

JULIO/DICIEMBRE/2018

987

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

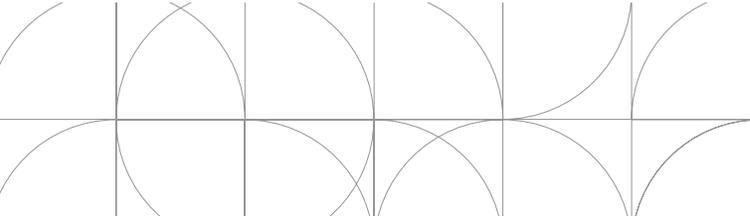
Marcela Haydée Tranchini de Di Marco

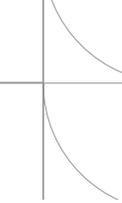
Marcelo Eduardo Urbaneja

Año 124 - Av. 13 N° 770 (B1900TLG)

La Plata - Provincia de Buenos Aires

República Argentina







Consejo Directivo

2018/2020

Presidente - Ignacio Javier Salvucci

Vicepresidente 1º - Maximiliano Molina

Vicepresidente 2º - 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

Leandro Horacio Atkinson

Eduardo José Bras

Juan Ignacio Cavagna

Fernando de Salas

Diego Daniel de San Pablo

Gastón Renato di Castelnuovo

María Nélide Dómina

María Cecilia Fioroni

Pablo Carlos Guerrero

María Cristina Iglesias

Guillermo Agustín Lagier

Federico Lallement

Esteban Rafael Morcillo

Mirta Gladys Negrelli

Haydée Sabina Podrez Yaniz

Santiago Francisco Oscar Scattolini

Rubén Santiago Stradiot

Patricia Elena Trautman

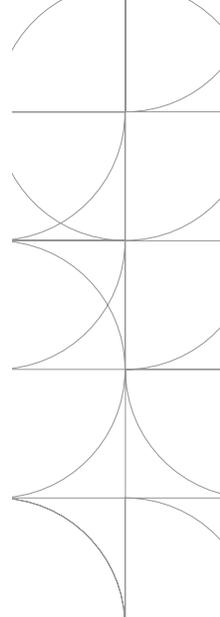
Maximina Zabala

**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 - (7100) - 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 - (B7000A0I) - 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 987

JULIO/DICIEMBRE/2018

Doctrina

Fideicomiso testamentario como instrumento de planificación sucesoria.

Eduardo Gabriel Clusellas 323

Congresos y Jornadas

Teoría de la invalidez. De la teoría de la confrontación a la ampliación del aspecto positivo de la invalidez y de la ineficacia.

Karina Vanesa Salierno
Augusto P. Mariño Galasso 361

Smart contracts: ¿El futuro de la contratación?

Andrés Martínez 399

Derecho registral

Legitimación del usufructuario para afectar al régimen de vivienda.

Luana Alberdi Imas 437

Sociedades

Sociedad por acciones simplificada. Su incidencia en la actividad notarial. Aspectos normativos y tecnológicos relevantes.

Patricia Elena Trautman 455

Universidad Notarial Argentina

La capacidad de la persona jurídica consorcio para adquirir bienes registrables.

Elda Fernández Cossini 493

Academia Nacional del Notariado

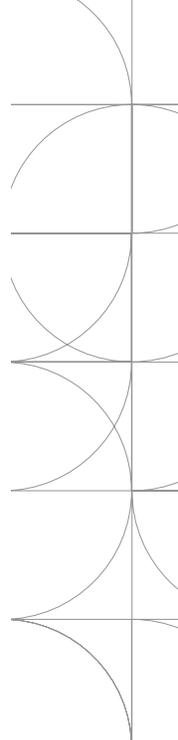
Pactos de indivisión.

Marcelo Eduardo Urbaneja 529

Técnica y Práctica Notarial

Desistimiento de la reserva de prioridad generada por el certificado de dominio.

Jimena Lagos
Lorena Muñoz 553



Jurisprudencia

Resolución del
Tribunal Notarial

565

XXIX Encuentro Nacional del Notariado Novel.

Corrientes, 8 al 10 de noviembre de 2018

595

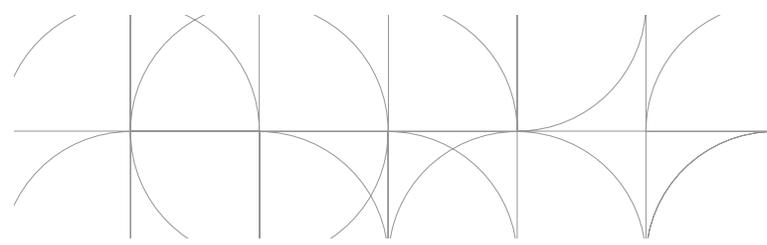
Informaciones

33 Jornada Notarial Argentina.
Bariloche, Río Negro, 20 al 22
de septiembre de 2018

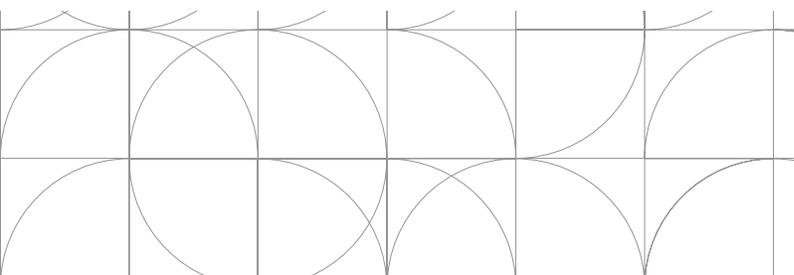
577

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

ISSN 0325-4607



DOCTRINA



FIDEICOMISO TESTAMENTARIO COMO INSTRUMENTO DE PLANIFICACIÓN SUCESORIA

EDUARDO GABRIEL CLUSELLAS

Intentaremos presentar algunas de las alternativas que el fideicomiso testamentario ofrece como herramienta de planificación sucesoria.

El Código Civil y Comercial de la Nación ha introducido interesantes reformas que fortifican la figura testamentaria, colocándola como un instrumento valioso para efectuar una distribución y en especial una administración de los bienes, que respondan a las necesidades e intereses del testador.

La previsión expresa contenida en los arts. 1699, 1700, 2448 y 2493 a los que haré mención más adelante, le otorgó un marco y límites precisos, que hasta la sanción del CCyC en muchos casos, la doctrina presentaba como difusos.

El art. 1699, encuadra los requisitos, y por consiguiente limita las formas y contenido que deberá contener el fideicomiso testamentario.

El art. 1700 ratifica la prohibición de prever sustituciones fideicomisarias, que implican la institución de un heredero que continúe al heredero designado.

El art. 2448 del Código Civil y Comercial de la Nación ha incorporado la posibilidad de que el testador disponga de hasta una tercera parte de las porciones legítimas para aplicarlas a su mejora estricta, con la intención de mejorar la protección de los herederos (ascendientes o descendientes) con discapacidad, autorizando al testador a prescindir a esos efectos de requerimientos de declaraciones judiciales o de certificados de discapacidad, sino solo receptando el criterio que contempla la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Permite al testador planificar la atención que sus herederos con necesidades especiales puedan requerir.

El art. 2493 nos clarifica el límite de sus alcances impidiendo que se extienda más allá de la porción disponible, no pudiendo afectar la legítima de los herederos forzosos.

CONCEPTOS PRELIMINARES

En cuanto ingresamos al análisis del fideicomiso constituido por testamento, resulta necesario interpretarlo armónicamente con el resto de la legislación vigente. Haremos un breve repaso por el sistema sucesorio, con el fin de caracterizar a los fideicomisos testamentarios y sus efectos.

Debemos encuadrar el negocio fiduciario originado en una disposición de última voluntad, como lo es el testamento, dentro de los negocios admitidos por esta vía, encuadrando sus disposiciones entre las posibles para el testador, y ser muy cuidadosos respecto de las normas de orden público que son, por un lado inderogables por voluntad del testador y por otro, de aplicación forzosa para el intérprete y la jurisdicción judicial.

01.**ASPECTOS GENERALES DEL RÉGIMEN SUCESORIO Y FIDEICOMISO TESTAMENTARIO**

Tal como lo regula el Código Civil y Comercial de la Nación, la **sucesión en los derechos del propietario** es un modo de adquirir la propiedad; puede provenir de la ley o de la voluntad del individuo.

Sucesión es un término utilizado, entonces, para referirse a las diversas formas de transmitirse un derecho (en sentido amplio) de un sujeto a otro. El sucesor, que ejerce los derechos en nombre propio, es el que continúa en los derechos a su antecesor, autor, reconociéndose siempre un **acto causal** de la transferencia de derechos. Este acto, que podemos identificar como el título de la transferencia, puede ser formalizado "inter vivos" o "mortis causa". En cuanto al objeto sucedido, el sucesor puede ser singular, cuando se le transmite un objeto particular, comprendiendo en este concepto de "objeto" a cosa o bien de contenido patrimonial; o universal, que es cuando se transmite el todo o una parte alícuota del patrimonio, como universalidad de derecho.

Ejemplos de sucesión a título singular los constituyen, para la sucesión *inter vivos* la compraventa, o cualquier contrato de efectos traslativos, y para los actos *mortis causa* el legado de cosa cierta, sólo válido cuando se estatuye por vía testamentaria. Claro que nos referimos en ambos casos, a supuestos en los que se transmite el derecho de dominio de una cosa cierta y determinada, o el derecho de propiedad sobre un bien o derecho determinado y cierto. En cuanto a ejemplos de sucesión universal *mortis causa*, encontramos la sucesión del heredero por causa de muerte, o el legado de cuota; consideramos por nuestro lado que el fideicomiso puede representar un ejemplo de sucesión universal por actos *inter vivos*.¹

Si nos extendemos al concepto amplio de "sucesor", y tal como resulta del art. 2278 del CCyC, solo es sucesor el heredero, ya que es él quien resultará continuador en la persona de su causante, y quien adquiere la universalidad de los bienes que componen el patrimonio de su autor en su faz activa (derechos y bienes) y en su faz pasiva (obligaciones pendientes de cumplimiento). El Código Civil y Comercial denomina heredero a la persona a quien se transmite la

1 Art. 1670 CCyC. "Pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentren en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras".

universalidad o una parte indivisa de la herencia. Dice Zannoni² que el heredero sintetiza en sí la continuación (jurídica) de la esfera patrimonial del causante y por eso mismo satisface una función social reconocida por el derecho. El heredero, como sucesor, puede hacer adquisiciones o pérdidas, esencia de la sucesión universal.

A diferencia de éste, el legatario es a lo sumo un adquirente; se lo considerará sucesor siempre y cuando adquiera efectivamente lo que el causante en su testamento le legó.

En la sucesión del heredero, las adquisiciones son una consecuencia del suceder; en la sucesión del legatario, las adquisiciones son la causa del suceder. El heredero adquiere porque sucede, mientras que el legatario sucede porque adquiere.

Si resumimos, entonces, las clases de sucesores *mortis causa* pueden ser:

1) Sucesores universales *mortis causa* (ocupen o no la posición jurídica del causante);

2) Sucesores particulares *mortis causa*;

Trataremos en esta parte del trabajo a la sucesión por causa de muerte, y no a la transmisión de los derechos por acto entre vivos, ya que para ese supuesto, y en el caso de la propiedad fiduciaria, resultan de aplicación las normas referidas al contrato de fideicomiso, título causal de la transferencia y adquisición de la propiedad fiduciaria; resulta menester por sus diferentes causas y efectos, tratar particularmente la constitución de propiedad fiduciaria por vía de testamento.

Teniendo en cuenta el origen por el que opera la sucesión *mortis causa*, se la llama "legítima" o "legal", cuando es diferida por la ley, es decir, cuando es intestada; y se la llama testamentaria cuando lo es por voluntad del hombre manifestada en testamento válido.

Hasta aquí, luego de este apretado repaso de conceptos, podemos extraer una primera conclusión: el sucesor en fideicomiso puede serlo por un acto *inter vivos*, cuando el acto jurídico causal es un contrato de fideicomiso, que constituye título suficiente para la transferencia de la propiedad fiduciaria; o puede

² Zannoni, Eduardo, *Derecho de las Sucesiones*, Ed. Astrea, 2008, T 1, p. 52.

serlo *mortis causa*, cuando el origen de la transferencia de la propiedad fiduciaria reconoce su causa en un testamento.

El llamado a recibir la herencia, se llama en nuestro Código Civil “heredero”. Este continúa a la persona del causante como el autor mismo, y adquiere irrevocablemente los bienes y derechos del acervo, independientemente de los distintos modos de ser llamado a la herencia, que más adelante analizaremos. No existen supuestos en la ley que permitan asimilar una sucesión intestada a una institución fiduciaria. El sucesor fiduciario, en cambio, es aquel que recibe los bienes del autor, para ejercer esa propiedad en beneficio de quien se le indique en el testamento, por el plazo establecido también en el testamento, o hasta un lapso máximo de 30 años, que se podrá extender, cuando el fideicomiso se hubiera instituido para la protección de un incapaz o de una persona con capacidad restringida pudiendo en este supuesto extenderse hasta el cese de la incapacidad o de la restricción de su capacidad o muerte, pero siempre con una limitación temporal, y está obligado a transferir la propiedad de esos bienes a quien corresponda según las mandas del testamento que lo convirtió en un sucesor fiduciario. Tengamos en cuenta, además, que la institución fiduciaria genera en cabeza del designado en el contrato, un patrimonio que no se une al propio, que constituye una masa de bienes separada y presenta las características del patrimonio de afectación, mientras que los herederos como sucesores “legitimarios”, dado que su llamado surge de la ley, incorporan efectivamente el bien a su patrimonio y por consiguiente no deben restituir el patrimonio que reciben.

Como consecuencia, la sucesión *mortis causa* legal o intestada, nunca puede ser fuente de propiedad fiduciaria, ya que el heredero adquiere los bienes para sí e ingresan en su patrimonio. Además, no existen supuestos en los que fallecido el heredero legal, la masa continúa un destino distinto del previsto por la ley para su propia sucesión, situación que es absolutamente diversa en el caso del fideicomiso testamentario, ya que en caso de fallecimiento del fiduciario instituido por testamento, se operará su substitución, pero la masa de bienes seguirá el destino previsto por el testador.

Queda analizar cuáles son los diversos llamados a la herencia que nuestra legislación reglamenta y cómo se relacionan con el fideicomiso testamentario. Entendemos por “llamados” a las distintas formas en que la ley autoriza a los sujetos a presentarse en una sucesión por causa de muerte, legal o testamentaria.

En cuanto a la **sucesión intestada**, aquellas personas llamadas a recibir los bienes se designan genéricamente como **herederos**. Su ordenación y distribución legal constituyen la “sucesión legítima” y constituye la voluntad del causante presumida por la ley, por lo que sus normas se aplican en defecto de disposiciones testamentarias, o cuando éstas no son lo suficientemente claras. Los principios que la rigen son la preferencia por órdenes, establecidos por la ley en virtud del grado de parentesco; la preferencia por grados, dentro de cada orden, y la equidad personal y real. Estos herederos concurren por derecho propio y por derecho de representación. A su vez, estos herederos pueden ser forzosos, aquellos beneficiados con el derecho a una porción legítima, y no forzosos, que son quienes no están beneficiados con este derecho. Son herederos forzosos los descendientes, ascendientes, y el cónyuge. Son herederos no forzosos los parientes colaterales. El efecto principal de la diferenciación entre legitimarios o no, lo constituye el principio base del derecho sucesorio conocido como “intangibilidad de la porción legítima”. Las disposiciones fiduciarias testamentarias no constituyen una excepción ni modifican el principio de la intangibilidad de la porción legítima de los herederos forzosos (art. 2493 del Código Civil y Comercial de la Nación).

En cuanto a la **sucesión testamentaria**, se llama así cuando se defiere por voluntad del hombre manifestada en testamento válido.

El testamento es definido en esencia por el art. 2462 del CCyC como el acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte. En general, las definiciones de testamento no difieren substancialmente³, quedando caracterizado como un acto de disposición de bienes para después de la muerte de su otorgante, tratándose de un acto esencialmente revocable.

Se trata de un acto jurídico, ajustado a la definición del art. 259 del Código Civil⁴, unilateral y unipersonal, por el que un sujeto dispone de sus bienes y enuncia disposiciones extrapatrimoniales, para su validez después de su muerte. Es un acto formal. La expresión de última voluntad solo puede hacerse en alguna de las formas admitidas por la ley, las que han sido juzgadas

3 Santiago C. Fassi, *Tratado de los Testamentos*, Tomo I, p. 11 y ss.

4 Artículo 259. Acto jurídico. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

solemnes absolutas, o *ad solemnitatem*; en tal sentido los arts. 2472 a 2481, establecen claramente las formas y requisitos que deberán contener los testamentos bajo pena de nulidad. Estas formas se imponen como un modo de ser y no de valer. Es siempre un acto escrito, y su existencia no puede ser probada o suplida por ninguna otra prueba.

Decimos que es unipersonal porque en el mismo acto no pueden expresar su voluntad más de un testador. Nuestro derecho no admite los testamentos mancomunados o conjuntos por expresa prohibición del art. 2465 del CCyC, que expresa "... No es válido un testamento otorgado conjuntamente por dos o más personas".

Estas enunciaciones se refieren especialmente al contenido del encargo fiduciario; consideramos que no hace falta en ella mencionar especialmente la designación del sucesor fiduciario, ya que ese elemento es propio de la forma testamentaria, y resultaría una obviedad incluirlo. Sin designación de sucesor, no existiría la institución.

El testamento, que es fuente de llamamientos específicos, designadas por la doctrina como "instituciones", puede contener disposiciones directas o indirectas⁵. Las directas son aquellas por las cuales se designa un sucesor. Las indirectas son las que privan a un sucesor legal o testamentario (por vía de revocación) del llamado que le hubiera correspondido, o establecen mejoras, dispensan de colacionar bienes donados en vida del causante, desheredar a un heredero, revocar un testamento anterior.

Son disposiciones directas:

a) La institución de heredero: es el sucesor testamentario llamado a recibir toda la herencia, actual o eventualmente.

b) La institución de un legatario de cuota: es cuando el llamado se formula para recibir una parte alícuota de la herencia.

c) La institución de un legatario particular: es cuando se llama al sucesor a recibir bienes singulares.

De lo expuesto hasta aquí, resulta que pueden constituirse negocios fiduciarios *mortis causa* mediante testamento, siempre respetando su constitución en

5 Santiago C. Fassi, *Tratado de los Testamentos*, Tomo I, p. 228 y ss.

algunas de las formas previstas por el Código Civil. Consideramos que las disposiciones de este tenor contenidas en un testamento constituyen un **legado particular**, o de cosa cierta, y deben aplicarse a su interpretación las normas referidas a estas instituciones, compatibilizándolas con las características de la propiedad fiduciaria. El fiduciario instituido lo será a título de legatario.

Vale destacar que la disposición fiduciaria de bienes o cosas en favor de un legatario fiduciario, nunca podrán tener como condición o plazo la vida del fiduciario (en cuyo caso operará la sustitución del mismo y no la extinción del fideicomiso), ya que continúan expresamente prohibidas las sustituciones fideicomisarias en las que, el traspaso de bienes a un tercero (fideicomisario) está supeditado a la muerte del heredero. Mas resultan plenamente válidas cuando se refieren a otros acontecimientos tales como la mayoría de edad del beneficiario, su adquisición de capacidad, la graduación universitaria, etc., y siempre que no afecten las porciones legítimas.

Queda claro entonces que, plenas o fiduciarias, las transferencias de propiedad causadas en un fideicomiso testamentario deben respetar la porción legítima de la sucesión intestada, ya que cualquier disposición que viole su intangibilidad será atacada por los legitimarios. Y esta situación puede generar una situación de desprotección más gravosa para los beneficiarios.

Esta definición puede resultar un tanto antipática, pues pensamos generalmente en fideicomisos testamentarios cuya finalidad está orientada a proteger a los propios herederos y no a defraudarlos. Pero la letra de la ley, de orden público, no ha sido modificada, y el testamento tiene la misión de contener disposiciones válidas, que se necesitan eficaces después de la muerte del causante, y cuando éste ya no estará para subsanar cualquier revés que deba afrontar su voluntad.

Entonces, más allá de las aspiraciones de considerar válidas las instituciones fiduciarias, estas no constituyen un régimen de excepción.

CARACTERES DE LA FIGURA

En busca de pautas generales y aceptadas aplicables a la figura jurídica en análisis, intentaremos una caracterización general. En consecuencia, se describen a continuación los caracteres del contrato de fideicomiso, comunes a sus posibles utilizaciones conforme la finalidad, formulando en cada uno de ellos las aclaraciones que consideramos importantes por generar conse-

cuencias diversas en el ámbito de los derechos personales, de los derechos sucesorios y de los derechos reales.⁶

a) Típico

Asignar a un instituto del derecho el carácter de típico tiene algunos requisitos: por un lado, su existencia debe estar expresamente prevista por una norma, y por otro, tiene que existir una serie de disposiciones que describan sus elementos necesarios y fijen pautas para su funcionamiento.

El fideicomiso testamentario que se encuentra expresamente regulado por las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, ha adquirido tipicidad a partir de la sanción de la Ley 24.441; esto implica que sus cláusulas esenciales y elementos se adecuan a la previsión legal, independientemente de la nominación que le den las partes⁷; el fideicomiso testamentario tiene entonces regulación legal expresa y propia, más allá de la preexistencia en el Código Civil de Vélez Sarsfield. Lo prohibido en el Código de Vélez Sarsfield y en el vigente es la sustitución fideicomisaria en el campo del derecho sucesorio, mas no los negocios fiduciarios.

Como negocio típico que es, se encontrará en el sistema legal completo la solución a los problemas originados en el uso de la figura por aplicación de la analogía, y se podrán inferir los efectos de estas nuevas relaciones jurídicas. Finalmente, dada la peculiaridad del fideicomiso testamentario de servir a la instrumentación de negocios indirectos, resta aclarar, en coincidencia con López de Zavalía⁸ que este nuevo instrumento no queda subordinado en sus efectos ni en su regulación por otros contratos típicos, que pueden constituir el negocio subyacente. Así, si la finalidad última del fideicomiso resultase ser la transferencia gratuita de bienes a los fideicomisarios, con ánimo de liberalidad, esto no implicaría la adopción del tipo contractual donación, ya que el fideicomiso tiene normas propias, y una finalidad típica, consistente en la transferencia de la propiedad fiduciaria, por causa sucesoria.

6 Clusellas, Eduardo Gabriel y Ormaechea, Carolina, *Contratos con Garantía Fiduciaria*, Ed. La Ley, 2ª Edición, 2007, p. 31 y sig.

7 López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los Contratos, Parte General*, Zavalía, 1984, T. I, p. 66 y siguientes.

8 López de Zavalía, Fernando J., *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, Zavalía, Buenos Aires, 1996, p. 99 y siguientes.

La sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación genera una primera clasificación en dos grandes grupos:

a) los negocios fiduciarios particulares, clasificados conforme su fuente de constitución en: 1) los contratos de fideicomiso en general, que incluyen todos los supuestos de utilización de la fiducia por actos entre vivos, y a los que, para una distinción práctica, agregamos el objeto en su nomenclatura (por ejemplo fideicomiso inmobiliario, fideicomiso de garantía, fideicomiso de administración, etc.), y 2) los fideicomisos testamentarios, y

b) los contratos de fideicomiso financiero.

Ambos grupos de negocios fiduciarios tienen pautas de funcionamiento propias y normas diferenciadas dentro del Código, y en ese sentido, podemos decir que cada uno de ellos tiene su propia "tipicidad".

b) Bilateral

El fideicomiso testamentario es un acto jurídico bilateral, regula las relaciones entre dos partes (fiduciante y fiduciario) y produce efectos para los terceros que tengan interés legítimo (beneficiario-fideicomisario) según se hubieran establecido o no estipulaciones patrimoniales en su favor; estos terceros gozarán del derecho nacido del fideicomiso una vez manifestado su consentimiento mediante la aceptación del carácter que por el contrato se les ha asignado.

Las partes son en forma imprescindible el fiduciante testador que dispone que sus bienes se transmitan al fiduciario al producirse su fallecimiento y el fiduciario que recibirá los bienes y deberá administrarlos y sostener su titularidad sujeta a plazo o condición resolutorios. En el caso del fideicomiso testamentario, la bilateralidad existe desde su inicio sujeta a condición suspensiva, que se formalizará con la efectiva aceptación del rol al fallecimiento del causante, por parte del fiduciario designado o su sustituto.

Los terceros con interés no son claramente parte del fideicomiso testamentario en su celebración (aunque debe prever quienes resultarán o la forma de determinarlos), pero sí necesariamente parte de su funcionamiento. Además deberán existir fideicomisarios designados, conforme la voluntad del testador. Conforme el art. 1671 del Código Civil y Comercial, los beneficiarios deberán prestar su aceptación para poder exigir el cumplimiento por parte del fiduciario de aquellos actos que los beneficien, así como para que los fideicomisarios lleguen a recibir el domi-

nio o la propiedad plenos y perfectos de las cosas o bienes dados en fideicomiso, al cumplimiento del plazo o condición. Esta aceptación se producirá en forma expresa o tácita (por ejemplo percibiendo las rentas del fideicomiso dispuesta a su favor).

Estamos en presencia de un negocio sinalagmático, ya que la figura pone a cargo de ambas partes obligaciones determinadas, nacidas del propio testamento. En esta idea, sinalagma no supone equivalencia de prestaciones, sino prestaciones recíprocas.⁹ Finalmente, el fideicomiso es un acto jurídico bilateral, porque dos son las partes cuyas voluntades lo celebran (aunque diferido en el tiempo) y es un contrato bilateral porque pone prestaciones a cargo de ambas partes (en el caso del fiduciante las ejecutarán los continuadores de su persona).

Un último punto a abordar: ¿es indispensable que el testamento incluya la designación y existencia del beneficiario al momento de la formalización del testamento? La respuesta es negativa. El fideicomiso testamentario nace y tendrá todos sus efectos y consecuencias, una vez que fallezca el testador y concurra su voluntad con la del fiduciario con su aceptación del rol. Tal como resulta en el art. 1667 del nuevo Código, deberá consignarse claramente la individualización del beneficiario: "El contrato debe contener:... d) la identificación del beneficiario, o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1671".

c) De contenido patrimonial

En el fideicomiso testamentario se generan derechos y obligaciones de contenido patrimonial. Es causa fuente de obligaciones y título suficiente para la adquisición y transmisión de derechos reales (siempre teniendo en cuenta la forma pertinente para los bienes o cosas que constituyen su objeto). Esta propiedad fiduciaria tiene una potencialidad tal que será adquirida en modo imperfecto por el fiduciario, pero como dominio o propiedad plena y perfecta en cabeza del fideicomisario, o destinatario final de los bienes, superando el principio general de que nadie puede transmitir un derecho mejor ni más perfecto que el que tenía. Esto es así porque la transmisión fiduciaria originante de los desplazamientos conlleva desde su génesis el perfeccionamiento de los derechos patrimoniales en cabeza de su destinatario final, mediante una transmisión tácita de derechos, acciones y defensas.

9 López de Zavalía, Fernando J., *Teoría...*, T. I, p. 54 y siguientes.

Quedan fuera de su objeto (como contenido de las prestaciones) los derechos extrapatrimoniales que no pueden reconocer su origen en un fideicomiso.

Deberemos tener en cuenta que la transmisión del dominio fiduciario operará una vez declarado el testamento válido en cuanto a sus formas, aceptado el rol por el fiduciario, y ordenada judicialmente la inscripción del fideicomiso testamentario con relación al bien objeto de la inscripción.

No creemos que la transferencia de propiedad plena y perfecta que operará el fiduciario en cumplimiento del contrato, al cumplirse el plazo estipulado en el fideicomiso testamentario o la condición impuesta en el mismo, a favor del fideicomisario, o del tercero que contrate con el fiduciario adquiriendo el dominio pleno, o el beneficiario, que recibe la propiedad plena de bienes de manos del fiduciario, constituya una excepción al principio *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habere*¹⁰ ya que el dominio o la propiedad que ha recibido el fiduciario, sólo es imperfecto con relación a él mismo, y no con relación a los terceros. Él la ha recibido imperfecta, por afectación a su carácter de perpetua, y plena para que así se establezca en cabeza de quien resultará, por imperio del contenido del pacto de fiducia, en el titular definitivo de la propiedad de los bienes.¹¹

d) Consensual

El contrato de fideicomiso es un acto jurídico de carácter consensual. Se perfecciona con el consentimiento de las dos partes del fideicomiso testamentario: la del fiduciante, expresada al otorgar el testamento, y la del fiduciario al momento de la aceptación de su rol, y no requiere para su existencia la *datio rei*, es decir, la entrega de la cosa.

El pacto de fiducia contenido en el fideicomiso testamentario nacerá como acuerdo de voluntades, tendrá su vida propia y concluirá, tal como está regulado en la ley, independientemente de la forma que requiera la transmisión y retransmisión de los bienes o cosas que constituyan el patrimonio de afectación, conforme

¹⁰ Bueres, Alberto J. y Highton, Elena I., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, t. 6-A, p. 24.

¹¹ Puerta de Chacón, Alicia, "El dominio fiduciario en la ley 24.441, ¿un nuevo derecho real?", en Maury de González, B., *Tratado teórico práctico de fideicomiso*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 119 y siguientes.

a su naturaleza (art. 1669). En tal sentido, el art. 1683 aclara que “El carácter fiduciario de la propiedad tiene efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplan los requisitos exigidos de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos”. Sí tendrá efectos frente a terceros desde ese momento, quiere decir que entre las partes es plenamente eficaz desde su celebración. También contribuye a reforzar esta idea el art. 1698: “Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores, a otorgar los instrumentos y a contribuir a las inscripciones registrales que correspondan”.

El carácter de consensual en sentido estricto sólo puede asignarse a los contratos de fideicomiso, ya que la naturaleza del acto testamentario, con reglas propias que atribuyen efectos determinados al llamado a la herencia, impide atribuirle estrictamente el carácter de consensual. Pero de todos modos, tomando como idea un concepto amplio de consensualidad, su origen (causa-fuente) no debería quitarle al “negocio fiduciario” el carácter de consensual, ya que no estamos en presencia de un contrato de los llamados “reales”, ni la adquisición del derecho del fiduciario llamado a la herencia depende de la entrega material (*traditio*) de la cosa objeto del fideicomiso.

e) Ni oneroso ni gratuito: neutro o fiduciario

El fideicomiso testamentario es un acto jurídico de contenido patrimonial. Pero no es simple la determinación cuando intentamos establecer si goza del carácter de neutro, oneroso o gratuito.

No es suficiente, para abarcar todos los aspectos y posibilidades de utilización del negocio fiduciario, simplificar la cuestión y considerarlo oneroso por el solo hecho de ser bilateral, en el sentido del Código Civil y Comercial de la Nación. Atendiendo a una visión integral del negocio fiduciario en su conjunto, con la multiplicidad de relaciones que de él se derivan, se puede considerar al fideicomiso testamentario como un acto jurídico de gestión patrimonial.

En cuanto al **negocio fiduciario** debemos analizar las siguientes etapas:

Al perfeccionarse el contrato por la aceptación del fiduciario: la transmisión del dominio de la titularidad del fiduciante (causante) a favor del fiduciario, es un acto de contenido neutro, ya que no existirá una contraprestación por parte del fiduciario para recibirlo, pero tampoco se trata de una liberalidad. La trans-

misión solo opera a su favor con la intención de ser administrada en beneficio de terceros beneficiarios, y por lo tanto en la mayoría de las jurisdicciones, se trata de un acto exento del pago del Impuesto de Sellos.

Durante la gestión del patrimonio: el fiduciario desarrollará contratos de carácter **oneroso** con terceros, tales como locaciones, explotaciones agropecuarias, inversiones financieras entre otras. El fiduciante dispone la transmisión a su fallecimiento de la propiedad o dominio de bienes o cosas para que sean gestionados por el fiduciario. Esta gestión patrimonial será una función administrativa en sentido amplio, que podrá o no requerir del fiduciario la realización de actos de disposición y administración en sentido estricto, que justifican su onerosidad. Pero la distribución del resultado de la explotación que efectúe a favor de los beneficiarios designados, tendrá para ellos el carácter de **gratuita**.

Al extinguirse el contrato por el cumplimiento del plazo o cumplimiento de la condición dispuesta: la transmisión final a favor de los fideicomisarios designados en el fideicomiso testamentario, revestirá el carácter de gratuita, ya que estos lo recibirán teniendo como causa la disposición testamentaria.

En cuanto al fideicomiso testamentario considerado como contrato que se celebra con el fiduciario, su calificación resultará como **oneroso o gratuito** para el fiduciario, si es que este por su gestión obtiene o no una rentabilidad u honorarios que le generen una ganancia patrimonial personal.

Es relevante también esta definición para la aplicación de las normas tributarias. Analizando el tratamiento impositivo, si calificamos el negocio como oneroso y no neutro o fiduciario, no hay duda de que los entes fiscales gravarán como un hecho imponible cada uno de los movimientos patrimoniales necesarios para lograr el fin querido.

Cuando lo consideremos como de características neutras como por ejemplo la transmisión de dominio mencionada, se encontrará exento del pago de impuesto de sellos.

Cuando el acto o la transmisión sea calificada como gratuita, estará expuesta al tratamiento tributario que por ejemplo en la provincia de Buenos Aires grava a las donaciones con el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes.

Finalmente, más allá de la dicotomía planteada, no es extraña a la doctrina nacional la calificación de los contratos como neutros, o al menos la inquietud de

una clasificación tripartita, especialmente elaborando una línea de pensamiento a partir del análisis del contrato de fianza gratuita.¹²

f) Conmutativo

El fideicomiso testamentario es conmutativo, ya que las prestaciones que se ponen a cargo de cada parte están expresamente determinadas. El art. 1666 determina la obligación de transferir a la muerte del causante la propiedad de los bienes, y la del fiduciario de transferirla a los fideicomisarios cumplido el plazo o la condición resolutoria; el art. 1667 requiere la individualización de los bienes a fideicomitirse, la forma de la subrogación, el plazo o condición a que se subordina el contrato, el destino final de este patrimonio de afectación y la consignación de los derechos y obligaciones del fiduciario, y el mecanismo previsto para su sustitución. Todas estas circunstancias deberán estar contenidas en el contrato. Es más, como ya hemos expresado, mientras mayores sean las previsiones contractuales, aun cuando no sean necesarias para la validez y eficacia del acto, menores serán las posibles situaciones de conflicto.

El fideicomiso como negocio jurídico también es conmutativo; tanto cuando su fuente sea un contrato, como cuando emane de una disposición testamentaria, las prestaciones a cargo de cada una de las partes, deberán encontrarse claramente definidas. En los testamentarios, será de suma importancia la correcta redacción, estipulación de previsiones y condiciones del fideicomiso, ya que en el momento de cumplirse las disposiciones que generan el fideicomiso no contaremos con la voluntad del fiduciante para aclarar su contenido, y deberán aplicarse las reglas de interpretación de los testamentos para su integración.

El hecho de que el negocio fiduciario tenga en su esencia una condición o plazos resolutorios no lo convierte en un contrato aleatorio, ya que el hecho resolutorio debe existir y determinará solamente la duración del fideicomiso y del patrimonio de afectación, y en consecuencia de la propiedad o dominio fiduciario. Esta circunstancia transforma al fideicomiso, por definición, en una figura modalizada. No

¹² En ese sentido: Spota, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Depalma, Buenos Aires, 1979, T. V, p. 189; Salvat, Raymundo y Acuña Anzorena, *Tratado de derecho civil*, Tea, Buenos Aires, 1950, T. III, § 1983; Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, Perrot, Buenos Aires 1979, T. 2, n° 1839-a; Belluscio, Augusto C. y Zannoni, Eduardo A., ob. cit., T. V, p. 730 y siguientes).

existe fideicomiso que no sea modal. Pero reiteramos que esta circunstancia no se asimila al alea. Ni siquiera en el caso de que la retribución del fiduciario por su gestión se encuentre determinada en forma de porcentajes, el fideicomiso se transforma en aleatorio para él, ya que conoce al tiempo de la celebración del contrato la forma de su retribución, en la que sólo podrá variar el *quantum*.

g) De ejecución diferida y continuada

Si buscamos un encuadre de la relación fiduciaria vinculada con el tiempo, puede calificarse al fideicomiso testamentario, en sus diversos aspectos, como de ejecución diferida y continuada o de duración.

El fideicomiso testamentario produce entre fiduciante y fiduciario efectos de ejecución diferida a la fecha del fallecimiento del testador y la aceptación por parte del beneficiario. En tanto en la relación que involucra a beneficiario y fideicomisario (quienes deberán expresar su consentimiento y aceptación) el cumplimiento será diferido, ya que media necesariamente un lapso entre el perfeccionamiento del negocio y el cumplimiento. Deberá acaecer el hecho resolutorio para la transmisión de la propiedad o dominio de bienes y cosas al destinatario final; y la gestión patrimonial ejercida por el fiduciario necesariamente requerirá de tiempo para su desarrollo. Teniendo en cuenta estas circunstancias, el contrato de fideicomiso tiene las características de la ejecución diferida.

A la vez que el fideicomiso testamentario también se caracteriza por su ejecución continuada o de tracto sucesivo, ya que para su cumplimiento y el desarrollo de la gestión patrimonial se requerirá el paso del tiempo. Muchas veces quedará a cargo del fiduciario el cumplimiento de prestaciones periódicas o intermitentes con relación al beneficiario; otras su propia gestión en la administración deberá desarrollarse a lo largo del tiempo en forma continuada para lograr el objeto del contrato.

Este carácter es relevante, por ejemplo en caso de resolución, quedarán a salvo los efectos cumplidos, así como aplicando el pacto comisorio tácito, las prestaciones cumplidas quedarán firmes y generarán sus efectos propios. Se trata de la eficacia *ex nunc* y cada acto desarrollado en cumplimiento del pacto de fiducia será autónomo con relación a los demás.

h) Unitario

Si bien con lo desarrollado hasta ahora podría considerarse que estamos frente a un conjunto de negocios jurídicos de distinta naturaleza tendientes a un fin, el fideicomiso testamentario es único, y produce una multiplicidad de relaciones. La transmisión de bienes operada por los herederos del fiduciante a favor del fiduciario, y la retransmisión que este último opera a favor del destinatario final de los bienes, constituyen una unidad a pesar de tratarse de relaciones jurídicas diferentes, de actos diversos y extemporáneos; esta unidad está dada por el hecho de que la transmisión del fiduciante al fiduciario, tiene su causa en el testamento y conlleva la finalidad de que, en definitiva, los bienes pasen a manos del fideicomisario. Por eso es un negocio indirecto. El fideicomiso testamentario es un solo acto jurídico, con una causa única que para su cumplimiento necesitará del desarrollo de distintos actos jurídicos necesarios y congruentes para la finalidad del contrato.

i) Formal

El fideicomiso testamentario es formal. El art. 1669 incorpora como novedad la obligación de inscribir los contratos de fideicomiso en el registro público que corresponda, y establece la forma de instrumento privado o instrumento público cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. Obviamente que esa inscripción en el Registro de Contratos de Fideicomisos que corresponda se producirá luego de perfeccionarse el testamento con la declaración de su validez en cuanto sus formas y la aceptación del rol por parte del fiduciario. En el supuesto de que se trate de un testamento ológrafo, luego de su protocolización. La protocolización cumplimentará el requisito de su previa transcripción por escritura pública exigida por el mencionado artículo.

02. REGLAS APLICABLES

Artículo 1699. Reglas aplicables. El fideicomiso también puede constituirse por testamento, el que debe contener, al menos, las enunciaciones requeridas por el artículo 1667. Se aplican los artículos 2448 y 2493 y las normas de este Capítulo; las referidas al contrato de fideicomiso deben en-

tenderse relativas al testamento. En caso de que el fiduciario designado no acepte su designación se aplica lo dispuesto en el artículo 1679. El plazo máximo previsto en el artículo 1668 se computa a partir de la muerte del fiduciante.

EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

Como ya vimos, me referiré a la constitución del fideicomiso por causa de muerte, y no a la transmisión de los derechos por acto entre vivos, ya que para ese supuesto resulta de aplicación todo lo expuesto hasta aquí con relación al contrato de fideicomiso, título causal de la transferencia y adquisición de la propiedad fiduciaria. Resulta necesario, por sus diferentes causas, efectos y forma, tratar particularmente la constitución de la propiedad fiduciaria por vía de testamento.

Intentaré entonces, incorporando los conceptos generales de los negocios fiduciarios a los de las sucesiones, una definición de fideicomiso testamentario.

Podemos definir al fideicomiso testamentario como una disposición de última voluntad, sujeta a sus formas propias, por la que el testador, como fiduciante, dispone la transferencia de la propiedad fiduciaria de bienes determinados de su haber relicto, o de universalidades a favor de un heredero o legatario particular, en ambos casos como fiduciarios, para que éste ejerza la propiedad objeto del legado en beneficio de quien indique la disposición testamentaria (beneficiario), con la manda de entregar esos bienes y sus acrecimientos, al cumplimiento de un plazo o condición, a un heredero, heredero instituido o legatario en carácter de fideicomisario.¹³

Afirmamos antes que la sucesión *mortis causa* puede ser testamentaria o legal; y sabemos que el patrimonio fiduciario puede originarse en una sucesión testamentaria. Nos queda, entonces, tratar el problema de la sucesión legal o intestada.

Parte de la doctrina ha considerado que el sucesor fiduciario siempre resulta de un acto entre vivos, ya que aun cuando el fideicomiso reconociera su origen en una disposición de última voluntad, una vez abierta la sucesión testamentaria,

¹³ Clusellas, Eduardo Gabriel y Ormaechea, Carolina, *Contratos con Garantía Fiduciaria*, La Ley, 1ª edición, 2007, p. 100.

como acto necesario en el estado de indivisión, el albacea o el administrador judicial del sucesorio, o quien represente los derechos de la sucesión, deberá celebrar el contrato de fideicomiso con el fiduciario propuesto por testamento operando la transmisión de los bienes y cosas.¹⁴

Así, sea cual fuera el origen de la transmisión fiduciaria, entre vivos o *mortis causa*, siempre el acto jurídico causal inmediato de la transferencia de la propiedad fiduciaria (el título suficiente) sería un contrato.¹⁵

No comparto esta idea, ya que, tratándose de disposiciones testamentarias, el representante del sucesorio, el albacea o el administrador judicial, no forman ni suplen la voluntad del causante, ni se convierten en los autores de la transferencia de la propiedad, sino que se limitan a obrar como legitimados para dar cumplimiento a los actos mandados hacer por el testador. En tal sentido los llamados a la herencia no contratan con su antecesor, no son cocontratantes de su autor, en un acto entre ausentes, sino continuadores del mismo, aunque cada uno de ellos en distinta medida, conforme sea el llamado por el cual se lo convoca al sucesorio. Y además, adquieren sus derechos directamente del causante, siendo título de la adquisición la disposición testamentaria de la que se deriva, sin necesidad de un acto de “perfeccionamiento” de voluntades posterior. La aceptación por parte del fiduciario de los bienes que en tal carácter se le legan no es un acto de perfeccionamiento de la voluntad del fiduciante.

En este sentido, si la causa de la transmisión fiduciaria fuera solamente el contrato, sería infructuosa la distinción del Código al decirnos que el fideicomiso también podrá constituirse por testamento.

Es por eso que, teniendo en cuenta el carácter de acto unilateral del testamento, descartamos la teoría del fideicomiso como contrato celebrado entre la sucesión orgánicamente representada y el fiduciario, tal como sostiene Carregal. El testamento es un acto jurídico autónomo que confiere por sí el derecho de suceder, a favor del instituido, independientemente de la aceptación.

Vinculando el régimen de los negocios fiduciarios con la forma, el artículo remite a las formas de los testamentos, sin preferir ninguna de ellas. El fideicomiso testamentario puede instituirse entonces por cualquiera de las formas previstas

¹⁴ Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 353.

¹⁵ Carregal, Mario, *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, Universidad, Buenos Aires, 1982, p. 122.

para los testamentos, con un solo requisito, extraño al régimen sucesorio: deberá contener, al menos, las enunciaciones previstas por el artículo 1667 CCyC. Esas enunciaciones son:

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, en este caso a la fecha de testar, deberá constar la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes, a nuestro entender, que son objeto de legado fiduciario. Debemos tener presente, que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1670 CCyC se admite expresamente a las universalidades como objeto de un fideicomiso incluso testamentario, en cuyo caso, la determinación de los bienes surgirá del inventario que se presente al producirse el fallecimiento del causante;

b) la determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso. En este caso, entendemos que se refiere a la subrogación real de los bienes y cosas que se adquieran con el producido de los bienes legados en fideicomiso. También se deberá determinar si todos los frutos de los bienes fideicomitados deberán ser distribuidos entre los beneficiarios, o si una parte de ellos se utilizará para capitalizar el patrimonio fiduciario;

c) el plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá ser mayor de treinta años. En este caso el mismo artículo aclara que el plazo se cuenta desde la muerte del fiduciante, salvo que el beneficiario fuera un incapaz o con capacidad restringida (art. 1668 CCyC), caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad o de la restricción de su capacidad. La extensión del plazo solo beneficiará al beneficiario incapaz o con capacidad restringida, ya que si tuviéramos un caso de multiplicidad de beneficiarios la extensión solo beneficiará a este, y se extinguirá con los restantes. También debemos remarcar, que el plazo extingue el contrato, pero no el dominio fiduciario. Una vez extinguido el contrato, el fiduciario deberá transmitir a los fideicomisarios designados los bienes remanentes;

d) la identificación del beneficiario, o la manera de determinarlo conforme con el art. 1671. Esta incorporación viene a cubrir una falencia que presentaba la Ley 24.441 que en su art. 4º no exigía a la individualización del beneficiario como requisito esencial. Entendemos que no existe fideicomiso testamentario sin beneficiario o que contemple un mecanismo para determinarlo, tal como el hijo de xx, aunque al momento de testar el beneficiario aun no haya sido concebido; podría también designarse como beneficiaria una fundación, asociación civil, institución religiosa o cualquier persona jurídica;

e) el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso y la designación de fideicomisarios. Los fideicomisarios podrá coincidir o no con los beneficiarios, o resultar fideicomisarios los herederos forzosos. Así podría constituirse un fideicomiso testamentario sobre la porción disponible con un determinado fin, y al cumplirse el plazo dispuesto o la condición, ser entregados a los herederos legítimos en la proporción de su vocación hereditaria, produciendo en consecuencia solo efectos de disposición temporal de la porción disponible, y

f) los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesara (retribución de su función y limitaciones en el ejercicio de la propiedad fiduciaria). Estas enunciaciones se refieren especialmente al contenido del encargo fiduciario.

En cuanto al objeto sucedido, es decir, la cosa o bien sobre la que recae la disposición testamentaria, adelantamos que el sucesor puede ser singular, cuando se le transmite un objeto particular, o universal, que es cuando se transmite el todo o una parte alícuota del patrimonio, como universalidad de derecho. El artículo remite al 2493 CCyC que dice: "*Fideicomiso testamentario*: 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 art. 2448".

En cuanto a la inserción de las disposiciones fiduciarias en un testamento, y apelando nuevamente al régimen general de la sucesión *mortis causa* recordado, entendemos que las disposiciones fiduciarias testamentarias no constituyen una excepción ni modifican en general el principio de la intangibilidad de la porción legítima de los herederos forzosos, pero precisamente el art. 2448 citado establece "*Mejora a favor de heredero con discapacidad*". 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". Esto despeja claramente las dudas doctrinarias que se planteaban acerca de considerar al fideicomiso como una excepción a la intangibilidad de la legítima hereditaria. El artículo claramente en interrelación con las normas citadas despeja cualquier tipo de incertidumbre: las legítimas hereditarias deben respetarse, pero incorpora la novedad de admitir la constitución de mejoras excepcionales a personas con discapacidad. Vemos con agrado dicha incorporación que extiende el concepto de protección no solo al incapaz declarado como tal en juicio, sino a los que padecen *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*. Los padres seguramente contarán con elementos de juicio para determinar si aquel hijo que requiere de mayores auxilios para desenvolverse en la vida cotidiana demandará de la provisión de mayores recursos a su disposición.

En cuanto a la sustitución del fiduciario, insistimos en la idea de establecer en el testamento la designación nominal del sustituto, o bien la forma de selección del mismo, ya que en defecto de previsiones testamentarias, el sustituto debe ser designado por el juez, de acuerdo a las previsiones del art. 1679 CCyC, quien solo podrá recurrir a la designación de una entidad financiera o sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores y es más que probable que dichos sujetos no estén interesados en asumir la función de fiduciario en los supuestos de administración de pequeños patrimonios familiares. También deberemos considerar que ante el fallecimiento del fiduciario, su incapacidad o capacidad restringida, quiebra, concurso o simplemente ante su falta de aceptación (debemos recordar que el fiduciario no solo no suscribe el testamento, sino que por el carácter personalísimo y confidencial es muy probable que no esté enterado de su designación), se debe proceder a su sustitución, sin más formalidad que comunicar al sustituto y que este acepte, o recurrir al mecanismo previsto en el testamento, pero obviamente sin necesidad de transmitir bienes del fiduciario a su sustituto. Por el contrario si alguna de las causales opera una vez aceptado el cargo, y registrados los bienes a su nombre, la sustitución deberá registrarse a nombre del sustituto, efectuando la salvedad, que tal como sugiere el art. 1679 y recepta la doctrina, se producirá una transmisión de los bienes declarativa (no transmisiva como usualmente sucede en todas las demás transmisiones de bienes), mediante las formas previstas en el artículo citado.

En cuanto a la facultad prevista en el art. 1697 inc. b) CCyC que permite al fiduciante reservarse la facultad de revocar el contrato de fideicomiso, resultaría inoperante por la vía allí propuesta, pero sí resultaría aplicable la revocación, mediante la revocación del testamento, y por consiguiente carecería de causa el fideicomiso testamentario. La revocación, aplicando las reglas generales opera por el otorgamiento de un testamento posterior, o por matrimonio, si del mismo no surge la voluntad de mantenerlo después de contraer nupcias.

En cuanto a los requerimientos previstos en el art. 1669, relacionados con la forma y la registración del contrato, debemos concluir que las formas resultarán de las admitidas como formas testamentarias (testamento ológrafo y testamento por acto público), pero consideramos que conteniendo en su objeto bienes inmuebles que requerirán de su registro, se impone la forma escritura pública como la forma necesaria para dar cumplimiento a dichos requerimientos, requisito que se podrá salvar con la transcripción del contrato al momento de rogar la transmisión del dominio fiduciario.

En cuanto a la inscripción que exige el mismo artículo cuando se refiere a la obligación de inscribirlo en el registro que corresponda, debemos distinguir la inscripción del testamento en el Registro de Testamentos (en las jurisdicciones en que ha sido creado) donde solo se anoticia su existencia pero no su contenido, de la del Registro de Contratos de Fideicomiso (de acuerdo a las normas de cada jurisdicción) a la que solo deberá accederse cuando el fideicomiso quede perfeccionado con la muerte del testador y la aceptación del fiduciario designado o del sustituto previsto.

03.

CASO PRÁCTICO DE UTILIZACIÓN DE LA FIGURA

Con esta breve descripción de la figura, podremos adentrarnos en una gran variedad de alternativas para utilizarla como herramienta de planificación sucesoria.

Conociendo el límite que sobre el acervo sucesorio podrán establecer las mandas, permitirá al testador planificar no solo la distribución de sus bienes para después de su muerte, sino además su régimen de administración, pudiendo instruir al fiduciario con los mecanismos que estime más adecuados para que sus bienes rindan mejores frutos, evite la dilapidación de los mismos, asegurándose mediante una correcta administración que tengan el destino que pretende.

Ante la inexistencia de herederos forzosos, la libertad resultará total, y de esta forma podría imponer por ejemplo una administración unificada del campo que posea, distribuyendo los frutos entre los beneficiarios instituidos, pudiendo mantener la indivisión del mismo para su utilización y disfrute por parte de una lista de beneficiarios que no necesariamente coincidan con quienes reciban los frutos. El encargo podría indicar el destino de las plantaciones, previsiones para efectuar mejoras y para el mantenimiento del casco, e inclusive instruir al fiduciario para que destine partidas especiales para fines determinados, de tal forma de poder cubrir con partidas de fondos especiales los casamientos de los sobrinos, partidas para viajes a medida que cada uno de los designados obtengan su título universitario, o cuando nazca un hijo de los que se prevea.

De esta forma, se mantiene la unidad económica, y se dejaría en manos expertas la continuidad de la explotación.

Podrían establecerse distintos tipos de beneficiarios, unos de frutos apreciables en dinero, otros de uso de instalaciones, otros de rentas periódicas, o de desembolsos para ocasiones especialmente determinadas.

Podría extenderse su campo de aplicación inclusive a ámbitos donde ninguna otra figura puede llegar. Por ejemplo para proteger patrimonialmente a personas humanas aun no concebidas, y que a la fecha de testar e inclusive de la muerte del testador no sean más que embriones crioconservados aún no implantados. Este supuesto, no podría gozar de protección bajo la utilización de la figura del testamento tradicional, ya que en este caso solo podría designarse heredero o legatario a una persona, nacida o por nacer, pero en este último caso concebida, pero nunca a quien aún ni siquiera fuera concebido en el vientre materno, sino fecundado *in vitro*. Una correcta utilización del fideicomiso testamentario como herramienta, podría permitir al testador disponer de una porción de sus bienes (que no exceda la porción disponible) para generar un fondo que atienda las necesidades alimentarias, de educación y todas otras que pretenda incluir, a favor del niño que nazca una vez que se implante el embrión en el vientre materno. De esta forma se podría utilizar la figura para darle a parte de los bienes del testador un destinatario que se encuentre a la fecha de su fallecimiento incapacitado para sucederlo.

Seguramente una de las mejores incorporaciones del nuevo ordenamiento en materia de fideicomiso testamentario fue la ampliación de la porción disponible para aquellos casos en los que los herederos, descendientes o ascendientes presentan alguna discapacidad.

En este art. 2448 que antes describimos, admite la ampliación de la porción disponible, cuando se trata de herederos con discapacidad, pero limita, creo erróneamente, su utilización a los ascendientes o descendientes, excluyendo al cónyuge supérstite que podría claramente resultar uno de los sujetos beneficiados por tal mejora.

Pero salvando lo expuesto, resulta una importantísima herramienta para la atención de casos particulares, donde, aun prescindiendo del criterio de la discapacidad tal como lo requieren diversos beneficios, que exigen el "Certificado de Discapacidad" para otorgarse, recepta el concepto, que proclama la declaración de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: "... 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...".

Este artículo permite ampliar notablemente el alcance y los montos de las porciones que se podrían incluir. Para analizar un ejemplo, en el caso de un testador que no tenga ascendientes vivos ni cónyuge, y que tenga tres hijos, uno de los cuales posee una alteración física o mental, permanente o prolongada, podría atender sus especiales requerimientos económicos, disponiendo del tercio disponible convencionalmente. A ese tercio, le podrá adicionar un tercio de la porción legítima, y la porción restante distribuirla en tres partes iguales, incluyendo la correspondiente al heredero con discapacidad dentro del fideicomiso testamentario. Puesto en números esto representaría que sobre el 100 % del acervo hereditario, el 33,33 % de libre disponibilidad sumado al 22,22 % que representa el tercio de la legítima, y adicionado el 18,52 % correspondiente a su legítima (un tercio por tratarse de tres hermanos en el presente ejemplo), permitirá incluir como objeto del fideicomiso testamentario en protección de su hijo discapacitado el 74,07 % de sus bienes.

Deberá tenerse en cuenta que si se establecen gravámenes o condiciones a las porciones legítimas, están se tienen por no escritas, es decir que si las disposiciones del fideicomiso testamentario incluyen además de la porción disponible la porción legítima del heredero beneficiario, este podría pedir su reducción a las porciones disponibles, y disponiendo libremente de la porción legítima anteriormente señalada.

Como este caso me parece uno de los más interesantes para llevar a la práctica, acompaño un modelo de escritura que permita utilizar en forma práctica la figura.

FIDEICOMISO TESTAMENTARIO CON LEGITIMARIOS Y MEJORA A UN DISCAPACITADO

El caso

El supuesto seleccionado para este tema contiene las disposiciones de última voluntad de un testador, cuya situación patrimonial, al menos a la fecha del otorgamiento, permite proyectar una distribución para después de su fallecimiento sin temores referidos al conflicto posible por respetar el principio de intangibilidad de las legítimas que correspondan a sus herederos forzosos. Tiene tres hijos, uno de los cuales es discapacitado motriz, a quien quiere mejorar con las más amplias facultades que el Código le autoriza.

Por eso, nuestro testador para evitar conflictos en el ámbito del sucesorio resuelve, por vía testamentaria, destinar una porción de los bienes para generar una renta adicional destinada a asegurar a su hijo discapacitado una eficiente administración. La previsión del testador está puesta en que su hijo discapacitado tenga un hábil administrador, que permita asegurar el sostenimiento de su estándar de vida.

El contrato

[Encabezamiento] Testamento (1)

(1) Optamos por la escritura pública entre las formas de testar. También la aconsejamos, descontando las ventajas de la matricidad y registración, aunque puede redactarse el testamento en cualquiera de las formas admitidas en la legislación vigente, imperando el principio de libertad de formas previsto en el art. 2473 CCyC. Podrá otorgarse el testamento en las formas ordinarias, es decir, ológrafa (arts. 2477 y 2478 CCyC), o por acto público (arts. 2479, 2480 y 2481 CCyC). El encabezamiento llevará la numeración de la escritura, la identificación del acto y la identificación del testador.

[Data] En la ciudad y partido de(1), a los(2), ante mí(3).

(1) Lugar de la escritura.

(2) Fecha del otorgamiento. Sumamos a las formalidades del acto escriturario las propias de los testamentos. Debe tenerse presente que si se testara en forma ológrafa, "debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador" (art. 2477, CCyC).

(3) Identificación del registro notarial y del notario autorizante.

[Sujeto compareciente] Comparece(1). El compareciente es persona a quien conozco, de acuerdo a lo dispuesto por el inciso b) del art. 306 del Código Civil y Comercial de la Nación, y a quien yo, el autorizante, considero especialmente capaz, interviene por su derecho, y dice que, luego de haber tomado debido asesoramiento, viene por esta escritura pública a otorgar su testamento, a cuyo efecto me ha dictado con plena lucidez y libertad de espíritu las disposiciones que contiene, y las que quedan redactadas del siguiente modo:

(1) Datos completos del testador. Conforme a la técnica notarial aplicada por el autor del documento, podrá optar por consignar los datos de los testigos junto con los datos del testador, o consignarlos al final del acto. Debe otorgarse con la presencia de dos testigos hábiles. Es obvio que el testador debe ser persona capaz, mayor de dieciocho años, pero deberá reunir además determinadas capacidades "físicas", ya que no podrá testar por escritura el que padezca limitaciones para comunicarse en forma oral y, además no sabe leer ni escribir, salvo que lo haga con la participación de un intérprete en el acto.

[Enunciación del estado de familia] Que se llama, como queda dicho(1). Que tiene tres hijos(2), los dos primeros habidos de su primer matrimonio con(3), y el último habido de su segundo matrimonio con(4). Que a la fecha de este otorgamiento no tiene cónyuge, ni ascendientes, ni otros hijos más que los nombrados. Que su hijo(5) posee una discapacidad motriz permanente, de acuerdo a lo que surge del certificado de discapacidad emitido por(6)

(1) Nombres y apellidos del testador, nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento, datos filiatorios, estado civil y domicilio.

(2) Nombres y apellidos de los hijos del testador.

(3) Nombres y apellidos de la primera cónyuge del testador.

(4) Nombres y apellidos de la segunda cónyuge del testador.

- (5) Describir al hijo discapacitado.
- (6) Datos del certificado de discapacidad.

[Mejora testamentaria] Que es su intención que la porción disponible de un tercio de su patrimonio, junto con la tercera parte de la porción legítima que el art. 2448 del Código Civil y Comercial de la Nación autoriza a aplicar a la mejora de los descendientes con discapacidad sean adjudicadas al fideicomiso en beneficio de(1) su hijo discapacitado

- (1) Describir al hijo discapacitado

[Institución de herederos] Que instituye como únicos herederos por la porción legítima remanente a sus tres hijos, quienes recibirán, en partes iguales y a la época de su fallecimiento la totalidad de los bienes que constituyan su patrimonio, con excepción de los separados especialmente en el fideicomiso que más adelante se redacta, que serán imputados a la porción legítima remanente que corresponda a los beneficiarios.

[Acervo hereditario] Que sus bienes a transmitir en la herencia, resultarán de los papeles, títulos y documentos que deje a la época de su fallecimiento.

[Legado en fideicomiso] Que es su voluntad constituir, por vía testamentaria, un fideicomiso de administración para la protección patrimonial de su hijo discapacitado, que se regirá por las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, y por las siguientes cláusulas y condiciones:

[Fiduciante] PRIMERA. El testador se constituye en fiduciante, y así será llamado en lo sucesivo en este testamento, y en especial dentro de la cláusula cuarta por la que se instituye en el fideicomiso testamentario⁽¹⁾.

(1) El fiduciante separa una masa de bienes para asegurar una subsistencia digna a su hijo discapacitado.

[Fiduciario] SEGUNDA. El señor⁽¹⁾, administrador, es designado por voluntad del testador como fiduciario, y así será llamado en adelante.

(1) El fiduciario es un tercero seleccionado por el testador, que goza de su confianza. Recibe la propiedad de los bienes para ejercerla en beneficio del hijo discapacitado. Puede o no coincidir la designación del fiduciario con la persona que resulte tutora (si se trata de un incapaz), o quien ejerza la patria potestad de los menores (si además fuese menor). También podría haberse optado por uno de los hermanos, mayores de edad, para que ejerza la función de fiduciario. Ejercerá la administración y proveerá la renta para mantener al discapacitado, en la forma en que se manda en este testamento.

[Beneficiario] TERCERA. El fiduciante designa como beneficiario de este fideicomiso testamentario a su hijo⁽¹⁾, ya designado.

(1) El beneficiario es el hijo del fiduciante testador y padece de una discapacidad motriz permanente.

[Fideicomisarios] CUARTA. Asimismo, y por disposición del testador, el beneficiario, será el destinatario final del patrimonio fiduciario, en carácter de fideicomisario, y en tal carácter recibirán los bienes que compongan el patrimonio fideicomitado, a la época de finalización de este contrato. El fideicomisario, en la proporción indicada recibirá la totalidad de los bienes habidos en el fideicomiso, ya sea por la incorporación de bienes efectuada por voluntad del fiduciante y mediante la vía testamentaria, así como los acrecimientos, subrogaciones reales y demás bienes y cosas que adquieran el carácter de patrimonio fideicomitado.

[Bienes a integrar al fideicomiso] QUINTA. El testador lega en fideicomiso a favor del fiduciario los bienes de su propiedad consistentes en: a) un departamento sometido al régimen de propiedad horizontal; b) una fracción de campo⁽¹⁾; c) un depósito bancario a plazo fijo realizado en moneda extranjera por la suma de dólares cincuenta mil billete estadounidenses (U\$S 50.000) endosable, realizado en el Banco Agrícola Ganadero SA, sucursal Centro, con domicilio en⁽²⁾. La transmisión de la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitados se realizará como legado de cosa cierta⁽³⁾. Siempre que los bienes descriptos no superen la mejora admitida en forma general y la especial prevista en el art. 2448 del Código Civil y Comercial, en caso contrario se considerarán limitadas hasta alcanzar dicho límite. Los restantes bienes que compongan el acervo hereditario al momento de su fallecimiento serán adjudicados a los herederos en función de su porción legítima remanente.

(1) Se deben designar en forma clara los datos identificatorios de los inmuebles de acuerdo con los títulos dominiales.

(2) Domicilio de la sucursal bancaria donde se encuentra realizado el depósito aludido.

(3) El fiduciante testador resuelve separar por vía sucesoria en fideicomiso una masa de bienes que estima similar a lo que corresponderá en la porción disponible tanto por la regla general en materia de descendientes, como por la especial prevista para los herederos con discapacidad.

[Objeto del fideicomiso testamentario] SEXTA. Este legado fiduciario tiene por objeto proveer a las necesidades económicas, la atención de la salud, educación, subsistencia y manutención del beneficiario, quedando la actividad principal del fiduciario determinada por las necesidades materiales que el beneficiario pudiera tener en el futuro, y durante el plazo de vigencia de este fideicomiso testamentario. Esta protección se establece teniendo en cuenta las especiales necesidades de atención que requiere la discapacidad del beneficiario; en consecuencia, el destino principal de las rentas que pudieran producir los bienes será el de contribuir al sostenimiento del beneficiario, el mantenimiento de su estándar de vida, alimentación, educación, cuidado de su salud, esparcimiento y con el objetivo principal del fiduciante de contar con una provechosa administración del patrimonio, para que sea entregado al beneficiario o a sus sucesores una vez cumplido el plazo máximo de 30 años previsto por el Código Civil y Comercial de la Nación para la vigencia de los fideicomisos.

[Hecho resolutorio] SÉPTIMA. La duración de este contrato queda sujeta a condición determinada por la cesación de la discapacidad del beneficiario o hasta el plazo máximo de 30 años, lo que ocurra primero. A partir de ese momento el fiduciario implementará los medios para adjudicar y transferir los bienes que contenga el fideicomiso al fideicomisario⁽¹⁾.

(1) El hecho resolutorio es el cese de la discapacidad que en el estado actual de la investigación médica resulta permanente, pero podría ser solucionada en el futuro, o hasta que transcurra el plazo de 30 años máximo admitido por el art. 1668 CCyC. Nótese que ese artículo permite extender el plazo en el caso de incapaces o con capacidad restringida hasta el cese de la incapacidad o de las restricciones, pero esto no alcanza a la discapacidad, que no limita en forma alguna la capacidad de administración o disposición de los bienes.

