

Mayo/Agosto/2023

995

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 Luján Lalanne

Nicolás Agustín Soligo Schuler

Marcela Haydée Tranchini de Di Marco

Marcelo Eduardo Urbaneja

Año 129- Av. 13 N° 770 (B1900TLG)

La Plata - Provincia de Buenos Aires - República Argentina



CONSEJO DIRECTIVO **2022/2024**

Presidente Diego Leandro Molina

Vicepresidente 1º Alicia Noemí Broccardo

Vicepresidente 2º Nelly Olga López

Secretaria de Gobierno Karen Maína Weiss

Secretario de Administración Patricio Rodolfo Villamayor

Secretaria de Relaciones Institucionales Carina Pérez Lozano

Secretaria de Asuntos Previsionales María Paula Velilla

Secretario de Aportes Andrés Martínez (h)

Tesorero Juan Manuel Area

Protesorera María Beatriz Aguirre

Consejeros

Marina Gabriela Arana	Carlos María Morello
Guillermo Borges	Mirta Gladys Negrelli
Zulma A. Dodda	Carlos Martín Pagni
Elba María de los Ángeles Frontini	Leandro Nicolás Posteraro Sánchez
Juan Manuel García	Claudio Federico Rosselli
Teresa María de los Milagros Gasparin	Karina Vanesa Salierno
María Silvina González Taboada	Mariano Ignacio Socin
Mariano Martín Guerra	Juan Miguel Tamborenea
Fernando Esteban Lagae	Federico Travascio
María Luján Alejandra Lalanne	María Inés Ursino
Pablo Hugo Migueles	

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
BAHÍA BLANCA	Santiago Francisco Oscar Scattolini Belgrano 252 - (B8000IJF) - Tels. (0291) 452-2953 / 453-9849
DOLORES	Francisco Eitel Barreto Peltzer Buenos Aires 536 - (7100) - Tel. (02245) 44-7699
JUNÍN	Sebastián Justo Cosola General Paz 28 - (B6000FKB) - Tel. (0236) 443-2509
LA PLATA	Valeria Laura Pepe Calle 48 N° 716 - (B1900AND) - Tel. (0221) 482-9601
LOMAS DE ZAMORA	Diego Ariel Hollmann Avda. Meeks 420 - (B1832DEJ) - Tels. (011) 4244-1453 / 6403 / 6408
MAR DEL PLATA	Juan Pablo González Fortini Avda. Independencia 2190 - (B7600DIR) - Tels. (0223) 493-6612 / 495-3649
MERCEDES	Luis Felipe Basanta Calle 18 N° 730 e/ 29 y 31 - (B6600HJT) - Tel. (02324) 42-4738
MORÓN	María del Pilar Llorens Rocha San Martín 283 - (B1708IHE) - Tels. (011) 4629-8658 / 4628-8243 / 4627-5093
NECOCHEA	Rosario Zabala Calle 65 N° 2755 - (B7630HLY) - Tel. (02262) 43-1482
NUEVE DE JULIO	Brígida Gloria Raffo Avda. Libertad 836 - (B6500EVV) - Tel. (02317) 42-2123
PERGAMINO	Alfredo Ceferino Troilo Marcos Leandro N. Alem 623 - (B2700LHM) - Tel. (02477) 42-3971
SAN ISIDRO	Ana Antonieta Lavecchia Chacabuco 484 - (B1642CHF) - Tels. (011) 4743-2052 / 3629
SAN MARTÍN	Viviana Beatriz Martínez Calle 91 (San Martín) N° 1834 - (B1650BEF) - Tels. (011) 4752-6132 / 4755-5630
SAN NICOLÁS	María Andrea Sánchez Negrete Calle de la Nación 219 - (B2900AAE) - Tel. (0336) 442-5821
TANDIL	Marcos María Badillo Gral. Martín Rodríguez 453 - (B7000AOI) - Tel. (0249) 442-5734
TRENQUE LAUQUEN	María Cristina García Avda. Leandro N. Alem 172 (B6400BBO) - Tel. (02392) 42-2105

Sumario 995

MAYO / AGOSTO / 2023

Editorial	281
 34 Jornada Notarial Argentina - Despachos	
Tema 1 "Planificación patrimonial familiar".	285
Tema 2 "El documento público digital y digitalización de los registros de bienes y de personas humanas y jurídicas"	299
Tema 3 "Partición".	305
Tema 4 "Afectación a vivienda familiar".	309
 Congresos y jornadas	
Reflexiones acerca del régimen de protección de la vivienda a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación Juan Andrés Bravo, Joaquín Andrés Rotundo y María Florencia Vicini Andión	315
 Posibles alternativas ante la falta de vocación sucesoria del conviviente Zulma A. Dodda y Natalia Martínez Dodda	349
 De la conservación y guarda de los documentos notariales digitales Anahí Carrascosa de Granata	389
 Planificación patrimonial y pacto de herencia futura. Caracteres. Formas de instrumentación y alcances María Cesaretti y Oscar Daniel Cesaretti	415
 La inoponibilidad del régimen de protección de la vivienda a garantías personales Eloísa Baca Martínez, Vanesa Paula Sepliarsky y María Magdalena Tato	439

La partición privada. Análisis del requisito de presencialidad:
su correlato legal y práctico
Santiago P. Reibestein y Sofía T. Scotti 455

Partición por los ascendientes. Bienes propios y gananciales
Lidia D. Lasagna 473

Técnica y práctica notarial

Aspectos prácticos de la ratificación y la confirmación como
mecanismos subsanatorios de la invalidez negocial
Martín Leandro Russo 493

Jurisprudencia

Nota a fallo
Incidencia de la liquidación y partición de la indivisión
postcomunitaria en la procedencia de la compensación económica
Carla Balducci 513

Resolución del Tribunal Notarial
Falta de ética. Publicidad exesiva 533

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

Editorial

La capacitación y el estudio permanente en pos de brindar un servicio de excelencia han sido siempre objetivos claros del notariado argentino.

Dichos valores han encontrado un espacio de trascendencia para manifestarse en las diferentes jornadas académicas que se realizan permanentemente en las diferentes demarcaciones de nuestro país.

Es en dicho contexto que, sin lugar a dudas, las jornadas notariales argentinas han logrado ganarse su propio espacio de relevancia, convocando edición tras edición a escribanos de todo el país para compartir conocimientos, debates e intercambiar experiencias que enriquecen a sus participantes y dejan su huella para el futuro.

En 2023, la ciudad de Mar del Plata fue sede de la 34 Jornada Notarial Argentina, organizada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires y convocada, como es habitual, por el Consejo Federal del Notariado Argentino.

La ocasión marcó el reencuentro de colegas de todo el país luego de la larga pausa impuesta por la pandemia y a cinco años de la Jornada realizada en San Carlos de Bariloche en 2018.

Como muestra del valor que dejó la 34 JNA basta con decir que la misma convocó a más de 500 escribanos y que se presentaron más de 70 trabajos doctrinarios que sirvieron de base para los debates y fueron oportunamente evaluados por el jurado convocado especialmente.

El temario, amplio y variado, abarcó aspectos que fueron desde la planificación patrimonial familiar al documento público digital y la digitalización de los registros de bienes y de personas humanas y jurídicas. También se debatió sobre partición y afectación a vivienda familiar.

Las obras premiadas por el jurado, todas ellas de un elevado nivel académico, así como las conclusiones de cada uno de los temas, forman parte de los contenidos de esta edición para que el lector pueda acceder a las

reflexiones elaboradas por el cuerpo notarial respecto a temas de indudable importancia para la función.

Desde este espacio enviamos nuestras felicitaciones a los autores distinguidos por su trabajo y renovamos el deseo de que todo el notariado continúe trabajando en la búsqueda de la excelencia por medio de la capacitación continua, en beneficio de la comunidad a la que presta su servicio.

Eduardo Gabriel Clusellas

Director

**Congresos
y jornadas.
Despachos**



34 Jornada Notarial Argentina

Tema 1

Planificación patrimonial familiar

Organización presente y futura de
la familia y la empresa a la luz del
principio de autonomía de
la voluntad

Autoridades:

Presidente: Karina Vanesa Salierno

Vicepresidente: Solange Jure Ramos

Secretario: Franco Spaccasassi Ormaechea

Delegados: Victoria Masri (Ciudad Autónoma de Buenos Aires); Claudia Marisa Loverá (Córdoba); María Mercedes Córdoba (Santa Fe); Natalia Martínez Dodda (Buenos Aires); Joaquina Córdoba Gandini (Catamarca); Melanie Lirio Conte (La Pampa); Silvia Parajón de Dalton (Tucumán); Mariana Andraos (Mendoza); Carlos Aníbal Vega (Entre Ríos); María Laura Fernández Ríos (Jujuy)

Comisión redactora: Victoria Masri, María Cesaretti, María Laura Lembo, Zulma Dodda, María Mercedes Córdoba, Marcela Spina, Natalia Martínez Dodda, Roberto Lucero Eseverri, Laura Trento, Franco Spaccasassi Ormaechea, Solange Jure Ramos y Karina Vanesa Salierno

Relator: Franco Spaccasassi Ormaechea

Despacho

VISTO:

Que en el Tema I de la XXXIV Jornada Notarial Argentina, se consideró la temática referida a la Planificación Patrimonial Familiar y desde el eje central de los principios generales del derecho, los tratados y convenciones de derechos humanos y el impacto de la autonomía de la voluntad en la determinación y elección de las herramientas e instrumentos jurídicos, se abordó la planificación patrimonial familiar y empresarial presente y futura,

Y CONSIDERANDO,

Que se presentaron veintiún trabajos que abordaron diversas herramientas vehículo de planificación familiar y empresarial, todos los cuales fueron defendidos y debatidos en el seno de la Comisión en un marco de respeto y clima de generación de conocimiento colaborativo,

La Comisión del Tema I de la XXXIV Jornada Notarial Argentina resuelve elevar a este Plenario el siguiente despacho:

- 1) PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES A LA PLANIFICACIÓN FAMILIAR. En el ordenamiento jurídico actual existe una tensión entre el orden público sucesorio y el reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad en relación a las normas del derecho de familia y al derecho sucesorio en virtud de lo establecido en los arts. 1 y 2 del CCyC y las modificaciones introducidas a partir de la unificación del derecho privado.

Unanimidad

2) LEGÍTIMA

- A) Se propone de *lege ferenda* respetar los lineamientos establecidos por la CN, los tratados y convenciones internacionales con raigambre constitucional y, en virtud de ello, otorgar la libertad de testar, limitada por la obligación alimentaria que el causante poseía en vida, con la consecuente supresión

del Título X del Libro V del CCyC y demás artículos relacionados y cctes., a fin de fortalecer la certeza de la circulación de los títulos y seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario.

Mayoría (La Pampa, Santa Fe, CABA, Jujuy, Entre Ríos, Buenos Aires y Mendoza)

- B) De *lege ferenda* resulta imperioso establecer una nueva reducción de las porciones legítimas, ampliando en consecuencia la porción de libre disponibilidad con base en la libertad y la autonomía de la voluntad.

Minoría (Catamarca y Córdoba)

- 3) DESHEREDACIÓN. Se propone de *lege ferenda*, reincorporar el instituto de la desheredación, como herramienta jurídica fundamental del testador para excluir al legitimario de su pretendida legítima.

Unanimidad

- 4) PERSPECTIVA DE GÉNERO. En cumplimiento de lo establecido en el art. 301 del CCyC, leyes notariales de cada jurisdicción y los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, el deber de asesoramiento notarial debe ser integral, atravesado por una visión de derechos humanos en general, y un plus a favor de las personas en situación de vulnerabilidad.

Mayoría (Mendoza, Buenos Aires, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa, Córdoba y Catamarca), en contra Santa Fe

- 5) INTERDISCIPLINA. La práctica de la planificación patrimonial familiar constituye un nuevo desafío profesional. Por ello, es importante que el asesoramiento integral del notario tenga en cuenta las diferentes disciplinas que colaboran y coadyuvan en el proceso de planificación familiar y empresarial.

Unanimidad

- 6) PATRIMONIO NATURAL Y CULTURAL Y PERSONAS NO HUMANAS.

- A) El concepto jurídico de familia se basa, entre otros principios, en la existencia de vínculos socioafectivos e incluye a las personas no humanas que conforman su núcleo de convivencia. El notario en su actuación profesional

puede aceptar requerimientos que incorporen en los actos de planificación patrimonial familiar a las personas no humanas.

Unanimidad, con reserva de la Provincia de Córdoba en los términos del artículo 23 del Reglamento.

- B) Dentro de la noción jurídica de patrimonio de la familia y de la empresa familiar se deben considerar tanto los bienes individuales como los de incidencia colectiva que conforman el patrimonio natural y cultural.

Unanimidad

7) VULNERABILIDAD.

- A) El envejecimiento activo y la perspectiva de derechos humanos de las personas adultas mayores es un nuevo paradigma y a la vez, junto con otros elementos, una excelente herramienta para diseñar e implementar acciones que valoricen y pongan en vigor el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

Unanimidad

- B) Las directivas anticipadas contenidas en un acto de autoprotección podrán ser utilizadas también como vehículo de planificación empresarial. Se insta la aprobación del proyecto de Ley de Autoprotección y Poderes Preventivos S-669/2022.

Unanimidad

8) PROTOCOLO FAMILIAR

- A) RETOS DE LA EMPRESA FAMILIAR. Resulta fundamental que los notarios acompañen a la empresa familiar en los retos que generan las transformaciones económicas y sociales en materia de tecnología e innovación, en el proceso de crecimiento, reinversión y adaptación a los cambios.

Unanimidad

- B) BIENES DIGITALES. Los protocolos familiares deberán incorporar bienes digitales y prever en su contenido el modo de instaurar mecanismos de protección del patrimonio familiar digital, como así también los métodos de su custodia y transmisión.

Unanimidad

- C) VALUACIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIETARIAS. Se recomienda la inclusión en los estatutos sociales o en el protocolo familiar de cláusulas que regulen métodos de valuación de las participaciones sociales, con el fin de prevenir conflictos futuros y asegurar así la continuidad de la empresa.

Unanimidad

9) PACTO DE HERENCIA FUTURA

- A) CARÁCTER – BIENES INCLUIDOS. El pacto previsto en el art. 1010 del CCyC tiene naturaleza contractual y puede incluir, además de los bienes afectados a una explotación productiva o participaciones societarias, otros bienes, incluso aquellos que no sean parte del acervo hereditario, es decir bienes de los legitimarios-beneficiarios a los efectos de la compensación entre los futuros herederos.

Unanimidad

- B) COMPLETITUD. Si bien resultaría recomendable que el pacto se encuentre acompañado de otros instrumentos complementarios conexos (como por ejemplo los pactos de sindicación de acciones, protocolo familiar, usufructo, donación, etc.), no resulta necesario para su eficacia.

Unanimidad

- C) EFECTOS SOBRE LA ADJUDICACIÓN PREFERENCIAL. En la oposición judicial efectuada por el legitimario a la atribución preferencial del establecimiento que constituye la unidad económica o de las participaciones societarias, si se ha respetado su legítima hereditaria, se deberá considerar y priorizar la voluntad del causante que surge del pacto de herencia futura, conforme lo establecido en el art. 2380 del CCyC.

Unanimidad

- D) VALUACIÓN DE LOS BIENES. Conforme la finalidad establecida en el segundo párrafo del art. 1010 del CCyC, si el pacto fue celebrado por todos los legitimarios y se fijaron en el mismo los valores de los bienes incluidos, la referida valuación deberá ser tomada en cuenta al momento de la partición.

Unanimidad

10) CONVENCIONES MATRIMONIALES

- A) Conforme lo establecido por los arts. 448 y 449 CCyC, las convenciones matrimoniales, celebradas antes y durante el matrimonio, deben formalizarse por escritura pública.

Unanimidad

- B) En caso de que la elección del régimen patrimonial matrimonial de separación de bienes hubiese sido formalizada mediante la declaración efectuada por los futuros contrayentes ante el oficial público del registro civil en los términos del art. 420 inc. j) CCyC, podrá subsanarse por ratificación por escritura pública.

Unanimidad

11) UNIONES CONVIVENCIALES

- A) PACTO CONVIVENCIAL. Si la extinción de la unión convivencial se produce por fallecimiento de uno de los convivientes, el pacto convivencial tendrá trazabilidad sucesoria, ya que el artículo 523 CCyC no distingue las causas del cese de la unión convivencial, en relación a las consecuencias y los efectos de lo establecido en el pacto.

Unanimidad

- B) El pacto convivencial no requiere forma testamentaria para tener eficacia sucesoria, considerando la causa del mismo. Si la referida causa fuera el reconocimiento de una compensación económica en los términos del art. 524 CCyC, o del esfuerzo común de ambos convivientes en la obtención de los bienes en los términos del art. 514 inc. c) CCyC, no se configura una liberalidad a favor del conviviente supérstite sino un derecho creditorio.

Mayoría, con abstención de Santa Fe

- C) En el supuesto de que se hubieren otorgado poderes con validez post mortem a los fines de la ejecución del pacto, el conviviente supérstite podrá, sin más trámite, ejecutar lo establecido en el pacto. Caso contrario, deberá presentarse en el expediente sucesorio y exigir su cumplimiento por los herederos del conviviente fallecido.

Unanimidad

- D) En caso de que los convivientes quisieran circunscribir la causa del pacto exclusivamente al caso de cese de la unión convivencial por fallecimiento, la forma testamentaria se impone por ser ésta una liberalidad.

Unanimidad

- E) Es válida la renuncia anticipada a la compensación económica, en el marco de un pacto convivencial en los límites del art. 515 CCyC. Sin embargo, en caso de modificación sobreviniente de las circunstancias que dieron origen a su renuncia, la misma podrá ser revisada judicialmente.

Mayoría (en contra Santa Fe)

- F) Lo dispuesto en el pacto convivencial, debidamente causado, respecto a la distribución de los bienes es una obligación asumida por el causante en vida, con naturaleza de derecho creditorio, que deberá ser respetada y cumplida por los herederos, en tanto solo queda pendiente la obligación de otorgar la respectiva escritura pública.

Unanimidad

- G) En el marco de un pacto convivencial podrían “flexibilizarse” las disposiciones contenidas en el art. 527 CCyC con relación a la atribución de la vivienda familiar, sea extendiendo el plazo o dejando de lado los requisitos para el acceso a ese derecho, así como las condiciones para su extinción.

Unanimidad

12) BIENES DIGITALES DE LA HERENCIA

- A) Los bienes digitales, sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial, pueden ser objeto de directivas digitales anticipadas o de un acto de última voluntad. Como consecuencia de las mismas podrían otorgarse poderes preventivos.

Unanimidad

- B) La escritura pública es el instrumento idóneo para formalizar este tipo de herramientas de planificación digital. Se promueve la expedición de copias o testimonios digitales que permitan una fluida interacción de los documentos notariales digitales con las plataformas y los prestadores de servicios digitales.

Unanimidad

- C) Se propone la utilización de la figura del albacea en los testamentos, a fin de actuar frente a prestadores de servicios digitales, sin necesidad de dejar asentadas por escrito las contraseñas con las complejas consecuencias que ello implica.

Unanimidad

- D) 1. El notario puede ser designado albacea en el testamento, aún cuando sea el mismo autorizante del acto, por no ser un caso en donde esté involucrado el interés personal en los términos del art. 291 CCyC.

Mayoría (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe, La Pampa, Tucumán, Entre Ríos y Jujuy)

2. El notario puede ser designado albacea en el testamento, en tanto no sea el autorizante del acto en virtud de lo establecido en el art. 291 CCyC.

Minoría (Buenos Aires, Mendoza y Catamarca)

- E) El contrato de fideicomiso testamentario como herramienta de planificación sucesoria es un medio idóneo cuando el testador posea criptoactivos en su patrimonio y existan herederos menores de edad, con capacidad restringida, discapacidad o con falta de conocimientos en la materia, ya que permite al testador designar a una persona de confianza e idónea para que administre los criptoactivos y entregue los beneficios del producido a los herederos, sin la necesidad de deshacerse de ellos y tener que perder los réditos que vienen generando.

Unanimidad

- F) Por vía testamentaria, las billeteras de recuperación social permiten planificar que los tutores en forma colaborativa generen una clave de acceso en caso de que el titular de la cuenta fallezca sin haber compartido la clave privada con sus herederos.

Unanimidad

- G) Las billeteras de recuperación social son una nueva figura que permite designar al notario como tutor institucional para garantizar la seguridad jurídica en la indentificación del titular que podrá requerir a los tutores la regeneración de la clave privada en caso de extravío o pérdida.

Unanimidad

13) FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

- A) De *lege ferenda* se propone la revisión del art. 2493 del CCyC con el fin de modificar la naturaleza jurídica de la figura del fiduciario como administrador de bienes ajenos y no como sucesor mortis causa a título de legatario o heredero.

Unanimidad

- B) En el fideicomiso testamentario se propone estudiar la posible designación del notario como fiduciario idóneo para cumplir con la manda fiduciaria testamentaria.

Unanimidad

- C) Se recomienda la instrumentación por escritura pública del fideicomiso testamentario como garantía de matricidad, publicidad y asesoramiento integral por parte del notario.

Unanimidad

14) FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN FAMILIAR

- A) Es posible formalizar e instrumentar un contrato de fideicomiso de administración familiar que no tenga por objeto la conservación de la empresa y con efectos para después de la muerte del fiduciante, en este puede planificarse la proyección sucesoria en la figura del beneficiario sustituto.

El fideicomiso en el que coincidan fiduciante y beneficiario en la misma persona, es una forma de organización patrimonial familiar válida con miras a la protección de la propia vulnerabilidad.

El contrato de fideicomiso puede tener como negocio fiduciario subyacente principal la administración de los bienes con miras a una eventual vulnerabilidad o la partición sucesoria futura, pero siempre están presentes ambos efectos.

Unanimidad

- B) Los efectos de la partición por ascendientes pueden asignarse a otras figuras contractuales que no sean la donación, siempre y cuando no configuren un pacto sobre una herencia futura o, en su caso, se enmarquen en el artículo 1010 CCyC. En consecuencia, son aplicables a estos efectos los artículos 2461 y 2385 del CCyC, a otros contratos que no sean donaciones.

Unanimidad

- C) Tanto en la donación de nuda propiedad como en el fideicomiso de administración familiar, es de aplicación la última parte del artículo 2461 del CCyC. En consecuencia, si todos los herederos legitimarios prestan su conformidad puede distribuirse el patrimonio de cualquier manera, incluso eludiendo la legítima hereditaria. Si alguno no lo hace, el heredero que no ha prestado su conformidad puede exigir su porción legítima.

Unanimidad

- D) La planificación sucesoria no hace del fideicomiso de administración familiar un pacto sobre herencia futura, sino una manera de organizar el patrimonio familiar. Al poder constituirse el patrimonio de afectación mediante un testamento y poder ser el objeto del contrato de fideicomiso una universalidad, es confundible con la herencia futura; por ello la ley debe prohibir expresamente las herencias futuras como objeto del contrato de fideicomiso. Sin embargo, la transmisión del dominio o propiedad fiduciaria de todos los bienes actuales de una persona, no es la transmisión de la herencia futura. Los pactos sobre herencia futura tienen necesariamente una incertidumbre en cuanto a su objeto, referente al contenido de esa herencia; situación que no se presenta en la transmisión de todos los bienes actuales de una persona determinada. En consecuencia, el contrato no es nulo.

Unanimidad

- F) Cuando la planificación sucesoria no respeta la legítima hereditaria, los herederos del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario, según a quien corresponda, tienen a su disposición las acciones de reducción y de colación para poder realizar la integración de la legítima cuando el contrato de fideicomiso no la respeta. Las mismas pueden ejercerse contra el fiduciario propietario de los bienes o contra el beneficiario o fideicomisario que ha percibido los mismos. Atento a las modificaciones de la Ley 27.587 al CCyC, no puede accionarse contra los terceros que han adquirido los bienes del beneficiario o fideicomisario a buena fe y a título oneroso. Atento el artículo 392 del CCyC, no puede accionarse contra los terceros que han adquirido los bienes del fiduciario de buena fe y a título oneroso, cumpliendo los mecanismos de disposición contractualmente establecidos. En consecuencia, el contrato no es nulo.

Unanimidad

- G) El contrato de fideicomiso debe respetar la legítima hereditaria. No obstante ello, la menor presión normativa de orden público en materia contractual, otorga a las partes la facultad de autorregulación y permite definir con mayor libertad el contenido del negocio que se celebra.

Unanimidad

- H) La formalización de un contrato de fideicomiso con fines sucesorios y con efectos *post mortem*, no exige iniciar el proceso sucesorio para la transmisión de los bienes.

Mayoría (con abstención de Mendoza)

15) CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

- A) La falta de regulación legal específica no impide la aplicación de la figura del contrato de crédito vitalicio con garantía hipotecaria, que tendrá su basamento en la autonomía de la voluntad.

Unanimidad

- B) Propiciamos una regulación que otorgue beneficios fiscales, posibilidad de actualización monetaria y que, principalmente, brinde garantías para su eficacia.

Unanimidad

- C) El notariado argentino debe promover y profundizar el estudio del crédito vitalicio con garantía hipotecaria entre colegas; hacerlo conocer y proyectar normas legales para su correcta aplicación.

Unanimidad

16) ADULTOS MAYORES

- A) La planificación es un proceso fundamental y una forma de autoprotección para el adulto mayor, con el fin de garantizar su autonomía, el respeto de sus deseos, su voluntad, preferencias y la prevención de conflictos.

Unanimidad

- C) El contrato de alimentos es una herramienta útil que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, puede ser formalizado por aquellas personas que desean transmitir su propiedad inmueble u otros bienes a cambio de recibir una prestación alimentaria y asistencia física y espiritual.

Unanimidad

- D) El contrato de alimentos es un contrato atípico, con un doble álea, por un lado la vida de la persona y por el otro las necesidades alimentarias a cubrir, al cual se le aplicarán en primer término las cláusulas contractuales, y en forma supletoria las normas referidas a los contratos en general.

Unanimidad

- E) La vivienda colaborativa o cohousing es una de las alternativas de planificación para los adultos mayores, ya que sus elementos armonizan con sus derechos fundamentales. Esto se funda en que para ser parte de una vivienda colaborativa, la persona debe involucrarse desde el proyecto manifestando su voluntad de participar, debe ser autónomo e independiente. A esto se le suma que las viviendas están adaptadas a sus necesidades y las áreas de uso común contribuyen a que se genere un espíritu de cooperación, solidaridad y cuidado mutuo; todo lo cual redundará en una mejor calidad de vida y en participación más activa dentro de la sociedad.

Unanimidad

17) OTRAS HERRAMIENTAS DE PLANIFICACIÓN

- A) En todo instrumento o herramienta de planificación familiar o empresarial, en donde se plasme la voluntad del futuro causante o de sus herederos, se recomienda causar dichas decisiones. Es conveniente cristalizar los motivos y finalidades del o los otorgantes del acto; de este modo, frente a un eventual conflicto, el juez podrá conocer la real intención de las partes al momento del otorgamiento del acto.

Unanimidad

- B) La mejora a favor del heredero con discapacidad del art. 2448 CCyC, no implica otorgarla mejora de la porción disponible al mismo heredero. En consecuencia, podría beneficiarse con la porción disponible a un tercero o mejorar a otro heredero, y asimismo otorgar la mejora estricta al heredero con discapacidad.

