilitar la participación de los emprendedores y dar mayor agilidad a una SAS, estas no pueden quedar comprendidas en el régimen de control estatal permanente ni en forma directa ni indirecta a través de un controlante.

CAPÍTULO II - INSTRUMENTO CONSTITUTIVO

2.1. Artículo 36 de la Ley 27.349

El art. 36 de la Ley 27.349, regula los requisitos mínimos que debe contener el instrumento de constitución, siendo similar, en algunos puntos al art. 11 de la Ley General de Sociedades, aclarando que sin perjuicio de aquellas cláusulas que el o los socios puedan incluir.

Esta norma busca poner de relieve la autonomía de configuración contractual en el momento de regular los derechos y obligaciones de los socios, fijar las reglas de funcionamiento de la sociedad, dictar normas de gobierno corporativo, normas sucesorias, pactar la manera de resolver conflictos, entre otros temas ajustados a la medida del empresario. La duda que despierta el alcance de la autonomía de configuración contractual se presenta cuando la Ley General de Sociedades aparece como norma supletoria y esa supletoriedad funciona perforando por completo el instrumento constitutivo de las SAS; o sea, el contrato asociativo o estatuto social¹.

El análisis de los puntos determinantes de cada inciso de este artículo, va a permitir la realización de un modelo de constitución de una SAS donde el desempeño profesional del notario como asesor, redactor y creador del documento tendrá un rol fundamental.

Los requisitos están enumerados en once incisos que a continuación serán detallados.

2.2. INCISO 1° DEL ARTÍCULO 36

El inc. 1° instituye cómo deberán identificarse la persona o las personas, tanto física como jurídica que constituya una SAS en el contrato constitutivo. La

1 VAN THIENEN, Pablo A. y Di Chiazza, Iván. *Sociedad por Acciones Simplificada y supletoriedad de la Ley General de Sociedades*, 2017.

normativa establece que este tipo social puede ser constituido e integrado por un único socio con vocación pluripersonal o viceversa, sin requerir reforma de estatuto, ni inscripción registral de tal circunstancia. En caso de ser unipersonal no deberá enunciarse su denominación con la sigla SAU (sociedad anónima unipersonal), ni requerirá estar sometida a fiscalización permanente. En cuanto a los datos personales de los socios en caso de ser personas físicas, se exige nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio, número de documento de identidad y su clave única de identificación laboral o clave única de identificación tributaria. Cuando la conformación esté dada por personas jurídicas, de las mismas deberá contar su denominación o razón social, domicilio, sede, datos de los integrantes del órgano de administración y la clave única de identificación tributaria o la clave de identificación de ambas.

2.3. INCISOS 2º Y 3º DEL ARTÍCULO 36

El inc. 2º del citado artículo, se refiere a la denominación social y solo hace hincapié en la responsabilidad de los administradores o representantes de la sociedad en caso de que su denominación social no contenga la expresión “sociedad por acciones simplificadas” o la sigla “S.A.S.” o “SAS”. Con lo expresado aquí, es dable aclarar que toda persona jurídica privada debe tener un nombre que la identifique como tal, con el aditamento indicativo de la forma jurídica adoptada². Este modo de identificación, nombre, puede adquirir dos formas de expresión, razón social o denominación social. La razón social se integra con el nombre de uno o más socios cuya responsabilidad será subsidiaria, ilimitada y solidaria por las obligaciones sociales con el agregado del tipo social correspondiente, el cual puede ser expresado en forma completa o por la sigla. La denominación social está integrada por un nombre de fantasía seguido de la sigla identificadora del tipo social escogido, aclarando que en las sociedades de responsabilidad limitada, si la denominación social incluye el nombre de alguna persona física o jurídica, se requiere que la misma revista el carácter de socio, aunque no por ello sería razón social.

El inc. 3º se refiere al domicilio social y su sede. El Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 152 establece que el domicilio de la persona jurídica es el establecido en los estatutos o en la autorización que se le dio para funcionar. Seguidamente aclara que el cambio de domicilio requiere modificación de estatuto; el cambio de sede, si no forma parte del estatuto, puede ser resuelto por el órgano de administración. Pero no aclara ambos conceptos. Al domicilio se le

2 Art. 151 Código Civil y Comercial de la Nación.

asignó tradicionalmente el significado de “jurisdicción” y a la “sede” el domicilio exacto dentro de la jurisdicción³. La ley 27.349 exige como único requisito en el instrumento constitutivo, el domicilio social, y acepta que el domicilio de su sede pueda estar o en el acta constitutiva o inscribirse simultáneamente mediante petición del órgano de administración, el cual surtirá efectos vinculantes para todas las notificaciones efectuadas en ella, tal como es reconocido por el art. 153 del Código Civil y Comercial de la Nación.

2.4. EL OBJETO DE LAS SAS

Al decir de VÍTOLO, “el objeto social es el elemento no tipificante del contrato de sociedad que enuncia, enumera y reúne -en un sentido abstracto- la actividad económica que los socios han establecido que podrá ser desarrollada por la sociedad”⁴. Siendo el mismo, de carácter abstracto, se conforma a través de la descripción de un conjunto de actos, para los cuales la sociedad debe tener capacidad y legitimación para llevarlos a cabo. El objeto social asume una serie de funciones, entre las cuales podemos enumerar: a) delimita la actividad de la sociedad; b) enmarca la competencia y los límites de los órganos; c) fija las facultades de los representantes y d) permite definir el interés social. No obstante esto, se exige que el mismo sea determinado y preciso, lo cual resulta ser una restricción a la autonomía contractual que incide en la capacidad societaria.

El inciso cuarto introduce una novedad relevante al referirse al objeto social, ya que enuncia que el mismo puede ser “plural”, definiendo en forma clara y precisa las actividades principales que constituyen el mismo, las cuales podrán tener o no conexidad entre ellas. Si bien esta novedad en principio pareciera configurar un elemento más que permite flexibilizar la normativa societaria, al regularse de una manera tan genérica, podría ocasionar ciertos inconvenientes en la práctica, tales como confusiones en las relaciones comerciales respecto a terceros de buena fe. Al ser el objeto social un elemento determinante en la vida societaria, ya que como se expresó *ut supra*, demarca la capacidad de la empresa para desempeñarse dentro de la actividad comercial, ser impreciso establecería límites ambiguos en la capacidad para contratar, provocando un alto riesgo en la interpretación de la validez de los contratos celebrados. Por otra parte, y para reafirmar la posibilidad de desarrollar un objeto plural, se prohíbe expresamente a los registros el dictado de normas reglamentarias que limiten dicho objeto. Es una clara referencia al dictado de la Resolución General de IGJ 9/04, incluida en la

3 VÍTOLO, Daniel Roque. *Manual de Sociedades*, 2016.

4 VÍTOLO, Daniel Roque. Obra citada, pág. 108.

7/05, reemplazada luego por la Resolución General 7/15 que impuso reglamentariamente el objeto único en las sociedades comerciales cuando la limitación no existía, ni existe en la ley societaria.

El plazo de duración mencionado, al igual que en art. 11 de la Ley 19.550, en el inc. 5º, solo prescribe que deberá determinarse. Esta generalidad se debe a una obligación de todos los tipos sociales, ya que demarca la certeza de los negocios jurídicos y sobre esta base, la sociedad podrá determinar hasta qué momento temporal puede obligarse, los socios conocerán la fecha cierta de sus obligaciones y los terceros, a través de la publicidad mercantil, podrán conocer el límite de la vida societaria.

2.5. EL CAPITAL SOCIAL. PRESTACIONES ACCESORIAS. APORTES IRREVOCABLES

El inc. 6º refiere al capital social; el aporte de cada socio, expresado en moneda nacional; las características de las acciones; y en el segundo párrafo hace referencia a la suscripción e integración del capital, la forma de integración y el plazo para el pago del saldo adeudado, el cual no podrá exceder de dos años. Es entre el segundo párrafo de este inciso y el art. 41 de la ley, donde se produce una contradicción en el mismo cuerpo normativo. En el citado inciso menciona que la forma de integración del capital deberá estar contemplada en el instrumento constitutivo, cuyo plazo no deberá superar los dos años, pero el art. 41 de la ley en cuestión, determina en forma clara que los aportes en dinero deben integrarse en un veinticinco por ciento al momento de la suscripción y el resto en un plazo máximo de dos años, y los aportes en especie deberán integrarse en un ciento por ciento al momento de la suscripción. Por lo tanto, se puede observar que el intento por hacer valer la autonomía de la voluntad en el instrumento constitutivo termina colisionando con los límites que aparentemente el legislador pretendió establecer.

Por otro lado, se produce una gran diferencia con el capital de las sociedades anónimas de la Ley General de Sociedades, ya que el capital mínimo no está establecido en moneda de curso legal, sino en una medida que sería el salario mínimo vital y móvil, lo que al momento de su constitución deberían ser dos. Ello permite que el capital social se actualice permanentemente, sin necesidad de modificar el cuerpo legal, y al ser un capital accesible, permite que los pequeños inversores y emprendedores puedan participar.

Refiriendo nuevamente a la integración del capital social, cuyo monto podría ser el equivalente a la suma de dos salarios mínimos, vitales y móviles, el mismo deberá acreditarse a través de una constancia de depósito de un banco oficial si es por medios digitales, o con la manifestación expresa en la escritura pública de

constitución de la sociedad del escribano autorizante de que por ante él los socios obligados hicieron entrega de los fondos correspondientes a los administradores designados en este acto, los cuales lo reciben de conformidad y a los fines indicados. Para el caso de que dicha sociedad se constituya por instrumento privado, se deberá instrumentar por acta notarial en la cual consten los mismos recaudos que en la escritura pública. El art. 25 de la Resolución General de IGJ 6/2017, acepta también que la integración se realice mediante la constancia de gastos de inscripción en el instrumento constitutivo.

Con respecto al aumento del capital, con la finalidad de simplificar los trámites, se prevé que si el aumento es inferior al cincuenta por ciento del existente y registrado, no requerirá su publicación ni inscripción de la resolución de los socios, siempre y cuando se hubiese previsto en el instrumento constitutivo. Sin perjuicio de ello, deberá remitirse por medios digitales al registro respectivo a fin de cumplir con la publicidad que caracteriza este tipo de actos.

La Ley 27.349 establece la posibilidad de realizar aportes accesorios, a prestar no solo por los socios, sino también por administradores y proveedores. Es dable aclarar que la ley se refiere como “aportes” a las prestaciones accesorias consistentes en servicios. Dichas prestaciones no configuran un elemento que impacte sobre el capital social, sino sobre el patrimonio. Puede tratarse de servicios ya prestados o a prestarse en el futuro y se aportarán al valor que los socios determinen en el instrumento constitutivo. Pueden surgir también de reformas posteriores, en cuyo caso el valor se precisará por resolución unánime de los socios o mediante la intervención de peritos designados por los socios de manera unánime también. Es estas reformas será necesario determinar su contenido, modalidad, duración, retribución, sanciones en caso de incumplimiento y mecanismo alternativo de integración para el caso de que se tornare imposible su cumplimiento. En este sentido, como se puede advertir, el legislador, al haber establecido expresamente esta posibilidad, ha generado herramientas adicionales al emprendedor para poder tener acceso a un capital de trabajo y mercadería de mejor calidad que si solamente contara con una sociedad de las tipificadas en la Ley General de Sociedades.

Remitiéndonos al art. 45 del cuerpo normativo, se prevé una reglamentación especial para los aportes irrevocables, muy utilizados en las sociedades pero sin recepción legislativa, excepto por alguna resolución de IGJ de carácter meramente administrativo de las cuales surgen que estos aportes forman parte del capital social⁵. El mencionado artículo establece que podrán mantener dicho carácter por el plazo de veinticuatro meses, a contar desde la fecha de aceptación de éstos

5 La Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires trata la posibilidad de capitalizar el aporte irrevocable en el art. 148 de la Disp. 45/2015.

por el órgano de administración de la SAS. Dicho órgano deberá resolver sobre su aceptación o rechazo dentro del plazo de quince días desde el ingreso de dichos aportes, tanto sean totales o parciales, estableciendo condiciones y requisitos para su instrumentación. La Resolución General 25/2004 de IGJ establece los principales lineamientos para evaluar los aportes irrevocables sobre cualquier futura emisión de acciones. Entre ellos, que el instituto debiera ser considerado para cuestiones de necesidad y de urgencia ya que conlleva una incertidumbre acerca de cómo se conformará el capital social de manera definitiva. En este sentido, toda vez que para la constitución de este tipo de aportes se configura un procedimiento diferente al que se establece para el aumento de capital, esto podría dar lugar a que los derechos de una de las partes afecten negativamente los beneficios de la otra. Esta herramienta que poseen las sociedades por acciones simplificadas, tiene algunos aspectos a considerar, ya que es un método legítimo para que los propios socios o terceros puedan financiar la sociedad, más aun, es una herramienta idónea con la que cuenta la sociedad solamente si obedece a las necesidades financieras y económicas de la empresa y particularmente cuando la sociedad se encuentra en un riesgo económico por lo que puede implicar un salvataje real de la misma⁶.

2.6. LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA

El inc. 7º nos remite a la organización societaria siendo un tanto más amplio que el inciso indicado en la Ley 19.550, ya que introduce un interesante cambio en materia de órganos de administración y fiscalización, dejando a la autonomía de la voluntad de los socios tanto la organización como la duración en sus cargos. La única exigencia es que cuenten con un representante legal. Por lo tanto, el instrumento constitutivo deberá indicar la individualización de los integrantes de los órganos de administración y fiscalización, el término de duración en sus cargos y el domicilio apto para notificaciones.

En caso de no establecer una nueva organización, la administración se organizará en base a las sociedades de responsabilidad limitada, la cual podrá ser singular o plural, conjunta o colegiada y los administradores podrán ser o no socios y deberán designar un suplente en caso de prescindir del órgano de fiscalización tal como en las sociedades anónimas. A fin de dar uso a las nuevas tecnologías y formas de comunicación, la norma permite la citación a reuniones por medios electrónicos, siempre que aseguren una recepción fehaciente y la realización de las reuniones por medios electrónicos que les permitan a los participantes comu-

6 GRISPO y Perelli. *Sociedades Anónimas Simplificadas*, 2017.

nicarse simultáneamente, como las teleconferencias, sin necesidad de realizarlas en la sede social. En ambos casos, el acta deberá contener la modalidad utilizada.

2.7. INCISOS 8º, 9º, 10º Y 11º DEL ARTÍCULO 36

El art. 36, en su inc. 8º, establece que el instrumento constitutivo prevea las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas entre los socios.

El inc. 9º dispone las cláusulas necesarias para establecer los derechos y las obligaciones de los socios entre sí y respecto a terceros. Dicha exigencia tiende a determinar el momento a partir del cual son exigibles las obligaciones o pueden ejercer sus derechos los socios, y los alcances de las prestaciones que componen el aporte y el modo de ejecución.

Las cláusulas que conciernen al funcionamiento, disolución y liquidación, establecidas en el inc. 10º, permiten que los socios prevean en el instrumento constitutivo causales de resolución parcial o disolución no contempladas en la ley. En cuanto a la liquidación, los socios, haciendo uso de la voluntad contractual, podrían establecer un régimen especial de liquidación, pero, en caso de que nada digan, la misma quedará a cargo del órgano de administración tal como lo establece el art. 102 de la Ley General de Sociedades.

En el último inciso de este artículo, el número 11º, la normativa exige que en el instrumento constitutivo se indique la fecha de cierre de ejercicios. Los estados contables son un conjunto de documentos que demuestran la situación patrimonial, económica y financiera de una empresa a una fecha determinada. El período que transcurre entre la fecha de inicio del análisis y la fecha de cierre se denomina “ejercicio económico”.

2.8. MODELO DE INSTRUMENTO CONSTITUTIVO

ESCRITURA NÚMERO QUINIENTOS SESENTA. CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD: “EVENTOS JUNÍN SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA”. En la Ciudad de Junín, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, a los diecisiete días del mes de octubre del año dos mil diecisiete, ante mí, XX, notaria titular del Registro número... del Partido de Junín, COMPARECEN: Carlos PÉREZ, argentino, nacido el 11 de noviembre de 1956, con Documento Nacional de Identidad N° 10.000.000, quien manifiesta ser de estado civil casado en primeras nupcias bajo el régimen de comunidad con Juana Stoppini, CUIL 20-10000000-8, de profesión comerciante, domiciliado en calle Ramón Falcón N° 320 de la Ciudad de Junín; Juan RODRÍGUEZ, argentino, nacido el 10 de mayo de 1970, con Documento Nacional de Identidad N° 20.000.000, quien manifiesta ser de estado civil soltero,

y hallarse en unión convivencial inscripta con Mirta Soto, lo que acredita con certificado expedido por Registro de estado civil y capacidad de las personas, Delegación Junín que obra bajo el acta 58, tomo 7, folio 53 del año 2016 del Libro de Uniones Convivenciales de la Delegación Junín, el que copia autenticada agrego al folio de la presente; CUIL 20-20000000-2, de profesión comerciante, domiciliado en calle Quinta N° 160 de la Ciudad de Junín; personas capaces, a quienes identifico con documento de identidad que exhiben en original y en copia autenticada agrego a la presente, personas con aptitud de entender y querer conforme a la naturaleza del acto que se instrumenta, manifestando que gozan de plena capacidad de derecho y ejercicio sin estar afectados por ningún tipo de restricción, a quienes identifico en los términos del art. 306 inciso "A" del Código Civil y Comercial de la Nación con documentos de identidad que en original exhiben y en copia autenticada agrego a la presente. INTERVIENEN: por sí y EXPRESAN: Que resuelven constituir una sociedad por acciones simplificada conforme las siguientes estipulaciones: ESTATUTO SOCIAL: ARTÍCULO PRIMERO: DENOMINACIÓN y DOMICILIO: La sociedad se denomina "EVENTOS JUNÍN SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA" con domicilio social en la Provincia de Buenos Aires, pudiendo establecer agencias, sucursales y todo tipo de establecimiento o representación en cualquier otro lugar del país o del extranjero. ARTÍCULO SEGUNDO: DURACIÓN: El plazo de duración de la sociedad será de cincuenta años, contados a partir de la fecha de su inscripción en el Registro Público. ARTÍCULO TERCERO: OBJETO. La sociedad tiene por objeto realizar por sí o por terceros, o asociados a terceros en cualquier punto de la República o en el extranjero, las siguientes actividades: HOTELERÍA: Alojamiento en general de personas en cualquiera de las formas que las leyes vigentes o futuras establezcan, con o sin comidas, con o sin desayuno y cualquier otra actividad que esté relacionada con la hotelería; desempeño de mandatos y representaciones por cuenta de terceros de cualquier actividad, productos o bienes que se encuentren directamente relacionados con la hotelería u hospedaje en general. Empresa Hotelera: Negocio de hotelería en todos sus aspectos, particularmente en actividades comerciales, explotación mercantil de edificios destinados a hotelería, hostería, hospedaje o alojamiento, restaurante y bar, sus instalaciones, accesorios y/o complementarios para servicios y atención a sus clientes, servicios de spa, actuando por cuenta propia o de terceros o asociada a terceros. ORGANIZACIÓN DE EVENTOS: Producción, desarrollo y organización de exposiciones, inauguraciones, lanzamientos de productos, realización de espectáculos, congresos, fiestas y eventos, y demás actos o servicios destinados al conocimiento, publicidad, promoción, difusión de la imagen de productos o servicios empresarios e institucionales, sea cámaras, corporaciones, empresas, y demás personas jurídicas o físicas y cualquier otra agrupación vinculada con la actividad empresaria o cultural del país o del extran-

jero. TURISMO: La recepción y asistencia de turistas durante sus viajes, prestación de servicios de guías turísticos y despacho de equipajes. Representación de otras entidades o similares tanto nacionales como extranjeras a fin de prestar en su nombre cualquiera de esos servicios, desarrollar las actividades para intermediar en la reserva o locación de servicios de cualquier medio de transporte y en la contratación de servicios hoteleros, organizar viajes de carácter individual o colectivo, excursiones, todo ello en el país o en el extranjero. ESTABLECIMIENTO GASTRONÓMICO: La explotación de bar, confitería, parrilla, restaurante, pub, pizzería, café y toda actividad relacionada con la gastronomía, la elaboración de comidas para llevar, y casa de comidas. ADMINISTRACIÓN: Administración de bienes de particulares y sociedades, ya sean comerciales o civiles, pudiendo administrar, arrendar, y explotar el espacio físico, por cuenta propia o de terceros, alquilar habitaciones. CONSTRUCTORAS: Dirección, administración y ejecución de proyectos y obras civiles, privadas y/o públicas, urbanizaciones, pavimentos, caminos de todo tipo, edificios, incluso los destinados al régimen de propiedad horizontal, construcción de viviendas, refacción y demolición de las obras enumeradas, proyectos, dirección y construcción de plantas industriales, construcción y reparación de viviendas familiares, urbanas y rurales y para oficinas y establecimientos industriales; construcción de plantas con la modalidad de entrega de llave en mano; movimientos de tierra. La comercialización de materiales, equipos y herramientas para la construcción. INMOBILIARIAS: Compra, venta, permutas, administración, arrendamiento y urbanización de loteos e inmuebles, incluso los comprendidos en el régimen de propiedad horizontal, fraccionamiento y enajenación de lotes y edificios en propiedad horizontal, condominios, countries o clubes privados o de campo. Para la prosecución del objeto la sociedad tiene plena capacidad jurídica para realizar todos los actos y contratos que las leyes vigentes y este estatuto autorizan. La sociedad tiene plena capacidad de derecho para realizar cualquier acto jurídico en el país o en el extranjero, realizar toda actividad lícita, adquirir derechos y contraer obligaciones. Para la ejecución de las actividades enumeradas en el objeto la sociedad podrá realizar inversiones y aportes de capitales a personas humanas o jurídicas, actuar como fiduciario y celebrar contratos de colaboración, comprar, vender, permutar toda clase de títulos y valores, tomar y otorgar créditos y realizar toda clase de operaciones financieras, excluidas las reguladas por la Ley de Entidades Financieras y toda otra que requiera el concurso y/o ahorro público. ARTÍCULO CUARTO: CAPITAL SOCIAL. EL CAPITAL SOCIAL ES DE PESOS CIEN MIL (\$ 100.000) representado por 100.000 acciones ordinarias, nominativas no endosables de pesos uno (\$1) valor nominal cada una, dividido en dos clases de acciones: ACCIONES CLASE A: conformada por 50.000 acciones que confieren cinco votos por acción y ACCIONES CLASE B: conformada por 50.000 acciones que confieren un voto por acción. El capital social podrá