[Patrimonio de afectación. Reinversiones. Subrogación real] OCTAVA. Los bienes transmitidos como consecuencia de este legado fiduciario constituirán el patrimonio de afectación, constituyendo en los términos del Código Civil y Comercial un patrimonio de afectación separado para su administración en beneficio del beneficiario. El patrimonio del fideicomiso será aumentado con aquella parte de las rentas producidas por los bienes que lo integran, que no sean efectivamente percibidas por el beneficiario. De tal modo que todos los bienes que sean adquiridos con fondos provenientes de las rentas de los inmuebles que constituyen el patrimonio fideicomitado, o con los intereses y frutos generados por el capital dinerario fideicomitado, adquirirán, a su vez, el carácter de bienes del fideicomiso por subrogación real, siendo obligación del fiduciario expresarlo de esa forma en el título de adquisición de dichos bienes. Podrá el fiduciario adquirir bienes muebles, inmuebles, semovientes o de cualquier naturaleza, dinero, moneda nacional o extranjera, títulos de crédito, acciones, bonos y cualquier tipo de cosas o bienes que resulten adquiridos en tal forma. Se entiende que la adquisición de bienes realizada con fondos del fideicomiso determinará que los mismos adquirirán la calidad de bienes del fideicomiso y gozarán de la protección del patrimonio de afectación. Se establece como única limitación, que los negocios que se realicen en dinero, moneda extranjera o rentas financieras, deberán hacerse en inversiones de rentabilidad mínima asegurada, quedando inhibido el fiduciario de realizar inversiones que pudieran reducir el capital invertido.

[Régimen de administración] NOVENA. La administración de los bienes que contenga el fideicomiso está a cargo del fiduciario, quien tendrá las obligaciones inherentes a la función, y deberá cumplir con la administración de los bienes fideicomitados con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios. La función principal del fiduciario será la de percibir las rentas que se devengaran como frutos civiles y naturales de los bienes, y proveer, en primer término, a las necesidades del beneficiario. Deberá cumplirla mediante desembolsos mensuales de dinero, que hará al mismo beneficiario; la cuota mensual inicial mínima a percibir por el beneficiario se determina en la suma de pesos.... mil (\$...000). Trimestralmente, conforme las utilidades de los bienes y las necesidades del beneficiario, la cuota podrá ajustarse en más o en menos, por decisión del fiduciario. Esta suma se establece teniendo en cuenta que dicho importe es el que actualmente se destina al mantenimiento de la vivienda, la remuneración del personal doméstico, alimentación, vestimenta, cuidados médicos, material ortopédico, esparcimiento y educación⁽¹⁾.

(1) Se considera conveniente que la renta del beneficiario se entregue mensualmente, con una posibilidad de reajuste trimestral. El fiduciante testador puede establecer otro modo de diferir la renta, ya sea con pagos semestrales, anuales, o semanales, en su caso. Todo dependerá de la forma de administración y de los bienes que integren el fideicomiso.

[Restricciones a las facultades del fiduciario] DÉCIMA. El fiduciario no podrá, por su sola voluntad, enajenar los bienes inmuebles que contiene el fideicomiso. Solamente podrá disponer de los inmuebles del patrimonio por título oneroso, cuando cuente con la autorización previa y por escrito del beneficiario. De todos modos, los actos de disposición nunca podrán ser a título gratuito, ni aun cuando se cuente con dicha autorización. En caso de resultar ventajoso, o necesario para el cumplimiento del objeto de este contrato, proceder a la venta de alguno de los inmuebles del fideicomiso, el beneficiario deberá aprobar la operación, y dicha resolución deberá constar en instrumento escrito que se agregará al acto de enajenación de los bienes, como constancia de la legitimación del disponente. Como consecuencia de la restricción impuesta para los inmuebles, con relación a dichos bienes el fiduciario sólo tendrá por sí facultades de administración. Los bienes muebles que ingresaran al patrimonio de este fideicomiso, incluso cuando sean registrables, podrán ser enajenados como actos de administración y a los efectos de que la gestión administrativa a cargo del fiduciario procure los mejores rendimientos. Podrá, en tal carácter, adquirir y enajenar, siempre a título oneroso, vehículos automotores, ganado de cualquier tipo, títulos, papeles de crédito, acciones, bonos, fondos comunes de inversión de rentabilidad mínima asegurada, y en general todos los bienes muebles que considere convenientes para gestionar mejor el patrimonio a su cargo o proveer a la atención del beneficiario⁽¹⁾.

(1) Si nada se establece, el fiduciario está facultado a ejercer todas las facultades materiales y jurídicas del dueño, ya que es el titular de derecho real de dominio; por eso, resulta importante establecer claramente las limitaciones de este tipo que puedan convenirse contractualmente. Deberá preverse la posibilidad de enajenar bienes, así como las de tomar créditos y de constituir gravámenes.

[Rendición de cuentas] DECIMOPRIMERA. A los efectos de controlar la gestión del fiduciario, este tendrá la obligación de rendir cuentas de su gestión, al menos una vez cada tres (3) meses; la rendición de cuentas se hará al beneficiario. La falta de presen-

tación de las rendiciones de cuentas podrá originar la presunción de falta de diligencia en la administración por parte del fiduciario, y será considerada causal de remoción. En caso de que los informes no se practicaran en el tiempo y forma establecidos, el beneficiario podrá liberar de su responsabilidad al fiduciario si, a su criterio, no resulta necesaria la elevación de estas rendiciones de cuentas con tal asiduidad.

[Remuneración del fiduciario] DECIMOSEGUNDA. La gestión del fiduciario será remunerada mediante un honorario que se determinará mensualmente en relación con el producido de los bienes del fideicomiso, estableciéndose que percibirá el cinco por ciento (5 %) de la renta mensual de los bienes fideicomitados. Esta retribución porcentualmente determinada nunca podrá ser inferior a la suma de pesos... (\$...) mensuales (ajustables según los índices del costo de vida nivel general), quedando a opción del fiduciario la oportunidad de su percepción, ya que podrá cobrarse con los fondos del fideicomiso en el tiempo que lo considere oportuno. La retribución del fiduciario podrá ser ajustada cuando el porcentaje previsto como retribución no se encuadre en los parámetros establecidos por el testador, y en la misma proporción en que se incrementa la mensualidad que es debida al beneficiario⁽¹⁾. El fiduciario tendrá derecho al reembolso de todos los gastos que se originen en la administración de los bienes, así como se le reconocerán en calidad de viáticos y reembolsos los gastos que incurriera al realizar los trámites de la administración.

(1) El testador puede convenir libremente la retribución del fiduciario. Aquí se estimó un porcentaje a devengarse mensualmente, teniendo en cuenta la rentabilidad y producción de los bienes, con un mínimo fijo. Como fuera, es conveniente determinar la forma de valuación de la retribución, para evitar la fijación judicial. Si el fiduciario no percibirá retribución, debe constar expresamente, ya que la presunción *iuris tantum* de la ley es la onerosidad de la actividad.

[Cesación y sustitución] DECIMOTERCERA. El fiduciario cesará en su función por las causales previstas en el art. 1678 del Código Civil y Comercial de la Nación. En caso de renuncia, la misma deberá ser recibida y aprobada por el beneficiario y deberá presentarse con una anticipación no menor de tres (3) meses al momento de hacerse efectiva. La renuncia sólo liberará al fiduciario de su responsabilidad cuando, como consecuencia de la misma, haya transferido la totalidad de los bienes cuya propiedad fiduciaria posea, ya sea que se trate de bienes muebles, o inmuebles, que se encontraren inscriptos en los registros correspondientes a su nombre. Mientras no se opere dicha transmisión, seguirán generándose las obli-

gaciones propias de su función. Además el fiduciario podrá ser removido de su función por mal desempeño de la administración, a instancia del beneficiario. En los demás casos, frente a la cesación del fiduciario, se procederá en primer término conforme a lo normado en este contrato, y supletoriamente como lo establecen el art. 1679 del Código Civil y Comercial de la Nación. El testador designa como primer sustituto a⁽¹⁾. El suplente deberá aceptar la designación en forma expresa. A partir de la aceptación del carácter de fiduciario, será transferido a su nombre el patrimonio fideicomitido, titularidad del fiduciario cesante, con las acreencias que el mismo hubiere producido, quedando a su cargo el cumplimiento de las obligaciones propias del administrador, en todo de acuerdo con el presente contrato. De ser necesaria nuevamente la sustitución del fiduciario, el sustituto será designado a propuesta del fiduciario o de su representante legal en su caso.

(1) Datos completos del sustituto. Téngase presente que si no se designa un sustituto, o una forma subsidiaria de designación, deberá hacerlo el juez, ya que es la solución que prevé la ley. Consideramos, además, que el juez competente será el del sucesorio.

[Liquidación] DECIMOCUARTA. El fideicomiso termina por el cumplimiento de la condición resolutoria antes establecida, es decir, la muerte del beneficiario, el cese de la discapacidad o el cumplimiento del plazo máximo de 30 años. Producida la condición, o cumplido el plazo, el fiduciario deberá liquidar el patrimonio, procediendo a cancelar todas las deudas generadas en el cumplimiento de los actos de administración. Extinguido el pasivo, incluso deducidos los reembolsos y pago de honorarios al fiduciario, deberá entregar el remanente de los bienes en la forma dispuesta anteriormente al fideicomisario designado en este contrato, o a los sucesores en su caso.

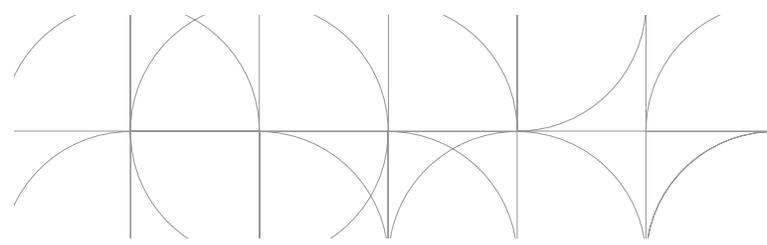
[Condición especial] DECIMOQUINTA. El testador, en su carácter de fiduciante, y a los fines que pudieran resultar procedentes, declara que los bienes transferidos en este fideicomiso se entienden imputados a la porción disponible en forma general y especial para personas con discapacidad que corresponderá al beneficiario, en el momento de su fallecimiento. En consecuencia, este fideicomiso se celebra como una forma de administración de los bienes que corresponderán a su heredero beneficiario, considerándose, a los efectos que sean conducentes, que el fiduciario gestionará los bienes con la finalidad ya expresa de su protección patrimonial.

[Revocación de testamentos anteriores] Que el contenido de este testamento expresa y declara su última y bien deliberada voluntad, para regir su patrimonio después de su fallecimiento, y es el resultado del asesoramiento previo obtenido, en cuya virtud revoca cualquier otra disposición de última voluntad hecha con anterioridad.

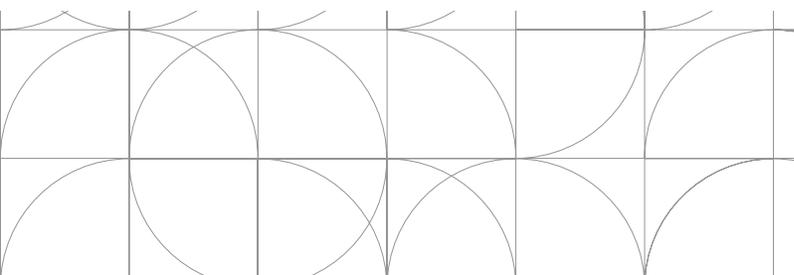
[Testigos] Comparecen⁽¹⁾. Los comparecientes son personas a quienes identifico, de acuerdo a lo dispuesto por el inciso a) del art. 306 del Código Civil y Comercial de la Nación por exhibición que realizan de su documento de identidad que en original tengo a la vista, y en fotocopia autenticada agrego a la presente, y a quien yo, el autorizante, considero capaces, intervienen por sus propios derechos en su calidad de testigos del presente testamento.

(1) Datos completos de los dos testigos. El CCyC limita a dos la cantidad de testigos de los testamentos por escritura pública y elimina la necesidad de que sean vecinos del partido del escribano autorizante.

[Constancia notarial] Y yo, el autorizante, leo al testador el íntegro contenido de este testamento, en presencia de los dos testigos instrumentales identificados en la cláusula anterior, dejando constancia de que la audiencia de esta escritura no ha sido interrumpida por ningún acto extraño. Que el testador y los testigos oyen la lectura, expresando el primero la coincidencia del contenido leído con su voluntad dictada, y manifestando los testigos que ven y oyen al testador formular expresa ratificación del mismo, de todo lo que doy fe.



CONGRESOS Y JORNADAS



TEORÍA DE LA INVALIDEZ*

DE LA TEORÍA DE LA CONFRONTACIÓN A LA AMPLIACIÓN DEL ASPECTO POSITIVO DE LA INVALIDEZ Y DE LA INEFICACIA

KARINA VANESA SALIERNO
AUGUSTO PABLO MARIÑO GALASSO

SUMARIO: Sumario. Introducción: el sistema jurídico. El acto válido. 1. Ineficacia de los actos jurídicos. 1.1.a. Ineficacia simple o en sentido estricto. 1.1.b. Ineficacia relativa (inoponibilidad). 1.1.c. Ineficacia eventual o sucesiva o potencial. 2. Categorías establecidas en el CCyC. 2.1. Nulidad. 2.2. Naturaleza jurídica de la nulidad. 2.3. Clasificación de las nulidades: absolutas y relativas. 2.4. Nulidades absolutas. Consecuencias jurídicas. 2.5. Nulidades relativas. 2.6. Consecuencias jurídicas. 2.7. Modos de invocar las nulidades: cambio paradigmático, exclusión de las nulidades manifiestas. 3. La función preventiva de la nulidad. 3.1. Mecanismos que aseguran el tráfico jurídico basados en la seguridad dinámica. 4. Efectos de la nulidad. 5. Las adquisiciones *a non domino*, una exclusión justa. 6. Conclusiones.

* Trabajo presentado en la 33 Jornada Notarial Argentina (Bariloche, 20 al 22 de septiembre de 2018). Obtuvo el segundo premio del jurado. Corresponde al tema IV: Nulidades en el Código Civil y Comercial de la Nación.

INTRODUCCIÓN. EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

El ordenamiento jurídico constituye un sistema de normas que regulan la conducta humana, y como toda norma tiene que tener un presupuesto de hecho o *fattispecie* -así denominado en la doctrina italiana- y una consecuencia o efectos de derecho.

La doctrina italiana veía al ordenamiento jurídico como un organismo, apoyándose en visiones *jusnaturalistas*, de allí expresiones tales como “saneamiento” de los actos jurídicos.

Sin embargo creemos que el correcto encuadre es ver al ordenamiento jurídico como un sistema lógico de normas, desde una posición más objetiva o *juspositivista*. Todo sistema para que funcione es necesario que esté en equilibrio para que no se produzca caos y sus consecuencias fueran imprevisibles. Para lograr ello es necesario recordarlo a Kelsen y tener presente que el sistema se mantendrá en equilibrio mientras exista correlato entre el presupuesto de hecho y las consecuencias jurídicas.

El art. 2 del CCyC nos da la idea de sistema cuando manda a interpretar la ley (...) “de un modo coherente con el ordenamiento”. Entendiendo al ordenamiento como un orden de normas, leyes análogas, disposiciones que surgen de tratados sobre derechos humanos, principios y valores jurídicos que configuran al sistema jurídico.

El sistema jurídico civil está integrado principalmente por las normas del Código Civil y Comercial de la Nación¹, y la importancia social radica en que constituye un sistema de normas que garantizan la circulación de la riqueza en la sociedad y contribuye a la paz social, a través de la seguridad jurídica (ya sea preventiva o judicial) evitando la justicia por mano propia.

Dentro del sistema jurídico civil, enfocaremos el presente trabajo a los actos voluntarios lícitos y sus efectos o no efectos -eficacia- producto del cumplimiento/incumplimiento de la *fattispecie*, y su consecuencia lógica.

¹ Art. 1 del CCyC.

EL ACTO VÁLIDO

Previo al análisis de la ineficacia del acto jurídico en sus diversas especies, debemos partir del concepto del mismo a través de un esquema normativo. Es decir, tal como dijimos antes, para que exista un acto jurídico y la ley lo repute tal deberá cumplimentar los presupuestos de hecho (*fattispecie*) de la norma para que la misma le asigne sus consecuencias.

Constituyen actos jurídicos los actos *voluntarios lícitos*, que tienen por *fin inmediato la adquisición, modificación o extinción* de relaciones o situaciones jurídicas (art. 259 CCyC).

Para que exista un acto jurídico lícito (y la norma le otorgue validez) deberá tener la presencia de los siguientes elementos *estructurales (principio estructural)*:

1) Sujetos

Que tengan capacidad de derecho (ya que la capacidad de ejercicio constituye un requisito de validez), los que podrán ser personas humanas (arts. 19 y 22 CCyC) o personas jurídicas (art. 141 y ss. del CCyC).

2) Objeto

El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de derechos ajenos o la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea (art. 279 CCyC).

3) Causa fin

El CCyC ha incorporado la causa fin a los actos jurídicos, antes debatida normativamente. La misma se entiende como la finalidad que han tenido las partes al momento de expresar su voluntad, la que ha sido determinante

para el negocio jurídico, como así también integran la causa fin los motivos exteriorizados (lícitos) que se hayan previsto e incorporado al acto en forma expresa o si tales motivos resultan esenciales a ambas partes. Si bien está normativamente legislado en el art. 281 y ss. CCyC (veremos plasmado este principio en otros artículos como en el 384, principio de conversión subjetivo del acto, 1090, frustración de la causa fin).

4) Forma

Cuando la forma es exigida por la ley como requisito de validez, el acto no existe como tal, por ejemplo la donación de inmuebles, cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias entre personas humanas o jurídicas (no así las donaciones al Estado) que debe hacerse por escritura pública (art. 1552 CCyC), la hipoteca (art. 2208 CCyC).

Como resultado de la presencia de estos elementos estructurales *-fat-tispecie-* tendremos en principio la consecuencia de tener la existencia de un acto válido jurídicamente, ya que estos elementos **constituyen el principio estructural del acto**.

Además de la existencia de los elementos estructurales, para que el acto sea válido, debe ser otorgado con **voluntariedad (art. 260 CCyC)**. El acto voluntario es aquel que es ejecutado con discernimiento (es decir con capacidad de ejercicio art. 23 y ss. del CCyC), con intención, en caso de que la misma no exista podremos estar ante actos realizados con el vicio del error o del dolo (arts. 265/271 CCyC) y con libertad (en caso de que la misma sea afectada estaremos ante la violencia como vicio de la voluntad -art. 276 y ss. CCyC-. Estos requisitos *constituyen el principio de validez del acto*.

En suma cuando se cumplan los principios estructurales y de validez requeridos por el ordenamiento estaremos ante un **acto válido jurídicamente** y como consecuencia de ello se producirá la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. Si esto no ocurre así estaremos ante un acto inválido.

01.

INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Cómo novedad metodológica, el CCyC incluye expresamente los conceptos de nulidad e inoponibilidad como especies del género “ineficacia”. Luego, simplifica el sistema de las nulidades, eliminando la categoría de actos nulos y anulables, conforme fuere propiciado por el Proyecto de 1998. Esto constituye un nuevo paradigma del sistema.

Independientemente de su regulación en el Capítulo 9 contemplando únicamente dos categorías de ineficacias, la introducción del término en este lugar nos fuerza a interpretar la teoría conforme la dinámica que establece el título preliminar, con lo cual luego de un análisis completo de la normativa de fondo entendemos que este capítulo debe ser complementado con otras normas, que conjuntamente establecen la teoría de la ineficacia del acto conforme lo explicaremos.

El otorgamiento de un acto jurídico tiene como fin la producción de determinados efectos (adquirir, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas), esa producción de efectos esperados, es lo que llamamos eficacia del acto. Para que el acto logre cumplir con los efectos señalados, previamente deberá configurarse como tal como lo apuntamos más arriba, por lo cual deberán existir en él los elementos estructurales (que son aquellos elementos esenciales) del acto, sujeto, objeto, causa y forma, la presencia de los elementos estructurales dan como conclusión un acto perfecto², y no deberán existir vicios que los afecten (principio de validez), lo que da nacimiento a la teoría de la invalidez.³

La existencia de vicios enquistados en alguno de los elementos del acto jurídico determina su nulidad o invalidez. La nulidad es una categoría de ineficacia originaria o congénita, ya que el acto nace con un vicio (que puede ser estructural o de la voluntad), y la no producción de efectos derivará en definitiva en ese vicio que provocará la nulidad del acto. Pero también hay actos que naciendo válidos devienen ineficaces. Esta ineficacia sobreviviente, puede ser oponible a todos o sólo respecto de determinadas personas y puede ser provocada por varios factores.

² Nieto Blanc, Ernesto E., *Nulidad en los Actos Jurídicos, Estudios complementarios*, 2da edición actualizada y ampliada, Ad Hoc, Bs. As., 2005, p. 35.

³ Nieto Blanc, Ernesto E., op. cit.

La doctrina no siempre distinguió las categorías de ineficacia e invalidez, se atribuye a Windscheid la paternidad de la distinción, quien destacó que un negocio puede ser ineficaz sin que un defecto paralice su potencia.

Es importante destacar la supresión de la categoría de los actos nulos, ya que todos los actos hoy serían anulables, atento que no existe más la categoría de las nulidades manifiestas, lo que constituye un verdadero cambio paradigmático del sistema.

Al abordar la categoría de las nulidades relativas, el nuevo ordenamiento recoge la tendencia doctrinaria que propiciaba abrir la posibilidad a la contraparte del sujeto protegido para invocar la invalidez del negocio si ha sido de buena fe y experimentado un perjuicio importante.

Asimismo, se recepta la figura del “negocio indirecto” y los principios de “integración” y “separabilidad” en los supuestos de nulidades parciales. Con respecto a este último aspecto, es destacable la apertura de la normativa en cuanto a dejar librado al prudente criterio judicial la interpretación de tales conceptos a la luz de lo que ha de surgir de los casos concretos objeto de juzgamiento.

1.1. INEFICACIA

La mayoría de la doctrina considera que la categoría de ineficacia constituye el género y la nulidad y la inoponibilidad forman parte de dos especies dentro de aquella. En tal sentido, la ineficacia en general impide la producción de los efectos del acto jurídico, pero esta no producción de efectos puede derivar de causas congénitas o de causas sobrevinientes.

Nieto Blanc⁴ critica establecer como género a la ineficacia, y considera importante mantener separada la ineficacia de la invalidez (o nulidad) del acto, ya que en la invalidez existe un defecto en la estructura del acto, en cambio la ineficacia supone la validez del acto, sin existir vicios estructurales, no emergiendo los efectos que le son propios por una razón extrínseca y así distingue tres tipos básicos de ineficacia, a saber:

⁴ Nieto Blanc, Ernesto, op. cit., p. 160.

A) Ineficacia simple o en sentido estricto

Esta modalidad se verifica en supuestos en los cuales el acto jurídico es plenamente válido, pero no produce sus efectos propios a causa de un impedimento extrínseco, es decir, ajeno a su estructura. Puede, posteriormente, tornarse eficaz o convertir en definitiva su ineficacia de origen. V. gr. el nuevo ordenamiento al tratar el tema de las donaciones por razón del matrimonio dispone "las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales... Solo tienen efecto si el matrimonio se celebra" (art. 451 CCyC). Asimismo el art. 452 expresa "las donaciones hechas por terceros a uno de los novios, o a ambos, o por uno solo de los novios al otro, en consideración al matrimonio futuro, llevan implícita la condición de que se celebre matrimonio válido".

Como podemos advertir, en las hipótesis descriptas, el acto jurídico (contrato de donación o convención matrimonial) es válido, pero sus efectos recién advendrán a partir del momento en que el matrimonio se celebre y a condición de que el mismo no resulte anulado con posterioridad. Otro ejemplo clásico de esta clase de ineficacia es el testamento, que como acto es válido, pero no surte efectos hasta después de la muerte del testador, es decir nace como acto válido pero ineficaz.

B) Ineficacia relativa (inoponibilidad)

Habitualmente, todo acto ineficaz lo es frente a todos (*erga omnes*). Sin embargo, en algunas circunstancias la ley contempla la posibilidad de que un acto jurídico sea válido y eficaz para las partes, pero carezca de eficacia respecto de ciertos terceros. Estos son los supuestos denominados de "inoponibilidad", cuyos alcances analizaremos en los acápitales desarrollados a continuación.

C) Ineficacia eventual o sucesiva o potencial

Esta especie de ineficacia se refiere a los casos en los cuales el acto jurídico es válido y eficaz, pero por circunstancias posteriores a su formación es susceptible de perder eficacia -hipótesis de resolución, rescisión,

revocación, entre otras-. Ejemplos de esta clase de ineficacia podemos encontrarlos en el nuevo ordenamiento jurídico, así el art. 1076 se refiere a la rescisión bilateral; a su vez, el art. 1077 menciona el supuesto de extinción por declaración de una de las partes que puede expresarse a través de una rescisión unilateral, como así también a través de una revocación o resolución.

02. CATEGORÍAS ESTABLECIDAS EN EL CCYC

El CCyC, a diferencia del Código Civil de Vélez que no empleaba el término ineficacia como institución genérica, se ocupa a partir del art. 382 de establecerla de ese modo y, a su vez, la desglosa en sus dos vertientes: nulidad (invalidez) e inoponibilidad. Reza el artículo mencionado: “Categorías de ineficacia. Los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas”.

2.1. NULIDAD

La nulidad o invalidez de un acto o negocio jurídico implica la privación de los efectos que le son propios (aquellos evaluados por las partes al momento de la concertación del acto), en virtud de defectos o vicios concomitantes a su formación.

Es preciso aclarar que el concepto de nulidad únicamente es predicable respecto de un acto o negocio jurídico -descrito en los arts. 259 y 260 del CCyC- y nunca puede ser atribuido a los hechos jurídicos -art. 257- ni a los simples actos lícitos -art. 258-. Ello resulta así toda vez que solo cabe juzgar acerca de la validez o invalidez respecto de los actos que importan una manifestación de la autonomía de la voluntad que ha tenido por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones jurídicas.⁵

⁵ Cifuentes, Santos, *Negocio Jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1ª reimpression, 1994, p. 752.

2.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA NULIDAD

Con referencia a la naturaleza jurídica de la nulidad, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias en el ámbito local establecen que esa privación de efectos reviste el carácter de una sanción legal. Este es el criterio seguido, entre otros juristas, por Borda, Llambías, Arauz Castex y Cifuentes. El art. 386 del nuevo ordenamiento, parecería seguir esta tendencia al predicar que: "... son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esa sanción...".

La postura minoritaria, que no considera a la nulidad como una sanción, ha sido representada por Nieto Blanc.⁶ En sus profundas reflexiones, este autor parte de la multivocidad de la palabra sanción, y en tal sentido, distingue sus dos acepciones principales: en una de ellas el vocablo hace referencia a todos aquellos medios de los cuales el ordenamiento legal se vale para que tengan vigencia sus preceptos.

En un segundo significado, más apropiado desde una concepción técnico-jurídica, la sanción ha de ser entendida como la consecuencia dañosa atribuida por el derecho a la violación de una norma, como medio de restauración del orden jurídico turbado por la acción del sujeto infractor.⁷ Por lo tanto, desde esta última perspectiva, la sanción solo debe limitarse al plano de lo ilícito, sin llegar a incluir la invalidez.

Esta conclusión es explicada por el prestigioso jurista, analizando a su vez la paradoja que puede resultar de considerar a la nulidad como una sanción pese a que nuestro ordenamiento civil permite la confirmación del acto jurídico que adolece de un vicio de la voluntad o impide invocar la nulidad en los supuestos de dolo recíproco. De igual modo, nótese lo que ocurre en los casos de error esencial y excusable: la acción para invocar haber padecido ese vicio compete a quien, precisamente, contravino la ley.

Ello nos lleva a concluir que la *ratio legis* de la nulidad debería buscarse más bien intentando analizar cuál es la finalidad del orden jurídico al instituir la y, en tal sentido, observamos que cuando la norma dispone los requisitos que deben cumplirse para el otorgamiento de un acto o negocio, lo hace con el objetivo de establecer condiciones para que los mismos nazcan a la vida jurídica

⁶ Nieto Blanc, Ernesto, op. cit., p. 46.

⁷ Nieto Blanc, Ernesto, op. cit., p. 47 y siguientes.

y puedan cumplirse las consecuencias previstas por el orden legal. De este modo, la ley regula esas condiciones y quien no las cumple no por ello viola un precepto sino, simplemente, opta por no adecuar su conducta al mandato impuesto por la norma y ello es lo que impide que el acto material llevado a cabo sea válido para producir los efectos jurídicos.

Sencillamente no se produjeron los efectos amparados por la norma, en virtud de que el ordenamiento jurídico es un sistema que está en equilibrio y si se produjeran efectos por fuera del cumplimiento del requisito de hecho se pondría en jaque al sistema. La nulidad constituye el punto de equilibrio y a la vez los límites al sistema, más allá de la nulidad no hay efectos jurídicos y si se produjo algún efecto las partes deben restituirse para que entre ellas vuelva a existir el equilibrio.

Dentro de la teoría de la ineficacia, se reconoce a la nulidad como la no coincidencia del acto con su modelo normativo. Y dentro del sistema jurídico se establece un modelo normativo de convalidación donde los mecanismos subsanatorios son establecidos por la norma de fondo a los efectos de restablecer el equilibrio del sistema jurídico que tiende siempre a autorregularse.

El sistema jurídico funciona a través de fórmulas legales que describen un modelo normativo. Cuando la tipicidad se verifica, el sistema reconoce las consecuencias jurídicas asignadas por la norma y por la voluntad de las partes, cuando no se verifica, el sistema se autorrecompone a través de la nulidad o de los mecanismos de subsanación.

2.3. CLASIFICACIÓN DE LAS NULIDADES: ABSOLUTAS Y RELATIVAS

El art. 386 del CCyC establece: "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".

La noción de orden público ha sido empleada por la doctrina clásica con el objeto de considerar la presencia de ciertos principios, pautas o directrices trascendentales, superiores y metajurídicos que contribuyen a garantizar la paz y la seguridad social y que, en virtud de tratarse de valores eminentes, han sido receptados por el sistema jurídico para calificar a ciertas normas como superiores e indisponibles en su aplicación, una parte de la doctrina considera que en vez de

utilizar este vocablo que es cambiante, podría utilizarse el de interés general, en contraposición a los intereses particulares.

Ahora bien, no siempre resulta sencillo determinar cuáles son estos principios. En razón de esta realidad, teorías más modernas han evolucionado en la conformación de tal concepto, precisando el contenido del orden público al trazar como norte que los intereses que dichos principios tutelan son los referidos a las necesidades del grupo social destinatario de la norma analizado en su totalidad y en un tiempo histórico determinado.

Consecuencia de esta evidente conclusión, resulta que determinar el contenido concreto del orden público, no es tarea que pueda llevarse a cabo *a priori* estableciendo un sistema completo, universal y perpetuo del mismo. Por el contrario, cada sociedad de acuerdo a la época y factores culturales, idiosincrásicos e ideológicos -entre otros tantos aspectos a ponderar- habrá de calificar cuáles son aquellos intereses generales y superiores que la abarcan y, en virtud de ello, merecen ser tutelados con mayor esmero y de manera imperativa.

En tal sentido, se ha señalado que los actos que afectan intereses que atañen al orden público son aquellos que lesionan un valor de carácter general o cuya prohibición se ha impuesto por razones de moral, buenas costumbres, de seguridad en el tráfico jurídico o el orden económico-social, como así también respecto de los actos otorgados por quienes revisten determinadas incapacidades de derecho que afectan al interés social.⁸ En definitiva, se trata de proteger al interés comunitario en todo aquello que concierne a sus valores esenciales.

2.4. NULIDADES ABSOLUTAS. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

El art. 387 dispone: “La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aún sin mediar petición de parte, si es manifiesta, en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción”.

Esta redacción, similar a la del Código anterior, ha suprimido la palabra “debe” que con mayor énfasis en la redacción velezana hizo que doctrina y jurisprudencia concluyeran que era un imperativo del magistrado declarar (de oficio) la invalidez.

8 Cobas, Manuel O., Zago, Jorge, *Derecho Civil, parte General*, Ed. Universidad, p. 473.

Lógicamente, si la nulidad no aparece manifiesta y, en razón de ello, es necesario llevar a cabo una investigación en el marco del proceso, recién cuando tal pesquisa arroje como resultado la contravención al orden público, la moral o las buenas costumbres, el juez deberá sentenciar la invalidez absoluta del negocio jurídico en cuestión. La norma trae aparejada una contradicción lógica, ya que las nulidades manifiestas fueron suprimidas, y conforme al art. 383 CCyC todas las nulidades deben sustanciarse, razón por la cual el vocablo “manifiesta” introducido en este artículo debe interpretarse como que a pesar de que no haya sido sustanciada ni peticionada la nulidad, si el juez da con ella, puede declararla.

En este orden de ideas, la nulidad puede alegarse por el Ministerio Público y faculta también “a cualquier interesado” a demandar la invalidez y añade “excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho”.

Como corolario de la importancia adjudicada a los intereses tutelados la nulidad absoluta no es susceptible de ser saneada ni por la confirmación del acto ni por la prescripción de la acción para invocar la invalidez.

Este criterio ha sido el consagrado por nuestro Máximo Tribunal al juzgar que “Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original”.⁹

2.5. NULIDADES RELATIVAS

El art. 388 establece: “La nulidad relativa solo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarse por la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo”.

⁹ CSJN, Fallo: 179: 249.

En virtud de la teleología ínsita en las nulidades relativas -protección de los intereses particulares de los sujetos que padecen el vicio- la invalidez solo puede ser declarada si la parte que reviste esta calidad así lo solicita. No obstante, el CCyC añade en el art. 388 que "... Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante...". Con referencia a esta excepción, en los Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 se explica que esta es la solución consagrada en el art. 1420 del Código Civil de Quebec. Su razón de ser estriba en ponderar que puede suceder que la parte en cuyo interés se establece la nulidad no la articule y que, sin embargo, la subsistencia del acto acarree perjuicios significativos a la otra parte que ha obrado de buena fe. El ejemplo que refieren los Fundamentos es el del contrato de locación de servicios celebrado con un enfermo mental no declarado cuya situación impide dar cumplimiento a lo pactado.

Cabe aclarar que, cuando el Ministerio Público de Menores e Incapaces actúa en representación de sus tutelados como representante promiscuo, puede requerir la nulidad del acto.

2.6. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

De los caracteres expuestos surgen las consecuencias que consagra la norma, a saber: la nulidad relativa no puede ser declarada de oficio sino solo a instancia de parte (salvo la excepción establecida respecto de la parte que obró de buena fe y padeció un perjuicio importante); tampoco puede invocarla el Ministerio Público; se encuentra vedado para interponer la acción de nulidad el incapaz de hecho que obró con dolo; el acto viciado puede subsanarse a través de la confirmación; la acción de nulidad puede ser neutralizada mediante la excepción de prescripción.

2.7. MODOS DE INVOCAR LAS NULIDADES: CAMBIO PARADIGMÁTICO, EXCLUSIÓN DE LAS NULIDADES MANIFIESTAS

Prescribe el art. 383 del CCyC: "Articulación. La nulidad puede argüirse por vía de acción u oponerse como excepción. En todos los casos debe sustentarse".

Este artículo, similar al 1058 bis -introducido por la reforma de la Ley 17.711 en el Código primigenio-, consagra expresamente la posibilidad de demandar la nulidad incoando la acción como modo de atacar un acto jurídico viciado o alegándola como defensa al momento de evitar que el negocio impugnado surta sus efectos propios, invocando entonces la invalidez como una excepción que neutralice el cumplimiento de estos.

El adagio latino “cui damus actionem eli exceptionem multo magis cui discerunt” (a quien se da acción con mayor razón se le da excepción), pronuncia un criterio de justicia en razón de que el demandado que opone la excepción de nulidad no hace más que defenderse peticionando el rechazo de una demanda improcedente en la que el actor persigue que un acto jurídico inválido en esencia y que aún no ha sido ejecutado, no obstante, lleve a cabo sus efectos.

La norma en estudio aclara que en todos los supuestos deberá observarse el requisito de la sustanciación procesal, vale decir, conferir traslado a la contraparte. Cuando la nulidad se esgrime como excepción, deberá ser alegada al contestar la demanda como defensa de fondo y, según cierta doctrina, no necesariamente habrá de ser resuelta como de previo y especial pronunciamiento.¹⁰

La mentada excepción no debería estar sujeta a un plazo de prescripción en los casos de nulidad relativa en razón de que, si tal plazo existiera, el mismo podría operar como un obstáculo si, una vez prescripto el tiempo para interponer la acción de nulidad, la parte contra la que la acción podría haberse invocado pretendiere ejecutar el acto.

En lo concerniente a la legitimación pasiva, es dable apuntar que la acción de nulidad debe ser incoada contra todas las partes que han intervenido en el acto e incluso contra el escribano que ha otorgado la escritura pública atacada por falsedad.

La norma bajo análisis trae aparejado un nuevo paradigma, ya que dejan de existir las nulidades manifiestas, y excluye también la clasificación de actos nulos y anulables, como consecuencia.

Hoy todos los actos son válidos hasta tanto no sean atacados de nulidad, por ende la validez de los actos está sujeta a la **condición resolutoria** de una sentencia judicial que declare la nulidad, es decir se mantendrá la validez del acto jurídico hasta que no sea atacada por acción de nulidad. La

¹⁰ Cifuentes, Santos, op. cit., p. 605.

norma bajo análisis establece como pilar del sistema el principio de conservación de los actos, que también vemos plasmado en los arts. 269, 294, 381 *in fine*, 389 *in fine*.

Y siguiendo el análisis coherente que nos impone el art. 2 CCyC, el art. 1965 CCyC nos pone un límite al dominio revocable, al establecer que **las condiciones resolutorias** no pueden superar los diez años. Si en materia de dominio revocable las condiciones resolutorias tienen un plazo máximo de validez de diez años, entendemos que en materia del ejercicio de la acción de nulidad debe aplicarse por analogía este artículo por tratarse de una condición resolutoria, salvo plazos de prescripción más breves establecidos por la ley.

Este cambio paradigmático trae importantes aplicaciones notariales, ya que en materia de estudio de títulos, solo podremos advertir las posibilidades sobre la existencia de condiciones resolutorias y la viabilidad de que las mismas sean articuladas en virtud de existir posibles nulidades. El estudio de títulos constituye así una doble herramienta jurídica, en términos de prevención y saneamiento de posibles nulidades y como exclusión de responsabilidad civil hacia el notario mediante el consentimiento informado.

03. LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA NULIDAD

Cuando un acto es nulo y por lo tanto inválido para cumplir los efectos propios del mismo, se ha perdido el tiempo empleado para realizarlo, se ha evidenciado una pérdida económica, un daño, y por ello se entiende en la doctrina tradicional a la nulidad como sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico, en virtud de una causa existente en el momento de la celebración.¹¹

La interpretación del ordenamiento jurídico argentino luego de la reforma de 2015, nos lleva a una visión diferente de la nulidad, no ya como castigo al acto

¹¹ Borda, Guillermo A, *Derecho Civil*, Parte General, Tomo 2, Buenos Aires, 1976.

celebrado, medida represiva que se aplica, sino como medida preventiva.¹² Conforme la naturaleza jurídica a la cual hemos adherido, consideramos a la nulidad como una no producción de efectos, que genera el punto de equilibrio del sistema y que el maestro Nieto Blanc nos enseñara: "(...) La autonomía de la invalidez, donde se la ve actuar como 'remedio jurídico' y como procedimiento técnico legal que tiende a salvar las imperfecciones o hacerlas jugar en medida limitada, resguardando intereses que el ordenamiento estima dignos de tutela".¹³

"La nulidad es una solución costosa al problema del vicio y por ello no se adopta sino cuando el problema no admite una mejor solución". El derecho busca evitar la producción de los efectos patológicos, es decir el devenir de la ineficacia negocial por la nulidad misma. A excepción de los casos en donde se evidencia el daño producido por causa de la nulidad, que justifican plenamente el efecto neutralizador de las consecuencias y la retroactividad con el consecuente renacimiento del acto, el derecho se encamina a reconocer los efectos producidos a lo largo del tiempo a través de vías o mecanismos de subsistencia.

"Un contrato nulo, tiene al menos una existencia aparente, al menos ha sido ejecutado o ha recibido un principio de ejecución. Se trata de saber si se puede hacer caer y de qué modo. Se trata de saber si puede salvarse por un acto ulterior".¹⁴ Es así como a través del principio de conservación del acto y por efecto de la conversión establecida en el art. 384 CCyC, hoy los jueces antes de declarar la nulidad de un acto tienen la manda legal de buscar su subsistencia aún interpretando la voluntad hipotética de las partes para así mantener los efectos que hubieran podido producirse, configurando la nulidad la última *ratio* judicial.

Ya hemos dicho que el ordenamiento jurídico constituye un sistema (art. 2 CCyC) y como tal debe interpretarse coherentemente, es así que en materia de responsabilidad civil, se ha introducido también un cambio pa-

¹² Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo III, Buenos Aires, UTEHA, 1944, p. 559.

¹³ Nieto Blanc, Ernesto E., *Nulidad en los Actos Jurídicos. Estudios complementarios*, Segunda Edición Actualizada, Bs. As., Ad Hoc, 2005, p. 39.

¹⁴ Planiol, Marcel, *Traité Elementaire de Droit Civil*, Paris, Libraire Generale de Droit & Jurisprudence, 1909, Tomo XII, Obligaciones y Contratos, Cap. VII, p. 279.

radigmático al establecer la función preventiva (art. 1708 CCyC) y el deber que tiene toda persona en cuanto de ella depende de evitar causar un daño no justificado, de adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud o no agravar el daño si ya se produjo (art. 1710 incs. a, b y c), lo que tiene plena implicancia en materia de nulidades, ya que uno de los efectos de la nulidad es la posible acción de daños y perjuicios (art. 391 CCyC).

Este rol preventivo de la nulidad juega un papel disuasivo en la voluntad de las partes las que no se vincularon por un negocio jurídico cuya nulidad podría ser ulteriormente invocada. Aquí también interviene el notario como hacedor de la justicia preventiva, a través del asesoramiento y la configuración del negocio que deberá escapar de las posibles configuraciones ineficaces. Este asesoramiento que estará conjugado con el estudio de títulos que le dará al notario una visión global e histórica de las posibles patologías, y utilizará los mecanismos subsanatorios para neutralizar una futura ineficacia.

Como el acto nulo produce todos sus efectos jurídicos mientras su nulidad no sea judicialmente declarada por sentencia judicial ejecutoriada, esta situación ha permitido crear una apariencia jurídica firme contraria a la realidad (o situación jurídica inválidamente creada), por lo cual su destrucción posterior puede traer graves consecuencias para todos los sujetos involucrados en esa cadena histórica de transmisiones.

El concepto de invalidez se perfila con base en un acto acaecido en la realidad histórica que, confrontado con el supuesto de hecho de una o más normas, o con el ordenamiento jurídico en su totalidad, es insuficiente para alcanzar los presupuestos y elementos previstos por el ordenamiento jurídico para producir los efectos jurídicos contemplados, es decir que sin perjuicio de la existencia del acto, éste no encuadra en los estándares básicos del ordenamiento legal. Cuando el acto histórico se enfrenta con una exigencia de interés general que afecta al objeto básicamente, éste queda privado de sus efectos totalmente, pero cuando el interés es particular, el ordenamiento brinda mecanismos para salvar la imperfección y conservar el acto.

3.1. MECANISMOS QUE ASEGURAN EL TRÁFICO JURÍDICO BASADOS EN LA SEGURIDAD DINÁMICA

Son aquellos que tienden a hacer posible el mantenimiento de la iniciativa negocial, aunque sea a través de la utilización de métodos distintos y que dan fundamento a la teoría planteada:

Principios o bases sobre las cuales se asientan

El CCyC trae una serie de principios que sustentan nuestra tesis a saber:

1. **El principio de la autonomía privada.** La voluntad de las partes además de ser la fuente inmediata de los efectos del negocio, es el factor propulsor del mismo. El art. 281 reconoce la causa fin como el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad, son los motivos exteriorizados, que han servido de vehículo y han sido esenciales y determinantes para otorgar el acto, en la medida que así la contraparte lo haya aceptado. *Constitucionalización del derecho privado:* la sanción del CCyC reconoce como uno de sus pilares fundamentales el reconocimiento de este principio que se ve maximizado en materia contractual, arts. 958, 961 y 962.

2. **Principio de conservación:** derivado del principio de conservación del acto jurídico: "Todo acto jurídico de significado ambiguo, debe en la duda, entenderse en su máximo significado útil". El principio de conservación de los contratos o "favor contractus" es un canon hermenéutico que, enunciado legislativamente para la materia contractual, inspira todo el ordenamiento jurídico. Cuando exista duda si el contrato en su conjunto o también alguna de sus cláusulas individuales deba surtir algún efecto o no producir ninguno, deberá entenderse en el sentido en que pueda producir algún efecto. Este principio se encontraba en las célebres frases de Juliano y fueron recogidas por el *Digesto* y representa un principio que avala asimismo la seguridad del tráfico negocial. El "favor contractus" es un principio o regla interpretativa aceptada y aplicada no sólo en los países de raíz grecorromana sino también en el sistema civil del "common law", por lo que deviene en un principio jurídico universal y esencial, que resulta indispensable para generar seguridad jurídica en las transacciones, facilitar y mejorar el tráfico. Este principio se traduce asimismo en el *mantenimiento en vida del contrato plurilateral*.

3. Teoría de la apariencia. Se configuró desde hace muchos años a través de la introducción de normas basadas en el tráfico negocial y la buena fe. Se introdujo con la Ley 17.711 en el art. 1051 *in fine* y en el 3430 del CC. Tuvo gran recepción en la jurisprudencia que fue delineando sus aspectos más relevantes y es aplicada en todos aquellos casos en los cuales se dirimen conflictos entre la seguridad estática y la dinámica. Hoy consagrado en los arts. 367, 392, 883 inc. e) y 2325 del CCyC.

4. Protección de la seguridad dinámica y de la confianza tanto de los agentes como de los terceros.

5. Principio de buena fe. Es reconocido en el art. 9 del Título Preliminar como un principio general, y se expande a través de todo el ordenamiento tanto en su faz genérica en materia de interpretación de la conducta de las partes y en la voluntad negocial, como en su faz específica en materia de adquisición de derechos reales sobre inmueble, art. 392 CCyC.

6. Interpretación judicial: razonabilidad. Configura un verdadero cambio en el paradigma de interpretación de la norma. Consagrado en el art. 2 establece la pirámide normativa que debe ponderar el juez en cada caso particular.

7. Juicio de ponderación. Marca la interpretación judicial cuando están en pugna normas o bienes de idéntico valor, a través del deber de resolver mediante una decisión razonablemente fundada.

8. Principio de la función preventiva de la responsabilidad civil. Arts. 1708 y 1710.

Aplicaciones prácticas normativas

- **Nuevos supuestos de convalidación.** Art. 280: El acto jurídico sujeto a plazo o condición suspensiva es válido, aunque el objeto haya sido inicialmente imposible, si deviene posible antes del acaecimiento del plazo o la condición.

- **Conversión formal.** Art. 294: Carece de validez el instrumento público que tenga enmiendas, agregados, borraduras, entrelíneas en partes esenciales, si no están salvadas antes de las firmas requeridas. El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes.

- **Nulidad instrumental taxativa.** Art. 309: Son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo y lugar en que sean hechas, el nombre de los otorgantes, la firma del escribano y de las partes, la firma a ruego de una de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto.

- **Convalidación en materia de derechos reales.** Art. 1885: La transmisión o constitución de un derecho real que no se tiene y se adquiere posteriormente. La convalidación es un efecto legal que opera *ipso iure* al producirse la segunda adquisición válida y eficaz que da validez en consecuencia a la primera. La convalidación es un modo de subsanación que no requiere de la formalización de un acto jurídico en sí mismo, como ocurre con la confirmación, sino que sólo requiere el relato de los hechos o actos que dan nacimiento al efecto legal convalidante de la primera adquisición sin necesidad de declaración judicial alguna. Es el saneamiento automático de la ineficacia de un acto que adolecía de falta de legitimación del disponente mediante la adquisición posterior por éste del poder de disposición que carecía.¹⁵ Lafaille¹⁶ dice que se trata de un remedio que tiende a mantener la buena fe en los contratos y estabiliza además las transmisiones y sirve de garantía eficaz a los terceros.

- **Art. 384: la conversión del acto nulo.** Se trata de un mecanismo orientado a mantener la validez y eficacia de aquello que es inválido e ineficaz según una valoración del propio ordenamiento, es un instrumento esencialmente técnico, orientado a solucionar problemas concretos, es un remedio por definición extraordinario y excepcional que se vincula con los principios generales del ordenamiento, por ello lo identificamos y elevamos como principio de interpretación, porque significa un reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de las limitaciones propias de los esquemas teóricos cuando se topan con la realidad del tráfico jurídico. Cambio de causa contractual. La determinación si en una hipótesis funciona el mecanismo de la conversión del acto nulo, es una apreciación que el compete al orden jurídico y por lo tanto es preventivo del

¹⁵ Alterini, Jorge H.; Corna, Pablo M.; Angelani, Elsa B. y Vázquez, Gabriela A., *Teoría general de las ineficacias*, Buenos Aires, LL2000, p. 61.

¹⁶ Lafaille, Héctor y Alterini, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Ignacio E. Alterini, 2da edición, LL-Ediar, Buenos Aires, 2010, Tomo I, p. 73.

juez como órgano de interpretación del derecho vigente¹⁷, pero es un mecanismo transformador que se enrola en el camino señalado. La conversión funciona como brújula orientadora por el juez, ya que antes de declarar la nulidad de cualquier acto, podrá analizar si las partes tuvieron una finalidad distinta (conversión subjetiva) a través de descubrir la voluntad hipotética a los fines de salvar los efectos producidos. Ejemplo típico de este instituto es el contrato de transacción nulo que puede convertirse en un reconocimiento de deuda.

- **Art. 332. Lesión.** Puede demandarse la nulidad o **la modificación** de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción.

- **Art. 389: La subsistencia parcial del acto. Nulidad parcial.** Sobre la base del principio de "conservación del acto jurídico", se ha edificado -proveniente del derecho romano- la máxima "Utile per inutile non vitiatur" (que lo útil no se vicia por lo inútil)¹⁸, cuyo resultado es la regla de la incomunicabilidad de la nulidad y consiste en la posibilidad de invalidar solo una parte del acto jurídico, dejando incólume y, en consecuencia eficaz, las demás cláusulas que lo conforman. La conveniencia de permitir la subsistencia de un acto jurídico e invalidar solo la disposición afectada por el vicio, reside -en palabras del jurista francés Philippe Simmler¹⁹- en reconocer que la sanción de nulidad debe adaptarse a la finalidad de la ley. Ello así, la nulidad total del negocio viciado no siempre es el mejor efecto, ni la más eficaz ni la que mejor responde a las nuevas exigencias

¹⁷ Betti, Emilio, "Teoría general del negocio jurídico", Revista de Derecho Privado, traducción de A. Martín Pérez, p. 375.

¹⁸ Marín Padilla, María Luisa, *El principio de conservación de los actos jurídicos: "Utile per inutile non vitiatur"*, Librería Bosch-Ronda Universidad, 11, Barcelona, 1990.

¹⁹ Citado en Marín Padilla, María Luisa, *El principio de conservación de los actos y negocios jurídicos*, op. cit., p. 97.

sociales; por ello es necesario estar atentos a las consecuencias de la invalidez total, a sus repercusiones concretas y al comportamiento de los particulares. Tan es así, que el art. 1066 del nuevo ordenamiento, establece la consagración de este principio de modo expreso al definir que: "Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto (...)". De manera análoga al art. 1039 del CC, el nuevo ordenamiento expresa en el segundo párrafo del art. 389: "la nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total". Una adecuada hermenéutica del precepto en estudio, indicaría que, como principio general, el acto jurídico mantiene su validez y únicamente se declarará la nulidad de la cláusula viciada. Asimismo, y con referencia concreta al nuevo ordenamiento, se ha señalado que constituyen directivas de interpretación, entre otras: la relevancia de la finalidad práctica perseguida por las partes; la prevalencia del principio de conservación del acto jurídico y su correlato: el de la incomunicabilidad de la nulidad y la división de la prestación.²⁰ Un ejemplo de la posibilidad de declarar la nulidad parcial en los actos unilaterales, lo encontramos en el art. 2474 del CCyC. "La inobservancia de las formas requeridas para otorgar el testamento causa su nulidad total; pero satisfechas las formas legales, la nulidad de una o de varias cláusulas no perjudica las restantes partes del acto".

- **Art. 269. El error como vicio de la voluntad causa la nulidad de acto.** Se regula sobre el error reconocible en el art. 266 y sobre el error esencial en el art. 267, y sobre el error en la declaración de voluntad y su transmisión en el art. 270. El error de denominación no es esencial dado que no influye en la validez del acto. Se produce una declaración discordante entre lo realmente celebrado y lo querido. El acto viciado por error en la manifestación de la voluntad puede ser subsanado rectificando el contenido con las condiciones y modalidades con las que entendió celebrarlo el errante.

- **Teoría de la imprevisión:** art. 1091. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por

²⁰ Lovece, Graciela, "La ineficacia de los actos jurídicos en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial", Revista Jurídica UCES, año 2013, N° 17, pp. 170-186.

causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia.

- **Cláusulas abusivas separables.** El art. 988 establece: en los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente, b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias, c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

- **Plazos cortos de prescripción:** el CCyC evidencia una idea generalizada de acortamiento de plazos, reflejada en prescripción, caducidad, condiciones resolutorias y pactos de indivisión.

- **Caducidad de la acción de reducción.** Art. 2459: el plazo de 10 años establecido en este artículo, es coherente con los argumentos planteados, más allá de que se comparta o no su calificación jurídica como prescripción adquisitiva, plazo de caducidad, condición resolutoria o adquisición legal.

- **Cláusula de inenajenabilidad.** Art. 1972: en los actos a título oneroso es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales. Estas cláusulas son válidas si se refieren a persona o personas determinadas. En los actos a título gratuito todas las cláusulas señaladas en el primer párrafo son válidas si su plazo no excede de diez años. Si la convención no fija plazo, o establece un plazo incierto o superior a diez años, se considera celebrada por ese tiempo. Es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de diez años contados desde que se estableció.

- **Dominio revocable y la condición resolutoria 10 años.** Art. 1965: recepta la previa doctrina de la CSJN en cuanto a la limitación temporal de los cargos o de las condiciones como causas en la revocación del dominio, al término máximo de diez años desde la constitución del dominio revocable. La norma es imperativa y no supletoria, no sólo por estar enmarcada en el orden público propio de los derechos reales, sino también por el claro texto legal. Dicho

carácter imperativo lleva a la aplicación inmediata de la nueva normativa por imperio del art. 7 CCyC.

- **Art. 346: La condición** no opera retroactivamente, excepto pacto en contrario (pacto oponible a través de su inscripción).

- **Subadquirente de buena fe y a título oneroso.** Art. 392. Efectos respecto de terceros en cosas registrables. Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso.

- **Justo título y buena fe:** el justo título para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto. La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella. Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinentes establecidos en el respectivo régimen especial.

- **Adquisición legal.** Art. 1894. "Se adquieren por mero efecto de la ley (...) los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe". El art. 1894 CCyC establece una forma distinta de adquisición de ciertos derechos reales, que no requieren la concurrencia de título y modo suficientes como venimos analizando, sino que es la ley misma la causa de su adquisición. Esta categoría no surgía expresamente del Código velezano, pero los autores la reconocían en los supuestos de condominio de accesorios de dos o más heredades que pertenezcan a diversos propietarios, por confusión de límites, el derecho real de usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos bajo su patria potestad, y el derecho real de habitación del cónyuge supérstite (arts. 2710, 2746, 287, 2816 y 3573 bis Código Civil). El artículo en estudio omite toda referencia al usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos sujetos a patria potestad, porque es una figura que se elimina del Código Civil y Comercial de la Nación, aún cuando se fija la administración de los bienes del hijo menor a cargo de ambos padres (arts. 685, 694, 695 y 696 CCyC) y el derecho a la utilización de sus rentas sin autorización judicial pero con obligación de rendir

cuentas en determinados casos. También se omite el caso de la servidumbre forzosa que expresamente reconoce fuente legal (art. 2166 CCyC) en el caso de la servidumbre de tránsito a favor de inmuebles carentes de comunicación suficiente con la vía pública, de acueducto si resulta necesaria para la explotación económica establecida en el dominante o para la población y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulte perjuicio grave para el sirviente o que, de existir sea canalizada subterráneamente o en cañerías. El artículo en estudio consagra los siguientes casos en los que los derechos reales se adquieren por el mero efecto de la ley: a) Condominio con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles. b) Condominio de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso. c) Condominio que se origina en la accesión de cosas muebles inseparables. d) Derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente supérstite y e) *Derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe*.

- **Usucapión:** el saneamiento del título por el transcurso del plazo de prescripción adquisitiva importa la consecuente convalidación del derecho real, dado que al cumplimiento del mismo, el titular del derecho real no puede adquirir contra sí mismo, y sólo podría obtener la respectiva sentencia judicial por vía de excepción en caso de oponer su posesión a título de dueño frente a una demanda de un tercero. A lo cual debemos adicionarle la extinción de la garantía de evicción establecida por el art. 1050 y la adquisición legal reconocida por el art. 1894.

- **Art. 1050 CCyC** determina que no se debe garantía de evicción cuando ha transcurrido el plazo de prescripción adquisitiva, sin necesidad de exigir el dictado de una sentencia judicial al respecto.

- **Pactos en la compraventa.** Arts. 1166 y 1167: establecen que puede ser convenido por un plazo que no exceda de 5 años para los inmuebles. Oponibilidad de los pactos a través de la publicidad registral.

- **Art. 367: Representación aparente.** Cuando alguien ha obrado de manera de inducir a un tercero a celebrar un acto jurídico, dejándolo creer razonablemente que negocia con su representante, sin que haya representación expresa, se entiende que le ha otorgado tácitamente poder suficiente. A tal efecto se presume que: a) quien de manera notoria tiene la administración de un establecimiento abierto al público es apoderado para todos los actos propios de la gestión ordinaria de éste; b) los dependientes que se desempeñan en

el establecimiento están facultados para todos los actos que ordinariamente corresponden a las funciones que realizan; c) los dependientes encargados de entregar mercaderías fuera del establecimiento están facultados a percibir su precio otorgando el pertinente recibo.

- **Art. 2315. Actos del heredero aparente:** son válidos los actos de administración del heredero aparente realizados hasta la notificación de la demanda de petición de herencia, excepto que haya habido mala fe suya y del tercero con quien contrató. Son también válidos los actos de disposición a título oneroso a favor de terceros que ignoran la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, o que los derechos de este están judicialmente controvertidos. *El heredero aparente de buena fe debe restituir al heredero el precio percibido*, el de mala fe debe indemnizar el perjuicio causado.

Art. 2337: Investidura que confiere la declaratoria de herederos para la disposición eficaz de derechos reales sobre bienes registrables.

- **Art. 883. Legitimación para recibir pagos.** Tiene efecto extintivo del crédito, el pago hecho (...) e) al acreedor aparente, si quien realiza el pago actúa de buena fe y de las circunstancias resulta verosímil el derecho invocado, el pago es válido, aunque después sea vencido en juicio sobre el derecho que invoca.

- **Art. 2119. 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.

- **Art. 1066. Interpretación contractual:** si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto.

- **Confirmación.** El art. 393 establece que: Hay confirmación cuando la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad. El acto de confirmación no requiere la conformidad de la otra parte. Podemos decir que la confirmación es el modo expreso o tácito de saneamiento de la nulidad relativa, de modo que un nuevo acto sana el defecto del anterior, configurando una renuncia a instar la acción de nulidad que esta latente. La confirmación es un acto jurídico orientado a neutralizar los vicios de un negocio anterior a través de un acto que demuestre la voluntad de quien podría impugnarlo de convalidar la validez para que, pese al vicio acaecido, el acto

cumpla sus efectos jurídicos normales. Confirmar un acto de manera expresa implica que la parte afectada haga conocer su voluntad convalidatoria pronunciándose de manera concreta y precisa acerca de esa circunstancia. Para ello, el acto de confirmación habrá de reunir determinados requisitos establecidos en el art. 394, a saber: plasmarse en un instrumento que reúna las mismas formas exigidas para el acto que se sana; contener la mención precisa de la causa de la nulidad; mencionar la desaparición de dicha causa y expresar la voluntad de confirmar el acto. Entendemos que, al referirse la norma actual a “la mención precisa de la causa de nulidad”, ello subsume como paso previo la descripción detallada del acto que se pretende sanear. Seguidamente la secuencia debe integrarse expresándose la causa de la nulidad, ello es, describir concretamente el vicio de que el acto adolecía, debe mencionar precisamente la desaparición de la causa de nulidad y la voluntad de confirmar el acto. La confirmación también puede llevarse a cabo de forma tácita. Esta modalidad descrita en el 2º párrafo del art. 394 procede cuando “resulta del cumplimiento total o parcial del acto nulo realizado con conocimiento de la causa de nulidad o de otro acto del que se deriva la voluntad inequívoca de sanear el vicio del acto”. En los hechos, esta especie de confirmación se refiere a la conducta de quien, aun conociendo la existencia del vicio que invalida el acto, no obstante consiente en cumplir con las obligaciones a su cargo o ejerce los derechos adquiridos en virtud del acto nulo. La *ratio legis* de la confirmación tácita (también denominada confirmación indirecta) ha de encontrarse en la intención de renunciar a articular la nulidad, hecho verificable porque quien se encuentra habilitado para atacar al acto viciado, amén de no hacerlo, lleva a cabo el cumplimiento total o parcial de las obligaciones o derechos de los que es titular en virtud del negocio en cuestión. Conforme el art. 395, la confirmación del acto entre vivos originalmente nulo, tiene efecto retroactivo a la fecha en que se celebró. Con respecto a las disposiciones que constan en actos de última voluntad, la confirmación opera desde la muerte del causante, toda vez que es a partir de ese momento en el que tales disposiciones adquieren eficacia. Sin embargo, este principio de la retroactividad de la confirmación, no tiene lugar ni perjudica los derechos de terceros de buena fe.

- **Prescripción liberatoria:** el pedido de declaración de nulidad relativa y de revisión de los actos jurídicos prescribe a los dos años, conforme el art. 2562 inciso a). El plazo se computará, tratándose de vicios de la voluntad, desde que cesó la violencia o desde que el error o el dolo se conocieron o pudieron ser conocidos (art. 2563, inc. a). Para el supuesto de la simulación

entre partes, el plazo se computa desde que, requerida una de ellas, se niega a dejar sin efecto el acto simulado (inc. b). En la simulación ejercida por un tercero, el tiempo corre a partir del momento en que dicho accionante conoció o pudo conocer acerca de ese vicio (inc. c). En la nulidad por incapacidad, desde que esta cesó (inc. d). Con respecto a la lesión, el plazo se computa desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debía ser cumplida (inc. e). Con respecto a la acción de fraude, el cómputo se inicia a partir del momento en que se conoció o pudo conocer el mismo (inc. f).

04. EFECTOS DE LA NULIDAD

El art. 392 se encuentra ubicado en el Libro Primero, Título IV, Hechos y actos jurídicos, Capítulo 9, Ineficacia de los actos jurídicos, Sección 4°, Efectos de la nulidad, y establece cuáles son los efectos de la nulidad del acto respecto de las partes y de los terceros en cosas registrables.

En primer lugar, el efecto general de la nulidad está establecido por los arts. 390 y 391, tanto entre las partes como respecto de terceros. Se regula exclusivamente la nulidad absoluta o relativa, clasificación que se funda en el interés protegido, según sea general basado en el orden público, la moral y las buenas costumbre o el particular, cuya base es la protección de ciertas personas en cuyo beneficio se establece la nulidad relativa.

La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se encontraban antes del acto declarado nulo, debiéndose las partes restituirse recíprocamente lo que hubieran recibido cuando el acto ha producido total o parcialmente sus efectos propios.

Estos efectos se encuentran en todo de acuerdo con el ordenamiento al establecer el pago de lo indebido en el art. 1796 que establece que el pago es repetible, cuando existe invalidez en alguno de los elementos constitutivos del acto, como ser: si la causa del deber no existe, no subsiste porque no hay obligación **válida**, o deja de existir. Lo que no hace más que confirmar la teoría de la invalidez cuya consecuencia es la ineficacia obligacional debiéndose restituirse la situación de hecho en virtud de las prestaciones indebidas. Sin perjuicio de la acción de daños y perjuicios que pueda corresponder conforme el art. 391 CCyC.

Con respecto a los efectos frente a terceros en las cosas registrables, el art. 392 supera la distinción del acto nulo y anulable que había introducido la Ley 17.711 al art. 1051, que generó diversas interpretaciones con relación a la ostensibilidad²¹ del vicio, refiriéndose exclusivamente al **acto nulo**, como especie de ineficacia originaria del acto jurídico, conforme la clasificación de las nulidades del art. 386 en absolutas y relativas que se describieron anteriormente.

Art. 392: "Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del tercero, *excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso*". "Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto ha sido realizado sin la intervención del titular del derecho".

¿Por qué la declaración de nulidad de un acto jurídico puede carecer de eficacia reipersecutoria contra terceros de buena fe y a título oneroso?

Porque la invalidez es inoponible respecto de esos terceros, que escapan por ello a los efectos de la nulidad. Dicha protección responde a la opción del legislador a favor de la seguridad del tráfico negocial frente a la seguridad estática del derecho real de titular de dominio. El aspecto social del derecho de la propiedad, representado en este caso por el interés colectivo de la seguridad de las transacciones, impone el criterio expuesto²². La apariencia jurídica, como principio consagrado por nuestra legislación es, para algunos, fundamento más que suficiente para lograr la protección del tercero. Así, autores como Mosset Iturraspe veían en el art. 1051 la consagración de este principio, que pone a salvo al subadquirente de buena fe y a título oneroso de cualquier vicisitud que pueda afectar al acto anterior a su adquisición.²³

²¹ La finalidad de la reforma al art. 1051 por la Ley 17.711 se encontraba expresada en la nota de elevación de la ley que decía: "Uno de los aspectos importantes de la reforma proyectada es la protección de los terceros titulares de derechos adquiridos de buena fe y a título oneroso frente a los vicios no manifiestos que pudieran tener los antecedentes de tales relaciones" (ver nota elevatoria de la Comisión de Reformas, ED 21-963 y colaboración de Lloveras de Resk, María E, en Bueres y Highton, *Código Civil*, Tomo 2-C).