Mayoría, con abstención de Córdoba y Tucumán

- C) En la exclusión de la administración al o los progenitores, ya sea por legado o por donación, se recomienda que el donante o testador designe al administrador y un sustituto para el caso que éste no pueda o no quiera aceptar.

Unanimidad

18) DONACIONES COMO VEHÍCULO DE PLANIFICACIÓN SUCESORIA

- A) La reversión es un pacto que opera de pleno derecho. Producido el fallecimiento del donatario, el inmueble revierte al donante, en los términos de los arts. 1965 y 1966. Si el donante falleció con posterioridad al donatario, el inmueble integrará el acervo hereditario del donante, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de los 10 años contados desde la celebración del título constitutivo del dominio imperfecto. En el caso de pluralidad de donatarios, para que opere la reversión completa, deberán prefallecer todos los donatarios antes que el donante, salvo pacto de divisibilidad.

Unanimidad

- B) 1. La reforma del régimen de donaciones establecida por la Ley 27.587, constituyó un avance en la planificación sucesoria por medio del contrato de donación, ya que genera la inobservabilidad de los títulos por aplicación de las previsiones de los arts. 2457 y 2458 del CCyC. La irretroactividad de la norma se configura solo para supuestos de situaciones jurídicas concluidas o consumadas bajo el régimen anterior, esto es, derechos adquiridos de manera definitiva. Se deberá tener en cuenta la buena fe del tercer adquirente.

Mayoría (abstención de Córdoba)

2. La donación revitalizada por las disposiciones de la Ley 27.587, es un medio de planificación patrimonial sucesoria. A los efectos de calificar los títulos que reconocen en su cadena dominial una donación, la pauta interpretativa genérica impone partir de la fecha de muerte del donante y no de la fecha de la donación, por cuanto la primera es la que genera la legitimación activa procesal para poder incoar las acciones sucesorias protectorias de la legítima.

Despacho en minoría de Mendoza y Provincia de Buenos Aires.

34 Jornada Notarial Argentina

Tema 2

El documento público digital y digitalización de los registros de bienes y de personas humanas y jurídicas

Autoridades:

Presidente: Walter C. Schmidt

Secretario: Martín J. Giralt Font

Secretaria: Martha D. Linares

Comisión redactora: María Cesaretti; Laura Chiappinotto; Franco di Castelnuovo; Martín J. Giralt Font; Martha D. Linares; Leopoldo Panizza y Walter C. Schmidt

Relatora: María Cesaretti

Despacho

Actuación notarial digital

- Todos los principios que son aplicables a la actuación notarial presencial se aplican también al ámbito virtual o actuación en línea.

Aprobado por unanimidad

- 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 debe llevar a cabo para cumplir cabalmente su misión, en los sistemas del notariado de tipo latino.

Aprobado por unanimidad

- La actuación notarial digital es factible con la legislación vigente. Futuras normativas podrían contribuir al ejercicio de la actuación notarial digital teniendo en cuenta la dinámica del impacto tecnológico.

Aprobado por mayoría: provincias de Buenos Aires, Corrientes, Entre Ríos, La Pampa, Neuquén, Salta, San Juan, San Luis, Santa Fe y Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En minoría se votó la siguiente redacción:

- Siendo suficiente la actual legislación vigente, resulta recomendable el dictado de normativa que coadyuve con la regulación integral del documento notarial digital en un entorno virtual.

Provincias: Chaco, Córdoba, Mendoza y Tucumán

Documento notarial digital

- Los artículos 286, 287, 288, 296, 301 y 308 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) reconocen la existencia del documento público notarial digital, contándose asimismo con las herramientas tecnológicas seguras para su instrumentación.

Aprobado por mayoría lo relativo al protocolo

Aprobado por unanimidad lo relativo a copias o testimonios y el resto de los instrumentos que extienden los notarios con los requisitos que establecen las leyes

- Las primeras o ulteriores copias expedidas como documentos digitales inscriptas en el registro inmobiliario correspondiente constituyen "título inscripto" en los términos de los artículos 2, 3 y 23 de la ley 17.801.

Aprobado por unanimidad

- Sin perjuicio de lo que establezcan las normativas locales, se sugiere que el orden de las copias sea independiente del soporte en el cual sean expedidas, indicándose el destino de las mismas.

Aprobado por unanimidad

Firma digital, firma electrónica y firma ológrafa en soporte digital

- La firma ológrafa en soporte digital es firma ológrafa.

Aprobada por mayoría. Por la negativa: Córdoba y Mendoza

- Es posible la implementación de documentos notariales extraprotocolares donde el notario certifique situaciones de hecho que impliquen una manifestación de voluntad sin necesidad de que el requerimiento quede inserto en el documento.

Aprobado por unanimidad

Desarrollo de plataformas notariales

- Se aprueba por unanimidad reiterar las conclusiones a las que se arribó en la XXXIII Jornada Notarial Argentina realizada en Bariloche en 2018, en el sentido de que "Los colegios de escribanos deben asumir un rol protagónico... 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". Hubo también unanimidad en que esto debe ser realizado a través del Consejo Federal del Notariado Argentino, teniendo a la interoperabilidad con los colegios notariales, y los estados nacional, provinciales y municipales.

- Se propone que se organice un evento científico al respecto, en el que participen técnicos informáticos, notarios y licenciados en comunicación social.

Actuación a distancia

- Teniendo en cuenta el carácter federal de nuestro país, en la implementación de la actuación notarial a distancia se deben respetar las competencias territoriales.

Aprobado por unanimidad

- En la actuación notarial a distancia el notario deberá arribar a la convicción respecto de la identidad de los requirentes a través de los medios que estime idóneos.

Aprobado por mayoría, con un voto negativo (Provincia de Buenos Aires y tres abstenciones (Córdoba, Corrientes y Entre Ríos).

Digitalización de registros

- Debe tenderse a la digitalización de los registros, sin poner en riesgo la seguridad jurídica y los principios del derecho registral. Para ello se requiere que el documento registrable revista el carácter de auténtico.

Aprobado por unanimidad

- Se propone la creación de una ley de Registro Nacional de Registros Públicos Mercantiles, que ordene los principios y efectos que producen las inscripciones en los límites de su competencia y que posibilite la aplicación de inscripción a través de documentos digitales auténticos.

Aprobado por unanimidad

- Las tecnologías de la información sirven para agilizar y dar trazabilidad a procesos; pero no constituyen el sistema registral en sí mismo, por lo

que -por sí solas- mal podrían sustituir el actual sistema del derecho inmobiliario registral argentino.

Aprobado por unanimidad

Se deja constancia de que votaron los representantes de las provincias de Buenos Aires (Franco di Castelnuovo), Chaco (Pedro Luis Marinich), Córdoba (Federico Jorge Panero), Corrientes (Claudia Varese de Chain), Entre Ríos (Leopoldo M. Panizza), La Pampa (Mariano Torres Campi), Mendoza (Laura Chiappinotto), Neuquén (Gustavo L. Russó), Salta (Graciela Elizabeth Martínez), San Juan (Franco Semino), San Luis (Gabriel Fenoglio Cornet), Santa Fe (Mariana Baroni), Tucumán (Marta María del Pilar Flores) y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Diego M. Martí).

34 Jornada Notarial Argentina

Tema 3

Partición

Autoridades:

Presidente: Silvia Impellizzeri

Vicepresidente: Karen Maína Weiss

Secretarios: Pablo Julián González Mantelli

Rodolfo Vizcarra

Comisión redactora: Silvia Impellizzeri (CABA); Karen Maína Weiss (Provincia de Buenos Aires); Pablo Julián González Mantelli (CABA); Rodolfo Vizcarra (Provincia de Buenos Aires); Rodolfo Nahuel (h) (CABA); Diego Corral (Provincia de Buenos Aires); Viviana Villahoz (CABA); Sofía Scotti (Provincia de Buenos Aires) y Santiago Reibestein (CABA)

Relator: Rodolfo Vizcarra

Despacho

- La partición privada otorgada en instrumento privado presentada en el expediente judicial es admisible dada la libertad establecida en el art. 2369 CCyC.
- La partición privada que incorpore inmuebles ajenos al acervo requiere la instrumentación por escritura pública.
- Se reconoce la coexistencia de las indivisiones hereditaria y postcomunitaria, las que pueden ser partidas en un único acto.
- El principio que rige la partición privada es la autonomía de la voluntad.
- Los comuneros pueden distribuir el acervo de la manera que lo consideren conveniente y dejar constancia de los motivos que han sido determinantes para su decisión.
- La partición privada de bienes puede ser celebrada por los herederos legítimos desde el fallecimiento del causante con prescindencia del inicio del proceso sucesorio, sin perjuicio de lo previsto en la parte final del art. 2337 CCyC.
- La presencia de todos los copartícipes requerida por el art. 2369 CCyC no se verá afectada si las voluntades se expresaran en diferentes momentos.
- La inclusión del cónyuge en la partición por ascendiente por donación de los bienes propios constituye una excepción a lo establecido en artículo 1002 inc. d) del CCyC.
- El art. 2417 referido a la acción de reducción en la partición por ascendiente debe interpretarse en armonía con lo dispuesto en el art. 2386 y en los arts. 2457, 2458 y 2459 (Ley 27.587).
- En caso de dispersión internacional del patrimonio los comuneros podrán partirlo mediante un único acto.
- Cuando la o las leyes aplicables admitan la partición privada, los copartícipes podrán elegir libremente al notario internacionalmente competente.
- La circulación del instrumento de la partición privada notarial se rige por las reglas de la circulación internacional de los instrumentos públicos y no por las de la jurisdicción internacional.

Recomendación

Difundir la instrumentación de la partición y adjudicación de herencia y postcomunitaria de automotores por escritura pública, en función de la disposición DN 104/2022 del RNPA modificatoria del digesto de normas técnico-registrales.

Delegados acreditados

Se deja constancia de que votaron los delegados de las siguientes jurisdicciones: Buenos Aires; CABA; Catamarca; Chubut; Córdoba; Entre Ríos; Formosa; La Pampa; Neuquén; San Juan; Santa Fe y Tucumán.

34 Jornada Notarial Argentina

Tema 4

Afectación a vivienda familiar

Desafectación. conformidad del
cónyuge. Efectos. la convivencia en
la desafectación a vivienda familiar.
la convivencia inscripta y la
convivencia no inscripta.
Subrogación. beneficiarios.
Distintos supuestos. Condominio.
Normativa registral de cada
jurisdicción

Autoridades:

Presidente: Gabriel B. Ventura

Secretario: Arnaldo Adrián Dárdano

Secretario: Martín Russo

Comisión redactora: Verónica Bianco, Adriana Bonello, María Eugenia Boretti, Alicia Verónica Castillo, Ian Nicolás Chejanovich, María Martha Cúneo, Arnaldo Adrián Dárdano, Walquiria Franco, Yamila Martínez, Alberto Miguens, Sergio Miranda, Javier Moreyra, Augusto Piccon, Martín Leandro Russo, Magdalena Tato, Gabriel B. Ventura y Gastón Zavala

Relator: Arnaldo Adrián Dárdano

Despacho

- La protección de la vivienda es un derecho humano fundamental, que torna operativos otros principios constitucionales, como el principio de progresividad y no regresividad, igualdad, salud, entre otros.
- La interpretación del régimen de vivienda debe considerar la finalidad del instituto y responder al espíritu de su base normativa constitucional y de convencionalidad, en el sentido más favorable a la protección de la familia, la subsistencia y conservación de la vivienda digna y adecuada, como elemento natural y fundamental de la sociedad.
- Están legitimados para afectar al régimen de vivienda los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión y con destino a vivienda, entre ellos los usufructuarios, usuarios y superficiarios, sin necesidad de conformidad del nudo propietario.
- El afectante podrá designar y excluir los beneficiarios que considere, incluidos ascendientes o descendientes afines, dado que la ley no distingue. Frente a acreedores, el régimen subsiste con cualquiera de los beneficiarios designados por la ley.
- Resulta posible afectar al régimen de vivienda varios inmuebles, siempre y cuando el constituyente no sea propietario único de más de uno de ellos. En los supuestos de afectación de varios inmuebles en condominio deberá cumplirse con el destino de vivienda efectiva de alguno de los beneficiarios en cada uno de los inmuebles afectados, sin necesidad de que exista parentesco entre los cotitulares.
- No es necesaria la inscripción de la unión convivencial para que un conviviente pueda ser considerado beneficiario, conforme lo determina el artículo 246 inc. a) del CCyC.
- La subrogación de vivienda es procedente sin considerar el valor patrimonial de los inmuebles involucrados.
- De acuerdo a lo previsto por el art. 248 CCyC, no hay plazo establecido para ejercer el derecho de subrogación sobre los importes que sustituyen la vivienda en concepto de indemnización o precio.

Dentro de la comisión se generó una postura (minoritaria) que de *lege ferenda* sugiere la fijación por el legislador de un plazo razonable para su ejercicio.

- La interpretación del art. 248 CCyC referido a la subrogación de vivienda, contempla la posibilidad de transmisión de la afectación a otro inmueble ya existente en el patrimonio del subrogante.
- Puede ejercerse el derecho de subrogación aun cuando el afectante no hubiere hecho expresa reserva de su ejercicio, sin perjuicio de la conveniencia de exteriorizar su voluntad subrogatoria al momento de la transmisión del bien afectado o por acto posterior.
- Es posible que el afectante renuncie a la inejecutabilidad que otorga el régimen de protección a la vivienda, en forma expresa y específica, en relación a una o varias obligaciones determinadas. Esta renuncia no tiene vocación registral y debe contar con el asentimiento conyugal o convivencial.
- Corresponde la subsistencia de la afectación, a rogación de parte, en el caso de transmisión de la vivienda afectada a un beneficiario, siempre que se mantengan los requisitos esenciales del régimen, con efectos desde la afectación originaria.
- Se sugiere a los colegios profesionales promover este régimen y sus beneficios, dada la importancia que tiene la tutela de la vivienda como derecho humano fundamental.

Congresos y jornadas





Acceda al abstract
en video

Reflexiones acerca del régimen de protección de la vivienda a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación*

La interseccionalidad de factores
en el régimen de vivienda:
interpretación amplia en relación
a los sujetos habilitados para
acogerse al régimen tuitivo y
algunas consideraciones sobre la
figura de la subrogación real

**Juan Andrés Bravo, Joaquín Andrés Rotundo
y María Florencia Vicini Andión**

* Primer premio otorgado por el Jurado en la 34 Jornada Notarial Argentina, desarrollada en la ciudad de Mar del Plata entre el 3 y el 6 de mayo de 2023. Corresponde al tema IV de la Jornada, "Afectación a vivienda familiar".

Ponencias: 1. Introducción; 2. Régimen argentino. Derecho constitucional a la vivienda y su encuadre normativo. 3. Finalidad y naturaleza jurídica. Distintas posiciones. 3.1- Naturaleza jurídica del inmueble en sí mismo. 3.2- Naturaleza jurídica del derecho del constituyente. 3.3- Naturaleza jurídica del derecho de los beneficiarios. 3.4- Nuestras conclusiones. 4. Sujetos en el régimen de la vivienda. 4.1- ¿Quiénes pueden solicitar la afectación al instituto de la vivienda? 4.2- ¿Cómo se ve proyectada nuestra normativa? 4.3- ¿A quiénes beneficia el régimen de afectación a la vivienda? 5. Subrogación real. posibilidades y requisitos. 5.1- Instrumentación de la reserva en la subrogación real. 5.2- Alcances de la protección sobre la vivienda subrogada. 5.3- Subrogación o sustitución entre viviendas que. Bibliografía

Ponencias

Se propone:

- 1) Adoptar una visión sistémica del instituto de la protección de la vivienda como un derecho humano esencial de las personas en pos a la dignidad humana.
- 2) Resaltar la importancia del análisis en base a la naturaleza jurídica de la protección de la vivienda como criterio imperante a la hora de resolver situaciones no comprendidas en la ley, propias del quehacer notarial.
- 3) Propender a una interpretación no restrictiva ni limitativa, respecto a los sujetos habilitados para someter un inmueble y acogerse así al régimen de vivienda, en coherencia con la finalidad protectora del régimen. Lo que nos lleva a ampliar el horizonte de protección del régimen tuitivo de la vivienda e incluir al titular del derecho de usufructo, y por extensión el titular de cualquier derecho real de disfrute (usuario y habitador) como sujetos activos, en miras al interés jurídico, que es proteger el patrimonio de la persona humana con fines alimentarios.
- 4) Sostener la irrelevancia de la naturaleza del acto por el que se adquiera la nueva vivienda, en los casos de subrogación de la protección, como así también de los fondos con los que se adquiera, en caso de que la adquisición sea a título oneroso. Del mismo modo, es irrelevante la naturaleza del acto por el cual se disponga del inmueble afectado originariamente, pudiendo ser, por ejemplo, un acto a título gratuito.
- 5) A la hora de la instrumentación de la reserva en la subrogación real, será de fundamental importancia la labor del escribano, autor del instrumento

público notarial, quien deberá, con su criterio profesional, y en ejercicio de una buena técnica notarial, dejar plasmada la voluntad del interesado de mantener la protección para afectar una nueva vivienda, generando así una adecuada publicidad cartular, en pos de la seguridad jurídica de las operaciones que instrumentamos.

No obstante lo dicho, consideramos que la inexistencia de tal manifestación en el instrumento notarial por el que se disponga y desafecte el inmueble originario, en modo alguno puede poner en riesgo la protección legal y el amparo constitucional de la vivienda.

- 6) Es posible una subrogación a través de una ampliación objetiva del régimen de vivienda que traslade la protección a la nueva vivienda sin considerar su valor. El mismo criterio aplicaría al caso en que la vivienda sustituta sea de un menor valor.
- 7) Admitir, apelando a la finalidad de la norma, la subrogación en la afectación de un inmueble a otro que ya se encuentra en el patrimonio del afectante originario, evitando que la literalidad de la ley vulnere derechos de raigambre convencional, todo ello con fundamento en la protección constitucional y de los tratados internacionales, del instituto de la vivienda.
- 8) La creación de un registro electrónico de alcance nacional en el que se identifique las personas que cuenten con la protección del régimen de vivienda (anterior bien de familia), sean constituyentes o beneficiarios. A dicho sistema informático podrán tener acceso directo los escribanos (en caso que se instrumente una afectación o desafectación mediante escritura pública) y registros inmobiliarios (en caso de que dicha instrumentación sea por acta administrativa o que la toma de razón por un oficio judicial), quienes -una vez que el instrumento público en cuestión haya adquirido publicidad registral- ingresarán los datos identificatorios de las mencionadas personas (nombre y documento de identidad). De esta manera, cualquier operador jurídico -que tenga un interés legítimo- podrá tener acceso a un registro con información actualizada, lo cual facilitará al control por parte de los acreedores de los afectantes al régimen, puesto que con el sistema actual existe el riesgo de que una persona cuente con el beneficio en más de una localidad o provincia.

1. Introducción

En el marco del desarrollo de la XXXIV Jornada Notarial Argentina, en lo referido al tema IV "Afectación a la vivienda familiar," nos propusimos abordar las implicancias del régimen de afectación de la vivienda a la luz de la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante "CCyC") que innova y modifica sustancialmente la causa del régimen tuitivo, por lo que la proyección del instituto en análisis dista de lo plasmado en la ley 14.394, derogada por la ley 26.994.

El derecho en su conjunto ha sido modificado a la luz de nuevos paradigmas y la transición normativa sobre este instituto, repercutieron en nuestro quehacer notarial, revalorizando la figura del notario de tipo latino en su rol trascendental para actuar como un verdadero garante de derechos.

Por lo expuesto, resulta interesante cómo la vivienda ha sido reconocida en los tratados internacionales con supremacía legal y en nuestra constitución nacional, junto con otros derechos sociales. "La vivienda es un derecho fundamental, indivisible de todos los demás derechos y esencial para un enfoque que toma como base la dignidad, la igualdad y la seguridad de las personas"¹.

Entendida como un derecho constitucionalmente amparado, que encuentra su fundamento primario en la dignidad humana, concepto que atraviesa todo nuestro ordenamiento jurídico, será el abordaje de nuestro estudio, reflexionar y poder dilucidar los siguientes interrogantes: analizar la verdadera naturaleza jurídica del instituto protectorio; enfocarnos en cuestiones controvertidas, de interpretación y no reguladas en relación a los sujetos que pueden constituir y acogerse al régimen tuitivo y reflexionar sobre la figura de la subrogación real, el alcance de protección en el nuevo inmueble, la posibilidad de transmitir la protección de un inmueble a otro que ya obra en el patrimonio del afectante (sustitución-permuta), y en base a ello, analizar las distintas posibilidades de transmisión y requisitos, ponderando el debido asesoramiento que deberá brindarles a nuestros requirentes en la notaría.

1 Farha, Leilaini, *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como un elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6084.pdf>, p. 5.

2. Régimen argentino. Derecho constitucional a la vivienda y su encuadre normativo

El régimen de vivienda es un instituto regulado por el CCyC², que está dirigido a la protección del núcleo familiar del afectado, asegurando en cierto modo, su vivienda. Es una protección que torna al inmueble, en principio, en inembargable, inalienable e imprescriptible frente a deudas posteriores a su rogación e inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble³.

Se dice que solo en principio otorga al inmueble estos caracteres, en tanto hay ciertas excepciones donde éste puede ser ejecutado: i) obligaciones por expensas comunes e impuestos, tasas o contribuciones que graven directamente al inmueble; ii) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, en las condiciones permitidas; iii) obligaciones originadas en construcciones o mejoras sobre el inmuebles y iv) obligaciones alimentarias del titular hacia sus hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida⁴.

El punto central de este instituto está en la sustracción del inmueble de la regla del patrimonio como prenda común de los acreedores, en las condiciones indicadas.

En base a esta sustracción es que, se ha sostenido, aunque previo a la reforma constitucional del año 1994, que dado el carácter excepcional del instituto, corresponde interpretarlo de forma restrictiva, sin perjuicio de la debida tutela a la familia⁵.

Esta postura, ha sido debilitada a partir de la mencionada reforma y del dictado de numerosas normas convencionales a las que nuestro país ha adherido. La vivienda como derecho humano está reconocido no solo

2 Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Publicada en el Boletín Oficial de la Nación, Nº 32.985. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 8 de octubre de 2014. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>. Libro Primero - Parte General. Título III - Bienes, Capítulo 3 - Vivienda - Arts. 244 a 256.

3 Rodríguez Remis, Mariano, *Sustitución o permuta del inmueble afectado al régimen de vivienda. La necesidad de reformar el art. 248, Cod. Civ. y Com. De la Nación*. Cita Online: AR/DOC/3364/2019, p. 1.

4 Ibídem.

5 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D. Autos: "De la Mela, Marcelo suc.". Sentencia del 29 de febrero de 1984. Cita Online: AR/JUR/2813/1984. [Fecha de consulta: 07/02/2023]. Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar>. Ver considerandos, Punto VII.

por la Constitución Nacional, sino también por tratados, convenciones internacionales⁶ y constituciones provinciales⁷, que consagran hoy un régimen tuitivo que nos invita a una interpretación armónica y sistemática en base a las previsiones constitucionales, ajustadas a los tratados internacionales sobre derechos humanos y que en cada caso particular, deberán ser ponderadas. Concretamente, el art. 14 bis de la Carta Magna, prevé la garantía que el Estado otorga a la protección integral de la familia y la defensa del bien de familia⁸.

El Estado Constitucional de Derecho y el proceso de constitucionalización del Derecho Privado, cristalizado hoy en el CCyC contribuyen a fortalecer y hacer operativas, a través de sus normas, las garantías y derechos constitucionales. En lo que respecta al concepto de vivienda y su interpretación, se dirá que, hoy en día, se le asigna a ésta un concepto y alcance que excede lo referido al concepto estático de inmueble, extendiéndose hacia la función vital que cumple la vivienda para el ser humano, protegida por la Constitución Nacional y los tratados internacionales⁹, y hacia el carácter dinámico del hogar familiar, en tanto las situaciones personales y las necesidades a lo largo de la vida presentan una variación permanente¹⁰.

La vivienda constituye hoy, para nuestro ordenamiento jurídico, lo que se conoce como régimen primario, y esto implica que el análisis que se

6 Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), art. 25.1, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), art. XXIII, Convención Americana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica (1969), art. 17.1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), art. 11.1.

7 Constitución de la Provincia de Buenos Aires (art. 36 inc. 7), Constitución Provincial de Santa Fe (art. 21).

8 Constitución de la Nación Argentina. Ordenada su publicación por Ley N° 24.430... (op. cit.), art. 14 bis.

9 Constitución de la Nación Argentina. Ordenada su publicación por Ley N° 24.430... (op. cit.), art. 14 bis. También en: Ley 23.313. Pactos internacionales. Publicada en el Boletín Oficial de la Nación, N° 25.928. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 13 de mayo de 1986. [Fecha de consulta: 04/10/2020]. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm>. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art. 11.1; y Ley 17.722. Aprobación de la "Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial". Publicada en el Boletín Oficial de la Nación N° 21.431. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 08 de mayo de 1968. [Fecha de consulta: 4/4/2023]. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/122553/norma.htm>. Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Art. 5, Inc. e), punto III; entre otros.

10 Zavala, Gastón A., *Subrogación de vivienda. Interpretación del Régimen en el contexto jurídico*. Revista de derecho de familia y de las personas / Número: 2018 (9 Oct.)

hace sobre la vivienda, será desde una visión sistémica de la misma, en miras a la protección integral del ser humano, no solo a través del acceso a una vivienda digna, sino a una protección que constituye una garantía jurídica que beneficia, más allá de la familia, a la persona humana en su individualidad.

"En otras palabras, el régimen tendría por finalidad proteger a la persona humana en su integridad, su modo de vivir, su patrimonio –integrado por el inmueble que le da cobijo–, por cuanto el desarrollo de la persona también se encuentra ligado a poder alcanzar el acceso a una vivienda digna que satisfaga sus necesidades habitacionales básicas. Eso es un modo o género de vivir"¹¹.

3. Finalidad y naturaleza jurídica. Distintas posiciones

El régimen de protección de vivienda, antes bien de familia, puede ser definido como aquel instituto que recae sobre un inmueble urbano o rural y que, por destinarse al servicio de la familia, o núcleo familiar, da origen a una importante limitación sobre las facultades jurídicas sobre el mismo inmueble, y que al mismo tiempo otorga el carácter de inembargable, e inejecutables por acreedores de fecha posterior a su constitución, entre otras consecuencias¹².

A partir de tal concepto, puede destacarse la finalidad del mismo instituto que ha nacido como reacción al sistema netamente patrimonial, basado en la seguridad de las relaciones patrimoniales y la contratación que preveía Vélez.

Esta figura tiende a la protección de la familia, ponderándola por encima de los negocios del titular dominial. La propiedad ha adquirido desde mediados del siglo XX un profundo contenido social, que encuentra, en este caso, su representación en la conservación e intangibilidad de la vivienda que hacen al sustento de la familia. Se ha mencionado incluso

11 De Garay Lanús, Ignacio, "La afectación a la vivienda como expresión de la dignidad humana", tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica Argentina. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10765>, 2019.