ser aumentado por decisión de los socios conforme art. 44 de la Ley 27.349. Las acciones correspondientes a futuros aumentos de capital podrán ser ordinarias o preferidas, nominativas no endosables o escriturales según lo determine la reunión de socios. Las acciones preferidas podrán tener derecho a un dividendo fijo, preferente de carácter acumulativo o no, de acuerdo a las condiciones de emisión. Podrá acordársele también una participación adicional en las ganancias líquidas y realizadas y reconocérseles prioridad en el reembolso del capital en caso de liquidación. Las acciones preferidas carecerán de voto para las materias dispuestas en el cuarto párrafo del art. 244 de la Ley 19.550, sin perjuicio de su derecho de asistir e ir a las reuniones de socios con voz. Cuando en el aumento de capital se emitan acciones ordinarias, se deberá mantener la proporción existente entre las acciones de la CLASE "A" y de la CLASE "B". Los títulos representativos de las acciones y los certificados provisionales contendrán las menciones establecidas en los arts. 211 y 212 de la Ley 19.550. Se pueden emitir títulos representativos de más de una acción. ARTÍCULO QUINTO: Los accionistas tendrán preferencia y derecho de acrecer en la suscripción de las nuevas emisiones de acciones en proporción a sus respectivas tenencias, salvo el caso de emisiones con destino especial en interés de la sociedad, en las condiciones que establece el art. 197 de la Ley 19.550. El derecho de preferencia deberá ejercitarse dentro del plazo de los treinta días siguientes al de la última publicación, que por tres días se efectuará en el Boletín Oficial. ARTÍCULO SEXTO: MORA EN LA INTEGRACIÓN. La mora en la integración de las acciones suscriptas se producirá al solo vencimiento del plazo. La sociedad podrá optar por cualquiera de las alternativas previstas en el art. 193 de la Ley General de Sociedades 19.550. ARTÍCULO SÉPTIMO: Los accionistas titulares de las acciones clase "B" se obligan a efectuar en favor de la sociedad las siguientes prestaciones accesorias, consistentes en las obligaciones de dar y hacer, que a continuación se describen: I) Prestarán el uso y goce del automotor camión xxxxxxx, de su exclusiva propiedad, a cuyo efecto constituyen, por documento simultáneo del día de la fecha, derecho real de usufructo a favor de la sociedad, conforme lo dispuesto por el art. 45 de la Ley 19.550. II) Además, atender las tareas de conducción y transporte automotor que la sociedad requiera a través de la prestación de sus servicios personales. También supervisarán el mantenimiento del vehículo cuyo uso y goce transfieren a la sociedad. Todos los gastos que el vehículo origine, tales como las patentes, seguros, reparaciones y mantenimiento, correrán por cuenta de la sociedad. III) Los servicios personales serán prestados a la sociedad con regularidad y de acuerdo con el cronograma de fechas y horarios que determine el órgano de administración. Los servicios requeridos comprenderán como máximo la cantidad de ciento ochenta horas mensuales. IV) Duración: las prestaciones deberán ser cumplidas durante el término de diez años contados desde la inscripción del estatuto en la Dirección Provincial de Personas

Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires. Finalizado el término establecido caducarán las prestaciones accesorias, salvo que fueren renovadas por decisión de asamblea general extraordinaria y cuenten con la conformidad de los prestadores, y se extinguirá el usufructo constituido sobre el automotor. V) Retribución: los accionistas prestadores serán retribuidos con una suma equivalente al ...% de las utilidades líquidas y realizadas que arrojen los balances anuales de ejercicio. VI) Lugar de cumplimiento: las prestaciones indicadas se cumplirán de acuerdo con los recorridos y la planificación que establezca el directorio. VII) Modalidades: para la mejor consecución del objeto social la reunión de socios podrá establecer, conforme a las condiciones del mercado y a la situación financiera y patrimonial de la sociedad, las características de las prestaciones, sin que ello pueda importar la modificación de su objeto, lo que se regirá en su caso por lo dispuesto por el tercer párrafo del art. 42 de la Ley 27.349. VIII) Sanciones por incumplimiento: el incumplimiento injustificado de las prestaciones dará derecho a la sociedad al cobro de una multa diaria, la cual será establecida mediante reunión de socios, con imputación a los dividendos declarados a favor del accionista en los ejercicios siguientes y hasta la concurrencia máxima del 50% de dichos dividendos, de cuyo importe en ningún caso podrá exceder. El liquidador y/u órgano de administración estarán facultados a efectuar las deducciones que correspondan. La sanción prevista quedará expedita previa intimación fehaciente por parte del directorio para que el infractor regularice su situación en un plazo no superior a los 15 días. ARTÍCULO OCTAVO: La transmisión por actos entre vivos de las acciones CLASE B queda sujeta a las siguientes restricciones. La transmisión de acciones a terceros extraños a la sociedad queda limitada al cumplimiento del siguiente procedimiento: I. Quien se proponga transmitir sus acciones total o parcialmente a cualquiera de los comprendidos deberá notificar esa circunstancia al órgano de administración de la sociedad, indicando nombre, apellido, documento de identidad y domicilio del interesado en adquirirlas, cantidad de acciones a vender, precio y condiciones de la operación. II. El directorio deberá comunicar esta circunstancia, así como todos los datos relativos a la operación, a los demás accionistas sociales, dentro del plazo de diez días de recibido el aviso. III. Los demás accionistas, todos, parte o alguno de ellos, tendrán derecho preferente de compra en las mismas condiciones que las ofertadas, a cuyo efecto dispondrán de treinta días corridos a partir de la recepción de la comunicación para ejercer el derecho de preferencia. La comunicación se deberá dirigir al órgano de administración de la sociedad y no podrá comprender una parte de las acciones sino el total de las ofertadas. Dentro del mismo plazo, la sociedad podrá ejercer la opción, mediante reducción de capital. Los accionistas interesados en ejercer el derecho de preferencia podrán impugnar el precio de la oferta, indicando simultáneamente el precio que consideran justo. Si no se contestare la oferta recibida, pasados los 30 días establecidos, se

considerará otorgada la conformidad y no ejercitado el derecho de preferencia. Si no hubiera acuerdo, deberán recurrir a la pericia judicial y regirán a tal efecto, por analogía, las reglas del art. 154 de la Ley General de Sociedades. IV. Ningún accionista podrá dar en garantía o gravar con derechos reales sus acciones a favor de terceros sin que estos acepten cumplir el procedimiento establecido en este artículo antes de disponer la venta y/o subasta de las acciones. Estas restricciones constarán en los títulos representativos de las acciones. Las acciones CLASE A no podrán ser transferidas por un plazo de DIEZ AÑOS contados a partir de la emisión pudiendo ser prorrogado por 10 años por decisión adoptada por el voto unánime de los socios. ARTÍCULO NOVENO: La transmisión *mortis causa* de las acciones queda sujeta a las siguientes restricciones: I. Producido el fallecimiento de un accionista, sus sucesores o el cónyuge supérstite no se incorporarán a la sociedad, salvo que una decisión mayoritaria adoptada en asamblea general extraordinaria de la sociedad resolviera lo contrario. II. Las acciones del fallecido serán ofrecidas a todos los demás accionistas, quienes tendrán derecho preferente de compra, de acuerdo con el valor patrimonial de estas que surja del último balance general cerrado y aprobado por la sociedad. En caso de que alguno de los accionistas no ejerza la preferencia dará derecho a los demás para acrecer la preferencia correspondiente. La voluntad de adquirir las acciones deberá concretarse, expresarse y comunicarse a los sucesores del fallecido dentro de los ciento veinte días corridos de producido el fallecimiento del accionista. La comunicación se deberá dirigir al directorio de la sociedad y no podrá comprender una parte de las acciones sino el total de las ofertadas. III. Los sucesores podrán impugnar el precio de la oferta, indicando simultáneamente el precio que consideran justo, dentro del término de treinta días de recibida la comunicación. Si no se contestare la oferta recibida, pasados los 30 días establecidos, se considerará prestada la conformidad con la adquisición y el valor establecido. De mediar impugnación del precio y no existir acuerdo sobre el propuesto por los sucesores, se deberá recurrir a la pericia judicial y regirán a tal efecto, por analogía, las reglas del art. 154 de la Ley General de Sociedades. IV. En el mismo plazo, la sociedad podrá expresar la voluntad de adquirir las acciones si los accionistas no lo hicieren o no cubrieren la totalidad de las que correspondan al causante, de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 220 de la Ley 19.550. También en dicho caso, los otros tendrán derecho de acrecer. A tal efecto, tanto la sociedad como los restantes accionistas dispondrán de quince días siguientes al vencimiento del primer plazo para expresar su voluntad. V. Concretada la oferta y fijado el precio de concertación, los sucesores deberán instar el procedimiento sucesorio a los efectos de obtener la correspondiente declaratoria de herederos y la legitimación necesaria para instrumentar la transferencia de las acciones, la cual deberá concretarse dentro de los treinta días corridos siguientes de quedar esta habilitada. VI. El

precio de la transferencia deberá contemplar las acreencias pertinentes devenidas entre la fecha de cierre del balance según el cual se determinara el valor de las acciones y el de la fecha de instrumentación. VII. A los efectos del quórum y mayoría no se computarán las acciones del fallecido. VIII. Ningún accionista podrá dar en garantía o gravar con derechos reales sus acciones a favor de terceros sin que estos acepten, en caso de fallecimiento del accionista, cumplir el procedimiento establecido en este artículo antes de disponer la venta y/o subasta de las acciones. IX. Estas restricciones constarán en los títulos representativos de las acciones. ARTÍCULO DÉCIMO: ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN: La administración y representación de la sociedad estará a cargo de una o más personas humanas, socios o no, cuyo número se indicará al tiempo de su designación, entre un mínimo de uno y un máximo de cinco miembros. La administración de la sociedad tendrá a su cargo la representación de la misma, durarán en el cargo por plazo indeterminado. Si la administración fuere plural, los administradores la administrarán y representarán en forma indistinta. La dirección administrativa y financiera comprende: a) la planificación, ordenamiento, ejecución y control de la gestión administrativa, contable y financiera de las operaciones sociales; b) la atención de la documentación pertinente, la conservación, cuidado y la registración de esta; c) el cumplimiento de las obligaciones previsionales, tributarias y comerciales; d) la atención de las relaciones laborales con el personal en relación de dependencia de la sociedad; e) la elaboración del presupuesto anual de gastos, inversiones y recursos de la sociedad; f) la preparación de un informe trimestral al órgano de administración sobre la evolución de las operaciones societarias y del área a su cargo. La dirección técnica comprende: a) la planificación, ejecución y control de todas las tareas indispensables para lograr los fines de cumplimiento de su objeto social; b) la elaboración de cronogramas anuales de producción; c) el mantenimiento del equipamiento industrial de la sociedad; d) la puesta en marcha y ejecución de planes de seguridad industrial. ARTÍCULO DÉCIMO: En su primera reunión, el órgano de administración designado por las asambleas posteriores a la constitución de la sociedad resolverá por el voto unánime de sus integrantes presentes la asignación de funciones diferenciadas en forma personal entre ellos, nominando un representante para cada una de las áreas que respectivamente se indican: 1. de investigación, desarrollo y producción; 2. de comercialización; 3. económico-financiera y 4. de administración de personal y de asuntos legales e institucionales. Los dos primeros deberán ser administradores electos por los accionistas de la clase "A" y los otros dos serán administradores electos por los accionistas de la clase "B". Las asignaciones previstas podrán ser prorrogadas en oportunidad de nuevas elecciones de administradores si entre estos estuvieren los beneficiarios de cada prórroga. Sin perjuicio de lo aquí estipulado, la asamblea en pleno podrá efec-

tuar estas asignaciones por sí en la misma oportunidad de la elección de los administradores o con posterioridad. A la responsabilidad de los administradores comprendidos en estas asignaciones se aplicará lo dispuesto por el art. 274, párrafo segundo, de la Ley 19.550. ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO: Conforme al art. 274, párrafo segundo, de la Ley 19.550, la asamblea general ordinaria, al designar los miembros administradores, asignará a los nominados funciones en forma personal, con los alcances que determine en la misma resolución. Mientras la sociedad carezca de órgano de fiscalización deberá designarse por lo menos un administrador suplente. Durante todo el tiempo que a la sociedad la integre un único socio administrador, éste podrá ejercer las atribuciones que la ley le confiere a los órganos sociales, en cuanto sean compatibles, incluida la administración y representación legal. Cuando la administración fuese plural, las citaciones a reunión del órgano de administración y la información sobre el temario, se realizarán por medio fehaciente. También podrá efectuarse por medios electrónicos, en cuyo caso deberá asegurarse su recepción. Las reuniones se realizarán en la sede social o en el lugar que se indique fuera de ella, pudiendo utilizarse medios que permitan comunicarse simultáneamente entre ellos. Para la confección del acta rigen las previsiones del tercer párrafo del art. 51 de la Ley 27.349. Las resoluciones se adoptarán por mayoría absoluta de votos de los miembros presentes. Los administradores podrán autoconvocarse para deliberar sin necesidad de citación previa, en cuyo caso las resoluciones adoptadas serán válidas si asisten la totalidad de los miembros y el temario es aprobado por mayoría absoluta. Quien ejerza la representación de la sociedad obliga a esta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO: Órgano de gobierno. Las reuniones de socios se celebrarán cuando lo requiera cualquiera de los administradores. La convocatoria de la reunión se realizará por medio fehaciente. También puede realizarse por medios electrónicos, en cuyo caso deberá asegurarse su recepción. Las reuniones podrán realizarse en la sede social o fuera de ella, quedando sujetas a los requisitos del art. 53, segundo párrafo de la Ley 27.349. Las resoluciones que importen reformas al instrumento constitutivo o la disolución de la sociedad se adoptarán por mayoría absoluta de capital. Las resoluciones que no importen modificación de contrato, la designación y la revocación de administradores, se adoptarán por mayoría de capital presente en la respectiva reunión. Aunque un socio representare el voto mayoritario podrá adoptar resoluciones; en ningún caso se exigirá el voto de otro socio. Sin perjuicio de lo expuesto, serán válidas las resoluciones que se adopten por el voto de los socios comunicado al órgano de administración a través de cualquier procedimiento que garantice su autenticidad, dentro de los diez días hábiles de haberseles cursado consulta simultánea a través de un medio fehaciente o las que resulten de declaración escrita en

la que todos los socios expresen el sentido de su voto. Cuando la sociedad tenga socio único las resoluciones del órgano de gobierno serán tomadas por éste. Todas las resoluciones deberán transcribirse en el libro de actas. Los socios podrán autoconvocarse y sus resoluciones serán válidas si se encontrara presente la totalidad del capital social y el orden del día fuera aprobado por unanimidad. ARTÍCULO DÉCIMO CUARTO: Ejercicio social: el ejercicio social cierra el día 30 de junio de cada año, a cuya fecha se elaborarán los estados contables conforme a las disposiciones legales vigentes en la materia. El órgano de administración deberá poner los estados contables a disposición de los socios con no menos de quince días de anticipación a su consideración por la reunión de socios. ARTÍCULO DÉCIMO QUINTO: Utilidades, reservas y distribución: de las ganancias líquidas y realizadas se destinará: a) el 5 por ciento hasta alcanzar el 20 por ciento del capital suscrito, para el fondo de reserva legal. b) El importe que se establezca para la distribución de los administradores y síndicos en su caso; el remanente, previa deducción de cualquier otra reserva que los socios dispusieran constituir, se distribuirá entre los mismos en proporción al capital social. ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO: DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN. Producida la disolución de la sociedad, la liquidación será practicada por el o los administradores actuando a estos efectos conforme lo establecido en el artículo quinto del presente. Cancelado el pasivo y reembolsado el capital, el remanente se distribuirá entre los socios en proporción al capital integrado. ARTÍCULO DÉCIMO SÉPTIMO: Solución de controversias: Cualquier reclamo, diferencia, conflicto o controversia que se suscite entre la sociedad, los socios, sus administradores y en su caso los miembros del órgano de fiscalización, cualquiera sea su naturaleza, quedará sometido a la jurisdicción de los tribunales ordinarios del Departamento Judicial de Junín. DISPOSICIONES TRANSITORIAS: En este estado los socios acuerdan: 1. SEDE SOCIAL: Establecer la sede social en calle Cabrera 112 de la Ciudad y partido de Junín, Provincia de Buenos Aires. 2. CAPITAL SOCIAL: Los socios suscriben el capital de acuerdo al siguiente detalle: Socio Carlos PÉREZ suscribe cincuenta mil (50.000) acciones CLASE "A" y el Socio Juan RODRÍGUEZ, cincuenta mil (50.000) acciones clase "B". El capital se integra en un veinticinco por ciento (25%) en dinero efectivo, acreditándose tal circunstancia con la boleta de depósito del Banco XXXX, según constancia de pago de los gastos correspondientes a constitución de la sociedad, debiendo integrarse el saldo del capital social dentro del plazo máximo de dos años, contados desde la fecha de inscripción del presente en la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires. DESIGNACIÓN DE MIEMBROS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN: El Señor Walter BUSTOS, argentino, nacido el 21 de marzo de 1975 con Documento Nacional de Identidad 23.000.000, CUIT 20-23000000-9, de estado civil soltero, de profesión conta-

dor público, con domicilio en General Paz 227 de la Ciudad de Junín, como administrador titular de accionistas clase "A" y como administrador suplente el socio Carlos PÉREZ, argentino, nacido el 11 de noviembre de 1956, con Documento Nacional de Identidad N° 10.000.000, quien manifiesta ser de estado civil casado en primeras nupcias bajo el régimen de comunidad con Juana Stoppini, CUIL 2010558022-8, de profesión comerciante, domiciliado en calle Ramón Falcón N° 320 de la Ciudad de Junín; y Santiago GARCÍA, argentino, nacido el 14 de Marzo de 1977 con documento nacional de identidad 28.000.000, CUIT 20-28000000-7, de estado civil casado, de profesión licenciado en administración de empresas, con domicilio en calle Alsina 798 de la Ciudad de Junín; como administrador titular de los accionistas clase "B" y en el carácter de administrador suplente de accionistas clase "B", el señor Juan RODRÍGUEZ, argentino, nacido el 10 de mayo de 1970, con Documento Nacional de Identidad N° 20.000.000, quien manifiesta ser de estado civil soltero, y hallarse en unión convivencial inscripta con Mirta Soto, lo que acredita con certificado expedido por Registro de estado civil y capacidad de las personas; CUIL 20-20575050-2, de profesión comerciante, domiciliado en calle Quinta N° 160 de la Ciudad de Junín; todos los nombrados manifiestan en forma de declaración jurada que no son persona expuesta políticamente de conformidad a lo establecido en las resoluciones de la Unidad de Información Financiera y que aceptan el cargo conferido. La representación legal de la sociedad será ejercida por el administrador titular de las acciones clase "A" designado. BENEFICIARIO FINAL: En virtud de la normativa vigente sobre prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, los socios manifiestan en carácter de declaración jurada que por poseer ambos más de un veinte por ciento del capital social, revisten el carácter de beneficiarios finales de la persona jurídica. AUTORIZACIÓN: Los socios autorizan expresamente a la Escribana..., DNI... para que realice los trámites que integren este acto constitutivo hasta su inscripción en la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires; igualmente se la faculta para aceptar, cuando lo considere procedente, las observaciones que efectuasen las autoridades intervinientes en la tramitación y para interponer en su caso los recursos que correspondan, pudiendo firmar cuantos documentos públicos y privados fuesen necesarios. Bajo los términos del acta constitutiva y el estatuto transcrito queda constituida la sociedad anónima. LEO esta escritura firmando los presentes por ante mí, y a los administradores como aceptación de cargo, doy fe.

CAPÍTULO III - FORMA, FIRMA DIGITAL E INSCRIPCIÓN DIGITAL

3.1. FORMA, FIRMA, FIRMA DIGITAL Y LA ADOPCIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO COMO ÚNICO MEDIO ADMITIDO PARA LA INSCRIPCIÓN DE LAS SAS

Al hablar de la constitución de la sociedad la ley establece que puede confeccionarse mediante instrumento público o privado. En este último las firmas deberán estar certificadas por autoridad judicial, notarial, bancaria o autoridad competente del registro público respectivo. Acorde a los nuevos tiempos y al avance que el impacto tecnológico tiene en la vida diaria y comercial la ley abre la posibilidad de la constitución de la sociedad por medios electrónicos e impone la inscripción de la misma exclusivamente mediante documento electrónico en el formato de archivo digital que oportunamente se establezca⁷.

Los arts. 35 y 59 de la Ley 27.349, en cuanto hablan de la forma del estatuto social, sus modificatorias, poderes e inscripción, impactan en la función notarial principalmente porque no solo nos inserta en lo que hemos denominado la “función notarial electrónica” sino que además nos exige hacer un análisis del término utilizado: “protocolo notarial electrónico”. Antes de ingresar en el análisis de la función notarial electrónica es necesario recordar previamente:

1) Qué establecía el Código velezano.

2) Qué modificaciones y reconocimientos introdujo la Ley de firma digital 25.506.

3) Cómo impactó en esta ley la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, principalmente en sus arts. 287 y siguientes.

4) Incidencia de la Ley 27.349 en el marco normativo vigente.