²² "García, María A. Martínez de c/Simón Juan M. y otros", Cámara Civil Segunda de la Capital, agosto de 1944, JA año 1945, II, p. 651.

²³ De Hoz, Marcelo A., "Adquisiciones a *non domino*". Disertación pronunciada por el autor durante la Sesión Pública de la Academia Nacional del Notariado celebrada el lunes 5 de diciembre

Entrar a considerar el concepto de buena fe en la ciencia del derecho es ahondar en un tema que tiene una gran amplitud y complejidad. En los países con tradición romano germánica la buena fe cubre todo el derecho como un principio general, y tiene aplicación en instituciones jurídicas muy diversas. Nada obstaría para que este principio no estuviera consagrado explícitamente en el ordenamiento jurídico, y, aún así, se aplicaría pues es algo que, por la propia naturaleza de las cosas, de hecho irradia las relaciones entre los hombres. De conformidad con lo establecido por la doctrina, se señala que en la buena fe existen dimensiones tanto internas como externas, circunstancias objetivas y subjetivas. En sentido subjetivo la buena fe es la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen. En sentido objetivo, la buena fe actúa como una regla de conducta, es un estándar jurídico que orienta la actuación ideal del sujeto. En la primera, la subjetiva, se abre la posibilidad de que el comportamiento de un sujeto sea irregular y antijurídico a pesar de que el sujeto obre convencido totalmente de lo contrario. Allí la consecuencia es que el sujeto es exonerado de sanción o, por lo menos, la que se le impone es atenuada frente a la que ordinariamente le correspondería. Mientras que la segunda concepción, la objetiva, deja de lado elementos de apreciación internos del sujeto, y hace alusión a un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas. Es por ello que se dice que un rol fundamental de la buena fe subjetiva es otorgar derechos, mientras que el rol de la buena fe objetiva es imponer deberes. En algunos casos se exige que el comportamiento del sujeto no sólo sea el adecuado, sino que además el mismo haya desplegado una dosis mínima de diligencia para establecer la realidad de la situación que se le pone a su consideración. Por ello, en tales casos, habrá que investigar la medida en que fue o no culpable de su error o de su ignorancia quien alega haber obrado de buena fe. Es allí cuando se llega a la distinción entre la buena fe simple y la buena fe calificada.

Ahora bien este resguardo a la protección del subadquirente trae como requisito la configuración de tal en el negocio mencionado, y en consecuencia deberá cumplir con los estándares de buena fe, que para el caso no se limita a la buena fe objetiva ni a la buena fe registral sino que su actuación responderá a una conjunción de diligencias tendientes a configurar la *optimus fides*, es decir una íntima convicción de obrar conforme a derecho. Esta buena fe requerida para

de 2005, Revista del Notariado 884, 21/6/06, p. 101.

la viabilidad de la protección legal es entonces una buena fe subjetiva-objetiva, creencia-diligencia, dinámica y práctica que tiene como uno de los elementos fundamentales el estudio de los antecedentes cartulares, registrales y posesorios. Es irrelevante para el caso que la nulidad sea absoluta o relativa, en cualquier caso el tercero estará protegido siempre que el vicio no sea ostensible. Por ello, para autores como Díez Picazo, una de las oportunidades en que la buena fe se aplica es aquella en la que la "buena fe significa confianza en una situación jurídica, que permite, en un negocio jurídico de disposición, creer en la legitimación y poder del disponente".²⁴ "La seguridad de las transacciones exige que una adquisición en apariencia regular no pueda ser controvertida; el adquirente que haya adoptado todas las precauciones no debe ser inquietado".²⁵

El estudio de títulos es una de las operaciones de ejercicio del notario, quien en virtud de los antecedentes analizados verifica la inexistencia de vicios ostensibles que puedan enervar el derecho del transmitente y la bondad del título del adquirente y emite un juicio de valor. En el estudio de los antecedentes el profesional deberá verificar en primer lugar, la matricidad del testimonio de la escritura que se presenta como título del disponente, luego que coincida con la realidad registral, y luego se deberá verificar tanto en las escrituras matrices como en los antecedentes judiciales y/o administrativos la inexistencia de defectos o vicios que puedan provocarles la nulidad, o de cláusulas que lleven ínsita la ineficacia sobreviniente, y ello es así porque de la mano de la ineficacia originaria o sobreviniente entrará en escena la reivindicación del inmueble.²⁶

El estudio de títulos tiene una doble finalidad, en primer lugar descartar la existencia de vicios ostensibles que hagan vulnerable la adquisición del requirente, una vez identificado el vicio, lograr su neutralización mediante las técnicas de subsanación notarial y asesorar a las partes con relación a las consecuencias jurídicas del acto a realizar, con la consecuente exclusión de la responsabilidad civil que genera el debido consentimiento informado.

Podemos concluir que esta protección que resguarda la adquisición del derecho del subadquirente de buena fe frente a una posible acción de

²⁴ Díez Picazo y Ponce de León, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 137.

²⁵ Mazeaud, Henri, León y Jean, *Lecciones de derecho civil*, Parte II, volumen IV, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p.118.

²⁶ Zinny, Mario Antonio, *Bonsenbiente*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, pp. 255 y 264.

nulidad tiene ahora expresa causa legal. Los arts. 1894 y 392 consagran el principio de abstracción en miras de la protección del tráfico jurídico inmobiliario, es decir que la ley en cierta forma independiza la adquisición de este especial tercero del acto antecedente. Entendemos que el art. 1894 va más allá del 392 cuando amplía la protección al adquirente de buena fe por lo cual la protección de este adquirente no encuentra otra justificación más que la suma de su voluntad de adquirir, su posesión y su buena fe. Según los hermanos Mazeaud, allí la adquisición de la propiedad se produce por virtud de la ley: es una adquisición *lege*.²⁷ El art. 392 establece que el segundo negocio dispositivo es perfectamente válido a punto tal que se abstrae del primero, existe, es válido y eficaz, permitiendo así al tercero legitimar su derecho y bonificar su título reingresándolo al tráfico jurídico negocial, pero exige para permitir su protección, que éste tenga la íntima convicción de estar actuando conforme a derecho y que su actuar sea activamente diligente, lo que involucra al notario como operador del derecho, quien deberá mediante el correspondiente estudio de títulos verificar los antecedentes cartulares, registrales, administrativos y posesorios a los efectos de garantizar la bondad del título del tercero. La estructura de las normas y su fundamento conducen a pensar que la intención del legislador fue radicar directamente la propiedad de los bienes, estableciendo una excepción evidente al sistema de título y modo, pero basada dicha determinación en la necesidad de amparar la buena fe exenta de culpa.

En definitiva, el estudio de títulos como operación de ejercicio es natural de la función notarial y deriva de su calidad de operador del derecho y creador de documentos autosuficientes. La intervención del notario en la contratación privada constituye la competencia en asuntos no contenciosos más difundida. El valor del notariado en el asesoramiento y documentación de las relaciones jurídicas de la comunidad es innegable y es por esa razón que debemos mantener y desarrollar el nivel de eficacia.

²⁷ Mazeaud, op. cit., p. 119.

05.

LAS ADQUISICIONES A NON DOMINO: UNA EXCLUSIÓN JUSTA

El art. 392 CCyC, excluye expresamente de la protección a los casos de falta de autoría o falta de intervención del titular del derecho y recepta la evolución de la doctrina y la jurisprudencia en este sentido ya que sin estar expresamente contemplada la exclusión en el art. 1051 del Código velezano, se justificaba su inaplicabilidad en virtud de diversas construcciones doctrinarias, por juzgarse que se trataba de un caso de inexistencia o de inoponibilidad o de invalidez absoluta no comprendida en la tutela consagrada por la norma.²⁸ La doctrina y jurisprudencia²⁹ argentina se mostró contraria a sacrificar la seguridad estática en aquellos casos en los que no había participado el verdadero titular de dominio.³⁰ La posición del titular del dominio quedaba vigorizada frente al tercero de buena fe que adquirió a título oneroso cuando el primero no había sido partícipe del acto de enajenación. Las situaciones comprendidas en esta hipótesis son casos de sustituciones de personas, escrituras materialmente falsificadas, utilización de poderes apócrifos, inválidos o revocados, personerías inexistentes o ineficaces, y demás situaciones que se caracterizan por la falta de autoría o participación del verdadero dueño del inmueble en el acto transmisivo.³¹ De esta manera, la transmisión operada sobre la base

²⁸ Alterini, Jorge, "El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible", JA 1971-634. Alsina Atienza, "Los derechos reales en la reforma del Código Civil", JA 1969-457. Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, T. II, p. 583. Borda, Guillermo, *La reforma del Código Civil*, p. 161, entre otros.

²⁹ C.Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 2, 6-12-2007, "San Martín, Ana M. v. Carro, Anahí". AP 1/70041735.

³⁰ La jurisprudencia se inclinó por la no aplicación del amparo del 1051 en las transmisiones a *non domino*, ya sea porque se trata de un acto inoponible o inexistente: CNCiv, Sala F "Anaeróbicos Argentinos SRL v Seutin de Solari, María L.", 9/6/1982, JA 1984-I-388, CNCiv. Sala C, "Rebello, Aldo J, v Rebello Velasco, José y otros" del 26/3/1985, LL 1985-C-327; CNCiv. Sala G, "Martins Domingo, José y otra v. Leone, Antonio", 10/5/1984, LL 1985-B-559, "Bottini, Agustín v Tarek Made", del 27/3/1995, Revista del Notariado 843, p. 944, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires "Ramos, Roberto M. v. Bagnardi, Martín" del 17/11/1992, LL 1993-B-365. Asimismo ver V Jornadas Sanrafaelinas en 1978, V Congreso de Derecho Civil, Rosario 1972, II Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil del año 1981.

³¹ De Hoz, Marcelo A., "Adquisiciones a *non domino*", disertación pronunciada por el autor durante la Sesión Pública de la Academia Nacional del Notariado celebrada el Lunes 5 de diciembre

de actos falsos o adulterados no puede quedar legitimada en cabeza de ese tercero, el cual sufrirá sin más los efectos propios de la nulidad. En concordancia con todo lo expuesto, expresamente el art. 2260 CCyC que establece los alcances de la acción reivindicatoria, la paraliza frente al subadquirentes de buena fe y título oneroso, excepto si el acto se realiza sin la intervención del titular del derecho. Se simplifican las soluciones consagradas en los arts. 2775, 2776, 2777 y 2778 del Código Civil, es decir que la improcedencia de la acción reivindicatoria no obedece a la configuración del acto de adquisición *a non domino* como inexistente o inoponible, o por una interpretación legal, sino que se trata de un acto nulo en donde la adquisición legal del derecho real del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso se paraliza frente al expreso texto de los arts. 392 y 2260 CCyC.

Conforme lo explica Zannoni³² la adquisición *a non domino* no configura un acto inexistente, ya que la categoría de inexistencia no es aplicable dentro de la teoría general de la ineficacia del acto, sino que se aplica en otro plano, que es el plano del ser y no en el plano del deber ser en donde se analizan las ineficacias dentro de las cuales tenemos a la nulidad. Analizar la ineficacia supone la existencia del acto, que como tal deviene ineficaz en virtud de un vicio congénito enquistado en alguno de los elementos del acto jurídico o bien por una causa sobreviniente al mismo.

Tampoco configura un acto inoponible, ya que esta categoría es ajena a la configuración de un vicio congénito, porque se refiere exclusivamente a la imposibilidad de producir el acto sus *efectos*³³ plenos frente a determinadas personas.

La improcedencia de la acción reivindicatoria está prevista expresamente por el art. 2260 y es el cumplimiento del presupuesto normativo de esta norma lo que genera el efecto previsto en la misma y excluye expresamente a las adquisiciones *a non domino*.

Independientemente de la conceptualización del acto como nulo o inexistente, lo que ocurre en este supuesto es el cumplimiento de la *fattispecie* o presupuesto de hecho del art. 2260, que consiste en que el acto realizado sin

de 2005, Revista del Notariado 884, 21/6/06, p. 101.

³² Zannoni, Eduardo A. "Reivindicación contra subadquirentes de inmuebles que adquirieron de un enajenante *a non domino* (Inaplicabilidad del art. 1051 CC)", JA 1982I-781.

³³ Martínez Ruiz, Roberto, "Distinción entre acto nulo y acto inoponible", JA 1943-IV-335.

intervención del titular del derecho trae como consecuencia o efecto jurídico que el subadquirente de un inmueble no pueda ampararse en su buena fe y onerosidad.

CONCLUSIÓN

El CCyC adopta la teoría de la ineficacia del negocio jurídico como género de la nulidad o teoría de la invalidez. La misma implica la imperfección del acto jurídico y como consecuencia la no producción de los efectos jurídicos previstos en la norma producto de la falla estructural congénita del acto.

Como cambio paradigmático podemos resaltar la sustanciación de la acción de nulidad, lo que elimina la clasificación de las nulidades manifiestas. Los actos jurídicos son actos anulables, lo que implica que están sujetos a condición resolutoria de una posible acción de nulidad.

Las nulidades absolutas responden a criterios de interés general mientras que las nulidades relativas tutelan al interés particular.

La naturaleza jurídica de la nulidad no es considerada una sanción, sino un modo de asegurar el equilibrio del sistema jurídico, y es el propio sistema que se autorregula a través de la aplicación de no producción de efectos o a través de mecanismos subsanatorios que prevé el sistema mediante los principios que lo fundan. Así la última *ratio* del juez consistirá en la declaración de nulidad, previamente podrá convertir el acto nulo, a través de la conversión del acto. La conversión es una herramienta de carácter judicial.

La nulidad como mecanismo preventivo la encontramos asociada al nuevo cambio paradigmático de la función de la responsabilidad civil en su faz preventiva.

Notarialmente el estudio de títulos consiste en el análisis de los antecedentes jurídicos de titulación a los efectos de identificar preventivamente posibles nulidades, neutralizarlas a través de los mecanismos de subsanación, asesorar a las partes con relación a los actos jurídicos a otorgar, constituyendo un debido consentimiento informado a los efectos de una posible asunción de riesgos a tomar.

La convalidación constituye una causa de adquisición legal en materia inmobiliaria y mobiliaria registral, que origina una verdadera y legítima excepción ante cualquier clase de nulidad.

La adquisición *a non domino* no constituye una nulidad, sino la existencia de un precepto normativo o *fattispecie* de otra norma que acarrea como consecuencia la exclusión del beneficio de haber adquirido por buena fe y a título oneroso.

El ordenamiento jurídico es un sistema normativo que debe interpretarse coherentemente a través de todos los principios que lo fundamentan.

A través del análisis del ordenamiento jurídico como un todo que nos orienta (art. 2), confirmamos los postulados analizados en el sentido de que se evidencia la regulación de todos los principios desarrollados que demuestran la voluntad de proteger el principio de la seguridad dinámica en las transacciones, constituyendo la declaración de nulidad del acto la última opción del sistema.

PONENCIA

1. La sistematización del CCyC del régimen de nulidades supone el reconocimiento de la teoría general de la ineficacia.

2. Se suprimió la categoría de los actos nulos, hoy todos los actos son anulables, atento que no existe más la categoría de las nulidades manifiestas.

3. No hay acto nulo sin sentencia judicial que la declare.

4. Constituye un imperativo legal para los jueces, antes de declarar la nulidad de un acto, buscar su subsistencia, aún interpretando la voluntad hipotética de las partes para así mantener los efectos que hubieran podido producirse, configurando la nulidad la última *ratio* judicial.

5. Dentro de la teoría de la ineficacia, se reconoce a la nulidad como la no coincidencia del acto con su modelo normativo. Y dentro del sistema jurídico se establece un modelo normativo de convalidación donde los mecanismos subsanatorios son establecidos por la norma de fondo a los efectos de restablecer el equilibrio del sistema jurídico que tiende siempre a autorregularse.

6. El sistema jurídico funciona a través de fórmulas legales que describen un modelo normativo. Cuando la tipicidad se verifica, el sistema reconoce las consecuencias jurídicas asignadas por la norma y por la voluntad de las partes, cuando no se verifica, el sistema se autorrecompone a través de los mecanismos de nulidad y/o subsanación.

7. La lógica subsanatoria funciona hasta el límite del interés general, en donde la acción de nulidad se torna imprescriptible, sin perjuicio de la posibilidad, en materia de derechos reales, de operarse la adquisición por otra vía.

8. La convalidación es un modo de subsanación que no requiere de la formalización de un acto jurídico en sí mismo, es el saneamiento automático de la ineficacia de un acto inválido relativo o absoluto.

9. La nulidad constituye el punto de equilibrio y a la vez los límites al sistema, mas allá de la nulidad no hay efectos jurídicos y si se produjo algún efecto las partes deben restituirse para que entre ellas vuelva a existir el equilibrio.

BIBLIOGRAFÍA

- Belluscio, Augusto C., *Código Civil*, T. VIII, p. 733; Cifuentes, Santos, *Elementos de Derecho Civil*, Astrea, 1997, p. 416.
- Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo I, Editorial Perrot, Bs. As, p. 146.
- Borda, Guillermo A., *Derecho Civil*, Parte General, Tomo II, Bs. As., 1976; *Código Civil. Comentado, anotado y concordado*, Dir. Belluscio, Coordinador Zannoni, Astrea, Bs. As., Tomo 4, p. 673 y ss.
- Bueres, Alberto J., *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Tomos 1 y 2, Ed. Hammurabi, 2014.
- Bueres, Alberto J.; Causse, Federico, Pettis, Christian, *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derechos Reales*, Ed. Hammurabi, 2015.
- Cifuentes, Santos, *Negocio Jurídico*, Astrea, Bs. As., 1ª reimpresión, 1994, p. 752.
- Cobas, Manuel O., Zago, Jorge, *Derecho Civil*, Parte General, Ed. Universidad, p. 473.
- Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, Editorial Perrot, Bs. As.
- Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, Tomo II, decimoséptima edición, Bs. As., 1997.
- López de Zavalía, Fernando. *Teoría de los contratos*, Tomo I, Parte General, Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1984.
- López Mesa, Marcelo, *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*, Ed. B. de F., Montevideo. 2015.
- Lovece, Graciela, "La ineficacia de los actos jurídicos en el Proyecto de Unificación civil

CONGRESOS Y JORNADAS

- y comercial”, en Revista Jurídica UCES, año 2013, N° 17, pp. 170-186.
- Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, Tomo I, Editorial Abaco, Bs. As., 1995, p. 367.
- Marín Padilla, M^a Luisa, *El principio de conservación de los actos y negocios jurídicos: “Utile per inutile non vitiatur”*, Librería Bosch-Ronda Universidad, 11, Barcelona, 1990.
- Nicoliello, Nelson, *Diccionario del latín jurídico*, Julio César Faira Editores, Montevideo-Bs. As., reimpresión 2004.
- Nieto Blanc, Ernesto E., *Nulidad en los actos jurídicos*, Ad-Hoc, Bs. As., 2^a Edición.
- Zavala, Gastón, “Nulidades instrumentales”, en Armella, Cristina, *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, Tomo 3, p. 121-181, Buenos Aires, Ad-hoc, 1998.
- Zavala, Gastón, “Ineficacia y subsanaciones en el documento notarial”. En: Revista Notarial 943, 2002, pp. 755-781.
- Zavala, Gastón, “Subsanación de los documentos notariales”, en Armella, Cristina, *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, Tomo 3, pp. 219-239, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- Zannoni, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de lo actos jurídicos*, Astrea, 1986.

SMART CONTRACTS: ¿EL FUTURO DE LA CONTRATACIÓN?*

ANDRÉS MARTÍNEZ

SUMARIO: Introducción. I) ¿Qué es un contrato?. II) ¿Qué es un smart contract o contrato inteligente? III) Blockchain. 1) Clasificación de las blockchains. IV) Características de los SLC. a) Inmutabilidad. b) Autoejecución. V) Formalización de los SLC. VI) La relación entre los SC y el "mundo real". VII) Algunas cuestiones que plantean los SC. 1) Problemas prácticos. 2) Problemas doctrinales o de derecho. VIII) Resolución de conflictos. IX) Potenciales usos relacionados con la labor notarial. a) Sociedades. b) Sucesiones y planificación contractual. c) Fideicomiso en garantía. X) Conclusiones. Bibliografía.

* Segundo premio otorgado por el jurado en la XXI Jornada del Notariado Novel del Cono Sur, realizada en Salvador de Bahía, Brasil, entre el 29 de agosto y el 21 de septiembre de 2019. Corresponde al tema 2, "Nuevas atribuciones y tecnología: El futuro de la actividad notarial".

INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías vienen avanzando a pasos agigantados y se cuegan en todos los ámbitos. La contratación y el derecho notarial no son la excepción.

En este trabajo pretendemos efectuar un análisis de una de las nuevas tecnologías que han surgido en los últimos años y que consideramos tendrá una gran influencia en el derecho de los contratos y en los notarios: los *smart contracts*.

Para ello, comenzaremos analizando brevemente qué es un contrato y repasando un poco la evolución del instituto, para luego ver qué es un smart contract y definir si puede ser o no un contrato.

Estudiaremos también concisamente la tecnología blockchain que sirve de piedra basal de los smart contracts.

A partir de allí, nos meteremos más de lleno en el examen de las principales características de estos "contratos inteligentes", observando, a lo largo del estudio, cómo interactúan con algunos principios ordenadores de nuestros sistemas jurídicos, a saber: la función social del contrato, el derecho del consumidor y la regulación de los contratos por adhesión.

Finalmente, nos acercaremos un poco más a una novela de ciencia ficción e intentaremos esbozar algunos usos futuros que de esta tecnología puede llegar a hacer el notariado.

I. ¿QUÉ ES UN CONTRATO?

El contrato ha acompañado la evolución de la sociedad desde los inicios de la humanidad, con los intercambios efectuados entre los primeros humanos del planeta.

El concepto jurídico del contrato ha ido variando sutilmente a lo largo de los años, pero siempre ha estado ligado a su función social-económica, como instrumento que sirve a efectos de permitir la circulación de las riquezas.¹

1 Fin de Figueiredo, Eduardo y Alves Da Silva, Marcos, "A análise econômica do direito contratual e a função social do contrato", Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável, ene/jun 2016, V. 2, N°1, p. 108.

Más allá de la cantidad de definiciones que podemos encontrar, nos parece atinado tomar la que establece el Código Civil y Comercial Argentino, según el cual un contrato es “el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales” (art. 957).

Haciendo un muy breve recorrido histórico, podemos afirmar que desde la Revolución Francesa, siguiendo los principios fundamentales de la libertad, igualdad y fraternidad, y bajo el paradigma de que la contratación se daba entre personas que tenían un vínculo relacional paritario, singular y de prestaciones equilibradas, con el consentimiento brindado por ciudadanos libres, capaces y económicamente autorreferentes, “la concepción decimonónica del contrato se asentaba en dos pilares inamovibles que conferían solidez absoluta al acuerdo: la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria del contrato”.²

Sin embargo, a partir de la primera Revolución Industrial y del comienzo de la producción en masa, que implicaron una nueva realidad productiva, la autonomía de la voluntad fue perdiendo el lugar que ocupaba en el pedestal de la contratación, tomando ahora preponderancia el contrato de masas con cláusulas predisuestas y sin posibilidad de modificación. De esta manera, fueron desapareciendo las tratativas precontractuales y la aceptación mutó a una mera adhesión.

A efectos de equilibrar las fuerzas desiguales, y en un contexto mundial en el que la ideología del Estado de Bienestar (*Welfare State*) se venía imponiendo, la autoridad estatal invadió el campo contractual mediante la imposición de normas imperativas. Así, la “imprevisión en el Derecho francés, [la] frustración en el Derecho inglés, [la] cláusula *rebus sic stantibus* o base del negocio abrieron el camino para que, en caso de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que hacen excesivamente onerosas las obligaciones contractuales, los tribunales puedan en ocasiones liberar a los contratantes del contrato excesivamente oneroso y en otras, incluso, proceder a una revisión de los términos del contrato”.³

2 Freytes, Alejandro E., “Resistematización contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley*, 16/02/2017, AR/DOC/3187/2016.

3 Díez-Picazo Ponce de León, Luis, “Contrato y libertad contractual”, *Themis, Revista de Derecho*, p. 11. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_049.pdf (última vez visto: 04/08/2019).

Un ejemplo acabado de esta evolución del derecho son las teorías que hablan de la “función social del contrato”, teorías que han encontrado gran recepción en el derecho continental, obteniendo incluso recepción legal.⁴

Un poco más adelante en el tiempo, continuando en la misma línea de transformación mencionada en los párrafos anteriores y buscando la protección de los “económicamente débiles”, comenzó el desarrollo del derecho del consumo y la regulación de los contratos celebrados por adhesión. Los cambios introducidos por las modificaciones realizadas en ambos campos afectaron el derecho privado de manera transversal, ya que éstos tienen injerencia en variados aspectos que van desde la formación del contrato y el consentimiento, a la inversión de la carga de la prueba y la atribución de responsabilidades patrimoniales más graves a la parte más fuerte de la relación contractual. Muchos vieron en estos avances del Estado una inminente “muerte del contrato”⁵.

Más allá de lo expuesto, hay quienes hablan del “péndulo de la autonomía de la voluntad” y ven un “reverdecimiento” de esta autonomía⁶, y considerando que ello se manifiesta a través de institutos novedosos como el consentimiento informado en prácticas médicas, los actos de autoprotección o testamentos vitales (*living will*), las modificaciones en los regímenes de capacidad, pactos en cuestiones de familia (v. gr. pactos de convivencia), tendencia a la supresión de la prohibición de pactos sobre herencia futura y morigeración de las legítimas, entre otros institutos. La utilización de los smart contracts podría llegar a ser una muestra más de este “reverdecimiento”.

II.

¿QUÉ ES UN SMART CONTRACT O CONTRATO INTELIGENTE?

El primero en acuñar el término fue Nick Szabo, quien lo definió por primera vez como “un protocolo de transacción computarizada que ejecuta los términos de un contrato”.⁷ En un trabajo posterior agrega: “Nuevas institucio-

4 En Brasil se encuentra receptada en el art. 421 del Código Civil.

5 Cf. Freytes, ob. cit.

6 *Ibidem*.

7 Szabo, Nick, “Smart Contracts”, 1994. Disponible en: <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart>.

nes y nuevas formas de formalizar las relaciones que las conforman, son actualmente posibles gracias a la revolución digital. Llamo a estos nuevos contratos 'inteligentes' porque son mucho más funcionales que sus inanimados ancestros basados en papel. No está implicado el uso de inteligencia artificial. Un contrato inteligente es un conjunto de promesas, especificadas en forma digital, incluyendo protocolos dentro de los que las partes cumplen estas promesas".⁸

También se ha dicho que es "un acuerdo automatizable y exigible. Automatizable por medio de ordenadores, aunque algunas partes puedan requerir intervención y control humano. Exigibles tanto mediante la ejecución judicial de derechos y obligaciones como por medio de la ejecución de un código informático a prueba de manipulaciones".⁹

Para que los acuerdos entre las partes desarrollados por medio de la secuencia de código se puedan ejecutar de manera autónoma, es preciso que las órdenes que las partes introduzcan en él tengan lógica booleana; o, en otros términos, han de tener la estructura *if/then/else*: si se cumple esta circunstancia (*if*), entonces se ejecuta esta acción (*then*); de no cumplirse, se ejecuta otra acción también prevista (*else*).¹⁰

En general, no hay un concepto unívoco de "smart contract" y la doctrina ha elaborado diferentes definiciones para el término. Stark¹¹ manifiesta que, básicamente, todas se pueden englobar en dos categorías distintas, a saber: el *Smart Contract Code (SCC)* y el *Smart Legal Contract (SLC)*.

El SC es, siempre, un código informático que, dependiendo de su objeto, podrá tener consecuencias jurídicas o no y, a su vez, estas consecuencias podrán ser contractuales o no.¹²

contracts.html (última vez visto el 04/08/2019)

- 8 Szabo, Nick, "Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets", http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html (última vez visto el 04/08/2019).
- 9 Clack, Christopher D., Bakshi, Vikram A. y Braine, Lee, "Smart Contract Templates: foundations, design landscape and research directions", ArXiv, 2016, p. 2. Disponible en: <http://arxiv.org/abs/1608.00771> (última vez visto el 04/08/2019).
- 10 Legeren-Molina, Antonio, "Los contratos inteligentes en España", Revista de Derecho Civil, Vol. V, N.º 2, 2018, p. 198. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/320>
- 11 Stark, Josh, "Making sense of blockchain smart contracts", Coindesk, 2016. Disponible en: <http://www.coindesk.com/making-sense-smart-contracts/> (última vez visto el 04/08/2019).
- 12 Cf. Fernández Cossini, Elda, "La 'automatización' del derecho y la función notarial", trabajo elaborado en ocasión de la beca del Consejo General del Notariado Español, año 2018

El *Smart Contract Code* (Código de Contrato Inteligente), es un código informático guardado, verificado y que se ejecuta en una blockchain. Pese al uso de la palabra “contract”, nada tiene que ver con un contrato legal en los términos que definimos en el apartado anterior.¹³ Por ello, hay quienes prefieren llamar a este SCC como “Smart Agent”, a efectos de no generar confusiones.¹⁴

Así, se ha sostenido que en *solidity*¹⁵ un smart contract es “una colección de código (sus funciones) y sus datos (su estado) que reside en una dirección específica en la cadena de bloques *Ethereum*”.¹⁶

Estaríamos frente a un *Smart Legal Contract (SLC)* cuando un SCC se utiliza como un complemento o como un sustituto para los contratos legales¹⁷ o, lo que es lo mismo, si un SC genera consecuencias contractuales, estaríamos frente a un SLC.

En este último caso, nos encontramos frente a “contratos, operaciones o transacciones con forma de negocios jurídicos bilaterales, cuya peculiaridad esencial estriba en haberse diseñado sobre un lenguaje y empleando sistemas informáticos específicos para celebrarse, discurrir y ejecutarse en una blockchain (...). En este supuesto, no parece discutible la afirmación de que el diseño del programa se orienta precisamente a la celebración y ejecución de un contrato (...). Aquí, el SC es la expresión informática codificada de un contrato, donde los términos pactados se expresan en un código. En otros casos, si el SC está orientado a realizar funciones de enlace telemático en la red, conexión con aparatos IoT, o procesos automáticos de comunicación en la infraestructura o en las aplicaciones, el SC no es una operación jurídica. Esta matización es importante para desechar afirmaciones imprecisas o genéricas inductoras a no pocas confusiones entre los juristas”.¹⁸

(inédito), p. 34.

13 Stark, ob. cit.

14 Fernández Cossini, ob. cit.

15 *Solidity* es el lenguaje de programación que utiliza la blockchain *Ethereum*, la blockchain que fue pionera en brindar la posibilidad de efectuar smart contracts.

16 Tur Faúndez, Carlos, *Smart Contracts. Análisis Jurídico*, Madrid, Editorial Reus, 2018, p. 53.

17 Stark, ob. cit.

18 Fernández Cossini, ob. cit., p. 34, citando a Ibáñez Jiménez, Javier Wenceslao, *Derecho de blockchain y de la tecnología de registros distribuidos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2018, p. 89.

Los SLC son más eficientes si utilizan la tecnología blockchain. De hecho, están pensados para funcionar registrándose y haciendo cumplir las transacciones a través de la cadena de bloques. Los contratos inteligentes están un paso más allá de los contratos electrónicos típicos, ya que el acuerdo real está incorporado en el código de la computadora, en lugar de otro idioma tradicional.¹⁹

A continuación, estudiaremos brevemente cómo funciona esta cadena de bloques.

III. BLOCKCHAIN

La blockchain o cadena de bloques es una base de datos apoyada en la tecnología *peer-to-peer* (P2P)²⁰, en la que se registran bloques de información. Funciona como un enorme libro de contabilidad distribuido (*distributed ledger*).

Es una herramienta que surgió para evitar la duplicación de transacciones en *BitCoin* y se aplicó, principalmente a la problemática del dinero electrónico y a la trazabilidad de las transacciones electrónicas, pero su uso, hoy en día, se va extendiendo cada vez más a diferentes materias.²¹

El funcionamiento del sistema es el siguiente: existe un bloque inicial o "bloque génesis" y, a continuación, se van sumando nuevos bloques que contienen información o transacciones (cada bloque puede contener una o múltiples transacciones). Asimismo, cada bloque se representa con un *hash*²², una

19 O'Shields, Reggie, "Smart Contracts: Legal agreements for the blockchain", North Carolina Banking Institute, Vol. 21, art. 11, 2017, p. 181. Disponible en <http://scholarship.law.unc.edu/ncbi/vol21/iss1/11> (última consulta el 04/08/2019).

20 Son redes compuestas por múltiples nodos que se encuentran al mismo nivel y donde no existen servidores ni clientes.

21 Conf. Pérez Consentino, Marcelo E. y Giralt Font, Martín J., "La firma digital en el nuevo Código Civil y Comercial", Noticias de Consejo Federal del Notariado Argentino, N° 61, mayo 2017, p. 19.

22 "Un algoritmo de hash convierte una cantidad arbitrariamente grande de datos en un hash de longitud fija. El mismo hash siempre será el resultado de los mismos datos, pero la modificación de la información, aunque sea un solo bit, da como resultado un hash distinto. Al igual que todos los datos informáticos, los hashes no son números grandes, y se escriben normalmente en hexadecimal". Extraído de: <https://es.bitcoin.it/wiki/Hash> [última consulta: 04/08/2019].

especie de huella digital que se forma en función de las transacciones que en él se almacenan, el *hash* del bloque anterior (conectándolo con éste e impidiendo que un nuevo bloque pueda ser insertado entre ambos) y un número arbitrario único (*nonce*).

El mecanismo que se utiliza para sumar un nuevo bloque a la cadena se denomina *proof-of-work* y consiste en la resolución de un algoritmo matemático que “mina” o cierra un bloque cuando el *hash* que se crea del mismo cumpla con determinada condición.²³

La seguridad de este sistema de cadena de bloques se basa en su estructura de red descentralizada y en que la aceptación de cada uno de los bloques se efectúa a través del consenso de los mineros (nodos) que en ese momento están en la red. Una vez que se generó un bloque ya no se pueden agregar más transacciones a las existentes.²⁴ Para cambiar una o varias de las transacciones que se encuentren registradas se debería contar con el consenso del más del 50% de los nodos existentes en la red, lo que en el estado actual del desarrollo de la tecnología es, en teoría, prácticamente imposible.²⁵

1) CLASIFICACIÓN DE LAS BLOCKCHAINS

Las blockchain pueden clasificarse, en función de los permisos requeridos para ser parte en cada una y validar las transacciones realizadas. Según Tur Faúndez encontramos tres categorías:

23 En el caso de Bitcoin, cuando el hash comience con determinada cantidad de ceros (cuatro). Ver: Nakamoto, Satoshi, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, p. 3, disponible en: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> [última consulta: 04/08/2019].

Como dijimos, cada bloque se compone del *hash* del bloque anterior y de las nuevas transacciones que se sumarán a la cadena. A efecto de poder generar un nuevo *hash* que comience con cuatro ceros, el minero podrá alterar el *nonce*, por lo que su computadora irá buscando valores alternativo de éste hasta dar con un hash que cumpla con la condición para cerrar el bloque. El minero que logre validar el bloque recibirá una recompensa en *bitcoins*.

24 Cf. Schmidt, Walter César y Cosola, Sebastián Justo, “Coexistencia de dos mundos: el impacto del mundo digital en el ordenamiento jurídico”, trabajo presentado en la 33 Jornada Notarial Argentina, realizada en Bariloche del 20 al 22 de septiembre de 2018, p. 13. Disponible en: <http://www.cfna.org.ar/noticias-2018/xxxiii-jornada-notarial-argentina-2018-trabajos-presentados/> [última consulta: 04/08/2019].

25 Sin embargo, hay quienes afirman que en un futuro los ordenadores cuánticos pondrán en jaque la seguridad de blockchain.

"a) *Públicas*: en ellas, cualquiera puede descargar en su ordenador los programas necesarios y constituir un nodo que forma parte de la red descentralizada a partir de ese momento, así como participar en el proceso de consenso. Cualquiera que forme parte de la cadena de bloques (nodo) podrá enviar transacciones a través de internet, que se incluirán en la cadena de bloques, y examinar la transacción en la página web que cada plataforma tenga habilitada para ello. Los ejemplos más relevantes son Bitcoin y Ethereum. [...]

b) *Federadas o de consorcio*: a diferencia de lo que ocurre con las cadenas de bloques públicas no permiten que cualquier persona pueda configurar un nodo en su PC y participar en el proceso de validación de las transacciones. En este caso se requieren determinados permisos de acceso que suelen concederse a los miembros de un determinado colectivo (v. gr. entidades financieras). La validación de las transacciones se controla por un grupo preseleccionado de miembros (por ejemplo, se establece una comisión de 15 entidades financieras cada una de las cuales opera un nodo, siendo necesario que al menos diez firmen cada bloque de transacciones para que se considere válido). El derecho de acceso y lectura de los bloques puede ser público, o hallarse restringido a los miembros de la cadena. [...]

c) *Privadas*: haciendo uso de la tecnología que proporcionan las grandes cadenas públicas, entre las que destaca Ethereum, se pueden crear cadenas de bloques privadas.

En estas cadenas de bloques, las autorizaciones para poder realizar transacciones o en su caso insertar programas ejecutables, son concedidas por organizaciones privadas, del mismo modo que serán estas las que determinarán a quién y en qué condiciones se le permitirá la lectura de las transacciones realizadas".²⁶

Alguno de estos tipos de *blockchain* puede resultar más conveniente para diferentes situaciones. De esta manera, al momento de encarar un proyecto que utilizará esta tecnología, habrá que tener bien claro a qué se apunta, cómo será el procedimiento para registrar datos, quién tendrá el control de la cadena y quiénes tendrán acceso a esos datos y bajo qué permisos.

En el presente trabajo nos centraremos sobre SLC constituidos en *blockchains* públicas, tomando como referencia a *Ethereum*, la plataforma más desarrollada en la actualidad.

²⁶ Tur Faúndez, ob. cit., p. 38.

IV. CARACTERÍSTICAS DE LOS SLC

Las principales características de los SC son su *inmutabilidad* una vez que han sido constituidos y registrados en la blockchain, y su *autoejecución*.

A) INMUTABILIDAD

Como dijimos, una de las características principales de los SC es su inmutabilidad, esto es, una vez creado y registrado en la blockchain es imposible cambiar sus términos, a menos que las partes hayan pactado otra cosa y previsto en el código la posibilidad de alterarlo.

Una vez en la blockchain, nadie -ni siquiera una corte de justicia o cualquier otra autoridad estatal- podrá manipular el registro para cambiar su contenido y efectos.²⁷

B) AUTOEJECUCIÓN

Este es, sin lugar a dudas, el elemento esencial de los SLC. Su peculiaridad reside principalmente en la forma de la ejecución de las prestaciones, que se da de manera automática.

Este carácter automático de la ejecución conlleva que no sea necesaria la intervención del ser humano para desencadenar la consecuencia establecida -realizar una determinada prestación-, ni para comprobar su cumplimiento: son las propias máquinas las que, verificando de manera objetiva que concurren las condiciones predeterminadas, ejecutan lo establecido para tal evento.²⁸

De estas características de los SLC se desprenden sus beneficios, que serían la mayor velocidad y precisión de las transacciones comerciales, negocios más eficientes y una ejecución de los contratos mejor, más rápida y menos

27 En teoría sólo con el consenso de más del 50% de los nodos que integren la blockchain donde el SC fue registrado podría modificarse el asiento mediante una bifurcación o *fork*.

28 Cf. Legeren Molina, ob. cit., p. 200.

costosa.²⁹ Como la ejecución es, en principio, inevitable³⁰, se sostiene que los SLC prescindirán del poder judicial.³¹

Pero, de esta misma característica, también surgen las principales contras, pues de ella derivan buena parte de las colisiones de los SLC con el derecho tradicional

V. FORMALIZACIÓN DE LOS SLC

Se ha sostenido que los SLC pueden formalizarse:

- a) Totalmente en código
- b) En código, pero con una versión separada en lenguaje natural
- c) Como un contrato en lenguaje natural con cumplimiento codificado
- d) Como un contrato en lenguaje natural con mecanismo de pago codificado³²

1) ¿ES POSIBLE CELEBRAR UN CONTRATO PURAMENTE EN CÓDIGO?

Los puristas entienden que un SLC puede ser formalizado enteramente en código y que este código registrará la relación entre las partes. Esta idea se ha sintetizado con la frase “code is law”.

29 O’Shields, ob. cit., p. 183.

30 Decimos “en principio” porque dependiendo de cómo esté diagramado el SC puede existir la posibilidad de que alguna de las partes “obstruya” el cumplimiento. Por ejemplo, si un padre pactara con su hijo que se transferirá cierta cantidad de *Ether* de su cuenta a la de su hijo si éste obtiene determinada calificación en un examen, el progenitor podría impedir el cumplimiento no teniendo *Ether* en su cuenta.

31 Cf. O’Shields, ob. cit., p. 178.

32 *Smart Contracts Alliance* en colaboración con Deloitte. Una iniciativa de la Cámara de Comercio Digital. “Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond A Technology, Legal & Regulatory Introduction”, p. 9. Disponible en: <http://digitalchamber.org/assets/smart-contracts-12-use-cases-for-business-and-beyond.pdf> (última vez visitado el 04/08/2019).

Coincidimos plenamente con Fernández Cossini cuando afirma que, teniendo presente el actual “estado del arte”, hoy en día sólo se deberían efectuar totalmente en código contratos con cierto grado de simpleza que se apliquen a cuestiones extremadamente claras y sin matices.³³ Formular contratos complejos sólo en código puede no sólo ser ilegal, como veremos más adelante, sino terminar en un rotundo fracaso.

De hecho, el mayor intento de lograr una organización societaria -llamada “The DAO”- a través de una combinación de varios SLC, cuya regulación se encontraba basada sólo en código, no fue eficaz debido a una especie de “laguna” en el mismo.

La “DAO” (*decentralized autonomous organization*, en español: organización autónoma descentralizada), fue uno de los primeros proyectos importantes lanzados en *Ethereum* y se trataba de una suerte de fondo de inversión en el que personas podía proponer un proyecto y los usuarios que poseían *tokens* (participación en la organización), definían por consenso qué emprendimientos financiar.

Cuando una persona iba a adquirir algún *token* en “The DAO”, era advertido de que la organización sería gobernada exclusivamente por el código y que la intervención humana sería prácticamente nula. Incluso, se advertía a los compradores sobre la naturaleza “hiperliteraria” de los SC y se aclaraba que todas las explicaciones o comunicaciones que los usuarios pudieran recibir en lenguaje natural no podían modificar ni agregar derechos y/u obligaciones más allá de las establecidas en código de “The DAO”.³⁴

En el año 2016, la DAO sufrió un “ataque” por parte de uno de sus miembros que, utilizando una vulnerabilidad en el diseño del código y sin violar lo allí establecido, es decir, cumpliendo los términos “contractuales”, “robó” más de 50 millones de dólares en Ether.

Los puristas del código sostenían que lo que había realizado el usuario se encontraba dentro de los comportamientos permitidos y que, por lo tanto, su accionar no sólo no era un robo, sino que, además, nada debía hacerse al respecto.³⁵

33 Cf. Fernández Cossini, ob. cit., p. 35, nota 62.

34 Cf. Kolber, Adam J., “Not-so-smart blockchain contracts and artificial responsibility”, *Stanford Technology Law Review*, N° 198, 2018, p. 200.

35 *Ibidem*. En una carta abierta publicada por quien dice haber realizado el “ataque”, el autor se muestra “decepcionado” por quienes caracterizan su accionar como un “robo” y agrega que si se efectúa una bifurcación de la cadena que confisque su *Ether* legítimamente ganado,

Finalmente, a efectos de solucionar la cuestión, se decidió llevar a cabo una bifurcación o *hard fork* en la blockchain, creándose dos cadenas separadas e incompatibles: la original donde ocurrió el ataque y una cadena manipulada en la que se borraron la totalidad de las transacciones desde el ataque en adelante. Este *hard fork* fue apoyado por más del 85% de los tenedores de *tokens*.³⁶

Aún si sostuviéramos que es posible arreglar todos los *bugs* o errores y no permitir que ocurran fallas como las relacionadas, sería discutible la oponibilidad de las cláusulas establecidas en código y no en lenguaje natural, sobre todo en relaciones de consumo o contratos por adhesión.

VI. LA RELACIÓN ENTRE LOS SC Y EL “MUNDO REAL”

El potencial de aplicación de los SC se vislumbra mucho mayor con el desarrollo del internet de las cosas o *Internet of Things (IoT)*.

El IoT supone la interconexión a través de internet de todos los objetos a los que se les haya incorporado un dispositivo emisor y/o receptor de información mediante radiofrecuencia.³⁷

Un SLC puede, por medio de esta interconexión, interactuar con el objeto y transmitirle determinadas órdenes según lo establecido en el código. Así, por ejemplo, si una persona arrendó un vehículo o lo adquirió en cuotas y no realiza el pago de una de ellas, el SLC podría enviarle un aviso al automotor para que éste no se encienda.³⁸

se estarían violando sus derechos, por lo que se reserva la posibilidad de tomar acciones legales. La carta se encuentra disponible en: <https://steemit.com/ethereum/@chris4210/an-open-letter-to-the-dao-and-the-ethereum-community>

36 Cf. Rodrigues, Usha R., “Law and blockchain”, Iowa Law Review, N°104, 2019, p. 679.

37 Tur Faúndez, ob. cit., p. 116.

38 El ejemplo es citado en buena parte de la bibliografía que existe sobre la materia. Ver: Granero, Horacio R., “Los contratos inteligentes y la tecnología ‘blockchain’ (su encuadre en el Código Civil y Comercial de la Nación)”, *ElDial*, DC24BB, p. 1.; Sklaroff, ob. cit.; Tur Faúndez, ob. cit., p. 167 y ss. (donde se muestra, incluso, un ejemplo del código en *Solidity* de un contrato de alquiler de un vehículo). Una situación similar podría pensarse en relación a un inmueble cuyas cerraduras fueran “inteligentes” y ante la eventual falta de pago de un alquiler o cuota

Otra forma mediante la que los SC pueden tomar datos de la realidad es a través de “oráculos”. Estos oráculos son, justamente, agentes externos a la cadena de bloques que proveen al código de información sobre el estado del “mundo exterior”³⁹, mediante un *software* propio que les permite interactuar con el SC. Sería, en definitiva, un tercero de confianza.

Sin embargo, no podemos soslayar que los oráculos no son descentralizados y no están exentos de ser manipulados o de tener ciertos sesgos.⁴⁰ Asimismo, habrá que tener en cuenta y analizar quién responde en caso de error o de un actuar lesivo del ente designado para realizar la tarea, teniendo siempre presente que debido a la autoejecutabilidad del SLC estos errores o fallos se potencian y son más difíciles de corregir.

Por otro lado, además, la actuación de un oráculo implica un costo que habrá que abonar por el servicio -un honorario o tarifa⁴¹-, por lo que deberá considerarse quién carga con el mismo.

VII.

ALGUNAS CUESTIONES QUE PLANTEAN LOS SC

Los SC pueden presentar problemas, que podríamos clasificar a efectos de clarificar la exposición, en dos tipos: prácticos o de hecho y doctrinales o de derecho.

el inquilino o comprador no pudiera abrirlas con sus llaves o claves. Sin perjuicio de ello, habría que realizar un detenido análisis porque tal accionar podría llevar a la violación de otros derechos fundamentales del inquilino/comprador (v. gr. propiedad, trabajo, etc.).

39 Un oráculo podría brindar, por ejemplo, la cotización de una moneda informada por un banco determinado, la temperatura en determinado lugar o cualquier otro elemento verificable o podría ser, incluso, un tribunal arbitral (ver punto VIII de este trabajo).

40 Cf. Werbach y Cornell, ob. cit.; Tur Faúndez, ob. cit., p. 113.

41 En la actualidad existen en internet muy pocos servicios realmente gratuitos. Aunque no se abone una tarifa en dinero para utilizar, por ejemplo, determinada red social, usualmente el usuario está “pagando” con datos. Ver: RFI, “Se é de graça, você é o produto: saiba como Facebook lucra com dados de usuários”, 23/03/2018, disponible en: <http://br.rfi.fr/mundo/20180320-se-e-de-graca-voce-e-o-produto-saiba-como-facebook-lucra-com-dados-de-usuarios> (última consulta el 04/08/2019).

1) PROBLEMAS PRÁCTICOS

A) Fallas en el Código

El principal problema de este tipo es que es prácticamente imposible efectuar software complejo sin fallas.⁴² La inmutabilidad de los SLC potencia este tipo de problemas, ya que si se detecta una eventual falla en el programa, suele ser muy difícil -o casi imposible- su corrección.⁴³ Se ha sostenido que esta característica puede desalentar la adopción de esta tecnología, ya que no parece probable que grandes instituciones financieras u organizaciones gubernamentales adopten tecnologías que no pueden ser modificadas luego, de ser necesario.⁴⁴

En función de esta inmutabilidad, es importante que el código sea definido de manera precisa y completa desde el inicio, evitando incorporar términos que tengan un significado que pueda variar entre el momento de la contratación y el de la ejecución del acuerdo.⁴⁵

Así, concordamos con la doctrina que afirma que ciertos aspectos de los contratos tradicionales no podrán incluirse dentro de un SLC.⁴⁶ En la contratación tradicional existen términos que son imprecisos y que no pueden ser analizados por los algoritmos del código. Conceptos como la buena fe, la razonabilidad y otros conceptos medulares del derecho de los contratos no pueden ser programados con sentencias *If-Then*. Al menos hasta que la inteligencia artificial (IA) logre un grado de avance mucho mayor al actual, se necesitará un humano al momento de aplicar alguno de estos conceptos.⁴⁷

Cabe resaltar que el no contemplar todas las posibles contingencias y el uso de términos imprecisos o ambiguos en un contrato tradicional se hace, en

42 Cf. Werbach, Kevin y Cornell, Nicolás, "Contracts Ex-machina", Duke Law Journal, N°67, 2007, 313.

43 Solo podrían realizarse los cambios que fueran establecidos *ab-initio* como "alternativas durmientes" (Cf. Sklaroff, Jeremy M., "Smart Contracts and the cost of inflexibility", University of Pennsylvania Law Review, N°166, 2017, p. 263).

44 Cf. O'Shields, ob. cit., p. 187.

45 Sklaroff, ob. cit.

46 Clack, Bakshi y Braine, ob. cit., p. 5.

47 Cf. Ortolani, Pietro, "The impact of blockchain technologies and smart contracts on dispute resolution: arbitration and court litigation at the crossroads", Uniform Law Review, Vol. 0, 2019, p. 9.

muchos casos, de manera intencional, para permitir a las partes renegociar acuerdos o adaptarlos a circunstancias o eventos imprevisibles.⁴⁸

No hay que perder de vista que, siempre, el código estará redactado por humanos y que los humanos no somos perfectos, por lo que nuestras creaciones tampoco lo son.⁴⁹

Incluso si fuera posible realizar un programa que no tenga fallas o lagunas, esto importaría costos muy altos de desarrollo, que en muchas situaciones podría volver al SC antieconómico o, al menos, menos eficiente que el contrato tradicional.

B) Los SC no siempre implican menos costos que los contratos tradicionales

Se ha sostenido que los SC permitirán a las compañías lograr acuerdos autoejecutables reduciendo ampliamente los costos de monitoreo y ejecución respecto de los contratos tradicionales.⁵⁰

Sin embargo, si bien es verdad que los costos *ex post*⁵¹ son menores, también debemos resaltar que se aumentan los costos de contratación inicial. Estos costos podrían bajar si los SLC tuvieran ciertas reglas por defecto o utilizaran formularios pre-armados.

Ahora bien, la utilización de este tipo de formularios y/o de uniformación de los acuerdos no será posible o conveniente en contratos que cuenten con cierto grado de complejidad. Por ello, bajar los costos *ex-post* a costa de un posible aumento de los costos *ex-ante*, tendrá sentido, en principio, sólo en contratos sencillos (que no requieran, justamente, grandes costos iniciales).

48 En este sentido también: O'Shields, ob. cit., p. 187, nota 89.

49 Así, se ha sostenido que "even the smartest contracts can be susceptible to human error" (Lumb, Richard, "Downside of Bitcoin: A Ledger that can't be corrected", The New York Times, 09/09/2016. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2016/09/10/business/dealbook/downside-of-virtual-currencies-a-ledger-that-cant-be-corrected.html> (última vez visto el 04/08/2019). Como muestra de las posibles fallas basta citar la ocurrida en "The DAO" comentada líneas arriba.

50 Tapscott, Don y Tapscott, Alex, citados por Sklaroff, ob. cit., p. 297.

51 Costos posteriores a la configuración del SC.

Otro problema que trae aparejado el uso de formularios pre-armados para formalizar SC es que el predisponente se encuentra en una posición dominante y puede imponer cláusulas o condiciones abusivas. Analizaremos este tema con mayor detenimiento más adelante.

Además de lo expuesto, en materia de costos, no hay que desdeñar el costo que implica el gasto energético necesario para que operen las blockchain. La creación de un Bitcoin, por ejemplo, consume tanta electricidad como un hogar estadounidense promedio durante dos años, y la totalidad de las computadoras conectadas a la red de Bitcoin consume tanta energía diaria como un país mediano.⁵²

2) PROBLEMAS DOCTRINALES O DE DERECHO

Para ser reconocidos ante el sistema jurídico de un Estado, “los SC deben respetar todas las normas generales y los principios establecidos para la regulación de los negocios jurídicos, especialmente, cuando el sistema carece de leyes específicas para la tutela de sus peculiaridades”.⁵³

Los principios son necesarios para interpretar y completar las lagunas de derecho que se dan en escenarios de innovaciones tecnológicas constantes y de dinamismo de las relaciones jurídicas negociales.

El principio de la función social de los contratos, como comentamos al comienzo del presente trabajo, surgió en el siglo XX. En Brasil, fue contemplado expresamente en el art. 421 del Código Civil adoptado en 2002. En Argentina no tiene recepción legal expresa, pero su espíritu insufla varias normas.

Según esta teoría, la autonomía de la voluntad de los contratantes puede ser limitada a efectos de proteger el interés social. Así, las partes no sólo se verían limitadas por la moral, las buenas costumbres y el orden público, sino

52 Cf. Kolber, ob. cit., p. 228.

53 Efig, Carlos y Dos Santos, Adrielly Pinho, “Análise dos smart contracts à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro”, *Direito & Desenvolvimento, Revista do programa de pós-graduação em direito mestrado em direito e desenvolvimento sustentável*, ago/dez 2018, Vol. 9, Núm. 2, p. 57, disponible en: <https://doi.org/10.25246/direitoedesenvolvimento.v9i2.755> (consultado por última vez el 04/08/2019).

que el Estado podría intervenir también “en la formación del contrato, imponiendo a las partes celebrarlo aún contra su voluntad y contra sus intereses; estableciendo cláusulas obligatorias en muchos acuerdos que interesan a la economía popular; y supervisando su ejecución al dotar al Poder Judicial de los instrumentos suficientes para intervenir a efectos de restablecer la justicia conmutativa, siempre que una de las partes se aproveche de la otra”.⁵⁴

El problema principal que se presenta con los SC es que, debido al carácter inmutable y autoejecutable que hemos analizado líneas arriba, es imposible que reciban una interferencia por parte de factores externos no estipulados en el código y que el poder judicial de un Estado pueda intervenir a efectos de moderar o modificar los efectos del acuerdo.

A) El consentimiento en los SC

Como venimos recalcando, en los SLC, las prestaciones (todas o algunas de ellas), son efectuadas por el propio código sin requerir un nuevo consentimiento de las partes en fase de ejecución.⁵⁵

Por ello, al momento de celebrar el SLC se presta el consentimiento tanto sobre las cláusulas que determinan la perfección del contrato como sobre las que importaran la consumación automática, que podrían implicar, incluso, la formalización de un nuevo contrato.⁵⁶

Consideramos que, en materia de consentimiento, los SLC deben contar con todos los requisitos que son exigidos a los contratos tradicionales.

Ahora bien, supongamos que el Sr. Wichelhaus compró pacas de algodón al Sr. Raffles, cuya entrega debería ser realizada por un barco llamado *Peerless*. Pero mientras el Sr. Wichelhaus entendió que la entrega sería en octubre, el Sr. Raffles creyó que sería en diciembre, a través de otro barco también llamado *Peerless*. El Sr. Wichelhaus no quiere aceptar el cargamen-

54 Efig y Dos Santos, ob. cit., p. 58.

55 Cf. Tur Faúndez, ob. cit., p. 81. Más allá de lo dicho, es necesario aclarar que si el SLC se instrumenta mediante acuerdos *multi-sig*, puede ser necesario que las partes deban prestar su consentimiento a la hora de la ejecución del contrato (ver punto VIII del presente trabajo).

56 Un contrato entre máquinas (M2M), por ejemplo.

to de algodón en diciembre, pues para esa época sus chances de venderlo a buen precio son mucho más bajas.⁵⁷

Es claro que el error en esta situación puede traer aparejada la anulabilidad del acto.⁵⁸ Sin embargo, en caso de que se hubiera celebrado este contrato por medio de un SLC, impedirá obtener un remedio antes de que las prestaciones se efectúen debido a su inmutabilidad y autoejecutabilidad.

Entonces, los SLC son susceptibles de tener los mismos vicios de la voluntad o de los actos jurídicos que un contrato tradicional, las partes no están exentas de contratar mediando error, dolo⁵⁹ o violencia⁶⁰, o incluso lesión.⁶¹ El problema que presentan es que anulan la relación entre la validez de un acuerdo y su ejecutabilidad⁶², por lo que el acuerdo contenido en el código no necesita ser válido para ser ejecutado. La ejecución de SLC que adolezcan de estos vicios trae aparejada mayores costos.⁶³

Lo que convendrá, entonces, será proceder con mayor cautela, lo que se traducirá en una elevada compenetración entre juristas y programadores para volcar adecuadamente el contenido de las cláusulas en el código.⁶⁴

B) Análisis del consentimiento desde la óptica del derecho de consumo y los contratos por adhesión

La existencia de una regulación específica para el derecho del consumidor y de los contratos por adhesión se justifica desde la función social del contrato

57 Los hechos de este caso son de "Raffles v. Wichelhaus", un fallo del año 1864 que es el *leading case* en materia de error en el Derecho inglés. Disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1864/J19.html> (última vez visitado el 04/08/2019).

58 Conforme a lo establecido en el art. 265 del Código Civil y Comercial Argentino (CCyC). La misma solución resultaría de la aplicación de la norma contenida en el art. 138 del Código Civil de Brasil (CCB).

59 Contemplado en los arts. 271 y ss. del CCyC y art. 145 y ss. del CCB.

60 Contemplada en los arts. 276 y ss. del CCyC y art. 151 y ss. del CCB.

61 Ver art. 332 CCyC y art. 157 CCB.

62 Cf. Werbach y Cornell, ob. cit., p. 369.

63 En el mismo sentido: Tolosa, Pamela, "Análisis económico del derecho de los contratos", en Aciari, Hugo A., *Derecho, economía y ciencias del comportamiento*, SAIJ, Buenos Aires, 2019, p. 86.

64 Cf. Legeren Molina, ob. cit., p. 227.

por la necesidad de intervención estatal a efectos de restablecer el equilibrio económico entre las partes contratantes, producido por el crecimiento del poder empresarial.⁶⁵

Desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, podremos afirmar que la regulación se justifica a efectos de solucionar un fallo del mercado, ya que existe información asimétrica, que agravada por la racionalidad limitada que posee el consumidor, trae aparejados una serie de problemas, como la selección adversa y transacciones ineficientes que se traducirán en daños no tolerables socialmente.⁶⁶

A menos que se adopten nuevos estándares legales aplicables a los SLC que los eximan, estos deberán respetar las normas que dicten los estados en temas relativos a la protección de los consumidores y los contratos celebrados por adhesión.

Si bien *blockchain*, *Bitcoin* y *Ethereum*, entre otros, enarbolan las banderas de la contratación P2P, la contratación será también B2B⁶⁷ y B2C⁶⁸.

En este sentido, “es de rigor destacar que los usos y costumbres del comercio electrónico marcan que los contratos por medios electrónicos se celebran, en su gran mayoría -y en particular aquellos que regulan relaciones de consumo-, mediante la modalidad ‘click-wrap’, que [...] presupone que las cláusulas y condiciones que se aceptan mediante ‘click’ se encuentran previamente redactadas por su proveedor de modo unilateral”.⁶⁹

Estos contratos “click-wrap” son aquellos en los que una de las partes (aceptante) manifiesta su voluntad de aceptar las condiciones o cláusulas redactadas por la otra (predisponente) mediante un simple “click” en la le-

65 Cf. Eging y Dos Santos, ob. cit., p. 58.

66 Cf. Irigoyen Testa, Matías, “Análisis económico del derecho del Consumidor”, p. 182.

67 *Business to Business* (contratación entre empresas).

68 *Business to Consumer* (contratación entre empresa y consumidor).

69 Grover Dorado, John, “Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho Argentino”, SAIJ, 26/10/2016. Disponible en: <http://www.saij.gov.ar/john-grover-dorado-contratos-electronicos-consumo-derecho-argentino-dacf160582-2016-10-26/123456789-0abc-defg2850-61fcanirtcod?&o=0&f=Total%7CFecha/2016/10%7CEstado%20de%20Vigencia%5B%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil%5B3%2C1%5D%7COrga> (última vez visto: 04/08/2019).

yenda “Acepto”, “Estoy de acuerdo” o similar, que aparece normalmente al final del documento escrito que se muestra en el dispositivo del usuario.⁷⁰

En general, la doctrina y la jurisprudencia reconocen la validez de estos “click-wrap agreements” siempre que se pueda verificar que el adquirente vio las condiciones generales de contratación.

En el ámbito de los contratos por adhesión y con consumidores, se dan normalmente un sinnúmero de situaciones jurídicas abusivas. Analizaremos a continuación algunas que podrían llegar a darse en relación a los SLC.

1) Incumplimiento del deber de información

Uno de los pilares sobre los que se asientan el derecho del consumidor y la regulación de los contratos por adhesión es el deber de información del proveedor.

El art. 4 de la Ley de Defensa de Consumidor argentina y el art. 1100 del CCyC establecen la obligación del proveedor de suministrar información al consumidor, en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. Esta información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.

En el mismo sentido se expresa el Código de Defensa de Consumidor de Brasil, al establecer en el punto III del art. 6° es un derecho del consumidor tener la información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con las especificaciones que correspondan y los riesgos que los productos traigan aparejados.

También por la misma línea sigue la Resolución N° 21 del Grupo Mercado Común del Mercosur, de fecha 8 de octubre de 2004, relativa al Derecho de Información al Consumidor en las Transacciones Comerciales Efectuadas por Internet, que establece en su art. 2° que el proveedor deberá proporcionar al consumidor, en su sitio en internet, en forma clara, precisa y fácilmente advertible, la información que a continuación se detalla: “a) Características del pro-

70 *Ibídem.*

ducto o servicio ofrecido conforme a su naturaleza; b) Disponibilidad del producto o servicio ofrecido, así como las condiciones de contratación del mismo y en su caso las restricciones y limitaciones aplicables; c) El modo, el plazo, las condiciones y la responsabilidad por la entrega; d) Los procedimientos para cancelación de la contratación y acceso completo a los términos de la misma antes de confirmar la transacción; e) El procedimiento de devolución, intercambio y/o información sobre la política de reembolso, indicando el plazo y cualquier otro requisito o costo que derive del mencionado proceso; f) El precio del producto o servicio, la moneda, las modalidades de pago, el valor final, el costo del flete y cualquier otro costo relacionado con la contratación, dejando expresa constancia que los posibles tributos de importación que resulten aplicables, no se encuentran incluidos en el mismo; g) Advertencias sobre posibles riesgos del producto o servicio; h) El procedimiento para la modificación del contrato, si ello fuera posible". A su vez, el art. 3° agrega que el proveedor deberá informar: "a) denominación completa del proveedor; b) domicilio y dirección electrónica del proveedor; c) número telefónico de servicio de atención al cliente y, en su caso, número de fax y/o correo electrónico; d) identificación del proveedor en los registros fiscales y/o comerciales que correspondan; e) la identificación de los registros de los productos sujetos a sistemas de autorización previa. f) el plazo, la extensión, las características y las condiciones a las que está sujeta la garantía legal y/o contractual del producto según corresponda; g) copia electrónica del contrato; h) el nivel de seguridad utilizado para la protección permanente de los datos personales; i) la política de privacidad aplicable a los datos personales; j) métodos aplicables para resolver controversias, si estuvieran previstos; k) las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato".

Entonces, cualquier contrato que se celebre sin respetar el derecho de información del consumidor, será anulable.

Para que el consumidor pueda estar bien informado, debe poder comprender cabalmente el contrato. En efecto, y sin perjuicio de la existencia de la resolución del Mercosur mencionada, los ordenamientos nacionales tanto de Brasil como de Argentina imponen la obligación de redacción en el idioma oficial de cada país.⁷¹

71 Ver art. 10 de la LDCA y art. 31 del CDCB (esta última norma no exige que el contrato sea redactado en portugués, pero impone ese idioma para la oferta).

En función de ello, creemos que no es posible celebrar SLC que importen relaciones de consumo sólo en código, sin que sea presentada al usuario una versión en el idioma que corresponda al Estado donde éste reside, e incluso, ante una contradicción entre el contrato escrito en lenguaje natural y en código, no nos quedan dudas de que debe prevalecer el primero, desterrando de esta manera la idea que sostiene “the code is law”.