12 Arian, Beatriz, "Capítulo I. Introducción". En: Arian, Beatriz. *Bien de familia*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 19-37.

que "...tiene un doble objetivo, el económico, tendiente a la conservación de una parte del patrimonio dentro del núcleo familiar, y el social, en cuanto propende al mantenimiento de la familia bajo un mismo techo..."¹³.

La jurisprudencia argentina se ha encargado de dejar en claro que el interés social y familiar debe ser el principio rector del instituto que se encuentra amparado por la protección constitucional, prevista expresamente en el art. 14 bis de la Constitución Nacional¹⁴.

La fijación de la naturaleza jurídica del instituto es una tarea fundamental a la hora de establecer cuáles son las normas aplicables en los casos de silencio, insuficiencia u oscuridad de la ley.

Elías Guastavino, refiriéndose en ese entonces al anterior régimen de bien de familia, sostenía que la naturaleza jurídica está ausente en la generalidad de las leyes de otros países y la misma debe buscarse en el espíritu y en el contexto general del régimen cual acontece en nuestro derecho positivo¹⁵.

3.1- Naturaleza jurídica del inmueble en sí mismo

Respecto a este punto, el precitado jurista –enmarcándose en una posición doctrinaria prácticamente pacífica– considera que los inmuebles afectados a este régimen están fuera de comercio. Así, mientras el inmueble esté afectado al régimen, por ser cosa fuera del comercio, no podrá ser objeto de actos de disposición. La constitución de gravámenes se condiciona al cumplimiento de requisitos legales. En cambio, puede ser objeto de actos de conservación y de administración. Al producirse la desafectación, recupera su naturaleza de cosa dentro del comercio¹⁶.

En este sentido, la jurisprudencia ha avalado su postura estableciendo

13 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A. Autos: "G. de P., R. E. y otro". Sentencia del 6 de agosto de 1986. Cita Online: AR/JUR/1007/1986. [Fecha de consulta: 06/02/2023]. Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar>. Ver considerandos, párrafo primero.

14 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H. Autos: "Blatt, Pedro c. Campana, Claudio A.". Sentencia del 06 de junio de 1997. Cita Online: AR/JUR/3720/1997. [Fecha de consulta: 07/02/2023]. Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar>. Ver considerandos, Punto I.

15 Guastavino, Elías P., *Derecho de familia patrimonial: bien de familia*, adaptado por Eduardo Molina Quiroga, 3° edición, Buenos Aires, La ley, 2010, tomo II, p. 19.

16 *Ibidem*, p. 10-11.

que un inmueble afectado al régimen se encuentra fuera de comercio, aunque de forma relativa al conformar un patrimonio de afectación materializado en su inembargabilidad, indivisibilidad, tratamiento impositivo favorable y cierta indisponibilidad, generando un régimen especial marcado por el interés superior de la familia¹⁷.

3.2- Naturaleza jurídica del derecho del constituyente

La afectación de un inmueble al régimen de vivienda significa una modificación del derecho de dominio que sobre el mismo tiene el constituyente, en base a lo cual la doctrina y jurisprudencia han formulado diferentes disquisiciones.

Condominio con indivisión forzosa

En el antiguo régimen del bien de familia, cierta doctrina minoritaria intentó explicar que cuando un inmueble era afectado a dicho régimen nos encontrábamos ante un condominio con indivisión forzosa entre el constituyente y los beneficiarios. Varias fueron las críticas que se hicieron a esta postura¹⁸, las cuales ya carecen de sentido mencionar ya que hoy se permite que la protección a la vivienda se configure aún cuando fuera beneficiario solamente el propietario constituyente, no siendo posible entonces la configuración de condominio alguno.

Dominio imperfecto

Parte de la doctrina consideró al régimen protectorio como un dominio imperfecto, destacando que el inmueble objeto de protección presenta restricciones a las facultades de su dueño, que él mismo ha impuesto mediante un acto voluntario. Consecuentemente el dominio es imperfecto, por ser menos pleno, y por estar cercenado en algunos de sus atributos. La crítica a esta tesitura se sostiene en la premisa que el inmueble afectado al régimen bajo análisis no se ciñe a las reglas de un dominio fiduciario, revocable o desmembrado; en tanto aquella disminución de facultades a la que referíamos no es producto de un límite temporal –para así catalogarlo como un caso de dominio revocable o fiduciario–, ni tampoco existe una

17 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I. Autos: "B., J. J. c. B., A. A." Sentencia del 22 de febrero de 1985. Cita Online: AR/JUR/1295/1985. [Fecha de consulta: 07/02/2023]. Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar>. Voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, Punto V.

18 Guastavino, Elías P., *Derecho de familia patrimonial...* (op. cit.), t. II, p. 18-20.

carga real a favor de terceros –para quedar incluido dentro del dominio desmembrado–, en tanto no se trata de un derecho real constituido a favor de terceros¹⁹.

Dominio desmembrado

Hubo jurisprudencia que consideró que se trata de un dominio desmembrado, que priva al derecho de propiedad de algunos de sus elementos esenciales²⁰. Aunque luego fue criticada por la doctrina que consideró que en el instituto de estudio, el dueño no pierde ninguna de sus facultades, sino que puede recuperarlas con su sola desafectación²¹.

3.3- Naturaleza jurídica del derecho de los beneficiarios

Los beneficiarios en virtud de la afectación no solamente adquieren expectativas o meros intereses legítimos sobre el inmueble afectado, sino que se convierten en titulares de auténticos derechos subjetivos, tornándose necesario establecer el contenido de los mismos²².

Si bien el derecho de los beneficiarios guarda ciertas similitudes con los derechos reales de uso y habitación (en cuanto a su inembargabilidad, obligación de residencia, prohibición de cesión, etc.)²³, no podemos equiparlos completamente si recordamos que uno de los principios rectores es su *numerus clausus*²⁴, siendo el legislador quien tiene el monopolio total sobre los mismos, impidiendo así que se puedan crear nuevas formas de éstos.

Por tanto, podemos concluir que el contenido del derecho de los benefi-

19 De Garay Lanús, Ignacio, "*La afectación a la vivienda como expresión de la dignidad humana*", tesis de maestría, p. 67.

20 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno. Autos: "C. de M., R. I. c. M., H. M.". Sentencia del 08 de marzo de 1984. Cita Online: AR/JUR/77/1968. [Fecha de consulta: 07/02/2023]. Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar>. Ver voto del Dr. Sánchez de Bustamante, punto 4°.

21 Arean, Beatriz, "Capítulo I. Introducción". En: Arean, Beatriz. Bien de familia. Ciudad de Buenos Aires. Ed. Hammurabi, 2001, p. 35.

22 Guastavino, Elías P., *Derecho de familia patrimonial...* (op. cit.), t. II, p. 12.

23 *Ibidem*, p. 14.

24 Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Libro Cuarto Derechos Reales, Parte General, Título I, Disposiciones Generales, Capítulo 1, Principios Comunes. El art. 1884 dice "Estructura. La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura".

ciarios es un derecho personal, de contenido patrimonial, el cual incluye las prerrogativas de exigir la inalienabilidad que pesa sobre el propietario y el respeto a la inembargabilidad del inmueble.

3.4- Nuestras conclusiones

En rigor de verdad, resulta ardua la tarea de encasillar al régimen protectorio dentro de algunas de las figuras existentes en nuestro Derecho. El inmueble afectado al régimen de vivienda está fuera del comercio; el derecho de los beneficiarios del régimen es un derecho personal que se materializa en el ejercicio de sus prerrogativas fijadas por la ley; y el derecho del constituyente, es un derecho de propiedad sometido a un especial régimen especial que trae como consecuencia ciertas restricciones a su derecho de dominio, las cuales podrán ser dejadas sin efecto por su mera desafectación.

4. Sujetos en el régimen de la vivienda

La vivienda es un derecho constitucionalmente consagrado a favor de la persona humana con independencia de la estructura familiar en la que ésta se encuentre inmersa. Podemos afirmar, tal como lo sostiene la Dra. Kemelmajer de Carlucci que "...El concepto de familia, es una creación cultural, no natural, o esencial, y por lo tanto cambiante..."²⁵. La institución de la familia va transformándose como resultado de la evolución constante que atraviesan las sociedades, en su esfera no solo política, sino en sus pensamientos, inclinaciones religiosas, formas y estilos de vida.

Distintos fenómenos sociales han colaborado para que en el mundo entero se produzca una reformulación de los conceptos tradicionales en torno a la familia y a la vivienda. Con la sanción y entrada en vigencia del CCyC en nuestro país, esas transformaciones relevantes impactaron en las concepciones jurídicas acerca de la familia y se resignifican a la luz de los derechos humanos incorporados en la Constitución Nacional

25 Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial Argentino*.

a través de los Tratados Internacionales. En este contexto, vemos cómo fue necesario regular nuevos estándares de protección del instituto de la vivienda, y en particular en lo que respecta a los sujetos activos, legitimados a solicitar la afectación, como también en extensión a aquellos a quienes beneficia dicho instituto.

4.1- ¿Quiénes pueden solicitar la afectación al instituto de la vivienda?

Tal señala el art. 245²⁶ del CCyC que los legitimados para solicitar la afectación son el titular registral, y en caso de condominio debe ser solicitado por la totalidad de ellos. Entendemos que la exigencia del legislador en la concurrencia de la totalidad de las voluntades en el caso de condominio, responde a la indisponibilidad que implica la afectación.

Lo que no surge como requisito, es que los condóminos sean parientes, simplemente se exige que para mantener la afectación al régimen exista una efectiva habitación por alguno de los un beneficiarios en el inmueble.

No necesariamente la afectación deberá hacerse mediante un acto entre vivos. La regulación actual admite la afectación al régimen tuitivo de la vivienda por actos de última voluntad, es decir que el testador podría constituirlo a través de las disposiciones que surjan en el testamento. En este supuesto será el juez del sucesorio, quien a pedido de cualquiera de los beneficiarios, del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, ordene la medida para acogerse al régimen.

En este caso, nada dice el legislador respecto del consentimiento del resto de los herederos forzosos y no determina los pasos a seguir, en el caso en que un heredero legitimado se oponga a la inscripción, por pretender la intangibilidad de su legítima.

26 Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación (op. cit.), Libro Primero, Parte General, Título III, Bienes, Capítulo 3, Vivienda. El art. 245 dice "La afectación puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente. La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida. La afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida".

En efecto, frente al instituto de la legítima que nuestro ordenamiento jurídico consagra, aquella afectación al régimen de la vivienda que se constituya por vía testamentaria, no podrá importar la lesión a la legítima de los herederos, por lo que en consecuencia, entendemos que sólo se podrá ordenar judicialmente la afectación de un inmueble cuando el valor del mismo pueda comprenderse en la porción disponible, salvo, que los herederos acepten desde un principio dicha afectación.

Por último, en el articulado se autoriza a que la afectación sea decidida judicialmente, siempre que medie petición de parte, para los casos de resolución que atribuye la vivienda en el proceso de divorcio o en la que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida. De esta manera se permite que la afectación se amplíe y se disponga a pedido del excónyuge o exconviviente no titulares.

Pretendemos indagar entonces, si la referencia legal del primer párrafo del art. 245 del plexo normativo en cuestión, puede extenderse a otros cotitulares de derechos reales, que se ejerzan por la posesión y en particular si el usufructuario y por consecuente, el usuario y habitador, como titulares de un derecho real de disfrute sobre cosa ajena, pueden afectar su derecho a la protección legal de la vivienda con expresión de su única voluntad o si es inescindible el concurso de la voluntad del nudo propietario. Para ello entendemos que es fundamental poder interpretar el espíritu del articulado en sí.

4.2- ¿Cómo se ve proyectada nuestra normativa?

Aquí entra en juego la interpretación y el sentido que el legislador le ha dado a las normas en cuanto a la terminología empleada de "Titular registral" y "Propietario". Lo cual consideramos erróneo, si pensamos que los derechos reales nacen extra registralmente, bajo la teoría del título y el modo. Frente a este panorama es que se distinguen dos posturas o criterios.

Por un lado, desde una interpretación amplia de la palabra "Propiedad", parte de la doctrina entiende que frente a la importancia del instituto en juego y las implicancias de la afectación a vivienda y la constitucionalización del Derecho privado que hoy consagra nuestro CCyC, debe

entenderse en sentido "constitucional" a la palabra propiedad. Así también lo recogen los antecedentes jurisprudenciales de La Corte Suprema de Justicia, en sentencias como "Horta c/ Harguindeguy", "Mango c/ Traba" y "Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital", que han interpretado en sentido constitucional, a la propiedad, a todo derecho de contenido patrimonial. Esto implica que todo titular de un derecho con expresión patrimonial estaría legitimado para afectar su derecho al régimen de la vivienda.

La interpretación del art. 245 relacionado, en combinación con el art. 246 nos llevaría a pensar que todo titular de un derecho (inscripto o rogada su inscripción en simultáneo) en sentido amplio puede solicitar dicha afectación. "...la terminología del vocablo 'titular registral' es lo suficientemente genérico y amplio para comprender tanto el derecho real de dominio y condominio, como así también todo derecho real que se ejerce por la posesión y que recae sobre inmuebles susceptibles de ser destinados a vivienda y que se encuentran expuestos a la agresión de los acreedores"²⁷.

Sostener esta interpretación con una extensión amplísima del sentido de la palabra propiedad, nos llevan a poder configurar dentro de los legitimados activos para afectar a vivienda al Usufructuario y por extensión al usuario y habitador.

Otra parte de la doctrina, le otorga al vocablo "propiedad", alcances en sentido técnico y no constitucional, en donde propietario es todo titular de un derecho real sobre cosa propia, es decir que para esta postura los legitimados son el titular de dominio, condominio, superficiario, titular de dominio de propiedad horizontal y conjunto inmobiliario. Es decir todos aquellos supuestos en donde además el objeto del derecho sea compatible con el destino de vivienda.

En principio usufructuario, usuario y habitador no estarían alcanzados, ya que estos son titulares de un derecho real pero sobre cosa ajena.

Por su parte, la temática también ha sido abordada por los registros de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en ade-

27 Cossari, Leandro R. N., "La facultad jurídica del usufructuario de afectarlo al régimen de vivienda", ponencia presentada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2015.-

lante "CABA") y Provincia de Buenos Aires, a través de sus disposiciones técnico registrales han tomado una postura y criterios a seguir en estos casos.

La Disposición Técnico Registral (en adelante "DTR") número 4 del año 2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de CABA, regula el procedimiento de afectación y desafectación de inmuebles al régimen de protección de la vivienda, establecido en el CCyC y deroga la DTR 4 del año 2015. Dispone en su art. 5: "(...) 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"²⁸.

Por otro lado la DTR número de 2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires reglamenta la afectación y desafectación de inmuebles al Régimen de Protección de la Vivienda, establecido por los arts. 244 a 256 del Código Civil y Comercial de la Nación y establece en su art. 3: "(...) En el caso de dominio desmembrado, el usufructuario deberá dar su consentimiento"²⁹.

En virtud de lo expresado consideramos que las modificaciones estructurales en la figura del derecho real de usufructo, las facultades receptadas en cabeza de su titular, la posibilidad de disposición jurídica, y por consiguiente la exposición a posibles agresiones por parte de los acreedores, implican que no encontremos un obstáculo jurídico que impida al usufructuario ampararse en el instituto de protección a la vivienda.

Además existe un corolario de antecedentes doctrinarios, que apoya este punto, como las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en el año 2015, en donde se concluyó que el usufructuario puede afectar el inmueble objeto de su derecho al régimen de vivienda

28 Disposición Técnico Registral N° 4 del año 2016 del 29 de marzo de 2016. Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Publicado en el Boletín Oficial de la Nación, N° 33.347, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 31 de marzo. [Fecha de consulta: /04/2023]. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?jsessionid=1D38C198D5862F2540940B29BFB7E0E5?id=259936>. Art. 5.

29 Disposición Técnico Registral N° 10 del año 2016 del 06 de julio de 2016. Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires. Publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, N° 27.841. La Plata, 09 de agosto de 2016. [Fecha de consulta: 10/04/2023]. Disponible en: <https://normas.gba.gob.ar/documentos/BgA8zNHp.html>.

previsto por los arts. 244 y concordantes del CCyC, si concurren los requisitos exigidos por dichas normas. En tal caso, la afectación al régimen de vivienda durará sólo mientras exista el usufructo, salvo que el dominio se consolide en cabeza del usufructuario, dicha conclusión fue emitida por unanimidad en dicha jornada³⁰.

Por otro lado en las Jornadas de Derecho Registral de Catamarca del año 2019 se dispuso 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)."³¹.

Las conclusiones emitidas en ambas oportunidades a favor de la única concurrencia de la voluntad del usufructuario para afectar su derecho al régimen de vivienda marcaron una tendencia doctrinaria muy importante, que impacta en la realidad notarial e implica la proyección de resoluciones técnico registrales, que guían el quehacer notarial diario, en miras a alcanzar la seguridad jurídica de las operaciones que instrumentamos.

La protección de la vivienda en casos de dominio desmembrado, no obsta a que los usufructuarios también quieran proteger su derecho, atento a que el usufructo puede ser embargado y ejecutado por acreedores, según contempla hoy en día nuestro plexo normativo.

Entendemos que frente a estos casos, la afectación a vivienda puede ser de interés de todos, tanto del nudo propietario como del usufructuario. De allí, que entendemos se encuentra comprendido como legitimado y rogante para acogerse a la protección de la vivienda, al titular del derecho de usufructo, y por extensión al titular de cualquier derecho de disfrute (usuario y habitador), operando con la finalidad última del instituto, que es proteger el patrimonio de la persona humana con fines alimentarios.

30 XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. *Conclusiones. Comisión número 5, Derechos Reales: Usufructo*. [Fecha de consulta: 10/04/2023]. Disponible en: <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-05-bis.pdf>. Ver pág. 4.

31 XX Congreso Nacional de Derecho Registral. Tema 2: Registración de Derechos Reales de Disfrute (Usufructo, Uso, Habitación y Servidumbre). [Fecha de consulta: 10/04/2023]. Disponible en: http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2019/conclusiones_xx_congreso_nacional_de_derecho_registral_-_dr._jorge_horacio_alterini.pdf. Ver p. 9.

4.3- ¿A quiénes beneficia el régimen de afectación a la vivienda?

A fin de abordar esta temática, nos propusimos hacer algunas consideraciones en torno a las novedades que se reflejan en la normativa actual acerca de los beneficiarios.

El art. 246 del Código Civil y Comercial de la Nación, contempla como beneficiarios: a) al propietario constituyente; su cónyuge; su conviviente; sus ascendientes o descendientes; b) en defecto de ellos, a sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente.

Con un acertado criterio, el legislador ha receptado en el articulado el verdadero interés de la figura jurídica, que es sin dudas, la tutela de la persona humana considerada en su individualidad. "El Código cambia el paradigma en el sentido de no relacionar la protección de la vivienda con las relaciones de familia, bajo el entendimiento de que la vivienda es un derecho humano de cada una de las personas"³². Por ello, una de las innovaciones de este régimen en comparación al de la ley 14.394, es que puede designarse como único beneficiario al propietario, aun cuando no tenga familia.

Este giro doctrinario, permite a su vez, garantizar otros derechos constitucionales como lo son el derecho a la igualdad, no discriminación y libertad, de todo ser humano, otorgando las mismas posibilidades de acogerse a la protección del instituto de la vivienda, con presidencia de que se encuentren o no dentro de un núcleo familiar.

Siguiendo este lineamiento, se amplía el horizonte de protección del régimen tuitivo de la vivienda al incluir como beneficiarios al conviviente no cónyuge, lo que implica un avance trascendental en la resignificación de la familia para nuestro ordenamiento jurídico en concordancia con el proceso de constitucionalización del derecho de familia, y de la democratización de la misma.

Lo que no surge con claridad de la norma, es si están comprendidos dentro de los beneficiarios, los descendientes del constituyente que no los son de su cónyuge. Entendemos que negar esa posibilidad vulnera en sí el espíritu del instituto, y que debe ponderarse la amplitud en la

32 Caramelo, Gustavo; Piccaso, Sebastián y Herrera, Marisa (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª edición, tomo I, Buenos Aires, Ed. Infojus, 2015. Ver p. 409.

exégesis de las normas relacionadas a la familia, es decir, una interpretación sistemática y armoniosa con todo el plexo normativo³³, por lo que adherimos a una teoría amplia que comprenda a los ascendientes y descendientes del cónyuge y del conviviente, como beneficiarios.

5. Subrogación real. Posibilidades y requisitos

Una de las novedades reconocidas a partir de la reforma del CCyC en el año 2015 fue el reconocimiento legislativo, a una situación que venía desarrollándose en la práctica y es la posibilidad de subrogar la protección del régimen, trasladarla de un bien a otro.

El art. 248 del CCyC regula que "La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio"³⁴.

Como primera y evidente conclusión, podría decirse que la transmisión de la protección de una vivienda a otra es totalmente posible. Ahora bien, habrá que analizar en qué condiciones y qué recaudos deberán ser tomados por el notario.

Como punto preliminar, es oportuno aclarar que existe un error en la terminología empleada por el legislador. En rigor de verdad, lo que se transmite no es la afectación a la vivienda, ya que éste es un acto único que se da con la afectación inicial. Lo que realmente se transmite es la protección brindada por el ordenamiento jurídico a la vivienda, a partir de la sustitución de una vivienda por otra o de una vivienda por su precio³⁵.

Una variante será la transmisión de la protección a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada; y otra muy distinta será la transmisión de la protección a los importes que sustituyen a la vivienda afectada en concepto de indemnización o precio.

33 Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Publicada en el Boletín Oficial de la Nación, N° 32.985. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 8 de octubre de 2014. [Fecha de consulta: 03/04/2020]. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>. Libro Segundo, Parte General. Título VII, Responsabilidad Parental, Capítulo 7, Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines. Arts. 672 a 676.

34 Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación (op. cit.), Libro Primero, Parte General, Título III, Bienes, Capítulo 3, Vivienda, art. 248.

35 Sabene, Sebastián E., "Aspectos registrales del régimen de vivienda". En: Sabene, Sebastián E. (Director). *Derecho Registral. Una perspectiva multidisciplinaria*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2017, p. 247-288. Ver p. 270.

En primer lugar, se remite lo tratado unas líneas antes respecto al carácter dinámico de la vivienda.

En segundo lugar, corresponde estudiar qué se entiende por vivienda adquirida, en tanto, como bien señala el Not. Zavala, es erróneo el criterio adoptado por ciertos registradores que considera a la vivienda adquirida como aquella "comprada" producto de la "enajenación" de la subrogada, originalmente afectada a vivienda³⁶. No surge del texto de la norma, un requisito semejante, al limitarse éste, sólo a la adquisición en reemplazo o sustitución de la afectada.

Es evidente, de la lectura del artículo, la irrelevancia de la naturaleza del acto por el que se adquiera la nueva vivienda, como así también de los fondos con los que se adquiera, en caso de que la adquisición sea a título oneroso. Del mismo modo, es irrelevante la naturaleza del acto por el cual se disponga del inmueble afectado originariamente, pudiendo ser, por ejemplo, una donación.

Nada dice la ley en cuanto a la necesidad de inmediatez entre la disposición y desafectación del inmueble a la protección de la vivienda y la adquisición de la nueva vivienda, pudiendo ser ambos actos celebrados en distintos momentos.

Se ha sostenido que: "En relación a la existencia de límite temporal sobre la afectación de la protección del precio obtenido con la venta, estimamos su innecesaridad, toda vez que éste no se encuentra previsto en materia de inmueble y por tanto corresponde aplicar idéntico criterio en caso de dinero, más allá de que su instrumentación suponga algunas complejidades adicionales"³⁷.

En tercer lugar, la transmisión operará de forma automática e inmediata ante el requerimiento del beneficiario titular del inmueble. Es decir, si la persona quisiera conservar la protección de la vivienda a un nuevo inmueble que va a adquirir, el lapso que suceda entre la desafectación de la primera vivienda y la adquisición de la nueva, no implicará la desprotección durante ese período.

36 Zavala, Gastón A., *Subrogación de vivienda...* (op. cit.), p. 12.

37 Amieva Nefa, Sonia Victoria, "La subrogación en el precio en materia de vivienda. Algunas notas en torno a su instrumentación", LL. Rev. CCyC. 3-2017.

El CCyC, de acuerdo a lo mencionado, no establece requisitos sobre la forma de llevar a cabo esa sustitución y conservación del régimen.

5.1- Instrumentación de la reserva en la subrogación real

Aunque correctamente ha sido señalado por la doctrina que, el ejercicio de un derecho constitucional de la magnitud del presente no podrá supeditarse a la existencia o no de una reserva documentada al respecto³⁸, existen opiniones válidamente expuestas que consideran que la ausencia de una expresión sobre la intención de mantener el régimen a la hora de la disposición de la vivienda originalmente afectada, produciría su extinción³⁹.

Por nuestra parte entendemos –en una postura que podría llamarse intermedia⁴⁰– que será de fundamental importancia la labor del escribano, autor del instrumento público notarial, quien deberá, con su criterio profesional, y en ejercicio de una buena técnica notarial, dejar plasmada la voluntad del interesado de mantener la protección para afectar una nueva vivienda, generando así una adecuada publicidad cartular, en pos a la seguridad jurídica de las operaciones que instrumentamos.

No obstante lo dicho, consideramos que la inexistencia de tal manifestación en el instrumento notarial de modo alguno puede poner en riesgo la protección legal y el amparo constitucional de la vivienda.

No es pacífica la postura registral respecto a este punto. Si bien ha habido expresiones acerca de la conveniencia de verificar la existencia de dicha reserva y publicitar dicha circunstancia en el folio real⁴¹, la normativa existente no es coincidente en establecer su exigencia.

En efecto, el Registro de la Propiedad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires expresa "No será necesaria ni materia de inscripción, la 'reserva' de subrogar el beneficio en el documento de desafectación correspondiente"⁴².

38 Sabene, Sebastián E., "Aspectos registrales..." (op. cit.), p. 276.

39 Comentario al art. 248 del CCyC efectuado por Abella, Adriana; Regis, Ariel, en Clusellas, Eduardo G. (Coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, tomo I, Buenos Aires, Ed. Astrea-FEN, 2015. Ver p. 642.

40 Mazzei, Juana Beatriz. Afectación del inmueble al régimen de vivienda. Cuestiones registrales. Cita Online: AR/DOC/3983/2016, p. 5.

41 Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble. Conclusiones "Tema I". (LII-La Plata. 18/08/2015).

42 Disposición Técnico Registral N° 4 del año 2016, art. 4.

Por su parte, el Registro de la Provincia de Chaco⁴³ también ha establecido de la innecesidad de la reserva y que no tendrá reflejo registral.

En la Provincia de Buenos Aires, la cuestión fue resuelta mediante la DTR 10 del año 2016⁴⁴, que prevé el procedimiento técnico registral específico para estos casos, imponiendo el requisito de solicitar la reserva de la subrogación real y lo publicita en el folio real. Por su parte, el Registro de la Provincia de Santa Fe también exige la constancia documental de la reserva de sustituir, más no hace referencia a su publicidad⁴⁵. Idéntica postura, es la que sigue el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Neuquén, que a través de la RTG 03/2015⁴⁶, impone que del mismo documento debe surgir expresamente la reserva de sustitución.