El derogado Código de VÉLEZ, por una cuestión de tiempos, solo reconocía la firma ológrafa y el documento papel a los que clasificaba en documentos públicos y privados, clasificación a la cual la doctrina agregó los documentos particulares. La Ley 25.506 incorpora al ordenamiento jurídico la noción de documento digital, la firma digital y la firma electrónica. Con el dictado de la Ley 25.506 teníamos instrumentos públicos y privados, firmados ológrafamente, documentos digitales firma-

7 El art. 59 cuando habla de los poderes electrónicos dice que “El estatuto de la SAS, sus modificatorias y los poderes y revocaciones que otorguen sus representantes podrán ser otorgados en protocolo notarial electrónico. Aun habiéndose otorgado en soporte papel, su primera copia deberá expedirse en forma digital con firma digital del autorizante. En dichos casos, la inscripción en el Registro Público que corresponda será exclusivamente en forma electrónica”.

dos con firma digital o con firma electrónica. Un documento digital sería reconocido como instrumento cuando estuviera firmado electrónicamente o digitalmente. La diferencia entre la firma electrónica y la firma digital radicaba básicamente en dos cuestiones: a) la carga de la prueba, ya que mientras en la firma digital se presumía que el firmante era el autor del documento, en la firma electrónica correspondía a quien invocaba la firma electrónica probar la pertenencia de la misma a la persona en caso de que ella la desconociera, y b) si bien la firma electrónica podía tener la misma plataforma tecnológica que la firma digital carecía de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital y por ello se la consideraba electrónica. En ese momento un documento digital firmado electrónicamente era un instrumento privado. A modo de aproximación y sin ahondar en el estudio de la firma electrónica y la firma digital debemos decir que entre ellas hay una relación de género especie, siendo la primera el género y la firma digital la especie. El art. 4 de la Ley 25.506 dice que las disposiciones de la ley no se aplican “A los actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, ya sea como consecuencia de disposiciones legales o acuerdo de partes” de lo que se infiere que estarían excluidas de los alcances de la ley las escrituras públicas⁸.

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación vino a modificar esta clasificación ya que reconoce que el requisito de la firma se encuentra satisfecho sólo si se utiliza firma digital, descartando a la firma electrónica. En virtud de ello, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación tendremos documentos digitales firmados digitalmente, los que serán reconocidos como instrumentos privados, mientras que si están firmados electrónicamente serán reconocidos como instrumentos particulares no firmados de conformidad con el art. 287 del mencionado ordenamiento.

La palabra “protocolo” tiene distintas acepciones y dependiendo de la profesión desde la cual se la mire tiene su significado. Desde una visión notarial cuando hablamos de protocolo nos referimos a las escrituras matrices. El art. 300 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que el protocolo se forma con los folios habilitados y delega en cada una de las provincias reglamentar el mismo en cuanto a las características de sus folios, expedición, modos de colección, conservación y archivo. El art. 301 al hablar de los requisitos menciona que las escrituras pueden ser manuscritas o mecanografiadas o por medios electrónicos siempre que la redacción resulte estampada en el soporte que cada reglamentación local exija. Teniendo en cuenta que el Código Civil y Comercial de la Nación delega en las jurisdicciones locales la reglamentación de la formación del protocolo; que ninguna de las legisla-

8 En igual sentido LUZ CLARA, Bibiana, *Ley de firma Digital Comentada*, Nova Tesis, Rosario, 2006, pág. 45.

ciones locales prevé la escritura matriz electrónica, y que el art. 4 de la Ley 25.506 dispone que las disposiciones de la ley no serían aplicables a actos entre los que entendemos se encuentran las escrituras públicas, es posible comprender la frase del art. 59 de la Ley 27.349 cuando habla de que el estatuto, sus modificaciones, los poderes y revocaciones "... podrán ser otorgados en protocolo notarial electrónico" y la posibilidad de haber autorizado el acto en soporte papel. En estos momentos no es posible hablar de protocolo notarial electrónico en la República Argentina⁹, sin embargo la inexistencia de protocolo digital no impide la circulación de copias o testimonios digitales, de actos que hayan sido autorizados en soporte papel, no solo porque la ley así lo exige sino porque en la expedición de las copias o testimonios solo hay intervención notarial donde el notario da fe sobre la concordancia entre la escritura matriz y el testimonio o copia. Este testimonio o copia no se encuentran alcanzadas por el art. 4 de la Ley 25.506 sino que se encuentran expresamente receptados en el art. 11 de la Ley 25.506 que dice: "Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación". En este sentido, el Colegio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene aprobado desde el 6 de febrero de 2014 el reglamento de la utilización de firma digital modificado por última vez el 26 de abril de 2017, donde se menciona que los documentos digitales firmados digitalmente en los términos de la Ley 25.506 tendrán el mismo valor que los firmados en soporte papel. El Colegio de la Provincia de Buenos Aires a la fecha¹⁰ no posee un reglamento en esta materia por lo cual debemos regirnos por la Ley 9020 y su decreto reglamentario. En este sentido la Ley 9020 cuando habla de las copias en el art. 166 nada menciona sobre el soporte en el cual deben realizarse, sin embargo el Reglamento Notarial dictado por decreto 3887/98 establece un escollo casi insalvable al mencionar que: "Para la expedición de primeras o ulteriores copias, será necesario, en todos los casos, el uso del papel de actuación notarial que provee el Colegio...". Pareciera ser necesaria la modificación y adecuación de la normativa a la nueva realidad imperante no sólo del mencionado artículo sino de todo el reglamento. La velocidad de avance y modificaciones de las nuevas herramientas tecnológicas que impactan en el ejercicio diario de nuestra profesión nos obligan a una revisión constante, continua y permanente de la normativa

9 No desconocemos que en el mundo ya se habla de matriz notarial electrónica y que ese es el camino al cual deben tender y propender todos los ordenamientos notariales. Solo estamos haciendo un análisis del estado de situación actual de las normativas notariales provinciales y en base a ello es que decimos que no es posible hablar de protocolo notarial electrónico.

10 La fecha a la cual hacemos referencia es el 16 de octubre de 2017.

que rige nuestra función notarial. La falta de adecuación de la normativa puede impactar en el ejercicio diario de la profesión, dejándonos en desventaja funcional profesional respecto de las demás profesiones o respecto de otros colegas que se encuentren colegiados en otra jurisdicción y que tengan una adecuación constante de su normativa.

Nos hemos abocado hasta aquí a tratar de explicar porqué consideramos que no es posible hablar de protocolo notarial electrónico aunque sí es posible hablar de función notarial electrónica a través de la expedición de copias o testimonios y su inscripción en el Registro correspondiente. En el segundo párrafo del art. 35 de la Ley 27.349 se establece que las SAS podrán constituirse por medios digitales con firma digital con lo cual deja abierta la posibilidad de que una o más personas particulares, adoptando el contrato social tipo, constituyan una sociedad firmando digitalmente sin presencia notarial. No ponemos en tela de juicio la elección del legislador por la cual se pueda constituir este tipo de sociedad por instrumento privado con firmas certificadas pues la certificación de las firmas con alguna autoridad notarial, judicial, bancaria o administrativa aseguraría, en principio, una ausencia de vicio de la voluntad. Pero la aceptación de la constitución de una sociedad de este tipo mediante instrumento privado con firma digital sin presencia de una autoridad notarial, judicial, bancaria o administrativa¹¹ evidencia la confusión entre seguridad jurídica y seguridad informática.

Es muy importante discernir entre la seguridad en términos informáticos de la seguridad en términos jurídicos. Son dos cosas absolutamente diferentes, donde la primera puede colaborar en parte para el logro de la segunda. En este sentido, si bien las tecnologías de la información aportan velocidad y automatización a las gestiones que habitualmente realizan las personas, entendemos que hay determinados ámbitos en donde es necesario ser muy cuidadosos en dicha aplicación, puesto que a veces la automatización sumada a la seguridad informática, pueden hacernos caer en el error de que con ello se logra la seguridad jurídica. No tenemos dudas de que hay determinados controles que por lo menos hasta ahora no pueden ser suplidos por ningún sistema informático, y claramente éste es el caso de la función que ejercen los notarios en lo que respecta a la intervención de los mismos para con la seguridad jurídica que merece cada ciudadano y a su vez el propio Estado. La informática no es más que una herramienta al servicio de las personas, o en este caso de la función notarial.

11 Mencionamos a la certificación de firmas frente a una autoridad notarial, judicial, bancaria o administrativa porque fue el criterio que adoptó el legislador pero debemos decir que no estamos de acuerdo con la posibilidad de la certificación bancaria y propiciamos la certificación notarial por el deber de asesoramiento que tiene el notario en cada uno de los trámites de los cuales es parte, obligación que no poseen ni la autoridad judicial ni la administrativa en el ejercicio de su facultad certificante.

Debemos tener en claro que las bondades que la tecnología nos ofrece para mejorar los servicios que cada uno brinda actualmente, haciéndolos más ágiles y tecnológicamente seguros, no puede suplir el elemento de seguridad jurídica faltante que es la intervención del notario ejerciendo el rol que le compete.

Consideramos necesario recalcar y destacar los riesgos que implica la creencia de que la firma digital ha venido a agilizar la dinámica de los negocios, otorgando seguridad a los contratantes mediante la validación de claves asimétricas, descartando la presencia del notario en la formalización del negocio, especialmente en la observancia y control de la prestación válida del consentimiento.

En este esquema es importante aclarar que las “autoridades certificantes”, protagonistas necesarias para el funcionamiento de la infraestructura de clave pública (PKI), certifican únicamente la pertenencia de determinada clave pública con determinada persona física; sin realizar ningún tipo de certificación similar a la notarial.

Si bien la validación de las claves asimétricas es segura, hay un aspecto que tecnológicamente no es posible verificar, como lo es la prestación válida del consentimiento. La validación de las claves pública y privada se realiza en el entorno electrónico donde sólo se verifica la pertenencia y correspondencia de la clave privada con la pública. En caso de que corresponda se da por válida la firma y se menciona quién es el titular de dicha firma.

Desde una visión jurídica, para que un negocio sea válido no solo es necesario verificar la validación de las claves sino que quien estampe la firma digital sea la persona titular de dicha firma y que además el consentimiento a dicho negocio sea prestado libre y voluntariamente, es decir sin vicios.

La firma manuscrita tiene un alto reconocimiento legal, pese a que puede ser falsificada, ya que contiene particularidades que la hacen fácil de comprobar y de vincular a la persona con ésta. Sin embargo, algo tan sencillo en la vida real no lo es tanto en la virtual o tecnológica.

La aposición de la firma ológrafa tiene un carácter subjetivo, pudiendo demostrarse a través del trazo ciertos aspectos de la personalidad (nerviosismo, coacción, etc.), con lo cual sería, eventualmente, posible demostrar la existencia o no de un vicio en el consentimiento en el negocio jurídico. Además es necesario que quien firma sea la persona que dice ser.

En cambio la tecnología es totalmente objetiva, es decir, si en el proceso de validación la clave privada se condice con la pública, la firma inserta es de la persona a quien pertenece dicha clave privada, con independencia de los vicios de la voluntad que dicha persona podría estar padeciendo al momento de insertarla. Cuando hablamos de que la firma se válida, la autoridad certificante nos dice que dicha firma pertenece a una persona determinada, pero no necesariamente que el titular de la firma sea quien esté insertando la clave privada. La presencia no-

tarial en el momento de firmar, dando fe de conocimiento o individualización de la persona que inserta la firma, controla no sólo que quien inserta la firma lo haga voluntariamente y sin vicios de consentimiento, sino además que quien firma sea el titular de la clave privada.

Otro ejemplo del peligro que significaría la falta de presencia notarial en el uso de esta tecnología podría estar dado en aquellas personas a las cuales les sobrevino una incapacidad volitiva una vez obtenida la firma digital, es decir, una persona capaz solicita una firma digital la cual es otorgada y, durante la vigencia del certificado, le sobreviene una incapacidad.

Si seguimos el razonamiento anterior la presencia notarial impediría la concreción del negocio viciado (generando la seguridad jurídica necesaria y requerida por el ordenamiento jurídico), mientras que la falta de presencia implicaría la verificación y validación de la clave privada. Verificada la concordancia de las claves pública y privada se reputaría, en principio, válido el negocio realizado (dando lugar a un eventual conflicto por la falta de control en la prestación del consentimiento).

Es sabido que por medio de la grafología se pueden apreciar las cualidades psíquicas del autor de un escrito, es decir que es posible determinar si la escritura es propia de una persona con un estado mental normal o anormal¹². Desde el punto de vista notarial tenemos claro que los documentos digitales firmados digitalmente no relevan al notario de la función notarial que actualmente desempeña en la modalidad tradicional sino que constituyen una nueva forma de contratación, que no vienen a perjudicar la función notarial, sino, por el contrario, a revalorizar la misma, dando no sólo mas énfasis e importancia a la presencia del notario en todo este procedimiento, sino además revitalizando su función de intérprete imparcial de la voluntad de las partes, guía, custodio y garante de la ausencia de vicios en la prestación del consentimiento. Así lo ha dicho la Unión Internacional del Notariado en innumerables ocasiones y ámbitos¹³. A propuesta de los representantes de España y Argentina en el Grupo de Trabajo Actuación

12 SERRANO GARCÍA, Pedro, en su libro *Grafística*, transcripto en www.colegiodecaligrafos.org. ar y publicado en la revista *Tecnipol* N° 54, habla de los escritos patológicos. Si bien dentro de las patologías analizadas hay muchas que no generan un vicio de la voluntad (histeria, manía, melancolía, epilepsia, ataxia, artritis, etc.) también se encuentran las que, en determinados grados, generan la incapacidad de la persona (demencia, demencia precoz, delirios, etc.). Para un perito calígrafo existe la posibilidad técnica de observar y determinar, en muchos casos, si existe o no en un escrito cuestionado influencia característica de ciertos estados patológicos y aún el uso de algunas drogas, con el objetivo de determinar la autenticidad o falta de ella en los escritos de una persona (CNCiv., Sala F, noviembre 19 1980). ED, 92-344.

13 SCHMIDT, Walter César y Sáenz, Carlos Agustín, "El aporte de la función notarial a la aplicación de las nuevas tecnologías", en la obra *El Documento electrónico ¿Un reto a la seguridad jurídica?*, coordinado por Javier Francisco García Mas, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 312.

Tecnológica del Notariado¹⁴, la última declaración de este tipo fue en la última Asamblea celebrada en la ciudad de París, en el año 2016 que mencionó: “1°. El juicio de identidad es una relevante, principalísima y personalísima función del notario, en la que debe empeñar la máxima diligencia, por su relevancia para la eficacia del documento, la seguridad del tráfico jurídico y la confianza en la institución notarial. A fin de prestar siempre el mejor servicio posible a la ciudadanía los notarios no deben escatimar en la implementación y uso de las herramientas tecnológicas que los avances técnicos les ofrezcan en cada momento, como las que aplican la biometría, para que puedan disponer de ellas y le auxilien antes de emitir el juicio de identidad.

2°. La seriedad de los juicios sobre la identidad y la capacidad, su alcance y las consecuencias que de ellos derivan para el respeto a los derechos de la persona, exigen siempre la presencia activa del notario y su contacto personal con los comparecientes.

3°. La calificación del notario sobre la manifestación de voluntad libre e informada de los requirentes y otorgantes no puede ser substituida por dispositivos que indirectamente pretendan determinarla utilizando medidores fisiológicos de la temperatura corporal o las pulsaciones cardíacas. Estos elementos no suplen el rol del notario que exige un juicio personalísimo asentado en la inmediatez y diálogo con los comparecientes, y un papel dinámico en orden a contribuir, con su labor didáctica y su asesoramiento equilibrador, a garantizar la prestación de un consentimiento auténticamente libre, formado e informado.

4°. La sustitución del soporte papel por el electrónico en el documento notarial es un cambio de paradigma en la forma de trabajar que la realidad sociológica, económica, técnica y la prudencia parece aconsejar a fin de que el Notariado no quede sobrepasado y relegado por los avances tecnológicos. Ha de tenderse a que el uso del original electrónico sea la regla general y el original en papel la excepción, reservándose el papel para aquellos casos en que las circunstancias del caso impidan, desaconsejen o dificulten el uso del original electrónico. El notariado ha de estar en vanguardia del uso de las herramientas que ofrece la técnica, a fin de liderar su aplicación y orientar el camino a seguir en beneficio de la sociedad, comprometido con su época, y brindar a los ciudadanos las ventajas y posibilidades que la sociedad de la información tiene. Por ello deben impulsarse y aplicarse a la brevedad posible, según las circunstancias de cada país, las recomendaciones aprobadas por la asamblea de la UINL en Budapest en octubre de 2014. La autorización del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos independientemente del soporte que se utilice (inmediatez, identificación, juicios de capacidad, legitimación,

14 El representante por España fue el notario Alfonso Cavallé Cruz mientras que por Argentina fue el notario Walter César Schmidt, coautor del presente trabajo.

prestación de consentimiento, asesoramiento, control de legalidad, redacción, autorización, conservación) y han de producir los mismos efectos (sustantivos, probatorios, ejecutivos)”.
Es importante resaltar que la aceptación de vocación registral por parte del Estado de un instrumento privado firmado digitalmente sin el control de una prestación válida del consentimiento y máxime para la formación de una sociedad es de un alto riesgo para la seguridad jurídica, que podría generar una fuente de conflictos y se podría traducir en expedientes judiciales tramitados en el Poder Judicial, por ello es necesario volver a la vieja, pero siempre vigente, frase de JOAQUÍN COSTA “a notaría abierta, juzgado cerrado”.

CONCLUSIÓN

Con todo lo expresado hasta aquí, remitiéndonos a la autonomía de la voluntad y teniendo como piedra fundamental que el derecho es un conjunto de normas, principios y valores que deben ser articulados en cada caso de modo coherente, nos cabe preguntar qué sucedería en el caso de que las disposiciones que puedan establecerse en la constitución de una SAS sean contrarias, diferentes o no contempladas en la Ley General de Sociedades. A fin de citar algunos ejemplos podemos enumerar algunas cláusulas tales como: beneficios de fundadores, ganancias totales en beneficio de los socios sobrevivientes, precio fijo para adquirir las partes de un socio, reparto de dividendos sin balances, no constitución de la reserva legal, prohibición de acudir a los tribunales, de solicitar informes o de pedir convocatoria a asambleas; administración por un “Consejo Directivo”, gobierno por medio de una “Junta”, creación de un “Consejo de familia”, impugnación de decisiones en plazos distintos al art. 251, LS, decisiones sin la regla de la mayoría, acciones sin voto y sin preferencia patrimonial, adjudicación de todas las acciones a un socio luego de la disolución, negativa al derecho de preferencia y de acrecer, el plan de empresa; políticas de inversiones, de gastos, de retribuciones, de dividendos, modo de valuar la empresa, pago financiado del precio, salida voluntaria de socios, etc. Si bien resulta de gran dificultad dar una respuesta a estos interrogantes, al decir de FAVIER DUBOIS, “... el corte del ‘nudo gordiano’ debería pasar por la línea que separa a los derechos de los socios de los derechos de los terceros. Toda norma pensada por el legislador para proteger exclusivamente al socio puede ser inmolada en el altar de la libertad contractual y dejar paso a lo que se convenga en contrario. Recíprocamente, toda norma pensada en protección de los terceros acreedores sociales no puede ser contrariada por cláusula estatutaria alguna”¹⁵.

15 FAVIER DUBOIS, Eduardo, cita on line AP/DOC/5.

BIBLIOGRAFÍA

- BERGER, MARIANA. "Perlitas en la Ley de Emprendedores y Sociedades por Acciones Simplificadas", Doctrina en "elDial.com".
- CRACOGNA, DANTE. "Importante novedad en el campo societario: la sociedad por acciones simplificada (SAS)", Doctrina, Thomson Reuters, 2017.
- *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, Astrea-FEN Editora Notarial, Buenos Aires, 2015.
- FAVIER DUBOIS, EDUARDO. "La 'sociedad por acciones simplificada' y el sistema societario: cuatro preguntas y el 'miedo a la libertad'", Doctrina, Thomson Reuters, 2017.
- GRISPO, JORGE D. y PERELLI, FACUNDO J. *Sociedades Anónimas Simplificadas*, D&D, Buenos Aires, 2017.
- JURADO, MARIA ALEJANDRA. "Nuevo proyecto de ley, las sociedades por acciones simplificadas", Doctrina, Microjuris.com, 2016.
- LUZ CLARA, BIBIANA. *Ley de firma Digital Comentada*, Nova Tesis, Rosario, 2006, pág. 45.
- NISSEN, RICARDO A. *Curso de Derecho Societario*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
- SCHMIDT, WALTER CÉSAR y SÁENZ, CARLOS AGUSTÍN. "El aporte de la función notarial a la aplicación de las nuevas tecnologías" en la obra *El Documento electrónico. Un reto a la seguridad jurídica*, coordinado por Javier Francisco García Mas, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 312.
- SERRANO GARCÍA, PEDRO. "Grafística", transcripto en www.colegiodecaligrafos.org.ar y publicado en la revista Tecnipol N° 54.
- PAPA, RODOLFO G. "La reglamentación de la IGJ para las sociedades por acciones simplificadas", Doctrina, Thomson Reuters, 2017.
- VÍTOLO, DANIEL ROQUE. *Manual de Sociedades*, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2016.

CONSORCIO DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Carina Pérez Lozano

SUMARIO. -Ponencia. -El consorcio de propiedad horizontal. -Persona jurídica privada. -La personalidad jurídica del consorcio de propiedad horizontal. -La representación legal y orgánica del administrador. -Objeto y capacidad del consorcio de propiedad horizontal. -Capacidad del consorcio para adquirir bienes inmuebles. -Obligatoriedad del reglamento de propiedad horizontal. -Efectos. -El consorcio unipersonal. -Inoponibilidad de la personalidad jurídica del consorcio. -Composición del patrimonio del consorcio. -El consorcio, posibilidad de acceder al crédito y su concursabilidad. -Alcance de la responsabilidad de los consorcistas. -Bibliografía.

* Accésit compartido correspondiente al tema 3: "Personas jurídicas privadas".