II) Revocación de la aceptación

La mayoría de los ordenamientos legales brindan al consumidor, por un determinado plazo, la posibilidad de revocar o desistir de la aceptación efectuada cuando la contratación no haya sido efectuada en el establecimiento comercial, situación que aplica claramente en la contratación electrónica.⁷²

Consideramos que los SLC que caigan dentro de la esfera de una contratación de consumo deberían contemplar en su código la posibilidad de que el consumidor pueda revocar la aceptación sin expresión de causa.

III) El SLC como una herramienta para el consumidor

Si bien la tecnología no estaría aún disponible⁷³, algunos doctrinarios entienden que los SC servirán para empoderar al consumidor. Potencialmente, los consumidores ganarían mayor poder a la hora de negociar con los proveedores al utilizar agentes automatizados para la compra. La teoría indica que el consumidor programaría un agente (que sería un SCC), para que bajo determinadas condiciones celebre un SLC. Al automatizar y estandarizar las condiciones de búsqueda para celebrar un contrato, el consumidor ganaría velocidad y precisión en sus transacciones y lograría celebrar negocios más eficientes.⁷⁴

72 El derecho argentino lo contempla por un plazo de 10 días (art. 34 de la LDCA), mientras que en el ordenamiento brasilero la opción se puede ejercer por un plazo de 7 días (art. 49 CDCB). Ambos plazos se cuentan desde el momento en que se celebró el contrato o se recibió el producto, lo último que ocurra.

73 En el año 2014, año en que el autor publicó el artículo (ver nota 74).

74 Cf. Fairfield, Joshua, “Smart contracts, bitcoin bots and consumer protection”, Washington and Lee Law Review Online, 2014, 47.

Aunque es cierto que algunas empresas ya ofrecen el servicio de *bots* a efectos de ayudar al consumidor a celebrar sus contratos, creemos que ello no impide que sus derechos como consumidores se vean vulnerados. De todos modos, como ocurre en todo lo relacionado a estos temas, los avances en la materia se realizan a pasos agigantados, por lo que no descartamos que en un futuro cercano las ideas comentadas en este acápite sean una realidad.

C) La capacidad de las partes

En el derecho de los contratos tradicional, las personas que no cuentan con capacidad plena no pueden contratar por sí solos. Así, los menores de edad o las personas a las que les ha sido restringida su capacidad, para celebrar determinado tipo de contratos deben hacerlo necesariamente por medio de sus representantes o contando con apoyos al efecto.

Actualmente, los SLC no cuentan con mecanismos para determinar la capacidad de las partes. Como veremos, la contratación en la mayoría de las plataformas de SLC se da en el marco del anonimato o por medio de pseudónimos y por medio de firmas electrónicas que no cuentan con el aval de una autoridad de contralor estatal.

Por ello, un menor de edad o una persona con capacidad restringida podría tener *Ethers* y celebrar SLC sin ningún tipo de impedimento, con las lógicas consecuencias disvaliosas (y potenciales mayores costos) que esta situación puede acarrear.

D) El objeto y la legalidad

Uno de los mayores límites impuestos por los ordenamientos a la autonomía de la voluntad consiste en la limitación impuesta a los contratos en relación a su objeto, que no puede ser ilícito.

Determinar qué objeto es lícito y cuál no, no es en algunos casos tarea sencilla, ya que el debate sobre los límites involucra argumentos morales y éticos que van mutando a través del tiempo. Así, lo que hasta hace unos años podía ser inmoral, hoy puede ser lícito.⁷⁵

75 Por ejemplo, los pactos sobre herencia futura que permite el art. 1010 del CCyC desde su vigencia en 2015.

Nuevamente, ante la imposibilidad de la autoridad de contralor (v. gr. un tribunal de justicia) de intervenir para evitar que un SLC se ejecute (intervención *ex-ante*), el contrato produciría sus efectos.

E) Anonimato y lavado de activos

Se ha sostenido que los SLC y las blockchain tienden a favorecer el “anonimato”.⁷⁶ Sin embargo, las blockchain que se utilizan para la registración de los SLC no son “anónimas” sino más bien “pseudónimas”⁷⁷, ya que, por distintos medios podrían llegar a obtenerse alguna información sobre el sujeto mediante técnicas de ingeniería reversa.⁷⁸

Sin perjuicio de lo expuesto, si eventualmente se pudiera llegar a identificar a los contratantes, esta operación resultaría muy costosa y, por ende, poco eficiente. Por esta razón se podrían utilizar los SLC y las criptomonedas para el lavado de activo⁷⁹ o la financiación del terrorismo.

Ante la falta de un tercero que verifique la identidad de las partes y que reporte “actividad sospechosa”, tarea que viene siendo muy bien efectuada por el notariado de tipo latino⁸⁰, los SLC deberían construir mecanismos de control que permitan identificar a las partes y detectar transacciones o transferencias ilegales.⁸¹

76 Cf. Sklaroff, ob. cit., p. 295.

77 Cf. Fernández Cossini, ob. cit., p. 27. Asimismo, se ha sostenido que la existencia de datos anónimos o no identificables es algo imposible desde el punto de vista del análisis de los datos. Ver: Narváez Leite, Caroline, *Os desafios do anonimato no contexto de tratamento automatizado de dados pessoais na internet*, Universidad de San Pablo, San Pablo, 2018, p. 139.

78 Cf. Narváez Leite, ob. cit., p. 144.

79 Ver por ejemplo: González, Carlos, “Usan bitcoin para lavar dinero en cárceles de Río de Janeiro”, *Criptonoticias*, 2018. Disponible en: <https://www.criptonoticias.com/gobierno/judicial/usan-bitcoin-lavar-dinero-carceles-rio-janerio/> (última vez consultado el 04/08/2019).

80 En particular, el propio Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) destacó la actuación de los notarios españoles en la materia. Ver: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/07/09/legal/1562678511_143303.html

81 Cf. O’Shields, ob. cit., p. 192.

Personalmente, consideramos que en la actualidad es muy difícil lograr un sistema automático que sea efectivo para cumplir esa tarea.

F) El cumplimiento del código no es necesariamente cumplimiento de contrato. Incumplimiento eficiente

Debemos hacer una importante distinción: en los SLC lo que se autoejecuta no es el contrato en sí, sino el código que ha sido programado. Volvamos al ejemplo citado en el punto VI de este trabajo: dos personas celebran un SLC por el cual una compra un automotor en cuotas. En caso de que el comprador no pague la cuota, el software impediría al adquirente utilizar el vehículo.

En este caso, el cumplimiento del contrato se da si el comprador cumple con la prestación objeto del contrato de compraventa, es decir, si paga el precio. Ante la falta del pago, lo que el SLC está ejecutando es la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de cumplimiento contractual.

En muchos casos, el incumplimiento puede ser eficiente e, incluso, preferible al cumplimiento. Los costos del cumplimiento superan a los beneficios cuando ocurre una contingencia que vuelve a los recursos necesarios para el cumplimiento, más valiosos en un uso alternativo.⁸²

Por ello, creemos que es importante y necesario que los SLC contemplen en el código institutos que importan el incumplimiento autorizado por ley del contrato, a saber: la excepción de incumplimiento mencionada, la tutela preventiva en caso en que existan circunstancias que amenacen gravemente el cumplimiento de la otra parte⁸³, frustración del fin del contrato, teoría de la imprevisión, la excesiva onerosidad sobreviniente, el caso fortuito y la fuerza mayor, entre otros.

Sin embargo, consideramos que es imposible que un código informático pueda prever todas las contingencias probables para que el contrato se ejecute conforme a la voluntad de las partes.⁸⁴

82 Cf. Tolosa, ob. cit., p. 87.

83 El art. 1032 del CCyC contempla esta posibilidad.

84 En el mismo sentido: Fernández Cossini, ob. cit., p. 42.

VIII. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Como ya mencionamos anteriormente, el sistema se jacta de no requerir el auxilio del poder judicial estatal a efectos de obtener el cumplimiento de los acuerdos.

Ahora bien, en general, las partes que contratan por medio de un SLC, no se conocen y no tienen confianza entre sí, por lo que les puede costar confiar en el otro. Pongamos un ejemplo: una persona quiere comprar un juego de tazas de porcelana china a otro y pagará con *Ethers*. Si el comprador paga antes de recibir el producto, corre el riesgo de que el vendedor no le envíe el producto o le envíe otro de distinta calidad. Si el vendedor envía el producto sin haber recibido el pago, corre el riesgo de que el comprador no lo efectúe *motu proprio*. En cualquiera de los dos casos, el perjudicado debería recurrir a la justicia tradicional, solución que es contraria a la esencia del sistema.

Para solucionar este tipo de problemas, se creó una suerte de mecanismo de arbitraje rudimentario⁸⁵: los *multi-sig smart contracts* (o contratos de firmas múltiples).

Se crea una *address* o cuenta especial para el SC donde el comprador deposita los fondos necesarios para realizar el pago de la transacción y se designa un moderador o árbitro.⁸⁶ Para que los fondos sean liberados al vendedor o sean devueltos al comprador se necesita de dos firmas o claves.

Si el comprador recibe el producto de conformidad, ambos (comprador y vendedor) autorizan la transferencia del *Ether*.

Si las partes no se ponen de acuerdo, el árbitro revisará los hechos del caso y determinará quién de las dos partes se queda con los fondos en disputa y firmará en conjunto con el vencedor para que los fondos sean liberados.

Este procedimiento puede presentar, sin embargo, diversos problemas. En primer lugar, como ya advertimos al momento de delinear las funciones de los oráculos, estos árbitros no están exentos de ser manipulados a efectos de forzar una determinada decisión.

85 Cf. Ortolani, ob. cit., p. 5.

86 Sería, también, un oráculo.

Por otro lado, al nombrarse moderadores descentralizados que no dependen de una autoridad superior, habrá un gran grado de incertidumbre en cuanto a la decisión que se tomará, no se contará con precedentes, no será predecible la posición que cada uno de estos árbitros pueda tomar y no se formarán estándares públicos en cuanto a las decisiones, como ocurre con la -relativamente estable- aplicación de la ley efectuada por los tribunales de justicia tradicionales.⁸⁷

Asimismo, se ha planteado la posibilidad de solucionar este inconveniente estableciendo una suerte de tribunal superior que revise las decisiones de los moderadores y que, en caso de revocarlas o contradecirlas, los moderadores no puedan cobrar el honorario que les corresponde por la tarea realizada.⁸⁸

Sin embargo, no creemos que este tribunal superior sea una solución. En la justicia tradicional, donde se cuenta con precedentes y es mucho más sencillo intuir qué decidirá un juez, es usual que las sentencias de una instancia sean revocadas o modificadas por las de un tribunal superior. En el sistema de arbitraje de los SLC descrito, una vez que el moderador tomó la decisión los fondos son transferidos, y esa resolución no tiene vuelta atrás, por lo que se debería recurrir a la justicia tradicional a efectos de obtener la reparación de los daños o restitución de los fondos.

Tampoco queremos dejar de mencionar que, en materia de contratos de adhesión o de consumo, la aceptación de una cláusula arbitral del tipo de las que venimos comentando, no importará para el aceptante la renuncia a acudir a un tribunal de justicia ordinario.⁸⁹

Otro desafío para los sistemas de administración de justicia desarrollados en el ámbito de los SC puede ser la necesidad de balancear los derechos del acreedor y del deudor. Si la utilización de estos procedimientos se expande, puede ser necesario regular el código y poner algún límite a la autoejecutabilidad.⁹⁰

Finalmente, habiendo adelantado que puede ser necesario regular el código, cabe preguntarse cómo y quién debería legislar en materia de procedimientos de ejecución. Tradicionalmente, esta materia fue regulada por los estados

87 Cf. Sklaroff, ob. cit., p. 301.

88 *Ibidem*.

89 En este sentido: punto VII del art. 51 del CDCB y art. 988 inc. b) del CCyC.

90 Cf. Ortolani, ob. cit., p. 11.

nacionales y ha sido entendida como una cuestión estrictamente vinculada a la soberanía nacional.

Sin embargo, se ha sostenido, a nuestro juicio con razón, que en el caso de los SLC, teniendo presente su característica transnacional, sería conveniente una regulación internacional de la materia.⁹¹ Sostener lo contrario importaría grandes costos para las empresas que ofrecen servicios por estas vías, ya que debería tenerse presente la legislación de cada país al momento de diseñar el código que regirá el SC.

IX. POTENCIALES USOS RELACIONADOS CON LA LABOR NOTARIAL

Creemos que, dentro de los límites que su estructura posea, los SC podrían ser aplicados para diversos negocios jurídicos que podrían llegar a estar relacionados con la labor notarial. A continuación analizaremos escuetamente algunos de ellos:

A) SOCIEDADES

Vimos anteriormente que en el marco de *Ethereum* se constituyó una organización descentralizada llamada "The DAO". En ella dos o más personas, organizadas bajo una serie de SC, realizaron aportes e intentaron llevar adelante un negocio, es decir, en Estados Unidos constituyeron una *partnership*.⁹²

Si se formara una organización de este estilo en Argentina, que no hubiera adoptado ningún tipo social y quisiera realizar algún acto frente a un notario, consideramos que sería una sociedad de la sección IV (antes sociedad de hecho), por lo que correspondería darle, en principio, ese tratamiento.

De todas maneras, y teniendo presente el carácter pseudónimo de sus integrantes y la imposibilidad o gran dificultad para asociar las identidades

91 Cf. Ortolani, ob. cit., p. 12.

92 Cf. Rodrigues, ob. cit., p. 684.

de los usuarios a la de las personas físicas que deberían comparecer ante el notario, la actuación de este tipo de entidades parece difícil.⁹³

B) SUCESIONES Y PLANIFICACIÓN CONTRACTUAL

Un SLC podría ser utilizado por el futuro causante para ordenar y determinar cómo distribuir sus bienes “tokenizados” al momento de su fallecimiento. Debido a la naturaleza testamentaria que dicho SLC tendría, sería conveniente que se efectuara por acto público notarial, para que el futuro causante pueda recibir un asesoramiento adecuado.

C) FIDEICOMISO EN GARANTÍA

En el ambiente de la contratación no electrónica, un deudor/fiduciante puede transmitir la propiedad de un bien a un fiduciario con la finalidad de garantizar su deuda al acreedor. En caso de que el deudor cumpla, el bien deberá ser restituido al deudor. En caso de que el deudor no cumpla con su obligación, el fiduciario podrá enajenar el bien y entregar las sumas de dinero que haya obtenido al acreedor como parte de pago de la deuda.

Para trasladar esta situación a la actuación notarial relacionada con los SC, creemos que debería ser necesario desarrollar dos conceptos: 1) La tokenización de inmuebles⁹⁴; y 2) La personalidad.

Si bien la “tokenización de inmuebles” está en una fase muy prematura, consideramos que en el mediano plazo será algo viable y corriente.⁹⁵

93 Tal vez sea posible la actuación de alguna DAO constituida en el marco de una cadena de bloques permisionada o privada donde los “socios” suscriban el contrato con firma digital (es decir una firma que consista en la aplicación de procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control, que sea susceptible de verificación por terceras partes, que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma, y originada de un certificado emitido por una autoridad certificante habilitada por el Estado).

94 Si bien no desconocemos que el notario puede actuar en los contratos que tengan como objeto todo tipo de bienes, su actuación por antonomasia es en relación a los inmuebles.

95 Cf. Schmidt y Cosola, ob. cit., p. 18.

Un “token” es una unidad de valor emitida por una entidad privada. Un “token inmobiliario”, en este caso, consistiría en la representación de un derecho sobre un inmueble o una parte indivisa de éste.⁹⁶

Supongamos que quien posee los “tokens” es el único que puede efectuar actos de disposición y administración sobre ese inmueble.

Entonces, volviendo al ejemplo del fideicomiso, dos o más partes podrían celebrar un SLC mediante el cual un deudor transmita la propiedad fiduciaria de los “tokens inmobiliarios” al fiduciario en garantía de una deuda. Ante el incumplimiento del deudor -detectado automáticamente por el SLC-, el fiduciario podría usar su clave para enajenar esos *tokens* y que el producido de esa venta sea depositado -también automáticamente- en la cuenta del acreedor hasta cubrir el monto de la deuda (y en caso de que quedara un remanente, depositarlo en la cuenta del fiduciante/deudor).

Ahora bien, yendo aún más lejos, podríamos pensar que el rol de fiduciario podría ser ejercido por un *bot*, un agente programado para actuar automáticamente.

Cabría analizar, en este caso, la naturaleza jurídica de ese *bot*. ¿Sería conveniente dotarlo de algún tipo de personalidad? ¿Sería un ente con patrimonio propio o una suerte de mandatario del deudor con un patrimonio de afectación especial del deudor creado al efecto?

Al momento de disponer del “token”, ¿Es necesaria la intervención de un notario? ¿Puede un notario actuar frente al requerimiento de un *bot*?⁹⁷

Más allá de mencionar que consideraríamos necesaria la intervención de un notario al momento de disponer del “token” y sobre todo para asesorar al fiduciante en relación con los actos que va a realizar y darle la correcta forma al negocio jurídico, no es nuestra intención contestar las preguntas formuladas. Ellas son, más bien, un disparador que invitan al lector a reflexionar sobre este tipo de situaciones que pueden llegar a darse en un futuro cercano.

96 *Ibíd.*

97 No queremos dejar de advertir que este desarrollo es puramente teórico y cuasi-ficcional, y que esta situación es imposible dentro del marco legal y del grado de desarrollo tecnológico actual.

X. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo hemos analizado los smart contracts, poniendo el foco en los smart legal contracts constituidos sobre una cadena de bloques pública del estilo de *Ethereum*.

Creemos que del análisis queda en claro que, en el estado actual de esta tecnología, los SLC no están en condiciones de suplantar, ni siquiera en teoría, a los contratos tradicionales. Estos SLC tienen en sus características intrínsecas, su inmutabilidad y su auto-ejecutabilidad, un arma de doble filo. Por un lado, son sus principales virtudes, pero por otro son lo que no les permite adecuarse a las normas existentes en el derecho de los contratos, sobre todo en materia de defensa del consumidor y contratos celebrados por adhesión.

Podemos afirmar, también, que no todo lo que brilla es oro y que pese a que sus defensores pregonan que los SLC han venido para eliminar a los terceros intermediarios y a producir una sustancial baja de los costos de contratación, la realidad no es tan así.

Por un lado, los SLC, para ser eficientes y tener vínculos con el mundo real, dependen de oráculos, terceros que pueden no ser independientes y que presentarán un costo a la hora de recurrir a ellos.

Por otro, a la hora de suscribir SLC complejos, no solo se necesitará la participación de un especialista en derecho, sino que además habrá que sumar a la ecuación a un informático.

Más aún, como esta tecnología todavía se encuentra en desarrollo y no ha sido ampliamente testeada, no podemos saber cómo impactará realmente en las relaciones entre consumidores y empresas, pero, a nuestro juicio, no creemos que el resultado vaya a ser favorable para el consumidor.

Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos que puede ser conveniente utilizar los SLC como apoyo para ciertos aspectos de los contratos tradicionales. En el corto plazo será posible para gran parte de las personas celebrar este tipo de acuerdos, y el notario, como profesional del derecho altamente capacitado para la elaboración de contratos, no puede dejar de estudiar las posibles funciones de esta nueva tecnología.

La clave tal vez esté en no buscar que esta tecnología sea mágica y pretender aplicarla en cada situación que sea posible. Así, “del mismo modo que no se usa una llave inglesa para clavar un clavo, tampoco debe utilizarse el SLC para la formalización de cualquier contrato”.⁹⁸

BIBLIOGRAFÍA

- Clack, Christopher D.; Bakshi, Vikram A. y Braine, Lee, “Smart Contract Templates: foundations, design landscape and research directions”, *ArXiv*, 2016. Disponible en: <http://arxiv.org/abs/1608.00771> (última vez visto el 04/08/2019).
- Díez-Picazo Ponce de León, Luis, “Contrato y libertad contractual”, *Themis*, Revista de Derecho. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_049.pdf (última vez visto: 04/08/2019).
- Efing, Carlos y Dos Santos, Adrielly Pinho, “Análise dos smart contracts à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro”, *Direito & Desenvolvimento*, *Revista do programa de pós-graduação em direito mestrado em direito e desenvolvimento sustentável*, ago/diez 2018, Vol. 9, Núm. 2. Disponible en: <https://doi.org/10.25246/direitoedesenvolvimento.v9i2.755> (consultado por última vez el 04/08/2019).
- Fairfield, Joshua, “Smart Contracts, bitcoin bots and consumer protection”, *Washington and Lee Law Review Online*, 2014.
- Fernández Cossini, Elda, “La ‘automatización’ del derecho y la función notarial”, Trabajo elaborado en ocasión de la Beca del Consejo General del Notariado Español, año 2018 (inédito), p. 34.
- Fin De Figueiredo, Eduardo y Alves Da Silva, Marcos, “A análise econômica do direito contratual e a função social do contrato”, *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, ene/jun 2016, V. 2, N°1.
- Freytes, Alejandro E., “Resistematización contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley*, 16/02/2017, AR/DOC/3187/2016.

98 Fernández Cossini, ob. cit., p. 100.

CONGRESOS Y JORNADAS

- Gonzalez, Carlos, "Usan bitcoin para lavar dinero en cárceles de Río de Janeiro", *Criptonoticias*, 2018. Disponible en: <https://www.criptonoticias.com/gobierno/judicial/usan-bitcoin-lavar-dinero-carceles-rio-janerio/> (última vez consultado el 04/08/2019).
- Granero, Horacio R., "Los contratos inteligentes y la tecnología 'blockchain' (su encuadre en el Código Civil y Comercial de la Nación)" *EIDial*, DC24BB.
- Grover Dorado, John, "Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho Argentino", *SAIJ*, 26/10/2016. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/john-grover-dorado-contratos-electronicos-consumo-derecho-argentino-dacf160582-2016-10-26/123456789-0abc-defg2850-61fcanirtcod?&o=0&f=Total%7CFecha/2016/10%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil%5B3%2C1%5D%7COrga> (última vez visto: 04/08/2019).
- Kolber, Adam J., "Not-so-smart blockchain contracts and artificial responsibility", *Stanford Technology Law Review*, N° 198, 2018, p. 200.
- Legeren-Molina, Antonio, "Los contratos inteligentes en España", *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, N° 2, 2018. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/320>.
- Nakamoto, Satoshi, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System". Disponible en: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> [última consulta: 04/08/2019].
- Narvaez Leite, Caroline, *Os desafios do anonimato no contexto de tratamento automatizado de dados pessoais na internet*, Universidad de San Pablo, San Pablo, 2018, p. 139.
- O'Shields, Reggie, "Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain", *North Carolina Banking Institute*, Vol. 21, art. 11, 2017. Disponible en <http://scholarship.law.unc.edu/ncbi/vol21/iss1/11> (última consulta el 04/08/2019).
- Pérez Consentino, Marcelo E. y Giralt Font, Martín J., "La firma digital en el nuevo Código Civil y Comercial", *Noticias de Consejo Federal del Notariado Argentino* - N° 61, mayo 2017.
- Rodrigues, Usha R., "Law and Blockchain", *Iowa Law Review*, N°104, 2019, p. 679.
- Schmidt, Walter César y Cosola, Sebastián Justo, "Coexistencia de dos mundos: el impacto del mundo digital en el ordenamiento jurídico", trabajo presentado en la XXXIII Jornada Notarial Argentina, realizada en Bariloche del 20 al 22 de septiembre de 2018. Disponible en: <http://www.cfna.org.ar/noticias-2018/xxxiii-jornada-notarial-argentina-2018-trabajos-presentados/> [última consulta: 04/08/2019].
- Sklaroff, Jeremy M., "Smart Contracts and the cost of inflexibility", *University of Pennsylvania Law Review*, n°166, 2017.

Smart Contracts Alliance en colaboración con Deloitte. Una iniciativa de la Cámara de Comercio Digital. "Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond A Technology, Legal & Regulatory Introduction", p. 9. Disponible en: <http://digitalchamber.org/assets/smart-contracts-12-use-cases-for-business-and-beyond.pdf> (última vez visitado el 04/08/2019).

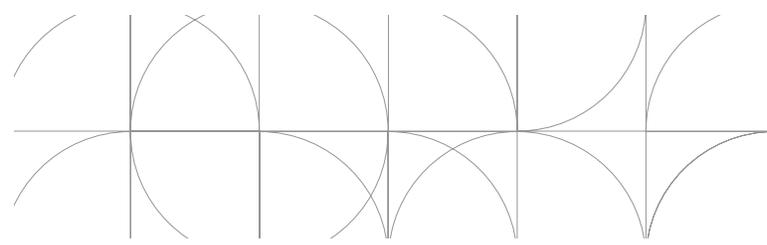
Stark, Josh, "Making sense of blockchain smart contracts", Coindesk, 2016. Disponible en: <http://www.coindesk.com/making-sense-smart-contracts/> (última vez visto el 04/08/2019).

Szabo, Nick, "Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets", http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html (última vez visto el 04/08/2019).

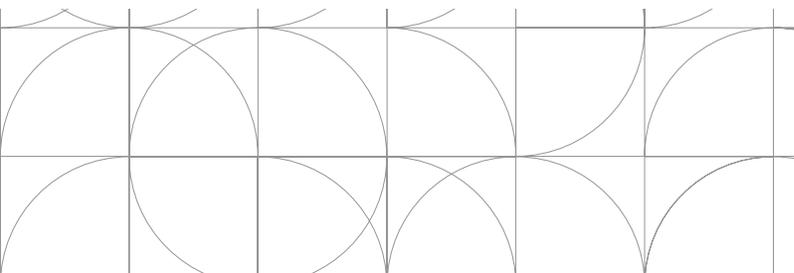
Szabo, Nick, "Smart Contracts", 1994. Disponible en: <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (última vez visto el 04/08/2019).

Tur Faúndez, Carlos, *Smart Contracts-Análisis Jurídico*, Madrid, Editorial Reus, 2018.

Werbach, Kevin y Cornell, Nicolas, "Contracts Ex-machina", *Duke Law Journal*, Nº 67, 2007, 313.



DERECHO REGISTRAL



LEGITIMACIÓN DEL USUFRUCTUARIO PARA AFECTAR AL RÉGIMEN DE VIVIENDA

LUANA ALBERDI IMAS

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Facultades del usufructuario. 3. Protección de la vivienda. 4. Ejecutabilidad del derecho de usufructo. 5. ¿Podría el usufructuario proteger su vivienda con el instituto del art. 244 del Código? 6. ¿Quién es el titular registral? 7. Situación de los registros de la propiedad inmueble en Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Córdoba. 8. Situación del nudo propietario frente a la afectación por el usufructuario. ¿Cuál es el límite de la afectación? 9. Distintas posibilidades de afectación a vivienda por parte del usufructuario. 10. Conclusión.

01. INTRODUCCIÓN

La legislación atinente al derecho privado, está íntimamente relacionada con la vida cotidiana del ser humano y tiene una influencia decisiva en la orientación y conformación de una sociedad. En el año 2015 se sancionó la codificación unificada de las materias civil y comercial y, como corolario de la misma, se han incorporado instituciones que se consideraron convenientes para acompañar el proceso de actualización de la legislación decimonónica.

En materia de derechos reales, el usufructo ha mutado su estructura por cuanto la ley le otorga mayores facultades a su titular. En cuanto al objeto, se aclara con mayor especificidad que puede recaer sobre una parte material de la cosa y también que puede ser un derecho, el objeto de un usufructo, siempre que la ley así lo disponga.

En relación a las facultades de las que goza el usufructuario, además de usar y gozar de la cosa, puede transmitir su derecho y constituir derechos reales de disfrute de contenido menor, como también el derecho de anticresis. Asimismo, puede constituir derechos personales sobre el objeto de su derecho. Concordantemente con la facultad que se concede al usufructuario de transmitir su derecho, se admite que los acreedores puedan embargar y ejecutar el derecho de usufructo.

En cuanto al instituto de bien de familia contemplado en la derogada Ley 14.394, ha sido recogido por la norma sustantiva, y bajo el nombre de Vivienda, se regula en los arts. 244 al 256 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) con una mayor amplitud.

La articulación entre el derecho real de usufructo sobre un inmueble destinado a casa habitación y la afectación al régimen de vivienda debe estar presidida por una interpretación que tenga en cuenta no solo las palabras de la ley, sino también sus 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. De manera que el usufructo no se encuentra aislado de la interpretación de otros institutos, y si la ampliación de sus facultades trae como consecuencia indirecta la posibilidad de perder su derecho, no caben dudas de que

se encuentra en pie de igualdad con el titular de dominio, para proteger su vivienda de tales contingencias.

Tal protección, por otra parte, se encuentra en armonía con la constitucionalización del derecho privado que ha operado con la sanción del nuevo código, donde las garantías de la Constitución Nacional se hacen operativas a través de las normas del código de fondo.¹

Nuestra Carta Magna asegura la inviolabilidad de la propiedad privada (art. 17)² y el derecho de usar y gozar de la propiedad a todos los habitantes de nuestro país (art. 14)³. Por su parte, el art. 14 bis⁴ determina que la ley establecerá la defensa del bien de familia. Es que la vivienda integra el elenco de derechos económicos, sociales y culturales reconocidos y garantizados por la Constitución Nacional.

De los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial surge, con relación a los tratados internacionales, que todos aquellos que nuestro país ha suscripto y resultan obligatorios, deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso, pues como fuente de derecho, tienen esa función. Con mayor ímpetu, luego se expresa que al interpretar una norma tienen especial envergadura los tratados de derechos humanos, porque gozan de un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica.

Asimismo, el art. 22 de la Constitución Nacional expresa que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes, entre los cuales interesa destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño, en los que el derecho de acceso a la vivienda es tratado como derecho fundamental, que favorece el desarrollo humano.

1 Kiper, Claudio M., *Tratado de derechos reales*, T. 2, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2017 (2ª ed. act.).

2 Artículo 17.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.

3 Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; (...) de usar y disponer de su propiedad.

4 Artículo 14 bis.- El Estado otorgará (...) la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho que tiene toda persona de gozar de una propiedad (art. 17)⁵ y se refiere al derecho de un nivel de vida adecuado que le asegure una vivienda (art. 25 inciso 1)⁶.

Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos afirma en su art. 21⁷ que “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”.

Finalmente, por la trascendencia que conlleva para este aporte, resta recordar el alcance del término “propiedad” en nuestra Constitución. La Corte Suprema de Justicia, en sentencias emblemáticas como “Horta c/ Harguindeguy”, “Mango c/ Traba” y “Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital”, ha interpretado que el término propiedad comprende, en el sentido constitucional, a todo derecho de contenido patrimonial. Por lo cual el término propiedad comprende a los derechos personales, intelectuales y reales. Dentro de estos últimos, no solo al dominio, sino a todos los derechos reales. De manera que cuando se garantiza el derecho de usar y gozar de la propiedad, se incluye el derecho del usufructuario a su disfrute.

02. FACULTADES DEL USUFRUCTUARIO

La facultad de disposición jurídica, controvertida en el marco del Código velezano, es admitida en el art. 2142 CCyC⁸ y dado su carácter vitalicio, cuando se realice una transmisión del derecho, la norma expresa que es la vida del usufructuario original, la que determina la extensión en el tiempo de

5 Artículo 17, inc. 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

6 Artículo 25 inc. 11. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

7 Artículo 21. Derecho a la propiedad privada 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

8 Artículo 2142 CCyC: Derechos reales y personales. El usufructuario puede transmitir su derecho, pero es su propia vida y no la del adquirente la que determina el límite máximo de duración del usufructo. Con carácter previo a la transmisión, el adquirente debe dar al nudo propietario garantía suficiente de la conservación y restitución del bien. El usufructuario puede constituir los derechos reales de servidumbre y anticresis, uso y habitación y derechos personales de uso o goce. En ninguno de estos casos el usufructuario se exime de sus responsabilidades frente al nudo propietario.

esta desmembración, extinguiéndose a los 50 años si es persona jurídica, o a su muerte si es persona humana, de no haberse previsto un límite menor. Durante el plazo de vigencia del derecho de usufructo, éste puede transmitirse las veces que lo desee el actual usufructuario. El único requisito a tener en cuenta es que previa disposición, el adquirente debe dar garantía suficiente al nudo propietario de la conservación y restitución de la cosa.⁹

Ahora bien, algo no menos interesante plantea la segunda parte del artículo citado al expresar que: “El usufructuario puede constituir los derechos reales de servidumbre y anticresis, uso y habitación y derechos personales de uso o goce. En ninguno de estos casos el usufructuario se exime de sus responsabilidades frente al nudo propietario”. De esta manera, se amplían las facultades, algunas de las cuales estaban vedadas al usufructuario conforme el art. 2842 del Código derogado.¹⁰

A su vez, cabe aclarar que el titular del derecho de usufructo no tiene facultad para constituir un derecho real de hipoteca, por cuanto el código no lo enumera entre los derechos reales que puede constituir. En la práctica registral se han observado distintos títulos portadores de hipotecas donde el deudor constituyente era el usufructuario; que el registrador no inscribió pues esa facultad no está admitida en el Código.

03. PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA

La Ley 14.394 del año 1949, incorporó la primera protección de la vivienda. Dicho régimen llevaba el nombre de bien de familia y amparaba la vivienda familiar. Esta protección se incluye en el Código de fondo, adaptada a las necesidades de la sociedad moderna.

Se resguarda la vivienda sin necesidad de conformar una familia, bastando con ser persona humana el interesado en esta salvaguarda.

9 Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, T. 2, Buenos Aires, Zavallía, 2016.

10 Art. 2842. No pueden ser objeto de usufructo, el propio usufructo, los derechos reales de uso y habitación, las servidumbres reales activas, separadas de los inmuebles a que fueren inherentes, la hipoteca, la anticresis, la prenda separada de los créditos garantidos con ella, y los créditos que fuesen intransmisibles.

Hoy se protege “la vivienda” y esta tutela incluye a todos, sin importar si las personas tienen familia o no. Así una sola persona puede afectar a vivienda y revestir el doble rol de constituyente-beneficiario.

En lo relativo al objeto, puede afectarse un inmueble urbano o rural, destinado a vivienda, por su totalidad o una parte de su valor. Esto último, como se verá luego, es fundamental para aquellos casos en que los constituyentes sean poseedores legítimos, titulares de derechos reales pero que no sean el titular de dominio, como el superficiario y el usufructuario. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales.

Debe registrarse en el Registro de la Propiedad Inmueble, que es la autoridad de aplicación. La prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario. Cuando se solicite la afectación y su prioridad esté apoyada en un certificado de dominio, se le aplicará la retroprioridad de los arts. 23, 24, 25 y 26 de la Ley Nacional de Registros. En cambio, si es un trámite administrativo o judicial, su prioridad se registrará por el ingreso de la documentación al Registro, es decir, directa.

Este instituto protege solamente un inmueble. No puede afectarse más de uno, y si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter, dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término (art. 244 CCyC¹¹).

Algunos supuestos especiales en los que se admite la afectación de más de un inmueble son: el del nudo propietario o del condómino de un inmueble que quieren afectar otro inmueble de su dominio exclusivo; o el supuesto de las unidades dentro del régimen de propiedad horizontal, si una es la unidad funcional y la otra complementaria, y la afectación de dos

11 Artículo 244.- Afectación. Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales. La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario. No puede afectarse más de un inmueble. Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término.

inmuebles linderos, cuando la edificación de una vivienda está asentada sobre ambos.

Los beneficiarios de esta protección pueden ser el propietario constituyente, su cónyuge o conviviente, sus ascendientes o descendientes. Aquí encontramos una amplia gama de posibilidades, puesto que el beneficiario puede ser únicamente el constituyente, o éste y su esposa. Podría sumar también a sus hijos, o nietos, como también a sus padres por ejemplo. Puede ser beneficiario asimismo un pariente colateral, dentro del tercer grado de consanguinidad. Así un tío o sobrino podría ser protegido con este instituto. Para este supuesto debe hacerse una salvedad, puesto que la ley requiere que convivan con el constituyente.

Es obligatoria la habitación efectiva del inmueble. Por ello, el constituyente o alguno de los beneficiarios debe residir en este lugar (art. 247 del CCyC).¹²

La ley prevé algo innovador, que es la subrogación real, la cual fue reclamada por la doctrina y también recogida en distintos pronunciamientos judiciales. El art. 248 del Código, prevé que la afectación de vivienda puede ser cambiada a otro inmueble incorporado en el patrimonio de la persona. De esta manera, se sustituye la afectación del inmueble anterior al nuevo, conservando la fecha de constitución, desde la cual tiene efectos la protección. Se traslada asimismo a los importes que sustituyan la afectación cuando es en concepto de indemnización o precio, provenientes de la venta o de una expropiación por razones de utilidad pública, o la abonada por una aseguradora en caso de incendio, como también a la suma restante de la subasta pública del inmueble por ejecución de deudas contraídas previa afectación o que son oponibles por ser las excepciones a la protección contenida en el art. 249 del Código.

La subrogación real no ha sido interpretada de la misma manera en los distintos registros. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se decidió que la sustitución puede realizarse, sin importar si es un nuevo inmueble adquirido o no. Se fundamentó la decisión en situaciones que quedaban

12 Artículo 247.- Habitación efectiva. Si la afectación es peticionada por el titular registral, se requiere que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble. En todos los casos, para que los efectos subsistan, basta que uno de ellos permanezca en el inmueble.

desprotegidas, como aquellos padres que tienen más de un inmueble, y que al independizarse sus hijos prefieren mudarse a una casa menor de su propiedad. La realidad es que es comprensible el ejemplo, pero a su vez debe meritarse que si los acreedores no embargaron el primer inmueble puesto que estaba afectado a vivienda y sí lo hicieron con este segundo, sufrirían una burla y perjuicio, que pareciera que la ley no quiere generar.

En la provincia de Buenos Aires, se han intentado dos afectaciones de la manera mencionada, y ante la negativa del Registro, se recurrió a la Cámara Civil obteniendo pronunciamientos desfavorables, fundados en que el texto de la ley en este caso es muy claro y preciso al expresar “la *vivienda adquirida* en sustitución de la afectada”. Pensamos que, en una futura modificación del Código, podría permitirse expresamente el supuesto. Los fallos son del año 2016.¹³

Esta nueva tutela jurídica protege las realidades fácticas que se suscitan en la vida y contempla la posibilidad que tiene el constituyente de vivir donde lo desee, acorde a sus necesidades. De esta manera, se destaca el derecho constitucional de autodeterminación del individuo, que también es amparado por los tratados internacionales, y que no estaba previsto en la normativa derogada.

La subrogación real juega un rol muy importante, pues mantiene la fecha primigenia de afectación. Como es sabido, el inmueble afectado puede ser embargado, sin embargo, no procede la ejecución, si la afectación a vivienda es previa (salvo los casos de excepción contemplados en el art. 249 del CCyC). Mientras que el inmueble esté afectado a vivienda, el mismo no será pasible de ser ejecutado por acreedores del constituyente.

13 264.096 - Dirección General del Registro de la Propiedad, Expediente N° 23077- 1003/2016 iniciado por el notario Emilio Coto y 264.984 - Dirección General del Registro de la Propiedad, Expediente 23077-0001222/2016, iniciado por la notaria Hilda Vega de Torchia.

04. EJECUTABILIDAD DEL DERECHO DE USUFRUCTO

Mientras regía el Código velezano, el art. 2908¹⁴ permitía a los acreedores del usufructuario pedir el embargo de tal derecho, y que se les pagara con él, si se prestaba fianza suficiente de conservación y restitución de la cosa tenida en usufructo. La ejecutabilidad del derecho de usufructo no se permitía.

Allí no existía una transmisión del derecho al acreedor, por cuanto la forma de cobrarse la deuda era con el producido del ejercicio del gravamen, continuando el usufructuario como titular del derecho.

Esto pues, era el resultado de la regla por la cual el usufructuario podía ceder solamente el ejercicio de su derecho, permaneciendo directamente responsable frente al nudo propietario, dispuesto en el art. 2870 del Código derogado.¹⁵

La doctrina y la jurisprudencia eran contestes al entender que el acreedor embargante no se subrogaba al usufructuario en el derecho ni tampoco podía adjudicárselo en pago.¹⁶

Con el mismo criterio, en el año 2001, la Cámara Nacional Civil, Sala E de Mar del Plata, entendió que era de imposible realización judicial el derecho de usufructo, por cuanto el destino dado al inmueble era de mera vivienda, y por tal no existía un excedente de frutos que pudieran embargarse.¹⁷

Aunque no imposible, la limitación mentada hacía poco frecuente el embargo sobre el usufructo. Ahora bien, distinta es la situación actual, por cuanto existe un cambio en la normativa, debido a que el Código vigente permite en el art. 2144 que el acreedor del usufructuario ejecute el derecho de usufructo.

14 Art. 2908. Los acreedores del usufructuario pueden pedir que se le embargue el usufructo y se les pague con él, prestando la fianza suficiente de conservación y restitución de la cosa tenida en usufructo.

15 Art. 2870.- El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo, o ceder el ejercicio de su derecho a título oneroso o gratuito; pero permanece directamente responsable al propietario, lo mismo que el fiador, aun de los menoscabos que tengan los bienes por culpa o negligencia de la persona que le sustituye. Los contratos que celebre terminan al fin del usufructo.

16 Conforme fallo JUBA C1aCiv. y Com. Mar del Plata, año 1991, 0418, Tripodi.

17 CNCiv., sala E, 16-7-2001, Luver, Esther.

De forma coherente con la facultad del usufructuario de disponer de su derecho, el código vigente concede a los acreedores la posibilidad de ejecutar forzosamente el usufructo. Esta circunstancia conlleva a que el usufructuario deudor pierda totalmente su derecho y su lugar sea ocupado por el acreedor embargante.

A los fines de no perjudicar al nudo propietario, el código impone que el adquirente en subasta debe prestar garantía suficiente de la conservación y restitución de la cosa. Igualmente, que el tiempo de duración del derecho lo determina la vida de la persona a cuyo favor se constituyó el primer usufructo. En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2015) se resolvió de manera unánime que “en caso de ejecución individual o colectiva del acreedor en contra del usufructuario, el nudo propietario debe ser citado”.

05.

¿PODRÍA EL USUFRUCTUARIO PROTEGER SU VIVIENDA CON EL INSTITUTO DEL ARTÍCULO 244 DEL CÓDIGO?

Cabe preguntarse si el usufructuario, está legitimado para proteger su vivienda con el régimen que surge de los arts. 244 y siguientes del Código, sin el consentimiento del nudo propietario.

El art. 245 del Código expresa “la afectación puede ser solicitada por el titular registral”, sin hacer mención de cuáles son los titulares de derechos reales que están legitimados.

Esto permite hacer una interpretación finalista y considerar que no sólo están amparados aquellos titulares de derechos reales sobre cosa propia (el dueño, los condóminos, el propietario en propiedad horizontal o en propiedad horizontal especial, incluso el superficiario respecto de su propiedad), sino también el usufructuario como titular de un derecho de disfrute, en la medida en que el inmueble constituya su vivienda.

Toda vez que el usufructuario goza del amparo de las garantías constitucionales y la norma sustantiva de manera congruente no lo prohíbe, se entiende que puede resguardarse su derecho en relación al inmueble que constituye su vivienda, si es que así lo requiere, y no es necesario el asentimiento ni comparecencia del nudo propietario al acto de afectación a vivienda.

Así fue entendido en el XX Congreso Nacional de Derecho Registral (2019) donde por unanimidad se votó que “Queda comprendido el usufructuario dentro de los legitimados sustantiva y registralmente para la afectación al régimen de vivienda, sin necesidad de intervención del nudo propietario” (art. 245 CCyC). “La afectación estará limitada al valor de su derecho” (art. 244 CCyC).

Cabe aclarar que situación diferente es la del titular del derecho de uso y por tal no se lo incluye en este amparo, por cuanto la ejecución que puede sufrir recae sobre los frutos y no sobre el derecho mismo. Tampoco se estima la tutela del art. 244, sobre el derecho de habitación por cuanto este no es pasible de ser embargado.

06.

¿QUIÉN ES EL TITULAR REGISTRAL?

Cabe preguntarse qué significa y quién es el titular registral al que hace referencia el art. 245 como el legitimado para afectar el inmueble.

Se trata de una expresión de cuño registral, que el nuevo Código utiliza sólo en este artículo. Por principio “titular registral” es toda persona, humana o jurídica, que sea titular de un derecho real y que conste registrado en el registro inmobiliario.

De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española, titular registral significa “persona a cuyo favor figura inscripto un derecho real inmobiliario en el Registro de la Propiedad”.

A pesar de ello, no puede desconocerse que comúnmente, la doctrina y los pronunciamientos judiciales utilizan el término titular registral para designar al titular de dominio registrado, o en general, al titular de un derecho real sobre cosa propia inscripto. Se origina en que el art. 14 de la Ley 17.801 establece que la organización del folio real será en cuatro ítems, de los cuales el primero corresponde a las transmisiones de dominio (inc. a), lo que incluye a los derechos reales sobre cosa propia. A esta parte del folio se la conoce como “Titularidad” y es la que se utiliza para explicar el principio de

tracto sucesivo. Cuenta de ello da el escribano Scotti¹⁸ cuando explica este principio, al referirse al “titular registrado anteriormente” o “titular registral”. De la misma forma Villaro¹⁹ al tratar el mismo tema expresa “identidad del titular registral y el disponente”.

Ahora bien, la Ley Nacional de Registros, al hablar del tracto sucesivo en el art. 15, señala que “de los asientos existentes en cada folio deberán resultar el perfecto encadenamiento del titular del dominio y de los demás derechos registrados (...)”.

Sin embargo, la expresión, en su literalidad, no se circunscribe a quién es titular de un derecho real sobre cosa propia (dominio, condominio, propiedad horizontal, propiedad horizontal especial, propiedad superficiaria), sino a la titularidad de todo derecho real registrado.

Y, en lo que aquí interesa, a aquellos derechos reales principales sobre cosa propia o ajena (art. 1888 CCyC) que pueden enajenarse voluntaria o forzosamente, lo que incluye al usufructo.

07.

SITUACIÓN DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN BUENOS AIRES, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Y CÓRDOBA

En la provincia de Buenos Aires se dictó la disposición técnico registral 10 del año 2016 (DTR 10/2016)²⁰, a los fines de regular el procedimiento para la afectación a vivienda. Si bien meritúa la situación del titular dominial al exponer que la calidad de nudo propietario de un inmueble afectado a vivienda, no impide la afectación de otro que sea de su dominio exclusivo, no dirige la atención al derecho que le asiste al usufructuario de contar con una vivienda protegida de la acción de sus acreedores.

18 Scotti, Edgardo Augusto, *Aportes al Derecho Registral Argentino*, Ciudad de Buenos Aires, Editorial Fides, 2002.

19 Villaro, Felipe, *Función Notarial 2, Derecho Registral Inmobiliario*, Ciudad de Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2010.

20 Boletín Oficial de la República Argentina del 9 de agosto de 2016.

Situación similar es la del Registro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que a través de la DTR 4/2016 indica que "... En caso que exista usufructo, el inmueble debe ser afectado por el nudo propietario y el usufructuario conjuntamente; igual criterio se aplicará al uso y habitación".

En el primer caso se pone énfasis en la problemática del nudo propietario para permitir afectar al régimen un inmueble del que tiene la propiedad plena, cuando previamente había afectado otro, del que solo tenía la nuda propiedad. En el segundo ejemplo, se exige que el nudo propietario afecte a vivienda junto con el usufructuario. No se entiende el motivo por el cual el usufructuario deba requerir la conformidad del nudo propietario para proteger su vivienda.

Como se ha visto, la cuestión particular de la legitimación *per se* del usufructuario para afectar a vivienda no ha sido contemplada en los registros antedichos. Situación poco feliz puesto que son los dos más grandes del país, por la cantidad de inmuebles matriculados con los que trabajan. Distinta es la realidad de la provincia de Córdoba, donde en su registro sí se permite la afectación a vivienda por parte del usufructuario, incluso vía web.

08.

SITUACIÓN DEL NUDO PROPIETARIO FRENTE A LA AFECTACIÓN POR EL USUFRUCTUARIO. ¿CUÁL ES EL LÍMITE DE LA AFECTACIÓN?

En la práctica registral, previo a la sanción del nuevo código, se admitió la afectación a bien de familia por parte del usufructuario, mediante trámites de excepción, a partir de expedientes administrativos.

Sin embargo, requerir el asentimiento del nudo propietario, parece innecesario desde el momento que el usufructuario tiene el uso y goce de la vivienda y es ese uso y goce que se pretende proteger con la afectación.

Ahora bien, cabe preguntarse si existe menoscabo en el derecho del nudo propietario, si su inmueble estuviera afectado a vivienda por parte del usufructuario. Se piensa que el único inconveniente podría ser si éste quisiera dar en garantía la nuda propiedad. A pesar de ser de lo más inusual este supuesto, debido a que el nudo propietario tiene muy restringidas sus facultades, al no detentar la posesión, ni uso y goce de la cosa, esta valla

podría no resultar tal, si la afectación se realizara como contempla el Código en el art. 244 primera parte, por el valor que tenga el inmueble considerado en relación al usufructo. De esta manera, seguiría vigente para el nudo propietario la posibilidad de dar en garantía su derecho.

Toda vez que el usufructo es un derecho real sobre cosa ajena, de acuerdo al principio rector que expresa que nadie puede transmitir un derecho más extenso del que posee (art. 399 CCyC), tampoco puede afectar a vivienda por un valor mayor a su derecho. A los fines de la protección se deberá estimar el valor del derecho de usufructo y ser dicho monto el que resulte protegido.

09. DISTINTAS POSIBILIDADES DE AFECTACIÓN A VIVIENDA POR PARTE DEL USUFRUCTUARIO

Debido a la autonomía que toda persona tiene derecho a disfrutar, es atendible el supuesto en que el usufructuario, sin el consentimiento del nudo propietario, pueda proteger el inmueble donde vive con el régimen de vivienda. Esta afectación deberá proteger la porción de la que el usufructuario es titular, por cuanto mal podría extenderse a la totalidad del inmueble, debido a que carece de facultades para hacerlo.

Para llevar a cabo la afectación, se tendrá que realizar un cálculo del precio del derecho de usufructo y requerir el amparo de ese valor sobre el inmueble, posibilidad que brinda el código en el art. 244.

Situación diferente será aquella en que comparezcan el nudo propietario y el usufructuario solicitando la afectación a este régimen, donde el inmueble podrá ser protegido en su totalidad, debido a que en este supuesto no se limita la protección a la voluntad del usufructuario.

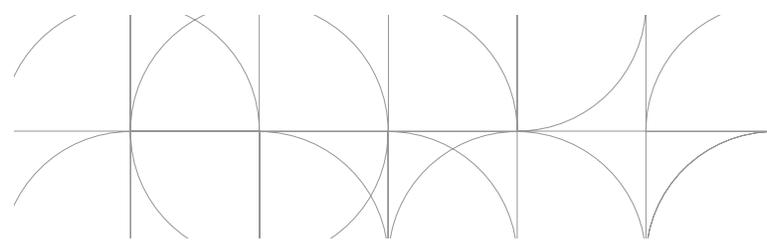
10. CONCLUSIÓN

Toda vez que el término propiedad, comprende a los derechos reales por igual, por cuanto todos se caracterizan por su contenido patrimonial, el titular del derecho de usufructo también es propietario de su derecho. Por tanto, merece el amparo que garantiza el art. 14 bis de la Constitución, bien de familia llamado en el año 1994, actual régimen de protección de la vivienda .

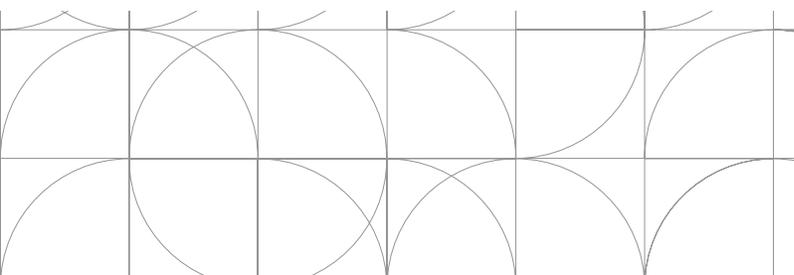
Los registros de la propiedad deben incluir en la nómina de sujetos legitimados para afectar a vivienda al usufructuario, por sí solo y así concretar la garantía constitucional de acceso a la vivienda y su conservación.

Toda vez que el usufructuario, sin consentimiento del nudo propietario, afecte su inmueble al régimen especial de vivienda, deberá hacerlo por un valor determinado en relación a su derecho.

Finalmente, como se dijera en los fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial "existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado" y está en manos de los operadores del derecho hacerla conocer para que pueda hacerse valer.



SOCIEDADES



ESPECIAL PARA REVISTA NOTARIAL

SOCIEDAD
POR ACCIONES
SIMPLIFICADA

SU INCIDENCIA EN LA ACTIVIDAD NOTARIAL. ASPECTOS NORMATIVOS Y TECNOLÓGICOS RELEVANTES

PATRICIA ELENA TRAUTMAN

SUMARIO: I. La tecnología y la función notarial. II. El documento digital. III. La sociedad por acciones simplificada. IV. Cambios de paradigma. a) En cuanto al fondo. b) En cuanto a la forma. V. Constitución. VI. Normativa aplicable. VII. Forma. VIII. Denominación. IX. Domicilio y sede. X. Objeto. XI. Plazo. XII. Capital social. XIII. Acciones. XIV. Aportes irrevocables. XV. Tipos de acciones. XVI. Transferencia de acciones. XVII. Organización de la sociedad. XVIII. Autoconvocatoria. XIX. Órgano de administración. XX. Representación legal. XXI. Administrador de hecho. XXII. Órgano de gobierno. XXIII. Órgano de fiscalización. XXIV. Reformas del contrato constitutivo. XXV. Estados contables. XXVI. Simplificación de trámites. XXVII. Transformación. XXVIII. Resolución de conflictos societarios. XXIX. Conclusiones.

Resultará necesario antes de adentrarse al estudio de la normativa especial prevista por la Ley 27.349 para la Sociedad por Acciones Simplificada, efectuar algunas consideraciones referidas a la intervención notarial en orden a la utilización de la tecnología y al resultado de aplicar la misma al documento notarial, a cuyo desafío obligado nos enfrentan sus preceptos en cuanto a su constitución y a sus reformas estatutarias.

Es cierto que el notariado tiene experiencia desde tiempo atrás, en el uso de medios tecnológicos, en los trámites pre y post escriturarios con la Administración Pública, pero esta ley nos enfrenta a su utilización imperativa para la constitución de la estructura societaria y para sus reformas. Tiene vocación inaugural en el sentido de ser la primera ley en nuestro país que menciona al protocolo notarial electrónico, si bien de uso facultativo e impone la expedición de la primera copia en soporte digital, esto es “no papel”, cambiando el soporte del estatuto social, sus modificaciones, poderes que ella emita y sus revocaciones. Salir de una larga e histórica dimensión papel y pasar sin abandonarlo, a la dimensión tecnológica necesitará de adecuaciones del pensamiento individual acompañado desde la gestión institucional, para que su impacto sea más sencillo y eficiente.

I. LA TECNOLOGÍA Y LA FUNCIÓN NOTARIAL

El objetivo principal de la función notarial lo constituye brindar a la sociedad seguridad jurídica preventiva.

La intervención notarial otorga al negocio jurídico un valor agregado.

El notario no solo es autor del documento en el que se refleja la voluntad de las partes, sino que además la encuadra en el orden jurídico, le otorga eficacia legal y valor probatorio, adicionando la guarda y conservación del mismo, todo ello en un marco de confianza e imparcialidad.

El valor de la función notarial a veces no es debidamente apreciado por el mercado y en pos de la celeridad de los trámites y la agilidad de los negocios da preeminencia a éstos, en detrimento de la seguridad jurídica.

El Estado tiene la obligación de crear un ámbito general de seguridad jurídica, dictando leyes en las que el juego de esos valores de seguridad y agilidad sean debidamente sopesados, dado que sin seguridad jurídica, tampoco habrá

inversiones ni un mercado que acreciente la economía de los negocios, como impulsores de la riqueza nacional.

El sistema de derecho civil, vigente en casi un centenar de países a nivel mundial que conforman la Unión Internacional del Notariado se estructura en base al ejercicio de la función notarial.¹ Y es así como el sistema del notariado latino desde un punto de vista exclusivamente económico, ofrece una reducción de costos para la sociedad, pues revistiendo el Notario la condición de profesional de derecho asesora a las partes y requirentes, encuadra y da forma legal al instrumento que autoriza, reduciendo su litigiosidad. Esta estructura reduce los costos del Estado, puesto que el peso del costo de organización de estos servicios recae sobre la propia estructura notarial y no sobre el Estado directamente, sobre quien sí recae exclusivamente el control, la selección y la determinación del régimen general del notariado.²

Por otra parte, el notario cuenta con capacidad técnica y experiencia en el uso de la tecnología. Su rol de agente de información de la Administración Pública en el orden nacional y local ha permitido posicionarlo adecuadamente en esa experiencia, acompañando todos los requerimientos que el propio Estado le ha planteado y más aún sumando la labor a través de los colegios profesionales y de la entidades de segundo grado a nivel nacional aportando sus mejores capacidades y experiencias en la materia.

De este modo, el notariado argentino aún con sus asimetrías propias de nuestra realidad política e institucional, se ha constituido siempre en un verdadero aliado del Estado, apoyando los requerimientos de una sociedad en constante demanda de servicios, como impulsor de nuevas instituciones jurídicas, interviniendo activamente en el ámbito de la competencia alitigiosa y enfrentando los desafíos tecnológicos que el Estado le presente en su necesidad

1 La Unión Internacional del Notariado es una organización no gubernamental internacional, instituida para promover, coordinar y desarrollar la función y la actividad notarial en el mundo. Integrada por 19 países con ocasión de su fundación en 1948, la institución cuenta con 88 países al 2 de octubre de 2018, de los cuales 22 de los 28 de la Unión Europea, y 15 de los 19 del G20, ilustrando así la expansión del sistema jurídico continental. Actualmente se encuentra implantado en alrededor de 120 países, representando 2/3 de la población mundial y más del 60% del Producto Interno Bruto mundial.

2 "El Notariado Latino. Análisis comparativo entre el sistema jurídico documental latino y el anglosajón. Costo del contencioso y de las indemnizaciones", Rosana A. Gimeno, Revista del Notariado 896, abril/junio 2009, p. 207 y siguientes.

de brindarle a los ciudadanos herramientas ágiles y sencillas que le permitan celebrar todo tipo de negocios.

No cabe duda sobre el aporte que el uso de la informática y de la tecnología ha brindado en las últimas décadas, a veces incipientemente advertido por los sucesivos gobiernos, pues la Ley de Firma Digital 25.506 fue sancionada el 14 de noviembre de 2001 y ha sufrido los avatares de las crisis políticas y económicas propias de la época de su sanción.

La necesidad de desburocratizar el Estado y la simplificación de trámites para el ciudadano, constituyen objetivos del Estado y que el Notariado está en condiciones de asumir, compartir, apoyar y acompañar.

Desde el aspecto tecnológico, la velocidad de las transacciones y la creación de bases de datos electrónicas, en nada se oponen con el ejercicio de la función notarial. La seguridad en términos informáticos no se identifica con la seguridad en términos jurídicos. Allí es donde la función notarial cobra relevancia asegurando a los ciudadanos la velocidad y premura requerida en sus negocios y trámites mediante el uso de la tecnología sin menoscabo de sus derechos fundamentales, por asistir activamente en su defensa y ser un profesional altamente preparado, calificado y auditado a tal fin.

El uso de firma electrónica, la validación de firma digital o de cualquier dispositivo que se basa en datos biométricos, la firma remota, la implementación de tecnología blockchain e inteligencia artificial y todos los que se creen en el futuro, solo otorgarán al ciudadano automatización y velocidad en sus transacciones, pero nunca podrán suplir el control que realiza y cumple el notario en el ejercicio de su función, aportando su conocimiento técnico legal, justificando la representación legal o convencional y asegurando en fin la prestación libre del consentimiento por las partes de ese negocio.

La tecnología no resuelve la inexistencia de vicios de la voluntad y la capacidad y legitimación al momento del otorgamiento del acto, negocio o trámite que el ciudadano realice o celebre. Es la función notarial con uso o no de tecnologías, la que le otorga seguridad jurídica a los documentos de todo tipo, ya sean digitales o instrumentados en cualquier otro soporte.

La equivalencia funcional que establece la ley de firma digital entre la firma digital y la autógrafa no suple el ejercicio de la función notarial. La firma digital no le otorga al documento una validez y eficacia legal o probatoria del instrumento público notarial.

Es relevante que la sociedad en general y el notariado en particular tengan presente que la implementación de circuitos tecnológicos por parte del Estado no puede contradecir los pilares básicos de nuestro sistema jurídico, ni adoptar recetas impuestas por organismos internacionales o por sistemas jurídicos en lo cuales se busca un tercero de confianza por carecer de la figura y el rol del notariado latino.

Cabe aclarar que nuestra Ley de Firma Digital 25.506, en su art. 4º, dejaba fuera del ámbito de aplicación de la misma a las escrituras públicas, dado que entre sus exclusiones establecía que sus disposiciones no son aplicables: a) a las disposiciones por causa de muerte; b) a los actos jurídicos del derecho de familia; c) a los actos personalísimos en general; d) 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. Sin embargo la Ley 27.446 sancionada el 18 de junio de 2018 derogó el mencionado artículo. Pareciera que el legislador al derogar las excepciones permite el uso de la firma digital en todos los actos, contratos y negocios del derecho privado, sin embargo en una interpretación armónica del orden jurídico, al derogarlas no hizo más que renacer los principios generales de la normativa de fondo. Para dejar claro este razonamiento, basta con solo pensar que nadie otorgará un testamento con firma digital.

En este sentido, es importante dejar perfectamente aclarado el rol del Estado a través de las autoridades certificadoras y de las autoridades de registro, como agentes que administran claves públicas y certifican únicamente la pertenencia de determinada clave pública a determinada persona física; sin realizar ningún tipo de certificación similar a la notarial, por lo que el uso que el ciudadano da a su dispositivo de firma, no implica que la misma, por estar dentro de una estructura legalmente reconocida, no tenga vicio de la voluntad alguno. Es justamente el elemento de seguridad faltante lo que aporta la función notarial.

Estos planteos llevan a sostener que no hay dudas de que la adaptación del notariado a la aplicación de las nuevas tecnologías es absolutamente viable; y además que la función notarial debe ser ejercida dentro de los principios fundamentales del notariado de tipo latino.

Así la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la Unión Internacional del Notariado expresó: "Consideramos además como perfectamente posible, lo que denominamos Función Notarial Electrónica. Lo fundamental es

la 'función' del notario, más allá del elemento en el que se plasme la misma, hoy 'papel de protocolo' mañana quizás un archivo electrónico. No nos hace notarios el otorgar nuestros actos sobre un papel que, si bien tiene diferentes características en los distintos países, es un 'papel con medidas de seguridad', sino que somos nosotros los que al ejercer nuestra propia función, dotamos a ese instrumento de las características propias del instrumento público notarial". En el mismo sentido, expresó: "Estamos convencidos que la función notarial aporta el elemento de seguridad jurídica del que carece la herramienta tecnológica".³

El Secretario Legal y Técnico de Presidencia de la Nación, Pablo Clusellas, en oportunidad de presentar la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor sostuvo que "la tecnología es la herramienta que tiene enorme eficacia para transformar la Administración Pública. Como Estado tenemos que generar confianza para que la gente se anime a emprender y hacerles más simple el camino de entrada". Además, el secretario de Modernización Administrativa, Eduardo Martelli, afirmó: "Estamos yendo aceleradamente a un Estado totalmente despapelizado, trabajando con 23 ministerios y más de 80 organismos; ya hay 1800 trámites que operan en electrónico, 23 millones de documentos, más de 2 millones y medio de expedientes digitalizados. La SAS es un emblema de que hay otro mundo posible que significa ahorro en tiempo, esfuerzo y más transparencia".

La Exposición de Motivos de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor dice que, esta ley "representa una oportunidad para 3 millones de monotributistas; para 42 % de ocupados que son informales; para que las 60 mil empresas que se crean por año en la Argentina lo hagan de forma simple y ágil".

De estas consideraciones puede extraerse que constituye un objetivo prioritario como política institucional del notariado argentino sostener y expresar que la función notarial es coadyuvante de los objetivos del Estado argentino en priorizar la celeridad, simplificación y desburocratización de los trámites que realizan sus ciudadanos, mediante el uso de herramientas digitales, en el marco de la seguridad jurídica preventiva de los mismos respetando el orden jurídico como defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

3 "El Notario y su función", Conferencia de notariados de la Unión Europea, Madrid, 23 de marzo de 1990. "El Notario y las Transacciones Jurídicas Electrónicas", Unión Internacional del Notariado Latino. Comisión de Informática y Seguridad Jurídica. Ponencia Argentina Tema II.

II. **EL DOCUMENTO DIGITAL**

El Código Civil velezano como es natural no recepitó el documento digital. Ello se produjo en nuestro derecho con la sanción de la Ley de Firma Digital 25.506 el 14 de noviembre de 2001, aún vigente, que confiere eficacia jurídica al documento digital, permitiendo la creación de documentos digitales de primera generación y además digitalizar documentos contenidos en otro soporte que representan actos o hechos los que firmados digitalmente tendrán valor probatorio que la misma ley confiere, equiparando la firma digital a la firma manuscrita como requisito de validez de los actos.

El Código Civil y Comercial aprobado el día 1 de octubre del año 2014, mediante Ley 26.994, y cuya entrada en vigencia por Ley 27.077 del 19 de diciembre del año 2014, se adelantara al 1 de agosto de 2015, constituyen la unificación del derecho privado argentino, sin perjuicio de las leyes especiales que mantienen su vigencia, en algunos supuestos con modificaciones, tal el caso de la Ley General de Sociedades (LGS). Por lo que nuestro actual Código Civil y Comercial incorpora el documento digital bajo las siguientes referencias:

a) La expresión escrita se puede hacer constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos (art. 286);

b) La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento (art. 288);

c) El protocolo se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro, numerados correlativamente en cada año calendario, y con los documentos que se incorporan por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto, correspondiendo a la ley local reglamentar lo relativo a las características de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo (art. 300);

d) El escribano debe dar copia o testimonio de la escritura a las partes; y ese instrumento puede ser obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble, conforme a las reglamentaciones locales (art. 308).