Expuestos los fundamentos sobre la necesidad de instrumentación de la reserva, entendemos que, a pesar de que ese requisito de forma, establecido por el registrador en diferentes Provincias, deberá ser cumplido a efectos de conservar la protección –y sobre todo, la oponibilidad a terceros a partir de su publicidad–, el mismo ha excedido sus facultades al imponer requisitos que la ley de fondo no prevé. Una normativa registral no puede prevalecer sobre la manda constitucional que protege a la vivienda familiar. Las desventajas consecuencias que pueden sufrir una persona y su núcleo familiar al interrumpirse la inmunidad en el acto de reemplazo de la vivienda, no pueden estar en manos de un órgano administrativo.

Sin embargo, reiteramos y destacamos la importancia de consignar la tan mentada reserva en el instrumento redactado por el escribano, en ejercicio de una correcta y adecuada técnica notarial.

43 Disposición Técnico Registral N° 22 del año 2020.

44 Disposición Técnico Registral N° 10 del año 2016 del 06 de julio de 2016. Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires. Publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, N° 27.841. La Plata, 9 de agosto de 2016. [Fecha de consulta: 04/10/2020]. Disponible en: <https://normas.gba.gob.ar/documentos/BgA8zNHp.html>. Rezan los fundamentos: "...Que si bien el Código Civil y Comercial de la Nación en la dinámica de la subrogación real no impone la exigencia de efectuar reserva alguna, resultan inequívocos los beneficios que la misma conlleva para garantizar la seguridad jurídica..."

45 Disposición Técnico Registral Conjunta N° 15 del año 2016.

46 Resolución Técnica Registral N° 03/15. Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia del Neuquén. [Fecha de consulta: 08/04/2023]. Disponible en: <http://200.70.33.130/images2/RPI/datos2015/tecn.%20regis.%2003%20-15.pdf>.

5.2- Alcances de la protección sobre la vivienda subrogada

Podrá suceder que el nuevo inmueble a adquirir por la persona interesada, sea de menor o mayor valor que el que se dispone en el acto de desafectación. En caso que el inmueble sea de mayor valor, han sido dos, las posturas doctrinarias más importantes que se manifestaron al respecto:

- i) Por un lado, el Not. Zavala, entre otros, sostiene que es posible una subrogación a través de una ampliación objetiva del régimen de vivienda. Estructurándose de la siguiente manera: la protección integral por el mayor valor será otorgada desde la fecha de la afectación original y no desde la sustitución; sin embargo, los eventuales acreedores cuyos créditos se generaron entre la constitución y la subrogación, no podrán verse perjudicados por la ampliación objetiva, ya que de ésta forma se verían licuados en el nuevo bien, otros fondos que no contaban hasta ese momento con el beneficio protectorio legal, en perjuicio de esos terceros. Así, la diferencia deberá contemplarse en la subrogación y dejarse plasmada en el texto escriturario a fin de no perjudicar los derechos de terceros⁴⁷.
- ii) Por el otro lado, se encuentra la postura sostenida, entre otros por el Magister Sabene, que se inclina por la opción de mantener la afectación por subrogación sobre el total del inmueble adquirido en segundo término, independientemente del valor de este⁴⁸.

Cabe entonces preguntarse si es posible una subrogación a través de una ampliación objetiva del régimen de vivienda, que traslade la protección a la nueva vivienda sin considerar su valor.

Nos inclinaremos por la respuesta afirmativa. Ello, de acuerdo a los fundamentos que ha expuesto la doctrina⁴⁹ y que se describen a continuación: a) por la mencionada protección de carácter constitucional con la que goza la vivienda, que se traduce en su flexibilidad y consecuente protección de la misma, de acuerdo al aspecto dinámico que la vivienda representa para la persona a lo largo de su vida, y que fue expresado al

47 Zavala, Gastón A., *Subrogación de vivienda...* (op. cit.), p. 13.

48 Sabene, Sebastián E., *Aspectos registrales...* (op. cit.), p. 278.

49 *Ibidem*.

referirse, unas líneas más arriba, al concepto de vivienda; b) la afectación inicial al régimen de protección no tiene tope de valor, y esto se traduce en la preponderancia que ha otorgado el legislador a la protección del instituto de la vivienda por sobre el valor del bien afectado, con lo cual, a partir de las subrogaciones las viviendas afectadas pueden significar variaciones sucesivas de valor; c) la facultad de sustitución que prevé el art. 248 del CCyC no se limita a algún valor o a una parte indivisa, menciona expresamente que se traslada el beneficio de la protección "...a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada..."⁵⁰; y d) la realidad argentina indica que son muchos los factores que inciden en el valor de un inmueble, y que esos factores no necesariamente implican lujo o dimensiones mayores. Pretender atribuir a una subrogación de una vivienda por otra, que eventualmente tenga mayor valor, la intencionalidad de perjudicar a eventuales acreedores, implicaría calificar a un acto de ilegítimo cuando la ley no lo prohíbe expresamente ni implícitamente. En todo caso, el acreedor perjudicado tendrá la acción judicial pertinente para peticionar la inoponibilidad de la afectación por subrogación, en la proporción excedente del inmueble originalmente afectado.

El mismo criterio expresado aplicaría al caso en que la vivienda sustituta sea de un menor valor. En ambos casos, la conservación de la protección se hará extensiva a la nueva vivienda, con efectos protectorios desde la afectación inicial frente a acreedores posteriores ésta y aquellos posteriores a la sustitución.

La instrumentación de la reserva de sustitución se llevará a cabo entonces, mediante la desafectación de la vivienda inicial al régimen de protección, y una cláusula especial en el texto escriturario en donde conste la expresa reserva de subrogar el beneficio de protección de vivienda por parte del titular.

50 Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación (op. cit.), Libro Primero, Parte General, Título III, Bienes, Capítulo 3, Vivienda, art. 248.

5.3- Subrogación o sustitución entre viviendas que obran en el patrimonio del afectante

Habrá que partir sobre la base de que el CCyC ha omitido regular esta opción, aunque tampoco lo ha prohibido.

Naturalmente, las posturas esgrimidas al respecto han sido dos. La primera de ellas, que niega esta posibilidad y es sostenida por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires y la jurisprudencia de la misma provincia, según se analizará a continuación; y la segunda, que opta por admitirla, sostenida por la doctrina mayoritaria e incipiente jurisprudencia.

La primera postura, ha podido apoyarse en el argumento de preservación de los derechos de eventuales acreedores por sobre intereses familiares⁵¹, pero fue la jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires, quien ha sentado la posición más firme, basándose en la literalidad del articulado, entendiendo que cuando el texto de la ley es claro, no da lugar a interpretaciones, y por lo tanto corresponde aplicarla estrictamente, aún cuando pareciera injusta⁵². Ante la negativa de inscripción de una escritura que contenía una sustitución del régimen de protección de vivienda de un inmueble por otro que ya era de propiedad del otorgante, entendió la Cámara Primera en lo Civil y Comercial de la Plata, en la que recayeron los dos expedientes estudiados, que "la protección se traslada al nuevo inmueble retroactivamente a la fecha de la primigenia afectación, pero para que ello ocurra tiene que existir un inmueble adquirido en sustitución del afectado, condición necesaria que descarta de plano la pretensión de trasladar la afectación entre dos inmuebles que ya integraban el patrimonio del o los titular/es, aunque el móvil fuese la posterior venta del tutelado, porque en ese caso no se trata en rigor de una sustitución de vivienda que habilite la denominada subrogación real"⁵³.

51 Zavala, Gastón A., *Subrogación de vivienda...* (op. cit.), p. 14.

52 Cámara primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Plata, Sala I. Autos: "Dirección General del Registro de la Propiedad, Expediente N° 23077-1003/2016 iniciado por el Notario Emilio Coto". Sentencia del 14 de junio de 2016. Inédito. [Fecha de consulta: 06/10/2020]. Disponible en: <https://www.rpba.gov.ar/files/Normas/Juris/BJ-00097>. Ver voto de la Dra. Bourimborde. Pto. 3.

53 Cámara primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Plata, Sala III. Autos: "Dirección General del Registro de la Propiedad, Expediente N° 2307-0001222/2016 iniciado por la Not. Hilda Vega de

Esta postura ha sido ampliamente criticada por la doctrina, con fundamentos más que valederos. Así el Not. Zavala manifiesta que son tan esenciales y claros los principios constitucionales que imperan en el régimen de vivienda que una interpretación restrictiva de tal instituto y las normas que lo regulan, es contraria a tales principios. La interpretación de la norma debe atenerse a la esencia del instituto que protege, y no a su literalidad⁵⁴.

Por su parte, Sabene expone que, tal como proclama el art. 2 del CCyC⁵⁵, la ley debe ser interpretada, teniendo en cuenta, además de sus palabras, sus finalidades, leyes análogas y las disposiciones que surjan de los tratados internacionales y principios y valores jurídicos, de manera armónica con todo el ordenamiento jurídico. Dejando en evidencia, esta aclaración, que una interpretación restrictiva de la redacción del art. 248 del CCyC, podría implicar no sólo una incompatibilidad con los fines perseguidos por la norma, principios jurídicos rectores y normas internacionales que protegen la vivienda, sino también una desprotección de la vivienda, obligando a la persona a optar por la protección de su vivienda o mudar su domicilio⁵⁶. Señala el mencionado autor⁵⁷ que también se ha concluido en la XXXIX Jornada Notarial Bonaerense en el sentido de que el régimen de protección de la vivienda "...se extiende al caso de otro inmueble de titularidad del constituyente beneficiario"⁵⁸.

Resulta cuanto menos llamativo, que registros de otras provincias admitan una solicitud de las características que se estudian, y la Provincia de Buenos Aires la niegue, creando así una desigual situación y protección entre los ciudadanos⁵⁹.

-
- Torchia". Sentencia del 29 de diciembre de 2016. Cita Online: AR/JUR/107617/2016. [Fecha de consulta: 06/10/2020]. Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar>. Ver voto de la Dra. Bourimborde. Pto. 3.
- 54 Zavala, Gastón A., Subrogación de vivienda... (op. cit.), p. 7.
- 55 Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación (op. cit.), Título Preliminar, Capítulo 1, Derecho, art. 2.
- 56 Sabene, Sebastián E., "Aspectos registrales..." (op. cit.), p. 282.
- 57 Ibídem, p. 283.
- 58 39 Jornada Notarial Bonaerense. *Conclusiones. Tema 8 – obligaciones*. [Fecha de consulta: 06/10/2020]. Disponible en: http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2015/39_jornada_notarial_bonaerense/conclusiones-tema8.pdf, p. 2.
- 59 Puerta de Chacon, Alicia, "Vivienda. Traslación de la afectación. ¿Otro esfuerzo interpretativo?", *Derecho de Familia: Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, 2017-IV, agosto 2017, p. 71 a 78. Ver p. 74.

Rodríguez Remis, por su parte, concluye que en caso de denegarse el traslado de la protección de la vivienda a otra que ya es de titularidad del afectante, se condenaría a la persona a residir siempre en el mismo lugar, contrariando su libertad a elegir su domicilio; se estaría priorizando el interés económico de acreedores, por sobre la protección de la vivienda, de base constitucional y supranacional; implicaría una prohibición que la ley no prohíbe⁶⁰.

Todos estos válidos fundamentos se consolidan en la exposición hecha por Mazzei⁶¹, y que nosotros compartimos: En rigor de verdad, la solicitud de la inscripción de sustitución de la vivienda protegida, por otra ya existente en el patrimonio del interesado, no configura un caso de subrogación real en los términos que expresa la norma, tal como argumentan los fallos comentados. Sin embargo, eso no necesariamente implica que tal sustitución esté prohibida. En realidad, debería solicitarse la inscripción de la sustitución con fundamentos en la protección constitucional y de los tratados internacionales, del instituto de la vivienda y su protección, que a partir de una función integradora del ordenamiento jurídico⁶², no pueden pasarse por alto bajo ningún punto de vista.

De hecho, así lo ha sostenido la variada jurisprudencia de distintas jurisdicciones, al admitir la subrogación real y sustitución de vivienda afectada incluso con anterioridad a la vigencia del nuevo régimen establecido por el CCyC. Y se hace mención a esta particular situación, ya que el régimen establecido por la derogada ley 14.394⁶³, no contemplaba la subrogación real o sustitución de la vivienda afectada; fueron los jueces quienes, en primera instancia, receptaron jurisprudencialmente esta posibilidad y luego el CCyC, el que la receptó legislativamente.

Amparados en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y los principios generales del derecho, algunos magistrados admitieron la subrogación real del entonces bien de familia, hoy régimen de vivienda, con una inter-

60 Rodríguez Remis, Mariano. *Sustitución o permuta...* (op. cit.), p. 6.

61 Mazzei, Juana Beatriz, *Afectación del inmueble al régimen de vivienda...* (op. cit.) p. 6.

62 Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación (op. cit.), Título Preliminar, Capítulo 1, Derecho, art. 2.

63 Ley 14.394. Modificaciones al Régimen de los menores y de la familia. Publicada en el Boletín Oficial de la Nación, N° 17805. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 30 de diciembre de 1954. Abrogada por la Ley 26.994 (Op. Cit.) [Fecha de consulta: 06/10/2020]. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/100000-104999/103605/texact.htm>.

pretación normativa finalista, guiada por aquellos principios superiores de los derechos tutelados, por la equidad y por la justicia⁶⁴.

Muy brevemente, pueden citarse cronológicamente:

- i) Una primera postura sostenida por la Sala L, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en donde se consideró que la ley 14.394, entonces vigente, no preveía la subrogación real de los inmuebles a efectos de la protección; sin embargo, la misma, en su art. 35 establecía que la constitución de bien de familia produciría efectos a partir de su inscripción en el registro inmobiliario correspondiente, con lo que, quedaría vedada la subrogación solicitada ante la imposibilidad de trasladar la protección que otorga la institución de un inmueble a otro; además, sostuvo que la petición de subrogación real excedía el marco de autorizaciones previstas en las leyes de fondo y procesales, en cuanto pretendía que se otorgue a la constitución de bien de familia sobre, en aquel caso, un inmueble a adquirir, efectos anteriores a la misma, tratando de dar al instituto del bien de familia un efecto jurídico distinto al previsto en aquella ley⁶⁵.
- ii) Unos años más tarde, en un fallo más que interesante, la Sala I, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, consideró que: " [...] Si al constituyente del bien de familia se le niegan acciones declarativas en orden a la sustitución y se le liquida el bien en la quiebra entre todos sus acreedores anteriores y posteriores a la inscripción, la protección que buscó a través de la constitución del bien de familia no la logró y la protección de la vivienda familiar resulta inexistente [...] La sustitución no perjudica los derechos de los acreedores pues para ellos la situación no varía, a quienes les era oponible el primer bien de familia les será oponible el segundo [...] Resulta paradójico que el Estado que en su Constitución protege la vivienda familiar y al bien de familia para poder cobrar sus impuestos o tasas, permita la agresión de la vivienda familiar por todo aquel al que originariamente el bien de familia le hubiera

64 Rodríguez Remis, Mariano, *Sustitución o permuta...* (op. cit.), p. 2.

65 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L. Autos: "Anda, Blanca de las Nieves". Sentencia del 25 de mayo de 1992. Cita Online: AR/JUR/42/1992. [Fecha de consulta: 06/10/2020]. Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar>. Ver especialmente considerandos, párrafo 3°.

sido inoponible"⁶⁶. Finalmente admitió la subrogación real solicitada por el actor, aclarando que si bien la subrogación real no era una posibilidad prevista expresamente por la ley vigente: "los jueces no pueden negarse a juzgar por oscuridad o defectos de la ley y que el derecho no sólo es la ley positiva sino que incluye los principios generales de derecho y que dentro de los principios generales de derecho se encuentra el de 'la subrogación real' el que tiene recepción legislativa en el art. 1296, aplicable por analogía"⁶⁷ dando inicio así a una serie de fallos que se inclinaron por admitir no sólo la subrogación real, sino también la sustitución-permuta mediante una interpretación de la norma en concordancia con los principios generales del derecho.

- iii) La Sala I, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, ante un rechazo del Registro General de inscripción de una escritura pública en la que se sustituyó el inmueble constituido como bien de familia por otro que ya existía en el patrimonio de los actores, revocó la decisión del registrador haciendo lugar a la inscripción. Para resolver así, consideró que, si bien la sustitución no estaba prevista en la norma vigente, la autointegración de normas que hace el juez, mediante aplicación de la analogía, regulada en el art. 16 del Código velezano, permitía concluir que la interpretación del bien de familia no debía reducirse o restringirse, sino que la aplicación de tal régimen debe estar presidida por el interés familiar. Por otro lado, consideró que no se configuraba perjuicio alguno a los derechos de acreedores, para quienes la situación no variaba en tanto les sería oponible el primer bien de familia como el segundo Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala I. Autos: "Botto, Dardo S. y otra". Sentencia del 15 de octubre de 2002. Cita Online: AR/JUR/2588/2002.
- iv) En un reciente fallo de la Sala I de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Santa Fe, el tribunal se pregunta si, "...habiéndose recepción jurisprudencialmente la subrogación real, cuando no se encontraba prevista en el régimen de la ley N° 14.394, por razones finalistas de equidad

66 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala I. Autos: "Kipperband, Jacobo c. Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires". Sentencia del 03 de febrero de 1997. Cita Online: AR/JUR/4756/1997. [Fecha de consulta: 06/10/2020]. Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar>. Voto de la Dra. Medina. Punto 11, inc. f) a h).

67 *Ibidem*. Voto de la Dra. Medina. Punto 12, inc. a).

y justicia y recurriendo a principios generales del derecho y a la analogía, podría suceder lo mismo en materia de sustitución-permuta de afectación a vivienda"⁶⁸. Ante la negativa registral de inscripción de una escritura en la que se instrumentaba la sustitución-permuta de una afectación de vivienda de un inmueble a otro que ya era propiedad del afectante, el tribunal revocó la decisión y ordenó inscribir la escritura. Para decidir así, consideró, entre otras cosas que: i) el instituto de la vivienda y su régimen protectorio tienen identidad propia, orientada a sustentar la familia; ii) como consecuencia de un proceso de constitucionalización del derecho común, un derecho como la protección de la vivienda, es operativo, y no requiere de ninguna disposición legal que lo reglamente; iii) los jueces no están para ejecutar la ley, sino para decir el derecho en cada caso, derivando racionalmente desde la ley y el derecho vigente, la solución más justa; iv) la interpretación de las normas relativas al régimen de vivienda, jamás debería ser restrictiva, por ser sus caracteres tan enérgicos y con fundamentos tan sólidos. Su aplicación debe guiarse por los superiores derechos tutelados y estar presidida por el interés familiar; v) apelar a la finalidad a la que tiende la norma, no implica efectuar una interpretación que exceda la gramática legal. La interpretación de la norma debe ir encausada con la protección constitucional que se le da a la vivienda familiar, como derecho humano fundamental; vi) el interés social y familiar debe ser el principio rector de toda hermenéutica, y las disposiciones normativas deben interpretarse en función de ello.

Con estos ejemplos, se apunta a remarcar que si bien la subrogación real y la sustitución-permuta de una vivienda protegida, por otra que ya forma parte del patrimonio de la persona, no estaban regulados específicamente en la normativa, se los admitió jurisprudencialmente por razones de equidad y justicia, recurriendo a principios generales del derecho y a la analogía. Así las cosas, ¿por qué no puede admitirse hoy, la sustitución de inmuebles en el régimen de protección de vivienda, por un inmueble que ya se tenía? ¿Podrá, como se refiere el reciente fallo,

68 Cámara de Apelación Civil y Comercial de Santa Fe, Sala I. Autos: "Cursack, Eduardo Marcos s/ Resol. Admin. (Reg. Civil, Inspec. Per. Jur.). Recurso de recalificación" (Expte. CUIJ 21-04911595-1). Sentencia del 06 de octubre de 2020. Cita: 225/21. [Fecha de consulta: 10/06/2021]. Disponible en: <http://bdjcamarajusticiasantafe.gov.ar/index.php?pg=bus&m=busqueda&c=busqueda&a=get&id=1640> 5. Ver considerandos, pto. III.2.a.

recurrirse a los mismos principios de interpretación y analogía apelados por la jurisprudencia anterior?

Se entiende que sí. Los valores en juego son idénticos sea que se trate de un inmueble que se adquiere, o un inmueble que se tiene⁶⁹. Además, si se tienen presentes las normas que refieren a la sustitución en el ordenamiento jurídico vigente, es posible aplicar la analogía para resolver el tema⁷⁰.

En palabras de Guastavino, "la subrogación real es un supuesto de modificación objetiva y cualitativa de la relación jurídica en cuya virtud reunidos ciertos requisitos un objeto ocupa el lugar de otro en la situación patrimonial; y que cumple con las mismas condiciones jurídicas e idéntica afectación, respetando la validez y eficacia del acto jurídico que operó la subrogación real favoreciendo el tráfico económico sin provocar un obstáculo ni impedimento al progreso económico ni la frustración de planes de larga duración ni el inmovilismo ni perjuicio a terceros"⁷¹.

Dicha figura hoy se encuentra receptada –en lo que al régimen de vivienda atañe– en el art. 248 del CCyC, que prevé la posibilidad de disponer del inmueble afectado al régimen de vivienda y adquirir otro manteniendo la oponibilidad histórica de la afectación primigenia, e incluso reconoce la posibilidad de transmitir y/o trasladar la afectación a los importes que sustituyen a la vivienda en concepto de indemnización o precio. La incorporación de la figura de la subrogación real de la vivienda es una novedad legislativa acertada, reconocida ya por la jurisprudencia, y que responde sin duda a una realidad fáctica de formas de vinculación del ser humano, que no pueden ser desatendidas por el derecho, y que se relacionan principalmente con la movilidad de las personas, cuando de lo que se trata es de obtener el efectivo amparo a una prerrogativa, cuyo reconocimiento ya ha sido expresamente consagrado.

En esta línea, el art. 1 del CCyC expresa que "los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte [...]", a lo que puede agregarse lo dispuesto

69 Puerta de Chacon, Alicia, *Vivienda. Traslación de la afectación...* (op. cit.), p. 78.

70 Mazzei, Juana Beatriz, *Afectación del inmueble al régimen de vivienda...* (op. cit.), p. 6.

71 Guastavino, Elías P., "La seguridad jurídica y el principio de subrogación real", JA, 1918-1998, p. 260.

en el art. 2, que prevé que: “[...] la ley debe ser interpretada [...] de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico [...]”. De modo que la nueva codificación consagró este cambio de paradigma, estableciendo una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, siendo una de esas manifestaciones la protección de la vivienda como derecho fundamental⁷².

Por consiguiente entendemos que una interpretación sistemática y extensiva del art. 248 de dicho cuerpo normativo, con sustento en el derecho convencional constitucional, nos permite concluir en que puede trasladarse la afectación entre dos inmuebles que se encuentren simultáneamente dentro del patrimonio del “sustituyente”. Es que sostener que la protección pretendida sólo puede transmitirse a un inmueble que se adquiere luego de “vender” o “permutar” otro afectado y no a uno que ya se tiene luce irrazonable y apartada del derecho protegido.

No es admisible el argumento de dicha sustitución perjudica a los derechos de los acreedores, pues para ellos la situación no varía (ni empeora ni mejora), al existir ambos bienes en el patrimonio del constituyente-deudor, pudo el bien sustituyente haber sido agredido con anterioridad a producirse la sustitución y eventualmente esos acreedores podrán agredir en lo sucesivo al inmueble sustituido, y si se afectase uno de mayor valor, les será oponible el incremento producido.

72 Flah, Lily R.; Aguilar, Rosana I.; Cafferatta, Néstor A., “Comentario al art. 244”, en: *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Dir.: Ricardo L. Lorenzetti, T. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 817.

Bibliografía

- Amieva Nefa, Sonia Victoria. "La subrogación en el precio en materia de vivienda. Algunas notas en torno a su instrumentación", LL. Rev. CCyC. 3-2017 [Documento Electrónico]. Buenos Aires, La Ley, 2017.
- Arean, Beatriz. *Bien de familia*, Ciudad de Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2001.
- Benzaquen, Alicia Susana. "Protección de la vivienda familiar", en suplemento especial "Cuestiones patrimoniales en el derecho de familia", coordinadora: Yamila Cagliero, La Ley, noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/42719419-suplemento-cuestiones-patrimoniales-final.pdf>.
- Caramelo, Gustavo; Piccaso, Sebastián; Herrera, Marisa (directores). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª Edición, tomo I, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Infojus, 2015.
- Casanegra, Guillermo. "Subrogación real en el régimen de vivienda", Revista de Estudios de Derecho Notarial y Registral, Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (Idi-Cj), Universidad Blas Pascal, Córdoba, Argentina, año 8, N° 8, febrero 2022 // ISSN: 2362-3845. Disponible en: <https://revistas.ubp.edu.ar/index.php/derecho-notarial-registral/issue/download/34/30>.
- Carminio Castagno, José C. "Acerca de la interpretación del art. 247 del Código Civil y Comercial", en Revista del Notariado, director: Alvaro Gutiérrez Zaldívar, N° 927, enero-marzo 2017.
- Cossari, Leandro R. N. "La facultad jurídica del usufructuario de afectar al régimen de vivienda", ponencia presentada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2015.
- De Garay Lanús, Ignacio. "La afectación a la vivienda como expresión de la dignidad humana", Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2019. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10765>.
- Famá, María V. "La protección jurídica de la vivienda unipersonal. Constitución del bien de familia a favor del titular de dominio sin familia", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, N° 2011-1.
- Farha, Leilaini. "Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como un elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto". Disponible en: http://www.hlrn.org/img/documents/A_70_270_SP.pdf.
- Flah, Lily R.; Aguilar, Rosana I.; Cafferatta, Néstor A. "Comentario al art. 244", en: *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dir.: Ricardo L. Lorenzetti, t. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 817.

- Fuster, Gabriel Aníbal. "Algunas consideraciones en torno al concepto, al objeto y a la legitimación del derecho real de usufructo en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", ponencia, mención especial, XVIII Jornada Notarial Cordobesa (2015), publicado en Revista Notarial, año 2015/01, N° 92, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba. Disponible en: <https://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/11/rncba-92-2015-09-doctrina.pdf>.
- Guastavino, Elías P. "Derecho de familia patrimonial: bien de familia", adaptado por Eduardo Molina Quiroga, Buenos Aires, La ley, 2010, tomos I y II.
- Guastavino, Elías P. "La seguridad jurídica y el principio de subrogación real", JA, 1918-1998.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial Argentino 2014". Publicado en Jurídica la Ley de fecha 8/10/2014. Disponible en: <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf>.
- Mazzei, Juana Beatriz. "Afectación del inmueble al régimen de vivienda. Cuestiones registrales". Cita Online: AR/DOC/3983/2016. Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar>.
- Puerta de Chacón, Alicia. "Vivienda. Traslación de la afectación. ¿Otro esfuerzo interpretativo?", Derecho de Familia: Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, 2017-IV, agosto 2017.
- Rodríguez Remis, Mariano. "Sustitución o permuta del inmueble afectado al régimen de vivienda. La necesidad de reformar el art. 248, Código Civil y Comercial de la Nación". Cita Online: AR/DOC/3364/2019. Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar>.
- Sabene, Sebastián E. "Aspectos registrales del régimen de vivienda". En: Sabene, Sebastián E. (Director), *Derecho Registral. Una perspectiva multidisciplinaria*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2017.
- Urbaneja, Marcelo Eduardo. "Usufructo, uso y habitación: trascendental cambio de función económica", El Derecho, [275] - (04/12/2017, N° 14.321).
- Zavala, Gastón A. "Subrogación de vivienda. Interpretación del Régimen en el contexto jurídico", Revista de derecho de familia y de las personas, N° 2018 (9 oct.).