A MODO DE PRESENTACIÓN

Al leer las pautas del Tema 3 que nos convoca, me atraparon sus contenidos y fundamentos, Franco di Castelnuovo y Patricia Trautman, fueron quienes me alentaron y entusiasmaron con su claro y profundo mensaje, ya que hace mucho tiempo que no participo de estas jornadas, en las cuales nuestro Colegio nos permite vivir un proceso de transformación y jerarquización de todo el notariado.

La incorporación del consorcio a la nómina de las personas jurídicas privadas constituye un logro de la doctrina notarial que supo desplegar con todas sus fuerzas y fundamentos. Es más que importante para la comunidad que consume nuestros servicios jurídicos para satisfacer necesidades concretas y abastecerlas con los resultados que arroje nuestra actividad en común.

PONENCIA

I) El *consorcio de propiedad horizontal*, integra el repertorio de las personas jurídicas privadas, a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994, art. 148, inc. h).

II) Se *constituye* y nace a la vida jurídica con el reglamento de propiedad horizontal, y su personalidad se *extingue* por la desafectación del inmueble de dicho régimen, sea por acuerdo unánime de los propietarios o por sentencia judicial.

III) La forma impuesta para ambos casos es la escritura pública, que produce plenos efectos jurídicos entre quienes la otorgaron o tomaron conocimiento. Requieren también publicidad registral ante el registro inmobiliario de su jurisdicción. En el caso que la desafectación sea en sede judicial, es aconsejable que la sentencia sea sometida a transcripción e inserción protocolar, a esta instrumentación pública notarial, le asiste todos los efectos de completividad, calificación legal y, fundamentalmente, al de su guarda, conservación e inscripción registral, como elemento sustancial de la oponibilidad a terceros.

IV) El consorcio como sujeto impositivo, con su extinción debe ser dado de baja en los organismos y registros tributarios y previsionales de aplicación.

V) El reglamento de propiedad horizontal se legisló con aptitud constituyente que regula en plenitud tanto a la persona jurídica como al planeamiento edilicio y social, así como la convivencia y las sanciones específicas en caso de violación. El legislador le impuso la forma de mayor jerarquía: la escritura pública. También se institucionaliza el principio de la autonomía de la voluntad, como función creadora del derecho que se cumple y perfecciona mediante el consejo y asesoramiento que el notario debe prestar, llenando importantes vacíos legales de la legislación.

VI) El reglamento de propiedad horizontal, como “estatuto social” de la perso-

na jurídica consorcio, basado en los principios del “asociativismo” produce efectos sociales, jurídicos y económicos. Constituye un documento complejo creando no solo pautas de convivencia, ya que como estatuto fundacional cumple con todos los elementos constitutivos, organizativos e institucionales de la persona jurídica.

VII) En su elaboración se repotencia la asistencia notarial en su doble faceta pública-privada como función de garantía y realización de los derechos con rango constitucional. El notariado asume así una función exclusiva de gran responsabilidad. El principio de legalidad, la ley aplicable, su capacidad de realización conforme a su objeto y fines de su creación, la atribución de una personalidad diferenciada de sus miembros y la cuestión de la responsabilidad de los mismos, adquieren fuerza tal que deben ser tenidos en cuenta al momento de la elaboración del reglamento, cuyo intérprete y realizador es el notario, autor de dicho documento.

VIII) La *organicidad del consorcio*, como presupuesto de su personalidad, se consolida con órganos necesarios y obligatorios: la *asamblea* (voluntad consorcial) y el *administrador* (representación legal y orgánica). El *consejo de propietarios* es optativo y disponible a la voluntad consorcial expresada en *asamblea*.

IX) El *administrador como representante legal del consorcio*, es un “órgano jerarquizado”, con “representación orgánica” y “obliga a la persona jurídica por todos los actos que no sean notoriamente extraños a su objeto y fines de su creación”. Su función hace a la existencia misma de la persona jurídica. Ejecuta las *decisiones adoptadas válidamente por la asamblea* y en subsidio se aplican las normas sobre la representación y el mandato.

X) Como consecuencia de ello debe obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios (deber de fidelidad, lealtad y reserva, con el cuidado que pondría en los asuntos propios, art. 1324), en caso de *conflicto de intereses* debe posponer los suyos (art. 1325); obliga al consorcio siempre que actúe dentro de los límites de los fines de su creación y de su objeto que debe ser preciso y determinado, pero *en modo alguno afecta la capacidad del consorcio*, que se rige en lo sustancial por los “fines de su creación”.

XI) El *consorcio de propietarios* tiene plena *capacidad jurídica para adquirir bienes inmuebles*, siendo que estos *integren o no* el mismo planeamiento edilicio. La asamblea lo decidirá fundadamente conforme a los intereses consorciales y su resolución válidamente tomada será ejecutada por el administrador, su representante orgánico. Además el consorcio está legitimado para constituir derecho real de superficie sobre bienes ajenos, adquiriendo su máxima expresión en los conjuntos inmobiliarios, industriales, deportivos-recreativos y sociales.

XII) Nuestro derecho reconoce para las personas jurídicas “la unipersonalidad”. El *consorcio unipersonal* tiene aptitud para su existencia y gestión plena hasta su extinción. Dicha unipersonalidad puede quedar constituida por efectos del

otorgamiento del reglamento por el propietario único y *la pluralidad sobreviviente no requiere formalidad ni acto regularizante alguno*. En tal supuesto los distintos títulos de propiedad de las unidades acceden a la conformación consorcial. Si bien la falta de pluralidad puede ocasionar la inercia de algunas normas estatutarias, sus beneficios son palpables y concretos. Puede bajo tal régimen (unipersonalidad) designar administrador, y realizar todos los actos útiles que conforman su actividad, tales como la designación de personal en relación de dependencia, tercerizar servicios para su funcionamiento, tramitar la rúbrica de los libros, cumplir con las inscripciones laborales, previsionales y tributarias, obtener CUIT, registración de empleados, aperturas de cuentas corrientes, contratación de los seguros, también podrá realizar las inversiones que el único titular le indique e instalar el equipamiento de la recepción y de los sistemas de seguridad en las áreas comunes, entre otras.

XIII°) La “composición del patrimonio del consorcio” debe constituirse en el reglamento de propiedad horizontal (art. 2056, inciso e). La función ordenadora de la actuación notarial en esta materia adquiere real importancia. Debe establecer con precisión los bienes que lo integran, *llenando así otro vacío legislativo*. Es aconsejable establecer una nómina enunciativa y no taxativa. A modo ejemplificativo propongo se incluyan: i) el fondo de reserva; ii) intereses que devenguen las imposiciones financieras constituidas por el consorcio; iii) las rentas provenientes por publicidad o instalaciones en espacios comunes; iv) los bienes suntuarios del equipamiento, obras de arte y mobiliario instalados en la hall de recepción del edificio como espacio común; v) créditos por medianería y locación de cocheras propiedad del consorcio; vi) los bienes registrables adquiridos e inscriptos a nombre del consorcio; vii) integrarán el patrimonio del consorcio aquellos bienes y derechos que por su naturaleza, uso y afectación se constituyan o adquieran a su nombre. Quedan *excluidas del patrimonio del consorcio*, las unidades funcionales y complementarias de propiedad exclusiva y los bienes y cosas de propiedad y uso común a la que acceden. Ello por virtud de la *especialidad* del régimen del derecho real de propiedad horizontal y la *inescindibilidad* a que quedan sometidas las partes *privativas con las comunes*, por lo tanto *no son bienes embargables y quedan fuera del patrimonio* común susceptible de agresión por parte de los acreedores.

XIV) Tiene plena *capacidad para recurrir al préstamo bancario e institucional*. Realiza una *actividad económica organizada* y está obligado a llevar contabilidad (art. 320). En cuanto a la *concurabilidad del consorcio*, persona jurídica que posee todos los atributos de la personalidad diferenciada de sus integrantes, en mi opinión, *es susceptible de ser declarado en concurso preventivo o quiebra*. Entendiendo que no se puede privar de dicho derecho-facultad al consorcio, por inexistencia de norma que así lo disponga. Adhiero a la fundada doctrina que posibilita a esta persona jurídica acceder a una herramienta imprescindible y necesaria al tiempo

de efectivizar -de resultar necesario- una reestructuración o *saneamiento de su pasivo*, y desde la óptica de los acreedores, en la imposibilidad de acceder en pie de igualdad y a prorrata para satisfacer sus créditos. Además negarlo lesionaría los principios de justicia y equidad, en el caso que un consorcio cuya administración ejercida sin lealtad y buena diligencia, *se endeudara indebida y maliciosamente*, y se amparara en su no concursabilidad.

XV) La expresa regulación legal acerca de la *responsabilidad de los consorcistas y su alcance* ha sido omitida inexplicablemente por el Código, no obstante que en los proyectos precedentes se establecía con total claridad. La función *notarial y la doctrina en general*, deberá llenar el vacío aplicando las normas de los arts. 2046 y 2048, las que deben ser interpretadas y aplicadas funcionalmente dado que hacen a la *tutela preventiva del derecho*. Dichas normas imponen obligaciones patrimoniales que afectan no solo a los propietarios sino a los poseedores por cualquier título. La solución final debe ser legislativa, el notariado por sus instituciones deberá promover la reforma a la mayor brevedad. De lo contrario toda construcción por *fuera del principio de legalidad dará lugar a la mala fe procesal en un escenario litigioso*. La *ausencia de normas limitativas de responsabilidad*, funcionalmente solo tiene remedio legal para evitar que el consorcista no sólo responda con su unidad funcional sino con todos sus bienes no protegidos, en forma ilimitada.

XVI) Resulta relevante para nuestra función la *venta y transferencia de las unidades privativas y los derechos consorciales que la integran*. El nuevo consorcista, en razón del especial régimen de este derecho real y extensiones personales, *adquiere el activo y el pasivo consorcial* no por ser una obligación “propter rem”, sino porque frente al tercero se es consorcista y entonces responderá como su antecesor tanto contractual como extracontractualmente. Recomendamos la buena práctica por la cual el notario interviniente en la escritura de compraventa, *solicite al administrador y representante legal del consorcio informe detalladamente todas las deudas y créditos* tanto del consorcista vendedor como del consorcio y de la unidad que se transfiere.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Por obra del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se logra la unificación del derecho privado y con ella la constitucionalización de sus normas. Quizás su mayor virtud. Así se establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, armónico e inteligente que hace efectivo el ejercicio de los derechos fundamentales tanto de la *persona humana* como de la *persona jurídica*.

Para referirme a esta última por ser contenido de este tema, el cambio fue fundamental. A un derecho societario dominado por el orden público, cepos legales, una extrema tipicidad, un impropio sistema de irregularidades y nulidades, prohibición a

los cónyuges de acceder a todos los tipos societarios, la negación de la unipersonalidad, devino un sistema abierto, armónico, eliminando todos esos tabúes y prohibiciones con mesurado criterio y clara doctrina, se logra un sistema societario accesible, y un régimen asociativo anhelado, dando lugar a una nueva regulación de los contratos asociativos, a la posibilidad de pactar herencias futuras sobre bienes productivos, favoreciendo tanto a la empresa familiar como a la familia empresaria y por último la aparición de las SAS con una verdadera unipersonalidad y una inteligente pluralidad, logrando así lo que tanto se reclamó desde el notariado una verdadera dimensión del derecho.

El notariado ha sido convocado a contribuir con su función a ser partícipe y escultor de estos nuevos estándares jurídicos desde el lugar privilegiado de la creación, autenticidad, oponibilidad, ejecutoriedad y conservación documental, que la ley le reconoció y los fundamentos de elevación del proyecto del código, ratificó.

Después de una extensa descripción de su actividad tutelar y documental, concluye "... la esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública, como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia *erga omnes*. La fe pública es el efecto de tal conjunto de operaciones".

EL CONSORCIO DE PROPIEDAD HORIZONTAL

PERSONA JURÍDICA PRIVADA

La cuestión de la personalidad jurídica del "consorcio de propiedad horizontal" ha motivado antes de la reforma posiciones encontradas en la doctrina y en la jurisprudencia¹.

1 Tesis negatoria: CNCiv., Sala A, junio 5-1984, "Consorcio de propietarios Marcelo T. de Alvear 1275-77 c/Arminfé SA", ED tomo 120, pág. 405. En sentido restringido: SC Mendoza, Sala I, diciembre 18 de 1991 "Caretta Pons de Zeballos, Cecilia A. y otros c. Consorcio de propietarios Rivadavia 38-42- 46" LL 1992, tomo C, pág. 201. En sentido amplio: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, mayo 26 de 2003, "Compañía General Inmobiliaria S.A. c. Consorcio de propietarios Av. Santa Fe 1954/74 y otro" y "Consorcio de propietarios Av. Santa Fe 1954/74 c. Compañía General Inmobiliaria S.A. Administración", LL 2004-B, pág. 339; ED 13/04/2004, pág. 3. MOLINARIO, Alberto D.; "Inexistencia de personalidad del consorcio creado por la Ley nacional N° 13.512", ED, tomo 120, pág. 405. Tesis afirmativa: Jorge Horacio Alterini y Gabriela A. Vázquez, bajo el título "Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes", publicado en La Ley 2007-C, 1076.

El Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) concluyó con esa etapa de incertidumbre, en el Libro Primero, Título II, Capítulo 1, Sección 2ª Clasificación, el artículo 148 (inc. h) lo incorpora como persona jurídica privada bajo la denominación de “consorcio de propiedad horizontal”.

El Código determina la ley aplicable a las personas jurídicas privadas que se constituyan en la República (art. 150). Se rigen: i) por las leyes especiales, o en su defecto por este Código; ii) por las normas del acto constitutivo y de los reglamentos (en caso de divergencia prevalecen las primeras) y iii) concluye que se aplican las normas supletorias de las leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título. Completa la regulación con las personas jurídicas constituidas en el extranjero que se rigen por lo dispuesto en la Ley General de Sociedades (LGS 19.550, T.O. 1994)².

El mismo Código (art. 141) las define como “entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”.

Por su parte el Código unificado lo trata unívocamente con el término “consorcio” (Libro Cuarto, Título V, propiedad horizontal) y lo define así en el art. 2044: “*Consorcio*. El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador”. Dicha norma en su segunda parte regula su *extinción* y nada dice de su constitución fundacional.

En cuanto a su *existencia*, nace con el reglamento de propiedad horizontal celebrado por escritura pública y sólo se *extingue* por la desafectación del inmueble al régimen de propiedad horizontal por *acuerdo unánime* de los propietarios contenido e instrumentado en escritura pública o por *resolución judicial definitiva*. Ambos actos, a los efectos de su oponibilidad a terceros, deben ser inscriptos en el Registro de la Propiedad Inmueble de su jurisdicción (arts. 2038 y 2044). Además de dicha publicidad le es aplicable la “cartular” de trascendentes efectos y se exterioriza mediante notas que el notario insertará en los títulos antecedentes del cual formará parte dicho documento de afectación que se integra a su vez al título suficiente sobre la unidad funcional. Ninguna otra publicidad le es aplicable dado que para su existencia no requiere intervención de los organismos de control societaria ni del Registro Público.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula los derechos reales en el Libro Cuarto, estableciendo acertadamente una parte general y principios comunes. Lo define como el “... poder jurídico de estructura legal que se ejerce sobre un objeto

2 BENSEÑOR, N. y Pérez Lozano, Néstor; en “Régimen legal y actuación extraterritorial de sociedades”, Revista Internacional del Notariado (ONPI), nov. de 1991, págs. 43, 50 y 51.

en forma autónoma con las atribuciones de persecución y preferencia”. Es una definición contundente e impacta por su *prevalencia sobre todo el derecho*, siendo nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley (art. 1882 y sigs.).

Por su parte el art. 1887 determina taxativamente catorce derechos reales, entre ellos en el inciso c) el de *propiedad horizontal* y en el inciso d) crea un nuevo derecho real el de los *conjuntos inmobiliarios* (propiedad horizontal especial) en los que se integran los llamados clubes de campo, barrios cerrados, parques industriales, náuticos y demás emprendimientos urbanísticos habitacionales, laborales, comerciales a los que también se les aplican las normas locales.

Este trabajo no tiene por objeto analizar los contenidos constitutivos de “los derechos reales”, que por otra parte ha sido abastecido por notables autores, como los son ADRIANA N. ABELLA, MARINA MARIANI DE VIDAL, MARCELA TRANCHINI, JORGE ATILIO ALTERINI, JORGE CAUSSE y ZULMA DODDA, por citar a los nuestros y más cercanos.

Mi intención doctrinaria está dirigida a la “persona jurídica consorcio” y a las consecuencias que irradia e incide sobre la función notarial, a la que le asigno un protagonismo totalizante en su doble faceta pública-privada.

Retomando el análisis de la nueva persona jurídica, el art. 142 determina que “la existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. No necesita autorización legal para funcionar...”. Este principio es plenamente aplicable a la persona jurídica “consorcio de propiedad horizontal” dado que no requiere intervención de organismo de control alguno, solo el acuerdo de voluntades que por ser plurilateral se consolida con quienes comparecen al acto originariamente o los que posteriormente adhieran por el instrumento de la misma jerarquía formal, la escritura pública.

El *reglamento de propiedad horizontal* se constituye en el instrumento eficaz que, desde el nacimiento hasta el ocaso del consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica, tendrá el poder de organizar y permitir la imputación diferencial que la determina y caracteriza.

Desplegará múltiples efectos desde los *constitutivos-descriptivos* hasta los *regulatorios* de las conductas necesarias y obligatorias para la convivencia social con el objeto de posibilitar una ordenada convivencia, esencial para el logro de una calidad de vida deseada. Esa convivencia requiere a su vez de renunciamentos de derechos subjetivos individuales para armonizar con los comunitarios-sociales. Ello solo lo logra la ley y la autonomía de la voluntad dentro del principio de legalidad. Es el estatuto fundacional orgánico que modula y preserva a la persona jurídica consorcio.

Este estatuto reivindica en todo su despliegue al principio de la autonomía de la voluntad y con ella la expansión de la voluntad plurilateral que se materialice dentro de un orden normativo, quien le impone las limitaciones necesarias que nacen del orden público, sin perder la posibilidad del poder de creación y sin ne-

cesidad alguna de intervención previa del estado. Le asisten los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres y está sujeto al control judicial, expresado en última instancia.

En cuanto al contenido y objeto de este trabajo son notas que evidencian la calidad de “estatuto social” las siguientes: i) composición del patrimonio (inc. e); ii) determinación de convocar la reunión de propietarios, su periodicidad y forma de notificación (inc. m); iii) representación en las asambleas y sus limitaciones (inc. n); iv) mayorías necesarias para modificar el reglamento; v) adopta el principio de las mayorías (inc. o); forma de computarlas (inc. p); vi) designación, facultades y obligaciones especiales del administrador (inc. r); vii) plazo para el ejercicio de la función de administrador (inc. s); viii) fijación del ejercicio financiero del negocio (inc. t) y ix) facultades especiales del consejo de propietarios (inc. u). El art. 2057 fija la mayoría legal de dos tercios para la modificación del reglamento.

El *reglamento de propiedad horizontal*, en cuanto estatuto social que rige la vida plena de la persona jurídica “consorcio”, se integra y constituye por las normas imperativas del art. 2056, en cuanto determina que dicho reglamento “... debe contener...”, y las contiene en 22 incisos, que desarrollan una amplia regulación estructural. La misma resulta necesaria, pero no suficiente para abarcar el universo de situaciones que se nos presentan en la realidad de la vida consorcial y condiciones arquitectónicas de los edificios a los cuales se somete y afecta a ese derecho real.

Es decir la nueva normativa no neutraliza ni impide el ejercicio del *principio de la autonomía de la voluntad*, que no solo tendrá efectos complementarios sino que corresponde al autor del estatuto *llenar los vacíos legales que dejó la normativa codificada*.

Alcanza a ese documento complejo y de múltiples efectos jurídicos y organizativos la preceptiva general a la que quedan sometidas todas las personas jurídicas privadas. En cuanto a los atributos y efectos de la personalidad jurídica deberá tener un *nombre o denominación* que la identifique como tal con el aditamento “consorcio de propietarios”. En cuanto a ello, no pueden contener términos o expresiones contrarios a la ley, el orden público o las buenas costumbres ni inducir a error sobre la clase u objeto de la persona jurídica (art. 151 del Código citado).

En cuanto al *objeto*, que es trascendente en el caso de las personas jurídicas sociedades, se requiere que el mismo sea preciso y determinado (art. 156), en el caso del consorcio, además su contenido tiene *génesis legal*, es decir que queda atribuido por la normativa codificada, sin perjuicio de su ampliación tomando en cuenta las circunstancias de cada caso.

Aparece así con nitidez el *deber de asesoramiento* que el notario debe prestar en esta compleja competencia, dado que tratándose de un “acto legislativamente trascendente”, el documento en su contenido final, después de haber sido some-

tido a un proceso de creación documental orgánico, debe ser otorgado por escritura pública y como se expresa en los “fundamentos de elevación del proyecto del Código unificado” nos impone la mayor capacitación para responder a tal vital incumbencia³.

En tal sentido, la *función notarial* adquiere en este documento que integra diversas categorías de normas y produce múltiples efectos, su “máxima expresión pública y privada”, al decir de ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS⁴.

Por su parte la *asamblea* se constituye en el “órgano” de gobierno que posibilita formar la *voluntad consorcial* y adopta el principio de las mayorías (art. 2059). No solo es competente para tratar las cuestiones atribuidas por la ley sino también por el reglamento (art. 2058) como asimismo todas las cuestiones residuales no contempladas como atribuciones del administrador o del consejo de propietarios (inc. d). La asamblea puede designar un consejo de propietarios.