Bajo estas prescripciones el derecho privado argentino recepta el documento digital.

El decreto 434/16 del 2 de marzo de 2016 referido al Plan de Modernización del Estado aprueba la implementación de la Plataforma de Trámites a Distancia en el ámbito nacional, permitiendo disponer de una plataforma de gestión de expedientes electrónica, que incluya la compatibilidad y optimización de los procedimientos internos de gestión, reemplazando los expedientes en papel por expedientes electrónicos integrados en su totalidad por documentos digitales para lograr la despapelización de la administración pública tal como lo prevé la Ley 25.506. El objetivo de la Administración Pública Nacional en el cumplimiento del Plan de Modernización del Estado, es el de “facilitar a los usuarios acceder a la plataforma digital de información y servicios administrativos, ampliando los medios de vinculación existentes y facilitando la gestión de trámites a distancia”.

A su vez, el art. 14 del Decreto 1063/16 modifica la redacción del art. 36 del Decreto 2628/02, reglamentario de la Ley 25.506, incorporando el siguiente párrafo: “Los certificadores licenciados de organismos públicos podrán constituir autoridades de registro pertenecientes al sector privado, previa autorización de la Secretaría de Modernización Administrativa del Ministerio de Modernización”. Esta novedad legislativa es la que permitió que un certificador licenciado de organismos públicos como es la Oficina Nacional de Tecnologías de la Información (ONTI) haya concedido la facultad de investir a los colegios de escribanos como sus autoridades de registro de los certificados de firma digital emitidos para los escribanos de cada jurisdicción. De tal forma, los notarios de todo el país podrán contar con los mismos certificados de firma digital que utiliza la Administración Pública para sus actuaciones.

Con estos antecedentes normativos, que entiendo basales, sumados a una clara comprensión de la definición de la firma digital equiparable a la firma autógrafa, y la utilización de ambas sin menoscabo de una u otra, el ejercicio de la función notarial dentro de los preceptos del sistema latino coadyuvará con la necesidad de transacciones ágiles, sencillas, seguras y de bajo costo que demanda nuestra sociedad.

“Es evidente que todos los operadores jurídicos e inmigrantes digitales afrontamos uno de los mayores desafíos de la hora actual: la elaboración de un derecho dúctil que perviva en este tránsito de la lógica del átomo, de la materia y del papel al ecosistema del bit, de la desmaterialización y de la despapelización”.⁴

III.

LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

En este escenario, en el cual el grado de avance del uso de la tecnología ha ido fluctuando de acuerdo a necesidades políticas y sociales, que desde la sanción de la Ley de Firma Digital venía de la mano de los objetivos principalmente de las distintas administraciones públicas, irrumpe con fecha 29 de marzo de 2017 la sanción de la Ley 27.349, cuyo objeto es apoyar la actividad emprendedora en el país.

En su título III, arts. 34 a 62, crea un nuevo tipo societario por fuera de la LGS, dando nacimiento a la SAS, estructura jurídica innovadora que viene a romper tradiciones jurídicas arraigadas. La unipersonalidad, el objeto plural, la simplificación de trámites y procedimientos en su constitución y funcionamiento mediante el uso de medios digitales, entre otros.

Fue voluntad del legislador crear un nuevo tipo social. Este elemento no es menor. Si es un nuevo tipo societario, es autónomo y autosuficiente, y se registrará en primer lugar por la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor, y supletoriamente por la Ley 19.550 (LGS) en cuanto se concilie con aquella.

Se encuentra dividida en cinco títulos: Título I. Apoyo al capital emprendedor. Título II. Sistemas de financiamiento colectivo. Título III. Sociedad por Acciones Simplificada (SAS). Título IV. Otras disposiciones. Creación del Fondo Semilla. Título V. Disposiciones generales. Creación del Consejo Federal de Apoyo a Emprendedores.

Se enrola así en las tendencias del derecho comparado, mediante la creación de una organización de administración y gobierno societario flexible con preeminencia de la autonomía de la voluntad para estipular las cláusulas estatutarias que aseguren su funcionamiento y desarrollo.

4 *El Derecho dúctil*, Zagrebelsky, Gustavo, Editorial Trotta, Madrid, 2011.

SOCIEDADES

Su finalidad la constituye la creación de empresas y de empleo de acuerdo con estructuras y experiencias normativas recogidas en otros países y sobre la base de recomendaciones de organismos internacionales.

Son antecedentes inmediatos: la ley francesa de sociedad anónima simplificada del año 1994, la ley colombiana del año 2008, la ley mejicana del año 2016 y la ley chilena de junio del 2007.

Así para el año 2007 existían en Francia 104.613 sociedades anónimas simplificadas contra 73.415 sociedades anónimas, mientras que en Colombia durante el año 2008 se crearon más de 11.000 SAS y durante el año 2009 se constituyeron 60.000 más, muchas de ellas por transformación de sociedades anónimas al nuevo tipo social.

La Ley 19.854 del año 2007 de Chile, incorpora la unipersonalidad mediante la adopción de la denominada empresa individual de responsabilidad limitada, introduciendo reformas para fomentar la industria mediante la creación de compañías de capital de riesgo con gran libertad para pactar cláusulas de su estatuto social.

La Ley 1258 del año 2008 de Colombia comienza reconociendo la unipersonalidad en la constitución de la persona jurídica. Constituye un importante avance dentro del derecho societario de ese país, tiene actualmente una recepción muy favorable en el mercado, no solamente por la simplificación de sus trámites constitutivos sino que además cuenta con el apoyo de las cámaras empresariales.

La SAS constituida en cualquiera de estos sistemas jurídicos es esencialmente una estructura corporativa que puede resultar unipersonal que combina órganos de gobierno flexibles, limitación de responsabilidad del socio, pluralidad de objetos y beneficios tributarios.

Dentro de nuestro país su antecedente fue el proyecto de reforma de la Ley 19.550 elaborado en el año 1993 insertando a las SAS, como otro de sus tipos sociales previstos, dando cabida a la necesidad de la unipersonalidad reclamada por sectores de la moderna doctrina comercial.

De igual forma, los senadores Federico Pinedo y Ada Itúrriz de Cappellini han presentado el 5 de junio de 2019 un nuevo proyecto de reforma de la LGS que unifica en un solo plexo normativo los distintos tipos societarios previstos

en la Ley 19.550 y las SAS actualmente previstas en la Ley 27.349, manteniendo idéntica regulación legal, dando así por concluida la objeción de que este tipo social contaba con un marco normativo diferente de los demás tipos societarios tradicionales.

El proyecto de ley que recepta a la SAS en nuestro país fue elaborado por el Ministerio de Producción, Hacienda y Finanzas Públicas y la Jefatura de Gabinete de Ministros, a raíz del pedido formulado por la Asociación de Emprendedores de Argentina (ASEA) quienes se hicieron eco del informe "Doing Business" (haciendo negocios) elaborado anualmente por el Banco Mundial que señalaba que nuestro país se encontraba en el puesto 157 sobre 189 países en el ranking que mide la facilidad para la apertura de empresas en cada lugar.

El proyecto de ley para la actividad emprendedora contenía dos leyes: la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor con creación del nuevo tipo Sociedad de Acciones Simplificadas (SAS) y la Ley de Empresas de Beneficio e Interés Colectivo (BIC) vinculadas al impacto ambiental.

Su finalidad aparece definida por los propios autores del proyecto al sostener que la empresa SAS "permitirá recortar costos y tiempos y, en consecuencia, reducir la informalidad, a la vez que ayudará a una mayor recaudación fiscal, como consecuencia de la incorporación de nuevas empresas y la generación del empleo formal".

El objetivo de esta ley fue la necesidad de contar con una sociedad ágil basada sobre el principio de autonomía de la voluntad en cuanto a las estipulaciones referidas a su constitución y regulación. Fue pensada para favorecer a los emprendedores de "garage", jóvenes "millennials" acostumbrados a actuar en el mundo digital, con grandes ideas pero sin recursos para armar una estructura y menos para financiar sus proyectos.

No obstante ello, no dudamos que este tipo social, por su enorme flexibilidad interna, será muy aprovechado por las sociedades cerradas y, en particular, por las empresas familiares, tal como ocurre en Colombia.

Su reciente sanción no permite aun evaluar su aceptación en el derecho argentino, sin embargo en el derecho comparado ha ido desplazando a los restantes tipos societarios tradicionales, con el fin de responder a las actuales necesidades empresariales.

IV. CAMBIOS DE PARADIGMA

A) EN CUANTO AL FONDO

La doctrina en forma paulatina fue modificando su visión acerca de la contractualización del derecho societario a lo largo del tiempo, acompañando de este modo su modernización.

Hace algunos años la normativa en materia societaria daba preeminencia al orden público sobre la autonomía de la voluntad. Esa visión doctrinaria que considera que la intervención estatal daba mejor protección al contratante con la persona jurídica, partiendo de la premisa de la ficción de la personalidad jurídica, fue dando pasos hacia reconocer la libertad de establecer cláusulas estatutarias que mejor se adecuen al funcionamiento de la empresa, atendiendo más a su aspecto económico.

Ahora bien, la implementación de la SAS en nuestro país, se enrola en esta moderna tendencia de otorgar preeminencia a la autonomía de la voluntad por sobre el estándar imperativo de la LGS.

La doctrina está acompañando este cambio de paradigma. Abandonar el paternalismo estatal e ingresar a una era de autonomía de la voluntad permite acompañar la realidad económica con eficiencia y reducción de costos.

Vítolo⁵ afirma que "... los regímenes contemporáneos tienden a ser tolerantes respecto de estos convenios, debido a su comprobada utilidad en la regulación de asuntos cruciales de la organización societaria. Y ello especialmente ocurre con la tendencia a la simplificación de las especies asociativas cerradas, en las que comienza a prevalecer la autonomía de la voluntad contractual sobre las pautas impuestas por normas de obligatoria observancia".

5 "Necesaria reforma integral de la Ley General de Sociedades. Régimen de sociedad anónima simplificada", Rovira, Alfredo L., Editorial La Ley, 17 de octubre de 2016, 1, cita online: AR/DOC/3074/2016 3.

En igual sentido, Rovira⁶ sostiene que "... en el derecho societario no es posible hablar de violación del orden público cuando se afecta su normativa. No hay, en el derecho societario, interés general comprometido sino el interés de la micro comunidad creada por los socios y los terceros allegados a la sociedad", y agrega "... propugno mejorar la técnica del Código Civil y Comercial estableciendo en forma expresa que en el derecho societario no existen normas de orden público sino normas imperativas o dispositivas siendo las primeras aquellas que expresamente la norma así califique, o por prohibirse el pacto en contrario de la misma".

La legislación a través de la reforma del Código Civil y Comercial y de la LGS regulando la SAU, las llamadas sociedades simples o informales de la Sección IV y la modificación del régimen de nulidades societarias, inauguraron incipientemente esta modernización.

En materia de tipicidad la Ley 19.550 se enroló en el sistema que sancionaba con nulidad absoluta el incumplimiento de adoptar el tipo previsto por ella, sanción que ha desaparecido con la modificación del Código Civil y Comercial introducida en la LGS. Un claro ejemplo de esta evolución lo constituye el régimen de las sociedades no inscriptas (de hecho o irregulares), que pasó de la prohibición de invocar el contrato entre los socios y de la condena a la liquidación de la sociedad (Ley 19.550 original), a permitir en la reforma del año 1983 su "regularización" adoptando un tipo previsto, y después a la posibilidad de invocar el contrato entre los socios dentro del esquema normativo de la "sociedad de la Sección IV" en la reforma del año 2015 (art. 22 según Ley 26.994).

Finalmente, la noción de unipersonalidad también vino a contribuir con esta evolución. Y así en lo que hace a la exigencia legal de dos o más socios para que se configure una sociedad, la Ley 19.550 exigió la pluripersonalidad inicial (art. 1º) y sancionó la unipersonalidad sobreviniente con responsabilidad agravada y disolución (art. 94, inc. 8º). En cambio, la Ley 26.994 admite expresamente la constitución de una "Sociedad Anónima Unipersonal" (SAU), y la unipersonalidad sobreviniente ya no es más causal de disolución (art. 94bis). Posteriormente, la Ley 27.290 deja de exigir pluralidad de directores y síndicos en la SAU, quedando solo sujeta a la fiscalización

6 "La Sociedad Anónima Simplificada (SAS)", Vítolo, Daniel Roque, Editorial La Ley, 5 de octubre de 2016, 1, cita online: AR/DOC/3076/2016.

permanente de la autoridad de contralor (art. 299, inc. 7º), motivo por el cual no goza de aceptación en el derecho argentino.

Si bien la flexibilidad normativa que da cabida a la autonomía de la voluntad con menores normas imperativas puede dar lugar a pensar que la personalidad societaria sea utilizada en forma inescrupulosa, o para evadir restricciones legales, en especial en cuanto a las leyes impositivas o las vinculadas al lavado de activos y financiación de terrorismo, ello no puede constituir un obstáculo que impida el crecimiento empresarial.

B) EN CUANTO A LA FORMA

Introduce la novedad legislativa del documento notarial digital en su art. 59 el que ha motivado el estudio y adecuaciones de las normas reglamentarias de la actividad notarial a nivel local, permitiendo la posibilidad de creación de los folios de actuación notarial en soporte digital.

Así textualmente su art. 59 bajo el título “Poderes electrónicos” dice: “El estatuto de la SAS, sus modificatorios 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”.

En este sentido, es la primera ley en nuestro orden jurídico que menciona el protocolo notarial electrónico, hoy inexistente en nuestro país, resultando facultativo su uso para los casos mencionados e imponiendo el soporte digital en forma obligatoria para la expedición de la primera copia del estatuto, sus modificaciones, sus poderes y revocaciones.

En igual forma su art. 35, bajo el título “Requisitos para su constitución”, prevé no solamente la posibilidad de constitución de esta sociedad por instrumento público o privado, sino que textualmente dice: “La SAS podrá constituirse por medios digitales con firma digital, y de acuerdo a la reglamentación que a tal efecto se dicte. En estos supuestos, el instrumento deberá ser remitido a los fines de su inscripción al Registro Público correspondiente en el formato de archivo digital que oportunamente se establezca”.

Debe hacerse notar que la Ley 27.349 permite la utilización del medio tecnológico en forma opcional, sin embargo las reglamentaciones locales de las autori-

dades de contralor de las jurisdicciones de CABA y Provincia de Buenos Aires eliminaron dicha opción por lo cual la SAS en cualquiera de sus formas (instrumento privado bajo estatuto modelo o no y escritura pública) requiere en forma indefectible la utilización del medio tecnológico a los fines de su inscripción registral.

El documento electrónico portante de la constitución de la SAS deberá contar con las firmas digitales de sus otorgantes, de acuerdo a la definición y característica que establece el art. 2 de la Ley 25.506.

Atento a que la mayor parte de los ciudadanos carece de firma digital, dada su falta de difusión masiva, solo aplicable a la fecha a las autoridades gubernamentales, judiciales y notariales, al optarse por el empleo de medios digitales, el instrumento constitutivo deberá ser suscripto en forma ológrafa. En caso de haber optado por el instrumento privado deberá ser suscripto en forma ológrafa por los constituyentes y sus firmas certificadas notarialmente. En caso de otorgarse por escritura pública la misma será suscripta en forma ológrafa por los constituyentes y autorizada por el notario. En cualquiera de sus variantes (instrumento público o privado) el soporte papel se digitaliza y la colocación de la firma digital será realizada por el notario interviniente de acuerdo a las normas establecidas en nuestra reglamentación local.

Para el caso de que alguno o todos los constituyentes tuvieren firma digital será conveniente su colocación frente a un notario. De este modo el notario certificará que el procedimiento de la firma inserta en el documento constitutivo ha ocurrido en su presencia, de lo que dará fe, y que ha identificado a las personas que lo firman de acuerdo a las normas de fondo, asegurando que lo han llevado a cabo con pleno discernimiento, intención y libertad, en los términos del art. 260 del Código Civil y Comercial, para evitar así futuros litigios sobre la voluntariedad del acto otorgado. Asimismo podrá certificar la personería de los otorgantes cuando lo hacen en su carácter de representantes legales o voluntarios.

El mismo art. 35 exige que, de optar por la constitución de la SAS por medios digitales con firma digital, el documento constitutivo de la sociedad deberá ser remitido a los fines de su inscripción al Registro Público correspondiente, requerida por su art. 38, en el formato de archivo digital que oportunamente se establezca en la reglamentación.

El art. 44 de la Ley establece, pero esta vez como único procedimiento impuesto, que en caso de aumento de capital de la SAS, las resoluciones adop-

SOCIEDADES

tadas deberán remitirse al Registro Público por medios digitales a fin de comprobar el tracto registral.

Con tantos detractores como defensores se erige hoy la preconizada flexibilización y modernización del derecho de sociedades en nuestro país, a través de la Ley 27.349 que da nacimiento a la SAS. El impacto se desprende analizando datos de la IGJ, entre octubre de 2017 y enero de 2018, lapso en el que se inscribieron 124 sociedades, las que presentan las siguientes características: 1°) El 42 % son unipersonales y el 62 % pluripersonales. 2°) En el 99 % de los casos, el único socio es administrador exclusivo. 3°) En el 100 % de los casos, el plazo de duración se fijó en 99 años. 4°) En el 98 %, se utilizó el objeto amplio elaborado por la IGJ. 5°) En el 79 %, se estipuló el capital social mínimo. 6°) En el 94,35 % (117 sociedades) se optó por administración individual y en el 5,64 % (7 sociedades) por la administración plural. 7°) En el 100 % de los casos se prescindió de órgano de fiscalización. 8°) En el 100 %, el plazo de duración de integrantes del órgano de administración fue de 99 años.⁷

V. CONSTITUCIÓN

La SAS puede ser constituida por una sola o varias personas humanas o por una jurídica, quienes limitan su responsabilidad a la integración de las acciones que suscriban o adquieran, de acuerdo a lo previsto en el art. 34 sin perjuicio de la garantía a que se refiere el art. 43.

Incorpora la posibilidad de tener una sociedad unipersonal por fuera de la vigente y desusada SAU, y con la única limitación de no poder constituir otra SAS unipersonal, permitiendo pasar de la pluripersonalidad a la unipersonalidad y viceversa, sin ningún inconveniente legal.

La SAS unipersonal requiere obligatoriamente de un administrador suplente.

Si bien por la denominación de la Ley está orientada a los emprendedores, con relación a su constitución no se exige requisito alguno al respecto, pudiendo comprender la persona humana la calidad de emprendedor o no.

⁷ *La sociedad por acciones simplificada*. SAS, Nissen, Ricardo A., Buenos Aires, Ed. FIDAS, 2018, pp. 184-185.

Es decir que el contrato o estatuto se celebrará mediante el sistema digital a través de la plataforma de trámites a distancia (TAD) previsto por AFIP. Si todos los socios cuentan con firma digital la registración es digital pero si optan por la certificación ante notario o en los registros públicos el instrumento se convierte posteriormente en digital cuando se lo inserta en el contenedor con la firma digital y se lo remite para su registración.

En caso de que para su constitución se utilice el estatuto modelo, cuya descarga está disponible en la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD), la sociedad será inscripta en el Registro Público en el plazo de 24 horas como "sociedad exprés", tomando partido el legislador por imponer las cláusulas estandarizadas y necesarias para su constitución, a través del estatuto modelo de modo tal que la autonomía de voluntad y libertad contractual propiciada solo pueda materializarse fuera del plazo de 24 horas.

Es de lamentar estas soluciones legislativas que ponen en la dificultad de decidir al o los socios constituyentes de tomar el camino exprés con imposición de cláusulas predisuestas bajo un modelo proyectado o la del derrotero de un trámite ordinario de constitución, saliendo del esquema previsto.

La simplificación de trámites en beneficio del ciudadano no debiera venir de la mano de cláusulas predisuestas en contratos modelo debiendo el Estado permitir que cualquier tipo social pudiera utilizar formato digital y su inscripción producirse en breves plazos.

Las SAS pueden ser constituidas por personas jurídicas.

En cuanto a las personas jurídicas la restricción está dada en el art. 39 de la Ley 27.349 reformado por art. 36 de la Ley 27.444 que establece que la SAS:

1. No deberá estar comprendida en ninguno de los supuestos previstos en los incs. 3, 4 y 5 del art. 299 de la LGS. Por tal motivo no podrán constituir o participar las SAS en las siguientes sociedades: a) sean de economía mixta o se encuentren comprendidas en la Sección IV; b) realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesas de prestaciones o beneficios futuros; c) exploten concesiones o servicios públicos.

2. No podrá ser controlada por ni participar en más del treinta por ciento (30 %) del capital de sociedades comprendidas en los supuestos antes mencionados.

SOCIEDADES

En caso de que la SAS resultara encuadrada en alguno de los supuestos precedentes, deberá transformarse en alguno de los tipos previstos en la LGS e inscribir la transformación en el registro público correspondiente, en un plazo no mayor a los seis (6) meses de configurado el supuesto. En caso de que la configuración del supuesto no resulte de un hecho o acto propio de la SAS, el plazo se computará desde que tomó conocimiento del mismo. La transformación no será obligatoria si antes de ese plazo la SAS deja de estar encuadrada en alguno de dichos supuestos. Vencido el plazo indicado sin que se hubiera producido la inscripción de la transformación en el registro público correspondiente, los socios responderán frente a terceros en forma solidaria, ilimitada y subsidiaria.

En cuanto a las exigencias de individualización de las personas humanas se requiere que consten en estatuto constitutivo: el nombre y apellido, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio, número de documento de identidad, Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) o Clave Única de Identificación Laboral (CUIL) o Clave de Identificación (CDI) de los socios, en su caso. Es de lamentar que para el socio/a soltero/a no se requiera su filiación como datos de identificación.

En cuanto a las exigencias de individualización de las personas jurídicas se requiere que consten en estatuto constitutivo: si se tratare de una o más personas jurídicas, deberá constar su denominación o razón social, domicilio y sede, datos de los integrantes del órgano de administración y Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) o Clave de Identificación (CDI) de las mismas, o dar cumplimiento con la registración que a tal efecto disponga la autoridad fiscal, en su caso, así como los datos de inscripción en el registro que corresponda.

VI. NORMATIVA APLICABLE

Al erigir a las SAS como nuevo tipo social, con autonomía normativa, se establece un orden de prelación en cuanto a la aplicación supletoria de la ley.

Así se determina que se recurrirá a las normas previstas en la misma Ley 27.349 y a las cláusulas contractuales, luego por las normas imperativas de la LGS y el Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto fueren compatibles.

En tanto a los órganos de administración, de gobierno y de fiscalización, funcionarán de conformidad con las normas previstas en la Ley 27.349 y de acuerdo a las cláusulas contractuales, pudiendo supletoriamente aplicárseles

el régimen de la SRL y las disposiciones generales de la LGS y Código Civil y Comercial en cuanto fueren compatibles.

Este orden de prelación previsto para las SAS determina que a falta de previsión contractual obligatoriamente será de aplicación la Ley 27.349.

VII. **FORMA**

El art. 35 establece que la SAS podrá ser constituida por instrumento público o privado. En este último caso, la firma de los socios deberá ser certificada en forma judicial, notarial, bancaria o por autoridad competente del registro público respectivo. La SAS podrá constituirse por medios digitales con firma digital, y de acuerdo a la reglamentación que a tal efecto se dicte.

Las reglamentaciones locales de la autoridad de contralor no han habilitado la posibilidad de la certificación judicial ni bancaria. Solo es posible a través de la certificación notarial o administrativa ante el propio Registro Público.

Por las razones apuntadas en orden a la seguridad jurídica, no debiera admitirse la constitución de la SAS con uso exclusivo de firma digital del socio o socios, sin intervención de autoridad certificante alguna, dado que como se ha expresado la firma digital tiene equiparación legal con la firma ológrafa, por cuanto solo garantiza la vinculación de la clave pública con quien coloca el dispositivo electrónico y no goza de la calidad de instrumento público de la firma notarialmente certificada, aún cuando ésta no transforma al instrumento privado en público en la cual se inserte.

Existe libertad de formas en cuanto a su constitución pero siempre por medios digitales. También se admite un estatuto tipo o modelo con cláusulas predisuestas que podrá ser confeccionado en instrumento privado con firmas notarialmente certificadas o bien por escritura pública, en cuyo caso los plazos de inscripción se abrevian a 24 horas y esta modalidad es la que se ha difundido en todos los medios de comunicación como "sociedad exprés".

Ahora bien, bajo cualquiera de sus formas, la expedición de su primera copia será obligatoriamente digital y su inscripción se efectuará de igual manera.

El estatuto social elaborado en cualquiera de sus formas será digitalizado, expidiendo la primera copia obligatoriamente en los folios de actuación digital y

firmado digitalmente por el Notario mediante el uso de la Plataforma elaborada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires asignándole una certificación de proceso. Así el instrumento constitutivo estará en condiciones de ser “subido” a la Plataforma TAD o GDEBA dependiendo si el mismo será inscripto en la Inspección General de Justicia o bien en la Dirección Provincial de Personas Jurídicas, de acuerdo al domicilio social de la sociedad, tal lo que ocurre en las sociedades tradicionales.

El estatuto modelo se encuentra incluido en los respectivos anexos de la resolución 6/2017 de la Inspección General de Justicia y 131/2017 de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires.

La elección del instrumento constitutivo bajo la modalidad del estatuto modelo permite su inscripción por el organismo de contralor en el plazo de 24 horas. Además tiene derecho a obtener su CUIT sin necesidad de presentar una prueba de su domicilio en el momento del inicio del trámite sino dentro de los 12 meses de su constitución.

Los costos atinentes a la presentación de la documentación para su registración por parte de los diferentes registros, son sustancialmente inferiores respecto de la presentación de la SAS, pues incluye los trámites de inscripción, publicación de edictos en el Boletín Oficial local y reserva de nombre, así como justifica la integración del capital social, para el caso de adoptarse el capital mínimo.

En cuanto a la función del registro público en el caso de la SAS solo tendrá a su cargo las funciones registrales por lo que no estará sujeta a fiscalización en ninguno de los demás aspectos, en tanto que en las sociedades tradicionales además actúa fiscalizando su funcionamiento, disolución, liquidación y en cualquier otro caso en los que lo considere necesario en resguardo del interés público.

En caso de adoptarse cláusulas por fuera del estatuto modelo podrá ser realizada en instrumento público o privado, bajo igual procedimiento pero no gozará del beneficio de la simplificación de trámites y su inscripción no se llevará a cabo en 24 horas.

La resolución general IGJ 1/2018 dispuso que a partir el 4 de abril de 2018 todos los trámites de constitución de sociedad anónima (SA) y de sociedad anónima unipersonal (SAU) que ingresen bajo la modalidad urgente serán inscriptos en 24 horas en caso de no tener observaciones. Igual modalidad estaba ya prevista para la inscripción de las SRL.

VIII. DENOMINACIÓN

Con relación a la denominación social deberá contener la expresión “Sociedad por Acciones Simplificada”, su abreviatura o la sigla SAS. No se requiere reserva de nombre, sin perjuicio de ello y aun tratándose de un nuevo tipo societario, podría incurrirse en iguales homonimias que suceden en las sociedades típicas de la LGS.

IX. DOMICILIO Y SEDE

Respecto al domicilio y su sede social se mantiene lo requerido para las sociedades típicas de la LGS. La omisión de esta mención hará responsables ilimitada y solidariamente a los administradores o representantes de la sociedad, por los actos que celebren en esas condiciones.

Si en el instrumento constitutivo constare solamente el domicilio, la dirección de su sede podrá constar en el acta de constitución o podrá inscribirse simultáneamente mediante petición por separado suscripta por el órgano de administración.

Se tendrán por válidas y vinculantes para la sociedad todas las notificaciones efectuadas en la sede inscrita, hasta tanto la misma haya sido efectivamente cancelada por el registro público donde la sede haya sido registrada por la sociedad.

X. OBJETO

La SAS cuenta con la posibilidad de incluir un objeto amplio y plural, en tanto que para las sociedades tradicionales conforme a la LGS ha de ser preciso y determinado. Esto ha provocado en la doctrina societaria una inquietud al respecto, propiciando la necesidad de armonizar ambos sistemas, sobre todo frente a normas de carácter local que exigían que el objeto fuera único. El objeto social no determina la capacidad de la sociedad sino la eventual responsabilidad por el ejercicio de actos notoriamente extraños al mismo, por lo

SOCIEDADES

que la preceptiva legal de un objeto plural enfrentará a los socios con alguna dificultad para atribuirle responsabilidad a quien actuó excediendo ese marco, máxime cuando la Ley 27.444 vino a reformar el original art. 34 de la Ley 24.374 permitiendo que las actividades que constituyan el objeto podrán guardar o no conexidad o relación entre ellas.

XI. PLAZO

Se mantiene lo dispuesto para el plazo de duración, el cual debe ser cierto y determinado conforme los principios generales de la materia.

XII. CAPITAL SOCIAL

El capital mínimo requerido es el equivalente a dos veces el salario mínimo vital y móvil. Pensada con un capital exiguo buscando impulsar micro proyectos empresarios el legislador se decide por permitir la emisión de acciones con distintas primas en distintas clases de acciones, y dentro de un mismo aumento de capital para facilitar el ingreso de nuevos socios con proyectos de innovación tecnológica a modo de las “start up” modernizando y actualizando el modelo de la sociedad de capital e industria de la LGS.

Si bien el capital social constituye la garantía frente a los acreedores sociales y demás terceros, cuantifica la participación de cada socio dentro de la sociedad, y en caso de pérdida del mismo constituye causal de disolución, lo cierto es que la cifra capital en la mayor parte de las sociedades es exigua frente al desenvolvimiento de su actividad social, esto ha permitido el desarrollo de la doctrina de la infracapitalización en base a la jurisprudencia de la materia, reeditando ahora en este modelo sus preceptos.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, la cifra capital se mantiene tanto en la LGS como en las SAS, exigiéndose la determinación de la misma como elemento del instrumento constitutivo.

A diferencia de lo que sucede con las sociedades tradicionales que al poseer un capital mayor al actual de pesos cincuenta millones (resolución del Ministerio de Justicia de la Nación 529/18), se encuentran comprendidas dentro

de las regulaciones previstas por el art. 299 inciso 2, lo que conlleva a encontrarse dentro del esquema de la fiscalización estatal permanente así como la modificación de su estructura orgánica debiendo designarse obligatoriamente la sindicatura y directorio plural, en el caso de las SAS ello no es exigido. En consecuencia en caso de un aumento de capital excediendo el tope del inc. 2 del art. 299 estas exigencias no le resultan aplicables.

XIII. **ACCIONES**

Respetando el principio de autonomía de la voluntad cada acción podrá tener los derechos o las restricciones que los socios acuerden.

El art. 36 inc. 6 de la Ley 27.349 establece que: "El capital social y el aporte de cada socio, que deberán ser expresados en moneda nacional, haciéndose constar las clases, modalidades de emisión y demás características de las acciones y, en su caso, su régimen de aumento. El instrumento constitutivo, además, contemplará la suscripción del capital, el monto y la forma de integración y, si correspondiere, el plazo para el pago del saldo adeudado, el que no podrá exceder de dos (2) años desde la firma de dicho instrumento".

Por lo que se mantiene la suscripción e integración con un mínimo de un 25 % dentro del plazo de dos años, al igual que las sociedades tradicionales.

En caso de aporte de bienes no dinerarios podrán ser efectuados al valor que unánimemente pacten los socios en cada caso, quienes deberán indicar en el instrumento constitutivo los antecedentes justificativos de la valuación o, en su defecto, según los valores de plaza. En caso de insolvencia o quiebra de la sociedad, los acreedores pueden impugnarla en el plazo de cinco (5) años de realizado el aporte. La impugnación no procederá si la valuación se realizó judicialmente. Los estados contables deberán contener nota donde se exprese el mecanismo de valuación de los aportes en especie que integran el capital social.

Respecto al aumento del capital se podrá prever en el instrumento constitutivo para los casos en que el aumento del capital fuera menor al cincuenta por ciento (50 %) del capital social inscripto no se requerirá publicidad ni inscripción de la resolución de la reunión de socios debiéndose remitir al Registro Público por medios digitales las decisiones sociales a fin de comprobar el cumplimiento del tracto registral.

XIV. **APORTES IRREVOCABLES**

Con respecto a los aportes irrevocables a cuenta de futura emisión de acciones, éstos deben ser aceptados por el órgano de administración en un plazo de 15 días del ingreso de parte o de la totalidad de los mismos, momento a partir del cual tendrán un plazo de 24 meses con tal carácter. Regulados en el art. 45 de la Ley 27.349 difiere a la reglamentación que se dicte establecer las condiciones y requisitos para su instrumentación.

Los aportes irrevocables hoy cuentan con la regulación legal de los organismos de control fruto del trabajo de la doctrina y jurisprudencia. La regulación legal actual la constituye la resolución 7/2015 de la Inspección General de Justicia estableciendo el modo, plazo y forma de su incorporación. El Código Civil y Comercial no recepta norma alguna al respecto sin embargo la Ley 27.349 lo contempla pero deja a la reglamentación para que determine su contenido en la implementación. El art. 45 citado admite que para la SAS se mantengan como aportes irrevocables por el plazo de veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de aceptación de los mismos por el órgano de administración. Además impone un plazo de quince días desde el ingreso de parte o de la totalidad de las sumas correspondientes a dicho aporte para que el órgano resuelva sobre su aceptación o rechazo.

Para las sociedades típicas previstas en la LGS el art. 103 de la resolución 7/2015 de la Inspección General de Justicia determina la capitalización de los aportes irrevocables a cuenta de futura suscripción de acciones, exigiendo el acuerdo celebrado entre el aportante y el órgano de administración en el que se determina el plazo para decidir su capitalización y/o devolución, el que no podrá exceder el término del ejercicio económico contado desde la aceptación del aporte por el órgano de administración de la sociedad, salvo que en razón de la fecha de cierre del ejercicio económico, conforme a los arts. 234, último párrafo, y 237 de la Ley 19.550, la asamblea general ordinaria deba celebrarse antes de cumplido el plazo, en cuyo caso la decisión sobre la capitalización de los aportes irrevocables deberá adoptarse en esa misma oportunidad, ya sea bajo la competencia de la asamblea ordinaria o extraordinaria, según el monto del aumento de capital que corresponda considerar.

En caso de no aceptarse su capitalización será considerado un préstamo que generará los intereses previstos en el contrato así como su forma de devolución.

En cuanto a los bienes que pueden ser materia de aporte irrevocable también existe una diferencia por cuanto en las SAS podrán consistir en bienes dinerarios o en especie sin limitación, en tanto que para las demás sociedades se establece que los aportes a cuenta de futuras suscripciones de capital solo podrán consistir en bienes dinerarios (moneda nacional o extranjera); cheques; giros; transferencias; depósitos bancarios; quedando excluidos los créditos y demás aportes en especie, lo que requerirán del aumento de capital.

XV. TIPOS DE ACCIONES

La SAS podrá emitir acciones nominativas no endosables, ordinarias o preferidas, indicando su valor nominal y los derechos económicos y políticos reconocidos a cada clase. También podrán emitirse acciones escriturales. En este aspecto se aplica ampliamente el principio de la autonomía de la voluntad pudiendo pactarse el reconocimiento de acciones con distintos derechos políticos y económicos, a través de acciones ordinarias o preferidas y con derecho de voto singular o plural, acciones preferidas sin voto, acciones con dividendo fijo, acciones con voto plural que excedan el límite de la LGS de cinco votos por acción, acciones sin voto que lo recobran para determinados supuestos o con voto plural solo para determinados casos, acciones preferidas con beneficios patrimoniales para ciertos socios, que en caso de ser transferidas pierdan dicho beneficio quedando como acciones ordinarias, pudiendo pactarse la unidad de voto o su fraccionamiento en cualquier clase o para determinados supuestos

XVI. TRANSFERENCIA DE ACCIONES

En materia de transferencia de acciones innova en la posibilidad de pactar la previa autorización de la reunión de socios para ceder la calidad de accionista, y la prohibición de transferencia por un plazo de diez años, prorrogable por diez años más, permitiendo adecuar la estructura social a las empresas familiares, claro está en tanto no adopten el estatuto modelo.

El art. 48 de la Ley 27.349 establece la forma de negociación o transferencia de acciones que será la prevista en el instrumento constitutivo. En caso de omisión de su tratamiento en el instrumento constitutivo, toda transferencia de acciones deberá ser notificada a la sociedad e inscrita en el respectivo Libro de Registro de Acciones a los fines de su oponibilidad a terceros.

En este sentido, adopta el criterio previsto en la LGS para la transferencia de acciones inscribiéndose solo en el Libro de Registro de Acciones para tener oponibilidad a terceros, y lo diferencia de las cuotas de la SRL, toda vez que para su transferencia y a iguales efectos la misma debe inscribirse en el Registro Público.

De este modo la Ley 27.349 se adscribe en la tendencia societaria prevista en los proyectos de reforma de la LGS de eliminar este recaudo de inscripción ante el organismo de contralor para las transferencias de cuotas de las SRL. Además debe tenerse presente que se concilia con la reforma efectuada por la Ley 27.444 que permite llevar los libros societarios y contables a través de registros digitales para todo tipo de sociedades ya autorizados expresamente por la Ley 27.349 para la SAS.

También podrá pactarse en forma expresa que toda transferencia de acciones o de alguna clase de ellas cuente con la previa autorización de la reunión de socios, al igual que se encuentra permitido en las restantes sociedades.

Asimismo podrá pactarse la prohibición de la transferencia de las acciones, o de alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del plazo máximo de diez (10) años, contados a partir de la emisión. Este plazo podrá ser prorrogado por períodos adicionales no mayores de diez (10) años, siempre que se cuente con el voto favorable de la totalidad del capital.

Todas las restricciones o prohibiciones a las que están sujetas las acciones deberán registrarse en el Libro de Registro de Acciones. En las acciones cartulares deberán transcribirse, además, en los correspondientes títulos accionarios y en las acciones escriturales, deberán constar en los comprobantes que se emitan.

XVII. ORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD

Es aquí donde vemos el mayor poder otorgado a la autonomía de la voluntad de los contratantes, dado que los socios tienen la posibilidad de determinar la estructura y funcionamiento de los órganos de administración y gobierno de la sociedad con total libertad y sin norma imperativa en la materia, pudiendo nominarlos en la forma que estimen conveniente.

Se establece una jerarquía o prelación normativa y al efecto determina que se aplicarán las normas previstas en la Ley 27.349 y las establecidas en el instrumento constitutivo. Solo supletoriamente las normas de la SRL y demás disposiciones generales de la LGS.

Las reuniones del órgano de administración y del de gobierno se podrán realizar sin citación previa. Podría también incluirse en el instrumento constitutivo los plazos y modos de convocatoria con amplias facultades en las que se admitan la publicación edictal, las notificaciones a correos electrónicos o el modo en que los socios lo crean conveniente.

Las reuniones podrán realizarse en la sede social o fuera de ella, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta deberá ser suscripta por el administrador o el representante legal, debiéndose guardar las constancias de acuerdo al medio utilizado para comunicarse.

Respecto a la celebración de las reuniones a distancia, requiere de la utilización de determinada tecnología que permitan seguridad e inalterabilidad en cuanto al uso de las mismas para que puedan ser oponibles no solamente a los terceros sino entre los propios socios, dejando constancia documental en el acta del procedimiento utilizado al efecto.

XVIII. AUTOCONVOCATORIA

Permite además la autoconvocatoria regulada en la LGS y en el Código Civil y Comercial.

En el caso de reuniones autoconvocadas, se diferencia si se tratare de reuniones del órgano de administración y del de gobierno.

Así las reuniones autoconvocadas del órgano de administración requerirán de *quorum* unánime, en tanto será exigible la mayoría para la aprobación del temario o del orden del día y la mayoría para la aprobación de la resolución de que se trate, prevista en el instrumento constitutivo. En tanto que, tratándose del órgano de gobierno las reuniones requerirán de *quorum* unánime, además la unanimidad para la aprobación del temario u orden del día, pero solamente la mayoría en la resolución adoptada.

XIX. ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

La ley no nombra al órgano de administración pudiendo adoptar la denominación de directorio, gerencia, o simplemente órgano de administración, tal como se lo designa en el estatuto modelo. Puede ser unipersonal, plural o colegiado, a cargo de socios o no socios, con plazo determinado o indeterminado, designado en el instrumento constitutivo o fuera de este.

Si el órgano de administración fuere plural, el instrumento constitutivo podrá establecer las funciones de cada administrador o disponer que éstas se ejerzan en forma conjunta o colegiada. Solo pueden desempeñar el cargo personas humanas, no admitiendo que el órgano sea una persona jurídica. Al prescindir del órgano de fiscalización es obligatorio designar por lo menos un administrador suplente.

Se requiere que al menos uno de los integrantes del órgano de administración tenga domicilio real en el país, debiendo los demás que no lo posean contar con Clave de Identificación, y designar un representante en Argentina, además de designar un domicilio local donde le serán válidas todas las notificaciones. A diferencia de lo prescripto en la LGS en que la mayoría del directorio debe tener domicilio real en la República en las SAS al menos uno de sus miembros deberá tener domicilio real en la República Argentina.

Sus reuniones podrán ser citadas con absoluta libertad de notificación y aún por medios electrónicos, podrán celebrarse fuera de la sede social y realizar reuniones a distancia mediante medios que les permitan a los administradores comunicarse simultáneamente. En este caso, el acta deberá identificar cuál fue el medio utilizado para la comunicación en simultáneo.

Las designación y cesación de los administradores deben encontrarse inscriptas en el registro público.

XX.

REPRESENTACIÓN LEGAL

La representación legal de la sociedad corresponde a uno o más administradores titulares, socios o no, designados en el instrumento constitutivo o por reunión de socios. Es importante destacar que para el caso de ser unipersonal deberá designarse un administrador suplente.

Los derechos y obligaciones de los representantes legales frente a la sociedad, socios o terceros, se rigen por las normas previstas para los gerentes de las SRL (art. 157 LGS).

El contrato podrá definir su actuación y para el caso de omisión, este podrá celebrar y ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directa o indirectamente con el mismo.

XXI.

ADMINISTRADOR DE HECHO

Se regula por primera vez en nuestro sistema societario al administrador de hecho, figura que se define por quien no siendo su representante legal interviene en la gestión de administración y dirección de la sociedad, aplicándole igual régimen de responsabilidad y extendiéndola aun cuando su actividad fuere habitual a aquellos actos en los cuales no hubiere participado.

Como toda cuestión de hecho, resultará dificultosa la prueba de la actuación de quien no revistiendo la calidad de administrador de derecho actúa en nombre de la sociedad comportándose como si lo fuera, creando la apariencia de estar legalmente designado, sobre todo a los fines de la atribución de su responsabilidad. Así la doctrina y jurisprudencia han elaborado criterios que permiten delinear su actuación. En este sentido, constituyen elementos determinantes por ejemplo el otorgamiento de poderes generales utilizados por el apoderado representando a la SAS, o bien que el socio posea el control societario por tratarse de una sociedad de familia, o bien que la SAS consienta expresa o tácitamente, los actos realizados por el administrador de hecho.

XXII.

ÓRGANO DE GOBIERNO

En lo que respecta al órgano de gobierno de la SAS, la ley expresamente establece que será la reunión de socios. Permite también que las reuniones de socios se hagan dentro o fuera de la sede social, aún mediante el sistema de reuniones a distancia y la posibilidad de adoptar decisiones a través del procedimiento de consulta o declaración escrita que posee la SRL.

En la constante evolución de nuestro derecho, la modificación del Código Civil y Comercial introdujo ciertos cambios incluyendo las nuevas tecnologías en el marco del derecho societario, tales como la admisión de las asambleas a distancia.

Su citación a los socios deberá hacerse en el domicilio consignado en el contrato social y en la forma que en el mismo se disponga.

XXIII.

ÓRGANO DE FISCALIZACIÓN

Los socios pueden determinar tener o no tener órgano de fiscalización, aplicándose en forma supletoria la normativa para las SRL. Si nada prevé el contrato social será de aplicación el art. 55 de la LGS, quedando el contralor a cargo de los socios.

XXIV.

REFORMAS DEL CONTRATO CONSTITUTIVO

Con total coherencia jurídica la ley dispone que los mismos que realizaron el contrato constitutivo de la sociedad, establezcan el procedimiento y requisitos para su modificación, requiriendo por supuesto la posterior inscripción registral por medios digitales.

XXV. ESTADOS CONTABLES

Conforme al art. 58 de la Ley 27.349, la SAS deberán llevar su contabilidad por medios electrónicos ante el registro público, quienes tienen que reglamentar e implementar a efectos de presentar los estados contables a través de aplicativos o sistemas informáticos o electrónicos de información abreviada.

Los registros que debe llevar la SAS se individualizarán y la misma ley establece cuáles son los libros obligatorios: actas, registro de acciones, diario e inventario y balance.

La registración de los libros sociales y contables es digital.

A partir de la reforma de la Ley 27.444 que produce una serie de cambios en distintas normas societarias. Entre ellas, se sustituye al art. 61 de la LGS que permite prescindir del cumplimiento de las formalidades impuestas por los arts. 73, 162, 213, 238 y 290 de la LGS, como así también de las impuestas por los arts. 320 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación, pudiendo llevarse ahora los libros societarios y contables mediante medios digitales de igual manera y forma que los registros digitales de la SAS previstos con antelación a esa reforma por la Ley 27.349.

Asimismo por el art. 26 de la citada Ley 27.444 se sustituyó el art. 4° de la Ley 26.047, por la que los registros públicos remitirán por medios informáticos al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o al organismo que éste indique, los datos que correspondan a entidades que inscriban, modifiquen o autoricen las transmisiones de participaciones sociales sujetas a inscripción en el registro público.

XVXI. SIMPLIFICACIÓN DE TRÁMITES

La ley obliga a las entidades financieras a prever mecanismos para la apertura de cuentas corrientes con la sola presentación del instrumento constitutivo y la CUIT. Dado que el instrumento constitutivo lo constituye un archivo digital se han encontrado dificultades operativas en su presentación dado que las entidades bancarias así como los organismos públicos no admiten la presentación en dispositivos electrónicos del tipo pen-drive requiriendo su

presentación en soporte papel o su remisión vía mail, pero es de esperar que la difusión en su uso vaya eliminando o morigerando estas dificultades.

Luego estipula que la SAS tiene el derecho a obtener su CUIT en el plazo de 24 horas de presentado el trámite en la página web de la AFIP, sin necesidad de presentar prueba de su domicilio para lo cual otorga 12 meses de plazo.

XXVII. TRANSFORMACIÓN

La transformación es el acto por el cual la sociedad migra de un tipo en otro, subsistiendo la responsabilidad propia del tipo respecto a las obligaciones anteriores a la transformación, salvo aceptación expresa de los acreedores sociales.

En virtud de la experiencia del derecho comparado, el art. 61 permite que cualquier sociedad de las constituidas conforme la LGS pueda transformarse en SAS. También una SAS podrá transformarse en uno de los tipos previstos en la LGS.

Parte de la doctrina comercial no coincide con esta solución legislativa, ya que sostienen que solo se transforma una sociedad típica por otra sociedad típica, para ello se fundan en que la SAS es un tipo autónomo, con regulación normativa especial por fuera de la LGS, aplicando analógicamente y en forma extensiva a este supuesto, el caso de las sociedades de la Sección IV que al adoptar un tipo previsto, no realizan una transformación sino una subsanación.

De acuerdo al art. 244 de la LGS para transformar una SA en SAS se requiere de una asamblea extraordinaria o en el caso de la SRL en SAS, de una reunión de socios, con el quórum y mayorías necesarias de acuerdo al tipo, en la que se apruebe el nuevo estatuto de la SAS en base a un balance especial cerrado como máximo un mes al del acuerdo de transformación y puesto a disposición de los socios en la sede social con no menos de quince (15) días de anticipación a dicho acuerdo. Dicha transformación se debe instrumentar por acta que dejará constancia de estos recaudos, así como de los nuevos otorgantes y de quienes optaron por ejercer el derecho de receso.

Iguales recaudos serán de aplicación cuando una SAS decida transformarse en SA o SRL por aplicación extensiva del art. 39 la Ley 27.349 que exige su trans-

formación a las sociedades típicas cuando la SAS incurra en los supuestos allí previstos, es decir que se encuentre comprendida en los incs. 3, 4 y 5 del art. 299 de la LGS o bien que participe en más del 30 % del capital de las mismas.

Para inscribir la transformación de una SAS en una sociedad típica se deberá ingresar por el TAD con el número de CUIT de la SAS que se quiere transformar. Se deberá adjuntar el instrumento constitutivo digital el cual deberá contener las resoluciones de la reunión de socios que admitieron dicha transformación, así como el dictamen profesional que deberá estar firmado con firma digital, la publicación en Boletín Oficial, el balance e inventario especial de transformación y certificación contable con firma digital, y la declaración jurada de Persona Expuesta Políticamente de los miembros que la componen.

Iguales requisitos se aplicarán en el caso inverso de una sociedad típica a una SAS pero en este caso como el estatuto de la SAS requiere de documento digital deberá cumplirse con la forma prescripta en la Ley 27.349.

El caso más frecuente de transformación de sociedades típicas en SAS podrá darse por haber devenido en unipersonal, si no decidiere su disolución o liquidación o bien la incorporación de nuevos socios. En este caso, si fuere una SA que hubiere devenido en sociedad unipersonal, podrá transformarse en SAS, dadas las mayores exigencias previstas por la LGS para la SAU. También podrá presentarse el supuesto de que una SA disminuya su capital social fuera del límite exigido, y no opte por reducirlo o reintegrarlo, en cuyo caso podrá ser transformada en SAS. O bien el caso de la SRL cuando excediere el límite máximo de 50 socios también podrá transformarse en SAS.

XXVIII.

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIETARIOS

El art. 57 de la Ley 27.349 tiene prevista la forma de resolución de conflictos societarios, y dispone que: en caso que se suscitaren conflictos, los socios, los administradores y, en su caso, los miembros del órgano de fiscalización, procurarán solucionar amigablemente el diferendo, controversia o reclamo que surja entre ellos con motivo del funcionamiento de la SAS y el desarrollo de sus actividades, pudiendo preverse en el instrumento constitutivo un sistema de resolución de conflictos mediante la intervención de árbitros. Si no se pacta

el tribunal arbitral, se entenderá que todos los conflictos antes mencionados serán resueltos por la justicia ordinaria.

El estatuto modelo con trámite expreso no incorpora este método de resolución de conflictos.

XXIX. CONCLUSIONES

I) La SAS, al combinar las normas de la SRL -en materia de administración y gobierno- con las previstas para las SA -en materia de capital- permite diseñar cláusulas estatutarias que pueden ser acordadas libremente por el o los constituyentes.

II) Presenta un régimen con pocas normas imperativas y posibilita adecuar su estructura normativa a la necesidad de cada empresa.

III) Incorpora la tecnología al derecho societario permitiendo que la constitución, inscripción, y funcionamiento se realice con el uso de plataformas digitales, no solo para los actos societarios sino además para sus registros contables.

IV) La posibilidad de ser unipersonal sin quedar sujeta a fiscalización permanente.

V) El bajo costo de constitución derivado de un capital mínimo y la posibilidad de captar capitales mediante diversos tipos de acciones o por medio del "crowdfunding" que la propia Ley 27.349 regula.

VI) La reducción de plazos de inscripción. Se advierte un interesante impulso de extender este beneficio, aún con tasas diferenciales a los restantes tipos sociales, pues ya se admite en alguna de ellas la registración de sociedades tradicionales en 24 horas.

VII) Las prestaciones accesorias de servicios pasados y futuros, que beneficia a quien sin disponer de capital aporte su trabajo intelectual o material.

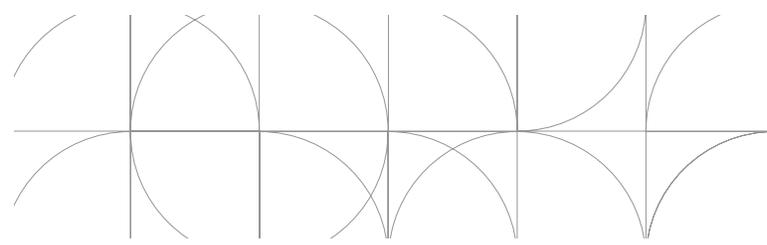
VIII) El mantenimiento de los aportes irrevocables por dos años y la posibilidad de prohibir la transmisión de acciones por diez años prorrogables.

IX) Un orden de prelación de la normativa aplicable, en orden a juzgar la validez de determinadas cláusulas estatutarias o ante el silencio de las mismas, estableciendo al efecto que será necesaria la aplicación de la ley especial, y solo en forma supletoria y siempre que se concilien con ella, la LGS.

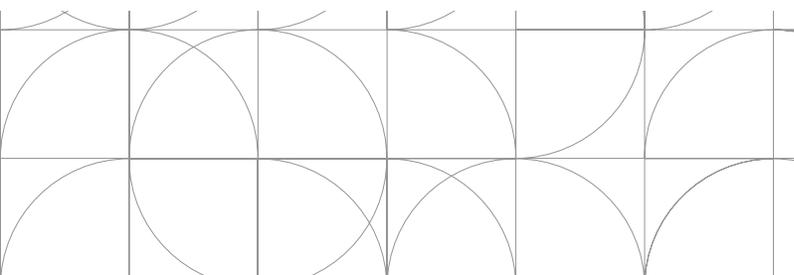
X) La resolución de conflictos por arbitraje.

La Ley de Apoyo al Capital Emprendedor brinda otra alternativa jurídica a las alternativas establecidas en la LGS, en particular a los seis tipos previstos en ella. Hubiera resultado de mejor técnica legislativa incorporar la normativa de la SAS a la LGS, sin embargo este ordenamiento resulta auspicioso en el sentido de generar la necesidad de la reforma integral del régimen societario, a los efectos de su modernización sobre la base de los pilares estructurados en nuestra Ley 19.550, que permita incorporar la herramienta tecnológica conciliando la simplificación de todos los trámites de inscripción y la seguridad jurídica de la sociedad que se crea, de los socios y de los terceros que contraen con ella, y que constituya una herramienta para el crecimiento económico del país.

Para ampliar normativa tanto nacional como local, así como la reglamentación del uso de folios digitales del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, plataformas de adquisición de los mismos, plataformas a través de las cuales se obtiene la firma de proceso, videos tutoriales y glosarios de terminología aplicada a la función notarial electrónica, podrá recurrirse al micrositio de **firma digital** que dispone la página web del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.



**UNIVERSIDAD
NOTARIAL
ARGENTINA**



LA CAPACIDAD DE LA
PERSONA JURÍDICA
CONSORCIO PARA
ADQUIRIR BIENES
REGISTRABLES

ELDA FERNÁNDEZ COSSINI

SUMARIO: - Introducción. - Definición de consorcio. - Naturaleza jurídica. A. Tesis negatorias de la personalidad. B. Tesis que admiten la personalidad. C. Código Civil y Comercial de la Nación. - Conclusión. - Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La propiedad horizontal se incorporó al derecho argentino en el año 1948 con la sanción de la Ley 13.512. Dicha norma mencionaba al consorcio de propietarios en su art. 9º, pero no lo definía ni explicitaba su naturaleza jurídica.

Ese silencio normativo generó arduos debates doctrinarios y jurisprudenciales que dividieron las aguas, a grandes rasgos, en dos posturas principales: aquellas que admitían la personalidad jurídica del consorcio (con mayor o menor alcance) y aquellas que la negaban.

En la actualidad, el Código Civil y Comercial de la Nación¹ establece en el inc. h) de su art. 148 que el consorcio de propiedad horizontal es una persona jurídica privada.

Sin embargo, en cuanto a la regulación del ente, dicho cuerpo normativo le dedica únicamente un artículo específico -el art. 2044 CCyC- que lo define. El resto de sus contenidos o caracteres se encuentran diseminados en el articulado general.

Si bien consideramos que la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación es superadora de aquella de la Ley 13.512, entendemos que no es del todo completa, ya que deja importantes cuestiones libradas a la interpretación del operador del derecho. Se han reabierto antiguos debates y se han originado algunos nuevos.

Además, como el instrumento constitutivo del consorcio es la escritura pública de reglamento de propiedad horizontal, el notario en su rol de garante de la seguridad jurídica y de la prevención de conflictos, deberá analizar los vacíos legales e interpretar armónicamente aquellas normas que pudieran resultar contradictorias para adecuar dicho instrumento e intentar evitar así futuras contiendas.

En el presente analizaremos una de las cuestiones que no han sido reguladas expresamente en el CCyC y que a nuestro juicio es muy relevante, sobre todo en el ámbito notarial: la capacidad del consorcio para adquirir bienes registrables.

Para ello, como no contamos con normas explícitas sobre la materia, pondremos en contexto la normativa actual y la derogada para determinar la viabilidad -o no- de esa aptitud que, adelantamos, entendemos como consecuencia directa de entender al consorcio como persona jurídica.

1 En adelante CCyC.

DEFINICIÓN DE CONSORCIO

Etimológicamente, la palabra consorcio significa “unión o compañía de los que viven juntos” o “participación de la misma suerte con uno o varios”.²

Como mencionamos, si bien la Ley 13.512 mencionaba al consorcio de copropietarios³ en su art. 9º, no lo definía. La doctrina, en ese entonces, era más o menos conteste en entenderlo como “la reunión de copropietarios que son titulares de un inmueble sometido al régimen de la propiedad horizontal”.⁴ Dicho entendimiento, sumado a la falta de definición legal dio lugar, como veremos en el acápite siguiente, a una ardua discusión doctrinaria acerca de la naturaleza jurídica de dicha institución.

El CCyC, por su parte, define en el art. 2044 que “El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio”.

NATURALEZA JURÍDICA

Reflexiona Carrió: “Al preguntarse por la naturaleza jurídica de una institución cualquiera -pienso- los juristas persiguen este imposible: una justificación única para la solución de todos los casos que, ya en forma clara, ya en forma imprecisa, caen bajo un determinado conjunto de reglas. Es decir, aspiran hallar un último criterio de justificación que valga tanto para los casos típicos como para los que no lo son. Por supuesto que no hay tal cosa”.⁵

Compartimos esa opinión. Sin embargo, siendo menos ambiciosos, consideramos que si bien nunca se podrá pretender que la determinación de la naturaleza

2 Highton, Elena I., *Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 523.

3 En el régimen de la Ley 13.512 se hablaba de “copropietarios” mientras que en el del CCyC se habla de “propietarios”.

4 Humphreys, Ethel, “La Propiedad Horizontal”, en Smayevsky, Miriam (Directora), Penna, Marcela A. (Coordinadora), *Manual de Derechos Reales*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 366.

5 Carrió, Genaro R., prólogo en Bulygin, Eugenio, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 7.

jurídica de una institución brinde todas las soluciones a los inconvenientes prácticos que de ella deriven, sí podrá guiar al operador de derecho en la interpretación de normas oscuras o contradictorias e, incluso, ante lagunas normativas.

Por ello, nos embarcaremos en la hoy ya no tan complicada tarea (al menos si se piensa pragmáticamente)⁶ de analizar la naturaleza jurídica del consorcio, ya que creemos que las consecuencias que de ella derivan y el análisis de los antecedentes que llevaron a su definición legal actual, serán argumentos útiles para diferentes posturas que vayamos definiendo a lo largo del presente en cuanto a la cuestión medular del presente trabajo.

Durante la vigencia de la Ley 13.512, entonces, se desarrollaron, básicamente, dos grandes teorías: las que le negaban personalidad jurídica al ente y las que la admitían. A su vez, dentro de esta última, había una subdivisión doctrinaria entre quienes consideraban que se trataba de una personalidad restringida o una personalidad plena.

6 En rigor de verdad, el presente acápite versa sobre una recopilación de los debates doctrinarios sucedidos durante la vigencia del régimen de la Ley 13.512, ya que el CCyC expresamente menciona la naturaleza jurídica del consorcio. Es decir, argumentalmente podríamos continuar debatiendo, pero desde el punto de vista del derecho positivo, ya no hay discusión posible. Sin embargo, debemos mencionar que el proyecto de modificación del Código Civil y Comercial de la Nación encabezado por Diego Botana, Julio C. Rivera y Ramón D. Pizarro, determina la supresión del Inciso h, del art. 148 e indica: "Este proyecto propicia la supresión del consorcio del elenco de las personas jurídicas, caracterización opinable a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, pues si bien prestigiosos autores y algunas sentencias efectivamente reconocieron la personalidad jurídica del consorcio se han elevado voces críticas que han señalado la anomalía que significaría el concurso o quiebra del mismo, las extensas responsabilidades a que se somete a los miembros del consejo de administración, la obligación de llevar contabilidad regular, la carga de cumplir con las reglas del *compliance* y aun los efectos que sobre el mismo tiene la ley que consagró la responsabilidad penal de las personas jurídicas. (Ley N° 27.401)". Por otro lado, propone la modificación del art. 2044 con el siguiente texto: "El conjunto de propietarios de las unidades funcionales constituye el consorcio. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador. Se rige por el reglamento de copropiedad y las disposiciones de este título". Propone, asimismo, la derogación de los incisos e), i) y t) del art. 2056. No compartimos ni la decisión jurídica de quitar personalidad jurídica al ente ni los fundamentos de la misma, pero por cuestiones de extensión no nos explayaremos sobre esa cuestión en el presente.

A. TESIS NEGATORIAS DE LA PERSONALIDAD

La tesis que negaba la personalidad del consorcio se basaba en primer lugar en la inexistencia de norma legal que otorgara -o permitiera inferir- dicha personalidad.

No lo hacía la Ley 13.512, ni tampoco lo hacía el Código Civil al regular las personas de existencia ideal. Por ende, "Como el consorcio no es persona física ni jurídica carece de toda personalidad y posibilidad de ser sujeto de derecho".⁷

Algunos sostenían que "el derecho de propiedad horizontal constituye un dominio que se integra con un condominio de indivisión forzosa, encuadrado en los principios generales del Código Civil; en nuestro régimen legal, la figura del condominio no se eleva nunca al rango de persona jurídica, ya que, aunque algunos vean en ella un embrión de la personalidad colectiva, su concepto no se ha desenvuelto a la manera de las personas jurídicas y de las sociedades y, con menos razón aún, el de indivisión forzosa".⁸ Dicho en otras palabras: de la indivisión forzosa no es posible deducir un "sujeto de derecho" o "ente".⁹

Entendían también como una razón fundamental "la inexistencia de todo patrimonio común".¹⁰ En este sentido, se consideraba que, dado que las partes privativas y las partes comunes son ambas de propiedad de los titulares de derecho real de propiedad horizontal, el consorcio en sí no poseía patrimonio alguno. Es indudable que esta última afirmación continúa siendo válida en nuestro régimen legal actual. Sin embargo, ella no implica que el consorcio no tenga patrimonio -tal como veremos en el acápite correspondiente-. Más aún, entendemos que, por una cuestión lógica, la inexistencia de patrimonio debería ser consecuencia de la falta de personalidad del consorcio, mas no **su causa**.

Por último, sostenían que la Ley 13.512 definía al administrador como un representante de los propietarios, para luego caracterizarlo como un mandatario

7 Laje, Eduardo J., "La personalidad jurídica del consorcio de propietarios creado por la Ley 13.512", LL 99-430, p. 433.

8 Highton, Elena I., *Propiedad Horizontal...*, cit., p. 526.

9 Laquis, Manuel A., "Sobre una sentencia renovadora de los fundamentos negativos de la personalidad jurídica del consorcio de propietarios", LL 1985-A-534, cita online: AR/DOC/8708/2001, p. 4.

10 Molinario, Alberto D., "Inexistencia de personalidad del consorcio creado por la Ley nacional 13.512", ED 120-405, p. 412.

legal y exclusivo de éstos (arts. 9º, inc. a, y 11).¹¹ Es decir que el administrador representaba a las individualidades y no al ente.

Esta postura “negatoria” conllevó severos “inconvenientes prácticos”¹² cuya única vía de solución era el texto -o modificación- del reglamento de copropiedad y administración o la reforma de la ley.

B. TESIS QUE ADMITEN LA PERSONALIDAD

b.1. Tesis de la personalidad restringida

Esta postura ubica “al consorcio, en un término equidistante entre las personas jurídicas del art. 33¹³ y las mencionadas en los arts. 32¹⁴ y 46¹⁵ del propio Código Civil”.¹⁶ Entiende que la personalidad del consorcio se encuentra restringida a los fines de su creación.

11 Highton, Elena I., *Propiedad Horizontal...*, cit. p. 526.

12 Laquis, Manuel Antonio, *Naturaleza jurídica del consorcio de propietarios, Lecciones y Ensayos*, 1958: vol. 9, p. 38.

13 Que -antes de la reforma de la Ley 17.711- establecía que “Las personas jurídicas, sobre las cuales este Código legisla son las que, de una existencia necesaria o de una existencia posible, son creadas con un objeto conveniente al pueblo y son las siguientes: 1) El Estado, 2) cada una de las provincias federadas, 3) cada uno de sus municipios, 4) la Iglesia, 5) los establecimientos de utilidad pública, religiosos o piadosos, científicos o literarios, las corporaciones, comunidades religiosas, colegios, universidades, sociedades anónimas, barcos, compañías de seguros y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común, con tal que posean patrimonio propio y sean capaces, por sus estatutos, de adquirir bienes y no subsistan de asignaciones del Estado”.

14 “Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas”.

15 Antes de la reforma de la Ley 17.711: “Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles, comerciales o religiosas, según el fin de su instituto”. Luego de la reforma de la Ley 17.711: “Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles o religiosas, según el fin de su instituto. Son sujetos de derecho, siempre que la constitución y designación de autoridades se acredite por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público. De lo contrario, todos los miembros fundadores de la asociación y sus administradores asumen responsabilidad solidaria por los actos de ésta. Supletoriamente regirán a las asociaciones a que este artículo se refiere las normas de la sociedad civil”.

16 Benseñor, Norberto Rafael, “La persona jurídica en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Notarial* 972, 2012, pp. 823-851, p. 835.