Posibles alternativas ante la falta de vocación sucesoria del conviviente*

**Zulma A. Dodda
y Natalia Martínez Dodda**

* Segundo premio otorgado por el Jurado en la 34 Jornada Notarial Argentina, desarrollada en la ciudad de Mar del Plata entre el 3 y el 6 de mayo de 2023. Corresponde al tema I de la Jornada, "Planificación patrimonial familiar".

Ponencias. 1. Planificación patrimonial familiar. 2. Planificación en el ámbito de la unión convivencial. 3. Planificación patrimonial "sucesoria" en el marco de la unión convivencial. 4. Autonomía de la voluntad. Flexibilización del orden público sucesorio 5. Régimen supletorio. 6. Herramientas jurídicas destinadas a suplir la falta de vocación sucesoria del conviviente supérstite. 7. Pactos de convivencia. 7.1- Contenido. Autorregulación. Límites. 7.2- Proyección sucesoria. 7.3- Previsiones. 8. La opción testamentaria. 8.1- Testamento. 8.2- Legado del usufructo. 8.3- Fideicomiso testamentario. 9. Otras herramientas. 9.1- Renta vitalicia. 9.2- Pacto de herencia futura. 9.3- Fideicomiso con trazabilidad sucesoria. 10. Corolario: nuestra opinión sobre la postura del legislador de no reconocer vocación sucesoria al conviviente. 11. Conclusiones

Ponencias

- Si la extinción de la unión se produce por fallecimiento de uno de los convivientes, el pacto convivencial tendrá trazabilidad sucesoria. Y esto así por cuanto el art. 523 CCyC no distingue: las reglas y consecuencias legales son las mismas cualquiera sea la causa del cese de la unión: disolución voluntaria o muerte.
- El pacto convivencial no requiere forma testamentaria para tener eficacia sucesoria. El fundamento de esta afirmación está en la causa del pacto. Si la causa es la asignación de una recompensa en virtud del desequilibrio que genera la ruptura de la unión; o es el reconocimiento del esfuerzo común para la adquisición de los bienes que son de titularidad de uno solo de los convivientes, surge un derecho creditorio a favor del supérstite. No hay una liberalidad de uno a favor de otro. El conviviente supérstite tendrá derecho porque se ha reconocido su participación en la generación de esa riqueza.
- El único caso en que será necesario respetar la forma testamentaria es el pacto en el cual se pretenda incluir previsiones que apliquen –exclusivamente– al cese de la convivencia por causa de muerte, porque una vez que se ha reconocido el derecho a recompensa o a la adjudicación de los bienes, se genera en el conviviente un derecho en expectativa, un derecho creditorio que es operativo cualquiera sea la causa de cese

de la unión. Si los convivientes quisieran circunscribir el reconocimiento exclusivamente al caso de cese por muerte, entonces sí, estaríamos ante una liberalidad y la forma testamentaria sería inevitable.

- En cuanto a la ejecución del pacto –aplicable a cualquier causa de cese de la convivencia– en caso de haberse previsto el otorgamiento de poderes, con validez *post mortem*, podrá el conviviente supérstite, sin más trámite, cumplir con los efectos del pacto. En caso de que no se hubieran otorgado poderes, deberá el conviviente presentarse en el expediente sucesorio y solicitar que sean los herederos los que ejecuten la voluntad del causante.
- Es válida la renuncia anticipada a la compensación económica, en el marco de un pacto convivencial, en tanto la misma no afecta el orden público, ni el principio de igualdad o derechos fundamentales de los convivientes. Pero podría ser revisada, a la fecha de su ejecución, en sede judicial, en caso de cambio de las circunstancias sobrevinientes.
- Lo dispuesto en el pacto convivencial respecto de la distribución de los bienes es una obligación asumida por el causante en vida, con naturaleza de derecho creditorio, que deberá ser respetada y cumplida por los herederos, en tanto solo queda pendiente la obligación de hacer de otorgar la respectiva escritura.
- En el marco de un pacto convivencial podrían “flexibilizarse” las disposiciones contenidas en el art. 527 CCyC con relación a la atribución de la vivienda familiar, sea extendiendo el plazo o dejando de lado los requisitos para el acceso a ese derecho o las condiciones para su extinción.
- El codificador no se equivoca al excluir al conviviente del orden sucesorio. No podría la norma obligar a los miembros de la unión convivencial con la misma ley que impone a los integrantes de una unión matrimonial. Existe la libertad de “no casarse”, que debe ser admitida y tener consecuencias propias. La vía de escape frente a esta decisión del legislador es doble: la posibilidad de pactar (pactos de convivencia) y la posibilidad de testar.

1. Planificación patrimonial familiar

Pensar en términos de planificación patrimonial es adentrarse en el estudio del derecho privado en toda su extensión, bordeando los aspectos civiles, pero también comerciales, el derecho de familia, el orden sucesorio, el régimen patrimonial matrimonial, las normas en materia de unión convivencial, el derecho societario y la enumeración sigue.

La planificación podrá ser presente o futura. Podrá abordar inquietudes actuales del disponente, con instrumentos jurídicos de aplicación inmediata (donación, usufructo, habitación, entre otros). Pero también podrá prever escenarios futuros, con la intención de ejecutarse en caso de acontecer determinado hecho (que podrá ser el fallecimiento del disponente o la ruptura, por otra causa, de un vínculo matrimonial o convivencial). En estos supuestos, las herramientas podrán ser el pacto de herencia futura que regula el art. 1010, un testamento, un fideicomiso testamentario, un pacto convivencial con trazabilidad sucesoria, entre otros. Y por supuesto, podría darse el caso de una planificación mixta (en el sentido de su alcance temporal) que atienda, simultáneamente, cuestiones presentes y también futuras.

El instituto de la planificación nos obliga, como notarios, a esforzarnos más que nunca en escuchar al requirente, antes de asesorar. Recepcionar su voluntad, conocer a su familia, dilucidar sus preocupaciones, descubrir las características particulares de esa organización/empresa familiar, ahondar en sus temores, sus inquietudes, sus proyecciones.

Los objetivos de la planificación pueden ser muchos y diversos, incluso –a veces– simultáneos: protección de adultos mayores, protección del heredero con discapacidad, regulación de las relaciones en la empresa familiar con miras a la prevención de conflictos y la continuidad del negocio, protección de la vivienda, generación de recursos para la subsistencia de la familia ante la ausencia o impedimento de quien cumple el rol de proveedor, entre muchos otros.

Será un trabajo que involucre, sin duda, más de una audiencia notarial, en un proceso que no podremos apurar ni precalificar. Y recién una vez que estemos absolutamente interiorizados de la situación familiar, podremos empezar a pensar en el formato jurídico que se amolde al caso en particular.

Deberemos realizar un análisis omnicomprendivo que probablemente requiera de una visión interdisciplinaria, con la intervención de otros profesionales.

No nos cabe duda de que el notario, por su formación, su habitualidad en la intermediación para la concreción de acuerdos familiares, su sapiencia para la redacción de instrumentos y su deber funcional de ser un justo interlocutor para todas las partes (no solo para quien lo convoca) es el profesional idóneo para asesorar y dar formato jurídico a un acuerdo de planificación patrimonial familiar.

2. Planificación en el ámbito de la unión convivencial

De ese universo enorme de posibilidades de estudio que comentábamos previamente hemos elegido circunscribir nuestro trabajo al análisis de la *planificación patrimonial familiar en el ámbito de la unión convivencial*.

En el marco de la constitucionalización del Derecho Privado y el reconocimiento de la autonomía personal se ha pasado de considerar un modelo único y rígido a múltiples formas reconocibles de organización familiar.

Así se habla de la sustitución del derecho de familia por el "derecho de las familias"¹.

Con la sanción del Código Civil y Comercial se da reconocimiento legislativo a este tipo de uniones (antes llamadas uniones de hecho o concubinatos) que por supuesto no quedan equiparadas a la institución del matrimonio, pero se posicionan –ahora sí– con un marco legal que establece derechos y obligaciones para sus integrantes.

Y aquí también se abre un abanico interesante de temas de estudio, relacionados con la planificación, a saber: las vicisitudes del pacto de convivencia: su contenido y eficacia, el instituto de la compensación, las alternativas de regulación anticipada que tengan por objeto prevenir futuras controversias ante el cese de la unión, la posibilidad de prever una planificación sucesoria ante la falta de vocación hereditaria del conviviente, entre otros.

1 Birman Kerszenblat, Ezequiel, "La unión convivencial frente al orden sucesorio". La Ley AR/DOC/871/2019.

3. Planificación patrimonial “sucesoria” en el marco de la unión convivencial

En el ámbito sucesorio la denominada planificación “consiste en tomar los asuntos de la vida, teniendo en cuenta la posibilidad de retiro y la certeza de la muerte”. Es decir la posibilidad que tiene una persona en vida de poder diagramar y organizar la distribución de su patrimonio para cuando el hecho de la muerte se haga presente². En otras palabras se trata de “pensar la herencia”³.

Como habrán advertido, hasta ahora hemos avanzado de lo genérico: *planificación patrimonial familiar* a lo específico: planificación en el marco de la *unión convivencial*. Pero queremos circunscribir un poco más el análisis para centrarnos en la proyección sucesoria de esa planificación.

¿Por qué?

1) *Porque este es un tema habitual de consulta en nuestras notarías*

Cuando una pareja, que integra una unión convivencial, se acerca a nuestro despacho, la consulta habitual es: ¿se puede dejar pactado lo que ocurrirá ante la extinción de dicha unión? No se plantean el modo de regular situaciones de aplicación presente, sino más bien de aplicación futura. Y en esa proyección, la preocupación fundamental ronda en torno al supuesto de *muerte* de alguno de los convivientes (art. 523 inciso a) CCyC). Lo que más inquieta es la eventualidad del fallecimiento de aquel que cumple el rol de proveedor de recursos económicos, y/o el que tiene la titularidad de los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión.

A contrario sensu son pocas las consultas que recibimos en cuanto a la posibilidad de dejar previsto o acordado lo que acontecerá ante el cese de la convivencia por disolución *voluntaria* de la unión (art. 523 incs. c, d, e, f y g CCyC).

Entendemos que la falta de consultas se debe a que:

- quienes eligen la unión convivencial, como marco legal para su organi-

2 García Sarmiento, María, “Planificación sucesoria, legítima y uniones convivenciales. La Ley AR/DOC/1523/2021.

3 Glikin, Leonardo J., ISBN: 978-987-989-190-2. Editorial: Consejo Argentino de Planificación Sucesoria.

zación familiar, buscan justamente quedar al margen de la norma, del molde más rígido que contiene –legalmente– a la unión matrimonial;

- si los convivientes hubieran querido una comunidad, desde lo económico, el marco legal que hubieran elegido hubiera sido el matrimonio.

Por supuesto que, si bien tenemos la certeza de que en la práctica el pacto con previsiones para la vida de la unión o el cese voluntario de la misma no es una inquietud genuina de los requirentes, reconocemos que es un tema en el que claramente podemos hacer “docencia”, explicando las bondades que resultan de celebrar un pacto de ese tipo. Estamos hablando de “hacer conocer” esta figura, de la misma forma que hacemos docencia cuando explicamos el régimen de afectación a vivienda (antes bien de familia) a la pareja joven que nos convoca para intervenir en la compra del inmueble que tendrá ese destino.

2) *Porque es un desafío desde el punto de vista del análisis normativo*

Diseñar una planificación sucesoria en el ámbito de la unión convivencial conlleva un verdadero desafío en tanto el derecho argentino no reconoce vocación sucesoria al conviviente.

En esta decisión normativa el codificador del 2015 se ha alejado de otras soluciones previstas en el derecho comparado que sí reconocen ciertos derechos al conviviente supérstite.

Los miembros de una unión convivencial solo son pasibles del llamamiento testamentario (como heredero o legatario) o beneficiario de diversos institutos propios de la planificación sucesoria, como cualquier tercero, como si nunca hubieran mantenido algún vínculo de tipo familiar con el causante. Es más, si quien falleció convivió toda su vida con su pareja, pero no previó la transmisión de su patrimonio y no tiene parientes en grado sucesible, su patrimonio será reputado vacante⁴.

La intervención notarial tendrá como norte, fundamentalmente, evitar futuros conflictos entre los herederos y el futuro conviviente supérstite. La experiencia jurisprudencial indica que el índice de conflictividad aumenta cuando los descendientes no provienen de un único núcleo familiar.

4 Pellegrini, María V., “Regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial de la Nación. Algunas dificultades y/o cuestiones prácticas”. La Ley AR/DOC/3159/2019.

Es el caso de familias convivenciales integradas por hijos en común e hijos de cada uno de los convivientes con otros progenitores.

El objetivo de este trabajo será entonces analizar el vínculo entre el derecho sucesorio y el derecho de familia, con especial atención en las uniones convivenciales, como nueva forma reglada de organización familiar.

Nos ocuparemos de investigar cuáles son las herramientas jurídicas con las que podemos dar respuesta a los requirentes que conforman una unión convivencial y expresan la inquietud de dejar previsto lo que acontecerá ante el fallecimiento de uno de ellos.

4. Autonomía de la voluntad. Flexibilización del orden público sucesorio

El principio de la autonomía de la voluntad, con gran receptividad en el Código Civil y Comercial, impacta directamente en la definición y conformación de un proyecto jurídico de planificación patrimonial.

Y puntualmente, en el ámbito del derecho "convivencial", la autonomía de la voluntad alcanza su máxima expresión reduciéndose al mínimo el límite impuesto por las normas imperativas y de orden público.

En las uniones convivenciales la libertad de autorregular el régimen económico patrimonial es mucho mayor que en el matrimonio, dado que el principio de la autonomía de la voluntad rige plenamente en este tipo de organización familiar.

El principio rector en las uniones convivenciales es la autonomía de la voluntad y solo ante la falta de pacto se aplica la regulación legal. Por lo tanto esta es supletoria o subsidiaria, como así lo establecen distintas normas que especifican que las soluciones legales allí previstas se establecen "a falta de pacto" (art. 518 y 528 CCyC)⁵.

Es en este contexto que la doctrina habla de la "contractualización de las relaciones convivenciales"⁶.

5 Pellegrini, María V., ob. cit.

6 Salierno, Karina Vanesa, "Regímenes patrimoniales matrimoniales y convivenciales"; *Planificación sucesoria*, directora: María Cristina Mourelle de Tamborenea, Editorial La Ley, Capítulo V, p. 136.

Por su parte, la planificación para después del fallecimiento es posible gracias a que la nueva codificación ha abierto un camino de flexibilización del orden público sucesorio.

Podríamos decir que la planificación, en sí misma, es una expresión de la proyección de la autonomía de la voluntad en materia sucesoria.

Y es en ese marco donde la intervención notarial pueda proyectarse con creatividad para el diseño "a medida" de un asesoramiento que contemple la situación de cada núcleo familiar.

5. Régimen supletorio

Enmarcados en ese principio de autonomía de la voluntad, el instrumento jurídico por excelencia al que podemos acudir para estructurar la planificación patrimonial que rija la unión convivencial, *tanto en vida de los convivientes como con eficacia sucesoria*, es el pacto de convivencia, que se encuentra expresamente regulado en el Capítulo 2 del Título III (arts. 513 a 517 CCyC).

Para el caso en que los convivientes opten por no otorgar un pacto de convivencia, es decir no regular, de manera convencional, la unión que conforman, el legislador ha previsto un *régimen supletorio* que configure el marco legal mínimo que se aplicará en caso de cese de esa unión.

El art. 523 establece las causas de cese de la convivencia.

Artículo 523.- Causas del cese de la unión convivencial. La unión convivencial cesa: a) por la muerte de uno de los convivientes; b) por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes; c) por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros; d) por el matrimonio de los convivientes; e) por mutuo acuerdo; f) por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro; g) por el cese de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.

Este régimen supletorio se aplica a todos los casos enumerados por el art. 523, es decir que el código no distingue entre disolución voluntaria o extinción por causa de muerte.

Dicho régimen está previsto en los arts. 524 a 528 CCyC y establece que, en caso de cese de la unión, y ante la falta de pacto, se aplicarán las siguientes reglas (comunes, como ya dijimos, al cese por cualquier causa):

1. Los *bienes adquiridos durante la vigencia de la unión* permanecerán en el patrimonio de quien los hubiera adquirido (art. 528 CCyC). Ello sin perjuicio de la posibilidad de probar enriquecimiento sin causa, interposición de persona, entre otros.
2. Derecho a solicitar *compensación económica* (art. 524 CCyC)

El marco legal supletorio se completa con la posibilidad de invocar el *derecho de atribución de la vivienda familiar* (art. 526 y 527 del CCyC), donde sí aparece una distinción en cuanto a la causa del cese, en tanto el art. 527 regula exclusivamente el caso de muerte de uno de los convivientes.

Pero además existe un segundo límite a la autonomía de la voluntad que deriva de tres parámetros, previstos en el art. 515 CCyC, que no podrán soslayarse:

- que lo pactado no vulnere el orden público,
- que no sea contrario al principio de igualdad entre los convivientes
- que no afecte sus derechos fundamentales.

6. Herramientas jurídicas destinadas a suplir la falta de vocación sucesoria del conviviente supérstite

Para contrarrestar este efecto normativo, la primera alternativa que podemos aportar la encontramos en el principio de libertad de contratar receptado en el art. 990. Esta libertad se encuentra vedada para los cónyuges que no opten por el régimen de separación de bienes, no así para los convivientes quienes ven en este artículo una ventana abierta para poder organizar sus relaciones jurídicas tanta en vida como para luego de su muerte⁷.

7 Marti, Luciana, "La planificación sucesoria ante la falta de vocación hereditaria del conviviente", ERREIUS

La elección de la herramienta jurídica adecuada variará dependiendo cuales sean las inquietudes de los requirentes y las características de cada organización familiar.

No tendremos un “manual” para encasillar este asesoramiento.

Sin embargo, intentaremos delinear una suerte de casuística que comprenda la mayor parte de las consultas que recibimos, habitualmente, en la notaría.

Nuestra intención es que este sea un trabajo que aporte herramientas claras para el ejercicio profesional, y es por eso que hemos decidido abordar la temática con carácter eminentemente “práctico”, enumerando los casos, describiendo el encuadre jurídico que consideramos pertinente y, en su caso, las divergencias que puedan existir en doctrina sobre determinados puntos. Fundamentalmente *nos haremos preguntas*, que intentaremos responder a lo largo de esta exposición.

Empezaremos por decir que son muchas y muy diversas las figuras jurídicas que podrían ayudarnos a estructurar un esquema de planificación patrimonial sucesoria en el marco de la unión convivencial: pactos de convivencia, pactos de herencia futura (art. 1010 CCyC), poderes con validez *post mortem*, testamentos, fideicomiso testamentario, fideicomiso de trazabilidad sucesoria, usufructo de bienes, partición por ascendientes, contrato de renta vitalicia, entre otros.

7. Pactos de convivencia

Los pactos son el instrumento por excelencia para la regulación de la convivencia y constituyen una herramienta sumamente eficaz para la resolución pacífica preventiva de los conflictos.

7.1- Contenido. Autorregulación. Límites

¿Qué tipo de previsiones podremos incluir en el pacto de manera de dar respuesta a las inquietudes que nos plantean los convivientes?

Artículo 514.- Contenido del pacto de convivencia. Los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones: a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común; b) la atribución del hogar común, en caso de ruptura; c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia.

En primer lugar tenemos que tener en cuenta que el art. 514 CCyC, que regula sobre el contenido del pacto convivencial, establece con claridad el principio de autorregulación que rige en esta materia y permite a los convivientes acordar, con amplia libertad, aspectos personales y patrimoniales de la unión.

La norma citada dice: "Los pactos de convivencia pueden regular, *entre otras cuestiones:...*" Y es esta última frase –que consignamos en bastardillas– la que nos interesa resaltar porque indica claramente que la enumeración que sigue a continuación no tiene carácter taxativo, sino que deja las puertas abiertas para delinear libremente el contenido de ese acuerdo.

Y en este punto la unión convivencial se diferencia claramente de la institución del matrimonio ya que el art. 446 enumera con carácter taxativo las cuestiones que podrán ser objeto de regulación en una convención matrimonial. Y el art. 447 fulmina de nulidad cualquier otro tipo de acuerdo.

Por su parte, el *art. 513 CCyC*, establece:

Autonomía de la voluntad de los convivientes. Las disposiciones de este Título son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes. Este pacto debe ser hecho por escrito y no puede dejar sin efecto lo dispuesto en los arts. 519, 520, 521 y 522.

Los límites a esta libertad de pactar estarán dados por normas de carácter tutelar.

Ellas son:

- el deber de asistencia (art. 519 CCyC),
- la contribución a los gastos del hogar (art. 520 CCyC),
- la responsabilidad por las deudas frente a terceros (art. 521 CCyC),
- la protección de la vivienda familiar (art. 522 CCyC), con una previsión muy importante para el caso de las uniones inscriptas, a saber: no se puede prescindir en el pacto de prestar asentimiento por la disposición del inmueble que tiene ese destino.

7.2- Proyección sucesoria

La primera pregunta que nos hacemos es la siguiente: ¿puede el *pacto contener cláusulas de planificación patrimonial con proyección sucesoria*?

Veamos.

El pacto convivencial, regulado en los arts. 513 a 517 CCyC, está destinado a regular no solo situaciones que puedan ser de aplicación presente, sino fundamentalmente situaciones que serán de aplicabilidad futura. Y esas situaciones de aplicabilidad futura tienen como escenario el **cese** de la unión convivencial.

Por su parte el art. 523 CCyC enumera las **causas** del cese de la unión, y una de ellas es, claramente, la muerte de uno de los convivientes. Es decir, la norma es abierta: el cese de la unión puede ser en vida, por mutuo acuerdo o por decisión unilateral (con notificación de uno hacia el otro) o puede estar provocado por la muerte. Y la muerte va a “disparar/activar” las consecuencias establecidas en dicho pacto, de la misma manera que lo haría el cese voluntario en vida.

Y una de esas consecuencias podría ser la adjudicación de los bienes adquiridos por el esfuerzo común, con independencia de la titularidad de los mismos, en un 60 % para uno y 40 % para el otro, por ejemplo; o el reconocimiento de una compensación económica a favor de uno de los convivientes equivalente a la suma de tantos pesos o equivalente a la mitad indivisa del inmueble ubicado en tal calle, de tal localidad.

Si existe pacto, los efectos y consecuencias del cese están regidos por el mismo y su cumplimiento es exigible. Si el cese de la unión es por muerte de uno de los convivientes obligados al pago, el cumplimiento de las obligaciones fijadas deberá requerirse ante el sucesorio porque es una deuda del causante-conviviente. Su cumplimiento se transmite a los herederos. La misma solución se aplica si existe pacto y uno de los exconvivientes reclamo o tiene intención de reclamar lo pactado –después del cese de la unión– en sede judicial y antes de su cumplimiento el conviviente obligado fallece⁸.

8 Orlandi, Olga E., “Los efectos de las uniones convivenciales ante el cese por muerte”. AR/DOC/270/2020.

Nos permitimos ser reiterativos para resaltar este enunciado: en tanto la normativa no distinga, las reglas y las consecuencias legales son las mismas cualquiera sea el motivo de cese de la unión, sea por disolución voluntaria o por muerte.

Entonces, no por interpretación doctrinaria sino por aplicación de la normativa vigente, *una primera conclusión es que, si acaece el fallecimiento de uno de los convivientes, el pacto convivencial tendrá trazabilidad sucesoria*. Hay que decirlo con voz fuerte y clara y en letra de molde. Desde algún sector doctrinario, probablemente "extra-notarial", podrán contradecirnos señalando: "no, el conviviente no tiene vocación sucesoria". Y a eso contestaremos: No estamos hablando de derechos hereditarios. No estamos refiriéndonos a la vocación sucesoria. Estamos hablando de consecuencias sucesorias de un pacto convivencial, celebrado en vida de los convivientes. Y esto es así porque lo regula el mismo Código de fondo cuando habla del "cese", sin distinguir la causa.

Segunda pregunta: *¿el pacto convivencial requiere forma testamentaria para tener trazabilidad sucesoria?*

Demostraremos a continuación que el pacto convivencial **no** necesita de la estructura testamentaria. En realidad, el pacto está regulando las consecuencias de una unión de hecho, que puede tener previsiones tanto para la vida como para el caso de fallecimiento, porque así lo permite el propio Código.

Y la **clave** para fundamentar esta afirmación es la **causa** del pacto. Si la causa es la asignación de una recompensa en virtud del desequilibrio que genera la ruptura de la unión; si la causa es el reconocimiento del esfuerzo común para la adquisición de los bienes que son de titularidad de uno solo de los convivientes, el pacto **no** requerirá forma testamentaria.

Ahora bien, si la causa es viabilizar una liberalidad sobre el patrimonio, de uno de los convivientes a favor del otro, entonces sí, en ese caso, pero sólo en ese caso, la estructura jurídica a la que deberemos recurrir será el testamento.

En el caso del pacto convivencial –que prevé por ejemplo la división de los bienes adquiridos por el esfuerzo común– el fundamento de la conformación de esa comunidad de bienes es un argumento convencional, basado en esfuerzos comunes. No hay una atribución patrimonial de

uno hacia otro para después del fallecimiento (eso sí implicaría la forma testamentaria). Lo que se regula a través del pacto es la distribución de los bienes adquiridos por el esfuerzo común. El conviviente supérstite tendrá derecho porque se ha reconocido que participó en la generación de esa riqueza. No es una liberalidad. Si quisiéramos ponerle un nombre podríamos hablar en ese caso de una suerte de régimen patrimonial convivencial convencional.

Dicho esto, *la segunda conclusión es que el pacto convivencial **no** requiere forma testamentaria para tener eficacia sucesoria.*

Tercera pregunta: *¿podría el pacto convivencial contener –exclusivamente– cláusulas de aplicabilidad sucesoria?*

Nos estamos imaginando la consulta de un requirente que solicita la instrumentación de un pacto convivencial con la sola intención de dejar previsto lo que acontecerá ante el fallecimiento de alguno de los convivientes; pero solo ante este acontecimiento, o sea ante el cese de la unión exclusivamente por causa de muerte.

En ese caso, y sólo en ese caso, estamos en condiciones de afirmar, que el formato jurídico deberá ser el testamento.

¿Y por qué decimos esto?

Porque hemos señalado, precedentemente, que la **clave** para justificar la **no** necesidad de la forma testamentaria es la **causa** del pacto.

Si la causa del pacto es la recomposición por el desequilibrio o el reconocimiento del esfuerzo común, o el pago de tareas realizadas por uno de ellos (etc...), el conviviente supérstite tendrá un derecho en expectativa de naturaleza creditorio.