Este órgano consorcial es *optativo* por parte de los propietarios, pero no sustituye al administrador, ni puede cumplir sus obligaciones, pero puede convocar

3 Fundamentos... (i) La intervención de... los escribanos en particular, ha sido impuesta por la ley para acompañar al ciudadano en la ejecución de actos legislativamente seleccionados, con la finalidad de conferir legalidad, validez y eficacia a los mismos; (ii) Esta finalidad se obtiene a través del asesoramiento, la configuración técnica, y sobre todo, la adecuación de la voluntad a lo expresado y narrado luego en documentos matrices que son conservados, archivados y exhibidos a quienes detentan interés legítimo; (iii) Por ello es que, como bien expresa Fiorini (Bartolomé), los instrumentos gozan de fe pública, porque son el resultado de un conjunto de solemnidades aplicadas a las etapas previas (calificaciones) y durante el mismo (acto público técnicamente configurado, con dirección del oficial, y garantizando la libertad de expresión y en su caso las adecuaciones de la voluntad a la verdadera intención de las partes). (iv) A ello se suma que en forma coetánea se instrumenta, con rigurosas solemnidades aplicables al tipo de papel, su autenticidad, las tintas, los procedimientos de edición, el contenido (idioma, prohibición de abreviaturas, espacios en blanco, enmiendas no salvadas, etc.). Los documentos matrices quedan en resguardo, lo cual facilita su auditoría y todos los controles que corresponda aplicar. Este conjunto de solemnidades (entendidas como garantías de jerarquía constitucional) es el fundamento de su privilegiada oponibilidad, que deviene de la fe pública que merecen; V) Todo ello demuestra que la esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública, como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia “erga omnes”. La fe pública es el efecto de tal conjunto de operaciones.

4 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio; “Los componentes públicos de la función notarial”, Revista del Notariado 850 (número aniversario), noviembre 1997, págs. 147-164. “La actividad profesional del notario se fue prontamente desarrollando dentro de esa función pública que proclaman las leyes notariales, como actividad de consejo jurídico; se trata de un consejo vinculado a la formación de la voluntad que recoge el instrumento público y, por tanto, a la función notarial misma; un consejo importante y, como veremos, indispensable, pero en todo caso accesorio a la función instrumental, por lo que con toda propiedad podemos llamarlo consejo jurídico instrumental o funcional”.

a asamblea en caso de vacancia del cargo dentro de los treinta días de producida la misma. Se le atribuyen funciones de control, de autorización y administración provisoria (art. 2064).

El art. 2061 establece un *límite a la voluntad soberana de la mayoría*, agregando así confusión a las competencias instituidas, dice el artículo que 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 los titulares de las unidades privativas afectadas.

La norma tiene reminiscencia en los principios societarios cuando ésta alude a los *límites de la voluntad soberana expresada en asamblea, que se apoya en la tutela de las minorías y los derechos individuales de los socios-conсорcistas*.

No obstante la norma constituye la *debida protección al derecho de propiedad* que tiene raigambre constitucional. Por ello cuando de las resoluciones surja una clara supresión y limitación a tal derecho o a su ejercicio, deberá el titular de dominio ser *especialmente anoticiado en forma indubitada de tal resolución*, salvo que dicha limitación surja del plano y que el mismo titular prestó su necesaria conformidad. Todo ello además de convocarlo a la asamblea incluyendo en el orden del día un punto específico sobre “afectaciones especiales” a unidades o parcelas involucradas, haciendo expresa referencia al mismo en la convocatoria.

Ello no obsta que cuando se trate de la modificación del reglamento de propiedad horizontal, aún cuando sea aprobada por la mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios, como buena práctica y convivencia para su información se exhiba por el plazo que consideren prudente, en la sede de la administración del consorcio, es decir en el mismo predio o edificio por así disponerlo la ley como domicilio social (art. 2044).

El *quórum y convocatoria* se regulan en el art. 2059. No se aparta de las legislaciones comunes a estos estándares de validez de la asamblea. Es nulo el tratamiento de temas no contenidos en el orden del día que debe ser preciso y completo, salvo la presencia unánime de los propietarios que así lo decidan. El Código declara la validez de las decisiones tomadas por voluntad unánime del total de los propietarios aunque no lo hagan en asamblea.

La *mayoría absoluta* se puede expresar en forma *presencial o en ausencia* de los propietarios, a quienes se les comunicará en forma fehaciente las decisiones adoptadas por mayoría de los presentes. Dichas resoluciones así comunicadas se tendrán por aprobadas a los quince días de haber sido notificados, salvo que con la mayoría “suficiente” se opongan por igual medio. La “mayoría suficiente” a que se refiere la norma es la absoluta, tomándose a los efectos del cómputo sobre la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales conformándola por la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de éstas con relación al conjunto (art. 2060).

El derecho a promover la *acción judicial de nulidad de la asamblea*, caduca a los treinta días contados desde la fecha de la asamblea (art. 2060 *in fine*).

En cuanto al “registro” de la asamblea se imponen formalidades especiales: se establecen *dos libros obligatorios* referidos a la administración del consorcio, el de *actas de asamblea* y el *registro de firmas* de los propietarios (art. 2062).

Debe labrarse el acta de cada asamblea debiendo los presentes firmar como constancia de asistencia.

Las firmas deben ser cotejadas por el administrador con las firmas originales registradas.

Deben confeccionarse por un secretario de actas elegido por los propietarios y se precisa su contenido. Deben ser firmadas por el presidente de la asamblea y dos propietarios.

A pie de cada acta el administrador debe formalizar una *atestación* para dejar constancia de las comunicaciones enviadas a los ausentes, de las oposiciones recibidas, de las eventuales conformidades expresadas y la ausencia de toda manifestación (silencio) guardado por los propietarios ausentes.

Minoría simple. Audiencia judicial. Decisión sumaria: si el administrador o el consejo de propietarios, omiten convocar a asamblea, en subsidio los propietarios que representen el diez por ciento del total, pueden solicitar al juez la convocatoria de una asamblea judicial. La asamblea así constituida puede resolver con mayoría simple de presentes. Si no se llega a una decisión decide el Juez en forma sumarísima (art. 2063).

Como se advierte el Código posibilita la formación de la voluntad consorcial estableciendo un sistema *acumulativo de adhesión* de los propietarios ausentes a las resoluciones adoptadas por los propietarios presenciales al acto asambleario. Es decir los ausentes pueden posteriormente *aceptar expresamente* la decisión mediante comunicación fehaciente e indubitada o *aceptándola guardando silencio*. También podrán *oponerse por igual medio con mayoría suficiente*, es decir la “absoluta” tomando en cuenta la necesaria doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de éstas con relación al conjunto.

La Asamblea Judicial completa el cuadro al establecer que con mayoría simple se pueden decidir cuestiones reservadas a la asamblea no convocada y la decisión sumarísima del Juez en caso de falta de decisión.

Es coherente el contenido de los fundamentos de elevación del anteproyecto cuando expresa: “En cuanto a las asambleas de propietarios, se simplifica la convocatoria y especialmente, el quórum y las mayorías pueden lograrse más fácilmente por adhesión. Se establece también una breve regulación de la asamblea judicial”.

El *reglamento* deberá establecer la forma, medios y procedimientos para formalizar las convocatorias a asambleas y sus posteriores comunicaciones. Los medios habituales como el telegrama o cartas documentos en la casuística provocan problemas de todo orden. Solo las actas notariales se constituyen en un medio seguro, pero cuando los propietarios a notificar son muy numerosos se dificulta su formalización. Por ello aconsejamos acudir a los *medios digitales o electrónicos de comunicación y notificación*, además de crear el sitio web institucional como medio informativo y comunicacional para la vida en comunidad y pertenencia consorcial.

LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL CONSORCIO DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Como lo expresara NORBERTO R. BENSEÑOR⁵ “La personificación no es un atributo reservado a los seres humanos. Es posible atribuir aptitud para el ejercicio de derechos y contraer obligaciones a sujetos que carezcan de corporeidad física. La actuación unificada y la imputación diferenciada son elementos necesarios para la atribución de la personalidad”. Concluye con meridiana claridad “Los atributos de la personalidad (patrimonio, denominación, capacidad, domicilio entre otros) quedan unificados en un solo sujeto. La calidad de sujeto de derecho es totalizante no puede adoptarse parcialmente o a medias”.

La doctrina de la personalidad pretende crear un orden y una estructura concebida de manera abstracta, pero tiene reflejo inmediato y concreto en la movilización de grandes intereses no solamente económicos, tal como enseña RAÚL A. ETCHEVERRY⁶.

La persona jurídica permite establecer una “organización autónoma” con *patrimonio propio* y *capacidad de gestión* que se distingue de sus instituyentes estructurando un esquema de simplificación de relaciones y de impermeabilidad patrimonial.

Como breve referencia recordemos alguna de las teorías conceptualistas para explicar la persona jurídica, como: a) de la *ficción*, que entiende que las personas jurídicas tienen existencia ideal, constituyendo ficciones creadas por el legislador; b) las que las *relativizan*, negando la personalidad jurídica a entes distintos de los seres humanos, centrandose en éstos la atribución de la titularidad de los bienes, con visión organicista y apuntando a la autorización para el otorgamiento de personería jurídica; y c) sistema de la *realidad*, que, si bien no discute el punto de vista

5 BENSEÑOR, N. “Régimen de las personas jurídicas. El concepto de persona jurídica”, Revista del Notariado 914.

6 ETCHEVERRY, Raúl A. “La personalidad societaria y el conflicto de intereses”, en *Anomalías Societarias*, AAVV, Advocatus, 1996, pág. 49.

filosófico de los seres humanos, entiende que el reconocimiento de la personalidad de derecho es una realidad de los fenómenos sociales.

La persona jurídica consorcio hoy reconocida por nuestra legislación⁷, contiene notas diferenciales dignas de ser comentadas, a saber:

Impacto sociológico.

Si bien la doctrina se había adelantado a la normativa en vigencia⁸, este reconocimiento constituye y abastece una realidad jurídico-sociológica.

Fundados en la *teoría Ecológica del Derecho*⁹, al incorporar a la ciencia del derecho, entre otras a la sociología como ciencia que analiza científicamente la estructura y funcionamiento de la sociedad humana y sus fenómenos colectivos, nos permitió visualizar que *el derecho que desconoce la realidad social no cumple con su función ordenadora* ni con la aspiración permanente del ser humano a una mejor calidad de vida.

El consorcio de propiedad horizontal al ser reconocido como persona jurídica privada, se constituye en la entidad ideal más extendida.

En nuestro país los impactos generados por la necesidad de acceder a la vivienda dentro de una estructura urbana planificada, donde el encarecimiento de la tierra, la disminución del suelo en expansión y urbanizable han aumentado, hizo necesario desarrollar modelos urbanos con infraestructura social y de servicios para evitar enormes complicaciones funcionales al ordenamiento urbano.

Así el fenómeno de la *propiedad horizontal* pasó a ser el recurso vital para satisfacer tales necesidades y circunstancias. Su expansión fue fenomenal y hoy domina el escenario de la ciudad como hábitat, de ahí la necesidad de una regulación pública urbanística.

Reconocimiento de interés autónomo.

No obstante la ausencia de un expreso reconocimiento de personalidad, la Ley 13.512 introdujo en su art. 9 el término "consorcio". El mayor mérito de dicha preceptiva fue dar un amplio margen al principio de la autonomía de la voluntad para que, especialmente, el notariado diera al reglamento de copropiedad y administración mediante escritura pública el carácter de un verdadero "estatuto jurídico".

Lamentablemente respecto del administrador dicha ley lo calificó como "...representante de los propietarios" (inc. 2 del citado art. 9), cargo que podía recaer en uno de ellos o no. El art. 10 de la ley se refería al "representante de los condóminos".

7 Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994), arts. 148 inc. h) y 2004, L IV, T Vº, Cap. Iº.

8 ALTERINI, Jorge Horacio y Vázquez, Gabriela A. "Reafirmación de la personalidad del consorcio", ob. cit.

9 COSSIO, Carlos. *La teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 1944, primera edición.

Dicha representación común y voluntaria, colocaba al “administrador” como “representante” en una situación que contradice el alto grado de responsabilidad, de fidelidad, lealtad y reserva con sus representados, que en caso de conflictos de intereses el Código le obliga a posponer los suyos. Es por ello que el Código Civil y Comercial de la Nación le confiere *representación orgánica* con todo su sistema de competencias, limitaciones y abstenciones.

La persona jurídica consorcio merece por parte del derecho un reconocimiento a su *interés autónomo, capaz de albergar en dicha personalidad un repertorio amplio de competencias diferenciadas de las personas que lo integran* (art. 143).

Fundados en la plena personalidad jurídica del consorcio de propietarios, es fundamental analizar si el representante legal del consorcio, el administrador, ostenta “representación orgánica” o *lo es solamente* como “representante voluntario”.

Adelanto mi opinión acerca de que el *administrador de la persona jurídica privada* como representante legal es un “órgano jerarquizado” del consorcio, que ostenta la representación y facultades que le atribuyen la ley, el reglamento de propiedad horizontal, como estatuto por el cual se constituye y construye la personalidad jurídica y supletoriamente por las reglas del mandato (art. 2065).

Las *decisiones asamblearias* pueden ser cumplidas y llevadas a cabo por el *representante orgánico* del consorcio, el administrador, ya que la voluntad consorcial se obtiene por mayoría absoluta en el caso de la asamblea convocada o por mayoría simple en el caso de su celebración en sede judicial. El sistema otorga, como ya ha sido expresado, la oportunidad de expresar la voluntad de los propietarios *presencialmente* en el acto asambleario o por *adhesión o silencio* de los ausentes. Todos tendrán la oportunidad de expresar su voluntad y en ausencia de ello el Juez decidirá sumarísimamente.

LA REPRESENTACIÓN LEGAL Y ORGÁNICA DEL ADMINISTRADOR

El administrador es el “representante legal del consorcio con el carácter de mandatario” (art. 2065).

En cuanto a su designación y remoción la ley (art. 2066) distingue entre la *designación efectuada en el reglamento* de los designados en la *asamblea posterior*, que debe realizarse dentro de los noventa días de cumplidos los dos años del otorgamiento del reglamento o del momento que se encuentren ocupadas el cincuenta por ciento (50%) de las unidades funcionales, lo que ocurra primero.

El primero cesa en oportunidad de la primera asamblea, el segundo por el vencimiento del plazo y puede ser removido por la asamblea sin expresión de causa (art. 2066 *in fine*).

El art. 2067 legisla sobre la *competencia y los derechos y obligaciones del administrador*, en detallada y secuencial descripción. Concluye la nómina con referencia a su calidad de representante, estableciendo que tanto en las gestiones administrativas como judiciales lo hace como “mandatario” y agrega “exclusivo” con todas las facultades propias de su “carácter de representante legal” (inc. m).

Es decir, sus derechos y obligaciones y en ello la “representación legal” son impuestos por la ley, el reglamento y la asamblea. El Código, en cuanto a la representación (Libro Primero, Título IV, Capítulo 8) determina que es *voluntaria* cuando resulta de un acto jurídico; es *legal* cuando resulta de una regla del derecho, y es *orgánica* cuando resulta de un estatuto de la persona jurídica.

El derecho argentino le exige al “representante” el máximo de *lealtad y prudencia* en su actuación, así el art. 372 inc. a) establece el deber de *fidelidad, lealtad y reserva*; debe actuar con el cuidado que pondría en los asuntos propios (art. 1324 inc. a); en el *conflicto de intereses el mandatario debe posponer los suyos* (art. 1325); en el art. 59 de la Ley General de Sociedades 19.550 T.O. 1994, obliga a los representantes a *obrar con lealtad y con diligencia de un buen hombre de negocios* y el art. 272 del mismo cuerpo legal regula el “interés contrario” al de la sociedad. Es indudable que este doble estándar ha sido trasladado al nuevo Código pero es de advertir que el art. 159 exige a los administradores de la persona jurídica el deber de “obrar con lealtad y diligencia” sin aditamento alguno.

Adviértase entonces que a la gestión del administrador la norma del Código no le requiere hacerlo como “un buen hombre de negocios”. Entendemos que esa calificación está referida a “un experto comerciante y/o empresario”.

Si bien dicha supresión es de toda lógica en las asociaciones sin fines de lucro, donde dicho cargo no es remunerado, se ejerce “ad honorem”, sin retribución económica alguna. No ocurre lo mismo en la administración del consorcio. En efecto en toda la normativa referida a la función del administrador está ausente la *dimensión del instituto*. Existen consorcios y consorcios que van desde la simple construcción de dos unidades en planta baja, hasta enormes planeamientos edilicios, sociales, deportivos, industriales, caracterizados como “conjuntos inmobiliarios”, donde la administración adquiere una dimensión profesional y en la mayoría de los casos organizada bajo contenidos societarios.

LORENZETTI¹⁰, comentando la norma del art. 159, entiende que los administradores deben actuar con “lealtad y diligencia” que se espera de ellos y la que es propia del cargo o función. Obrar con lealtad significa actuar con “honradez y sinceridad” es decir defendiendo los intereses de la persona jurídica en el cumplimiento del objeto.

10 LORENZETTI, R.; *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, T I, pág. 621.

A mi entender, no justifica la falta de previsión legal, actuar con “lealtad y diligencia y con honradez y sinceridad” no es suficiente para determinados emprendimientos, sólo en esos casos, la profesionalidad y experiencia sumados a los demás estándares analizados determina el principio de idoneidad para cubrir la función. No debe olvidarse que esta designación y de ese principio de idoneidad mediará la responsabilidad de los administradores.

La norma 1725 del nuevo Código, introduce el estándar de la “valoración de la conducta” determinando que “Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias”.

En cuanto a la “valoración de la conducta” no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, “a no ser en los “contratos que suponen una confianza especial entre las partes” ... en estos casos “se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente...”.

En efecto, a mi entender, la cuestión queda disponible a la *autonomía de la voluntad*, y deberá quedar, según el caso, regulada la responsabilidad y si es necesario establecer en el reglamento las aptitudes y demás condiciones que deberá reunir la persona llamada a ejercer el cargo.

Una vez más el notario deberá actuar en *función documental preventiva como perito de la contratación* y la confianza que en esta materia la sociedad le dispensa, constituye una enorme responsabilidad.

Además y como se advierte los términos “mandato”, “mandatario” y “representante” no están reservados exclusivamente al contrato de mandato o representación singular común voluntaria sino que se extiende a la representación orgánica a las personas jurídicas como lo hace la legislación societaria citada y también el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994), cuando exige para las personas jurídicas el “deber de lealtad y diligencia” y ante conflictos de intereses deberá abstenerse de intervenir (art. 159).

En lo específico, ya la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal, empleaba los términos de “representante de los condóminos” (art. 10) “representante de los propietarios quien debía actuar en todas las gestiones como mandatario legal y exclusivo de aquellos” (art. 11). También en el Código velezano el art. 1870 inc. 2º, determinaba la aplicabilidad del mandato a las corporaciones.

Respecto de la naturaleza de la representación que ejerce el administrador, mi conclusión es unívoca: ... el consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica privada, está representada por el administrador como un “órgano legal” y necesario que hace a la existencia de su estructura colectiva. Ello no obsta a que le apliquen en subsidio y como se fundamentó, las normas sobre el mandato, siendo el presupuesto diferencial, que el representante no lo es de los “consorcistas” sino del “consorcio”.

Por lo tanto el administrador tiene plena capacidad de representación orgánica para llevar a cabo las decisiones adoptadas válidamente por la asamblea.

Así podrá, entre otros múltiples actos, y siempre que así lo dispusiere válidamente la asamblea con las mayorías necesarias, modificar el reglamento de propiedad horizontal conforme a las pautas que impone el acto asambleario; podrá asimismo adecuar los “conjuntos inmobiliarios” a la normativa vigente por imperio de lo dispuesto por los arts. 2073 y siguientes y específicamente a la del art. 2075 del Código citado.

La exigencia de los registros inmobiliarios que requieren para dichos supuestos la comparencia al acto público notarial de la unanimidad de los propietarios que lo integran, constituye una decisión impropia e ilegítima de su potestad y echa por tierra la preceptiva inteligente y funcional que confiere el Código unificado.

Podrá entonces, el administrador como representante orgánico, vender, comprar, obligarse por garantías reales o personales con las modalidades y precisiones que le instruya y confiera la asamblea de propietarios del consorcio como persona jurídica, a la que el ordenamiento jurídico le confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y fines de su creación.

Además tiene plena capacidad para celebrar contratos asociativos. Esta facultad debe estar precedida de la resolución válida de la asamblea (Capítulo 5, arts. 2058 y siguientes del CCyC) con la mayoría que surja del reglamento y si no estuviere prevista, por el voto de la mayoría absoluta, convocada y desarrollada en los términos de los arts. 2059 y 2060 del Código citado.

OBJETO Y CAPACIDAD DEL CONSORCIO DE PROPIEDAD HORIZONTAL

El art. 141 del Código unificado define a las personas jurídicas como los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y *los fines de su creación*.

Ratifico y adhiero a la doctrina notarial mayoritaria en el sentido de que el *objeto social no constituye un límite a la capacidad de la persona jurídica sino el mecanismo de imputación de los actos celebrados por sus representantes*¹¹.

11 BENSEÑOR, Norberto Rafael; “Actos que exceden el objeto social” (en Academia Argentina del Notariado, Seminario Teórico-Práctico “Laureano Arturo Moreira” 20, Buenos Aires, junio 1990). Benseñor, Norberto Rafael; “Calificación inscriptoria del objeto social” (en La Ley, Suplemento de la Inspección General de Justicia, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, año 5, 1, 4 octubre 2007, págs. 2-3). Pérez Lozano, N.; “Representación societaria”, en *Estudios de Derecho Notarial y Registral*, La Plata, FEN, 2005, pág. 77. Otaegui, Julio C.; “Objeto social,

En una primera aproximación podemos afirmar que el “reglamento de propiedad horizontal” es al consorcio lo que el “estatuto social” es a una sociedad. No obstante ello no podemos establecer una asimilación total entre ambas instituciones, ya que el consorcio, tiene otra etiología que lo justifica y responde a otra función tutelar corporativa, con elementos y órganos propios. Se los asimila por establecer y resguardar los derechos y obligaciones de los consorcistas-propietarios, las relaciones de éstos con el consorcio y entre sí, y además con los terceros que se relacionen o contraten con él mismo.