Al respecto, cierta jurisprudencia ha dicho “El consorcio de propietarios sólo tiene una personalidad limitada, es decir, sin personalidad jurídica, adecuada a los fines para los cuales está constituido, con capacidad para actuar ante sus integrantes o terceros” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, Medina, Horacio Santiago (conc.) 9/10/56, JA 1956-IV-361).

Esta postura ha sido principalmente criticada por confundir personalidad con capacidad: la personalidad se tiene o no se tiene, la que puede ser restringida o limitada es la capacidad.¹⁷

Además, se ha sostenido que “esta interpretación, también pierde sustento al ser reformado el art. 33 del Código Civil por la Ley 17.711¹⁸ calificando como personas jurídicas todas las entidades que tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización del Estado para funcionar”.¹⁹

b.2. Tesis de la personalidad jurídica plena

Esta ha sido, sin dudas, la postura mayoritaria en la materia.

En cuanto al primer escollo que encuentra la tesis negatoria en torno al silencio de la ley respecto de la personalidad del ente se ha dicho que “no es posible dejar de reconocer, en el sistema de propiedad por pisos o por departamentos, (...) la existencia de un ente que constituiría algo así como el embrión de la personalidad

17 Así lo ha dicho la jurisprudencia: en cuanto a quienes postulan la tesis de la personalidad restringida se ha respondido “La personalidad no es, por su misma sustantividad, propiedad que se pueda detentar de manera disminuida. Lo que se puede tener en más o en menos es la capacidad, pero no la personalidad, que hace a la existencia misma del sujeto y, desde este punto de vista se es o no persona del derecho, pues es inconcebible que exista una categoría de semisujetos” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, Marchissotti, María L. y otros c. Noguera, Norberto 2/10/81, LL 1982-A-294).

18 Art. 33, luego de la reforma de la Ley 17.711. “Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público: 1°. El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios. 2°. Las entidades autárquicas. 3°. La Iglesia Católica. Tienen carácter privado: 1°. Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar. 2°. Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar”.

19 Benseñor, Norberto Rafael, “La persona jurídica...”, cit. , p. 835.

jurídica de que hemos hablado, tomando siempre el concepto de personalidad en su verdadero significado jurídico, esto es, en el sentido de capacidad que lo distingue del biológico y filosófico”.²⁰

Desde una postura utilitaria se ha dicho también que “La necesidad y conveniencia de reconocerle personalidad al consorcio radica en la perdurabilidad de su emplazamiento y en su condición de comunidad dinámica, cualidades que contrastan con la transitoriedad de otras expresiones colectivas o con su condición de estáticas”.²¹

En cuanto al argumento que sostenía que la norma se refería al administrador como representante de los propietarios se ha dicho que “El aparente obstáculo que surge de la letra de la ley (...) no es definitorio y la interpretación literal puede conducir a falsas conclusiones. La cuestión terminológica no resulta tan trascendente ni puede modificar la naturaleza jurídica de la institución y, por otra parte, la ley también habla del administrador, sin agregados, en otras normas (arts. 8° y 9°).²²

Sobre esta misma cuestión, también se ha argumentado que “Si no existiera un sujeto de derecho distinto de los dueños individualmente considerados no podría concebirse que el administrador pudiera promover una acción contra uno de aquellos, como lo autoriza dicho art. 15, con las graves consecuencias que la propia ley prevé contra el accionado”.²³

Como hemos mencionado, la tesis de la personalidad plena ha sido sostenida por la mayoría de la doctrina. Así, se propuso en varios congresos:

- XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (San Carlos de Bariloche, 1989): “Es conveniente, por un principio de seguridad jurídica, que en una futura reforma de la legislación se consagre expresamente que el consorcio de copropietarios es persona jurídica”.

- XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (San Miguel de Tucumán, 1993): “Se aconseja la consagración legislativa de la personalidad del consorcio en los términos del art. 33 del Código Civil”.

20 Racciatti, Hernán, *Propiedad por pisos o por departamentos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, p. 171.

21 Alterini, Jorge Horacio y Vázquez, Gabriela A., “Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes”, *La Ley*, 2007-C, 1076, cita online: AR/DOC/1610/2007, p. 3.

22 Highton, Elena I., *Propiedad Horizontal...*, cit., p. 529.

23 Laje, Eduardo J., “La personalidad...”, cit., p. 436.

- XIII Congreso Nacional de Derecho Registral" (Mendoza, octubre de 2004): "El consorcio de propietarios de la Ley N° 13.512 de Propiedad Horizontal es persona jurídica privada, con ajuste a lo preceptuado por el art. 33, segundo párrafo, apartado 2) del Código Civil. Como persona, el consorcio presenta los atributos inherentes a todas ellas: capacidad de derecho, nombre, domicilio y patrimonio".

En cuanto a la jurisprudencia, también se inclinó mayoritariamente por esta postura. Como resumen de todos ellos transcribimos lo resuelto en Acuerdo Plenario: "El consorcio de propietarios instituido por la Ley 13.512 (ADLA, VIII, 254) tiene personalidad jurídica distinta de la de cada uno de sus componentes", Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (en pleno), "Nogueira Seoane, José c. Consorcio de Propietarios Tucumán 1629 y otro", 2/12/1965, LL 121-335.

C. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El Código Civil y Comercial de la Nación pone fin al debate referenciado estableciendo en el inciso h) de su art. 148 que el Consorcio de Propiedad Horizontal es una persona jurídica privada.

A su vez, el art. 2044 CCyC ya mencionado también refuerza esa noción estableciendo que el conjunto de copropietarios de las unidades funcionales constituye la "persona jurídica" consorcio.

Es decir, no quedan dudas de que, para nuestro régimen legal, el consorcio es una persona jurídica privada.

Recordemos que según el art. 141 CCyC "Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación". Compartimos la opinión de que este cuerpo legal se inspira en el neoantropomorfismo que guiaba el art. 2° de la Ley 19.550.

Además, dados los textos mencionados -y las objeciones reseñadas en el acápite anterior, que compartimos- se puede descartar la tesis de la personalidad restringida.

Esta definición normativa resulta sumamente relevante porque al otorgársele personalidad al ente, se está admitiendo implícitamente una serie de características y atributos que se le atribuyen por el simple hecho de tener personalidad jurídica.

Atributos de la personalidad

Todas las personas, físicas o jurídicas “están dotadas de cualidades intrínsecas y permanentes que concurren a constituir la esencia de la personalidad y a determinar el ente personal en su individualidad. Se denominan atributos inherentes a la personalidad porque son calidades dependientes e inseparables del ente personal, de manera que no pueden existir sino en él y éste no puede ser sin revestir esas mismas propiedades”.²⁴

Son atributos de la personalidad de las personas jurídicas y, por ende, del consorcio de propiedad horizontal: a) el nombre, b) el domicilio, c) la capacidad y d) el patrimonio.

a. Nombre

El nombre es “el término que sirve para designar a las personas de una manera habitual”.²⁵

El CCyC no se refiere al nombre del consorcio en el Libro referido a la propiedad horizontal.

Sin embargo, al atribuírsele el carácter de persona jurídica indudablemente debe tener un nombre.

Por ello, ante el silencio de la norma imperativa y especial, entendemos de aplicación el art. 151 CCyC ubicado en la parte general de personas jurídicas.

Conforme a éste el nombre deberá identificar dos cosas: “(i) el tipo de persona jurídica de que se trate, y (ii) la persona jurídica individual”.²⁶

En cuanto al primer ítem, deberá llevar el aditamento que lo identifique como la persona jurídica que es, es decir como “consorcio de propiedad horizontal”.

24 Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1973, Tomo I, p. 285.

25 Perreau, *Le droit au nom en matière civile*, París, 1910, p. 7, citado por Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., Tomo I, p. 287.

26 Roitman, Horacio; Aguirre, Hugo; Chiavassa, Eduardo, “Las Personas Jurídicas en el Código Civil y Comercial Argentino y las Sociedades”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Número extraordinario, 2015, p. 242.

Compartimos la opinión de que conviene descartar “el uso de la palabra ‘consorcio’ a secas, para distinguir mejor esta persona del contrato de consorcio de cooperación (art. 1470 y sigs.) que si bien carece de personalidad (art. 1442) tiene denominación, la que se forma con un nombre de fantasía integrado con la leyenda ‘consorcio de cooperación’ (art. 1474, inc. d). También descartamos la frase ‘consorcio de propietarios’ por resultar incompleta al no especificar que se trata de una PH ni cuál es el objeto de la propiedad (las UF); además si se afecta a PH la propiedad superficiaria con separación del suelo (art. 2120, 2º párr.), podría erróneamente interpretarse que la palabra ‘propietarios’ alude no solo a los de las UF sino también al *dominus soli*, quien en tal carácter no integra el consorcio”.²⁷

Sin embargo, entendemos que como la ley no opera, en principio, retroactivamente (art. 7 CCyC) y ante ausencia de norma especial al respecto, los consorcios ya existentes que ostenten otro aditamento, como el más habitual de “consorcio de propietarios” en el caso de los constituidos con anterioridad a la sanción de la Ley 26.994, no deberán realizar modificación alguna.

Por otro lado, el nombre deberá satisfacer recaudos de veracidad, novedad y aptitud distintiva, tanto respecto de otros nombres, como de marcas, nombres de fantasía u otras formas de referencia a bienes o servicios, se relacionen o no con el objeto de la persona jurídica. No puede 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.

Normalmente, el nombre del consorcio será la calle y número del edificio afectado a propiedad horizontal y difícilmente, salvo error administrativo, este se repita en una misma jurisdicción. Por lo que en esos casos no habrá inconvenientes en cuanto a esta cuestión. Sin embargo, de optarse por un nombre de fantasía se requerirá especial atención en la cuestión dado que no hay para este ente un control registral de homonimia.

Por último, siguiendo el mismo artículo ya citado “la inclusión en el nombre de la persona jurídica del nombre de personas humanas requiere la conformidad de éstas, que se presume si son miembros. Sus herederos pueden oponerse a la continuación del uso, si acreditan perjuicios materiales o morales”.

27 Szmuch, Mario G., “Inexistencia del estado de propiedad horizontal El comienzo y fin de la existencia del consorcio, su organicismo y capacidad”, Revista del Notariado 924, abril-junio 2016, pp. 109-145, p. 130.

Consideramos que no será habitual el uso de nombres de personas humanas en la denominación del ente. Sin embargo, de así ocurrir, deberá cumplirse con lo antedicho.

b. Domicilio

El domicilio es el lugar en el que la persona jurídica desempeñará las actividades propias de su objeto y que necesariamente debe coincidir con la jurisdicción del lugar de constitución.

Manda el art. 2044 CCyC que el consorcio tendrá su domicilio "en el inmueble", "entendiendo por tal a aquél afectado a propiedad horizontal".²⁸ Por lo que, conforme el art. 152 CCyC esto deberá constar en el reglamento de propiedad horizontal.

En cambio, la sede "es el lugar del efectivo funcionamiento de los órganos sociales".²⁹

Respecto a esta distinción, compartimos la opinión de que "Cabe descartar respecto del consorcio la distinción entre domicilio y sede social, originariamente postulada por el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial 'Quilpe S.A', luego incorporada por el Decreto Ley 22.903/1983 como art. 11, inciso 1, de la Ley de Sociedades Comerciales y hoy extensible a la generalidad de las personas jurídicas por el art. 152".³⁰

c. Capacidad y objeto de las personas jurídicas. Breves nociones generales

Cuando hablamos de la capacidad de las personas jurídicas hacemos referencia a la capacidad de derecho.

En cambio, cuando nos referimos al objeto de las personas jurídicas nos referimos a la "categoría o conjunto de actos que se propone realizar el ente para lograr su fin".³¹

28 Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Propiedad Horizontal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, El Derecho, 2016, p. 130.

29 Roitman, Horacio; Aguirre, Hugo; Chiavassa, Eduardo, *Manual de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 47.

30 Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Propiedad Horizontal*, cit., p. 130.

31 Roitman, Aguirre, Chiavassa, "Las Personas Jurídicas ...", cit., p. 247.

Más allá de algunas modificaciones previas a su sanción, el art. 141 CCyC, quedó redactado definitivamente de la siguiente manera: "Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación".

Por ello se ha dicho que el CCyC "ratifica mediante la redacción de esta norma el principio de especialidad de la persona jurídica".³² Dicho principio "indica que la capacidad de la persona jurídica sólo puede ejercerse en orden a los fines de su institución, que son aquellos que el Estado en su momento computó como conducentes al bien común, y en vista de los cuales, reconoció al ente como sujeto de derecho".³³

Es decir, que la ley apunta a los fines y no al objeto.

El consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica debe tener un objeto y conforme el art. 156 CCyC dicho objeto debe ser preciso y determinado. Lo que se discute es si ese objeto es una creación exclusivamente legal³⁴ o si puede ser voluntaria³⁵ y si es posible -o no- ampliarlo más allá de la letra de la ley.

32 Rodríguez Acquarone, Pilar M., "Personas Jurídicas", LXIX Seminario Teórico-Práctico "Laureano Arturo Moreira", 4 y 5 de junio de 2015, pp. 3-24, p. 4.

33 Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., Tomo II, p. 60.

34 "El 'objeto social' del consorcio no queda fijado en el reglamento de propiedad y administración (como sucede con el estatuto de las personas jurídicas privadas) sino en la ley". Gurfinkel de Wendy, Lilian N., "Temas pendientes sobre la capacidad del consorcio de propietarios", publicado en: La Ley 2013-C, 1052, cita online: AR/DOC/1939/2013, p. 6, y que "no puede ser otro que el mantenimiento, conservación y reparación de las cosas y partes comunes. La ley impone dicho objeto y por el orden público que campea en la materia no puede modificarse por voluntad de los miembros. En caso de grave deterioro o destrucción del edificio, el objeto puede ir un poco más allá y consistir, por decisión de la asamblea, en su reconstrucción (art. 2055). Dado que el objeto del consorcio no puede ser otro que el impuesto por la ley, su mención en el RPH tiene un propósito solo docente". Szmuch, Mario G., "Inexistencia del estado de propiedad horizontal...", cit., p. 129.

35 "Hay quienes han indicado que el consorcio de propiedad horizontal, en cuanto persona jurídica privada, presenta características diferenciales del resto de las personas jurídicas, dado que es un ente ideal con un objeto restringido, pues solo tiene como excluyente objeto, la administración de la propiedad horizontal -especialidad restringida-. Será el reglamento de propiedad horizontal -indican los sostenedores de esta posición- el que defina el objeto de la persona jurídica "consorcio", sus facultades, atribuciones y obligaciones, pero siempre dentro del marco normativo. Y especialmente destacan -quienes propugnan esta mirada- que esta persona jurídica -el consorcio de propiedad horizontal- gestiona y administra intereses ajenos y no tiene fines propios, pues no tiene un giro comercial u operativo propio con los cuales generar recursos autónomos, y los recursos que administra, pertenecen en forma directa o

A nuestro juicio, no debemos restringir lo que la ley no restringe. Consideramos que el reglamento podrá contener cuestiones que excedan lo previsto normativamente siempre que resulte armónico con los fines de la creación del ente.

En el ámbito societario, Benseñor³⁶ entiende imputables a la sociedad (y por ende dentro de la órbita de competencia del representante) a los: a) actos incluidos en el objeto social; b) actos accesorios de otros comprendidos en el objeto social; c) actos preparatorios de la ejecución de un acto del objeto social; d) actos facilitadores de la realización de otro incluido en el objeto social (o directamente del cumplimiento del objeto mismo); e) actos extraños al objeto social.

Consideramos que dicha clasificación es aplicable al consorcio de propiedad horizontal.

Sin embargo, también en el ámbito societario, la doctrina no es unánime al ponderar qué ocurre con los actos “notoriamente extraños” al objeto.

Las dos posturas mayoritarias son:

a) para algunos, la cuestión versa sobre la incapacidad de la persona jurídica por lo que “a) El acto se imputa a quienes lo suscribieron, según sean las características del acto en cuestión; b) no pueden ser ratificados por el órgano de gobierno, porque ello importaría modificar el objeto social *a posteriori* y sin los requisitos exigidos por la ley”.³⁷

b) para otros, en cambio, se trataría de una cuestión de incompetencia del representante del ente, por lo que, dependiendo del caso, la autorización de otro órgano -generalmente el asambleario- podría subsanar dicha vicisitud y el acto sería imputable a la persona jurídica.

“Se asume que en términos generales quienes se enrolan en la tesis que limita la capacidad por el objeto sustentan la primera de las ideas expuestas, mientras que quienes descartan esa simetría abonan la segunda”.³⁸

indirecta a los propietarios, quienes a su vez son los miembros de esta persona jurídica -titulares-, Vítolo, Daniel Roque, “Concursabilidad e insolvencia del Consorcio de Propiedad Horizontal y responsabilidad de los Propietarios”, publicado en: La Ley 11/07/2016, cita online: AR/DOC/2001/2016, p. 3.

36 Benseñor, Norberto R., “Legitimación del representante societario en actos extraordinarios o exorbitantes al objeto social”, LV Seminario Laureano A. Moreira, junio 2008, pp. 90-124, p. 103.

37 Roitman; Aguirre; Chiavassa, *Manual de Sociedades Comerciales*, cit., p. 275.

38 Urbaneja, Marcelo Eduardo, “El objeto y la capacidad de las sociedades comerciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, *El Derecho* 254-684.

Por supuesto, que dichas cuestiones deberán ponderarse cuidadosamente en cada caso particular.

c.1. Capacidad del consorcio

No hay norma que se refiera expresamente a la capacidad del consorcio.

Así "hay quienes han indicado que el consorcio de propiedad horizontal, en cuanto persona jurídica privada, presenta características diferenciales del resto de las personas jurídicas, dado que es un ente ideal con un objeto restringido, pues solo tiene como excluyente objeto, la administración de la propiedad horizontal -especialidad restringida-. Será el reglamento de propiedad horizontal -indican los sostenedores de esta posición- el que define el objeto de la persona jurídica 'consorcio', sus facultades, atribuciones y obligaciones, pero siempre dentro del marco normativo. Y especialmente destacan -quienes propugnan esta mirada- que esta persona jurídica -el consorcio de propiedad horizontal- gestiona y administra intereses ajenos y no tiene fines propios, pues no tiene un giro comercial u operativo propio con los cuales generar recursos autónomos, y los recursos que administra, pertenecen en forma directa o indirecta a los propietarios, quienes a su vez son los miembros de esta persona jurídica -titulares-".³⁹

Por otro lado, se ha sostenido también que "el 'objeto social' del consorcio no queda fijado en el reglamento de propiedad y administración (como sucede con el estatuto de las personas jurídicas privadas) sino en la ley"⁴⁰ y que "no puede ser otro que el mantenimiento, conservación y reparación de las cosas y partes comunes. La ley impone dicho objeto y por el orden público que campea en la materia no puede modificarse por voluntad de los miembros. En caso de grave deterioro o destrucción del edificio, el objeto puede ir un poco más allá y consistir, por decisión de la asamblea, en su reconstrucción (art. 2055). Dado que el objeto del consorcio no puede ser otro que el impuesto por la ley, su mención en el RPH tiene un propósito solo docente".⁴¹

39 Vítolo, Daniel Roque, "Concursabilidad e insolvencia...", cit., p. 3.

40 Gurfinkel de Wendy, Lilian N., "Temas pendientes...", cit., p. 6.

41 Szmuch, Mario G., "Inexistencia del estado de propiedad horizontal...", cit., p. 129.

Otras posturas doctrinarias, en cambio, entienden que es válida la intervención de la autonomía de la voluntad en la definición del objeto de la persona jurídica, en tanto no se contraponga a las normas de orden público que regulen el derecho real de propiedad horizontal y no se aparte de los fines de la creación del ente.

Para todas las opiniones anteriormente citadas resulta pacífico que “el consorcio tiene capacidad para (...) reclamar el cobro de expensas y fondo de reserva, así como los créditos por rentas que tenga derecho a percibir. También contrae obligaciones frente a terceros cuando contrata trabajos, o respecto de deudas con cajas previsionales, aportes a sindicatos, o frente a los propietarios cuando se hubieran generado perjuicios por los que el consorcio debe responder”.⁴²

Otras cuestiones, como veremos, no resultan aún pacíficas.

c.2. Capacidad del consorcio para la adquisición de bienes registrables

No cabe duda de que el consorcio puede adquirir bienes muebles no registrables.⁴³

Sería imposible el funcionamiento de cualquier edificio o conjunto inmobiliario si se requiriera que los propietarios adquirieran los enseres básicos como utensilios de limpieza, lamparitas de luz para iluminar los sectores comunes, etc.

Sin embargo, ya en el régimen de la Ley 13.512 se debatía la posibilidad de que el consorcio pudiera adquirir bienes registrables, fundamentalmente, inmuebles.

Quienes entendían que el consorcio no tenía personalidad o quienes entendían que tenía personalidad restringida negaban esta aptitud, lo que resultaba absolutamente coherente con sendas convicciones.

Lo curioso es que muchos de los autores que consideraban que el consorcio tenía personalidad plena, también le negaban esta posibilidad⁴⁴ o la limitaban, exigiendo, por ejemplo, que adquiera únicamente un unidad funcional -o complemen-

42 Gurfinkel de Wendy, Lilian N., “Temas pendientes ...”, cit., p. 5.

43 (...) Hay que aclarar en este punto que no ponemos en duda la capacidad del consorcio de propietarios para adquirir derechos reales sobre muebles que sean necesarios para el mantenimiento, reparación y conservación de las partes comunes (elementos de limpieza, computadoras, etc.)”, Gurfinkel de Wendy, Lilian N., “Temas pendientes...”, cit., p. 6.

44 “Más, aun admitiendo -como nosotros- que el consorcio es persona jurídica, ello no lo habilita a exceder el marco de la capacidad dentro de la que se mueve todo sujeto de derecho y la

taria- de su mismo edificio o que la adquisición se realizara por subasta judicial, mas no por otro medio.

El Proyecto de 1998 en su art. 1980 determinaba que “El patrimonio del consorcio se integra con el fondo de reserva, otras recaudaciones, los créditos contra los consortes o terceros, las unidades funcionales que se le asignen o adquiera en el inmueble, y en general las cosas y bienes afectados en su beneficio dentro de los fines que justifican su existencia”.

Analizaremos dicho artículo en el próximo acápite, pero a los efectos del presente consideramos que al referirse a “las unidades funcionales que se le asignen o adquiera en el inmueble” no deja lugar a dudas de que dicha legislación permitía la adquisición de inmuebles, aunque estos debían ser únicamente unidades funcionales del mismo edificio.⁴⁵

Ahora bien, el CCyC otorga personalidad jurídica al consorcio, pero no cuenta con ningún artículo asimilable al proyectado 1980, por lo que, lamentablemente, se reabre el debate en cuanto a si el ente puede o no ser titular de bienes registrables y si se responde afirmativamente, de qué bienes y cómo puede adquirirlos.

c.2.i. ¿Puede el consorcio adquirir bienes registrables?

Esta es la primera cuestión que debemos resolver. Ya que, de responderse negativamente, las otras dos cuestiones pierden sentido.

Pues bien, como mencionáramos, el Título del CCyC que se refiere al derecho real de propiedad horizontal, dentro del que se encuentran las normas sobre consorcio, no se refiere a la capacidad del ente.

Es decir, no contamos, en los términos del art. 150 CCyC, con “a) normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código”. Ni permisivas ni prohibitivas.

especialidad a la que está circunscrito en su actuación como persona jurídica”, Highton, Elena I., *Propiedad Horizontal...*, cit., p. 480.

45 En el mismo sentido: “Pues si la regulación legal, como hemos visto, confiere al consorcio la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones -signo característico de la personalidad con arreglo al art. 33, inc. 2º del Cód. Civil (texto según Ley 17.711)-, si se concluye en que es titular de los créditos por expensas, del fondo de reserva, de créditos por medianería, si puede aun solicitar el beneficio de litigar sin gastos; en suma, si se reconoce su carácter de persona jurídica, no se comprende cuál sería el estorbo para admitir que pueda ser titular de una unidad en el inmueble, esto es, del derecho de propiedad horizontal, inclusive teniendo en cuenta la relevancia de este derecho real. (Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, “Propiedad horizontal. El consorcio dueño de unidades funcionales”, *El Derecho* 208-1022, versión online, p. 8).

En el régimen anterior -y entendemos que la autora sostiene idéntica postura para el régimen del CCyC- se sostenía que "En tanto la capacidad del consorcio para adquirir derechos y contraer obligaciones está dada por su objeto (administrar, conservar, mantener las partes comunes) en los términos del art. 35 Código Civil, la capacidad para adquirir derechos reales sobre inmuebles debería ser expresa; ni en la legislación vigente ni en el Proyecto⁴⁶ actualmente en debate hay disposición alguna al respecto".⁴⁷

Por nuestra parte, no compartimos dicha opinión.

Recordemos que "Como lo apuntara Risolía: 'Si la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, va de suyo que pueden contratar todos aquellos a quienes la ley no se los prohíbe expresamente... No obstante que nuestro art. 1160⁴⁸ se refiere concretamente a quienes *no pueden contratar* parece indudable que da por admitida, a contrario, la capacidad de todas las personas"⁴⁹. Por lo tanto, la falta de norma prohibitiva o limitativa expresa debe ser un elemento sumamente relevante al momento de la presente interpretación.

Siguiendo la manda del art. 150 CCyC la sucesiva regla de aplicación sería "b) las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia".

Como vimos, el acto constitutivo del consorcio es el reglamento de propiedad horizontal, dicho instrumento tiene ciertas cláusulas obligatorias previstas en el art. 2056 CCyC.

Dentro de estas cláusulas no existe ninguna que se refiera a la capacidad del ente bajo estudio, pero sí el inciso e) precisa que el reglamento determine "la composición del patrimonio del consorcio". Entendemos que esto, como fundamentaremos más adelante, permite que se asigne al consorcio la titularidad de bienes registrables como parte del activo patrimonial.

46 La autora se refiere al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la comisión designada por decreto presidencial 191/2011 que posteriormente se convertiría en el CCyC.

47 Gurfinkel de Wendy, Lilian N., "Temas...", cit., p. 6.

48 Los autores se refieren al art. 1160 del Código Civil hoy derogado. Entendemos que el art. 1001 del CCyC sería su equivalente.

49 Risolía, Marco Aurelio, *Capacidad y Contrato*, Buenos Aires, 1959, p. 27 y su nota 9, citado por Alterini, Vázquez, "Reafirmación de la personalidad...", cit., p. 7.

Por otro lado, al margen de las cláusulas obligatorias, nada obsta a que se incluyan otras cláusulas mientras no sean contrarias a alguna norma imperativa del sistema de propiedad horizontal -o de los derechos reales en general, ni contrarias a la moral, al orden público, etc.-. Recordemos, una vez más que no existen normas prohibitivas expresas y, al menos a nuestro juicio, el orden público no se encuentra en juego en esta cuestión.

La última indicación interpretativa del art. 150 CCyC reza que las personas jurídicas privadas se registrarán (en defecto de los dos ítems antes mencionados) "c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título". En este caso, no existen normas supletorias de leyes especiales, por ende, deberemos utilizar las normas supletorias del Título II del Libro I.

En este sentido, conforme el art. 141 CCyC, las personas jurídicas tienen aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación.

Compartimos con la doctrina ya mencionada que la persona jurídica consorcio no puede tener fin de lucro, ya que este no ha sido la finalidad de su **creación**.

Compartimos también que su finalidad es la administración y el fluido funcionamiento de la comunidad de consorcistas y la manutención del inmueble en que se asienta, en todo lo que no sean partes privativas, ya que, aunque las partes comunes sean de titularidad de los consorcistas, su mantenimiento se efectiviza a través del consorcio.

Pues bien, como veremos al analizar el patrimonio del consorcio, la manera natural de obtener fondos para la administración y manutención referidas es a través del cobro de expensas y del fondo de reserva.

Entonces, nos preguntamos, la adquisición de un bien para locarlo y obtener una renta que vaya a las arcas del consorcio y sirva para, por ejemplo, disminuir el monto de las expensas, ¿implica un "fin de lucro"? ¿se aleja de los fines de la creación del consorcio?

A nuestro juicio, no. Dicho canon no implicaría una ganancia en términos empresariales.

Además, si se utilizara para el pago de sueldos del personal, para reparaciones de las partes comunes, etc., entendemos que no se aleja en lo más mínimo de los fines de la creación del ente. Más aún, los miembros del consorcio se verían beneficiados con la disminución de sus erogaciones y el consorcio abultaría su pa-

trimonio como “garantía común de sus acreedores”. Lo que sería sumamente útil ya que una de las cuestiones más graves respecto a la responsabilidad del ente es la posibilidad -o no- de que los acreedores del consorcio puedan atacar los bienes de los consorcistas y en qué situaciones.

Es por ello, que consideramos, con abundante doctrina, que el consorcio puede adquirir bienes registrables siempre y cuando dicha adquisición no exceda los fines de su creación.⁵⁰

c.2.ii. ¿De qué clases de bienes puede ser titular?

Unidades funcionales -y complementarias, en su caso- que formen parte del edificio

Quienes entendemos que el consorcio puede adquirir bienes registrables unánimemente entendemos que puede adquirir unidades funcionales y, en su caso, complementarias, que formen parte del edificio que lo origina.

En ese entendimiento se manifestaron las conclusiones del Tema I en el “XIII Congreso Nacional de Derecho Registral” (Mendoza, 2004), en cuya declaración N° 2 se lee: “Capacidad. Titularidad originaria o adquisición posterior de unidades (...). El consorcio tiene capacidad para ser titular de unidades dentro del inmueble afectado al sistema de propiedad horizontal”.

Hacemos nuestras, en este punto, las reflexiones de Abella y Mariani de Vidal⁵¹:

“1. En caso de que los consorcistas decidan (...) adquirir una unidad funcional, no deberían ser modificados ni los planos del edificio, ni el reglamento de copropiedad, pues dicha unidad funcional no mudaría su carácter. En cambio, si esa adquisición implicara que sólo puede serlo en carácter de ‘cosa común’, sería necesario modificar los planos y el reglamento de copropiedad, como es lógico, pues una unidad funcional pasaría a convertirse en cosa común; y esos trámites insumirían tiempo y demandarían los consiguientes gastos.

2. Si los consorcistas decidieran luego enajenar la unidad funcional adquirida (...), siendo el consorcio titular podría hacerlo como cualquier otro copropietario. En cambio, si, como consecuencia de opinarse que el consorcio no puede ser ti-

50 Abella, Mariani, “Propiedad horizontal...”, cit.; Alterini; Vázquez, “Reafirmación de la personalidad...”, cit.; Raspall, Miguel A., “¿Concursalidad del consorcio de propiedad horizontal? Análisis crítico”, publicado en: La Ley 27/05/2016, La Ley 2016-C, 1049, cita online: AR/DOC/1536/2016; Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Propiedad Horizontal*, cit., entre otros.

51 Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, “Propiedad horizontal. El consorcio...”, cit, versión online, p. 9.

tular de unidades funcionales y que, si ella se adquiriera por los copropietarios debería pasar a ser 'cosa común', su enajenación independiente no sería posible, a tenor de lo establecido en el art. 3º de la Ley 13.512 porque, como cosa común, se habría convertido en accesorio inescindible de las unidades".

Inmuebles ajenos al edificio

El art. 8º de la Ley 13.512 indicaba que los propietarios estaban obligados "a contribuir al pago de las primas de seguro del edificio común y a las expensas debidas a innovaciones dispuestas en dichas partes y bienes comunes por resolución de los propietarios, en mira de obtener su mejoramiento o de uso y goce más cómodo o de mayor renta".

La referencia a la obtención de "mayor renta" fue fundamento de muchos autores que sostuvieron la posibilidad de que el consorcio adquiriera bienes con fines de inversión.

Dicha norma no se reprodujo en el CCyC.

Además, se ha sostenido que "la ley prohíbe al consorcio adquirir un lote colindante al edificio por considerar al terreno necesariamente común (art. 2041, inc. a)".⁵²

En relación a esa misma norma se ha dicho "Creemos que el consorcio puede adquirir la propiedad del terreno⁵³ en esas condiciones pero que debe incorporarlo sin demora al régimen de PH en calidad de parte común (art. 2041, inc. 1 CCyC). Aceptamos que el consorcio mantenga la titularidad del terreno mientras se tramita el plano de modificación de la mensura horizontal a tal efecto y la escritura de reforma del RPH. Mientras tanto, parece que el inmueble está más a resguardo

52 Zelaya, Mario, "La Propiedad Horizontal" en Kiper, Claudio (Director), *Derecho Reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 14, nota al pie N° 4. Situación similar ocurrió con la vigencia del régimen anterior ante el Registro de la Propiedad con asiento en la ciudad de Mendoza "organismo en el que pretendió inscribirse un título notarial por el cual un edificio de propiedad horizontal, que carecía de espacios verdes, adquiriría a nombre del consorcio un terreno colindante destinado a jardines. El documento fue objetado por entenderse que los jardines integran las partes comunes del edificio y como tales de propiedad de los consorcistas, careciendo el consorcio de capacidad suficiente -dentro de los fines de la ley- para realizar un acto de disposición de la más alta categoría, cual es ser titular de un derecho real de dominio", Gurfinkel de Wendy, Lilian N., "Temas pendientes...", cit., p. 5.

53 El autor se refiere a un terreno lindero a aquel en el cual se erige el edificio.

en el patrimonio del consorcio que en el de todos y cada uno sus miembros en condominio.⁵⁴

No compartimos ninguna de las dos interpretaciones.

La norma textualmente dice: "Son cosas y partes necesariamente comunes: a) el terreno...". A nuestro juicio, se refiere al terreno en el que se erige el edificio y no a cualquier otro que se pueda adquirir con posterioridad. Mucho menos puede afirmarse que de tan escueto texto surja una restricción a la capacidad. Recordemos, una vez más, que esta es la regla, no la excepción.

Por nuestra parte, al desechar dicha interpretación y al entender que no existe norma prohibitiva expresa, consideramos que el consorcio puede adquirir cualquier tipo de "terreno". Siempre y cuando ello responda a los fines de su creación. Y además, que no resulta obligatorio convertir esa adquisición en parte común. Más aún, como reseñáramos en el acápite anterior, no solo no es obligatorio, tampoco es conveniente.

Un fallo reciente ha permitido la adquisición de un inmueble por un consorcio de propiedad horizontal mencionando simplemente que "En efecto, a la luz del nuevo art. 2044 del Código Civil y Comercial, aquella discusión en base a la cual se denegó la aptitud del ejecutante para adquirir inmuebles ha sido sustancialmente modificada" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, "Consortio Club de Campo La Martona c/ Corrientes S.A. s/Ejecución de Gastos", 7/4/2016, en <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/documentos/jurisp/verdoc.jsp?db=B151&td=1&qn=1>, visto por última vez el 20/6/2018).

Respecto a los fines de la creación del ente se ha dicho que "El notario interviniente y los registros inmobiliarios carecen de competencia para calificar si la adquisición concuerda o no con dichos fines; es la asamblea, como órgano máximo del consorcio, a quien corresponde fundar y decidir sobre la cuestión".⁵⁵

Otros bienes registrables

Compartimos la opinión de que "Las referencias patrimoniales al consorcio en el Código Civil y Comercial de la Nación en ningún caso resultan restrictivas a la naturaleza de los bienes. En este sentido, son elocuentes los enunciados de los

54 Szmuch, Mario G., "Inexistencia del estado...", cit., p. 133.

55 Tranchini, Marcela H. (con la colaboración de Víctor Barrazam, Roberto Boqué, Diego de Rosa y Marcelo Pepe), comentario al art. 2044 CCyC en Clusellas, Eduardo Gabriel (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado, anotado y concordado*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Astrea-FEN, 2015, p. 57.

artículos, todos ya ponderados que simplemente aluden a 'bienes del consorcio' (arts. 2046 inc. e, 2048 y 2056 inc. i) o al 'patrimonio' del mismo (art. 2056, inc. e)".⁵⁶

Una vez más, lo que resultará trascendente no será la naturaleza del bien sino "los fines de la creación" de la persona jurídica.

La adquisición de un vehículo automotor puede ser necesaria para un consorcio, que lo requiera por sus dimensiones o por su organización o funcionamiento. No resulta difícil imaginar la utilidad de un automotor, por ejemplo, en un conjunto inmobiliario.

El Digesto de Normas Técnico-Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor en el Título I (Parte General) Capítulo IV (De los Peticionarios y la Forma de Acreditar Identidad o Personería), Sección 3ª (Representantes Legales) artículo 1º manda:

"Personas jurídicas: (...) 7) Consorcio de propiedad horizontal: El administrador es representante legal del consorcio con el carácter de mandatario. *Acreditará su condición con el reglamento de propiedad horizontal, y el acta de la asamblea de donde resulte su designación. Para adquirir, enajenar o gravar bienes registrables se requerirá que esa facultad surja del reglamento de propiedad horizontal y la autorización expresa de una asamblea*".

Por nuestra parte, entendemos que la facultad surge de la ley. No es imperativa su inclusión en el reglamento de propiedad horizontal, por lo que la norma registral no debería exigirla.

Afortunadamente, si bien la norma registral requiere autorización expresa de una asamblea, no se manifiesta en cuanto a las mayorías requeridas.

También puede resultar necesaria la adquisición de una embarcación (el edificio puede tener acceso a mares, ríos o lagos). No existen ordenanzas navales que se refieran a la materia, pero ante una consulta verbal en el Registro Nacional de Buques, se nos ha respondido que aceptarían al consorcio como titular dominial. Agregaron que entienden que la calificación de la cuestión corresponde al Notario o al Juez y no amerita observación del registrador.

Por ello, insistimos, el foco no debe estar en el bien sino en los fines a los que responde la adquisición.

56 Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Propiedad Horizontal*, cit., p. 141. En el mismo sentido: Benseñor, Norberto Rafael, "La persona jurídica...", cit., p. 836 y Tranchini, Marcela H. (...), comentario al art. 2044 CCyC en Clusellas..., cit., p. 57.

c.2.iii. ¿Cómo puede adquirirlos?

Como mencionáramos, durante la vigencia del régimen anterior, gran parte de la doctrina sostenía que el consorcio podía adquirir bienes registrables -normalmente de unidades funcionales del propio edificio- únicamente por subasta judicial.⁵⁷

De esta postura se hicieron eco los registros inmobiliarios⁵⁸ que solo inscribían los actos de adquisición "ante la rogación judicial, cuando la adquisición se había producido mediante subasta pública".⁵⁹

La postura que defendía dicha tesis sostenía: "En supuestos en los cuales el consorcio recibe en pago de su crédito la unidad funcional que había originado esas expensas adeudadas hay que medir no ya su capacidad para comprar y vender inmuebles sino su capacidad para cobrar y percibir que queda inscripta no sólo en su objeto como persona jurídica, más específicamente en su reglamento de copropiedad y administración. La conclusión que antecede resultará válida solo en el contexto de una subasta judicial a la que se llega por vía de ejecución de expensas de la unidad con la que se cancela la deuda y previa aprobación judicial al respecto".⁶⁰

No compartimos esta posición, por cuanto la capacidad de vender o de comprar no es nada más ni nada menos que la capacidad de transmitir el derecho real de dominio y de cobrar, por un lado, y de recibir dicha transmisión y de pagar, por el otro. Entendemos que el consorcio cuenta con todas esas facultades.

Se preguntaba durante la vigencia del régimen anterior la Dra. Highton de Nolasco "cuál sería la respuesta registral a la adquisición, en venta privada, de una unidad por el consorcio. Pues, si es negativa, la capacidad se restringiría a

57 "Atento la personalidad plena del consorcio de propietarios y en consecución del bien común, éste puede ser adquirente por compensación de unidades del mismo edificio en subasta judicial y, si lo desea, registrarlas a su nombre". Costantino, Juan Antonio, Rodríguez Arauco, Gerardo, "Factibilidad de la adquisición por el consorcio de propietarios de unidades en subasta judicial (Hacia un enfoque dinámico y realista del 'objeto' consorcial)", *Revista de Derecho Procesal*, 2006, Vol. 1, pp. 269-281, p. 281.

58 En la Capital Federal, Resolución N° 6/1995 del Registro de la Propiedad Inmueble, Dirección General 15/6/1995.

59 Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Propiedad Horizontal*, cit., p. 139.

60 Gurfinkel de Wendy, Lilian N., "Temas pendientes...", cit., p. 7.

ser titular de departamentos comprados 'en subasta judicial', capacidad extraña, por cierto".⁶¹

Por nuestra parte, compartimos dicha reflexión: a nuestro juicio quien tiene capacidad para adquirir a título oneroso, puede hacerlo por cualquier medio legal.

Por otro lado, si lo que se analiza es la capacidad de cobrar, ¿por qué debería limitarse esta únicamente al cobro a través de una subasta judicial y no a través de, por ejemplo, la celebración privada de una dación en pago?

En este caso el principio es el mismo: quien, verbigracia, le adeuda expensas al consorcio, puede ofrecer cancelar dicha deuda entregando en pago la unidad funcional afectada. Va de suyo que esta solución resultaría más rápida y económica que la de un juicio de cobro de expensas, además de que evitaría el dispendio de recursos de la administración de justicia.

c.2.iv. Mayorías necesarias

Abella y Mariani de Vidal entienden que para la adquisición de bienes registrables se requiere unanimidad.⁶²

Cossari y Luverá, por su parte, entienden que bastaría la voluntad mayoritaria. En tal sentido, argumentan: "Se trata de completar, en este aspecto, el tránsito de la técnica de la comunidad a la de la personalidad jurídica sin quedarnos a mitad de camino, cosa que creemos que haríamos requiriendo la casi utópica unanimidad en la propiedad horizontal. Si entendemos que el consorcio tiene capacidad jurídica como persona, en tales asuntos debe regirse -en principio- por la regla de la voluntad mayoritaria formada en la asamblea y no la de la unanimidad propia del condominio (...) Entendemos que tal solución se conforma mejor con la constante realidad donde, por inasistencia de los copropietarios a la asamblea, será prácticamente imposible lograr unanimidad y por ende se frustraría una ventajosa solución para el consorcio sobre todo cuando pretende ser adquirente en una subasta donde el mismo es actor (...) Entre otras consideraciones: ¿lograría la aprobación del titular de la unidad funcional que se rematará y que aun forma parte del consorcio, y debe contribuir al voto unánime, de exigirse éste?"⁶³

61 Highton, Elena I., *Propiedad Horizontal...*, cit., p. 481.

62 Abella, Mariani, "Propiedad horizontal...", cit., versión online, p. 9.

63 Cossari, Nelson G. A.; Luverá, Miguel Ángel, "El Consorcio de propietarios: Su aptitud para ser titular de unidades funcionales", publicado en: La Ley 2005-A, 973, cita online: AR/DOC/2663/2004, p. 4 y nota 20.

Sin embargo, no especifican a qué mayoría se refieren.

Alterini y Vázquez, por su parte, sostienen que “se requiere la mayoría absoluta⁶⁴ ya que el supuesto tratado encuadra sin esfuerzos en el concepto de innovaciones dispuestas en mira de obtener el mejoramiento del uso, el goce más cómodo o la mayor renta, a los que alude el art. 8° de la Ley 13.512 y corresponde aplicar la regla general impuesta por su art. 10 para los asuntos de interés común”.⁶⁵

Urbaneja exige la “mayoría de dos tercios que el art. 2057 exige para la modificación del reglamento de propiedad horizontal. Ocurre que la ‘composición del patrimonio del consorcio’ es una cláusula que debe surgir del reglamento (art. 2056, inc. e), noción que se complementa con la necesidad de consignar el ‘uso y goce de los bienes del consorcio’ (art. 2056, inc. i). Por lo tanto, la adquisición de un inmueble produce una alteración en el contenido de dicho patrimonio e implica indudablemente una modificación del reglamento de propiedad horizontal. Si exigimos el mínimo de dos tercios es porque esa es la mayoría correspondiente a las cláusulas reglamentarias, pues entendemos que, pese al impacto patrimonial que pueda tener sobre los propietarios en aspectos como el monto del crédito por expensas, no se produce una modificación en el derecho de propiedad de los propietarios (entendido en el sentido del art. 17 de la Constitución de la Nación Argentina), que justificaría tratarla como estatutaria, sino en el del consorcio”.⁶⁶

c.2.v. ¿Puede transmitir los bienes adquiridos?

La facultad de transmitir es la contracara de la facultad de adquirir.

No puede negarse al propietario de un bien la facultad de transmitirlo puesto que esta también forma parte de su derecho constitucional de propiedad, lo que se ve expresamente reflejado en el art. 1906 CCyC.

Por ello, no dudamos en responder afirmativamente a la pregunta que titula este acápite.

64 “Hoy sería computable según el art. 2060”, Urbaneja, Marcelo Eduardo, “Panorama de la propiedad horizontal a más de un año de vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista Notarial 982, 2016, p. 601-632, p. 627.

65 Alterini; Vázquez, “Reafirmación de la personalidad ...”, cit., p. 8.

66 Urbaneja, Marcelo Eduardo, “Panorama de la propiedad horizontal ...”, cit., p. 627.

Sin embargo, esta afirmación no es absoluta ya que consideramos que solo podrá transmitir libremente a título oneroso.

La aptitud de transmitir a título gratuito de las personas jurídicas ha sido motivo de discusión entre la doctrina.

Así, en materia societaria Magri sostenía: “No existe incapacidad de derecho pero sí entendemos que las donaciones por parte de la sociedad deben ser fundadas debidamente y tienen un carácter excepcional en razón del fin de lucro que integra el concepto de sociedad comercial”.⁶⁷

Ahora bien, dijimos que el consorcio no puede tener fin de lucro, por ende aparentemente la restricción antedicha no sería de aplicación.

Sin embargo, entendemos que su finalidad de administración y manutención del inmueble, no le permite despatrimonializarse.

Aunque la aclaración sea de Perogrullo, al transmitir un bien a título oneroso éste sale del patrimonio del transmitente, pero en su lugar entra otro bien -sea dinero o una cosa- que permite que, al menos en valores, el patrimonio se mantenga íntegro. En cambio, en la transmisión a título gratuito, al no ingresar ningún valor a cambio de lo transmitido, se produce un desequilibrio patrimonial. Dicho desequilibrio, a nuestro juicio, no puede ser permitido en este caso.

d. Patrimonio

En materia societaria, cuando una sociedad se constituye contamos con dos elementos: el patrimonio y el capital social.

Este último es una cifra numérica de retención intangible que deriva de los aportes de los socios. “Debe ser serio y tener adecuada relación con el objeto social para su cumplimiento” ya que “es la garantía indirecta de los acreedores sociales y la contrapartida de la limitación de la responsabilidad. Por eso es relevante en las sociedades de responsabilidad limitada y no en las de responsabilidad ilimitada”.⁶⁸

67 Magri, Carmen Silvia Elena, *Derecho Societario. Recopilación de artículos, ponencias y ensayos*, La Plata, Fundación Editora Notarial, 2013, p. 122.

68 Rodríguez Acquarone, Pilar M., “Personas Jurídicas”, cit., p. 13.

Al momento del nacimiento de cualquier persona jurídica patrimonio y capital social son idénticos. "Luego, el patrimonio fluctúa y el capital se mantiene estático".⁶⁹

En el caso del consorcio, entendemos que no podemos hablar de capital en el sentido que se le da en la doctrina societaria.

En cuanto al patrimonio, como ya mencionáramos, el art. 2056 CCyC determina que "El reglamento de propiedad horizontal debe contener: (...) e) composición del patrimonio del consorcio". Además, el art. 154 CCyC manda que "La persona jurídica debe tener un patrimonio". Por lo tanto, no caben dudas de que el consorcio tiene un patrimonio. Lógicamente, además, por aplicación del principio de la personalidad diferenciada⁷⁰ los bienes del consorcio no integrarán "el objeto del derecho real de propiedad horizontal...".⁷¹

Entonces, ¿cómo está compuesto el patrimonio consorcial?

El Proyecto de 1998 en su ya mencionado art. 1980 determinaba que "El patrimonio del consorcio se integra con el fondo de reserva, otras recaudaciones, los créditos contra los consortes o terceros, las unidades funcionales que se le asignen o adquiera en el inmueble, y en general las cosas y bienes afectados en su beneficio dentro de los fines que justifican su existencia".

Como ya dijéramos, el CCyC no consta con norma similar.

Por lo tanto, seguirá siendo materia de debate doctrinario.

Podemos afirmar -con unanimidad doctrinaria y jurisprudencial- que los créditos derivados de las expensas y sus accesorios⁷² (art. 2046 inc. c) y el fondo de reserva, si lo hay (art. 2046 inc. d) forman el patrimonio del consorcio.⁷³

69 Rodríguez Acquarone, Pilar M., "Personas Jurídicas", cit., p. 13.

70 Art. 143 CCyC.

71 Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Propiedad Horizontal*, cit., p. 49.

72 Intereses, etc.

73 "El patrimonio del consorcio está integrado por el crédito de expensas comunes y el fondo de reserva y esos bienes son los que pueden afectarse en caso de embargo" (Cámara Civil y Comercial, Rosario, Sala 1°, "Consorcio Melipal v. Alvarez Calvo, Rodrigo", 25/7/1995, JA 1997-IV, síntesis (p. 1997-IV-Indice, 225)).

Respecto a las expensas, aún no existe acuerdo unánime en cuanto a su naturaleza jurídica.⁷⁴ Sin embargo, a los fines del presente bastará con entenderlas (muy genéricamente) como “gastos”.

Serán el patrimonio “natural” del consorcio. Recordemos que las denominadas expensas comunes pueden subclasificarse en ordinarias o extraordinarias.

Según el diccionario de la Real Academia Española, “común” en su primera acepción significa “Que, no siendo privativamente de nadie, pertenece o se extiende a varios”. Este es el significado de esta clasificación, por lo que no debe confundirse con habitual u ordinario.

El art. 2048 CCyC dice que el propietario debe “pagar las expensas comunes ordinarias de administración y reparación o sustitución de las cosas y partes comunes o bienes del consorcio, necesarias para mantener en buen estado las condiciones de seguridad, comodidad y decoro del inmueble y las resultantes de las obligaciones impuestas al administrador por la ley, por el reglamento o por la asamblea. Igualmente son expensas comunes ordinarias las requeridas por las instalaciones necesarias para el acceso o circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles, y para las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros”.

Al respecto se ha dicho que “la redacción de este rubro no es clara y puede llevar a incluir gastos propios del administrador que no podrían válidamente trasladarse a los propietarios por más que se los haya impuesto la ley (por ejemplo, el pago de los compromisos tributarios a causa de su actividad). Por esta razón, debió haberse especificado cuáles son las fuentes legales de las obligaciones del administrador cuyo pago puede liquidarse como expensas comunes”.⁷⁵

En cuanto a las expensas extraordinarias, el CCyC se limita a mencionarlas como las “dispuestas por resolución de la asamblea”.

Por ello, como criterio diferenciador, deberá entenderse como “común” el gasto que corresponde a varios, que debe ser solventado por todos los beneficiarios; mientras que es “ordinario”, en el sentido que interesa, el gasto que se repite periódicamente o que se devenga con normalidad o previsibilidad. En cambio, (...)

74 Básicamente encontramos a quienes sostienen que son una obligación real o *propter rem* o “a causa de la cosa”, a quienes sostienen que son una carga real y a quienes entienden que tiene una naturaleza jurídica *sui generis*.

75 Zelaya, Mario, “La Propiedad Horizontal”, en Kiper, Claudio (Director), *Derecho Reales. Novedades...*, cit., p. 14, nota al pie N° 34.

extraordinarias o gastos contingentes, imprevistos e inusuales dispuestos por la asamblea (como una indemnización por despido o el pago de un reclamo judicial). Vale decir que serán la previsibilidad y aceptación del gasto los criterios que definen la distinción legal, sin que deban tenerse en cuenta las circunstancias particulares u otros criterios inestables (como el monto o la periodicidad) para encuadrar cada erogación en las distintas categorías”.⁷⁶

Por otro lado, en cuanto al fondo de reserva, este no estaba contemplado en la Ley 13.512 ni en su decreto reglamentario, pero como comenzó a ser utilizado “de facto”, se convirtió en una previsión bastante habitual en algunos reglamentos de copropiedad y administración. Sobre todo en los de edificios de gran envergadura.

El CCyC, por su parte, no lo define, pero sí lo contempla. Manda en su art. 2046 que “el propietario está obligado a: (...) d) contribuir a la integración del fondo de reserva, si lo hay”. Además, lo menciona en el art. 2064: “La asamblea puede designar un consejo integrado por propietarios, con las siguientes atribuciones: (...) c) autorizar al administrador para disponer del fondo de reserva, ante gastos imprevistos y mayores que los ordinarios” y en el art. 2067 “El administrador tiene los derechos y obligaciones impuestos por la ley, el reglamento y la asamblea de propietarios. En especial debe: (...) d) practicar la cuenta de expensas y recaudar los fondos necesarios para satisfacerlas. Para disponer total o parcialmente del fondo de reserva, ante gastos imprevistos y mayores que los ordinarios, el administrador debe requerir la autorización previa del consejo de propietarios”.

De la letra del art. 2046 CCyC surgiría que el fondo no sería obligatorio.

Se entiende bastante pacíficamente que el fondo de reserva está “formado con los aportes que a ese fin realizan los copropietarios, generalmente como una especie de ‘ahorro’ para ser utilizado cuando circunstancias especiales así lo exijan o para la realización de obras de reparación o mejoramiento de los bienes comunes o para cualquier otro fin que aquéllos decidan”.⁷⁷

El titular de fondo de reserva sería el consorcio por lo que “en caso de que sea enajenada alguna unidad, el consorcista enajenante no puede reclamar del consorcio suma alguna en concepto de restitución de aportes al fondo de reserva o ‘porcentual’ del fondo de reserva, ya que esos aportes pasaron a integrar el patrimonio del consorcio al ser efectuados”.⁷⁸

76 Zelaya, Mario, “La Propiedad Horizontal”, en Kiper, Claudio (Director), *Derechos Reales. Novedades...*, p. 60.

77 Abella; Mariani de Vidal, Marina, “Propiedad horizontal...”, cit., versión online, p. 8.

78 Abella; Mariani de Vidal, Marina, “Propiedad horizontal...”, cit., versión online, p. 8.

Por otro lado y por todo lo expuesto en el acápite referido a la capacidad del ente, es nuestra opinión que el patrimonio del consorcio también será integrado por los demás bienes muebles registrables o no e inmuebles que originariamente se le hayan asignado en el reglamento de propiedad horizontal o los que posteriormente adquiera.⁷⁹

Vale aclarar, también con apoyo unánime doctrinario y jurisprudencial que nunca las partes o cosas comunes integrarán el patrimonio del consorcio.

Se ha discutido en cuanto a si los créditos por publicidad o medianería son o no parte del patrimonio del consorcio. "Mientras autores como Highton, con quien coincidimos, sostienen que en principio tales créditos pertenecen a los condóminos y pueden ser divididos entre ellos, salvo convención unánime de los copropietarios en el sentido de que las sumas obtenidas por tales conceptos integren el activo del consorcio a fin de disminuir el pasivo, otros doctrinarios (Alterini, Calvo, Gabas)⁸⁰ entienden que las unidades de renta pueden llegar a ser de propiedad del consorcio y no de los propietarios individualmente considerados".⁸¹

Por nuestra parte, coincidimos con las Dras. Highton de Nolasco y Gurfinkel de Wendy. Si dichos créditos tienen origen en cosas o partes comunes inevitablemente, por el principio de accesoriedad, deben pasar a formar parte del patrimonio de los consorcistas, tales como los son esas partes, salvo, por supuesto, convención en contrario.

CONCLUSIÓN

Como ya enunciáramos en la introducción al presente, consideramos que la regulación que ha hecho el CCyC respecto al consorcio de propiedad horizontal ha sido superadora de la de la Ley 13.512.

Sin embargo, no ha sido absolutamente completa quedando varias -y muy relevantes- cuestiones libradas a la interpretación del operador del derecho.

79 "El patrimonio no comprende solamente los bienes poseídos en la actualidad, sino también aquéllos con relación a los cuales se tiene aptitud para adquirirlos y con ese contexto interpretativo, se captan los alcances del postulado de "que toda persona tiene necesariamente un patrimonio, incluso aunque no poseyera actualmente ningún bien". Abella, Mariani de Vidal, "Propiedad horizontal...", cit., versión online, p. 7.

80 También lo entiende de este modo Córdoba, Lucila Inés, "La personalidad del consorcio en el Proyecto de Código Civil y Comercial", publicado en: La Ley 2012-D, 1092, cita online: AR/DOC/3726/2012, p. 3.

81 Gurfinkel de Wendy, Lilian N., "Temas pendientes...", cit., p. 5.

Así pues, consideramos que debemos intentar ponderar las diversas normas del Título V del Libro IV del CCyC con las normas del Título II del Libro I de dicho cuerpo legal, de modo tal que de ello resulte una interpretación armónica que dé lugar a un sistema, por sobre todas las cosas, coherente.

Es por ello por lo que no dudamos en afirmar que el consorcio goza de los mismos atributos de la personalidad que cualquier otra persona jurídica: es decir que tiene nombre, domicilio, capacidad y patrimonio.

En cuanto a la capacidad si bien se encuentra relacionada con el objeto del ente no se encuentra restringida a este y, a nuestro juicio, incluye la aptitud para adquirir bienes registrables, los que integrarán su patrimonio junto con los bienes no registrables, el fondo de reserva y las expensas tanto a nivel líquido como creditorio.

Recordemos que el reglamento de propiedad horizontal además de tener efectos en cuanto a la división jurídica del inmueble en propiedad horizontal, tiene el carácter de estatuto de la persona jurídica consorcio.

El reglamento, además, tiene como forma impuesta (art. 2038 CCyC) la escritura pública.

Es entonces donde se vuelve relevante la intervención notarial. Deberá el notario, más allá de tomar todos los recaudos referidos al derecho real de propiedad horizontal, prestar especial atención a la regulación del ente consorcio en el reglamento para intentar prever aquellas cláusulas que puedan clarificar situaciones jurídicas futuras y, por ende, evitar conflictos.

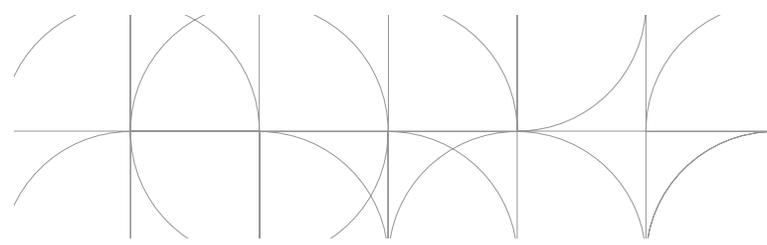
Por ejemplo, si bien consideramos que el consorcio de propiedad horizontal puede ser titular de cualquier tipo de bien registrable por permisión legal, entendemos recomendable -para evitar cuestionamientos u observaciones- la determinación expresa en el reglamento de propiedad horizontal de esta aptitud y de los mecanismos para llevar a cabo las adquisiciones y transmisiones.

Esperamos que el presente sea un disparador para la reflexión de aquellas cuestiones que, como la reseñada, puedan resultar relevantes en la elaboración de este instrumento para que así pueda el notario colaborar una vez más en la seguridad jurídica de los integrantes del consorcio y de aquellos que se vinculen jurídicamente con éste.

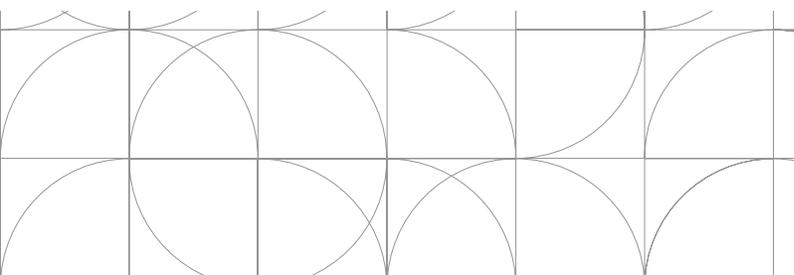
BIBLIOGRAFÍA

- Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, "Propiedad horizontal. El consorcio dueño de unidades funcionales", *El Derecho* 208-1022.
- Alterini, Jorge Horacio y Vázquez, Gabriela A., "Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes", *La Ley*, 2007-C, 1076, cita online: AR/DOC/1610/2007.
- Benseñor, Norberto Rafael, "La persona jurídica en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista Notarial* 972, 2012, pp. 823-851.
- Benseñor, Norberto R., "Legitimación del representante societario en actos extraordinarios o exorbitantes al objeto social", *LV Seminario Laureano A. Moreira*, junio 2008, pp. 90-124.
- Bulygin, Eugenio, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- Córdoba, Lucila Inés, "La personalidad del consorcio en el Proyecto de Código Civil y Comercial", publicado en *La Ley* 2012-D, 1092, cita online: AR/DOC/3726/2012.
- Cossari, Nelson G. A. y Luverá, Miguel Ángel, "El consorcio de propietarios: Su aptitud para ser titular de unidades funcionales", publicado en: *La Ley* 2005-A, 973, cita online: AR/DOC/2663/2004.
- Costantino, Juan Antonio y Rodríguez Arauco, Gerardo, "Factibilidad de la adquisición por el consorcio de propietarios de unidades en subasta judicial (Hacia un enfoque dinámico y realista del "objeto consorcial)", *Revista de Derecho Procesal*, 2006, Vol. 1, pp. 269-281.
- Gurfinkel de Wendy, Lilian N., "Temas pendientes sobre la capacidad del consorcio de propietarios", publicado en: *La Ley* 2013-C, 1052, cita online: AR/DOC/1939/2013.
- Highton, Elena I., *Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- Kiper, Claudio (Director), *Derecho Reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- Laje, Eduardo J., "La personalidad jurídica del consorcio de propietarios creado por la Ley 13.512", *LL* 99-430.
- Laquis, Manuel Antonio, "Naturaleza jurídica del consorcio de propietarios, Lecciones y Ensayos", 1958: vol. 9, pp. 23-38.
- Laquis, Manuel A., "Sobre una sentencia renovadora de los fundamentos negativos de la personalidad jurídica del consorcio de propietarios", *LL* 1985-A-534, cita online: AR/DOC/8708/2001.
- Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1973, Tomo I.

- Magri, Carmen Silvia Elena, *Derecho Societario. Recopilación de artículos, ponencias y ensayos*, La Plata, Fundación Editora Notarial, 2013.
- Molinario, Alberto D., "Inexistencia de personalidad del consorcio creado por la ley nacional 13.512", ED 120-405.
- Rodríguez Acquarone, Pilar M., "Personas Jurídicas", LXIX Seminario Teórico-Práctico "Lau-reano Arturo Moreira", 4 y 5 de junio de 2015, pp. 3-24.
- Racciatti, Hernán, *Propiedad por pisos o por departamentos*, Buenos Aires, Ediciones Depal-ma, 1982.
- Raspall, Miguel A., ¿Concursabilidad del consorcio de propiedad horizontal? Análisis crítico, pu-blicado en: La Ley 27/05/2016, La Ley 2016-C, 1049, cita online: AR/DOC/1536/2016.
- Roitman, Horacio; Aguirre, Hugo; Chiavassa, Eduardo, "Las Personas Jurídicas en el Código Civil y Comercial Argentino y las Sociedades", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Número extraordinario, 2015.
- Roitman, Horacio; Aguirre, Hugo; Chiavassa, Eduardo, *Manual de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, La Ley, 2010.
- Smayevsky, Miriam (Directora), Penna, Marcela A. (Coordinadora), *Manual de Derechos Rea-les*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015.
- Szmuch, Mario G., "Inexistencia del estado de propiedad horizontal. El comienzo y fin de la existencia del consorcio, su organicismo y capacidad", Revista del Notariado 924, abril-junio 2016, pp. 109-145.
- Tranchini, Marcela H. (con la colaboración de Víctor Barraza, Roberto Boqué, Diego de Rosa y Marcelo Pepe) comentario al art. 2044 CCyC en Clusellas, Eduardo Gabriel (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado, anotado y concordado*, Ciudad Autó-noma de Buenos Aires, Editorial Astrea-FEN, 2015.
- Urbaneja, Marcelo Eduardo, "El objeto y la capacidad de las sociedades comerciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", El Derecho 254-684.
- Urbaneja, Marcelo Eduardo, "Panorama de la propiedad horizontal a más de un año de vi-gencia del Código Civil y Comercial de la Nación", Revista Notarial 982, 2016, pp. 601-632.
- Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Propiedad Horizontal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, El De-recho, 2016.
- Vítolo, Daniel Roque, "Concursabilidad e insolvencia del Consorcio de Propiedad Horizontal y responsabilidad de los Propietarios", publicado en: La Ley 11/07/2016, cita online: AR/DOC/2001/2016.



**ACADEMIA
NACIONAL DEL
NOTARIADO**



PACTOS DE
INDIVISIÓN*

MARCELO EDUARDO URBANEJA

SUMARIO: I. Introducción. II. Generalidades. III. "Pactos de indivisión" en el condominio (art. 2000). IV. "Pactos de indivisión" en la comunidad hereditaria (art. 2331). V. Relación con las cláusulas de inenajenabilidad.

* Transcripción de la exposición del autor en el LXXV Seminario teórico-práctico Laureano Arturo Moreira, organizado por la Academia Nacional del Notariado en la Ciudad de Buenos Aires los días 12 y 13 de julio de 2018.

I. INTRODUCCIÓN

El instituto objeto de este aporte tiene arraigo en el Código Civil abrogado, y por ello fue oportunamente motivo de diversos análisis doctrinarios. La modificación de ciertos aspectos de su regulación a partir del Código Civil y Comercial de la Nación amerita estas reflexiones, que procuran brindar pautas de aplicación en sede notarial. A esos efectos sistematizaremos el tratamiento de temas, varios de ellos no abordados por la doctrina.

II. GENERALIDADES

1. CONCEPTO

No hay definición en el Código Civil y Comercial de la Nación. Todos ellos configuran contratos por los que los titulares de una comunidad de derechos patrimoniales que se pueda extinguir por partición, se obligan a no solicitarla durante un plazo.