Y si se prevé que ese pacto se aplicará en caso de cese de la unión, por cualquiera de las causas legales, es decir, sea ruptura voluntaria o por muerte, el pacto tiene trazabilidad sucesoria, no requiere de forma testamentaria, y para su cumplimiento se recurrirá a la activación de poderes con validez *post mortem* (si se hubieran previsto) o al reclamo a los herederos en el ámbito sucesorio.

Pero si **solo** se prevé la aplicación de las consecuencias reguladas por el pacto para el caso de muerte, entonces necesariamente deberá recurrir a la estructura testamentaria. ¿Por qué? Porque si los convivientes han reconocido que existe causa para la recompensa porque hay desequi-

librio, o causa para la adjudicación de un bien fundado en el esfuerzo común para adquirirlo, no podrían expresar, en el mismo pacto, que este reconocimiento es operativo **solo** en caso de muerte, y no en caso de ruptura voluntaria. Si existe causa para la compensación y/o adjudicación, esto aplica a cualquier causa de extinción de la unión; si solo la dejo para el caso de fallecimiento entonces sí, estaremos frente a una liberalidad, y la forma requerida será la testamentaria.

Volvamos ahora al requirente "imaginario" en el marco de una consulta. Nuestra respuesta será: si su intención es dejar previsto una estipulación (o varias) con eficacia estrictamente sucesoria, el formato será el testamento. Si la finalidad es dejar previsto consecuencias que se activarán ante el cese de la unión, por cualquier causa que sea (ruptura voluntaria o muerte) entonces el formato adecuado será el pacto convivencial el cual, como ya hemos manifestado, ante el fallecimiento de uno de los convivientes tendrá trazabilidad sucesoria.

No podríamos discriminar el cese en vida del cese por muerte porque si la causa se incorpora, para el conviviente supérstite se genera un derecho en expectativa, un derecho que ya está en su patrimonio.

Tercera conclusión: *el pacto que contenga –exclusivamente– cláusulas con eficacia sucesoria, y por tanto constituya una liberalidad, deberá respetar la forma testamentaria.*

Cuarta pregunta: *Si coincidimos entonces en que el pacto, en las condiciones enunciadas, tiene eficacia sucesoria, cabe preguntarnos ¿cómo se ejecuta?*

Entendemos que, en caso de haberse previsto el otorgamiento de poderes, con validez *post mortem*, podrá el conviviente supérstite, sin más trámite, cumplir con los efectos del pacto. En caso de que no se hubieran otorgado poderes deberá el conviviente presentarse en el expediente sucesorio y solicitar que sean los herederos los que ejecuten la voluntad del causante.

Otra pregunta relacionada con la anterior: *¿cuál es la naturaleza jurídica de los bienes obtenidos por el esfuerzo común?*

Es importante darle un contenido jurídico a esa comunidad de bienes que permita después causar la división de los mismos. En este sentido hay un artículo muy interesante en el código, sobre división de condominio que es aplicable a las uniones convivenciales y dice así:

Artículo 1984. Aplicaciones subsidiarias. Las normas de este Título se aplican, en subsidio de disposición legal o convencional, a todo supuesto de comunión de derechos reales o de otros bienes. Las normas que regulan el dominio se aplican subsidiariamente a este Título.

¿Estamos ante otra comunidad de bienes que se genera convencionalmente? ¿La causa del nacimiento de esta comunidad es el pacto? O dicho de otra forma, ¿el pacto es título causal para el nacimiento de la comunidad de bienes que va a generar, en caso de cese de la unión, la adjudicación y partición de los mismos?

Entendemos que la respuesta afirmativa se impone.

7.3- Previsiones

Como hemos visto precedentemente, en caso de no existir pacto, el Código Civil y Comercial regula los efectos del cese de la unión, con relación a: la compensación económica, la división de los bienes y la atribución del hogar familiar.

Cuando los integrantes de la unión deciden acordar las consecuencias del cese en un pacto (sea al inicio de la convivencia, con posterioridad o incluso al momento del cese) las previsiones podrán ser de distinto tipo, entre otras, relacionadas con esos mismos tres institutos que configuran el régimen legal supletorio mencionado en el párrafo anterior.

A continuación desarrollaremos cada uno de esos institutos, con una doble mirada: su regulación como régimen supletorio y las previsiones posibles en el marco de un pacto convivencial.

7.3.1- Compensación económica

El art. 524 CCyC dispone: "Compensación económica. Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial.

Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez".

La compensación económica es el derecho reconocido al conviviente a compensar el desequilibrio manifiesto que representa un empeoramiento de su situación, que se constata al cese de la vida en común y que fue causado por la convivencia y su ruptura. A su vez fija, al otro conviviente el deber de compensar⁹.

Para que la compensación proceda es imprescindible que se haya producido el cese de la unión. Sin embargo, ello no es suficiente. Para que el reclamo por compensación sea admisible es necesario que, además, se cumpla con los siguientes requisitos:

- que se genere un desequilibrio económico manifiesto para uno de los convivientes,
- y que ese empeoramiento de su situación económica tenga su causa en el fracaso de ese proyecto de vida en común, es decir por el cese de la unión.

¿Cuál es la finalidad de la norma? Propicia la superación de la pérdida económica que la finalización de la convivencia puede provocar en alguno de ellos, especialmente cuando el estilo de vida llevado en común produjo una desigualdad en sus capacidades para obtener ingresos¹⁰.

En las uniones convivenciales debemos partir del principio de proporcionalidad, es decir, los convivientes deben contribuir a las cargas del hogar común proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. Desde el momento en que se produce una ruptura en dicha proporcionalidad, la misma debe ser compensada para evitar un desequilibrio entre los patrimonios¹¹.

Los convivientes pueden incluir en el pacto convivencial cláusulas que impacten sobre la correspondencia de la compensación económica. Frente a la inexistencia de acuerdo convencional sobre la misma, se activa el efecto legal.

Como ya dijimos, la compensación económica es claramente un efecto que se produce ante el cese de la unión. Por lo tanto debe haberse

9 Pellegrini, María V., ob. cit.

10 Pellegrini, María V., ob. cit.

11 Salierno, Karina Vanesa; Moreyra, Javier Hernan, "Contractualización de las relaciones convivenciales como vehículo de planificación sucesoria". Comisión 8: Mecanismos de planificación sucesoria. Pactos sobre herencia futura. Empresa familiar. XXVIII Jornada Nacional de Derecho Civil, año 2022.

producido alguna de las causas enumeradas en el art. 523 CCyC, entre ellas, el fallecimiento.

Con independencia de la existencia de pacto o que participe en carácter de legatario o heredero testamentario, la compensación económica también puede tener eficacia sucesoria conforme el art. 523 inc. a. Ya sea por ejecución de una compensación estipulada dentro de las cláusulas del pacto convivencial como por petición de su reconocimiento judicial, el desequilibrio provocado por el cese de la unión convivencial debe ser ventilado en el proceso judicial sucesorio del conviviente fallecido, en virtud de lo establecido en el párrafo final del art. 525 (al referirse a la caducidad de la acción para reclamar la compensación económica, estipula que el plazo se cuenta a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia del art. 523, es decir incluye el caso de muerte también)¹².

A diferencia de lo regulado en materia matrimonial, en donde la compensación económica está establecida –exclusivamente– como efecto del divorcio vincular, en las uniones convivenciales el reclamo de la compensación en caso de muerte es procedente.

La compensación se reconoce como un derecho creditorio, por lo cual es susceptible de negociación, se le aplican las normas de las obligaciones de dar, y asimismo los acuerdos podrán modalizarse con condiciones resolutorias o plazos¹³.

Producida la muerte del obligado al pago, la obligación se transmite a sus herederos y el conviviente está legitimado para iniciar la sucesión del causante como acreedor de esta obligación.

Entonces *una primera conclusión práctica sería que*, ante el requerimiento de un conviviente que quiere dejar acordado, para el caso de cese de la unión, la correspondencia de la compensación económica a favor del otro y la forma en que se cumplirá con la misma (sea mediante el pago de una suma de dinero, una renta, la transmisión de un bien, etc...) el pacto convivencial será la herramienta jurídica a utilizar. Y ese pacto tendrá aplicación tanto en caso de ruptura voluntaria en vida como en caso de cese por muerte, conforme se explicitara anteriormente.

12 Salierno – Moreyra, ob. cit.

13 Salierno – Moreyra, ob. cit.

¿Se puede renunciar a la compensación económica de manera anticipada?

En primer lugar cabe aclarar, que la renuncia a la compensación está definitivamente vedada para los cónyuges, ya que el objeto de las convenciones prematrimoniales está expresamente regulado en el art. 446, siendo nulo todo pacto que exceda ese marco.

Pero ¿qué pasa en el caso de la unión convivencial? Para contestar esta pregunta deberemos hacernos otras: ¿esta renuncia es contraria al orden público, el principio de igualdad o los derechos fundamentales de los convivientes en los términos del art. 515 CCyC? ¿Es suficiente esa renuncia para desechar un futuro reclamo en sede judicial?

Un sector de la doctrina entiende que este derecho es irrenunciable en forma anticipada. Se fundamenta esta postura en: a) la protección constitucional de la familia; b) el principio de solidaridad familiar; c) la imposibilidad de renunciar a un derecho que para configurarse requiere de ciertos presupuestos prácticos que recién podrán evaluarse al momento de la ruptura, entre otros¹⁴.

Otro sector entiende que se trata de un derecho renunciabile, en virtud de los siguientes argumentos: a) no integra el grupo de normas excluidas del ámbito de la autonomía de la voluntad, no vulnera el orden público ni en el principio de igualdad; b) no se vulnera el principio de solidaridad, ya que el legislador no incluyó este efecto jurídico entre los inderogables; c) el ordenamiento admite la renuncia a un efecto que todavía no nació (art. 13 CCyC) en tanto no se trata de una renuncia general a la aplicación de la ley sino a un efecto determinado¹⁵.

En una postura intermedia, hay quienes sostienen que la validez de la renuncia deberá ser analizada en cada caso en particular y no a la fecha de otorgamiento sino a la fecha de su ejecución. No es posible asumir en abstracto la invalidez de una renuncia anticipada al derecho a percibir una compensación, pero si se estableciera tal renuncia en un pacto, ello no garantiza su exclusión en caso de configurarse los elementos exigidos por los arts. 524 y 525 CCyC al momento de la ruptura¹⁶.

14 Pellegrini, María V., ob. cit.

15 Pellegrini, María V., ob. cit.

16 Pellegrini, María V., ob. cit.

En el mismo sentido se ha dicho, con relación la eficacia de la cláusula de renuncia, que la misma puede haber sido efectuada de manera válida pero que devenga ineficaz si las circunstancias de hecho se han modificado de tal forma que la renuncia no resulte operativa, todo lo cual estar sujeto a apreciación judicial. Existe siempre la posibilidad de que el juez declare ineficaz un acuerdo con previsiones para el caso de ruptura, nacido válido, cuando al momento de ejecutarse el resultado es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges como consecuencia de un importante cambio en las circunstancias en las que este se tomó¹⁷.

En la Jornada Notarial Argentina que se llevó a cabo en Bariloche en septiembre de 2018 se concluyó que 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.

Doctrinariamente se ha señalado que ante la partición por ascendiente de la vivienda familiar u otros bienes sobre los que exista pacto de unión que regule compensaciones en caso de ruptura, se recomienda que el conviviente no titular preste asentimiento y manifieste expresamente su renuncia a pedir compensación económica sobre el valor del bien¹⁸.

Segunda conclusión: entendemos que la renuncia es válida. Pero también que podría ser reevaluada judicialmente en caso de cambio de las circunstancias sobrevinientes. Sería válido, por ejemplo, que en el pacto convivencial se acordara la atribución exclusiva de determinados bienes y al mismo tiempo una renuncia anticipada al reclamo compensatorio. En ese caso la renuncia quedaría, por así decirlo, "causada". En este sentido será fundamental el asesoramiento notarial y el análisis de las posibilidades de "sobrevivir" que tendrá esa cláusula de renuncia. Para ello deberá el notario hacer un análisis exhaustivo de la situación particular del requirente y una advertencia a este último sobre la eventual reconsideración de circunstancias que puede acontecer al cese de la unión.

A través del pacto ¿se puede evitar el plazo de caducidad que prevé el art. 525 CCyC?

17 Salierno – Moreyra, ob. cit.

18 Terk, María Virginia, "Consecuencias patrimoniales de la muerte del conviviente". Tema III: Uniones convivenciales. XXXIII Jornada Notarial Argentina, septiembre 2018.

La compensación económica debe ser peticionada por acción judicial. Y para ello el art. 525 CCyC establece un plazo de caducidad de 6 meses. Ese plazo se computa a partir del cese de la unión.

En este punto se diferencia claramente de la compensación estructurada en torno a la extinción del vínculo matrimonial por divorcio, ya que en este caso el art. 442 CCyC dispone que el plazo sea de 6 meses pero a contar desde el dictado de la sentencia respectiva.

La doctrina ha criticado lo exiguo del plazo previsto en el caso de la unión convivencial, no tanto por su extensión sino fundamentalmente por el momento a partir del cual se computa. Se ha dicho que el período inmediatamente posterior a una ruptura es de suma fragilidad/vulnerabilidad para los convivientes y puede ser que no estén en condiciones de efectivizar un reclamo de este tipo en un plazo tan corto.

La pregunta que nos hacemos aquí es: ¿si la compensación es materia del pacto convivencial, si se deja allí previsto la procedencia, el monto y la forma en la que se cumplirá con este derecho, en caso de ruptura de la unión, dejaríamos al conviviente que tiene derecho a reclamarla a cubierto de ese plazo legal de caducidad?.

Entendemos que sí. Y tenemos aquí nuestra tercera conclusión. Y en el caso de cese de la unión por causa de muerte no sería necesario interponer acción judicial para pedirla, sino simplemente para reclamar su cumplimiento a los herederos. ¿Podrían los herederos accionar en defensa de su porción legítima probando que la compensación es excesiva? Por supuesto que sí, pero deberán instar las acciones correspondientes para sustentar el derecho que invocan, y probarlo.

7.3.2- División de los bienes adquiridos por el esfuerzo común

Artículo 528.- Distribución de los bienes. A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder.

Es decir que en caso de falta de pacto, que regule la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, será de aplicación subsidiaria el art. 528 CCyC, que establece la distribución de bienes conforme el ré-

gimen de separación de bienes, es decir que cada integrante de la unión mantiene los bienes en su patrimonio.

Ante la falta de pacto, y para hacer frente a esta consecuencia legal, el conviviente supérstite podrá reclamar a los herederos la recomposición patrimonial con las herramientas que le otorga el art. 524 (compensación económica) o el art. 528 (enriquecimiento sin causa, interposición de persona, o similar). Y en estos casos la decisión final estará a cargo del juez interviniente.

La última parte del art. 528 recepta lo que la doctrina y jurisprudencia venían estableciendo desde hace tiempo: si no se puede demostrar una realidad subyacente distinta, los bienes adquiridos se mantienen en el patrimonio de su titular.

En cambio, si los convivientes hubieran pactado la división de los bienes para el caso de ruptura de la unión, deberá respetarse lo acordado.

En el marco de un pacto podrán dejar previsto que los bienes adquiridos durante la vigencia de la convivencia –producidos por el esfuerzo de ambos– se repartan en partes iguales entre ellos al momento de disolución de la unión convivencial, pero también pueden manifestar que un bien adquirido con anterioridad al momento de la disolución se repartirá en proporciones iguales, en compensación por el aporte económico realizado durante la convivencia por el otro conviviente¹⁹.

La importancia que adquiere la publicidad de estos pactos es palmaria no solo para lo oponibilidad frente a los acreedores de uno u otro conviviente sino también para sus futuros herederos. La publicidad del pacto se cumplirá mediante su registración en el rubro B de la matrícula del inmueble objeto del pacto²⁰.

La causa de transmisión del derecho real de dominio será este acuerdo entre los convivientes que importa el de las compensaciones que se han establecido por los aportes de cada uno de ellos al proyecto de vida en común, que se traducen en el esfuerzo común. Esa será la causa que permitirá otorgar la escritura de adjudicación de bienes por cese de la unión convivencial.

19 Modi, Carla, "El conviviente supérstite posee derechos sucesorios por vía indirecta ante la existencia de pacto de convivencia?", *El Derecho, El derecho de familia*. 91/-9.

20 Salierno – Moreyra, ob. cit.

El pacto será el negocio jurídico causal que permitirá la partición y adjudicación de los bienes adquiridos con el esfuerzo común, conforme lo establecido en dicho pacto²¹.

La exhibición del pacto al momento de la adquisición de los bienes inmuebles es elemento fundamental y necesario para cristalizar en el texto escriturario el carácter de la adquisición del bien, conforme las normas establecidas en el pacto convivencial.

Entonces, *una primera conclusión* será que el pacto convivencial es una herramienta sumamente útil para regular la distribución de los bienes, cuando el consultante nos plantea ir más allá de lo establecido por la ley. Con esta figura jurídica podremos dar respuesta a la inquietud del requirente que quiere dejar previsto una atribución patrimonial específica o, lo que podríamos llamar, un régimen patrimonial convivencial.

¿Pero qué pasa con la legítima hereditaria? ¿Pueden los pactos de unión convivencial afectarla?

Es recurrente el análisis doctrinario respecto de cuál es el límite a la tensión generada entre el principio de autonomía de la voluntad que rige los pactos de convivencia y el derecho de los herederos legitimarios de cada conviviente.

Si el conviviente tiene derechos acordados en el pacto sobre bienes de titularidad del fallecido, los herederos deberán dejar fuera del acervo hereditario dichos bienes y cumplir con la obligación asumida en vida por el causante.

Se ha señalado que si los derechos sobre el patrimonio del causante han sido pactados en un convenio o pacto convivencial, su naturaleza contractual torna aplicable lo dispuesto en el art. 1024 CCyC que consagra el principio de transmisibilidad de los derechos y obligaciones derivados de los contratos²².

Ante la existencia de un pacto que prevea la división de los bienes en partes iguales, en caso de muerte de uno de los convivientes, el cincuenta por ciento de todos los bienes adquiridos durante la convivencia deben adjudicarse al conviviente supérstite. Ello deberá ser respetado por

21 Salierno, Karina Vanesa, "Regímenes patrimoniales...", ob. cit.

22 Orlandi, Olga E., "Los efectos de las uniones convivenciales ante el cese por muerte".

los herederos legitimarios, salvo que posean pruebas que acrediten que dicho acto no se trata de una compensación por los años de convivencia, fruto del esfuerzo de ambos, sino de una liberalidad a título gratuito, y que aquella fuera realizada afectando su legítima, de lo contrario, no se la tendrá por afectada²³.

El heredero que pretenda la aplicación de las acciones de complemento, reducción o simulación deberá probar los extremos para que dichas acciones sean procedentes, iniciando el pertinente proceso sucesorio del conviviente fallecido. Si el pacto no contuviese poderes con validez *post mortem* supuesto que el conviviente supérstite deberá presentarse en el proceso judicial de la sucesión correspondiente al conviviente fallecido a hacer valer sus derechos. Pero si, por el contrario, ya en el mismo pacto se hubiesen previsto este tipo de poderes, entendemos que los mismos son perfectamente válidos y eficaces, y el conviviente supérstite podría ejecutarlo a los fines de cumplir con las previsiones del mismo²⁴.

Traemos a colación este supuesto práctico: si uno de los integrantes de la unión es el que ejerce un trabajo formal remunerado y el otro se dedica a la crianza de los hijos o colabora en las tareas comerciales del otro, y teniendo en cuenta ello pactan que al cese de la unión (sea voluntaria o por muerte de uno de ellos) dividirán los bienes habidos durante la vigencia de la unión por mitades, independientemente de quien sea el titular de los mismos. Este sería un pacto que establece un régimen patrimonial especial, que además será oponible a terceros si se cumple con el requisito de inscripción. La pregunta es: ¿será ese pacto oponible a los herederos? Y para contestar esta pregunta deberemos contestar otra que es la siguiente: ¿ese pacto configura una liberalidad de parte del conviviente económicamente activo o se trata de una compensación con base en el principio de igualdad entre convivientes? El art. 921 CCyC regula el instituto de la compensación. La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente. Si se respeta el principio de igualdad entre los integrantes de la unión, no se afectan las legítimas y los herederos deberán dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en el pacto. A la

23 Modi, Carla, ob. cit.

24 Salierno – Moreyra, ob. cit

liquidación de la comunidad de bienes convivenciales deberán aplicarse, de manera subsidiaria las reglas de división del condominio conforme lo normado por el art. 1984²⁵.

Esto nos permite concluir que el pacto es ajeno al concepto de "gratuidad", ya que ambos convivientes han realizado aportes y esfuerzos en común para el sostenimiento del proyecto de vida por ellos elegido.

Llegados a este punto estamos en condiciones de expresar *una segunda conclusión*: lo dispuesto en el pacto convivencial respecto de la distribución de los bienes es una obligación asumida por el causante en vida, con naturaleza de derecho creditorio, que deberá ser respetada y cumplida por los herederos, ya que solo queda pendiente la obligación de hacer de otorgar la escritura.

Otorgamiento de poderes en forma simultánea con el otorgamiento del pacto

Ya nos hemos referido a este punto. Los pactos de unión convivencial podrán complementarse con la firma de poderes redactados con los requisitos del art. 380 inc. d), con la finalidad de que el conviviente supérstite pueda transferir a su favor los bienes que se le reconocen en caso de cese de la unión.

7.3.3- Atribución de la vivienda familiar

Artículo 527.- Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta.

En el artículo inmediatamente anterior (art. 526 CCyC) el juez regula la atribución del "uso de la vivienda familiar". Esta norma es parecida –pero

25 Terk, María Virginia, ob. cit.

no idéntica- a la que se prevé para la disolución del matrimonio en el art. 443 CCyC (entre otras diferencias no se estipula para los cónyuges el plazo de dos años y no se incluye el estado de salud y edad como elementos a tener en cuenta para la atribución al conviviente).

Pero nosotros nos vamos a centrar, en este trabajo en los efectos aplicables en los casos de cese de la unión por muerte de uno de los convivientes, por eso continuaremos con el análisis del art. 527 CCyC. Esta norma no tiene paralelo en el capítulo que regula los efectos de la disolución del matrimonio (Capítulo 8 Título I del Libro Segundo). Tenemos que avanzar en la lectura del código para llegar al Título VIII, y encontrar recién en el art. 2383 CCyC la regulación sobre el derecho real de habitación del cónyuge supérstite.

Artículo 2383.- Derecho real de habitación del cónyuge supérstite. El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante.

Hay diferencias y semejanzas entre ambas normas (arts. 527 y 2383 CCyC).

Semejanzas:

- Ambas normas regulan el derecho real de habitación para el conviviente y para el cónyuge supérstite, respectivamente.
- Ambas incluyen como condición para la procedencia de este derecho que el inmueble haya sido el último hogar familiar/conyugal.
- En ambos casos es requisito que sea de propiedad del causante y que no se encuentre en condominio con otras personas al momento de la apertura de la sucesión.
- Las dos normas establecen que este derecho es inoponible a los acreedores del causante.

Diferencias:

El derecho del conviviente es más limitado. La principal diferencia entre ambos supuestos es que a través del derecho de habitación viudal, se garantiza al cónyuge sobreviviente seguir habitando el inmueble sede del hogar conyugal, sin perjuicio de la existencia de otros inmuebles o

de la capacidad económica que pudiere tener para adquirir una vivienda. En cambio, el conviviente debe carecer de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta²⁶.

- *Plazo*. El derecho del conviviente **no** es vitalicio. El art. 2383 dice que el derecho será gratuito y "vitalicio" para el cónyuge supérstite. En cambio, el art. 527, si bien reconoce que será gratuito, en cuanto a su extensión fija un plazo máximo de dos años.
- *Requisitos*. El art. 527 dice que este derecho tendrá lugar en tanto el conviviente supérstite cumpla con dos requisitos: carecer de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a la misma.
- *Operatividad*. El art. 2383 dice que el cónyuge supérstite "tiene" derecho real de habitación. El art. 527 dice que el conviviente "puede invocarlo". La diferencia terminológica arroja una consecuencia importante: el conviviente supérstite (a diferencia del cónyuge) debe solicitar su derecho (no opera *ipso iure*, esto es no opera de pleno derecho).
- *Extinción del derecho real de habitación*. El art. 527 establece que el derecho se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ella. El art. 2383 no dispone nada en este sentido.

Una parte de la doctrina entiende que estas diferencias entre el derecho de habitación convivencial y el derecho viudal, implican una clara discriminación contra el conviviente, que se traduce en su inconstitucionalidad²⁷.

No coincidimos con esta opinión, y más adelante fundamentaremos nuestra postura.

Ahora la pregunta que se impone es: *¿qué podríamos dejar previsto en el pacto convivencial respecto de este derecho?*

Tengamos en cuenta que esta es una preocupación recurrente en las parejas convivenciales, sobre todo cuando existen hijos que no son comunes. Es habitual recibir esta consulta: "¿hay forma de dejar previsto que en caso de que yo fallezca nadie eche a mi conviviente de la casa en la que vivimos?"

26 Rocca, Ival, "Derecho real de habitación del cónyuge y el conviviente supérstite en el Código Civil y Comercial. Aspectos positivos y negativos de la reforma", La Ley, 13/09/2016.

27 Rocca, Ival, ob. cit.

¿Será posible “flexibilizar” las disposiciones contenidas en el art. 527 en el marco de un acuerdo convivencial? ¿Acercarnos a las características de la figura que regula el art. 2383, más tuitiva y menos exigente para el supérstite? A continuación intentaremos dar respuesta a estas preguntas.

- ¿Podría extenderse el plazo de 2 años que prevé la norma?

¿Podrían los convivientes, en el pacto convivencial, acordar un plazo superior? ¿Por ejemplo de 10 años? ¿Podrían incluso dejar previsto que sea vitalicio como lo prevé el art. 2383 para el cónyuge supérstite?

Un sector de la doctrina entiende que es justamente el pacto convivencial el que puede evitar un conflicto en sede judicial entre la pretensión de los herederos del causante de recuperar para la masa indivisa el dominio pleno del inmueble a la finalización del plazo y el derecho del conviviente que carece de vivienda y/o de medios para proveérsela de permanecer un plazo mayor. A estos efectos podría preverse en el pacto, de manera anticipada, un plazo mayor al de dos años que establece el Código. Nada impide que se aumente el plazo. Y esta previsión funcionará de manera eficaz y automática en caso de no tener el causante herederos forzosos. Y en caso de tenerlos se deberá previamente calcular y establecer si la atribución del derecho habitacional vulnera o no la legítima hereditaria²⁸.

En la Jornada Notarial Argentina que se llevó a cabo en Bariloche, en septiembre de 2018, se concluyó que 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, pero nada se dijo sobre el art. 527 CCyC.

- *¿Podría preverse que no se apliquen los requisitos del art. 527 para el acceso ni las condiciones para su extinción?*

Nos estamos preguntando si sería posible que el derecho real de habitación se reconozca al conviviente supérstite aún cuando posea otro inmueble que pueda ser destinado a vivienda o bienes suficientes que aseguren el acceso a la misma.