Si bien la preceptiva detallada del art. 2056 del Código citado constituye una norma imperativa al establecer que el reglamento de propiedad horizontal “debe contener...” y aún cuando no lo exprese debe admitirse, por el principio de la *autonomía de la voluntad*, que las partes lo integren y establezcan otras normas contractuales que atiendan a los “fines de su creación”, modalidades del emprendimiento edilicio y estructura arquitectónica y la incorporación de nuevas tecnologías al mismo.

Adviértase la necesidad de *estipulaciones facultativas* destinadas a reglar la vida comunitaria, la seguridad y establecer nuevos sistemas y códigos que hacen a la mejor calidad de vida. Asimismo a todas las modalidades y determinaciones del funcionamiento de sus órganos: asamblea (art. 2058 y sigs.); administrador (art. 2065 y sigs.) y optativamente el consejo de propietarios (art. 2064).

En cuanto al “objeto”, “denominación”, “domicilio”, “constitución y extinción” de la persona jurídica quedan sometidos a la “ley” y supletoriamente al “reglamento”. Podemos decir, en forma genérica, que el objeto debe regular, la administración del edificio que quedará determinado con precisión en el reglamento, así como la denominación del consorcio que es aconsejable su coincidencia con la del edificio por ser éste el domicilio legal establecido, además de eludir la incómoda homonimia.

capacidad societaria y falencia”, publicado en La Ley, 2006-E, 541 - LLBA2006, 1279 - Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales 01/01/1900, 91. Aramouni, Alberto; *El objeto en las sociedades comerciales: cláusulas enunciativas; cooperativas; legislación y jurisprudencia aplicables. Modelos típicos*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, 259 págs. Suárez Anzorena, Carlos; *Objeto social y estado de liquidación de la sociedad*, Buenos Aires, Universidad Notarial Argentina, 1981, 2 p. Jornada Nacional de Derecho Societario, 2, Buenos Aires, 1981. Solari, Osvaldo S. (coord.); Acquarone de Rodríguez, María T.; Benseñor, Norberto, Rafael; Cesaretti, Oscar Daniel; Giralt Font, Jaime; Magri, Carmen Silvia Elena; Pérez Lozano, Néstor Oscar; Weisvein, Marta Judith; Heilborn de Lipschitz, Renata Inés. “La representación orgánica” (Revista Notarial 906, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, año 96, enero-junio 1990, págs. 56-84). Urbaneja, Marcelo E.; “El objeto y la capacidad de las sociedades comerciales en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, pág. 157.

CAPACIDAD DEL CONSORCIO PARA ADQUIRIR BIENES INMUEBLES

Parte de la doctrina¹² alude a la imposibilidad del “consorcio” de adquirir bienes inmuebles, puesto que sólo tiene capacidad para obrar dentro de los límites de su objeto. Entendiendo esa doctrina que la adquisición de un inmueble por parte del consorcio de propietarios no queda comprendida dentro de los fines para los cuales se ha constituido.

Disiento con tal postura. El derecho real de propiedad horizontal constituye un *instituto dinámico* como lo es el derecho de propiedad. Nos ha tocado en la vida profesional que el “consorcio” con autorización de la asamblea tenga que adquirir aún dentro del mismo planeamiento edilicio una unidad funcional con destino a la administración o al personal de seguridad, entre otros, y constituye una limitación inoficiosa que limita la personalidad jurídica asignada al consorcio. El caso se ha dado con mayor volumen en los conjuntos inmobiliarios (Libro Cuarto, Título VI, arts. 2073 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación).

Además, cómo se concilia dicha prohibición con la norma del art. 2056 inc. e) en cuanto dispone que el reglamento de propiedad horizontal debe contener la “composición del patrimonio del consorcio”. Se trata dicha potestad de una expresa norma habilitante para adquirir bienes.

Es de advertir en función de consejo y asesoramiento debido, que dicho inmueble pasa a integrar el patrimonio del consorcio, susceptible de responder en caso de concurso y/o declaración de quiebra del mismo. No obstante ello la protección de los *bienes adquiridos que no integren las partes comunes, puede darse mediante la constitución de un fideicomiso de administración y resguardo*. De lo contrario la adquisición en condominio por los propietarios de las unidades, sin lugar a dudas quedaría sometida a mayores y múltiples riesgos potenciales.

JORGE HORACIO ALTERINI con la colaboración de GABRIELA VÁZQUEZ¹³ afirman que conforme a su especialidad, el consorcio tiene capacidad jurídica para adquirir bienes para sí, *con los recursos que integran su patrimonio diferenciado*. La tesis afirmativa de esta capacidad de derecho se funda no sólo en la inexistencia de un obstáculo legal que se le oponga, sino también en el espíritu de la Ley 13.512 y en su propio texto rectamente interpretado.

12 GURFINKEL DE WENDY, Lilian N.; “Temas pendientes sobre la capacidad del consorcio de propietarios”, publicado en: La Ley 03/06/2013, 1 - La Ley 2013-C, 1052. Cita Online: AR/DOC/1939/2013.

13 ALTERINI, Jorge Horacio; Vázquez, Gabriela A. “Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes”, La Ley 2007-C, 1076.

Agregan que “La capacidad jurídica del consorcio para adquirir bienes se ciñe, en lo que atañe a los inmuebles, a las *unidades funcionales que forman parte del edificio o complejo inmobiliario* afectado a la Ley 13.512 en el que se despliega su personalidad, y no se extiende a fincas que, pese a ser contiguas, no integran el sistema de propiedad horizontal que le concede la calidad de sujeto de derecho. La estructura objetiva del derecho real de propiedad horizontal (art. 1º, Ley 13.512) y el orden público imperante en la materia (art. 2502, Código Civil), no admiten una concepción más amplia”.

El nuevo Código le ha impuesto al régimen de propiedad horizontal común como al de los conjuntos inmobiliarios, otra dinámica, dado que amplía sus instituciones también a los barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales y náuticos o a cualquier otro emprendimiento urbanístico independiente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial y usos mixtos. La limitación a adquirir bienes fuera del inmueble afectado, constituye una amputación impropia. Son impredecibles las expansiones que pueden requerir estos emprendimientos, que hagan tanto a los fines de su existencia como a su objeto, por ello la potestad de adquirir bienes, es plena, legal y orgánica.

La misma facultad se extiende además a constituir el *derecho real de superficie* sobre bienes ajenos, a los efectos de otorgar al consorcio y a sus componentes las facultades, de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de plantaciones, forestaciones y construcciones, dentro de las estipulaciones contenidas en el Título VII, art. 2114 y siguientes, así como las que dispongan las leyes especiales.

Es decir mi posición es amplia, funcional, y orgánica a la integración y amplitud del derecho real de propiedad horizontal, al consorcio como persona jurídica privada y a la protección de los derechos de propiedad sobre bienes exclusivos y comunes que integran el planeamiento y a sus intereses comunitarios, que atiendan a los fines de su creación, necesidades operativas convivenciales, para el mejor logro y desarrollo de su calidad de vida.

OBLIGATORIEDAD DEL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL. EFECTOS. DESAFECTACIÓN DEL INMUEBLE DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD DEL CONSORCIO

El Código Civil y Comercial de la Nación determina que el derecho real de propiedad horizontal se ejerce sobre un *inmueble propio*, que otorga a su titular facultades de uso, goce, disposición material y jurídica, sobre partes privativas y partes comunes. Ello conforme con lo que se establece en el Título V y los contenidos de las estipulaciones que integran el reglamento de propiedad horizontal. He aquí

un ejemplo de la función notarial creativa del derecho que tiene por objeto proveer normas instrumentales, que la normativa legal omitió. Adquiere así dicho reglamento igualdad jerárquica con la ley, estableciendo el principio de “identidad normativa y efectos vinculantes” (arts. 959 y 2037)¹⁴.

En cuanto a los efectos del otorgamiento e inscripción del reglamento, MARCELA H. TRANCHINI¹⁵, afirma que nace lo que en doctrina se denomina “estado de propiedad horizontal”, distinguiéndolo del “derecho real de propiedad horizontal”.

El estado de propiedad horizontal, que nace con el otorgamiento del reglamento y luego con su inscripción registral para que opere el principio de oponibilidad frente a terceros interesados, significa que lo que jurídicamente antes era una sola cosa se sustituye por dos o más, susceptibles de convertirse en unidades separadas pertenecientes a distintos titulares. Implica ello que el edificio está en aptitud jurídica de recibir derechos de propiedad horizontal sobre las unidades divididas horizontalmente, citando a JORGE ALTERINI¹⁶.

Agrega que mientras una sola persona sea dueña de todo el inmueble (ocurre cuando el único titular del inmueble lo somete a propiedad horizontal y no ha enajenado unidad alguna simultánea o posteriormente a su inscripción), no existirá aún derecho real de propiedad horizontal, pues no habrá titulares distintos con relación a las partes privativas (art. 1 de la Ley) -se refiere a la Ley 13.512-, ni condominio de indivisión forzosa sobre las partes comunes (art. 2 de la citada Ley). Concluye que el derecho real de propiedad horizontal, supone de títulos (donación, venta, etc.) y modos suficientes (tradición, sucesión, prescripción).

EL CONSORCIO UNIPERSONAL

Otorgado el reglamento de propiedad horizontal, aún cuando todas las unidades pertenezcan a una sola persona, nace con dicho instrumento la persona jurídica de derecho privado denominada consorcio de propiedad horizontal (art. 148, inc. h). Se ha desarrollado en este trabajo la ley aplicable a estas personas jurídicas, tanto a las que se constituyen en la República como en el extranjero, les son aplicables subsidiariamente las leyes especiales y para estas últimas, lo dispuesto en la Ley General de Sociedades.

14 PÉREZ LOZANO, Néstor O. *La Función Notarial Creadora de Derecho*, XIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Atenas, 2001.

15 TRANCHINI, Marcela H. *Estudios de Derecho Notarial y Registral*, “El objeto de la propiedad horizontal”, Cap. VI, 159, FEN - Fundación Editora Notarial.

16 ALTERINI, Jorge H.; “Derechos de los Consorcistas”, *El Derecho*, T^o 69, pág. 786.

La unipersonalidad como instituto general que se inserta en nuestro derecho en especial en el régimen societario argentino, debió superar el debate doctrinario de las tres últimas décadas centrándose el mismo en los institutos tales como la empresa individual de responsabilidad limitada o sociedad unipersonal; la incoherencia de utilizar el término sociedad para una sola persona o la imposibilidad de la indivisibilidad patrimonial, entre otros. Se optó por suprimir el requisito de pluralidad manteniendo los elementos específicos del contrato de sociedad; en la nueva redacción del art. 1º de la LGS cuando se refiere a “una o más personas”. En consecuencia, al admitirlas se reconoce, que la naturaleza del acto constitutivo es dual, pudiendo ser un contrato plurilateral de organización -dos o más personas- o la declaración unilateral de voluntad -una sola persona-.

Otra forma de llegar a la sociedad anónima unipersonal puede darse de manera sobreviniente por reducción a uno del número de socios, así se consagra que “la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución”.

Todos estos presupuestos son aplicables a la persona jurídica privada el “consorcio de propiedad horizontal”. En conclusión constituye de por sí una estructura dúctil y adaptable a la creación y desarrollo de las personas jurídicas y esencialmente a la afectación y división del patrimonio a los fines de la misma.

La *unipersonalidad* no impide desarrollar actividades en beneficio de la organización sino que a su vez brinda a los acreedores y a las personas que contratan con ella seguridad jurídica en el plano de la realidad negocial y en el conocimiento cabal de la limitación de la responsabilidad de su único miembro.

No obstante ello debo decir que la falta de pluralidad de miembros causa la inercia de algunas normas que regulan el funcionamiento consorcial, dado que se concentra en una sola persona la competencia de la asamblea, la cual estará integrada por un solo consorcista. Sin embargo se podrá designar administrador y realizar todos los actos que conforman la actividad del consorcio, tales como designar personal en relación de dependencia y/o tercerizar servicios imprescindibles para su funcionamiento. En tal caso es aconsejable celebrar las actas con las exigencias y formas requeridas por la ley y por el acto a celebrar debiendo recurrirse cuando fuera necesario al acta notarial o escritura pública.

El órgano de representación legal también constituye una realidad dado que, como es legal, le corresponde únicamente al administrador designado por el único consorcista, y más aún lo puede ser él mismo.

No advierto consecuencias desfavorables. Todo lo contrario, el administrador designado obra en representación del consorcio y podrá tramitar, por ejemplo la rúbrica de los libros, cumplir con las inscripciones laborales, previsionales y tributarias, obtener CUIT, registración de empleados, aperturas de cuentas corrientes, contratación de los seguros, también podrá realizar las inversiones que el único titular le indique e instalar el equipamiento de la recepción y de los sistemas de seguridad en las áreas comunes, entre otras.

La pluralidad sobreviniente por la transferencia de las distintas unidades funcionales, no requiere modificación alguna del reglamento de propiedad horizontal, ya que la misma operará automáticamente por aplicación de la ley.

Respecto del consorcio integrado solo por ambos cónyuges ya no existe duda alguna respecto de su viabilidad, identificando a la persona jurídica de derecho privado "consorcio", con las sociedades, el art. 27 texto ordenado LGS 19.550, que clausuró la insólita, cerrada, impropia y negativa interpretación de los organismos de control acompañada a su vez por la Cámara de Apelaciones competente. El nuevo texto dice brevemente que "Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV".

En consonancia con este artículo se modifica el art. 29 LGS y desaparece la sanción de nulidad, la posibilidad de que *los cónyuges puedan integrar cualquier sociedad* se debe además a la *modificación del régimen patrimonial del matrimonio* regulado en los arts. 446 a 508 CCyC. Les es habitual a los notarios ser requeridos por cónyuges para proceder a afectar un inmueble al régimen del derecho real de propiedad horizontal. No lo es menos que sus títulos de propiedad representen el negocio de la coadquisición es decir adquiridos e inscriptos su dominio en cabeza de ambos, sea cual fuere el régimen patrimonial matrimonial adoptado.

Con la anterior regulación societaria y la interpretación cerrada de los organismos de control, los cónyuges no podían elegir libremente cómo resolver y organizar sus actividades en conjunto o el aporte patrimonial de dichos bienes a sociedades en la que no se encontrara limitada la responsabilidad de los mismos.

Con el otorgamiento del reglamento de propiedad horizontal, nace la persona jurídica privada "consorcio de propiedad horizontal". Tanto el reglamento como el nacimiento de la persona jurídica son inobjetables, sea cual fuere la tesis que se le aplique para determinar su naturaleza.

Concluyo que recibimos gratamente la liberación y preservación de la empresa, afectación y/o actividad empresaria común, mediante la reforma que beneficiosamente ha sufrido el nuevo régimen societario. Desaparecen, nulidades, oponibilidades, irregularidades y todas las consecuencias disolutorias de la legislación anterior a la Ley 26.994.

LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. EXTENSIÓN AL CONSORCIO

Este instituto fue introducido en el derecho societario argentino por la Ley 22.903, que reformó la 19.950 (art. 54) hoy modificada por la Ley General de Sociedades (LGS) Ley 26.994, que a su vez, promulgó y puso en vigencia al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Al unificar el derecho privado, extendió el mismo a todas las personas jurídicas consagradas en el Libro Primero, Título II, Capítulo 1 Parte General mediante la norma del art. 144, y por efecto del art. 148, inciso h) se aplica al consorcio, lo que constituye una tutela elogiable.

En efecto, la reforma receptó e introdujo, los principios del *disregard* anglosajón, mediante un proceso de adaptación al *instituto de la inoponibilidad de la persona jurídica*. Ello posibilitó que cuando su actuación esté destinada a la consecución de “fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar ley, el orden público, la buena fe” o para “frustrar derechos de cualquier persona”, permite imputar, en forma directa, a quienes los hayan cometido utilizando la persona jurídica como pantalla o instrumento. Estos responderán mancomunada y solidariamente por los daños ocasionados por dicho negocio abusivo y/o fraudulento, y la ley los caracteriza a estos actores “en fraude”, como miembros o controlantes directos o indirectos. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe.

En conclusión lo que la *inoponibilidad* persigue es *sancionar el empleo instrumental desviado de la persona jurídica privada para realizar actos ilícitos y no los que ésta realiza*.

LA EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

La extinción se produce por desafectación, sea *convencional por acuerdo unánime o por resolución judicial* (sentencia firme registrada, art. 2044 *in fine*). Con dicha desafectación del inmueble se provoca la extinción de la personalidad del consorcio.

Aún en el caso de que la desafectación sea en sede judicial, propongo que dicha sentencia se inserte protocolarmente, procediendo a su transcripción literal, a la cual se le aditará la calificación de todos los actos previos antecedentes, así como las constancias notariales en cuanto a la legitimación y registrales. A esta instrumentación pública notarial, le asiste todos los efectos de *completividad, calificación legal y, fundamentalmente, al de su guarda, conservación e inscripción registral*, como elemento sustancial de la oponibilidad a terceros.

COMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO DEL CONSORCIO

La norma legal 2056 inciso e) del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) obliga a insertar en el reglamento de propiedad horizontal la “composición del patrimonio del consorcio”¹⁷.

17 El Proyecto de 1998 lo regulaba.

Los bienes y derechos que integran el patrimonio del consorcio deben estar previstos en el reglamento, sea en el cuerpo del mismo, sea por inventario y/o reglamento contable adjunto que conformarán un solo cuerpo documental. Además de su remisión a los futuros estados patrimoniales del consorcio que quedarán registrados en el Libro rubricado al efecto.

La función ordenadora de la actuación notarial en esta materia adquiere real importancia. El reglamento de propiedad horizontal, en su redacción debe contener un apartado especial, que es aconsejable que se titule “Composición del patrimonio”, a partir del mismo debemos consignar e inventariar todos los bienes que lo integran que (a mera ejemplificativa, apor to la siguiente enunciación) incluyen los siguientes: i) el fondo de reserva; ii) intereses que devenguen las imposiciones financieras constituidas por el consorcio; iii) las rentas provenientes por publicidad o instalaciones en espacios comunes; iv) los bienes suntuarios del equipamiento, obras de arte y mobiliario instalados en la hall de recepción del edificio como espacio común; v) créditos por medianería y locación de cocheras propiedad del consorcio; vi) los bienes registrables adquiridos e inscriptos a nombre del consorcio; vii) Integrarán el patrimonio del consorcio aquellos bienes y derechos que por su naturaleza, uso y afectación se constituyan o adquieran a su nombre. Los bienes y créditos descriptos lo son al solo efecto enunciativo y no podrán ser calificados como taxativos, dado que en orden a su titularidad, imputación, naturaleza del bien incorporado y uso se tendrán como incorporados al patrimonio consorcial.

Quedan *excluidas del patrimonio del consorcio*, las unidades funcionales y complementarias de propiedad exclusiva y los bienes y cosas de propiedad y uso común a la que acceden. Ello por virtud de la *especialidad* del régimen del derecho real de propiedad horizontal y la *inescindibilidad* a la que quedan sometidas las *partes privativas con las comunes*.

Siendo dicho patrimonio *inescindible y no susceptible de desafectación*, no constituyen para los acreedores parte del patrimonio común que es susceptible de agresión por parte de los mismos. Es decir que las cosas y bienes de propiedad y uso común *no son embargables* por cuanto no integran el patrimonio del consorcio y son susceptibles de protección legal en el caso de estar afectados a la “vivienda familiar”.

EL CONSORCIO, POSIBILIDAD DE ACCEDER AL CRÉDITO Y SU CONCURSABILIDAD

Al consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica de derecho privado, el ordenamiento jurídico le ha conferido aptitud para *adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación*.

Por tal virtud el mismo tiene derecho de tener acceso al crédito bancario en orden a la Ley de Entidades Financieras y a lo dispuesto para los contratos bancarios por el Código Civil y Comercial de la Nación en su Libro Tercero, Título IV, Capítulo 12, art. 1378 y siguientes.

JULIO C. OTAEGUI¹⁸ enseña que la empresa mercantil, la sociedad anónima y la falencia mercantil son una tríada importante para el comercio porque conciernen al crédito y el comercio vive del crédito.

No es intención asimilar al *consorcio* en un todo a la “empresa” pero indudablemente es una organización, un centro de imputación destinada a prestar los servicios conforme a los fines de su constitución. Administrar y proveer de los servicios propios de la necesidad que hacen no solo a la convivencia sino a la existencia misma del derecho real, a su funcionamiento, equipamiento y obras que en determinadas situaciones requiere de los fondos necesarios y con ellos del crédito de terceros.

Además como persona jurídica privada que presta servicios en forma organizada está obligado a llevar contabilidad tal como lo dispone el artículo 320 del Código único. Dicha contabilidad constituye una actividad obligatoria y regular lo cual permite cumplir con uno de los requisitos esenciales como lo es su estado de situación patrimonial y capacidad de pago en base a sus créditos y débitos.

En nuestra vida profesional hemos sido partícipes necesarios de la presentación de “legajos crediticios” a la banca privada y estatal, para la obtención de un crédito del sector al consorcio. En tales oportunidades en forma inmediata se le requirió al consorcio, *completar la solicitud mediante una fianza personal de todos los copropietarios en forma personal, solidaria y mancomunada para viabilizar el apoyo financiero, el crédito*. En tales oportunidades el consorcio no tenía reconocimiento legislativo como persona jurídica privada. Ahora lo tiene, pues no tengo duda alguna que el requerimiento de la fianza será requerida en forma y contenidos idénticos. Es decir de cumplimiento imposible. Ello a pesar que la línea crediticia (producto) está abierta por un Banco de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con destino a poner en valor el “edificio”, sustento y base esencial para la existencia del derecho real de propiedad horizontal.