2. PARTICIÓN. REGLAS APLICABLES

Es sabido que la partición es la típica causa de extinción de ciertas comunidades de derechos patrimoniales, y que el Código Civil y Comercial de la Nación establece una regulación completa en materia de comunidad hereditaria (arts. 2363 y concordantes). Otras comunidades se remiten, en líneas generales, a esas reglas (condominio -art. 1996-, indivisión postcomunitaria -art. 500- y bienes indivisos al disolverse el régimen matrimonial de separación -art. 508-), más allá de ciertas normas particulares (como los casos de indivisión).

Inclusive, las normas de condominio se aplican (en subsidio de disposición legal o convencional) "a todo supuesto de comunión de derechos reales o de otros bienes" (art. 1984), lo que, contra lo que suele suponerse, implica que las normas del condominio resultarían aplicables a la comunidad hereditaria (con ese alcance supletorio y exceptuando, naturalmente, las reglas relativas a la partición).

3. TERMINOLOGÍA

La ambigüedad que en ese terreno inunda al Código Civil y Comercial de la Nación impacta también sobre el tópico. Así, mientras el art. 2000 alude en su título al “convenio” y en su texto a la “convención”, el art. 2003 menciona a las “cláusulas” y el art. 2331 se encabeza con el “pacto” pero en su texto se refiere al “convenio”.

La promiscua utilización de esas expresiones en diversas normas (como en el art. 1652, que equipara “contrato” y “convenio”), e inclusive de otros términos como “acuerdo” (v. gr., arts. 1468 y 447, equivaliendo en este último a convención), no permite distinguirlas con nitidez del “contrato” (art. 957), pues todas se vuelcan en el ámbito patrimonial.

Sin embargo, en otras oportunidades son utilizadas con alcances también extrapatrimoniales, como en las “convenciones matrimoniales” (arts. 446 y siguientes), los “convenios reguladores” (arts. 438 y 439) y los “pactos de convivencia” (arts. 513 y siguientes).

Tampoco debe suponerse que los “pactos” o “convenios” que me ocupan deban necesariamente integrar un contrato, como cláusula del mismo (lo que sí ocurre, por ejemplo, con las “cláusulas de inenajenabilidad” del art. 1972).

4. CAUSAS DE INDIVISIÓN. LA CUESTIÓN DE LA RENUNCIA COMO CAUSA AUTÓNOMA. UNANIMIDAD

El Código Civil y Comercial de la Nación se ocupa de señalar diversas causas de indivisión de las comunidades de derechos patrimoniales, que la doctrina ha clasificado. De todas ellas interesa aquí la alcanzada por vía contractual.

Frente al art. 1999, que señala que “(e)l condómino no puede renunciar a ejercer la acción de partición por tiempo indeterminado”, cabe plantear, en un condominio sin indivisión forzosa, la posibilidad de una renuncia por tiempo determinado, sin necesidad de la existencia de acuerdo de los otros cotitulares¹. Si la respuesta afirmativa encontraría sustento en el principio de renun-

1 Así lo sugiere Cossari, Nelson G. A., en Alterini, Jorge Horacio (director general) y Alterini, Ignacio Ezequiel (coordinador), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, segunda edición, 2016, tomo IX, p. 672.

ciabilidad dimanado de los arts. 13 y 944, el art. 1997 le pone coto al señalar que el condómino puede pedir la partición en cualquier tiempo, “(e)xcepto que se haya convenido la indivisión”, por lo que compartimos que cabría desechar cualquier otra causa diferente al pacto.²

Esta idea negatoria se robustecería de sostenerse que la facultad de solicitar la partición es de orden público, tesitura afirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación³, que así sería irrenunciable en virtud de los citados arts. 13 y 944.

La misma consideración cabría hacer de los pactos en materia sucesoria, pues allí ni siquiera existe un artículo como el 1999, sino, al contrario, un principio general de libertad análogo al de las otras comunidades (art. 2365).

La inarmónica utilización del término “renuncia” en el art. 1999 debe interpretarse, entonces, como alusiva al efecto que tienen los “pactos de indivisión”. De allí que, como corolario, afirmamos con la generalidad de la doctrina que la validez de ellos se subordina a la conformidad unánime de los titulares de la comunidad que se trate.

5. NATURALEZA JURÍDICA

Dadas las consideraciones anteriores, resulta innegable que configuran contratos, por lo que se les aplica (con las salvedades que se apuntarán) el régimen correspondiente.

6. CLASES. INSTITUTOS A LOS QUE SE APLICA

El Código Civil y Comercial de la Nación regula a los pactos de indivisión para dos comunidades: el condominio (art. 2000) y la comunidad hereditaria (art. 2331).

También aquí las expresiones difieren: se los denomina “convenios de suspensión de la partición” en el primer caso y “pactos de indivisión” en el segundo. Como a estos efectos su significación es idéntica, aludiremos indistintamente a ambos con la expresión “pactos de indivisión”.

2 Alterini, Jorge Horacio; Alterini, Ignacio Ezequiel; Alterini, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo II, p. 197.

3 CSJN, 09/06/1988, LL 1988-E, p. 314.

Cabe interrogarse si pueden aplicarse a la indivisión postcomunitaria. No parecen haber dudas cuando la misma se genera por fallecimiento, en atención a las reglas de la indivisión hereditaria que establece el primer párrafo del art. 481. Ello, además, resulta congruente con la directiva del art. 2332, que indica un supuesto de oposición del cónyuge a la división.

En cambio, en los casos de extinción en vida de ambos (los últimos cuatro incisos del art. 475), a tenor del art. 481 corresponde aplicar las normas de esa sección sexta, que llegan hasta el art. 487 y que nada disponen al respecto. Y si bien el art. 482 establece la posibilidad de pactar reglas de administración y disposición, ellas no alcanzan a la partición, que precisamente se regula en una sección diferente (la octava).

Antes bien, el art. 496 señala que “la partición puede ser solicitada en todo tiempo, excepto disposición legal en contrario”. Solamente una lectura sumamente extensiva podría señalar que la “disposición legal” permisiva sería el art. 2331 (al que nos derivaría el art. 500), que viabilizaría así los pactos de indivisión.

En todo caso, el diferente tratamiento dispensado desde la técnica legislativa trasunta un disímil propósito del legislador, tesis que se acentúa si se interpreta que “disposición legal en contrario” es la que estrictamente provenga de la ley. De esta manera se alcanzaría la necesaria armonía, pues esa disposición sería el art. 444: frente al divorcio el juez puede establecer que el inmueble que fuera vivienda familiar de los excónyuges no se pueda partir.

7. CAPACIDAD Y FORMA

En cuanto a la capacidad, si los titulares fueran incapaces o con capacidad restringida, sería menester la autorización judicial (art. 2331). La previsión, establecida para la comunidad hereditaria, debe replicarse al condominio por las remisiones ya apuntadas.

Entiendo que se trata de una consecuencia del carácter de acto de disposición que tiene la partición, conforme se analiza en el punto V, y no, como se ha sostenido, de una derivación congruente del art. 2371.⁴ Este último, en rigor,

4 Córdoba, Marcos M., en Lorenzetti, Ricardo Luis (director), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2015, tomo X, p. 593.

establece cuándo corresponde la partición judicial, y no una mera autorización para partir privadamente, que es lo que dispone el art. 2331.

En cuanto a la forma, el silencio del Código Civil y Comercial de la Nación puede superarse a través de una interpretación sistemática. En el condominio, si su objeto fueran inmuebles no resulta dudosa la exigencia de escritura pública a través del art. 1017, inciso "a", pues hay allí una evidente modificación del derecho real (dado que la facultad de partir es una de las que forman la estructura del condominio, y que solamente puede alterarse por la expresa permisión legal -art. 1884-).

En materia de comunidad hereditaria se han planteado tres lecturas posibles.

Una tesis afirma que es menester la escritura pública en todos los casos, pues el "pacto de indivisión" está vedando una facultad de disposición de la porción que le corresponde a cada heredero en la comunidad hereditaria. Y, precisamente, cuando un heredero quiera disponer de la misma, debe utilizar el contrato de cesión de derechos hereditarios, que exige la forma de escritura pública (art. 1618, inciso "a"). En este sentido se ha argumentado en una valiosa ponencia presentada al tema 3 de la 42° Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (2017) por una docente del equipo que encabezó⁵, inclinándose en ese sentido el "informe final" de dicho simposio. Añado aun así que cabría advertir un único acto de disposición de la herencia que podría exceptuarse de la escritura pública, que es la renuncia, la que podrá prescindir de esa forma si se hace por "acta judicial incorporada al expediente judicial, siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del instrumento" (art. 2449).

Otra interpretación concluye que, por el principio de libertad de formas y no estando incluida en la nómina del art. 1017, puede otorgarse por instrumento privado⁶.

5 Martínez Löffler, Maite Gimena, "Aplicación, extensión y efectos de las indivisiones", correspondiente al tema 3, "Partición: su incidencia en el ámbito notarial y registral inmobiliario".

6 Medina, Graciela y Rolleri, Gabriel, *Derecho de las sucesiones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 299. Allí dice exceptuar al caso del heredero incapaz, pero cuando en la página anterior alude al mismo simplemente refiere la necesaria autorización judicial, sin pronunciarse acerca de la forma. También exceptúa el caso de requerirlo "la estructura societaria", lo que me lleva a suponer que refiere al supuesto de tratarse de la indivisión de acciones, que conforman el capital social de sociedades que exigen la forma escritura pública (anónima y comandita por acciones: arts. 165 y 316 del decreto-ley 19.550/1972).

Una postura distinta, finalmente, hace hincapié en que, al modificarse la posibilidad de partir, la forma de este pacto debiera ser la misma que la de la partición⁷. Es decir que sería privada o judicial según corresponda (arts. 2369 y 2371), debiendo la primera otorgarse en escritura pública si existiera algún inmueble entre los bienes a partir y la segunda por instrumento público judicial (esto es, acta judicial en el expediente, al modo del recién señalado art. 2449). En la interpretación que sigo y que tiene consistentes apoyos doctrinarios debe descartarse el instrumento privado presentado al juez de la sucesión.⁸

Entiendo que, en función de un entendimiento armónico y finalista, la interpretación correcta es la última, que conecta la forma del “pacto de indivisión” con la de la partición, pues también ésta es un acto de disposición y precisamente en ella se exceptúa el principio rígido de la escritura pública que le impone el art. 1618, inciso “a”.

8. EXTENSIÓN EN CUANTO AL OBJETO

El condominio tiene por objeto una cosa; cabe descartar, por lo tanto, a los bienes que no lo sean (arts. 1883 y 1983).

Un sector de la doctrina interpreta que el objeto pueden ser varias cosas, pero que son reguladas por el Código Civil y Comercial de la Nación como una sola. Otros autores afirman la singularidad del objeto, enancados en la literalidad de las definiciones legislativas (la actual y la del abrogado Código Civil), por lo que la pluralidad de cosas originaría otros tantos condominios.

En el supuesto de coincidir los titulares de diversas cosas, la controversia apuntada no opaca la nítida posibilidad de pactar la indivisión respecto de algunas cosas y no de todas, trátase de un condominio o de diversos.

En la comunidad hereditaria, cuyo objeto es la totalidad o una parte alícuota del patrimonio del causante, también el “pacto de indivisión” puede tener por objeto la totalidad de los bienes que la componen o una parte de

7 Ferrer, Francisco A. M., en Alterini, Jorge Horacio (director general) y Alterini, Ignacio Ezequiel (coordinador), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, segunda edición, 2016, tomo XI, p. 272.

8 Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Propiedad horizontal*, segunda edición, El Derecho, Buenos Aires, 2018, p. 71 y siguientes.

ellos. Esto se desprende del propio art. 2331, que señala que la indivisión puede perdurar “parcialmente”, y del art. 2367, al admitir la partición parcial cuando “una parte de los bienes no (sea) susceptible de división inmediata”, caso en el cual la partición se realizará sobre los “actualmente partibles”.

III.

“PACTOS DE INDIVISIÓN” EN EL CONDOMINIO (ART. 2000)

1. DURACIÓN

Puede estipularse la indivisión por un plazo máximo de 10 años, que también se aplicará en caso de no establecerse plazo, de surgir uno superior o de que fuera incierto (por ejemplo, por concatenarse con una condición resolutoria). Un lapso inferior puede ampliarse hasta cumplir ese máximo.

Nada señala el Código Civil y Comercial de la Nación acerca de la posibilidad de renovar el convenio pero superando ese lapso, lo que en cambio expresamente admite para las comunidades hereditarias (art. 2331). Si bien puede sostenerse que ese diferente tratamiento carece de fundamento, lo cierto es que no advierto sustento para hacer extensivas esas pautas al condominio, pues la decisión legislativa es categórica⁹.

Sin embargo, entiendo infecunda la regla normativa y por eso irrelevante la controversia doctrinaria. Es que, finalizado el plazo sin poder recurrir a la renovación, nada se opondría a que los condóminos, *luego de vencido el mismo*, vuelvan a pactar otra indivisión (con un nuevo máximo de 10 años a computarse desde allí), naturalmente que también por unanimidad. De otorgarse así, no se trataría de una renovación sino de un nuevo pacto, lo que no prohíbe la letra del art. 2000. Si el legislador pretendió vedar esta al-

9 En el mismo sentido, Kiper, Claudio Marcelo, *Tratado de los derechos reales*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, segunda edición, 2017, tomo I, p. 495; Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana N., *Derechos reales en el Código civil y Comercial*, Zavallá, Buenos Aires, 2016, tomo I, p. 220. En contra, Alterini, Jorge Horacio; Alterini, Ignacio Ezequiel; Alterini, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo II, p. 195.

ternativa, debió haber señalado contundentemente que mientras perdurara el condominio nunca más podría pactarse una indivisión. En esta oportunidad, a diferencia de tantas otras desarmonías del Código Civil y Comercial de la Nación, no me convenzo que aquí la intención del legislador haya sido traicionada por su pluma.

A petición de “*parte*” (expresión que debe entenderse alusiva al condómino¹⁰), el juez puede autorizar la partición antes de cumplirse el plazo, siempre que mediaran “circunstancias graves” (art. 2002), criterio que es de resorte exclusivamente judicial.

Naturalmente que por acuerdo de todos los condóminos también puede cesar la indivisión, sin intervención judicial y sin invocación de causas.

2. EFECTOS

El “pacto de indivisión” produce la imposibilidad de solicitar la partición (con la salvedad del supuesto de las “circunstancias graves” ya señaladas).

Sin embargo, no está impedida la ejecución por los acreedores, como sí ocurre en materia de comunidad hereditaria (art. 2334). Para concluir así, además del silencio legislativo frente a este otro régimen, se erige el principio de libre ejecución por los acreedores que emerge del art. 1989 (el que, para más, señala que esa facultad se puede ejercer “sin esperar el resultado de la partición”). Obviamente, el adquirente en la subasta deberá respetar el pacto.

Estas conclusiones resultan congruentes con la diferencia con las “cláusulas de inenajenabilidad” que más adelante examino.

Los “pactos de indivisión” no impiden los convenios de uso y goce (arts. 1987), que harían las veces de la “*partición provisional*” mentada en las comunidades hereditarias (art. 2370). Debe entenderse que ese uso y goce se refiere a la atribución de derechos personales; si se tratara del usufructo, el uso o la habitación, habría partición “definitiva”, pues entonces ya habría un

10 Sin extenderse a los acreedores, que solamente podrían solicitarlo por vía de la acción subrogatoria. Conf. Alterini, Jorge Horacio; Alterini, Ignacio Ezequiel; Alterini, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo II, pp. 204 y 205.

nudo propietario (y entonces no se habría dejado “indivisa la propiedad” -art. 2370-). En este sentido concluyó, adhiriendo a mi postura, la 39° Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2015) en su tema 9, del que fui Cocordinador Provincial.

Cabe señalar que el pacto afectará también a los sucesores por causa de muerte de los condóminos, a raíz de los principios generales que no aparecen exceptuados aquí (arts. 2277 y 2280). Por supuesto, la indivisión finalizará cuando se cumplan 10 años desde el establecimiento originario del pacto.

En cuanto a los sucesores por actos entre vivos, nos referimos en el punto V, a propósito de las “cláusulas de inenajenabilidad”.

3. PUBLICIDAD

Según el art. 2003, estos “pactos de indivisión” o el cese de los mismos “sólo producen efectos respecto de terceros cuando se inscriban en el respectivo registro de la propiedad”.

En 2012 formulé distintas reflexiones acerca de la gravitación del Código Civil y Comercial de la Nación en el régimen registral inmobiliario, en donde censuré la falta de un criterio rector en materia de publicidad cartular, revelado en directivas contradictorias.¹¹

En ellas concluí que resulta de toda evidencia que el art. 2003 es reprochable por resultar disonante con el principio del art. 1893, que en materia de cosas registrables introduce específicamente el recaudo de la buena fe para que los terceros interesados invoquen la inoponibilidad de lo no registrado.

De esta manera, y a tenor de la necesaria armonización entre ambos artículos, la indivisión también resulta oponible a través de la publicidad cartular.

11 Urbaneja, Marcelo Eduardo, “Incidencia del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 en algunos aspectos de la registración inmobiliaria”, en Cossari, Nelson G. A. (coordinador), *Estudios de derechos reales. Con especial referencia al Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*, suplemento JA, 17/10/2012, p. 80 y siguientes.

Es decir que si el “pacto de indivisión” surgiera del título de adquisición del condominio (porque en ese mismo acto los condóminos lo hubieran establecido), y éste estuviera inscripto, la falta de específica mención en el Registro acerca de la indivisión no obsta a su oponibilidad.

También sería oponible si, habiéndose pactado por un acto diferente a la adquisición del condominio, se hubiera colocado nota por el autorizante en el título de este último. En este caso, aquellos adquirentes que hubieran menester tener a la vista el título no podrían argumentar la falta de registración.

Estas reflexiones fueron plenamente ratificadas por las conclusiones del XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral, celebrado en Rosario (Santa Fe), en 2015, de cuyo tema I fui Coordinador Nacional. Allí expresamente se respaldaron las conclusiones del XV Congreso Nacional de Derecho Registral, celebrado en Santa Fe, en 2009, en el que también fui Coordinador Nacional (tema 2) y que arribó a conclusiones análogas con el régimen entonces vigente.

Además, las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011) ya habían reconocido la publicidad cartular, que surgía de claras pautas del Código Civil.

IV. “PACTOS DE INDIVISIÓN” EN LA COMUNIDAD HEREDITARIA (ART. 2331)

1. DURACIÓN

El plazo máximo es también de 10 años, y resultan aplicables todas las consideraciones vertidas con ocasión del condominio.

La diferencia nítida aparece en materia de renovación, pues se permite reiterarlos “por igual plazo al término del anteriormente establecido”, lo que significa que la indivisión podrá durar más allá de los 10 años. Se entiende que el plazo de la renovación regirá desde el momento en que se pacte y no desde la finalización del anterior.¹²

¹² Alterini, Jorge Horacio; Alterini, Ignacio Ezequiel; Alterini, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo II, p. 196.

También existe la posibilidad de solicitar la división previamente, aquí por “causas justificadas”, indistinguibles de las “circunstancias graves” que deben mediar en materia de condominio (art. 2002). Nuevamente la elasticidad de la fórmula legal debe ser resuelta por el juez en cada caso.

También es posible que por unanimidad y sin intervención judicial ni invocación de causa, los coherederos pongan fin a la indivisión.

2. EFECTOS

Si se asemeja a la indivisión pactada en materia de condominio en cuanto a la posibilidad de realizar una “partición provisional” del uso y goce (art. 2370), en cambio se diferencia claramente por la imposibilidad para los acreedores de ejecutar el bien indiviso (art. 2334).

También debe afirmarse la aplicación a los sucesores por causa de muerte de esos herederos, por los mismos fundamentos que en el condominio.

3. PUBLICIDAD

Se ha sostenido que el art. 2334, al decir que las divisiones hereditarias (incluyendo la pactada) “debe ser inscripta en los registros respectivos”, es congruente con el art. 2003.¹³

Si bien las inspiraciones son homogéneas, debe repararse que el texto en materia de divisiones hereditarias no comete el desatino de señalar que “sólo producen efectos respecto de terceros” con la inscripción (art. 2003), sino simplemente que “debe ser inscripta”, lo que es correcto.

Por lo tanto, las consideraciones que más arriba hicimos acerca de la gravitación de la publicidad cartular son, con más razón, plenamente aplicables aquí.

13 Alterini, Jorge Horacio; Alterini, Ignacio Ezequiel; Alterini, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo II, p. 296.

V. RELACIÓN CON LAS “CLÁUSULAS DE INENAJENABILIDAD”

I. ALCANCE DE LAS “CLÁUSULAS DE INENAJENABILIDAD”

El art. 1972 prevé las “cláusulas de inenajenabilidad”, que por su ubicación y su contenido parecen centrarse en el ámbito de los derechos reales. De allí que se aplique al condominio pero no a la comunidad hereditaria.

Acerca de su alcance, que examiné con el anterior y con el vigente régimen, dije¹⁴:

“Las prohibiciones de enajenar son ahora reguladas por el art. 1972.

A su tenor, en los actos a título oneroso sólo tiene validez la prohibición de transmitir o constituir cualquier derecho real si se refiere a persona o personas determinadas. De no ser así, esa prohibición es nula. Se aludió a ella en el cap. II, § 12.

Respecto de los actos a título gratuito se dispone que 'todas las cláusulas señaladas en el primer párrafo son válidas si su plazo no excede de diez (10) años'. Si se recurre a la interpretación literal, habría que concluir que se admite la prohibición genérica (vedada para los actos a título oneroso) solamente por 10 años. Pero también tendría este límite temporal la prohibición a persona/s determinada/s, que en cambio en los actos a título oneroso se puede establecer sin plazo máximo.

Suponemos que se quiso significar que 'todas las cláusulas inválidas señaladas en el primer párrafo' serán admitidas por el lapso indicado, y así debería estar redactado el artículo. De este modo, en los actos a título gratuito se admitiría sin límite la prohibición de enajenar a persona/s determinada/s, y sólo hasta 10 años la prohibición de enajenar genérica o absoluta (es decir, sin individualizar destinatarios).

La ausencia de plazo, el plazo incierto o el superior a 10 años se interpretarán establecidos por ese máximo.

14 Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Práctica notarial de contratos usuales*, Astrea, Buenos Aires, segunda edición, 2017, pp. 228 a 230.

Genera serios interrogantes la frase que indica que 'es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de diez (10) años contados desde que se estableció'.

La primera inquietud reside en saber si lo que se pretendió establecer es que podrá renovarse la prohibición cuantas veces se quiera, pero en ningún caso superar el plazo de 10 años desde su primera imposición, o que esos 10 años deben computarse desde cada renovación, por lo que no habría una fecha que, *ab initio*, pudiera computarse como de segura finalización de la prohibición. La orientación de la doctrina, los principios generales y el presumible sentir de los autores hacen sugerible la primera alternativa; la interpretación literal del artículo, no obstante, sugiere la segunda.

La segunda vacilación que exhibe la frase indicada se presenta en el giro gramatical 'es renovable', dado que no se señala si esa renovación corresponde estipularla sólo al transmitente (lo que podría ser razonable en los actos a título gratuito pero no en los onerosos) o a ambos. La inconsistencia del CCyC obliga nuevamente a recurrir a lecturas finalistas.

Se impone, por último, la invalidez de las prohibiciones que afecten las porciones legítimas o impliquen una sustitución fideicomisaria.

El artículo guarda silencio, y por eso genera interrogantes, sobre la suerte de las prohibiciones que no se estipulen en el mismo acto jurídico de adquisición sino posteriormente, a la manera de las antiguas 'inhibiciones voluntarias'. Ante la falta de disposición que admita la acción por daños frente a la violación de cláusulas prohibitivas genéricas, debe entenderse que estas prohibiciones 'autónomas' (léase desvinculadas del acto jurídico de adquisición) carecen de efecto alguno.

Por último, el artículo proyectado tampoco se pronuncia sobre la suerte de los actos violatorios de las cláusulas prohibitivas (naturalmente cuando ellas son admitidas según las reglas vistas). No dudamos en que corresponde la nulidad, en consonancia con la respuesta que actualmente se brinda a la misma problemática. En cambio, la violación de las cláusulas señaladas como nulas (prohibiciones genéricas en actos onerosos), no solamente no invalida el acto que la desconozca sino que tampoco generan acción de daños, porque nada establece al respecto el art. 1972 (apartándose, en este sentido, de la solución anterior al 1 de agosto de 2015).

Los autores en general han soslayado la consideración de un aspecto de sensible repercusión práctica, cual es la suerte que corren estas prohibiciones

ante el fallecimiento del donante en vida del donatario. La problemática, en rigor, abarca a todas las restricciones a la enajenación y no solo a éstas.

Entendemos que, de acuerdo con los principios generales (arts. 2277 y 2280), y ante el silencio legal, las cláusulas subsisten, ahora a favor de los sucesores del donante. Si el único sucesor fuera el donatario, la extinción sería inexorable, pero si hubiera al menos uno más permanecería vigente hasta completar el plazo original”.

Corresponde ahora diferenciarlas de los “pactos de indivisión”, reiterando ideas que expuse con el anterior y con el vigente régimen.¹⁵ Existe plena compatibilidad entre ambos institutos, pero cada uno circunscripto a su ámbito. Con matices y conclusiones diferentes, la cuestión fue abordada en la ya aludida ponencia presentada al tema 3 de la 42° Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.¹⁶

2. IMPACTO DE LOS "PACTOS DE INDIVISIÓN" SOBRE LAS "CLÁUSULAS DE INENAJENABILIDAD"

Si bien, a tenor del art. 1974, la venta del o de los bienes objeto de la comunidad pone fin a la misma, permitiendo que doctrinariamente se aluda a la partición “por venta”, no cabe interpretar que un “pacto de indivisión” implique la imposibilidad de enajenar.

En primer lugar, hay que advertir que el Código Civil y Comercial de la Nación no regula el supuesto de las “cláusulas de inenajenabilidad” estipuladas por el o los titulares (como los “pactos de indivisión”), sino establecidas por su transmitente. Es decir que están siempre contenidas en un acto de disposición entre vivos o por causa de muerte, mientras que los “pactos de indivisión”, como señalamos al comienzo, están totalmente desvinculados de cualquier adquisición.

15 Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Práctica notarial de contratos usuales*, Astrea, Buenos Aires, segunda edición, 2017, p. 228 y siguientes.

16 Martínez Löffler, Maite Gimena, “Aplicación, extensión y efectos de las indivisiones”, correspondiente al tema 3, “Partición: su incidencia en el ámbito notarial y registral inmobiliario”.

En cambio, sí es establecida por el transmitente en el caso del art. 2330, que es la indivisión impuesta por el testador. Anticipamos que en ese supuesto, que no me corresponde analizar aquí, podría concluirse que la prohibición abarcaría también la enajenación, a raíz de ciertas analogías que podrían realizarse.

Existe un supuesto equiparable en sus fines a las “cláusulas de inenajenabilidad” que, al igual que los “pactos de indivisión”, no surge de ningún acto de adquisición. Es el mentado en el art. 1582, que oportunamente examiné¹⁷. Aquí, sin embargo, no podría establecerse ningún vínculo entre ambos, pues el de este último artículo no invalida la enajenación, sino que exclusivamente generaría responsabilidad del obligado incumplidor.

En segundo lugar, cabe señalar notables diferencias en las características que rodean a los supuestos de la partición en especie y de la venta a un tercero. Entre ellas se destaca el efecto declarativo de la primera (art. 2403), que no existe en la segunda, según doctrina consistente.¹⁸ En este sentido, es categórica la apoyatura que actualmente brinda, *a contrario sensu*, el art. 1998 (criterio que, por otra parte, también debía seguirse con el Código Civil de Vélez Sarsfield).

Todo esto explica que quienes pactaron no dividir, no por ello han pactado no enajenar. Por lo tanto, frente a la existencia de un pacto de indivisión, cualquiera de los condóminos puede enajenar o gravar su parte indivisa (art. 1989).

Por supuesto que al adquirente de esa parte indivisa le será oponible el “pacto de indivisión” por todo el plazo que reste.

Cabría aludir de manera diferenciada al supuesto en que la venta fuera realizada por *todos* los condóminos simultáneamente.

Si hubiera un solo adquirente, claramente el “pacto de indivisión” se extinguiría porque ya no habría condominio. Y, por lo tanto, si posteriormente ese dominio se transformara otra vez en un condominio no renacería el “pacto de indivisión”, aunque aún no se hubiera cumplido el plazo pactado por los condóminos primitivos.

17 Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Práctica notarial de contratos usuales*, Astrea, Buenos Aires, segunda edición, 2017, p. 116.

18 Ver, por todos, Alterini, Jorge Horacio; Alterini, Ignacio Ezequiel; Alterini, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo II, p. 192.

Si hubiera varios adquirentes la respuesta sería la misma, porque del mismo modo ya no subsistiría ninguno de los titulares en cuyo interés se pactó la indivisión.

3. IMPACTO DE LAS “CLÁUSULAS DE INENAJENABILIDAD” SOBRE LOS “PACTOS DE INDIVISIÓN”

A la inversa, el establecimiento de una “cláusula de inenajenabilidad” sí puede originar una prohibición de dividir, si se considera que la partición es un acto de disposición.

Para concluir en ese sentido, debe ponderarse la distinción entre actos de conservación, actos de administración y actos de disposición. Los criterios doctrinarios deben leerse en función del ordenamiento vigente, y con esa idea sistematicé esas categorías en 2016. Reitero ahora algunas conclusiones¹⁹:

“La separación conceptual entre los actos de conservación, administración y disposición ha resultado siempre esquiva, invadida por criterios sumamente disímiles que enfocaban distintos aspectos de los actos jurídicos, desde la causa-fuente, su resultado, ciertas características económicas, la actividad habitual de quien lo otorgaba, la naturaleza del objeto del acto, la incidencia sobre el patrimonio o simultáneamente varias de estas aristas, entre muchas otras teorías (acaso resulten ilustrativas, entre múltiples contribuciones, las ideas que presentó Méndez Costa, María Josefa, 'Actos de administración y actos de disposición', Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, número 711, año 1970, pp. 701 a 725).

Si la tarea de clasificar y definir es, como por principio se insiste, propia de la doctrina, poco ha contribuido nuestro marco legislativo para aportar luz sobre el asunto. El campo del Derecho de Familia ha sido uno de los más propicios para la distinción, dada la gravitación que el tópico tiene en relación a los actos otorgados por los progenitores en ejercicio de la patria potestad (hoy responsabilidad parental) y al asentimiento.

19 Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Propiedad horizontal*, segunda edición, El Derecho, Buenos Aires, 2018, pp. 78 a 82.

El Código Civil fue escueto en sus indicios, a tal punto que resultaba ardua tarea el advertir nítidamente, de sus textos, una separación entre los actos de conservación y los de administración. Más aún, un importante sector doctrinario renegaba de la relevancia de esa distinción, pues sostenía que poco provecho podía obtenerse de la misma, desde que las exigencias para otorgarlos eran idénticas, aunque pudieran no serlo sus efectos. El texto que al art. 294 dio la Ley 23.264, de patria potestad, pareció acentuar la importancia de distinguir entre ambos, aunque persistieran las incógnitas acerca de cuál era ese parámetro divisor.

En cambio, la separación entre los actos de disposición y de administración parecía encontrar fecundo cauce en un ámbito que había aparecido relegado, cual era el de los poderes. Con base en el art. 1881 del Código Civil de Vélez Sarsfield, Etchegaray había advertido la gravitación de la adecuada clasificación: si se trataba de un poder que se rotulara como 'general', esa categorización resultaba suficiente para que el poderdante pudiera otorgar actos de administración. Los de disposición, en cambio, requerían su expresa consignación. Para distinguir unos de otros, encontraba tres subespecies de actos de administración, que surgían de incisos del propio artículo y que, por lo tanto, no podían entenderse como actos de disposición (ver, para toda la problemática, Etchegaray, Natalio Pedro, *Escrituras y actas notariales*, ob. cit., p. 127 y sigs.).

El Código Civil y Comercial de la Nación tampoco proporciona pautas de contundencia para trazar con nitidez la distinción, no obstante lo cual surge la existencia de las tres categorías. Nuevamente el Derecho de Familia es el ámbito más fértil, como lo vemos en la distinción entre actos de conservación y de administración ordinaria para el curador (art. 83), o la separación tripartita tanto en relación a los actos en ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 685 y 692) como en materia de actos de los herederos, con exigencias incrementadas en función de cada uno (arts. 2324 y 2325). Y la alusión a actos de conservación se repite, entre otros institutos, en materia de poderes (aunque la referencia expresa sea, aquí, al mandato: art. 1333) y en relación a la aceptación de la herencia (art. 2296, inciso a).

Es de lamentar, sin embargo, esta omisión del legislador, pues esta categorización no versa solamente sobre criterios didácticos, sino en la aplicación de institutos de frecuente presencia en el quehacer cotidiano.

En el propósito que abriga esta obra, de contribuir con reflexiones que incidan sobre la aplicación de la propiedad horizontal, no procuraremos innovar en las tesis vigentes o arrimar argumentos a una u otra. Más bien, estableceremos ciertas premisas mínimas, que deban contar con el acuerdo de cualquiera de las posturas que se sigan y, de esta manera, proporcionar bases seguras de interpretación:

a) los criterios para determinar la existencia de cualquiera de las tres clases de actos pueden esbozarse *a priori* solamente mediante fórmulas genéricas. El juzgador, en los casos particulares, podrá apartarse de ellos por las circunstancias que lo rodean. El ejemplo más perdurable es el de los actos de disposición: si una transmisión dominial por principio ingresa en ese rubro, aparecido el conflicto determinado, el fallo puede establecer que, *para esa persona en particular*, el acto es de administración (v. gr., porque su actividad habitual es la compra y venta de inmuebles);

b) por lo tanto, si pretende obrar sobre bases seguras, el abogado o escribano no puede aventurarse más allá de estos criterios abstractos y conservadores, pues la determinación de las excepciones estará exclusivamente en manos del magistrado;

c) por un elemental principio lógico, los actos de conservación serán los que más beneficien a la persona y, por lo tanto, los que exijan los menores requisitos. En el otro extremo, los actos de disposición realizarán el impacto mayor (aunque no impliquen siempre una disminución del patrimonio, como, v. gr., una venta por el real valor de la cosa), y por ello serán los que requieran exigencias más gravosas;

d) por la necesaria generalización y abstracción postulada, puede establecerse que los actos de disposición abarcarán, como mínimo, la transmisión y constitución de derechos reales sobre inmuebles, sea por título oneroso o gratuito. Cuando se trate de derechos reales sobre cosa ajena, importarán un 'gravamen' (art. 1888), y de allí que el verbo gravar es equivalente a 'constituir derechos reales sobre cosa ajena'. Con toda razón sostuvo Belluscio, a propósito del antiguo art. 1277 y el asentimiento conyugal, que el 'término gravamen' estaba absorbido por el de 'disposición', que también utilizaba la norma (Belluscio, Augusto C., en Belluscio (dir.) - Zannoni (coord.), *Código Civil*, T. 6, comentario al artículo 1277, § 29, p. 181). Para la transmisión de los derechos sobre cosa propia puede con holgura utilizarse el verbo 'enajenar', que para determinada tesis, que compartimos plenamente, es

equivalente a la transmisión o constitución de cualquier derecho real, es decir, a 'disponer'. El artículo 1972 y su interpretación nos dan plenamente la razón acerca de esta última equiparación (para la interpretación de la norma, véase Urbaneja, Marcelo Eduardo, 'Dominio', en *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, El Derecho, agosto de 2012, pp. 553 a 558. El citado y vigente art. 1972 aglutina el contenido de los anteriores arts. 2612, 2613 y 1972 del Código Civil de Vélez Sarsfield. Para la comprensión de ese régimen remitimos a las acotaciones que formulamos en Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Práctica notarial de contratos usuales*, T. 1, Buenos Aires, Astrea, segunda edición, 2017, pp. 228 y sigs.);

e) la adquisición de esos derechos reales inmobiliarios por título oneroso, en cambio, podrá incluirse con comodidad en los actos de administración, pues por regla implicará un beneficio para los acreedores del adquirente, que ha cambiado su dominio sobre cosas consumibles y fungibles (arts. 231 y 232), mucho más difíciles de ejecutar (dinero), por un inmueble, perfectamente individualizable y fácilmente ejecutable;

f) esto no significa que, por expresa determinación legislativa, no puedan equipararse en algún caso las exigencias de la adquisición de bienes con las de su enajenación, como ocurre en materia de menores. Allí, por el juego de los arts. 692 y 697, no caben dudas de que para la adquisición de inmuebles por parte de progenitores que intervengan en ejercicio de la responsabilidad parental, es menester la autorización judicial, por cuanto se ha suprimido el usufructo sobre los bienes de los hijos menores que se encontraban bajo la antigua patria potestad. Tal como oportunamente lo hicimos notar, siempre pensamos que ése era el proceder aun con la vigencia del ordenamiento derogado, lo que por otra parte era contundentemente prevaleciente en el campo civilista y, además, contaba con un plenario de 1933 para el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Lo traemos aquí a colación para demostrar cómo el legislador, sin incursionar en la naturaleza del instituto, establece recaudos idénticos para la disposición y la adquisición de una misma categoría de objetos, aun cuando uno de ellos sea un acto de disposición y el otro no”.

Al señalar el art. 2403 que la partición es “declarativa y no traslativa” (frase idéntica a la contenida en el art. 2695 del Código Civil de Vélez Sars-

field) no está por ello negándole el carácter de acto de disposición o enajenación. Se trata de criterios clasificatorios diferentes.

La distinción entre acto declarativo y acto traslativo atañe al efecto retroactivo o no retroactivo de la transmisión, como lo señala pacífica y antigua doctrina y surge de los propios artículos citados.

Por ello no surge incompatibilidad entre el carácter declarativo y a la vez dispositivo del acto, pues claramente luego de la partición hay un titular diferente y esta realidad es incompatible con el carácter de acto de administración o de conservación. Además, el carácter declarativo y por ende retroactivo no es invocable por un tercero que adquiriera la cosa²⁰, pese a que, como ya recordamos, se denomina al supuesto como “partición por venta”.

Pero aun en una posición permisiva, que entienda que una “cláusula de inenajenabilidad” no implica también un “pacto de indivisión”, lo máximo que podría permitirse es la “partición en especie”, pero el o los adjudicatarios no podrán disponer, en virtud de dicha cláusula.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Alterini, Jorge Horacio; Alterini, Ignacio Ezequiel; Alterini, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo II.

Córdoba, Marcos M., en Lorenzetti, Ricardo Luis (director), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2015, tomo X.

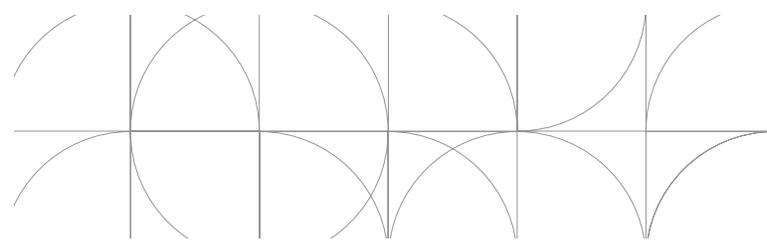
Cossari, Nelson G. A., en Alterini, Jorge Horacio (director general) y Alterini, Ignacio Ezequiel (coordinador), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, segunda edición, 2016, tomo IX.

CSJN, 09/06/1988, LL 1988-E, p. 314.

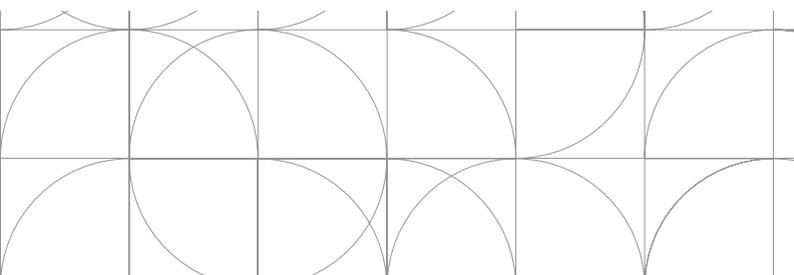
Ferrer, Francisco A. M., en Alterini, Jorge Horacio (director general) y Alterini, Ignacio Ezequiel (coordinador), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, segunda edición, 2016, tomo XI.

20 Ver, por todos, Alterini, Jorge Horacio; Alterini, Ignacio Ezequiel; Alterini, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo II, p. 192.

- Kiper, Claudio Marcelo, *Tratado de los derechos reales*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, segunda edición, 2017, tomo I.
- Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana N., *Derechos reales en el Código civil y Comercial*, Zavalía, Buenos Aires, 2016, tomo I.
- Martínez Löffler, Maite Gimena, "Aplicación, extensión y efectos de las indivisiones", correspondiente al tema 3, "Partición: su incidencia en el ámbito notarial y registral inmobiliario", ponencia presentada al tema 3 de la 42° Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (2017).
- Medina, Graciela y Rolleri, Gabriel, *Derecho de las sucesiones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017.
- Urbaneja, Marcelo Eduardo, "Incidencia del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 en algunos aspectos de la registración inmobiliaria", en Cossari, Nelson G. A. (coordinador), *Estudios de derechos reales. Con especial referencia al Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*, suplemento JA, 17/10/2012, p. 80 y siguientes.
- Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Práctica notarial de contratos usuales*, Astrea, Buenos Aires, segunda edición, 2017, p. 228 y siguientes.
- Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Propiedad horizontal*, segunda edición, El Derecho, Buenos Aires, 2018.



TÉCNICA y PRÁCTICA NOTARIAL



DESISTIMIENTO DE LA RESERVA DE PRIORIDAD GENERADA POR EL CERTIFICADO DE DOMINIO

JIMENA LAGOS
LORENA MUÑOZ

SUMARIO: - Introducción. - Planteo de la situación fáctica y naturaleza del instituto. - Importancia del desistimiento de la reserva de prioridad. - Regulación del instituto en la provincia de Buenos Aires. Análisis del art. 34 de la DTR 1/19. Opción a) Nota del notario desistente. Modelo de nota. Opción b) Manifestación en la escritura. Modelo de cláusula escrituraria. Constancia en el rubro observaciones de la minuta rogatoria.

INTRODUCCIÓN

Tomamos como punto de partida para el análisis del instituto objeto de estudio en el presente, lo dispuesto por la Ley 17.801 en su art. 23 al exigir que el notario no puede “autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas”.

A ello cabe agregar que el art. 25 de la Ley Registral nacional en su segundo párrafo advierte que “Esta certificación producirá los efectos de anotación preventiva a favor de quien requiera, en el plazo legal, la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado”.

En tal sentido se ha dicho que “... quien ha obtenido dicha reserva de prioridad comienza a gozar de la especial protección que le acuerda la ley registral y, por tanto, sabe que durante el plazo de su vigencia no puede variar en perjuicio suyo la situación registral tal como ha sido informada. Puede, entonces, formalizar el negocio de transmisión, constitución, modificación, posesión de derecho real sobre el inmueble (al que se refiere la certificación), con la seguridad de que luego podrá inscribir el derecho en el folio en primer grado y sin posible contradictor, en cuanto cumpla con el deber legal de presentar al efecto el título en el registro en plazo legal (art. 5 de la Ley 17.801)...”.¹

La expedición del certificado de dominio con su consecuente anotación preventiva de la reserva de prioridad y publicidad del negocio jurídico en gestación -tan elogiada por el derecho comparado- tiene enormes virtudes para el tráfico jurídico inmobiliario, y asimismo entendemos debe ser empleada con sumo respeto y mesura. Es por ello que la situación que pasaremos a examinar, aunque no es de lo más habitual, presenta sus aristas en el momento en que se plantea, y a tal fin pretendemos brindar ciertas herramientas para abordarla conforme la normativa vigente.

1 Falbo, Miguel Norberto, “El principio de prioridad registral en la Argentina”, Revista del Notariado 811, año 1987 (oct.-dic.), pp. 1239-1266.

PLANTEO DE LA SITUACIÓN FÁCTICA Y NATURALEZA DEL INSTITUTO

La situación objeto de análisis en el presente trabajo es la que tiene lugar cuando un notario, que vamos a denominar notario autorizante, solicita un certificado de dominio a fin de instrumentar una escritura, y advierte la existencia de otro certificado de dominio sobre el mismo inmueble con su consecuente reserva de prioridad y dicha reserva de prioridad se encuentra vigente. Pero por algún motivo, que no es materia de calificación registral, la misma no será utilizada.

Al respecto, bien puede encontrarse vigente el plazo de la reserva de prioridad previsto en el art. 24 de la Ley 17.801, o bien éste sumado al previsto en el art. 5 de la Ley 17.801 para la inscripción del documento.

Frente a este supuesto, el notario autorizante deberá requerir al notario, en cuyo favor existe una reserva de prioridad vigente, que desista de la misma. A este lo denominaremos notario desistente.

En cuanto a la naturaleza de este instituto, se ha señalado que el desistimiento y renuncia a la prioridad del negocio en gestación son institutos diferentes, advirtiendo que el desistimiento de la instancia registral no debe confundirse con la renuncia a la reserva de prioridad indirecta, la cual es factible en virtud de que la prioridad es disponible y negociable.²

Sin perjuicio de lo señalado, consideramos que resulta correcto el encuadre del supuesto como desistimiento, ya que el pedido de publicidad mediante un certificado de dominio, al generar la reserva de prioridad, importa la puesta en marcha de un procedimiento de registración que culmina con el asiento que genera y publicita la reserva de prioridad. En tal sentido se ha sostenido con acierto que es el único documento que participa tanto de la publicidad formal como material³, y consecuentemente, al instar el procedimiento de inscripción,

2 Villaro, Felipe P., *Función Notarial*, (Coord.) Etchegaray, Natalio P., Tomo 2, *Derecho Registral Inmobiliario*, Ed. Astrea, Bs. As., 2010, p. 92. Coghlan, Antonio R., *Teoría General de Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1984, p. 117.

3 Al respecto se ha señalado que para comprender bien la eficacia que la ley registral acuerda a la solicitud y despacho de la certificación (que es instrumento público) debe tenerse presente que ella se mide no sólo por el valor formal que resulta, en cuanto hace conocer (en forma

requiere en tal caso su desistimiento. Esto no importa contradecir que la prioridad es disponible. Muy por el contrario, tal circunstancia es la que avala al notario a desistir de la reserva de prioridad que ya tiene otorgada.

Volviendo a la situación fáctica que da lugar al instituto bajo análisis, podemos decir que esta figura requiere de la presencia de dos notarios, un notario desistente, el que pidió el certificado y tiene una reserva vigente que no va a utilizar, y un notario autorizante, que instrumentará la escritura para la cual previamente deberá requerir que el certificado primigenio sea dejado sin efecto.

IMPORTANCIA DEL DESISTIMIENTO DE LA RESERVA DE PRIORIDAD

Resulta indispensable que el notario autorizante tome los recaudos necesarios a fin de anunciar al Registro que la reserva de prioridad que se encuentra vigente -cuyo negocio jurídico está amparando por la protección legal y la prioridad indirecta-, será desistida.

Caso contrario, la certificación expedida al notario autorizante resultará condicionada al primero (art. 25 de la Ley 17.801).⁴

A los días de vigencia del primer certificado deben sumarse los 45 días de la presentación que prescribe el art. 5 de la Ley 17.801 (plazo de que goza el notario requirente del primer certificado para presentar una hipotética instrumentación).⁵ De modo tal que, si el notario autorizante ingresa su documento dentro de aquel plazo, podría obtener igualmente una inscripción condicional en los términos del art. 18 inc. b) de la Ley 17.801.⁶

"auténtica") el estado jurídico de los bienes en este caso, según las constancias registradas (art. 23 Ley), sino que además produce el efecto material o sustantivo de la llamada "reserva de prioridad indirecta" (también "cierre registral") en favor de quien requiera, en "plazo legal", la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado. Falbo, Miguel Norberto, ob. cit.

- 4 La circunstancia condicionante es una reserva vigente, sin importar el acto para el cual se ha generado. Incluso, entendemos que si fuera el mismo notario el que solicita una reserva de prioridad para un acto y luego decide instrumentar otro acto, estando vigente la primera reserva de prioridad deberá proceder a desistir de su propia reserva (arts. 21 y 34 DTR 1/19).
- 5 Ver Sing, José Víctor, "El principio de rogatoria en el Registro Inmobiliario", Revista del Notariado 889, p. 49.
- 6 Art. 18 inc. b), Ley 17.801: "Si al solicitarse la inscripción o anotación existieren otras de carácter provisional, o certificaciones vigentes, o esté corriendo respecto de éstas el plazo previsto

Es por ello que, a los fines de evitar estas inscripciones condicionadas, resulta importante que pueda hacerse saber al Registro el desistimiento de la reserva de prioridad vigente que no va a ser utilizada.

REGULACIÓN DEL INSTITUTO EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. ANÁLISIS DEL ART. 34 DE LA DTR 1/19

Esta situación no se encontraba normada en el ámbito del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, hasta la entrada en vigencia de la Disposición Técnico Registral 1 del año 2019, que con gran acierto reguló en su art. 34 el modo de proceder ante la situación planteada.

En la órbita del Registro Inmobiliario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el supuesto se encuentra previsto en lo dispuesto por las órdenes de servicio N° 42/81 y 48/81, donde prescribe que el notario autorizante, a fin de evitar la inscripción condicionada de su documento, deberá hacer constar en su escritura que el certificado de dominio con una reserva de prioridad vigente solicitado por otro escribano, lo tiene en su poder y ha sido inutilizado, manifestando que lo incorpora a su protocolo, lo cual deberá tener reflejo en la minuta rogatoria al momento de la inscripción de la escritura autorizada.⁷

en el artículo 5º, aquélla se practicará con advertencia de la circunstancia que la condiciona”.

7 La Orden de Servicio N° 42/81 dispone “cuando se califiquen documentos autorizados sobre la base de certificación expedida con prevención de otra u otras existentes, y que contaran con el plazo de reserva de prioridad resultante de los artículos 5º y 24 de la ley 17.801, ello no será causa de observación, si del documento y minuta resultara la inutilización de las certificaciones anteriores a la usada en el documento y la constancia de su incorporación al protocolo respectivo”. Mientras que la Orden de Servicio N° 48/81 agrega que “en el sentido de que con relación a los documentos autorizados sobre la base de certificaciones expedidas con prevención de otras requeridas por funcionarios autorizantes, pertenecientes al mismo registro notarial, se mantiene la aplicación de la norma contenida en la circular de fecha 25 de octubre de 1978 interpretándose en consecuencia, que en tal caso existe desistimiento tácito de las certificaciones prevenidas y no utilizadas”. Aquella circular, concordantemente, había conceptualizado desistimiento de la certificación el derivado de la autorización de un acto en el que se hubiera utilizado una de las certificaciones expedidas sucesivamente para el mismo objeto y registro notarial.

Ahora bien, vamos a analizar lo dispuesto en la normativa local que actualmente prescribe los pasos a seguir ante el supuesto descripto. Cabe aclarar que la normativa ha receptado los usos y costumbres de cómo se venía efectuando en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires el desistimiento, y en consecuencia regula las dos posibilidades que acontecían en la práctica registral.

El art. 34 bajo el título "Desistimiento de la reserva" prevé: "El desistimiento de una reserva de prioridad anotada, podrá solicitarse: a) Por nota suscripta por quien esté legitimado para utilizarlo, en donde se deje constancia del número de presentación y fecha del certificado de dominio; b) Por manifestación expresa del notario autorizante, respecto de que tiene a la vista el certificado solicitado por el escribano anteriormente designado y que éste ha desistido del mismo. Dicha circunstancia deberá constar en el testimonio del documento notarial respectivo y en el rubro observaciones de la minuta rogatoria".

De tal modo, cuando el notario que va a autorizar una escritura pública por medio de la cual se transmita, constituya, modifique o ceda derechos reales sobre inmuebles, advierte en su certificado de dominio que existe otra reserva de prioridad vigente, deberá optar por alguna de las dos soluciones que propone la norma.

Consideramos oportuno advertir que, para el caso de que existiera en la inscripción de dominio un gravamen o medida cautelar condicionada al certificado que se inutiliza al desistir de esta anotación preventiva, las medidas cautelares o gravámenes que a ella estaban condicionadas quedarán firmes con las consecuencias jurídicas que ello implica.

OPCIÓN A) NOTA DEL NOTARIO DESISTENTE

El notario que va autorizar la escritura deberá solicitar al notario que tiene la reserva de prioridad vigente, que presente una nota suscripta por él, dirigida al Director del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, donde manifiesta que desiste de la reserva de prioridad generada para su Registro Notarial, en la cual individualice el inmueble para el cual fue solicitado el certificado de dominio, como así también el número de presentación y fecha de ingreso del certificado.

Esta nota, como todo documento que ingresa al Registro, llevará número de presentación y deberá abonar la tasa retributiva por servicios registrales de

registración, la cual tendrá un valor fijo que se determina cada año conjuntamente con la Ley Impositiva⁸, y a su vez podrá tener el tratamiento de simple o urgente, a elección del notario requirente.

Una vez ingresada la nota en el Área de Registración y Publicidad perteneciente al partido que corresponda el inmueble en cuestión, se generara un asiento dejando constancia del desistimiento de la reserva. A su vez, en la misma se consignará la nota de registración por el agente del RPBA, y se le dará salida por mesa de entrada, poniéndola a disposición del notario desistente para su retiro.

Entendemos que el notario que va a autorizar la escritura podría encargarse del diligenciamiento de la nota, como modo de facilitar esta opción, en el caso de elegir esta alternativa y poder concretarla. Sumado a que resultará la única opción viable, cuando el notario que pidió la reserva que va a ser desistida no considere viable la entrega de su certificado al notario que va a autorizar la escritura.

En tal sentido, esta nota podría ser ingresada tanto en forma independiente como conjuntamente con la registración del testimonio del documento notarial del notario autorizante, fuera de la carátula rogatoria, ya que llevarán números de presentaciones diferentes.

Consideramos que, al efectuarse la reserva de prioridad para un determinado Registro Notarial y no para el notario puntual de ese registro notarial, la nota podría ir suscripta por el Notario Titular o Adscripto o eventualmente el reemplazante legal de dicho Registro Notarial.

8 Ley Impositiva del año 2018, N° 15.079, DTR N°7 y 8 año 2018, art. 3 apartado 2a. 8) de la Ley 10.295 de Tasas por Servicios Registrales.

Modelo de nota

Sr./Sra. Director/a
del Registro de la Propiedad Inmueble
de la Provincia de Bs. As.
S/D

Me dirijo a Ud. por medio de la presente a los fines de solicitar se deje constancia en la inscripción de Dominio (partido) (número), de que he desistido de la anotación preventiva efectuada para mi Registro Notarial N°... (Partido), solicitada oportunamente para autorizar el acto jurídico de (compraventa por ejemplo) y que se encuentra anotada con el número de presentación... de fecha... Sin otro particular, lo saluda atte.

*Firma y sello del
Notario desistente*

OPCIÓN B) MANIFESTACIÓN EN LA ESCRITURA

En este supuesto, el notario autorizante deberá contactarse con el notario desistente y requerirle el certificado de dominio cuya reserva de prioridad será inutilizada.

Se considera de buena práctica notarial requerirle al notario desistente que deje sin efecto su certificado con la leyenda "inutilizado" y coloque su firma y sello debajo, y así se lo entregue al notario autorizante.

Por su parte, el notario autorizante deberá volcar en su escritura, en las constancias notariales, al referirse a los certificados registrales, que tiene a la vista el certificado solicitado por el notario desistente, que agrega a su protocolo, cuya reserva de prioridad ha sido desistida por éste, lo que así califica y en original con la leyenda de inutilizado agrega.

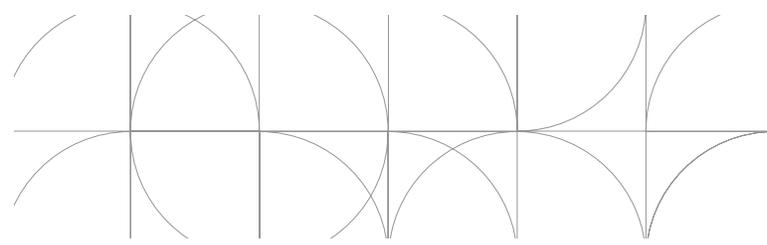
Al momento de confeccionar la minuta rogatoria, para la inscripción de la escritura en el Registro, deberá dar reflejo de esta constancia en la minuta rogatoria en el rubro observaciones. Entendemos que no resulta necesario rogar expresamente el desistimiento de la reserva de prioridad, y consecuentemente no se abonaría la tasa señalada, atento que en este supuesto no se generaría un asiento de desistimiento.

Modelo de cláusula escrituraria

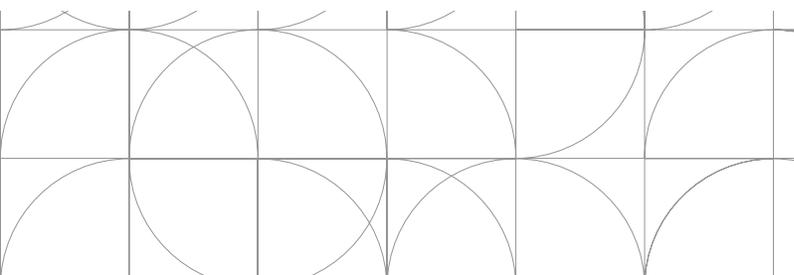
CERTIFICACIÓN REGISTRAL: El dominio consta a nombre del vendedor, quien no se encuentra inhibido para disponer de sus bienes; y el inmueble no se encuentra afectado por gravámenes, medidas cautelares, restricciones ni interdicciones, a excepción de una certificación vigente efectuada para el Registro Notarial N°... del Distrito Notarial de (Partido), solicitada oportunamente para autorizar el acto jurídico de (compraventa por ejemplo) y que se encuentra anotada con el número de presentación N°... de fecha..., que tengo a la vista, y con la leyenda de "Inutilizado" con firma y sello del Notario... Titular del Registro N°... (Partido), que en original agrege, como constancia de su desistimiento.

Constancia en el rubro observaciones de la minuta rogatoria

Se tuvo a la vista y se agregó al Protocolo certificado de dominio con anotación preventiva efectuada para el Registro Notarial N°... del Distrito Notarial de (Partido), solicitada oportunamente para autorizar el acto jurídico de (compraventa por ejemplo), anotada con el número de presentación N°... de fecha..., con la leyenda de "Inutilizado" con firma y sello del Notario... Titular del Registro N°... (Partido), como constancia de su desistimiento.



JURISPRUDENCIA



RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL NOTARIAL

PRESUNTA FALTA DE ÉTICA

Plata, ... de... de 2017.

AUTOS Y VISTOS:

Visto el expediente N° .../17, caratulado: "Señora E... formula denuncia c/ Not..., Titular del Registro N°... del Partido de... s/ presunta falta de ética", y del que resulta:

Que el mismo se formalizó como resultado de la denuncia presentada en esta sede el 6 de abril de 2017 por la Sra. E... contra el Notario..., Titular del Registro N°... de..., al que le imputa la presunta comisión de una falta de ética. (fs. 1/20).

Que, a fs. 21, por auto del día 21 de abril de 2017, este Tribunal se declaró competente y se dispuso correr traslado de todo al notario... a fin de que, dentro del plazo de cinco (5) días, realizara el descargo pertinente, siendo notificado mediante la Delegación... del Colegio de Escribanos, con fecha .../.../17, según consta a fs. 23.

Que, a fs. 24, con fecha... de 2017, consta la solicitud al Departamento de Servicios Notariales del Colegio de Escribanos del estado de revista del notario, cuya respuesta corre agregada a fs. 25/120, donde consta que el Notario..., Colegiado N°..., revista como Titular del Registro de Escrituras Públicas N°... del Partido de... y que, de su legajo personal, surge que: 1) Fue **apercibido** por resolución del Juzgado Notarial de fecha...; 2) Fue **suspendido** en el ejercicio de su profesión por el término de cinco (5) días, por resolución del Juzgado Notarial de fecha...; 3) Fue **apercibido** por resolución del Juzgado Notarial de fecha...; 4) Fue **suspendido** en el ejercicio de su profesión por el término de diez (10) días, por resolución del Juzgado Notarial de fecha...; 5) Fue **suspendido** en el ejercicio de su profesión por el término de treinta (30) días, por resolución del Tribunal Notarial de fecha...; 6) Fue **suspendido** en el ejercicio de su profesión por el término de cuarenta y cinco (45) días, por resolución del Juzgado

Notarial de fecha... y 7) Le fue aplicada una multa por resolución del Juzgado Notarial del...

Que, a fs. 121, mediante auto del... de 2017 y, atento el estado de las actuaciones, se llamó a **“Autos para Resolver”** (Art. 49 y 54 decreto-ley 9020/78), siendo notificado el notario con fecha .../.../17, según constancia obrante a fs. 123, mediante la Delegación... del Colegio de Escribanos.

Que, a fs. 124, mediante auto del... de 2017, se dispuso, como medida para mejor proveer, librar Oficio al Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires a los efectos de que se sirvan remitir Informe de dominio correspondiente a las Matrículas .../2 y .../3 del Partido de... (...). El notario se notificó el... de 2017, mediante la Delegación..., según consta a fs. 128. La respuesta al Oficio remitido corre agregada a fs. 129/134.

Que, a fs. 135, mediante auto del... de 2017, se dispuso reanudar los Autos para Resolver dictados. El Not... se notificó el .../.../17, según constancia obrante a fs. 137.

Y CONSIDERANDO:

Que, con fecha... de 2017, la Sra. E, solicitó la intervención de este Tribunal, presentando formal denuncia contra el notario..., Titular del Registro de Escrituras Públicas N°... del Partido de..., por el incumplimiento del deber inherente a la función notarial, de inscripción registral de la Escritura de División de Condominio N°..., de fecha... de 1995, por él autorizada, cuya copia agrega a fs. 12.

La denunciante manifiesta en su presentación que requiere la intervención de este Tribunal a los efectos de lograr inscribir en forma definitiva la propiedad inmueble Matrícula... del Partido de..., parte del solar..., manzana..., sección IV, así como las Unidades Funcionales N° 2 y 3, inscriptas en las Matrículas.../2 y .../3 del Partido de...

Agrega la Sra. E que “infinidad de veces” le ha solicitado al notario... la inscripción definitiva de la Escritura referida, como así también corregir el error en la anotación de la Unidad Funcional 3, error que no queda claro cuál es, pues a fs. 2 la denunciante expresa *“...debo remarcar que las porciones indivisas de cada heredero fueron anotadas con error, lo que nunca me permitió poder disponer, en especial de la Unidad N° 3”*, y a fs. 6 hace referencia al *“error de adjudicación de la UF3”*. Pese al hecho de haber concurrido reiteradas veces a la Es-

cribanía y haber intimado mediante Carta Documento, cuya copia acompaña a fs. 19/20, alega no haber logrado tal inscripción, a la fecha de presentación de la denuncia, haciendo mención que “... recién con fecha ...-...-15 el mismo escribano se dignó a solicitar una anotación marginal...”, sin especificar el contenido de la misma.

La denunciante concluye expresando que esta situación le genera un daño económico, más allá de la inseguridad jurídica ocasionada por la pérdida de la “prioridad indirecta”, ya que “...mi inmueble no tiene el mismo valor de mercado, pues no pude transmitirlo a la fecha a ningún tercero, ni tampoco disponer de cualquier otra manera...”.

Que, luego de declarada nuestra competencia para intervenir en el tema planteado (fs. 21), se notificó al Not... de la presente denuncia con fecha... de 2017 (fs. 23), sin que el citado profesional presentara descargo alguno.

De los hechos expuestos en la denuncia, de la documentación acompañada y de la solicitada por este Tribunal al Registro de la Propiedad, con fecha... de 2017, bajo el N° 484850/0, resulta que la escritura..., de fecha... de 1995, autorizada por el notario... adolece de varias irregularidades, a saber: a) Certificado de dominio solicitado con posterioridad a la fecha de la escritura; b) Usufructo sobre el solar el inmueble inscripto en la Matrícula... a favor de E que no se menciona en el texto de la escritura; c) No se cita declaratoria de herederos inscripta, ni se realiza el tracto por el fallecimiento del titular de dominio A, pero sí comparece su viuda, doña AMC y d) Nota marginal por la que el notario manifiesta que no se solicita la división de condominio por el inmueble inscripto en la Matrícula... del Partido de..., que sí figura en el cuerpo de la escritura y cuya inscripción reclama la denunciante. Nos abstenemos de juzgar estas irregularidades, pues el análisis de las normas de fondo aplicables (artículos 23 Ley 17.801; 35 inc. 13 y 148 Decreto-Ley 9020/78, entre otras) exceden ampliamente el marco de competencia de este Tribunal.

Por lo expresado anteriormente, nos abocaremos al análisis de la conducta del Notario... en su aspecto ético, es decir que deberemos determinar si la misma afecta el prestigio y el decoro del cuerpo notarial (art. 35 inc. 7 ap. a decreto-ley 9020/78), dejando al Juzgado Notarial discernir si el Notario... ha desempeñado o no correctamente su función. Es por esta razón que, una vez firme la presente resolución, se elevarán los actuados al citado Juzgado para su intervención en el ámbito de su competencia.

Aclarado esto, pasemos a analizar los hechos denunciados: falta de inscripción definitiva de los inmuebles adjudicados y error en la adjudicación y/o en los porcentajes adjudicados, y si tales hechos constituyen una falta de ética. Y aquí debemos distinguir dos situaciones diferentes: una con relación a las UF 2 y 3 inscriptas en el Registro de la Propiedad en la Matrícula .../2 y 3 del Partido de...; y otra, con relación al solar..., manz...,secc IV, inscripto en el organismo registrador en la Matrícula... del Partido de...

Que, conforme resulta de la copia del testimonio de la escritura..., de fecha... de 1995, de División de Condominio, autorizada por el Not..., a la denunciante se le adjudicaron las UF 2 y 3 del edificio asentado en la parcela... del plano de PH ...-...-87, ubicado en la Av... N°... esquina... N°... de la ciudad y Partido de..., inscriptos en la Matrícula.../2 y 3 del Partido de...