- Y la segunda inquietud es: *¿sería posible pactar que el derecho no se extinga aun cuando el conviviente constituya una nueva unión, contraiga matrimonio o adquiera un inmueble que pueda ser destinado a vivienda?*

28 Salierno – Moreyra, ob. cit.

Creemos que sí. Entendemos que sería posible dejar previsto la correspondencia del derecho de atribución del bien que fue vivienda familiar, aun cuando se dieran estos supuestos. Y esto así porque no se afecta el orden público ni se vulneran derechos irrenunciables²⁹.

- *¿Podría el conviviente no titular renunciar anticipadamente a este derecho?*

Entendemos que si esa renuncia está suficientemente causada (por ejemplo, se adjudica otros bienes o tiene otros bienes), la respuesta sería afirmativa.

- *¿Podría modificarse el pacto que atribuye el derecho real de habitación?*
Nos estamos preguntando si, una vez suscripto el pacto que atribuye el derecho real de habitación al conviviente supérstite por un plazo superior al que pacta la norma, y/o lo desobliga del cumplimiento de los requisitos para el acceso y conservación que establece el 527, podría modificarse? ¿Podría dejarse sin efecto de mutuo acuerdo y en vida de ambos convivientes?

¿Podría dejarse sin efecto, en sede judicial, si se acreditara, por ejemplo, el cumplimiento de alguna de las causas de indignidad previstas en el art. 2181?

En ambos casos nuestra respuesta es sí.

- El caso del condominio

La norma establece como condición para la procedencia de la atribución que "a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas".

¿Podrían los convivientes dejar previsto en el pacto la no aplicación de esta condición? No, entendemos claramente que **no** porque no podría imponerse a los restantes titulares de dominio este derecho a favor del supérstite.

29 Consideramos importante mencionar que un sector de la doctrina entiende que el legislador del 2015 cometió un error al apartar al art. 2383 de su antecedente en el Código velezano (art. 3573 bis), eliminando algunos de los requisitos para la procedencia del derecho de habitación, como eran: que se trate del único inmueble habitable, la limitación de su valor y la pérdida del derecho en caso que el habitador contraiga nuevo matrimonio. Y en este sentido expresan que "la norma del art. 2383 es huérfana de límites razonables" y generará, si se la aplica literalmente, un sinnúmero de injusticias. Que debió haber seguido los lineamientos del art. 527. Que "vedarle a los herederos disponer de un inmueble que exceda las necesidades habitacionales normales del viudo, equivale a una desheredación temporal hasta la muerte del cónyuge sobreviviente. Todo dependerá de la razonabilidad de la decisión judicial". Roca, Ival, ob. cit.

- ¿Lo dispuesto en el pacto con relación a la atribución de la vivienda familiar, debe ser respetado por los herederos? ¿Y si se trata del único bien que conforma el haber sucesorio?

Entendemos que dependerá de cómo está causado ese pacto: ¿es a título de compensación? ¿Se reconoce el esfuerzo común? Y por supuesto que los herederos tendrán siempre el derecho a plantear y probar si esta atribución implica un exceso injustificable o incausado.

8. La opción testamentaria

Según hemos explicado precedentemente, cuando estamos frente a un pacto convivencial, causado en el esfuerzo común y/o en el reconocimiento de la correspondencia de compensación, lo que se genera es un *derecho creditorio* en cabeza del conviviente, y es esa fundamentación, sumada a la no distinción legal de la causa del cese, lo que permite convalidar la "eficacia sucesoria" del pacto, sin requerir forma testamentaria.

Las herramientas que enumeraremos a continuación –en cambio– tienen por objeto instrumentar una *liberalidad* de un conviviente a favor de otro.

Dicho esto, cualquiera sea la planificación diagramada dos requisitos deberán estar presentes: a) obviamente, la forma debe ser testamentaria y b) las disposiciones no pueden violentar el límite impuesto por la legítima hereditaria (arts. 2444 y 2447 CCyC).

8.1- Testamento

Los integrantes de una unión convivencial carecen de vocación hereditaria legal, aunque, por supuesto, podrían resultar herederos testamentarios o legatarios como cualquier tercero.

Existe la posibilidad de testar a favor del conviviente, pudiendo este ser instituido como heredero universal, si el testador carece de herederos forzosos; o, si los tiene, puede instituirlo como heredero de cuota, en cuyo caso podrá disponer, valga la redundancia de la porción disponible (un tercio o la mitad, si tiene descendientes o ascendientes, respectivamente, conforme arts. 2445 y 2446 CCyC).

Otra opción sería que lo beneficie a través de un legado sobre un bien o bienes particulares (siempre sin afectar la legítima hereditaria).

Si bien los convivientes pueden obtener vocación hereditaria por vía testamentaria, es sustancialmente diferente a la posición del cónyuge, pues requiere la aprobación del testamento para poder oponer su calidad de heredero erga omnes y ejercer todas las acciones y derechos que dependen de la sucesión³⁰.

Previsiones:

En el marco de la forma testamentaria podrían instrumentarse, además de la institución como heredero o legatario, las siguientes previsiones (entre otras):

- la ampliación del exiguo plazo de dos años que la ley reconoce al conviviente para ejercer el derecho real de habitación ante el cese de la unión.
- el legado de usufructo a favor del conviviente supérstite (lo trataremos a continuación).
- el establecimiento de indivisiones forzosas.

8.2- Legado del usufructo

Si el objetivo es darle al conviviente supérstite la seguridad de que podrá seguir habitando el inmueble que fue asiento de la unión, en forma vitalicia, podría disponerse, por vía de legado, la constitución de usufructo a su favor en el marco de una disposición testamentaria.

Artículo 2130.- Objeto. El usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa de los siguientes objetos:... d) el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario.

A través de esta figura se evita al menos un desalojo forzado del conviviente supérstite (por supuesto siempre y cuando esto no exceda el marco de la legítima hereditaria)³¹.

30 Birman Kerszenblat, Ezequiel, ob. cit.

31 Martí, Luciana, ob. cit.

8.3- Fideicomiso testamentario

Otro camino posible sería el de constituir un fideicomiso testamentario, designando al conviviente beneficiario o fideicomisario.

Artículo 2493.- 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.

Esta figura tiene como objetivo que un heredero o un tercero designado administre los bienes fideicomitidos en beneficio de determinada persona, con la finalidad última de transmitirlos a este beneficiario o a otra persona³².

Este contrato puede definirse 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 relictivo, o de universalidades a favor de un heredero o legatario particular, en ambos casos como fiduciarios, para que este ejerza la propiedad objeto del legado en beneficio de quien indique la disposición testamentaria (beneficiario) con la manda de entregar los bienes y sus acrecimientos, al cumplimiento del plazo o condición, a un heredero, heredero instituido o legatario en carácter de fideicomisario"³³.

Demás está decir que este fideicomiso deberá revestir la forma testamentaria.

Esta herramienta jurídica 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 frutos³⁴.

Como bien señala Clusellas la voluntad del testador usualmente es la de proteger a su conviviente en el uso de su casa habitación, y en la provisión de fondos para un adecuado nivel de vida, pero no desea que al falle-

32 Marti, Luciana, ob. cit.

33 Clusellas, Eduardo Gabriel, "Fideicomiso testamentario". En *Planificación sucesoria*, directora: María Cristina Mourelle de Tamborenea, Editorial La Ley, p. 483.

34 Clusellas, Eduardo Gabriel, ob. cit., p. 488.

cimiento del conviviente los bienes pasen a los herederos de ella/el, sino a la titularidad de los mismos descendientes del testador. La fórmula tradicional, en este caso, sería legar el usufructo a favor de la conviviente y establecer un cargo de mantenimiento a los herederos. La propuesta alternativa sería la de disponer de la porción disponible a través de un fideicomiso testamentario del inmueble casa habitación y de alguno de los bienes que generan renta, de tal forma que el fiduciario permita el uso a la/el conviviente y administre los bienes para generar la renta necesaria para garantizar el adecuado nivel de vida previsto por el testador. Los fideicomisarios designados para recibir los bienes al cumplirse el plazo máximo previsto por el código (30 años) o al cumplirse la condición (fallecimiento de la/el conviviente o que contraiga nuevas nupcias) serán los mismos herederos³⁵.

Es importante resaltar que las transferencias de propiedad que tienen como causa un fideicomiso testamentario deben respetar la porción legítima hereditaria, y cualquier disposición en contrario podrá ser atacada por los herederos forzosos.

9. Otras herramientas

9.1- Renta vitalicia

Artículo 1599.- Concepto. Contrato oneroso de renta vitalicia es aquel por el cual alguien, a cambio de un capital o de otra prestación mensurable en dinero, se obliga a pagar una renta en forma periódica a otro, durante la vida de una o más personas humanas ya existentes, designadas en el contrato.

Tratamos en forma separada este instrumento porque estamos ante un contrato, entre vivos, y de carácter oneroso.

Este contrato tiene como plazo la vida de aquel que ha sido designado como cabeza de renta, extinguiéndose en consecuencia por el fallecimiento de la persona cuya vida se toma en consideración. Cabe mencionar que la figura del beneficiario es distinta de aquella persona cuya vida se toma en consideración³⁶.

35 Clusellas, Eduardo Gabriel, ob. cit., p. 488.

36 Marti, Luciana, ob. cit.

En esa inteligencia podrían los convivientes constituirse una renta vitalicia a su favor, por el plazo de vida de ambos, o de sus hijos existentes³⁷.

Al pertenecer a la órbita de los contratos, la renta vitalicia es un acto entre vivos, quedando exento del marco sucesorio. Aun así, es una alternativa para paliar la omisión de vocación hereditaria. Debe regirse por las normas que contemplan los contratos³⁸.

Parte de la doctrina entiende que dicha renta tendrá como límite la no afectación de la legítima.

Nosotros no estamos de acuerdo con dicha posición, en tanto estamos hablando de un contrato oneroso. Aunque siempre tendrán los herederos la posibilidad de probar la existencia de un acto gratuito entre el titular que transmite y el beneficiario de la renta.

9.2- Pacto de herencia futura

El art. 1010 CCyC establece:

Herencia futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.

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

Imaginemos en esta consulta, el caso de convivientes que sean socios en la empresa familiar. O sin ser socios uno de ellos cumple algún tipo de función en ella. ¿Podríamos en ese caso incluir, en el pacto de unión convivencial, un reconocimiento de derechos sobre la explotación productiva a favor del conviviente que no sea titular, por ejemplo, del paquete accionario?

37 Marti, Luciana, ob. cit.

38 Marti, Luciana, ob. cit.

El artículo habla de "cónyuge" no de conviviente, pero parte de la doctrina entiende que esto no sería óbice para incluirlo.

En el mismo sentido se ha señalado que dentro del protocolo familiar, en sociedades cerradas de familia, los convivientes con hijos en común pueden convenir –en función del art. 1010 o del 2380– la protección de la fuente de sus ingresos a ser explotada por los hijos en común, con rentas vitalicias a favor del conviviente supérstite³⁹.

Otros consideran que en tanto la norma habla de pacto sobre la "herencia" futura y el conviviente no es un heredero, no podría formar parte.

La doctrina no es pacífica, y desarrollar este punto en detalle excedería el objeto del presente trabajo. Sin embargo, consideramos importante dejar planteado el tema, como una posible herramienta jurídica para la planificación patrimonial sucesoria en el ámbito convivencial.

Por otra parte, a nivel empresarial no hay limitaciones para constituir sociedades entre los convivientes y son válidos los acuerdos celebrados para proteger al conviviente frente al fallecimiento de su pareja en cuanto a la incorporación a la sociedad por vía testamentaria teniendo en cuenta estatutos con cláusulas abiertas y legados en las porciones disponibles⁴⁰.

9.3- Fideicomiso con trazabilidad sucesoria

Una forma de definir el fideicomiso de trazabilidad sucesoria es por contraposición al fideicomiso testamentario. No es la misma figura.

El *fideicomiso testamentario (causa)* se trata de un contrato sujeto a una condición cierta, pero indeterminada: que es el fallecimiento del fiduciante. No está destinado a crear un negocio actual sino futuro. En este tipo de contratos se dispone –por testamento– la conformación de una propiedad fiduciaria donde el fiduciante, en vida, dispone para su deceso que otra persona –fiduciario– de cumplimiento con el destino de sus bienes en favor de sus herederos y legatarios –beneficiarios/fideico-

39 Teitelbaum, Horacio, "Uniones convivenciales" En *La función notarial. Enfoque constitucional, civil, documental, nuevas tecnologías y contratos inteligentes*, director: Gastón Augusto Zavala, Editorial La Ley.

40 Teitelbaum, Horacio, ob. cit.

misarios- incorporados conforme las pautas que gobiernan la herencia, debiendo cumplir lo reglamentado en cuanto a la forma testamentaria⁴¹.

En cambio, el fideicomiso con trazabilidad sucesoria (finalidad) es un negocio fiduciario actual, donde una persona en vida dispone que por ejemplo las acciones de su sociedad familiar sean administradas por un fiduciario, que entregue los frutos a sus beneficiarios designados y al momento de culminar por cumplimiento de plazo o extinguirse el contrato por fallecimiento del fiduciante, los bienes pasen a manos del fideicomisario. El contrato se hace operativo desde su constitución, no necesita de un hecho futuro como el fallecimiento, pero puede operar incluso después de la muerte, pudiendo el contrato establecer a quien debe transmitir el fiduciario los bienes para el caso de muerte del fiduciante⁴².

No es un pacto sobre herencia futura, porque si bien es un contrato, lo que busca es preservar y administrar el patrimonio actual de fiduciante, que claramente puede fallecer, pero la muerte no es la causa fundamental ni la finalidad única del contrato⁴³.

Esa planificación, en el marco de un fideicomiso de trazabilidad sucesoria, podría tener como objeto beneficiar a una persona no heredera (en este caso el conviviente), siempre y cuando se realice dentro de los límites previstos para la porción disponible de la herencia y no afecte la legítima⁴⁴.

No ahondaremos en el desarrollo de esta figura, porque excede el marco de este trabajo, pero ciertamente se trata de una herramienta válida para la planificación patrimonial familiar en el ámbito de la unión convivencial.

41 David, Marcelo Alejandro, "Fideicomiso con trazabilidad sucesoria en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación".

42 David, Marcelo Alejandro, ob. cit.

43 David, Marcelo Alejandro, ob. cit.

44 David, Marcelo Alejandro, ob. cit.

10. Corolario: nuestra opinión sobre la postura del legislador de no reconocer vocación sucesoria al conviviente

El codificador de 2015 asumió una postura clara: reconocer el carácter de “familia” a la unión convivencial pero no conceder vocación sucesoria a sus miembros. Sobre la justeza o no, la coherencia o no, de esta normativa se ha originado un interesante debate doctrinario.

Una postura

Un sector se manifiesta en contra de la postura asumida pero además entiende que la decisión legal es inconstitucional porque se estaría afectando el principio de protección de la familia y el principio de igualdad. Si la unión convivencial es ahora una organización familiar reconocida y reglada, no debiera haber diferencias con las previsiones normativas sucesorias en torno a la unión matrimonial.

La misma doctrina señala que “si el fundamento constitucional de mayor peso con que cuenta la legítima hereditaria es el de asegurar la protección integral de la familia y en este caso lo efectiviza a través del aseguramiento de un resguardo económico, la exclusión de la vocación sucesoria del conviviente supérstite de participar en ese resguardo económico (legítima hereditaria) carece de razonabilidad y fundamentación axiológica e incursiona en una discriminación arbitraria y violatoria del derecho de igualdad, y por lo tanto deviene inconstitucional”⁴⁵.

Otra posición

Otro sector de la doctrina, entiende que la autonomía de la voluntad y la libertad de no contraer matrimonio requieren resguardo legal, tanto como los principios de solidaridad y responsabilidad familiar. Para ello es imprescindible mantener el equilibrio entre los principios constitucionales involucrados. La equiparación de los efectos del matrimonio y de las uniones convivenciales pareciera no respetar ese equilibrio. Si es posible desarrollar distintos modos de vivir en familia, las consecuencias no deberían ser las mismas⁴⁶.

45 Birman Kerszenblat, Ezequiel, ob. cit.

46 Pellegrini, María V., ob. cit.

En el mismo sentido se han alzado voces en defensa de la solución adoptada por el codificador entendiendo que si lo que se propicia es la autonomía y el permiso de optar entre formas de vida familiar alternativas, equiparar todos los efectos de la convivencia de pareja al matrimonio no parece ser una postura legislativa correcta desde el prisma constitucional⁴⁷.

Existe la "libertad de no casarse", que debe ser admitida y tener consecuencias propias. La elección de no casarse es, cada vez más, una decisión a sabiendas y de manera deliberada, y no meramente un "ahorro de trámites"⁴⁸.

De lege ferenda

Una postura doctrinaria intermedia promulga el reconocimiento de vocación hereditaria al conviviente, aunque con diferente rango hereditario que el cónyuge. Este sector entiende que de mínima el conviviente debería poder desplazar a un pariente colateral, aunque no se les garantizara una porción legítima. Otra propuesta sería diseñar un sistema en el cual el reconocimiento de vocación sucesoria sea reservado a miembros de una unión convivencial con mayor cantidad de años que el plazo de dos exigido para configurar una unión⁴⁹.

Otros proponen, también en el ámbito del derecho proyectado, que se regulen porciones legítimas dinámicas. Es decir, manteniendo la exclusión del conviviente como heredero legal, reducir las porciones de los ascendientes y descendientes en caso de haber un conviviente supérstite que sea instituido heredero. Esta modificación facultaría al causante a disponer de una mayor porción para testar en favor de su conviviente⁵⁰.

Nuestra posición

Por nuestra parte, *entendemos que el codificador no se equivoca al excluir al conviviente del orden sucesorio*. Por los motivos que ya se han expuesto, no podría la ley obligar a los miembros de la unión convivencial con la misma ley que impone a los miembros de la unión matrimonial.

La vía de escape frente a esta disposición normativa es doble:

47 Birman Kerszenblat, Ezequiel, ob. cit.

48 Birman Kerszenblat, Ezequiel, ob. cit.

49 Pellegrini, María, V., ob. cit.

50 Birman Kerszenblat, Ezequiel, ob. cit.

- la posibilidad de **pactar** (acuerdo convivencial cuyas consecuencias se aplican sin importar cual cualquiera sea la causa de cese de la unión: ruptura voluntaria o muerte) y
- la posibilidad de **testar** (con las diferentes alternativas que hemos señalado).

Todo esto nos lleva a un debate más importante, de fondo, que en algún momento deberemos dar, pero que excede este trabajo, y es el mantenimiento o no de un régimen sucesorio rígido, basado en porciones legítimas inderogables e indisponibles.

11. Conclusiones

La falta de vocación sucesoria del conviviente es un acierto del legislador. Como hemos dicho precedentemente, la libertad de "no casarse" debe ser respetada.

Las alternativas, ante esta disposición normativa, son principalmente dos: pactar o testar; pero también existen otras herramientas jurídicas que nos permiten diseñar una planificación patrimonial aplicable al cese de la unión.

La exclusión normativa unida a la preponderancia del principio de la autonomía de la voluntad, en materia de uniones convivenciales, crean el ámbito propicio para que el notario pueda ejercer su función asesora con más creatividad que nunca.

Finalmente, nuestra propuesta es: estudiar y difundir el instituto de la planificación, aplicado no solo a las uniones convivenciales, sino a toda forma de organización empresarial/familiar, porque es una incumbencia notarial que –a toda vista– resulta una fuente inagotable de soluciones prácticas antes requerimientos concretos.



Acceda al abstract
en video

De la conservacion y guarda de los documentos notariales digitales*

Anahí Carrascosa de Granata

* Premio "Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires" otorgado por el Jurado en la 34 Jornada Notarial Argentina, desarrollada en la ciudad de Mar del Plata entre el 3 y el 6 de mayo de 2023. Corresponde al tema II de la Jornada, "El documento público digital y digitalización de los registros de bienes y de personas humanas y jurídicas".

Ponencia. 1. Introducción. 2. El documento notarial digital como cosa representativa. 3. Los documentos notariales como objetos digitales. Art. 16 CCyC. 4. ¿Qué es la digitalización? 5. Forma y prueba. 6. Las formas de los actos jurídicos. 7. Los instrumentos públicos. El escribano como parte del objeto digital. 8. El artículo 300 del CCyC. 9. Ecosistema jurídico notarial. Archivos de documentos digitales. 10. Las nuevas tecnologías, las formas y los principios notariales. El valor humanidad. 11. Conclusión

Ponencia

1. El documento digital notarial es una cosa representativa a la que se le puede aplicar el art. 16 del CCyC.
2. El documento notarial digital es un objeto digital dentro de su contexto del que forman parte tanto el medio técnico como el propio escribano, sin el cual ese documento no puede ser un documento notarial y carecería, por tanto, de los efectos del art. 296 del CCyC.
3. El documento notarial digital tiene forma, entendida ésta como las expresiones de voluntad de la/s parte/s y del escribano que advere con su firma lo acontecido.
4. El documento notarial es producto de un especial proceso de producción conducido por el escribano. Las fases de matricidad (art. 299 y 300 del CCyC), conservación y guarda, previstas en el art. 300 del CCyC, requieren especial atención del notariado en razón de los peligros que acarrea la clonación indefinida y la rápida obsoletización de los medios técnicos de acceso y lectura inteligible de los documentos.
5. Las leyes reglamentarias locales de la República Argentina, todas anteriores a la sanción de la ley 26.994, requieren actualización inmediata a los efectos de su adaptación a la producción de documentos notariales digitales y de fijar procedimientos claros a tal fin.

6. Los organismos notariales nacionales y todos los colegios notariales deben abordar el tratamiento coherente y la urgente aplicación de un sistema de plataformas y medios técnicos uniforme en todo el país para evitar asimetrías que afecten el valor de los instrumentos públicos notariales y su fuerza convictiva.
7. Se debe generar un ecosistema jurídico notarial en el que la producción del documento digital, la forma de generación del protocolo de cada escribano y el Archivo de Protocolos funcione con una plataforma propia evitando otros terceros de confianza. Los mismos entes mencionados en el punto 6 deben avocarse a la generación y ordenamiento del ecosistema jurídico notarial al efecto de equilibrar sus normas, herramientas y actores.
8. Los principios del proceso notarial pueden ser redefinidos adaptándose a los nuevos paradigmas, pero los valores buscados, certeza para las personas y armonía para la comunidad, no pueden afectarse con las redefiniciones.

*"Hay más cosas en el cielo y en la tierra, Horacio,
de las que sueñas en (nuestra) tu filosofía"*¹

1. Introducción

No somos especialistas en nuevas tecnologías. Sin embargo, hemos aprendido de la doctrina notarial expresada a través de jóvenes y excelentes exponentes nacionales del Derecho Notarial Digital, y de la literatura que los organismos internacionales notariales y los autores especializados ponen a disposición. Pero aún sin ser especialistas, queremos abordar, desde la óptica que nuestras inclinaciones reclaman, el tema ofrecido en esta Jornada Notarial: "El documento público digital y digitalización de los registros de bienes y de personas humanas y jurídicas". El título sugiere dos vertientes: el documento público digital, por una parte, y la digitalización de los registros de bienes y de personas, por otra.

Nos interesa puntualmente el caso del documento público digital y la digitalización de los protocolos (en tanto contienen escrituras públicas autorizadas por cada escribano) y archivos de protocolos (que contienen el registro de todas las escrituras públicas otorgadas por los notarios de cada jurisdicción): lo comprendemos como un registro de bienes, especialmente ligado a los principios de guarda y conservación de los instrumentos públicos notariales.

Nos ha parecido coherente, en primer lugar, expresar algunos conceptos sobre el documento notarial digital, para intentar avanzar en el cómo de su conservación y guarda.

Ya hemos expresado en otros trabajos que la conservación y guarda de los documentos notariales constituye una **fase imprescindible del proceso notarial**, en tanto ellas sirven al objetivo de su representación/reproducción. El documento notarial **"es para el futuro"**: liga el presente al futuro, en cualquiera de las prestaciones (afforances) para que se los

1 Shakespeare, William, *Hamlet*, cit. por Blanco, Javier; Berti, Agustín, expresando: "There are more things in Heaven and Earth, Horatio, than are dreamt of in your philosophy", en "¿Objetos digitales?". <https://www.aacademica.org/agustin.berti/42.pdf>. Ingreso. 30/03/23.

ha concebido (fuerza probatoria/ ejecutoria y ejecutiva/convictiva). En sentido axiológico, se puede afirmar que el documento notarial contiene su deber ser.

Aunque nada ni nadie es, ni será, sin lo que fue.

2. El documento notarial digital como cosa representativa

Si bien la doctrina notarial especializada es de vanguardia en estos temas, y en estas jornadas se desea avanzar hacia la concreción práctica, y puesta en funcionamiento de sistemas digitales notariales, al efecto puede ser útil exponer algunas ideas de base.

Nos parece útil porque debemos advertir que **el conjunto del notariado del territorio argentino, a pesar de pertenecer en gran mayoría a las generaciones X y millenials, no ha producido aún ni una certificación con su firma digital notarial.** Esta consideración debe ser tenida en cuenta a la hora de fijar posturas.

Creemos que sin perjuicio del soporte que lo contenga, el documento notarial es una "cosa representativa y goza de plena fe probatoria", como se ha sostenido respecto del documento notarial no digital. Sin embargo, el proceso hacia la digitalización notarial está en ciernes, ya que, aunque deseada, no ha alcanzado aún a todos los documentos notariales y, en relación a éstos, solo ha sido logrado en algunas pocas jurisdicciones territoriales.

La Teoría Ecológica de Carlos Cossio reconoce la existencia de "objetos culturales" que se dividen en mundanales y ecológicos: los mundanales tienen como sustrato, un *trozo de naturaleza* y los ecológicos, son las conductas humanas, las acciones, la conducta inter subjetiva. El fenómeno notarial, producido en el espacio y el tiempo (o sea, los hechos acontecidos ante el notario), es un objeto cultural ecológico. En tanto el documento notarial es un objeto cultural mundanal, o sea que toma un trozo de naturaleza, como sustrato, y por tanto es una cosa representativa de hechos y actos jurídicos. Ya en 2005 afirmábamos que "el documento notarial es un objeto cultural mundanal cuyo sustrato es un soporte que contiene y representa un objeto cultural ecológico. Agregábamos que "cuando se cosifican los fenómenos, produciendo un documento nota-

rial, lo que las partes hacen –en realidad– es “determinar un hecho”, que es “re-presentado” trayéndolo desde el pasado al presente, “encadenando la voluntad a un cuerpo físico”. Este concepto responde al que Vélez Sarsfield expresaba en su nota del art. 973 CC que creemos de alguna manera sigue teniendo vigencia.

No desconocemos que ha habido una gran evolución en relación a lo que las “formas” interesan al derecho: “...Así, los ritos gestuales y ceremoniales del derecho romano tradicional se van transformando en ritual escrito, monopolizado por la clerecía en la Edad Media y generalizado a la burguesía por la ilustración. Se abría camino el ‘neoformalismo’ fuertemente apegado al papel escrito, pero adjudicándole preferentemente la función de prueba y no la de forma ritual. Se iba reduciendo el campo del documento escrito *ad solemnitatem*, a favor de su utilización *ad probationem*. En otras palabras, comenzaba el proceso de liberalización de las formas, paralelo y correlativo de la progresiva desacralización del derecho y su secularización estatal”². Esta descripción es cierta, como cierto es también que el derecho ha debido equilibrar la celeridad que el derecho comercial requiere y la seguridad que las formas rituales proveen.