En cuanto a la *concursabilidad del consorcio* es menester ratificar ahora los principios expuestos acerca de la especialidad y complejidad del derecho real de propiedad horizontal. A ellos se suman la exclusión del patrimonio del consorcio de los bienes que por virtud de la especialidad del régimen del derecho real de propiedad horizontal y la inescindibilidad a que quedan sometidas las partes privativas con las comunes, no constituyen para los acreedores patrimonio susceptible de agresión por los mismos. Es decir que las cosas y bienes de propiedad y uso común no son embargables por cuanto no integran el patrimonio del consorcio y son susceptibles de garantías legales.

18 *Tratado de la Empresa*, dirección de Ana I. Piaggi. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

Introducimos en el estudio de la concursabilidad del consorcio, de la quiebra y su extensión a los miembros consorcistas, constituye un acto de arrojo, una osadía. Los que nos enseñaron derecho notarial, nos marcaron que esta disciplina constituye, a la vez, *unidad teórica y construcción científica*, porque el notario debe poner a disposición de la comunidad requirente soluciones anticipatorias a sus necesidades de justicia y seguridad. Nuestra función atraviesa transversalmente todo el derecho y es por ello que nuestra respuesta y asistencia no deben hacerse esperar.

Coincido con la opinión de PABLO ARENA¹⁹ cuando expresó: "Privar al consorcio de la posibilidad de solicitar su concurso preventivo o quiebra, resulta desde la óptica del propio ente, como desventajoso respecto de la imposibilidad de acceder a una herramienta imprescindible y necesaria al tiempo de efectivizar -de resultar necesario- una restructuración o saneamiento de su pasivo, y desde la óptica de los acreedores, en la imposibilidad de acceder en pie de igualdad y a prorrata, tal como establece el proceso concursal, al cobro de sus acreencias, viéndose sujetos a la lógica de los procesos particulares, primero en el tiempo, primero en el derecho".

También lesiona a los estándares vitales de justicia y equidad que un consorcio cuya administración ejercida sin lealtad y buena diligencia se endeudara indebida y maliciosamente y luego se amparara en su no concursabilidad o en la indivisión forzosa.

Respeto la opinión de los concursualistas que no admiten tales derechos. Pero a esta altura de los tiempos insistir sobre la inconveniencia de otorgar no solo la personalidad jurídica sino la organicidad del consorcio es negar la realidad. Estamos en presencia de una norma positiva que lo reconoce como persona jurídica privada, con un patrimonio activo y por lo tanto organizado. Ante tales elementos entonces también deberá llevar una contabilidad registrada en los términos del art. 320 y siguientes del Código único.

Hay quienes opinan que no resulta posible la concursabilidad del consorcio atentos a la imposibilidad de concretar la disolución de su personalidad una vez liquidado su patrimonio. Y que dicha consecuencia devenía necesaria e ineludible. No es así, el Código de fondo establece las formas de extinción del régimen. Por ello no debemos confundir al derecho societario con el régimen de propiedad horizontal²⁰.

El consorcio es una persona distinta de sus integrantes, y no requiere en modo alguno, la previa constitución en mora a cada uno de los consorcistas. Estos en todo caso responderán ulteriormente en forma subsidiaria previa excusión de los bienes que integran el patrimonio del consorcio. En tal supuesto ante la insuficiencia de di-

19 ARENAS, Pablo. "Concursabilidad del consorcio de propietarios a la luz del nuevo Código unificado"; fecha: 2-jun-015. Cita: MJ-DOC-7246-AR | MJD7246.

20 FARINA, Juan María; VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario, 2001).

cho patrimonio se decretará la cesación de pago, la apertura de la quiebra y el juez resolverá entonces su extensión. Debemos considerar que el proyecto de 1998 incluía ese procedimiento de citación previa, que el actual Código vigente no lo reprodujo alejando así toda duda.

Acudiendo a los principios básicos de la acción procesal, que sí es *indispensable una obligación exigible con suma líquida emitida o creada por el consorcio*. La responsabilidad con los alcances que veremos a continuación nacerá en cabeza de los consorcistas, sólo ante la insuficiencia del patrimonio del consorcio. Es decir no se requiere intimación previa porque la responsabilidad de los propietarios nacerá como consecuencia del proceso falencial.

ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSORCISTAS

En el nuevo Código inexplicablemente la responsabilidad de los consorcistas ha quedado eludida. La doctrina entonces deberá en base a normas generales y otras de aplicación subsidiaria superar tal vacío.

Ello a su vez se comunica directamente con la posibilidad de la concursabilidad del consorcio como persona jurídica de derecho privado, que integra el repertorio del art. 148 inciso h) del mismo cuerpo legal, y con ello determinar el alcance de la responsabilidad de los consorcistas.

Antes de la vigencia del Código unificado (Ley 26.994) es decir cuando nos regía el Código Civil (Ley 340/1869 TO) los acreedores del consorcio podían responsabilizar ilimitadamente y por su porción viril a los copropietarios. Es más, la jurisprudencia extendió dicha responsabilidad a la solidaridad de los titulares de las unidades que integraban el planeamiento edilicio. También mayoritaria jurisprudencia admitió la concursabilidad del consorcio.

El Código Civil velezano, al regular las personas jurídicas de carácter privado, no incluyó al consorcio de propiedad horizontal (art. 33 2ª pte., TO Ley 17.711). Ello llevó a aplicar supletoriamente el régimen de la sociedad civil al consorcio de propiedad horizontal.

Efectivamente aplicando durante su vigencia el art. 1713 (sociedad civil) la responsabilidad subsidiaria de los consorcistas quedaba fundamentada legalmente. En efecto su Título 7, Capítulo 7, regulaba la sociedad civil y los derechos y obligaciones de la sociedad respecto de terceros, que el nuevo Código ignoró

pretendiendo eliminar del universo jurídico²¹, a esta sociedad de enorme raigambre en la patrimonialidad argentina.

El citado art. 1713 determinaba que “los acreedores de la sociedad son al mismo tiempo acreedores de los socios”. Para su análisis y comprensión el término “sociedad” debe leerse como consorcio y “socios” como propietarios-consorcistas. Su art. 1747 disponía la “no solidaridad” de los socios, salvo convención expresa en contrario.

Veamos qué ocurre con el advenimiento del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994). Clausurando una larga etapa de conflictos doctrinarios y jurisprudenciales, incluye en el art. 148 inc. h) como persona jurídica de derecho privado al consorcio de propiedad horizontal, y el art. 143 (Libro Primero, Título IIº, Parte General, Capítulo 1) establece el principio que la persona jurídica tiene una personalidad distinta a la de sus miembros y que éstos no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que se disponga en leyes especiales.

Antes de dar a luz el nuevo Código, JORGE ALTERINI advirtió una *omisión significativa en el proyecto, estando ausente la regulación de la responsabilidad de los consorcistas por las deudas del consorcio*, dice: “tema que ha dado lugar a múltiples disputas doctrinarias y jurisprudenciales, y que procuró superar el proyecto de 1998 con el art. 1989: ‘La sentencia que se pronuncie contra el consorcio tiene autoridad de cosa juzgada con relación a los propietarios. Los propietarios responden subsidiariamente por las deudas del consorcio en la extensión de sus alícuotas’”²².

Se elimina de la preceptiva del proyecto el texto transcrito y no nos queda otro recurso que acudir a lo dispuesto en el art. 143, el que en su segunda parte expresa que “los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que dispone la ley especial”.

Repárese que estamos ante una persona jurídica cuyo estatus requiere una regulación específica. Hemos dicho que debemos atender a la composición del patrimonio del consorcio (art. 2056, inc. e) y a los bienes que quedan excluidos del mismo por virtud de la especialidad y la inescindibilidad a que quedan sometidas las partes privativas con las comunes.

21 PÉREZ LOZANO, Néstor; “Calificación notarial de la legitimación para actuar contractualmente en los casos de contratos asociativos”, Ap. VII.2, “Las sociedades civiles”, pág. 195. Academia Nacional del Notariado. LXXIII Seminario teórico-práctico “Laureano A. Moreira”.

22 ALTERINI, Jorge Horacio; “Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código”, Academia Nacional de Derecho, 4/9/2012, Buenos Aires, pág. 1.

Por lo tanto al ser dicho patrimonio *inescindible* y *no susceptible de desafección*, no constituyen para los acreedores parte del *patrimonio común* susceptible de agresión por parte de los mismos. Es decir que las cosas y bienes de propiedad y uso común no son embargables por cuanto no integran el patrimonio del consorcio.

Queda entonces recurrir a lo regulado por las normas específicas de los arts. 2046 y 2048 del Código (Capítulo 2 del Libro IV y Título V). Por el primero el propietario está obligado a pagar expensas comunes ordinarias y extraordinarias en la proporción de su parte indivisa (inc. c). El art. 2048 le impone la obligación de “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 seguridad, comodidad y decoro del inmueble y las resultantes de las obligaciones impuestas al administrador. 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...”.

Están obligados al pago *no sólo los “propietarios” sino también los “poseedores” por cualquier título*. Esta extensión no implica liberación alguna al propietario (art. 2050).

Me pregunto: ¿podremos superar el *vacío legal* recurriendo a normas análogas? Una vez más creo que la solución es legislativa y el notariado por sus instituciones deberá proponerla en breve plazo. De lo contrario toda construcción jurídica por fuera del principio de legalidad dará lugar a la *mala fe procesal*.

No obstante ello nosotros, como profesionales de derecho, no podemos negar nuestro ministerio como función pública regulada, aplicamos el derecho en forma inmediata y anticipatoria para los casos reales concretos. Luego vendrá la jurisprudencia que fundada en doctrina, será tardía.

Si el consorcista está obligado a pagar no sólo los créditos incluidos en los citados arts. 2046 y 2048 del Código único, sino también las expensas extraordinarias que disponga la asamblea, es decir que amplían sus obligaciones de pago y atención no solo a los gastos ordinarios de administración sino de conservación, reparación y sustitución de las cosas y bienes comunes, y a todo otro gasto que se incluyan en las liquidaciones. El *concepto de expensas ha quedado así exorbitado*.

Al no existir norma limitativa de su responsabilidad las acciones judiciales dirigidas contra el consorcio, lo harán también contra los consorcistas para evitar que se impugne la falta de integración de la litis con todos los obligados y quede lesionado el principio de la “defensa en juicio”. No existe una limitación de responsabilidad.

Como consecuencia de ello, el consorcista *no sólo responderá con su unidad funcional y partes comunes que se le asignan, sino con todos sus bienes en forma ilimitada.*

Es así legítimo advertir que todo el patrimonio del consorcista que resulte obligado a pagar los créditos del consorcio estará afectado a dar satisfacción a los mismos sea cual fuere su origen o causa fuente.

Adquiere relevante importancia para nuestra función la venta y transferencia de todos los derechos consorciales a veces traducido en títulos valores (acciones societarias) y respetando el derecho de tanteo o preferencia en los casos de los conjuntos inmobiliarios, donde el principio de la autonomía de la voluntad adquiere especial relevancia (arts. 2078, 2082, 2085 -derecho de preferencia-, 2086 -sanciones- y concordante del Código Civil y Comercial de la Nación).

Por virtud de dicha transferencia de dominio el nuevo consorcista, en razón del especial régimen de este derecho real y extensiones personales, adquiere el activo y el pasivo consorcial “no por ser una obligación *propter rem*, sino porque frente al tercero se es consorcista y entonces responderá como su antecesor tanto contractual como extracontractualmente, sin perjuicio de su unificación dispuesta por el Código”²³.

Por supuesto que se atribuye al adquirente el derecho y la facultad de impetrar la *acción de repetición contra el exconsorcista transmitente* como sujeto obligado a transmitir el dominio sin deudas, cargas ni gravamen alguno.

Por ello recomendamos la *buena práctica* por la cual el notario interviniente en la escritura de compraventa, solicite al administrador y representante legal del consorcio informe detalladamente todos los rubros solicitados en el requerimiento, dicho acto constituye una operación necesaria, prudente y preventiva que ampara los derechos de ambas partes.

A título de colaboración se adjunta modelo de solicitud de dicha certificación.

“LA PLATA,... de... de 2017.

Sr. Administrador y Representante legal del EDIFICIO: Calle... número... entre... y ... (CUIT...).

Ref:... UF... UC... Titular: operación. Compraventa:

De mi consideración:

En mi carácter de escribana titular del registro 172 del distrito notarial La Plata, solicito a Ud/s tengan a bien informar por esta misma vía o por entrega personal lo siguiente:

1) Si las UF... y UC... del referido consorcio adeudan suma alguna en concepto de expensas comunes, ordinarias y/o extraordinarias.

2) Si el inmueble en su totalidad se encuentra asegurado contra incendio. En caso afirmativo, se informe compañía, monto, número de póliza y fecha de vencimiento de la misma.

23 ALTERINI, Jorge H. Ob. Cit.

3) Si existe fondo de reserva, indicando monto y proporción correspondiente a las unidades.

4) Si hay juicios pendientes contra el consorcio o alguno de sus consorcistas-copropietarios. Si el consorcio tiene juicios iniciados contra terceros o consorcistas. En caso afirmativo, se informe el crédito y monto reclamado, Juzgado interviniente y/o datos de los letrados a cargo de los mismos. En caso de juicios laborales contra el consorcio el monto reclamado, causal/es y antigüedad de la relación laboral.

5) Si se encuentra en ejecución obras de reparación o instalaciones pendientes de pago o cualquier crédito pasivo que pudiera afectar al futuro titular de dominio.

6) Si dicha administración tiene a su cargo el pago de impuestos municipales o Aguas Bonaerenses en forma global para todo el edificio.

7) Toda otra circunstancia que pueda resultar de interés para el nuevo propietario.

8) Si existen abonos para el control de los artefactos o sistemas afectados al servicio común. Proveedores, dirección, mail y tels.

El informe solicitado comprenderá el período hasta el fin del mes en curso. La información deberá ser dirigida a escribanía..., Diagonal... número... (CP...) LA PLATA. Tel.: ...”

BIBLIOGRAFÍA

- MOLINARIO, ALBERTO D. “Inexistencia de personalidad del consorcio creado por la ley nacional N° 13.512”, ED tomo 120, pág. 405.
- CNCiv., Sala A, junio 5-1984, “Consortio de propietarios Marcelo T. de Alvear 1275-77 c/ Arminfé S.A.”, ED tomo 120, pág. 405.
- SC Mendoza, Sala I, diciembre 18 de 1991, “Caretta Pons de Zeballos, Cecilia A. y otros c. Consortio de propietarios Rivadavia 38-42- 46”, LL 1992, tomo C, pág. 201.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, mayo 26 de 2003, “Compañía General Inmobiliaria S.A. c. Consortio de propietarios Av. Santa Fe 1954/74 y otro” y “Consortio de propietarios Av. Santa Fe 1954/74 c. Compañía General Inmobiliaria S.A. Administración”, LL. 2004- B, pág. 339; ED. 13/04/2004, pág. 3.
- ALTERINI, JORGE HORACIO y VÁZQUEZ, GABRIELA A., “Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes”, publicado en La Ley 2007-C, 1076.
- BENSEÑOR, NORBERTO y PÉREZ LOZANO, NÉSTOR O. “Régimen legal y actuación extraterritorial de sociedades”, pub. en Revista Internacional del Notariado (ONPI), nov. 1991.
- BENSEÑOR, NORBERTO. “Régimen de las personas jurídicas. El concepto de persona jurídica”, en Revista del Notariado 914, pág. 39.
- ETCHEVERRY, RAÚL A. “La personalidad societaria y el conflicto de intereses”, en *Anomalías Societarias*, AAVV, Advocatus, 1996.
- Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994).

- COSSIO, CARLOS. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 1944. Primera Edición.
- FAVIER DUBOIS, EDUARDO M. y FAVIER DUBOIS, EDUARDO M. (hijo). "Cambios al sistema concursal derivados del proyecto de Código Civil y Comercial", *Errepar*, DSE, n° 305, Tomo XXV, abril 2013.
- MORELLO, AUGUSTO. "El consorcio de propietarios y la responsabilidad personal de sus miembros", *JA* 1970-5-548.
- FRANCHINI, MARCELA H. "El objeto de la propiedad horizontal", en *Estudios de Derecho Notarial y Registral*, Cap. VI, pág. 159, FEN, Fundación Editora Notarial.
- ALTERINI, JORGE H. "Derechos de los Consortistas", *El Derecho* T. 69, pág. 786.
- BENSEÑOR, NORBERTO RAFAEL. "Actos que exceden el objeto social", en *Academia Argentina del Notariado, Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira*, 20. Buenos Aires, junio 1990.
- PÉREZ LOZANO, N. "Representación societaria", en *Estudios de Derecho Notarial y Registral*, La Plata, FEN, Fundación Editora Notarial, 2005, pág. 77.
- OTAEGUI, JULIO C. "Objeto social, capacidad societaria y falencia", publicado en *La Ley* 2006-E, 541; LLBA2006, 1279; *Derecho Comercial. Sociedades. Doctrinas Esenciales*, 01/01/1900.
- ARAMOUNI, ALBERTO. *El objeto en las sociedades comerciales : cláusulas enunciativas; cooperativas; legislación y jurisprudencia aplicables. Modelos típicos*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994.
- SUÁREZ ANZORENA, CARLOS. "Objeto social y estado de liquidación de la sociedad". Buenos Aires; Universidad Notarial Argentina, 1981. 2 p. *Jornada Nacional de Derecho Societario*, 2, Buenos Aires, 1981.
- URBANEJA, MARCELO E. "El objeto y la capacidad de las sociedades comerciales en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", en *Revista Notarial*. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.
- GURFINKEL DE WENDY, LILIAN N. "Temas pendientes sobre la capacidad del consorcio de propietarios". Publicado en: *La Ley* 03/06/2013, 1; *La Ley* 2013-C, 1052. Cita Online: AR/DOC/1939/2013.
- FARINA, JUAN MARÍA. *VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa* (Rosario, 2001). *Tratado de la empresa*. Dirección de Ana I. Piaggi. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- ARENAS, PABLO. "Concursabilidad del consorcio de propietarios a la luz del nuevo Código unificado"; 2-jun-015, Cita: MJ-DOC-7246-AR | MJD7246.
- SZMUCH, MARIO G. "Inexistencia del estado de propiedad horizontal. El comienzo y fin de la existencia del consorcio, su organicismo, capacidad". *Revista del Notariado* 924. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.
- Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado*. Coordinador Eduardo Gabriel Clusellas. Ed. Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015.

DESPACHO

Tema III: Personas jurídicas privadas

Coordinador: Franco DI CASTELNUOVO

Coordinadora adjunta: Patricia Elena TRAUTMAN

Secretaria: Carina PÉREZ LOZANO

Comisión redactora: Franco DI CASTELNUOVO, Patricia Elena TRAUTMAN, Carina PÉREZ LOZANO, Soledad Daniela HASSAN, Consuelo COLOMBO, María Alejandra CRUZ, Walter César SCHMIDT y Luis Eugenio MANASSERO VILAR

Relatores: Carina PÉREZ LOZANO y Luis Eugenio MANASSERO VILAR

DESPACHO

El Código Civil y Comercial de la Nación es una nueva realidad, que implica tanto la unificación del derecho privado, como un cambio de paradigma, consistente en su constitucionalización. Supone el reconocimiento de una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado.

Se trata entonces, de un código de principios, ahora manifiesta y conceptualmente positivizados, que recoge, a su modo, decisiones legislativas previas, así como los aportes que la doctrina y la jurisprudencia han ido realizando a lo largo de los últimos tiempos, en respuesta a las necesidades y exigencias de la vida en sociedad.

En lo que respecta a nuestro tema debemos pensar la reforma como una modificación que merece ser razonada como un impulso y expansión de los derechos y garantías constitucionales de trabajar y ejercer toda industria lícita, así como de asociarse con fines útiles, acompañados por la manifiesta búsqueda de una mayor seguridad jurídica en las transacciones, destacándose la importancia económica de los institutos materia de análisis para la riqueza de nuestra Nación.

Esto se materializa en:

-la incorporación de un sistema general aplicable a todas las personas jurídicas privadas;

- una enumeración abierta a la aparición de nuevas figuras que la conveniencia y necesidad puedan crear;
- el mayor amparo a la fuerza jurídica de la voluntad en la creación de las personas jurídicas y la separación de patrimonios;
- el impulso al asociacionismo y la búsqueda de una mayor seguridad jurídica en este ámbito, mediante una regulación general que busca dar transparencia a estas figuras legales y que deberá convivir y armonizarse con los microsistemas existentes (entre ellos, las leyes: General de Sociedades 19550, mutuales 20.231 y cooperativas -20.337-);
- el fortalecimiento del principio de conservación de la empresa;
- la expansión del principio de la inoponibilidad de la persona jurídica;
- la bienvenida a la noción de unipersonalidad;
- el abandono de un sistema sancionatorio respecto a las sociedades ahora denominadas "de la sección IV", lo que implica un verdadero giro axiológico;
- la incorporación de herramientas tecnológicas al funcionamiento de las personas jurídicas.

CONCLUSIONES:

En función de lo expuesto y luego de un fecundo trabajo, la Comisión del tema 3 ha arribado por unanimidad a las siguientes conclusiones:

1. En función del orden de prelación establecido por el artículo 150 del CCCN, los cónyuges pueden integrar entre sí, sociedades de cualquier tipo, aún las reguladas por la Sección IV (art.27LGS) y la creada por la Ley 27349 (S.A.S), independientemente del régimen patrimonial matrimonial que hubieren adoptado. Resulta inaplicable la inhabilidad del art. 1002 inciso d) del CCCN, en virtud de la especialidad prevista en el artículo 27 de la LGS.

Sin embargo, ello no implica que puedan celebrar entre sí contratos de transmisión de participaciones sociales, cuando hubieren adoptado el régimen de comunidad.

2. La capacidad de las personas jurídicas no se identifica ni se encuentra limitada por su objeto. Éste determina el marco de imputación de los actos al ente.

3. En función del principio de conservación y continuidad de la empresa, son bienvenidos los institutos que permiten a los socios y a sus herederos planificar el futuro de la persona jurídica. Entre ellos, se destacan: los pactos sobre herencia futura (artículo 1010 del CCCN), la atribución preferencial del establecimiento productivo (artículo 2380 del CCCN) y de otros bienes (artículo 2381 del CCCN), la indivisión impuesta por el testador (artículo 2330 del CCCN) y los pactos de indivisión (2331 del CCCN), la indisponibilidad de las participaciones sociales y el uso de reglamentos internos, propiciando su difusión y aplicación por parte del

notariado.