De dicho testimonio surge que el mismo se expidió el... de 1996, ingresó para su inscripción el... de 1996 y recibió inscripción definitiva el... de 1997, bajo el N° .../0.

Es decir, que no son ciertos los dichos de la denunciante de que sólo tuvieron inscripción provisional las UF 2 y 3 no pudiendo disponer de ellas. Se inscribieron en forma definitiva y la denunciante dispuso de ambos departamentos, más allá que alegó que con relación a la UF 3 existía un error -que no queda claro cuál es- pues, como se dijo, habla de error en las proporciones y de error en la adjudicación. Con relación a la UF 2, donó la nuda propiedad a su hija..., por escritura..., del... de 2012, pasada por ante el Notario B, Registro... de..., la cual se inscribió en el Registro de la Propiedad el... de 2012 bajo el Número.../1 y la UF 3, por escritura..., del... de 1998, pasada por ante el Notario C, del Registro... del Partido de..., la vendió a los cónyuges JLB y NSC, la cual se inscribió en el organismo registrador el... de 1998 bajo el N°.../8.

Es decir, que el notario... no inscribió en tiempo y forma la escritura referida, pues si el Registro no inscribió definitivamente con la fecha de presentación, es porque el testimonio no se presentó en término, o no se cumplió con las solicitudes de prórroga de la inscripción provisional, privando al instrumento de las protecciones que le acuerda la Ley 17.801.

En efecto, dicha norma establece un sistema de protección, en tanto y en cuanto la inscripción del documento se realice en los plazos establecidos en ella. "*...La ley argentina es, a nuestro juicio, una de las más perfectas en cuanto a la formación del principio de prioridad: todo el sistema ha sido articulado en*

*base a reservas de prioridad progresivas que van naturalmente conformando, o enervando por el transcurso de los respectivos plazos, las correlativas posiciones registrales de los documentos. Desde la reserva de prioridad que significa la certificación (art. 25), pasando por la del plazo de presentación (art. 5) y terminando por la de la inscripción provisional y sus prórrogas (art. 9), existe una armónica organización del tiempo registral que concluye perfecta y equilibradamente en los artículos 17 (oponibilidad e incompatibilidad), 18 (inscripciones condicionadas) y 19 (prioridad pura y alteración contractual de la prioridad...". Felipe Pedro Villaro. *Elementos del Derecho Registral Inmobiliario*, Edición 1999, pág. 38.*

Por otra parte, si bien es cierto que no existe plazo legal establecido en la Ley 17.801 para su inscripción, como bien expresa Alterini, citado en "Actos Post-escriturarios", María Fernanda Zarich, *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*, Cristina N. Armella, Tomo I, pág. 756, "...si la eficacia de la reserva de prioridad impone que la escritura sea inscrita en plazo legal, luce ingenua toda postura que niegue la existencia de obligación del notario de practicar dicha inscripción..."; agregando, a continuación que "...no puede negarse que el notario que no inscribe temporáneamente un título en el Registro omite aquellas diligencias que exige la naturaleza de la obligación que asumiera ... máxime que por su carácter de profesional especializado y depositario de una importante misión social es mayor su deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas...". (El resaltado pertenece a este Tribunal).

La falta de cumplimiento, en tiempo y forma, de los deberes propios a su calidad de notario afecta la seguridad y credibilidad del propio sistema pues, como tiene dicho este Tribunal, se traduce en un atentado contra el deber de transparencia y el principio de confianza sobre el que debe asentarse la actividad notarial en su conjunto, trascendiendo de modo defectuoso primero a los damnificados, para luego, y en las personas de éstos, a la comunidad toda.

Por estos motivos, este Tribunal considera que la irregular conducta del Notario... constituye una falta de ética de las contempladas en el art. 35 inc. 7 ap. a) del decreto-ley 9020/78, por cuanto implica un acto que afecta "el prestigio y el decoro del cuerpo notarial, resultando lesivo a la dignidad inherente a la función".

Pasemos a analizar la otra situación denunciada, es decir, la del inmueble inscripto en la Matrícula... Conforme surge de la copia del testimonio de la escritura en cuestión y del informe agregado a fs. 17, el inmueble ubicado en

el Partido de Bolívar, designado según título como Solar..., Mz..., Sec 4 no fue adjudicado a la denunciante sino a JNC y solo tiene inscripción provisional de fecha... de 1996 bajo el N°.../8 sin que se advierta solicitudes de prórroga de dicha inscripción. Es decir, que mientras que con relación a las UF 2 y 3 inscribió, pero no lo hizo en tiempo y forma, en este caso, directamente, no hay inscripción definitiva.

La denunciante se siente agraviada por esta inscripción provisional y expresa: "... Esta situación... me genera un daño económico... pues no pude transmitirlo a la fecha a ningún tercero, ni tampoco disponer de cualquier otra forma...". Pero, dado que a ella no se le adjudicaba dicho inmueble, nos preguntamos: ¿Se siente agraviada porque se le debía adjudicar a ella y no a JNC, o porque dicho inmueble no debió incluirse en la división de condominio? No queda claro esto en la denuncia; y la falta de presentación del descargo por parte del Notario... no nos permite conocer lo que pasó. Lo cierto es que sí surge de la copia del testimonio nota marginal del Notario... que, transcripta, dice: "... Se deja constancia que en su original consta lo siguiente: Que el inmueble inscripto bajo la Matrícula..., de..., ubicado en..., que es parte del solar..., manzana..., sección IV, con una superficie total de 300 metros cuadrados, cuya NOMENCLATURA CATASTRAL es la siguiente: Circunscripción..., Sección...; Manzana...; Parcela 11. PARTIDA:... No se solicita la División de Condominio como se expresa en el cuerpo de esta escritura, confirmando en todo lo demás lo referente a las Unidades Funcionales 1, 2, 3, 4, 5 y 6, por las cuales se solicita la División efectiva del condominio, de todo lo cual doy fe. CONSTE". (Fs. 14 vta. *in fine*).

Sin entrar a juzgar el uso de la nota marginal pues, como ya dijimos, el análisis de las normas de fondo excede la competencia de este Tribunal (art. 148 Decreto-Ley 9020/78), no podemos soslayar que no se puede insertar por notas marginales declaraciones de las partes, recordando las palabras del Notario Natalio Pedro Etchegaray en su obra "Escrituras y actas notariales", al expresar que: "... no puede el notario, so pretexto de completar la escritura salvando errores y omisiones, dar a la nota marginal ninguna implicancia negocial, ni aunque la firmen las partes. La omisión o error negocial que se observe después de la autorización de la escritura debe ser corregida por escritura posterior que otorguen las mismas partes comprendidas en el negocio, a menos que se trate de aspectos unilaterales, en cuyo caso la aclaratoria puede ser formulada por la parte a la que incumbe hacer la manifestación...". (Ob. cit., Editorial Astrea, Edición 1997, pág. 252).

Dicho esto, este Tribunal se limita a considerar el reclamo de la denunciante por tener dicha escritura con relación al bien inscripto en Matrícula... del Partido de... "inscripción provisional".

Varias son las normas legales que determinan la obligación del notario de inscribir los documentos en los que se instrumenta la adquisición o transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles, a los efectos de la oponibilidad de los derechos adquiridos o transmitidos, además del art. 35 inc. 8 de la llamada Ley Orgánica del Notariado de la Provincia, que nos rige, es dable citar el artículo 1893 del Código y Civil y Comercial de la Nación -artículo 2505 del Código Civil Argentino al tiempo del otorgamiento del acto- y la Ley 17.801.

Como señala Oscar García Rúa en *El proceso disciplinario del Escribano. Responsabilidad penal, civil y ética*, el incumplimiento por parte del notario de las previsiones legales "... constituye en forma objetiva una seria irregularidad en su proceder profesional pues, además de la violación legal, creó una incertidumbre respecto de los legítimos derechos de los interesados... con la siempre latente posibilidad de que se provocara por ello serios perjuicios a quienes recurrieron a él como fedatario, conducta que merece ser sancionada...". (Tribunal de Superintendencia del Notariado, 25/03/82, "D.B.M. s/ presentación"; id., 29/11/83, Expte. 370/83).

Es por los motivos expuestos, que este Tribunal considera que la conducta del Not... constituye una falta de ética de las contempladas en el art. 35 inc. 7 ap. a) del decreto-ley 9020/78, pues afecta no solo a las partes sino al cuerpo notarial en su conjunto.

Hacemos nuestros los conceptos vertidos por la Excma. Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata, Sala Segunda, que ha expresado: "... La legislación que rige la actividad del notario ha implementado diversos regímenes para dotar a la misma de las máximas seguridades. Entre ellos, el que concierne al ámbito disciplinario impone un obrar diligente, correcto, normal. La irregularidad, deficiencia o prescindencia, afecta la confiabilidad del propio sistema, que acentúa el valor de las formas como garantía de seguridad. Es por ello que la sola falta o defecto trae como consecuencia la responsabilidad disciplinaria, desde que con ella se lesiona el prestigio y decoro del cuerpo notarial (art. 35 inc. 7 y 41 de la Ley Notarial y 24 inc. 7, y 27 del decreto 3887/98) siendo irrelevante la producción de un daño concreto a intereses particulares...". (Causa 105.470, Sent. del 18/7/06, Reg. 154).

En el mismo sentido, la Excma. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala III, del Departamento Judicial de La Plata, en la causa 219.153, mediante Sentencia del 15/08/95, ha expresado: "Para juzgar o dar por configurada las faltas éticas previstas en el decreto-ley 9020/78 y el decreto 3887/98, no es necesario que se produzca perjuicio alguno, dado que la conducta se constituye por el solo y objetivo hecho del incumplimiento de normas legales expresas que encuadran el ejercicio del notariado".

A los efectos de arribar a una decisión, consideramos menester tener en cuenta el Informe remitido por el Departamento de Servicios Notariales del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires (fs. 25/120), que da cuenta que, del Legajo personal del Not..., surgen las siguientes sanciones, a saber: 1) Fue **apercibido** por resolución del Juzgado Notarial de fecha... de 1981; 2) Fue **suspendido** en el ejercicio de su profesión por el término de cinco (5) días, por resolución del Juzgado Notarial de fecha... de 1995; 3) Fue **apercibido** por resolución del Juzgado Notarial de fecha... de 2000; 4) Fue **suspendido** en el ejercicio de su profesión por el término de diez (10) días, por resolución del Juzgado Notarial de fecha... de 2002; 5) Fue **suspendido** en el ejercicio de su profesión por el término de treinta (30) días, por resolución del Tribunal Notarial de fecha... de 2012; 6) Fue **suspendido** en el ejercicio de su profesión por el término de cuarenta y cinco (45) días, por resolución del Juzgado Notarial de fecha... de 2013 y 7) Le fue aplicada una **multa** por resolución del Juzgado Notarial del... de 2016.

Asimismo, es dable destacar que algunas de las sanciones aplicadas lo fueron por el mismo motivo que nos ocupa en los presentes actuados, esto es, no inscribir, o no hacerlo en tiempo y forma, lo que muestra a las claras que las sanciones impuestas oportunamente no produjeron efecto alguno en la conducta del profesional. Lejos de ello, en el presente caso, ni siquiera presentó descargo, es decir, desdeñó la oportunidad que se le brindó para ofrecer su defensa. En este sentido, la Cámara CESP La Plata 224771 – RSD – 81-96-S 18-12-96, ha expresado: "En el ámbito del derecho disciplinario de los códigos profesionales lo que se ventila es el pundonor y el decoro de los Colegiados, no delitos o intereses personales de corte patrimonial y entonces, la no presentación ante los pares que lo requieran para dar explicaciones implica, en primer lugar también una falta de ética, desde que conlleva el menosprecio a la entidad colegial que integra y en segundo lugar porque el silencio en este singular ámbito constituye una presunción de verdad muy sólida para tener por ciertos los hechos que motivan la denuncia".

POR ELLO, y en uso de sus atribuciones, conferidas por los arts. 38, 41 inc. 1), art. 65 y concordantes del Dec-Ley 9020/78,

EL TRIBUNAL NOTARIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

RESUELVE

I. **SUSPENDER** en el ejercicio de la profesión por el término de **SESENTA (60)** días al notario..., Colegiado N°..., Titular del Registro de Escrituras Públicas N°... del Partido de..., lapso durante el cual deberá abstenerse de autorizar acto protocolar o extraprotocolar alguno (art. 65 inc. 2 Dec.Ley 9020/78), con más las accesorias establecidas en el art. 66 del citado Decreto-Ley.

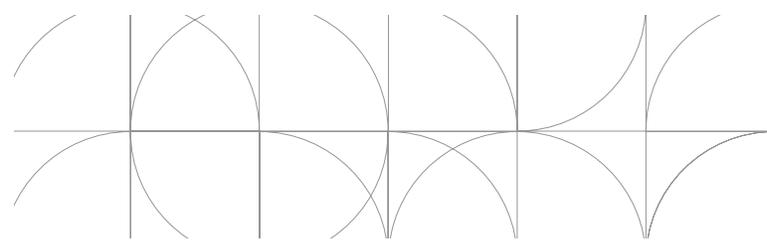
II. Notificar al Notario... la presente Resolución con copia de la misma, haciéndole saber que, una vez firme, el Tribunal dispondrá la fecha de cumplimiento de la sanción, la que le será debidamente notificada (arts. 49 Dec.Ley 9020/78, 27 Dec. 3887/98 y Resol. N° 13 T.N. del 11/X/02).

III. Sin perjuicio de las demás responsabilidades que pudieran afectar al profesional sancionado, una vez firme, deberá comunicarse la presente Resolución al Juzgado Notarial con copia (art. 42 inciso 4 y conc. del citado Dec. Ley), al Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, con copia, a fin de dar cumplimiento a la publicación legal pertinente (Ley 11.809) y al Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

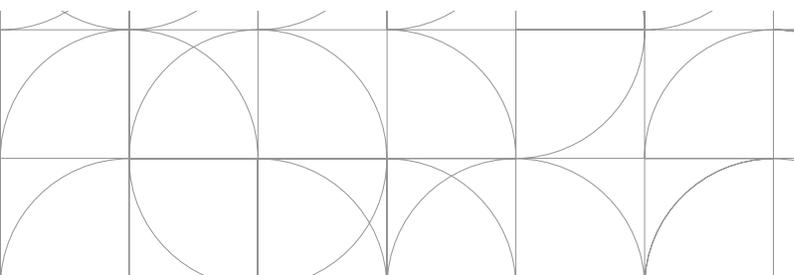
IV. Una vez firme, elevar las actuaciones al Juzgado Notarial, a los efectos que estimare pudiere corresponder dentro del ámbito de su competencia.

V. Archivar copia de la presente en el Libro de Resoluciones del Tribunal Notarial.

Firmas: Nots. Víctor Adrián Stankievich. Presidente - Stella Maris Perdriel - Mónica Alcira Rivero de Navas - TRIBUNAL NOTARIAL



INFORMACIONES



33 JORNADA
NOTARIAL
ARGENTINA

**San Carlos de Bariloche, Río Negro
20 al 22 de septiembre de 2018**

Tema I: NUEVAS TECNOLOGÍAS

- Coordinadores:** Martín Giralt Font
Horacio Arturo Ortiz Pellegrini
- Autoridades Comisión:**
- Presidente:** Walter César Schmidt
- Secretario:** Roberto Antonio Mignolo
- Secretario:** Mario Fedigatti
- Comisión redactora:** Martín Giralt Font; Horacio Arturo Ortiz Pellegrini;
Nancy Borka; Franco di Castelnuovo; Roberto
Mignolo; Walter Schmidt
- Relatores:** Santiago Falbo
Walter Schmidt

TEMARIO

Las nuevas tecnologías y el notariado. Documento electrónico. Firma electrónica. Firma digital. Protocolo digital. Importancia fundamental de la

INFORMACIONES

presencia del escribano al momento de la autorización del acto. Distintas formas de autorización y archivo de las escrituras públicas. Las nuevas tecnologías y los archivos de protocolos notariales. Copia digital. Emisión de las mismas para destinatario determinado. Normativa. Incorporación de las nuevas tecnologías al Código Civil y Comercial de la Nación. Función de los colegios notariales como Autoridad de Registro. Diferentes tipos de interacción entre: los colegios y los notarios, los demás colegios, el CFNA y los organismos públicos. Los notarios entre sí, con los organismos públicos y los clientes.

CONCLUSIONES

El Notariado Argentino adoptó las nuevas tecnologías para, sin perder su identidad de notario de tipo latino, desempeñar la función notarial en el nuevo escenario digital.

No solo debemos acompañar los cambios, sino también proponerlos para consolidar el posicionamiento estratégico del notariado.

El cambio del soporte documental en el que se plasme el desarrollo de nuestra función no implica modificación alguna respecto de los principios que la rigen, al modo en que debe ser ejercida y a las tareas que el notario lleva a cabo para cumplir cabalmente su misión, en el sistema de notariado latino.

Los colegios de escribanos deben asumir un rol protagónico en esta tarea, generando políticas institucionales a corto, mediano y largo plazo, en la relación con sus colegiados y con los poderes públicos, involucrándose y participando activamente en la generación de ideas, proyectos y aplicaciones concretas con el uso de las nuevas tecnologías, procurando y promoviendo, en un contexto de prudencia e innovación, los cambios necesarios tanto en los procesos como en el marco normativo.

Se recomienda que los colegios notariales desarrollen de manera conjunta los sistemas y plataformas informáticas necesarias a los fines de estandarizar la aplicación de las herramientas tecnológicas al ejercicio de la función notarial.

En esa dirección es indispensable que en toda actuación digital se utilice el pertinente certificado de aplicación por parte del colegio notarial respectivo,

con el fin de que quede acreditada la habilitación para el ejercicio de la función por parte del Notario al momento de la autorización del documento. Del mismo modo se propone que se adopte el sistema de código seguro de verificación -CSV- para comprobar la autenticidad de todas las actuaciones notariales digitales, así como que el almacenamiento de las mismas se encuentre a cargo de los colegios notariales respectivos.

Siendo Argentina un país federal, es aconsejable el desarrollo de una infraestructura digital estandarizada para todo el país, y que los colegios notariales instrumenten los medios para proveer a los escribanos la capacitación, los sistemas y los equipos estandarizados necesarios para el ejercicio de la función notarial en soporte digital.

El documento digital firmado digitalmente por un particular es un instrumento privado, mientras que el firmado electrónicamente es un instrumento particular no firmado.

Analizando los elementos esenciales que caracterizan a la función notarial, los aspectos constitutivos del documento y las características especiales del documento digital, en virtud de los nuevos requerimientos de la sociedad moderna, podemos afirmar que es tanto posible como necesaria la incorporación de los documentos digitales como un nuevo soporte documental en el que se plasme el resultado de la actuación notarial.

La presunción de autoría que otorga la Ley 25.506 a la firma digital no implica considerarla como una firma auténtica, en virtud de que el dispositivo de creación de la firma digital es escindible de su titular.

Seguridad informática no es seguridad jurídica. Desde una visión jurídica, para que un negocio sea válido no sólo 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 sea prestado libre y voluntariamente, es decir sin vicios.

La seguridad jurídica preventiva deriva de las tareas llevadas a cabo por el notario en el proceso de formación del contrato (el juicio de juridicidad, el deber de asesoramiento y consejo, el alumbramiento de la voluntad de los requirentes, la interpretación y traducción jurídica de dicha voluntad, la asistencia para alcanzar y determinar un acuerdo entre la voluntad de los otorgantes, la adecuación al ordenamiento jurídico, la configuración del negocio jurídico, y la formalización y autorización del documento), que aseguran a las partes un

INFORMACIONES

cabal entendimiento del negocio y de las consecuencias jurídicas deseadas, reduciendo así las diferencias existentes entre ellas, mediante la libre prestación del consentimiento debidamente informado. Como tal no puede confundirse ni reducirse a la mera seguridad económica e informática.

Por el momento no es posible hablar de protocolo notarial digital. Si bien no existe impedimento alguno para admitir la viabilidad de un protocolo notarial digital -previa adecuación normativa-, la prudencia aconseja un proceso paulatino y reflexivo hacia la digitalización, donde el protocolo sea el último de los documentos en pasar al soporte digital, procurando mientras observar las valiosas experiencias que a nivel internacional nos aporten los Notariados que ya han comenzado este proceso. Dicho esto, es imperioso continuar avanzando con los restantes documentos notariales en soporte digital.

Dada la mayor trascendencia jurídica de estos documentos, debemos considerar con detenimiento los elementos de seguridad necesarios para su implementación. Para comenzar, se debe prever la existencia de folios digitales, esto es, un elemento oficial y estandarizado en el que se plasme la actuación notarial digital.

Se recomienda el análisis y estudio del método de incorporación de documentación habilitante digital al protocolo, teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 300 y 307 del Código Civil y Comercial.

Las normas vigentes y las herramientas tecnológicas aconsejan complementar la preservación de los protocolos mediante su digitalización, que dará como resultado un documento digital con valor probatorio y eficacia, perdurable en el tiempo, con mayores beneficios para la conservación y funcionalidad de la actividad notarial.

Blockchain es una herramienta tecnológica que ofrece un sistema de registro de datos digitales informáticamente seguro, con gran potencialidad. El Notariado debe profundizar el estudio en cuanto a su utilización y ámbito de aplicación.

El CCyC admite la desmaterialización de los títulos valores y habilita al notariado a intervenir en la constitución, transmisión y registro de gravámenes, secuestros, medidas precautorias y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por el título valor. Asimismo, permite la creación de títulos valores atípicos representativos de metros cuadrados sobre inmuebles, también denominado "tokenización de inmuebles", habilitando al notariado a ser agente de registro de los títulos valores que no circulen en el mercado libre de cambios.

Consideramos que resultaría necesario que los colegios de escribanos creen un Registro Especial de Registración de Títulos Valores vinculados a nivel nacional a través de un centro de información, que utilicen una infraestructura informática estandarizada común a todas las demarcaciones de nuestro país.

Se recomienda la profundización en el estudio de las implicancias de las nuevas tecnologías en el mundo jurídico, poniendo especial atención en su impacto en el derecho sucesorio, los derechos personalísimos, el derecho al olvido, las especiales características de los bienes digitales y su incidencia en el derecho tributario.

Tema II: GARANTÍAS REALES. Especialidad en cuanto al crédito. Monto. Exégesis del art. 2189 del CCyC. El plazo de la hipoteca y las cuestiones de derecho transitorio. Hipoteca de parte indivisa. Hipoteca de superficie. Anticresis.

Coordinadoras: Silvia Maela Massiccioni
Natalia Martínez Dodda

Autoridades Comisión:

Presidencia: Silvia Maela Massiccioni y Natalia Martínez Dodda

Secretaría: María Paula Álvarez Machicote

Comisión redactora: Silvia Maela Massiccioni; Natalia Martínez Dodda;
María Paula Álvarez Machicote; Mariela Gatti;
Elba Frontini; Jessica Edith Linna; Valeria Virginia Calabrese

Relatoras: Jessica Edith Linna
Valeria Virginia Calabrese

CONCLUSIONES

La Comisión II de la XXXIII Jornada Notarial Argentina concluye, por resolución unánime de todos sus integrantes, lo siguiente:

I) Especialidad en cuanto al crédito. Monto. Exégesis del art. 2189 del CCyC

Considerandos

El Código Civil y Comercial incluye disposiciones comunes y lineamientos genéricos atinentes a los distintos derechos reales de garantía; esto permite sistematizar los principios generales, evita reiteraciones innecesarias y reduce el número de artículos que legislan sobre las garantías en particular.

Si bien el art. 2189 CCyC lleva el título “Especialidad en cuanto al crédito”, su texto fue mucho más allá de ese principio e incluyó las modificaciones más trascendentes aplicables a todos los derechos reales de garantía.

El texto original de la norma, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, introdujo en el régimen legal argentino la temática de los créditos indeterminados como objeto de los derechos reales de garantía, recogiendo así el reclamo de una profusa doctrina y jurisprudencia que ya se había pronunciado a favor de flexibilizar el concepto de especialidad en cuanto al crédito. Sin embargo, su imprecisión terminológica y su inevitable cotejo con otras normas del mismo ordenamiento (arts. 2187 y 2193 CCyC) generó polémica en torno a diferenciar cual era el marco normativo aplicable a los créditos determinados e indeterminados.

La Ley 27.271, que entró en vigencia el 15 de septiembre de 2016 y modificó el texto del art. 2189, vino a poner coto a aquella discusión doctrinaria estableciendo dos sistemas diferentes según se constituyan garantías en resguardo de créditos determinados o indeterminados. De esta manera reconoció proyección normativa la conclusión número 2.6 del Tema IV de la XXXII Jornada Notarial Argentina que en agosto de 2016 estableció, de *lege ferenda*: “Proponemos una modificación del artículo 2189 CCyC reflejando la doctrina del proyecto de 1998, diferenciando los créditos determinados y los indeterminados y reservando a estos últimos las limitaciones en cuanto al monto del gravamen y la extensión de la garantía tal como surge del Proyecto de mayo de 2016 con media sanción en el Senado de la Nación denominado Sistema de Ahorro para el fomento de la inversión en viviendas casa de ahorro (UVI)”.

Despacho

El principio de especialidad

1. El principio de especialidad en cuanto al crédito en los derechos reales constituidos en garantía de créditos determinados se cumple con la expresión de los sujetos, el objeto y su causa en el contrato constitutivo.

2. El principio de especialidad en cuanto al crédito en los derechos reales constituidos en garantía de créditos indeterminados, se cumple con la expresión del monto máximo del gravamen y un plazo que no puede superar los diez años.

Monto

3. *Monto del gravamen:* El monto del gravamen es un requisito esencial en los derechos reales de garantía. Según el art. 2189 CCyC “el monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero”. Sin perjuicio de ello, en caso de defecto en el cumplimiento de este requisito, es posible fundar la validez en el art. 2190 CCyC que admite que sea posible integrarlo con algunos de los elementos que surgen del acto constitutivo.

4. *Monto de la garantía:* En el sistema actual se correlacionan con criterio razonable las disposiciones de los arts. 2187, 2189 (modificado por la Ley 27.271) y 2193 CCyC.

4.a) Tratándose de créditos determinados la cuantía del gravamen se estima inicialmente, pero la garantía real no solo cubre el capital adeudado sino además los intereses posteriores y los daños y costas que provoca el incumplimiento.

4.b) En cambio, en los créditos indeterminados la estimación del gravamen es igual al monto máximo garantizado por el derecho real, ya que el montante originario, lo es “en todo concepto”; es decir que no podrá ser excedido aunque la acreencia, por el devenir de distintas circunstancias posteriores a su constitución, resulte superior a la cuantía del gravamen.

INFORMACIONES

Obligaciones en moneda extranjera

5) Moneda y dinero son conceptos equivalentes. La moneda extranjera no está privada de su condición dineraria. Es dinero o moneda aunque no tenga curso legal en nuestro país.

Las garantías constituidas en moneda extranjera son plenamente válidas en el ordenamiento argentino y cumplen con el principio de especialidad.

La directiva legal del art. 765 CCyC es facultativa para las partes. Ratificamos la conclusión de la XXV Jornada Nacional de Derecho Civil: "La facultad de pago en moneda nacional puede renunciarse, por ser la norma dispositiva".

Créditos ajustables

6) Los créditos regulados por la Ley 27.271 (Uvis) y la resolución del BCRA N° A 6069 (UVA), cumplen con el principio de especialidad en cuanto al crédito y el monto originario es ajustable. La normativa citada excluye a estas operatorias de las prohibiciones de pactar cláusulas de ajuste que surgen de los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928 y sus modificatorias, y del art. 766 del CCyC.

7) Plazo art. 2189 CCyC.

7.a) En los derechos reales de garantía de créditos indeterminados, el plazo al que se sujetan, indica la fecha hasta la cual pueden nacer los créditos cubiertos por la garantía real, hasta su efectivo cumplimiento.

7.b) Los derechos reales de garantía de créditos determinados no tienen plazo. Subsisten mientras esté pendiente de cumplimiento la obligación garantizada.

II) Art. 2210 CCyC. El plazo de la hipoteca y las cuestiones de derecho transitorio

8) Debe aplicarse el plazo de caducidad registral de veinte (20) años para las hipotecas que al 15 de septiembre de 2016 hubieran cumplido ese plazo desde su inscripción o toma de razón.

9) El nuevo plazo de treinta y cinco (35) años se aplicará a las hipotecas inscriptas a partir del 15 de septiembre de 2016.

10) Respecto a las hipotecas inscriptas antes del 15 de septiembre de 2016 pero que a esa fecha no hubieran cumplido el plazo de caducidad de 20 años, se plantearon dos posturas:

10.a) Primera postura: debe aplicarse el plazo de caducidad registral de veinte (20) años.

Fundamentos

- la interpretación armónica del art. 7 CCyC, primera parte, en concordancia con los arts. 1 y 2 del mismo cuerpo legal.

- el art. 2210 CCyC debe ser analizado a la luz de las normas aplicables a los contratos de consumo, es decir en el sentido más favorable al consumidor, quien es, en definitiva, el tomador del crédito que da origen a la hipoteca.

- la posibilidad del acreedor de solicitar la reinscripción de la hipoteca antes del vencimiento del plazo si el crédito no ha sido cancelado.

10.b) Segunda postura: corresponderá aplicar el plazo de treinta y cinco (35) años para considerar caducas estas hipotecas.

Fundamentos

- El plazo de caducidad debe entenderse como una consecuencia no agotada en el tiempo, según lo dispuesto por el art. 7 CCyC.

- La aplicación de la nueva ley a los efectos de situaciones jurídicas existentes no es retroactividad, en los términos de la citada norma.

- No es de aplicación el art. 2537 CCyC: "Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior", ya que prescripción y caducidad no son conceptos sinónimos y no es posible extenderlo analógicamente a la caducidad porque es una norma de excepción al art. 7.

- El tiempo, actuando como hecho generador, solo produce efectos cuando se han completado íntegramente los plazos. Si ello no ha ocurrido y sobreviene una ley que modifica el plazo, dicho elemento queda atrapado por la nueva normativa, salvo que exista una norma especial que sustraiga la materia de la aplicación de la norma general.

INFORMACIONES

10.c) Propuesta en común. De *lege ferenda*, se recomienda que en una futura reforma legislativa se incorpore una disposición de carácter transitorio que establezca la aplicación de la ley en el tiempo con relación al art. 2210 CCyC.

De esta manera se garantizará la seguridad jurídica de los actos notariales y la publicidad registral de los derechos reales de garantía.

- Se sugiere también que dicha recomendación se adopte en cada modificación de plazo legal.

III) Hipoteca de parte indivisa

11) El art. 2207 CCyC revitaliza la figura de la hipoteca sobre parte indivisa, superando la norma velezana.

12) El condómino puede gravar con hipoteca su parte indivisa sin requerir para ello el consentimiento de los restantes condóminos.

13) La normativa vigente elimina las inseguridades que generaba su antecedente al disponer que la partición del condominio sobre el bien gravado no es oponible al acreedor hipotecario de parte indivisa, si no prestó su consentimiento expreso con esa división.

14) La partición tendrá efecto declarativo excepto para el acreedor hipotecario que podrá perseguir el cobro de su crédito con todo el respaldo de la garantía inicial, aún cuando el adjudicatario no fuera ya el hipotecante.

IV) Hipoteca de superficie

15) Es posible hipotecar la propiedad superficiaria y también el derecho real de superficie (conf. arts. 2120, 2188 y 2206 del CCyC); para cumplir con el principio de especialidad en cuanto al objeto en este último caso, lo que debe individualizarse es el derecho real de superficie, sin perjuicio de establecer adecuadamente el objeto de este último, que sí será el inmueble.

16) En todos los casos de extinción del derecho real de superficie la hipoteca subsiste hasta el cumplimiento del plazo convencionalmente fijado en el contrato constitutivo del mismo.

17) El derecho real de hipoteca constituido sobre el derecho de plantar, forestar o construir, se subroga, por imperio del art. 2194 CCyC, a las plantaciones o construcciones luego erigidas, sin necesidad de otorgar ningún acto complementario.

Tema III: UNIONES CONVIVENCIALES

Coordinadores nacionales: Julio César Capparelli
Federico Jorge Panero (h)

Autoridades Comisión: Julio César Capparelli
Federico Jorge Panero (h)
María de las Mercedes Palmieri

Comisión redactora: Julio César Capparelli; Federico Jorge Panero (h);
María de las Mercedes Palmieri; María del Rosario
Llorens Rocha; Luis Manassero Vilar; Karina Va
nesa Salierno; María Virginia Terk

Relatora: María Virginia Terk

CONCLUSIONES

1. El CCyC reconoce, receptando el mandato constitucional de protección integral de la familia, a las situaciones jurídicas de la convivencia y la unión convivencial.

Entre ambas existe una relación de género a especie, recibiendo la unión convivencial una regulación específica en los veinte artículos que componen el Título III del Libro Segundo del CCyC.

En materia de instrumentos públicos y testamentos (arts. 291, 295, 2481), en resguardo del esencial principio de imparcialidad establecido en defensa del interés público y manteniendo un criterio objetivo, debe entenderse que la prohibición de actuación alcanza a los integrantes de la unión convivencial caracterizada en el art. 510 del Código.

INFORMACIONES

Respecto de las restantes normas del Código que mencionan la figura del conviviente (arts. 33, 59, 61, 67, 672, 718, 719, 744, 2436, entre otros), se impone un análisis de cada supuesto conforme los criterios de interpretación que establece el art. 2 del CCyC y el interés jurídico tutelado.

2. No es necesario el cumplimiento de los requisitos de los incisos a) (mayoría de edad) y d) (ausencia de impedimento de ligamen u otra convivencia registrada) del art. 510 CCyC para el inicio del cómputo del plazo de dos años del inciso e) del mismo artículo.

3. El art. 305 inciso b) del CCyC reproduce la obligación de consignar el “estado de familia” de los comparecientes al acto notarial y no importa, en general, un cambio significativo respecto de la regulación derogada.

En ejercicio de la labor de asesoramiento e interpretación de la voluntad de los requirentes, el notario consignará, además del estado civil de soltero, divorciado o viudo, la situación de conviviente, sólo cuando esta mención sea jurídicamente relevante.

No constituye obligación del notario consignarlo en todos los actos notariales.

No genera responsabilidad toda vez que tanto el estado civil, como el domicilio y la relación de vecindad, bajo la regulación del Código derogado, son manifestaciones de las partes no amparadas por la fe pública.

4. La existencia de la unión convivencial puede ser acreditada por acta notarial.

Las actas notariales otorgadas bajo la vigencia del Código anterior, poseen eficacia probatoria para tener acreditada la unión en los términos de la legislación actualmente vigente.

El notario tiene plenas facultades, mediante apoderamiento expreso, para registrar la unión convivencial en el Registro de Uniones Convivenciales que corresponda a cada jurisdicción local.

5. Asentimiento convivencial. La protección que brinda el art. 522 CCyC exigiendo el asentimiento convivencial para actos de disposición de la vivienda familiar, únicamente comprende a las uniones convivenciales inscriptas en el Registro que corresponda a la jurisdicción local indicado en el art. 511 CCyC.

No se requiere asentimiento convivencial para disponer de la vivienda familiar en caso de cese de la convivencia inscripta por cualquiera de las causas establecidas por el art. 523 CCyC, que deberán acreditarse por medio fehaciente.

Existiendo publicidad cartular de la existencia de la unión convivencial, el notario debe calificar la procedencia del asentimiento. La declaración del conviviente titular en el sentido de que la unión convivencial no se encuentra inscripta será manifestación suficiente para dar cumplimiento con el art. 522 CCyC.

El plazo de caducidad de la acción de nulidad relativa por ausencia de asentimiento comienza a contarse desde la entrega de la posesión o desde la inscripción registral del inmueble a nombre del adquirente, lo que ocurra primero.

La obligación de otorgar asentimiento convivencial para actos de disposición de determinados bienes registrables puede acordarse en el pacto de convivencia.

6. Pactos de convivencia. Los pactos de convivencia deben ser formalizados por escrito (art. 513 CCyC). Aquellos que tengan por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrables, deben ser formalizados por escritura pública y, para su oponibilidad a terceros, deben inscribirse conforme lo indica el art. 517 CCyC.

En el marco de la autonomía de la voluntad, los convivientes pueden pactar con la mayor amplitud de contenidos la regulación de su convivencia, tanto en aspectos patrimoniales como extrapatrimoniales, reconociendo como límite el conjunto de normas que se encuentran consagradas en el régimen primario indisponible (arts. 519, 520, 521 y 522 CCyC).

Pueden formalizarse tanto antes del inicio de la convivencia, como durante su existencia, mientras no haya cesado.

A través del pacto convivencial los integrantes de la unión pueden convenir libremente el régimen especial de administración y disposición de los bienes. Pueden establecer, entre otros, un régimen de comunidad de bienes e intereses siempre que se respete el principio de igualdad y basada en el esfuerzo en común, siendo causa suficiente para una futura adjudicación de estos bienes en caso de cese de la unión.

INFORMACIONES

Podrán integrarse con poderes redactados con las previsiones del art. 1330 CCyC, con la finalidad de que el conviviente supérstite pueda transferir a su favor los bienes que se le reconocen en caso de cese.

La circulación de títulos sobre inmuebles provenientes del cese de la unión convivencial tiene causa en adjudicaciones por ejecución de pactos de convivencias inscriptos y previos a su extinción. Si el pacto es simultáneo o posterior al cese o tiene su origen en un contrato de transacción o dación en pago por reconocimiento de una compensación convencional, la causa es una transmisión onerosa por monto determinado o indeterminado.

7. Compensación económica. La compensación económica contemplada en los arts. 524 y 525 CCyC procede ante cualquier causa de cese de la unión convivencial de los contemplados en el art. 523 CCyC y es acumulable a la acción por enriquecimiento sin causa, a la acción por interposición de personas u a otras acciones que pudieren corresponder en los términos del art. 528 CCyC.

El usufructo de bienes determinados puede extenderse por un plazo mayor a la duración de la unión convivencial.

Cuando los convivientes contraen nupcias entre sí, el plazo de caducidad de la compensación comienza al disolverse el matrimonio, debiendo entenderse la "finalización de la convivencia" del art. 528 CCyC *in fine*, como cese del proyecto común. Por ende, se tomará todo el período de duración de la unión convivencial y el matrimonio para la determinación de la admisibilidad y el *quantum* de la compensación.

En el marco del pacto de convivencia, es válida la renuncia anticipada a la compensación económica, por entenderse que se trata de un derecho disponible y sin perjuicio de que sea revisable ante un cambio de las circunstancias.

8. Atribución del uso de la vivienda. Mediante pacto, puede ampliarse el plazo de dos años establecido en el art. 526 CCyC para la atribución de la vivienda familiar en caso de cese.

9. Recomendación. El reconocimiento expreso de las uniones convivenciales en el actual Código Civil y Comercial de la Nación representa un notable desafío para el notariado argentino. La regulación de esta situación jurídica con los amplios alcances que permite nuestro ordenamiento, previo una profunda y precisa labor de asesoramiento y obrando con imparcialidad, permite potencialmente reducir sensiblemente los conflictos emergentes de este nuevo estado de familia, contribuyendo a consolidar la paz social.

Se insta a todos los colegios notariales del país a emprender y mantener en el tiempo, en forma institucional y a través de cada uno de los notarios del país, una constante tarea de difusión y docencia respecto de los beneficios que para toda la población resultan de la incorporación de esta figura.

10. De lege ferenda. Se recomienda la creación de un registro nacional especial único y de acceso a través de plataforma digital a nivel nacional, con delegaciones locales encargadas de la recepción y expedición de los documentos pertinentes, gestionado por el Notariado.

Tema IV: NULIDADES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Coordinadores nacionales: Néstor D. Lamber

Gastón A. Zavala

Secretaria:

Anahí Carrascosa

Comisión redactora: Anahí Carrascosa (Mendoza); Néstor D. Lamber (Pcia. de Buenos Aires); Augusto P. Mariño Galasso (Pcia. de Buenos Aires); Alberto M. Miguens (CABA); Augusto L. Piccon (Córdoba); Karina V. Salierno (Pcia. de Buenos Aires); Gastón A. Zavala (Río Negro)

Relator:

Augusto P. Mariño Galasso

CONCLUSIONES

Actos nulos. Declaración de nulidad

Los actos jurídicos con defectos estructurales son ineficaces por su invalidez, aunque no hayan sido declarados tales por una sentencia.

La sentencia de nulidad es declarativa y requiere sustanciación previa.

Las partes mediante la intervención del escribano pueden subsanar los actos viciados de nulidad cuando el vicio es ostensible.

INFORMACIONES

Nulidad absoluta y relativa. Interés general

La nulidad absoluta se establece en protección del interés general, que no se identifica con el concepto de orden público. La nulidad relativa se fundamenta en la protección del interés de personas determinadas.

Nulidades instrumentales

En caso de que un instrumento público contenga más de un acto jurídico, separables entre sí, la declaración judicial de nulidad por vicio formal de la escritura pública puede referirse a los efectos propios de alguno de ellos, manteniendo la validez de los restantes contenidos en el documento notarial.

Nulidad del art. 291 CCyC

El art. 291 CCyC prescribe una invalidez tasada fundada en la garantía de la imparcialidad del funcionario público frente a la sociedad, que es de carácter absoluta. De ser ostensible debe subsanarse por los medios previstos para los actos con vicios que generan nulidad absoluta, como por ej. la reproducción del acto, declaración judicial de certeza.

Subsanación del acto nulo

El sistema jurídico reconoce un modelo normativo de convalidación donde los mecanismos subsanatorios son establecidos por la norma de fondo a los efectos de restablecer su equilibrio.

Ante un acto con vicios ostensibles causales de nulidad, el notario requerido para subsanarlo está legitimado por el principio de prevención del daño (art. 1710 CCyC) para verificar, interpretar, asesorar sobre el acto y confeccionar los documentos convenientes para asegurar la eficacia de los actos jurídicos, aún sin sentencia de nulidad.

Convalidación del derecho real

Con independencia de la nulidad absoluta o relativa del título, la convalidación del derecho real se produce por una nueva causa de adquisición (art. 1885 CCyC); por ejemplo, el transcurso del tiempo, la adquisición por causa de muerte.

Se convalida el derecho y no el acto causal. No requiere la formalización de un acto jurídico en sí mismo; es el saneamiento *ipso iure* de la ineficacia del acto inválido.

La posesión con ánimo de dueño sobre inmuebles, fundada en título suficiente, insuficiente, justo título o aparente del dominio, y no controvertido durante el plazo de prescripción adquisitiva, importa la subsanación del derecho real objeto del título transcurrido este plazo.

XXIX ENCUENTRO NACIONAL DEL NOTARIADO NOVEL

Corrientes
8 al 10 de noviembre de 2018

Tema I: NUEVOS DESAFÍOS DE LA FUNCIÓN NOTARIAL. NUEVAS TECNOLOGÍAS

Coordinadoras: Valeria Virginia Calabrese
Flavia Daiana Hurt

Comisión redactora: Pedro Facundo Sáenz; Pedro Eguiazu; Lucía Pujol;
Laura Abecasis; María Eugenia Gueret; Marcelo
Javier Quispe; Christian Abdenur Vidoni; Cristian
Alfredo Giaigischia; María Soledad Masi;
Antonella Fabiana Scaramella; Lucía Inés Brambilla;
Luciana Rivera; Lucía Belén Coria; Alejandro Morales
Borelli; Pablo Nicolás Ahumada; Axel De La Mata;
Francisco Valero y Andrés Esteban Sabelli

Relatores: Lucía Inés Brambilla
Axel De La Mata

CONCLUSIONES

Luego de la labor llevada a cabo en Comisión por el cual fueron expuestos los trabajos, en el marco la Comisión redactora del Tema I, se realizó el debate

INFORMACIONES

de las ponencias en un clima de respeto y amistad, llegando a las siguientes conclusiones por unanimidad:

Los notarios, como profesionales del derecho deben capacitarse y actualizarse para incorporar nuevas incumbencias y nuevas tecnologías al quehacer diario, en retribución al compromiso indeleble asumido con la sociedad a la que pertenece y que le otorga su razón de ser.

I) NUEVAS INCUMBENCIAS NOTARIALES

A) Jurisdicción voluntaria

1. El notariado de tipo latino reúne las condiciones morales, técnicas y jurídicas necesarias para asumir las funciones englobadas tradicionalmente dentro del concepto de jurisdicción voluntaria caracterizada por la ausencia de conflicto.

2. Asignar al notariado, competencia en asuntos no contenciosos contribuirá a descomprimir la tarea de los órganos estatales, brindando a la comunidad una herramienta menos costosa, más rápida y eficiente para la concreción de sus derechos, dando celeridad a las actividades que se realizan en el tráfico jurídico.

3. Se recomienda que la incumbencia notarial en asuntos no contenciosos sea de acogimiento optativo, coexistiendo con el régimen vigente en la actualidad.

4. La incorporación de nuevas incumbencias al ámbito notarial no es necesariamente en detrimento de la participación de otros profesionales del derecho, en los casos que correspondiere.

5. Empleando como medios técnicos las escrituras y las actas notariales el fedatario público del sistema notarial latino puede autenticar y legitimar un gran cúmulo de actos voluntarios no litigiosos.

6. Se insta al Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación y a todos los colegios notariales a continuar con las tratativas a los efectos de lograr las reformas legislativas necesarias.

A.1) Matrimonio

1. Darle esta nueva incumbencia al notario conlleva un asesoramiento integral, acabado y personalizado en cuanto a los derechos y obligaciones que implica el acto, dada su calidad de profesional del derecho a cargo de una función pública, con conocimientos específicos y profundos de la legislación y con competencia para intervenir en cuestiones previas y posteriores a la celebración del matrimonio.

A.2) Divorcio

1. Admitir la disolución del matrimonio por mutuo acuerdo resalta la naturaleza contractual del mismo, ámbito dentro del cual el notario es el profesional más idóneo a los fines de redactar el instrumento.

2. Incorporar esta incumbencia a la función sería realzar la intervención que, desde la legislación vigente, se le da al notario en lo relativo a las cuestiones patrimoniales y personales derivadas del matrimonio.

3. Se insta la modificación de los arts. 435, 437, 438 y 480 del CCyC.

A.3) Sucesión

1. El trámite de la sucesión en sede notarial es uno de los que más se beneficia con las ventajas de la intervención notarial.

2. Se insta la modificación de los arts. 2337, 2338 y 2339 del CCyC, de tal forma que, siendo los herederos capaces y mayores de edad, puedan optar como en la partición, el método a emplear para la declaración de herederos.

A.4) Usucapión

1. El notario puede intervenir, como auxiliar de justicia, durante la etapa probatoria de un proceso de usucapión mediante actas de notoriedad y de constatación a instancias del requirente y su abogado, para luego ser presentada en sede judicial.

INFORMACIONES

B) Mediación

1. La función del notario en la mediación surge con fuerza por contar con un perfil idóneo, no solo por su formación preventiva del litigio sino en virtud de que su función se basa en principios coincidentes con los requeridos en la mediación.

2. Se insta a promover la capacitación permanente de los notarios en este campo y a la creación de centros de mediación en los colegios que no lo tienen.

3. El acuerdo arribado durante el proceso de mediación debe ser elevado a escritura pública para darle fuerza ejecutiva.

4. Se sugiere la incorporación de la "cláusula de mediación" en los contratos con el objeto de que las partes acuerden someterse a una mediación y así dirimir el conflicto como forma de promocionar la herramienta.

5. Se insta modificar la Ley Nacional de Mediación 26.589, en su art. 11 inciso "a", con el fin de incorporar al notario como partícipe en la mediación obligatoria prejudicial.

II. DOCUMENTO NOTARIAL DIGITAL

Concepto

1. Conceptualizamos al documento notarial digital como el instrumento público, autorizado a requerimiento de parte interesada, por un escribano público, en ejercicio de su función fedataria, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley en soporte digital.

2. No nos encontramos ante una nueva clase de documento, sino ante un nuevo soporte, siendo esta la única diferencia existente entre ambos conceptos.

Inmaterialidad del documento digital notarial

3. El soporte digital no garantiza una mayor seguridad jurídica que el so-

porte papel. Debe ser entendido, en cambio, como una herramienta más a disposición del notariado.

4. El documento notarial digital consiste en una expresión del pensamiento humano. El término "digital" no equivale a "inmaterial", debido a que la creación de aquél requiere de elementos necesariamente materiales.

5. En el documento digital, el requisito de la materialidad pasa a ocupar un segundo plano, lo que no implica negar su existencia.

6. El soporte digital debe coexistir en conjunto con el soporte papel.

La grafía

7. Históricamente, la forma escrita ha sido el modo de expresión del pensamiento humano y la manera de preservarlo. Sin embargo, podríamos considerar que, en un futuro, con el avance de los medios tecnológicos y la seguridad informática respaldada por la seguridad jurídica, no sea la única. Para ello, serán necesarias las reformas legislativas correspondientes.

Integridad y custodia del documento

8. La digitalización avanza en pos de la despapelización y la desburocratización, pero para ello la infraestructura tecnológica debe garantizar el resguardo de la información y estar bajo la custodia de las provincias o de los colegios notariales, conforme lo reglamentado en las jurisdicciones locales.

Recepción legislativa

9. Para poder comprender adónde se dirige el futuro de la función notarial y tomar decisiones, es necesario partir del pasado y analizar el presente. Todo cambio legislativo se produce en un contexto histórico único, por ello es indispensable promover el dictado de legislación pertinente para adecuar la actividad notarial a los avances tecnológicos y viceversa.

10. Se recomienda a los colegios notariales unificar criterios al momento de regular la aplicación del documento digital notarial.

INFORMACIONES

11. Una actitud de pretendida prudencia que disfrace la intención de obstaculizar el avance tecnológico hacia la digitalización en el ámbito notarial, no hará más que entorpecer el camino evolutivo.

12. La expresión “de puño y letra” contenida en el art. 305 inciso e del CCyC, perdería relevancia ante la utilización del protocolo notarial digital.

Unidad de acto y principio de intermediación

13. Para garantizar la seguridad jurídica y la autenticidad de la misma que otorga la intervención del profesional, la utilización de la firma digital de los particulares para el otorgamiento de un acto en sede notarial, debe ser en presencia del notario.

14. Los procedimientos de conformación y autenticación que hace el notario en ejercicio de su función no se cumplen al cotejar la titularidad de un certificado digital. La sola firma digital no dota al instrumento autorizado por aquél de fe pública y de seguridad jurídica.

Circulación electrónica

15. Si bien lo que se pretende es agilizar los procedimientos y desburocratizar las gestiones, no podemos poner la celeridad como valor primordial por encima de la seguridad jurídica, arriesgando la solidez del sistema público y privado.

Seguridad informática y seguridad jurídica

16. La seguridad informática no brinda certeza sobre la persona del firmante, ni de su capacidad, legitimación o voluntad; sino que avala la procedencia del instrumento y la inalterabilidad del mismo desde el emisor firmante hasta el receptor.

Modernización de los organismos estatales

17. La revolución tecnológica no es en sí misma un fin, sino un medio. Por ello, para prestar un mejor servicio notarial, es necesaria la modernización de los organismos estatales que acompañen los cambios de soporte en el ejercicio de

nuestra función.

18. A los fines de una utilización de forma segura y correcta de la firma digital por parte del notario, se deben desarrollar plataformas digitales, buscando la estandarización del sistema y su aplicación a nivel nacional, teniendo especial intervención en ello el Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación.

III. FIRMA DIGITAL

Consecuencias y efectos

1. La firma digital es una herramienta que debe entenderse a favor y como un aliado del escribano en su función, el que provisto de la fe pública dota de seguridad jurídica a los documentos.

2. Si bien la firma digital tiene los mismos efectos que la ológrafa, no garantiza la identidad, capacidad y consentimiento del firmante.

3. La firma digital y la infraestructura que tiene planteada la Ley 25.506 y su decreto reglamentario, debe ser llevada a nuestras escribanías ya que somos lo notarios quienes debemos impulsar su aplicación. No hay, en esta instancia, posibilidad de revisión, la legislación existe y se aplica.

4. La firma digital tiene, en la actualidad, su reconociendo legislativo: debemos partir por admitir su existencia y considerar los efectos jurídicos que las legislaciones le atribuyen. Una actitud contraria provocará eventualmente un verdadero reemplazo o extinción de la función notarial, quedándonos afuera del sistema que se aplica. La adaptación es necesaria, la claudicación inadmisibles.

5. El valor jurídico que la ley le otorga a la firma digital tiene su basamento en las presunciones legales de autoría e integridad del documento firmado digitalmente y en la existencia de una infraestructura informática que otorgue seguridad y garantice la inalterabilidad del instrumento digital. No obstante, carece de seguridad jurídica.

6. La firma de las partes, tanto ológrafa como digital, es suficiente para la validez de un instrumento privado, pero carece de autenticidad ya que para ello es necesario la certificación de las mismas por escribano público.

INFORMACIONES

7. Es necesario diferenciar los conceptos de autoría y de autenticidad, entendiendo a esta última como un resultado de aplicación de la fe pública que conlleva a la seguridad jurídica. Por ello, no puede equipararse la presunción de autoría establecida en la Ley 25.506 al proceso intelectual que hace el notario al autenticar una firma.

Inversión de la carga de la prueba

8. Si bien la firma digital equivale a una firma ológrafa, en la primera se produce una inversión de la carga de la prueba en cabeza del titular del certificado digital que pretenda desconocerla.

Tema II: RÉGIMEN ASOCIATIVO COMO HERRAMIENTA PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO

Coordinadores: Leopoldo M. Panizza
Vanina Perron

Comisión redactora: Verónica Alberio; Mariano Aracena Ruzycki; María Julieta Araya; Berenice Guadalupe Bisogni; Gustavo Alejandro Boccolini; Alejandra Agostina Díaz Jalaf; Enzo Fabián Galleguillo; Leandro Damián Gómez; María de los Milagros González Cabaña; Natalia Isla; Cristina Walquiria Franco; Gisela Jaquelin; Agostina Mancinelli; Cecilia Belén Novoa; María Claudia Padró; Celina Natalia Paifer; María Cecilia Pianesi; Santiago Pinto; Lisa Natalia Rodríguez; Alejandra Eugenia Romero; Franco Spaccasassi Ormaechea; Carlos Aníbal Vega y María Antonella Yacopino

Relatores: Franco Spaccasassi Ormaechea
Natalia Isla

CONCLUSIONES

Luego de la labor llevada a cabo en Comisión por el cual fueron expuestos los trabajos de referencia, en el marco la Comisión redactora del tema II, se realizó el debate de las ponencias en un clima de respeto y amistad, llegando a las siguientes conclusiones por unanimidad:

Sociedad por acciones simplificada (SAS)

1. La SAS se presenta como un nuevo tipo societario, que cambia los paradigmas actuales del derecho societario argentino, predominando la autonomía de la voluntad y la flexibilidad de contenido, permitiendo una mayor libertad a los socios para autorregularse.

2. El modelo tipo implementado por las diversas jurisdicciones locales, a efectos de realizar la inscripción de las SAS en 24 horas, atenta contra el principio de autonomía de la voluntad de las partes que lo suscriben y perseguida por el espíritu de la norma. En cuanto a esto, nos remitimos a lo concluido en el *XIX Congreso Nacional de Derecho Registral*, celebrado en la ciudad de Mar del Plata los días 5 al 7 de octubre de 2017, que transcribimos seguidamente. "7. Recomendamos y proponemos a los profesionales el diseño de instrumentos constitutivos en los cuales la autonomía de la voluntad tenga especial preponderancia en relación al caso en particular y se prevean en tales instrumentos en forma pormenorizada, situaciones expresamente no contempladas en la Ley 27.349".

3. Se sugiere la incorporación en el instrumento constitutivo de sistemas de resolución no adversariales de disputas, previendo de forma clara y sin ambigüedades los casos a implementarse a fin de evitar la judicialización de las mismas.

4. Teniendo en cuenta la importancia que tiene la empresa familiar dentro de la economía de nuestro país, las SAS se presentan como una de las figuras que más ventajas otorgan para su estructuración.

5. La constitución por medios digitales de las SAS requiere que todos los

INFORMACIONES

socios firmen digitalmente en los términos del art. 2 de la Ley 25.506, no siendo suficiente la utilización de la firma electrónica. La firma digital sin el debido control de la prestación válida del consentimiento por un oficial público no garantiza la seguridad jurídica. Al respecto nos remitimos a lo establecido en la *40 Jornada Notarial Bonaerense, Necochea, 8 al 11 de noviembre de 2017*, que transcribimos seguidamente “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”.

6. Teniendo en cuenta lo previsto por el art. 35 de la Ley 27.349, la certificación de firmas bancaria no cumple con los requisitos exigidos por el ordenamiento normativo en cuanto a la fe pública que debe emanar de dicho acto.

Mutuales y cooperativas

7. Ha quedado en evidencia la importancia de las mutuales y cooperativas como un fenómeno de cohesión social que contribuye de forma fundamental al desarrollo económico de diversas regiones a lo largo de nuestro país.

8. Observando lo establecido en el punto anterior, la tarea del Notario en su vinculación con las mutuales y cooperativas trasciende el ámbito jurídico y se proyecta a todos los aspectos de la vida de estas entidades: apoyo constante y asesoramiento integral, en miras al beneficio de todos sus integrantes.

9. Resulta importante generar espacios de vinculación y articulación entre las instituciones que integran el Notariado Argentino y los organismos públicos vinculados a las mutuales y cooperativas a fin de desarrollar políticas en conjunto.

Contratos asociativos / fideicomisos

10. Ha quedado asimismo en evidencia la importancia y utilidad de los contratos asociativos, regulados a partir del art. 1442 del Código Civil y Comercial de la Nación, en su aplicación a diversos negocios estratégicos. Son una herramienta fundamental que otorga grandes beneficios y disminuye costos.

11. El objeto del fideicomiso en garantía puede ser toda clase de bienes y cosas, siempre que estén en el comercio y sean susceptibles de valor económico. De esta manera se admite la utilización de activos que tradicionalmente no han sido objeto de garantías reales y personales clásicas. Cuando el objeto del contrato es de carácter divisible, el mismo puede ser integrado gradualmente.

12. En el mismo sentido que lo expresado precedentemente en la Conclusión número 3, se recomienda la incorporación en el instrumento constitutivo del fideicomiso, de sistemas de resolución no adversariales de disputas con el mismo alcance planteado.

13. Puede utilizarse la figura del fideicomiso como mecanismo para la regularización de títulos de asentamientos marginales irregulares. El fiduciante transfiere su derecho posesorio al fiduciario (Estado) para que éste a través del procedimiento previsto en la Ley 21.477 declare el dominio y luego lo transfiera al fiduciante beneficiario. En todo el procedimiento propuesto es menester la intervención del Notario para que fiscalice los expedientes administrativos y logre el objetivo expuesto.

14. Se aconseja mediante una modificación al Código Civil y Comercial de la Nación que se defina expresamente la admisión o prohibición respecto de la coincidencia de roles entre fiduciante y fiduciario.

Recomendación final

Teniendo en cuenta el impacto positivo en el desarrollo económico que demostraron tener todas las figuras asociativas previamente mencionadas, recomendamos:

- Dotar de mayor protagonismo a estas figuras dentro de los programas académicos de las carreras de abogacía y escribanía en todas las universidades del país.

- Diagramar por parte del Notariado, estrategias de formación, comunicación y difusión de estas herramientas jurídicas a efectos de expandir su aplica-

ción práctica.

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 1° / 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 Ballestrín; 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 2° / Susana SURACE

Comisión de Bancos

Presidente: Silvia Gabriela Giler
Miembros: Alejandro Nicolás Loyacono; Ignacio Fioramonti; Emmanuel Ojeda Georgieff; Juan Matías Morrone; Amalia Suhilar; Liliana 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

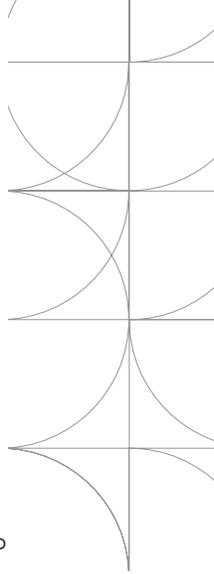
Asesoría Tributaria

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 Másboli;
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

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

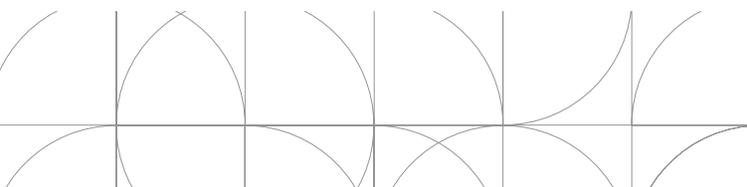
Presidente: Kelina Dinét López
Miembros: Gabriela Sabio; Hernán Itoiz; Ana
María Unchalo; María Victoria Casas; Patricia
Mónica Etchegoyen; Ariadna Florencia Eva
Torchia y Aníbal H. Espinosa Viale

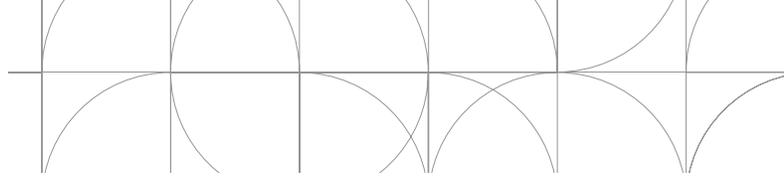
Biblioteca Jurídica Central "Dalmacio Vélez Sarsfield"

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

Departamento Comunicaciones

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 Vilhena; Pablo Hugo Migueles; Salvador Antonio Cocozza y Andrés Passeggi Aguerre

Comisión Especial Registral

Presidente: Diego Luciano Carbajal
Miembros: Carlos Ressa; 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

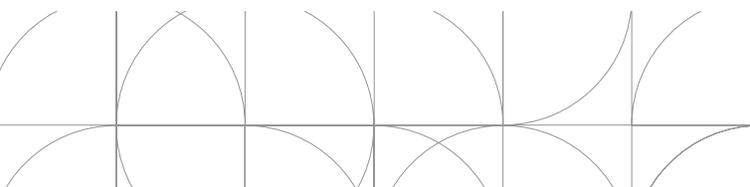
PROTESORERÍA / Eduardo Mario de Jesús RIVAROLA

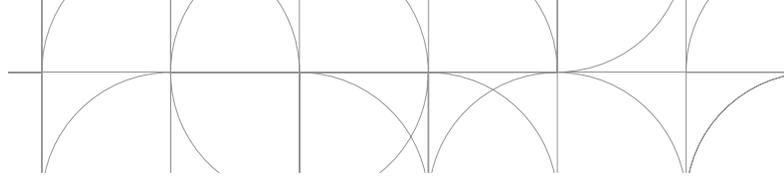
Comisión de Edificios

Presidente: Diego Leandro Molina
Miembros: Florencia Squirru; Daniela Villores; Rubén Horacio Arrambide; Gustavo Martín Cortari; 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. Solari 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:
Olga Haydée Arreseygor
Cuerpo de inspectores:
Juan Pablo Alegre, Ana María
Bucciarelli, Carlota Caracciolo, María
Cristina Catalano, Ramiro Hernán
Ceballos Depaoli, Francisco Alejo
Roberto Domínguez Journet(+).

Silvia Elena Doratti, Federico Ricardo
Gastaldi, Julieta Glaría, María Antonia
Maggi, Hilda Julia Manzanal, María
Rosa del Milagro Martín(+), Paula
Mariana Marello, Luis Alberto Milani,
Virginia Milani, Evangelina Moreno,
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
Máspoli

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 Goytisolo (†)

Aquiles Yorio (†)

Alberto Villalba Welsh (†)

Carlos Cossio (†)

Ángel Martínez Sarrión (†)

Mauro Cappelletti (†)

Manuel Fraga Iribarne (†)

Augusto Mario Morello (†)

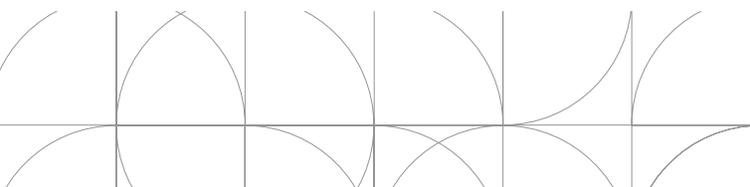
Eduardo M. Favier Dubois (P) (†)

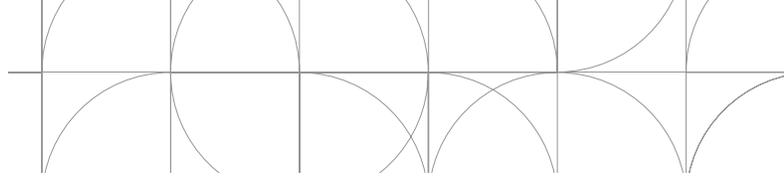
Jorge Horacio Alterini (†)

Luis Moisset de Espanés (†)

Félix A. Trigo Represas (†)

Sedes:
Avda. 51 N° 435
(B1900AVI) La Plata
Calle Guido 1841
(C1119AAA) Buenos Aires





Organismos con sede en el Colegio

TRIBUNAL NOTARIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Período 2016 - 2018

Presidente:

Víctor Adrián Stankievich

Miembros Titulares:

Rosa América Ciancio

Stella Maris Perdriel

Miembros Subrogantes:

Alicia Rosa Maida de Vaccaro (†)

Ana María Portela

Mónica Alcira Rivero de Navas

ASOCIACIÓN DE JUBILADOS Y PENSIONADOS NOTARIALES

Presidente: Rubén Darío Barriviera

Vicepresidente: Leyla Leonor Palumbo

Secretaría: Beatriz A. López Cafasso

Prosecretaría: Beatriz Gladys Castrillo

Tesorera: Ana María Unchalo

Protesorero: Rafael Alberto Nieves

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

Graciela 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 aparición
ininterrumpida al servicio del periodismo especializado

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

Segundo Accésit APTA-RIZZUTO año 2012 en la Categoría Tapas

Primer APTA - RIZZUTO año 2017/18 a la mejor Revista de Instituciones.

Impreso en el Taller de Producción Gráfica
del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires;
en el mes de febrero de 2020.