4. Destacamos la importancia del reconocimiento de la personalidad jurídica del consorcio (artículo 148 CCCN), la que nace con la afectación al derecho real de Propiedad Horizontal, pudiendo ser unipersonal. El reglamento constituye su estatuto y debe regular todos los atributos de la personalidad. Por el principio de personalidad diferenciada, los propietarios no responden por las obligaciones del consorcio (artículo 143 del CCCN). Al igual que a todas las personas jurídicas y por no haber una excepción legal, se le aplican las normas de la Ley de Concursos y Quiebras 24522. Se propicia una determinación legislativa respecto a los alcances de dicha aplicación, por tratarse de una persona jurídica necesaria.

5. En el ámbito de las simples sociedades, la Sección IV de la LGS abandona el régimen sancionatorio, creando un marco normativo en el que prima la autonomía de la voluntad.

Dentro del mismo quedan incluidas las sociedades atípicas por falta de requisitos esenciales y por incumplimiento de otras formalidades (falta de instrumentación escrita -sociedad de hecho- inscripción y publicidad, entre otras) constituidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 26.994.

6. Al momento de legislar el acto de reconocimiento (artículo 23 de la LGS), se infiere que la norma fue redactada contemplando la situación de las sociedades sin contrato social instrumentado. Sin perjuicio de ello, para adquirir bienes registrables se deberá cumplir con el acto de reconocimiento cuando la sociedad carezca de contrato escrito o si el mismo no satisface los recaudos legales (artículo 23 de la LGS).

En resguardo de la seguridad jurídica y por la importancia de su contenido, se recomienda que el acto de reconocimiento sea otorgado por escritura pública.

En caso de disposición, el notario o el funcionario interviniente deberá calificar la representación legal, su vigencia y facultades del representante.

7. La recepción de la unipersonalidad, redefine el concepto de sociedad y la naturaleza jurídica del acto constitutivo, el que podrá ser un contrato plurilateral de organización o una declaración unilateral de voluntad, de carácter organizativo con vocación plurilateral.

8. La Sociedad Anónima Unipersonal no constituye un nuevo tipo social. No importa transformación la pluralidad de socios sobreviniente.

9. La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, conforme la derogación del artículo 94 inciso 8 LGS. En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades colectivas que reduzcan a uno el número de socios, se les aplicaran las disposiciones de la Sección IV de la LGS.

10. Atento la evolución tecnológica y la rapidez de los negocios, surge la necesidad de crear un nuevo tipo social, que se ha ido consolidando en el derecho comparado. La SAS constituye un cuerpo normativo autónomo que viene a superar las insuficiencias de la LGS mediante un marco normativo más dinámico,

menos rígido y con plazos abreviados de registración.

11. La SAS conjuga caracteres de la SA en cuanto a la división del capital en acciones (artículo 40) y de la SRL en cuanto a los órganos sociales (artículo 49) y la garantía solidaria e ilimitada de los socios por la integración de los aportes (artículo 43). Resultan caracteres de la figura: la libertad estatutaria casi absoluta; la libre organización de los órganos de gobierno y administración, y de la representación; posibilidad de ser unipersonal, sin quedar sujeta a fiscalización permanente de la autoridad de contralor; bajo costo derivado de un capital mínimo e insignificante; las prestaciones accesorias de servicios pasados y futuros de administradores y proveedores; mantenimiento de aportes irrevocables sin devolver ni capitalizar por un plazo de dos años; la posibilidad de prohibir la transmisión de acciones por 10 años; la resolución de conflictos por negociaciones amigables y arbitraje; el uso de las nuevas tecnologías para los actos societarios, los registros contables y su relación con el Registro Público. Dichos caracteres imponen a nuestra actuación como Notarios, un rol insustituible, a partir del asesoramiento previo, la redacción y creación del documento mediante la adecuación de las voluntades de las partes al marco normativo del nuevo tipo social.

12. Teniendo en cuenta que el Código Civil y Comercial de la Nación delega en las jurisdicciones locales la reglamentación de la formación del protocolo; y atento a que ninguna de las legislaciones locales prevén la escritura matriz electrónica y que el artículo 4 de la ley 25.506 no resulta aplicable a las escrituras públicas, en estos momentos no es posible hablar de protocolo notarial electrónico en la República Argentina, sin embargo la inexistencia de protocolo digital no impide la circulación de copias o testimonios digitales.

13. Teniendo en cuenta que la ley prevé la posibilidad del ingreso de un instrumento privado con firma digital sin control de la prestación válida del consentimiento a partir de un oficial público, es muy importante discernir entre la seguridad en términos informáticos de la seguridad en términos jurídicos. Son dos cosas absolutamente diferentes, donde la primera puede colaborar en parte, para el logro de la segunda. Es sumamente riesgosa, la creencia de que la firma digital ha venido a agilizar la dinámica de los negocios, otorgando seguridad a los contratantes mediante la validación de claves asimétricas, descartando la presencia del notario en la formalización del negocio, especialmente en la observancia y control de la prestación válida del consentimiento.

14. Es el notariado el que revalorizando la función notarial y dando un rol sobresaliente a la elaboración y determinación notarial del derecho, debe tomar el nuevo ordenamiento y orientarlo, aplicarlo, interpretarlo y argumentarlo en pos de la consecución del bien común y teniendo en cuenta la trascendente dimensión social y económica del fenómeno asociativo y de las personas jurídicas como entes productores de bienes y servicios, generadores de fuentes de trabajo, pro-

motores de la movilidad y ascenso social, y facilitadores de la circulación de los valores.

Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

Áreas y Comisiones Asesoras

PRESIDENCIA / *Ignacio Javier SALVUCCI*

Comisión de Personas Jurídicas

Presidente: Silvia Rosa Enseñat

Miembros: Brenda Antollini; Marcela A. Muscariello; Elina Inés Carreira; María Alejandra Borelli; Vilma Claudia Rosello; Laura Inés Vázquez; Elisa Verónica Morello y Augusto Zuelgaray

Unión Internacional del Notariado

Consejo Federal del Notariado Argentino

Federación de Entidades de Profesionales Universitarios (FEPUBA)

Relación con la Dirección Provincial de Personas Jurídicas y el Ente Provincial

VICEPRESIDENCIA 1º / *Maximiliano MOLINA*

Comisión de Deportes y Recreación

Presidente: Julián Eduardo De Marco

Miembros: Matías Castro; Carla Merlini; Fernando Pino; Fiorella Pía Cacace; Luciano José Loraschi; Joaquín Castro Feijóo y Luis María Flores

Comisión de Imprenta

Presidente: Alejandro Omar Etchart

Miembros: Mercedes Rosa Pérez; Raúl Armando Olocco; Juan Manuel Area; Rubén Diego Cavagna; Fausto Basanta; Carlos Federico Ballestrin; Analía Josefa Mangas; Juan Miguel Tamborenea

Comisión de Seguros

Presidente: Marcela Edith Rapa

Miembros: Juan Pablo Berne; Lidia Rossi; Carla Fiori; Matías Wertheimer; María del Pilar Llorens Rocha; Ramón Tabaré Canicoba y Nilda Cecilia Saling

Comisión de Regularización Dominial

Presidente: Alejandro Alberto Glaría

Miembros: Cecilia Cuitiño; Luis César Marinelli (h); María Isabel Ludevid; Esteban Bedoya; Patricio Gabriel Galiano; Luciana Gabriela Bernardo; Julio Hernán Draque y Juan Luis Cadierno

Archivo de Actuaciones Notariales

Departamento de Registros Especiales

Departamento de Inspección General

Taller de Producción Gráfica

Oficina de Regularización Dominial y Vivienda Social

VICEPRESIDENCIA 2º / *Susana SURACE*

Comisión de bancos

Presidente: Silvia Gabriela Giler

Miembros: Alejandro Nicolás Loyacono; Ignacio Fioramonti; Emmanuel Ojeda Georgieff; Juan Matías Morrone; Amalia Suhilar; Liliانا Greco y Javier Delgado

Comisión de Noveles

Presidente: Andrés Esteban Sabelli

Miembros: Andrés Martínez (h); Aldana Miliozzi; Juan Tomás Herrera; Emiliano Raúl Villalba; Juana Bovati; Lucas Del Grosso; Marcos Heredia y Juan Andrés Bravo

Asesoría Notarial Personalizada

Asesoría Tributaria

Delegados de la Universidad Notarial Argentina

Fundación Editora Notarial

Tribunal de control de los RNRD

Tribunal Notarial

SECRETARÍA DE GOBIERNO / Federico José RODRÍGUEZ ACUÑA

Comisión de Asuntos Fiscales y Administrativos

Presidente: Brígida Gloria Raffo

Miembros: Fernando Esteban Lagae; Marina Susana Eyra Villar; Nicolás Máspoli; María Cecilia Gutiérrez; Jorge Daniel Biglieri; Sebastián Lassalle; Valeria Débora Bezruk y Jorge Horacio Concepción

Comisión de Comunicaciones

Presidente: Adriana Myrtha Sosa

Miembros: Gabriela Verna; Alejandro José Longobucco; Gerardo Agustín Clavin; Paula Analía Ortiz de Zárate; Mariano Costanzo; Patricia Edith Montes, Mariana Patricia Melchiori y Juan Manuel Espil.

Comisión de Concursos

Presidente: Nelly Olga López

Miembros: Natalia Blasi; Domingo José Bacchiega; María Alejandra Re; Estefanía Casati; María Cecilia López; Fabiana Balzano Scioletta y Estela Zubiaurre

Grupo de Asesores Registrales

Coordinador: Luis Felipe Basanta

Miembros: María Alejandra Cruz; Pablo Álvarez; María del Carmen Kiricos; Mónica R. Corti; Mario Germán Bordenave; Viviana Pellegrino; Carlos Martín Pagni; Sonia Mabel Cardozo; Verónica Estela Storti; Mariana Armendariz; Alfredo Ceferino Troilo Marcos; Ana Antonieta Lavecchia; Gabriela Alejandra Vaccaro; Milena García; Sebastián Ugalde y Guillermo A. Borges.

Centro Institucional de Mediación

Departamento Comunicaciones

Sitio web institucional (www.colescba.org.ar)

Relación con la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad

Relación con ARBA

Relación con las municipalidades

Boletín Informativo

SECRETARÍA DE RELACIONES INSTITUCIONALES / Mauricio Rodolfo ESPONDA

Comisión de Bibliotecas

Presidente: Armando Luis Arcone

Miembros: Ana Clara Diana; María Luján Giacomino; Silvia Beatriz Salem; Nilda Beatriz Rosa; Nora Mabel Georgieff; Romina Trentin y Graciela Beatriz Curuchelar

Comisión de Compromiso Social, Vivienda y Hábitat

Presidente: Marcos María Badillo

Miembros: María Jimena Brusco; María Josefa Errasti; María Eliana Suárez; Manuel José Carricajo; Roberto Pablo Silbert; Graciela Noemí Rodríguez y Francisco Chicote

Comisión de Derechos Humanos

Presidente: Marta Mabel Inorreta

Miembros: Virginia Hilda Baccini; María Paula Etchart; Manuel Aguilera; René Carlos Casas; Agustín Carlos Omar; María Lucía Cajarville; Marcela Viviana Spina y María Andrea Sánchez Negrete

Comisión de Extensión Cultural

Presidente: Kelina Dinot López

Miembros: Gabriela Sabio; Hernán Itoiz; Ana María Unchalo; María Victoria Casas; Patricia Mónica Etchegoyen; Ariadna Florencia Eva Torchia y Aníbal H. Espinosa Viale

Biblioteca Jurídica Central "Dalmacio Vélez Sarsfield"

Convenio con la Fundación Æquitas

Escuelas apadrinadas

Relación con la Legislatura

SECRETARÍA DE ASUNTOS PREVISIONALES / Ramiro María FLORES

Comisión de Atención de la Salud

Presidente: Pablo Alejandro Di Giano

Miembros: Juan Esteban Fal; María Carolina Méndez; María Lía Iriarte; Marcia Della Rosa; Cora Fidela Ocampo; Leticia Emma Garello; Elba Frontini; Miguel Angel Queirolo; Martín Guerrieri; Mónica Juana Bolontrade; Natalia Martínez Dodda; Laura Marisa Patricio; Mónica Esther Saluppo; Evelyn E. Steinhaus; Gustavo Alfredo Silva y Raúl A. Borges

Comisión de Jubilaciones y Subsidios

Presidente: Laura Susana Montani

Miembros: Adda Gramolini; Susana María Wallace; Roberto Adrián Favelis; Néstor José Zaccardi; Horacio Ramón Iribarren; Rodolfo Carlos Ruzzante y Rebeca Waisman

Comisión de Préstamos y Turismo

Presidente: Gustavo Emanuel Mittica

Miembros: Eugenia Bagnoli, Javier Francisco Santarone; María Florencia Moussou; Juan Pedro Calou; Carolina Andrea Martínez; Daniel Cristian Franco; Pedro Abel Ilarregui y Gustavo Carlos Gorg

División Atención de la Salud

División Jubilaciones y Subsidios

División Préstamos y Turismo

SECRETARÍA DE APORTES / María del Rosario PASO

Comisión de Aportes

Presidente: Marina José Catania

Miembros: Marina Gabriela Arana; Alicia Noemí Broccardo; Santiago Martín Taborda; María Silvina González Taboada; Cintia Edith Pesciallo; Eugenia Inés Zarranz y María Belén Urraco

Comisión de Interpretación de Arancel y Facturaciones Notariales

Presidente: María Alejandra Valero

Miembros: Verónica Echeverría; César Mariano Carleschi Gil; Valeria Laura Pepe; María Emilia Chalela; María Fernanda Lorenzo Mendy; Mercedes Braga Fusta y María de los Ángeles Pablos

Asesoría de Aportes

SECRETARÍA DE ASUNTOS LEGALES Y DOCUMENTACIÓN DIGITAL /

Néstor Daniel LAMBER

Comisión de Congresos, Jornadas y Encuentros

Presidente: Fátima Liliana Cosso

Miembros: Marcela Voiscovich; Ana Clara Galeazzi; Delfina Etchart; Maisa L. Di Leo Recalde; Verónica Andrea Galiana; Malvina Julia Zalabardo; Cecilia Dubini y Carolina Boltiansky

Comisión de Informática

Presidente: Walter César Schmidt

Miembros: Pablo Oscar Galletti; Gastón Javier Bavera; Valeria Lourdes Dorantti García; Rosario Zabala; María Natalia Sequeiro; Luis Eugenio Manassero Vilar; Norberto Gustavo Soler y Enrique Javier Jonas

Comisión de Legislación y Jurisprudencia

Presidente: Karina Vanesa Salierno

Miembros: Pablo Oscar Galletti; Gastón Javier Bavera; María Losardo; Karen Maína Weiss; Sebastián Cosola; Rodolfo Vizcarra; Mariana Hefling; Mariela Gatti; Luis Rogelio Llorens y Esteban Pedro Morán

Instituto de Derecho Registral

Instituto de Derecho Tributario

Instituto de Documentación Digital

Universidad Notarial Argentina

Sistema Orgánico de Información Notarial (SOIN)

Revista Notarial

SECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN / *Guillermo Aníbal LONGHI*

Comisión de Personal y Administración

Presidente: Fernando Javier Larre

Miembros: Roberto Daniel Mayo; Marcela Elizabet Pizarro; Daniela Paula Magnoni; Mariano Castelucci; Leopoldo Bernard; María Florencia Peries y María Luz Gómez

Departamento de Recursos Humanos

Coordinación de Gestión

TESORERÍA / *Fernando Gabriel SÁNCHEZ*

Comisión de Finanzas

Presidente: Francisco José Rocca

Miembros: Diego Gustavo Giacomelli; Julián Matías Castro; Nicolás Cavagna; Ignacio Agustín Villhena; Pablo Hugo Migueles; Salvador Antonio Cocozza y Andrés Passeggi Aguerre

Comisión Especial Registral

Presidente: Diego Luciano Carbajal

Miembros: Carlos Ressia; Gonzalo Ricardo Arizmendi; Gabriela B. Figueredo; Esteban Rafael Tisnés y María Eugenia Monarca

Comisión de Presupuesto y Convenios

Presidente: Martín Ariel Ferrari Riganti

Miembros: Fernando Alfredo Villagarcía; Martín Hernán Bruzzo y Santiago Luis Vassallo

PROTESORERÍA / *Eduardo Mario de Jesús RIVAROLA*

Comisión de Edificios

Presidente: Diego Leandro Molina

Miembros: Florencia Squirru; Daniela Villores; Rubén Horacio Arrambide; Gustavo Martín Gortari; Mabel Eulalia Rodríguez; María Beatriz Aguirre; Pedro Salvador Cocozza y Mariano Martín Guerra

Comisión de Hacienda

Presidente: Jorge Ignacio Cambet

Miembros: Maricel Hermida; Ernesto Carlos Antollini; María Paula Velilla; Marisa Alejandra Martín; Carlos María Insúa (h); Juan Pablo González Fortini; Paula Mariana Marelló; Marcelo E. Solarí del Valle Ferrari; Fernando Riaño Laboranti; Guillermo Martín Álvarez; Esteban Horacio Colabella; Nicolás Alejandro Ruzzante; Paola Julieta Pierri; Teresa María de los M. Gasparín; Silvia Marcolín y Eduardo A. Brizuela

Organismos Notariales

ARCHIVO DE

ACTUACIONES NOTARIALES

CENTRO INSTITUCIONAL

DE MEDIACIÓN

Directora: Graciela Beatriz Curuchelar

Secretaria: Nora Mabel Georgieff

Tesorero: Norberto Gustavo Soler

Colaboradora: Mariana Rospide

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 Arresegor

Cuerpo de inspectores:

Juan Pablo Alegre, Ana María Bucciarelli,

Carlota Caracciolo, María Cristina Catalano,

Ramiro Hernán Ceballos Depaoli, Silvia

Elena Doratti, Federico Ricardo Gastaldi,

Julieta Glaría, Oscar Rodolfo Leggeri, María

Antonia Maggi, Hilda Julia Manzanal, Paula

Mariana Marello, María Rosa del Milagro

Martín, Luis Alberto Milani, Virginia Milani,

Evangelina Moreno, Ana María Oneto,

María Teresa Pellegrini, Carlos Martín

Pertierra, Jorge Alberto Pollono, Selene Eva

Posteraro Sánchez, Matías Scandroglio,

Martha Susana Torre y Gladys Edith Verzeri

FUNDACIÓN EDITORA

NOTARIAL

Comité Ejecutivo

Presidente:

Ignacio Javier Salvucci

Vicepresidente y Directora Ejecutiva:

Susana Surace

Secretaria:

María del Rosario Paso

Tesorero:

Eduardo Mario de Jesús Rivarola

Vocales:

Eduardo Gabriel Clusellas y Nicolás Más-

poli

TRIBUNAL ESPECIAL DE CONTROL DEL

FUNCIONAMIENTO

DE LOS RNRD

Miembros titulares:

María del Rosario Paso

Luis César Marinelli (h)

Osmar Ariel Pacho

Universidad Notarial Argentina



CONSEJO DIRECTIVO

Rectora

Cristina N. Armella

Vicerrectora

Adriana N. Abella

Secretaria

Malvina Julia Zalabardo

Prosecretario

Jorge Raúl Causse

Tesorero

Leopoldo Bernard

Vocales

Norberto R. Benseñor

Alejandro D. Míguez

Consejo Consultivo Honorario

Augusto Mallo Rivas

Néstor O. Pérez Lozano

Guardasellos

Jorge F. Dumón

Doctores Honoris Causa

Rafael Núñez Lagos (†)

José María Mustapich (†)

Carlos Alberto Pelosi (†)

Juan Vallet de Goytisoló (†)

Aquiles Yorio (†)

Alberto Villalba Welsh (†)

Carlos Cossio (†)

Ángel Martínez Sarrión (†)

Mauro Cappelletti (†)

Manuel Fraga Iribarne (†)

Augusto Mario Morello (†)

Eduardo M. Favier Dubois (P) (†)

Jorge Horacio Alterini (†)

Luis Moisset de Espanés (†)

Félix A. Trigo Represas (†)

Sedes:

Avda. 51 N° 435

(B1900AVI) La Plata

Calle Guido 1841

(C1119AAA) Buenos Aires

Organismos con sede en el Colegio

TRIBUNAL NOTARIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Período 2019 - 2020

Presidente:

Víctor Adrián Stankievich

Miembros Titulares:

Salvador Antonio Cocozza

Stella Maris Perdriel

Miembros Subrogantes:

Andrea Fernanda Salvini

Ana María Molina Portela

Mónica Alcira Rivero de Navas

ASOCIACIÓN DE JUBILADOS Y PENSIONADOS NOTARIALES

Presidente: Rubén Darío Barriviera

Vicepresidente: Leyla Leonor Palumbo

Secretaria: Beatriz A. López Cafasso

Prosecretaria: Beatriz Gladys Castrillo

Tesorera: Ana María Unchalo

Protesorero: Rafael Alberto Nievas

Vocales titulares: Beatriz Ana Bologna,
Dora Rosa Mc Britton, Graciela Ángela Lo-
bato y Martha Beatriz Salas de Mallo Rivas

Suplentes: Alicia Mabel Dentone, Nancy
Lucrecia Soria, Nilda Ramona Scorians de
Rezza y Elvira Martha Yorio

Revisores de cuentas titulares: Alba Gracie-
la Micheletti, Amanda Azucena Delavault y
Noemí Irene García Eliggi

Suplentes: Raquel Norma Rodríguez y
Lucía Elena Ruiz de Galarreta

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

Distinciones recibidas:

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

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

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

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

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

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

Segundo Accésit APTA-RIZZUTO año 2012 en la Categoría Tapas

Impreso en el Taller de Producción Gráfica
del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires,