La solemnidad y el rito no son necesariamente contradictorios con el mundo virtual; es más pueden proveerle seguridad y certidumbre del que carece cada vez más dada su propia naturaleza. Basta leer las declaraciones públicas de los grandes operadores de Inteligencia Artificial para advertir la preocupación que se tiene, no solo de la manipulación de la verdad, sino de las personas.

La humanidad siempre ha buscado certezas, ante cada desafío al que se enfrentó. En el Derecho Notarial debemos, además de adentrarnos en el mundo virtual, producir los mecanismos que aseguren en él el derecho a ser humanos.

2 Alegría, Héctor, “Nuevas fronteras de la documentación, la forma y prueba de las relaciones comerciales” (cit. por LL. 1985-E-660), cit. por Cerávolo, Ángel en “Certificados notariales remotos”. Dictamen presentado a la Academia Nacional del Notariado. Buenos Aires. 2020. Recupero: <http://academiannotariado.org.ar/Actuacionnotarialremotaconductamenes.pdf>. Ingreso: 5 de abril de 2023.

3. Los documentos notariales como objetos digitales. Art. 16 CCyC

¿Tiene sustrato el documento notarial digital y si lo tiene, cuál es?

La literatura sobre el tema da cuenta de dos tesis sobre lo que es un documento, girando la principal diferencia "en torno a su comprensión como cosa material. En este orden de ideas, podríamos distinguir dos tipos de posturas: la tesis latina, que identifica el soporte material en que se plasman signos lingüísticos, fonéticos o ideográficos, recogida en legislación del siglo XIX y la tesis germánica o funcional, que se funda en el objeto del documento en cuanto es representativo de un hecho o declaración (recoge la concepción etimológica *docere*). Es precisamente ésta la concepción que permite recoger las necesidades propias del avance tecnológico y que ha influenciado en la legislación de los siglos XX y XXI, en el sentido que por su amplia definición considera que *todo material* que contenga información es considerado documento, y dentro de este marco quedan incluidos los documentos electrónicos"³.

Podemos tratar de analizar al documento digital desde cualquiera de ambas tesis. Identificando al documento desde su soporte material hay quienes lo encuentran enraizado en metales, fotones, partículas indivisibles, o en trozos de materia tan invisibles que producen en la realidad prácticamente casi su desmaterialización. Desde la tesis germánica lo relevante es que se muestre un hecho o una declaración, el documento tiene la misión de mostrar, no importa desde dónde. Si bien pareciera ser la postura que ha permitido el reconocimiento de su carácter de documentos a los digitales, la problemática surge al momento de verificar autenticidad e integridad.

Rossi ha afirmado que "El documento digital se encuentra... almacenado en la memoria volátil de una PC (memoria 'RAM'), los dígitos de ese documento consisten en magnitudes eléctricas... cuando se encuentra almacenada en el disco duro de la PC, consiste en campos magnéticos (o, con mayor precisión, en imanes moleculares)... y... cuando es transmitido por una fibra óptica de telecomunicaciones, consiste en fotones"⁴.

3 Lepe Jolon, Andrea Virginia, "Valor probatorio de documentos electrónicos", Guatemala, diciembre 2007. Recupero: <https://catalogosiidca.csuca.org/>, ingreso: 1 de marzo de 2023. La cursiva nos pertenece

4 Rossi, Jorge Oscar, "Documento y firma digital", 2007. Buenos Aires, SAJJ. Recupero: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf080089-rossi-documento_firma_digital_para.htm, p. 1. Último acceso: 14/octu-

El fotón, según la física cuántica, es una partícula elemental que compone la luz y el quantum de energía en forma de radiación electromagnética, emitido o absorbido por la materia. También se define como una partícula indivisible que se mueve a la velocidad de la luz.

Santiago Falbo ha expresado que "todo documento digital tiene su materialidad, aunque sea de una dificultad sobresaliente su identificación. En un punto milimétrico de un disco rígido podemos hallar la materialidad de cualquier documento digital". Añade que "sin embargo quedan aún algunas cuestiones por agregar. La primera que, en principio, la materialidad, en cuanto a cosa que el documento es, pierde muchísima relevancia en los documentos digitales en general"⁵.

Juan Andrés Bravo en su ponencia en la 41 Jornada Notarial Bonaerense afirmó "el soporte material del documento (digital) serán los metales con propiedades magnéticas en los que se alojan los bits"⁶.

A tenor de estas afirmaciones podemos suponer que el documento digital sí toma un trozo de la naturaleza –metales, campos magnéticos, fotones, ondas, frecuencias?– a la que se le aplica una tarea cultural, una conducta, una acción. Por tanto, puede ser una cosa representativa de un fenómeno acontecido. Si ese documento, reúne los requisitos determinados por las normas especiales, otorgado ante notario y autorizado

bre/2021. Por empezar puede decirse que un documento digital es una secuencia informática de bits (unos y ceros) que puede representar cualquier tipo de información (actos, hechos o datos), con independencia del soporte utilizado para almacenar o archivar dicha información. Esta representación de la información en base a dígitos implica en el ámbito informático una representación binaria, es decir por medio de unos y ceros."

- 5 Falbo, Santiago (2017), "Protocolo digital. Nuevas Tecnologías y función notarial. Otorgamiento del documento notarial digital, y circulación electrónica del documento notarial", Córdoba, Revista Notarial N° 95, Colegio de Escribanos de la provincia de Córdoba, p. 57. Recupero: <https://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2018/01/RNCba-95-2017-03-Doctrina.pdf>. (Último ingreso: 18/03/2022).
- 6 Bravo, Juan Andrés, "Primeros pasos hacia una nueva era. Procedimiento técnico notarial ante documentación habilitante digital", Buenos Aires, 2019. Recupero: <http://www.jnb.org.ar/41/images/41-trabajos/tema-1/1-BRAVO-Juan-Andres.pdf>. P. 5 (último Ingreso: 04/03/2022). "Los documentos digitales, están conformados por ciertas unidades de medida de la informática denominadas 'bits'. Estos bits pueden estar compuestos sólo por una de dos posibilidades dadas por los polos de la materia que se compone un soporte electrónico, que serán metales con propiedades magnéticas. Esas dos posibilidades se manifiestan en el lenguaje informático como Cero (0) o Uno (1). De manera tal que un conjunto de bits asociados de una manera determinada, unidos en un archivo bajo un formato específico, puede identificarse como un documento digital".

por él una vez cumplidos el proceso necesario y exigido, gozará de las cualidades previstas en el art. 296 del CCyC.

Basados en el **art. 16 del CCyC** que regula al respecto afirmando que los derechos individuales recaen sobre los bienes susceptibles de valor económico, que los bienes materiales se llaman cosas y que las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la **energía y a las fuerzas naturales** susceptibles de ser puestas al servicio del hombre, **podemos afirmar que al documento digital notarial, aun cuando no fuera exactamente una cosa, se le pueden aplicar las disposiciones referentes a ellas.**

Aun para las teorías que sostienen que los objetos no tienen límites ni fronteras por cuanto "la materia, en todas sus expresiones, vibra a una determinada frecuencia, por ello podemos considerarla una materia resonante", son ondas en expansión⁷, se les puede aplicar el concepto de *fuerzas naturales suceptibles de ser puestas al servicio del hombre*.

4. ¿Qué es la digitalización?

La digitalización ha sido definida como la "codificación" de las distintas "formas culturales para que éstas puedan ser **representadas/reproducidas** automáticamente". Pero según los autores el fenómeno de la digitalización excede a las obras y otros objetos culturales dirigiéndose a todo lo "perceptible y lo representable". Para codificar es necesario recurrir a la matematización y este proceso acarrea a su vez el problema de la delimitación de los objetos, según Berti y Blanco⁸.

7 Tula Molina, Fernando, "Simondon, Gilbert (2009), La individuación: a la luz de las nociones de forma y de información," "En definitiva, el individuo físico es más que individualidad y más que identidad 'rico en potencialidades y en vías de individuación'; se trata de una pareja individuo-campo con una resonancia particular desde su constitución y una evolución no lineal." Ed. La Cebra Cactus, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2014. Recupero: <https://www.redalyc.org/pdf/907/90745924007.pdf>. Ultimo ingreso: 6 de abril de 2023.

8 Berti, Agustín y Blanco, Javier, "¿Objetos digitales?". IV Coloquio Internacional de Filosofía de la Tecnología: Tensiones, continuidades y rupturas. Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, septiembre 2013. Dirección estable: <https://www.aacademica.org/agustin.beriti/42>.ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/patg/btR>. Ingreso. 29/03/2023.

Estos autores traen a colación la difícil discusión sobre la delimitación o individuación de los objetos, y hay quienes arguyen (como expresamos en el párrafo anterior) que las cosas u objetos no tienen límites ni frontera; que sus formas aparentes no son un límite que permita la individuación, sino que los individuos físicos, cualquier individuo, es onda, movimiento, resonancia y en ello reside su potencialidad. Las posiciones extremas en este sentido afirman que no hay comunicación entre materia y forma en el sentido aristotélico: los individuos se constituyen como "singularidades polarizantes" con una determinada "cualidad estructural", a la que se podría llamar forma.

En este sentido la identidad de los objetos digitales solo puede considerarse de manera relacional, es decir que el **medio asociado es inseparable de ellos**. Una cadena de bits puede realizarse físicamente de las maneras más diversas, pero su significado como objeto digital depende de la interpretación que hagan de sí los programas de su entorno digital. Dichos programas también son objetos digitales, por lo tanto, también admiten múltiples realizaciones, y también son identificados en su propio entorno o medio asociado (el cual puede incluir el entorno que ellos conforman, pero no necesariamente se identificará con él). La posibilidad de copia de un objeto digital da lugar, en materia notarial a interesantes preguntas sobre las copias, traslados y copias de copias.

Martín Russo recordando conceptos de Pelosi ha comentado: "En las copias (de escrituras matrices) hay algunos elementos genuinos...", o sea originales o propios, "pues el soporte material no es el mismo del original y requiere autorización. Tienen corporalidad y formas extrínsecas propias, pero su contenido ideológico importa un trasvasamiento del documento original. Si éste no reúne las condiciones necesarias de validez de ninguna eficacia final puede gozar la copia..."⁹.

Berti y Bravo, en el citado trabajo, distinguen los objetos técnicos de los objetos digitales. Un auto por ejemplo puede ser producido en serie y cada unidad será del mismo modelo, pero tendrá su propia identidad.

9 Pelosi, Carlos A., "Las copias simples notariales," en *Anales del Notariado Argentino*, tomo III, 1964, p. 183. Cit. por Russo, Martín en "El documento digital como soporte documental de los testimonios de las escrituras matrices". Recupero: <file:///C:/Users/Usuario/Documents/Anahi%20Personales/Rus-sodocumentodigital.html>. Ingreso: 4 abril 2023.

Sin embargo, cuando copio en un disco externo, en un pen por ejemplo, un archivo que he editado en una PC, el archivo es “el mismo”, y tendría la misma identidad. “En cualquier caso, no identifico mi archivo con su realización física, cosa que sí hago con el auto o con el sacacorchos”¹⁰.

En materia de documento digital, como señala la tesis germánica de lingüística o la teoría de la materia-resonancia, es indiferente el soporte en el que conste el archivo, ya que cada representación del mismo documento tendrá el carácter de original.

¿Cuál es la importancia práctica de estas consideraciones?

Si todas las reproducciones son clonaciones, y por tanto el mismo objeto que el originario, ¿cómo y quién garantiza, que tanto el originario como sus sucesivas clonaciones exhiben y muestran el fenómeno verdadero?

¿Cuáles de los documentos o copias gozará de plena originaria y cuántas de ellas gozarán de plena fe indirecta?

Siendo la posibilidad de clonación, aparentemente ilimitada, debería establecerse un límite de expedición y un sistema de control verificable.

Si en la vida analógica la figura del notario es esencial para cautelar los derechos de los ciudadanos respecto de determinados actos, en la vida virtual esta figura es tan relacional o relacionada con el fenómeno, como el mismo medio asociado al objeto.

5. Forma y prueba

Se discute si el documento notarial es esencialmente forma o prueba, y si ahondamos más, si su ser es probatorio o constitutivo. Ya anticipamos la posición de Alegría en este sentido.

Urbaneja sostiene que “constreñir la forma a ser una prueba preconstituida es una noción reputada como errada por quienes, en respuesta a la posición que postula la ‘escritura representativa’, sostienen la tesis de la ‘escritura constitutiva’¹¹. Agrega el autor que ‘conforme su recta lectura, la

¹⁰ Op. cit. 6.

¹¹ Urbaneja, Marcelo, “La publicidad cartular en los derechos reales inmobiliarios: su existencia, gravitación y vínculo con la publicidad posesoria y la publicidad”, 2020. Recupero: https://repositoriosdigitales.mincyt.gob.ar/vufind/Record/RIUCA_4e839048fed5c06991ce0aa69e01e96f. (Último ingreso: 23/02/2022).

escritura no representa un hecho (de donde se desprendería su esencia probatoria), sino que contiene el pensamiento de su autor. Ello no significa que en distintas ocasiones la legislación no se preocupe por la forma con finalidades primordialmente probatorias”.

Acierta Urbaneja cuando expresa que la escritura contiene el pensamiento de su autor: es lo que el autor percibe y piensa del hecho. A esto es, a lo que el sistema jurídico le acuerda un valor diferencial, al punto de conferirle plena fe: el hecho percibido y pensado por el notario es cierto, existe, hasta que no sea argüido de falso y se triunfe en ese intento. Es justamente lo que el autor percibe y piensa del hecho lo que resulta fundamental tanto para dar identidad al documento digital como para ponderar su autenticidad.

Bianciotto, afirma que el documento reconoce varias funciones. Desde el punto de vista del fin que con él se persigue, “desempeña una doble función: una de carácter probatoria y procesal cuando después de su formación es aducido a un proceso; y otra, que existe desde su otorgamiento y es extraprocesal, que puede ser de naturaleza sustancial y solemne, en el sentido de que no solo sirva para celebrar el negocio o contrato, sino que es indispensable requisito para su existencia jurídica, o su validez...”¹².

Lamber ha afirmado que la forma cumple un doble rol: “ a) el aspecto probatorio, donde rigen los principios generales de la teoría de la prueba propia del derecho procesal y todo elemento es valorado para llegar a la convicción del juez , ...b) el aspecto ejecutorio del derecho titularizado, donde la ley, en ciertos casos, ha impuesto el cumplimiento de un rito para poder hacer valer, ejercer o ejecutar el mismo de modo autosuficiente, ... ; y, en estos últimos instrumentos (privados o públicos), la firma es indispensable para demostrar la existencia de la voluntad jurígena de obligarse, transmitir, adquirir, modificar, renunciar o extinguir el derecho representado como objeto documental, destinado especialmente a terceros ajenos a los otorgantes”¹³.

12 Bianciotto, Octavio, “El documento notarial”, Revista del Notariado 937, 2020, Buenos Aires, Ed. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, p. 13. Recupero: https://www.revista-notariado.org.ar/wpcontent/uploads/2020/07/RDN_937_pdf.

13 Lamber, Néstor Daniel, “Una adecuada distinción entre la firma electrónica y digital y el rol funcional de la forma en sus aspectos probatorio y de titularización”, Revista del Notariado 937, 2020, Buenos

El documento notarial, a nuestro juicio –en cualquiera de sus especies– no puede ser escindido, por su naturaleza, en forma y prueba, dándole preeminencia a una u otra, por cuanto ello implica su disección ontológica. El documento notarial, por su particular forma de producción, por el agente público que interviene, y por su contenido sirve para constituir derechos y deberes, para ejercerlos o probarlos, más acá o más allá de la contienda en tribunales de justicia. Y este principio no cambia sea que se trate de un documento analógico o digital.

Hemos afirmado que el documento notarial es una "cosa representativa"¹⁴ que trae al espacio y al hodierno, una situación o un hecho efímero en el tiempo. Para gozar de esa actualidad permanente requieren cumplir con la forma que los valida como tales. Si no fuera por su forma (sin perjuicio de su soporte) el documento notarial no tendría la capacidad probatoria que tiene; si no tuviera esa capacidad probatoria sería otro documento, con otra forma intrínseca.

Este predicamento, cumplir con la forma, es esencial respecto del documento digital.

6. Las formas de los actos jurídicos

El legislador (uno de los grandes repartidores de potencias e impotencias conforme a la Teoría del Trialismo Jurídico de Miguel Angel Ciuro Caldani) ha asignado al escribano la gran potencia de producir instrumentos que gozan plena fe, conforme al art. 296 CCyC.

Para el ejercicio de esa potencia le ha asignado también lo que, en esa teoría, se denominan "materializaciones no personales": espacios, herramientas, destinados a estar al servicio de la materialización personal (o sea el escribano) para cumplir y ejercer la facultad acordada. Esas herramientas son: el registro notarial, los documentos notariales en cualquiera de sus especies, el protocolo, el libro de requerimientos de firmas, archivos de protocolos, registros de testamentos, entre otros.

Aires, Ed. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, p. 154. Recupero: http://www.revista-notariado.org.ar/wp-content/uploads/2020/07/RDN_937.pdf. (Última entrada: 11/10/ 2021).

14 Con las características que hemos afirmados respecto del art. 16 del CCyC.

Los documentos notariales exhiben los hechos a través de formas determinadas a las que se llega por procesos más rigurosos que el resto de los documentos. El legislador capta la necesidad social de seguridad y la integra del modo más adecuado al sistema jurídico general. De este modo se asigna, a algunos documentos, certeza predeterminada, contribuyendo a que, a través de la solemnidad de la forma, la conciencia sobre los actos que realizan se acreciente en la vida cotidiana y, a la prevención del pleito en sede judicial. Y a tales documentos les asigna tal importancia que, como ya mencionamos, se ocupa aún de su conservación y guarda, delegándola a las legislaciones locales.

Aunque debamos mirar para adelante, es admirable y útil ver como nuestros antecesores miraban hacia este presente: el código velezano, en el art. 973, expresaba que **"la forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico..."** En la nota de este artículo Vélez Sarsfield apuntaba: "...Con tales actos (los jurídicos) una civilización adelantada se asocia inmediata y principalmente a lo que es espiritual, a la voluntad, a la intención: no pide a la materia sino lo que es necesario para descubrir y asegurar la voluntad... La voluntad como todo lo que no tiene cuerpo es impalpable, penetra en el pensamiento, desaparece y se modifica en un instante. Para encadenarla es preciso revestirla en un cuerpo físico..."

El desafío de la tecnología notarial es encadenar esa voluntad, volátil, a la materia, o a "aquello" que permita recuperarla con certeza. Existe una discusión investigativa sobre el carácter del objeto digital, (incluso sobre el carácter de materia de cualquier entidad): ¿es concreto o abstracto?, ¿o puede ser ambas cosas?

Desde el aspecto legal se requiere, si la tecnología lo permitiera, ligar esa voluntad, intención, a "algo": aquello que permita representar, exhibir, hacer perceptible, y dar trascendencia a eso que, por lo menos en apariencia no tiene "materia": ondas, frecuencias, energía.

En definitiva, igual que en 1871, la civilización le pide a "la materia", o a la naturaleza (Cossio) lo que fuere necesario "para descubrir y asegurar la voluntad".

Carlos Gattari sobre este tema opinó que "el hecho como tal, interesa a la historia viviente de todos los días. Pero sólo es rescatable para el conoci-

miento si está documentado, y esto sólo acontece si, de algún modo, se inserta en la otra dimensión: la espacial": "verba volant scripta manent".

Mucho más actual es la apreciación de Russo: "En un sentido amplio del término, documento puede ser concebido como todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza".

La exteriorización de la voluntad siempre requiere de una forma. Aunque la forma oral es la propia de la naturaleza de la humanidad, escribir, gesticular, incluso silenciar en algunos casos, son "formas" de exteriorización.

En los actos jurídicos forma, contenido y causa, se identifican con voluntad, conciencia e intención visto desde la persona que se expresa. El escribano ha de tener en cuenta las tres últimas para emitir su acto fedante, sabiendo que la forma es la exteriorización de la voluntad, el contenido es la conciencia, el discernimiento de que aquello que se expresa, y la causa, es la intención el fin que persigue aquél que recurre a su intervención.

El CCyC, en su art. 284, sienta como principio general la libertad de formas para exteriorizar la voluntad¹⁵. Pero asigna, a distintas formas, diferentes efectos. A determinados actos jurídicos de cierta trascendencia en la vida de las personas o de la comunidad, les impone una forma determinada, de acuerdo al art. 285. En estos casos, la libertad de elegir la forma, se restringe en aras de la protección de bienes superiores. La percepción y determinación de estos bienes superiores por parte del legislador, es la causa fin, que justifica la restricción del principio de libertad de formas.

La "forma impuesta" restringe el principio de la autonomía de expresión de la voluntad, de acuerdo a los bienes que la comunidad requiere satisfacer.

Antes decíamos que el fenómeno notarial implica traer del tiempo al espacio una voluntad que vuela. Ahora de lo que se trata es de ¿cómo lograr, en la velocidad con que el tiempo se está consumiendo, y la materia parece desmaterializarse, que lo escrito permanezca, y los derechos y deberes puedan ejercerse?

15 Entre los arts. 284 y 287 el CCyC regula la forma de los actos jurídicos.

Este es el desafío de la tecnología notarial respecto al documento digital notarial¹⁶: que éste satisfaga los bienes y necesidades de las personas y de la comunidad con la misma y mayor suficiencia, con que lo han hecho los documentos analógicos.

7. Los instrumentos públicos. El escribano como parte del objeto digital

El CCyC prevé, entre otras, la posibilidad de expresar la voluntad en forma escrita por instrumentos públicos y particulares. Los instrumentos públicos están enumerados en el art. 289 CCyC. De ello resulta que el documento notarial es el instrumento público por antonomasia.

Hemos interpretado armónicamente los arts. 284 a 298 del CCyC, y de esa interpretación podemos expresar que *el documento notarial es la forma inscripta en soporte inteligible, impuesta por la ley, o elegida por las partes, para exteriorizar su voluntad frente al escribano público, que hace plena fe en cuanto a que se ha realizado dicha exteriorización, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal.*

Atendiendo a su función y fin, el documento notarial es una herramienta, que es medio y/ fuente de prueba, y sirve a las personas para mostrar y demostrar con certeza las adjudicaciones de derechos que privadamente practican de conformidad a las leyes, con el fin de mantener la concordia en el ejercicio del derecho en la normalidad y de alcanzar la verdad en caso de conflicto.

Pero, así como no existe documento notarial analógico sin escribano, no existe documento notarial digital sin escribano porque **el escribano en este caso es parte del objeto y del medio relacional de éste**. El documento notarial digital requiere del medio técnico (que por lo general es también un objeto digital) y del escribano que es un individuo

16 Para su validez: por ejemplo art. 1552 CCyC que requiere la escritura pública, bajo pena de nulidad, para las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias. Para su oponibilidad el art. 1188 CCyC. que requiere forma escrita para contratos de locación de inmuebles o muebles. Para su prueba: por ejemplo art. 1618 CCyC que requiere la forma escrita para la cesión, pero hace la excepción para la cesión de determinados derechos que requieren la escritura pública -hereditarios, litigiosos, o derivados de un documento público-.

físico, cuya voluntad (en el caso, advenir los fenómenos notariales) adquiere forma virtual.

Esta nueva realidad exige del escribano capacitación y creatividad. El orden virtual reclama la agudización de su sistema de percepción, su preparación para el uso de lenguaje técnico y su aprehensión, y la realización y conducción del proceso notarial que la ley le impone, en el mundo virtual con nuevas plataformas y herramientas.

Lo que debe reclamarse al notario es que sea mucho más que un simple operador. No se trata de seguir instrucciones de aplicativos: se trata de integrar el hecho, la norma y el valor, a partir de los juicios y el desarrollo de la argumentación, ligado a un medio que excede a la materia papel, y la inmediatez.

¿Son suficientes las normas previstas en el CCyC para que en el ámbito nacional, por las vías legales que correspondan se establezcan la escritura pública digital, el protocolo digital y el archivo digital de protocolos?

Si se analizan integradamente las normas del CCyC y las de la Ley de Firma Digital, no se advierten graves inconvenientes¹⁷ (los que se advierten pueden encontrar solución legal o técnica: ratificar la plena fe alcanzada con la firma digital del notario, el modo en que se digitalizarán las enmiendas de puño y letra, etc.).

Hay dos ámbitos que están generando obstrucciones para avanzar: por un lado en el ámbito interno del notariado, se requiere que el conjunto del notariado argentino acceda a medios digitales y se capacite al efecto y que se creen plataformas propias al modo del notariado español¹⁸. Otro

17 Los inconvenientes o posibles incongruencias pueden ser resueltos: 1) se advierte que en la LFD (2001) en ningún caso se refieren al instrumento público y a la plena fe de la que gozan los mismos. Por el contrario siempre refiere a la fuerza probatoria de la firma digital sujeta a la prueba en contrario por quien la desconoce. Es claro que dicha ley es muy anterior al año 2015 en que el CCyC legisló con meridiana claridad la fuerza probatoria de los instrumentos públicos en el artículo 296.

18 (... , el Notariado Español se distingue orgulosamente de la prestación de servicios de confianza, en razón que en su carácter de funcionario público presta un servicio jurídicamente más relevante, dado que ejerce su función habitual a través de una plataforma de intranet segura, con un servicio de interconexión y gestión entre las notarías seguro (Red Privada Notarial RENO y Sistema Integrado de Gestión Notarial SIGNO bajo la provisión de la Agencia Notarial de Certificación ANCERT). ... En el ecosistema jurídico informático el notariado español ha demostrado mantener la importancia y necesidad social de su servicio, creando un nicho en el espacio digital, donde los ciudadanos pueden recurrir en amparo de una mayor seguridad jurídica y eficacia de los actos a instrumentar. Este

externo: que el conjunto de la población comprenda y acepte la firma digital, hoy solo utilizada, además de la administración pública, por un reducido grupo de personas, dado sus necesidades profesionales o empresariales: como dijera García Collantes en noviembre de 2018, antes de la pandemia Covid-19: la población aún no lo demanda.

Si avanzamos en el documento notarial digital, siendo el documento notarial, el instrumento público por antonomasia debemos definimos como notarios como parte inescindible de aquél. Somos humanos, parte de ese objeto digital, insustituible por un medio o meta medio.

8. El artículo 300 del CCyC

El art. 300 del CCyC dispone: "Protocolo. 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. **Corresponde 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**".

Las leyes locales, todas anteriores al CCyC, ya habían asumido la tarea de legislar al respecto¹⁹. Todas ellas **requieren actualización** en relación

notariado ya tiene la posibilidad de prestar el servicio notarial (actividad) de dar certeza a la generación y calidad de los datos digitalizados, con verdadera eficacia y fuerza ejecutiva exclusiva de los instrumentos públicos notariales".

- 19 Provincia de Buenos Aires. Vigente, de alcance general 1987-05-07. Ley Notarial decreto-ley 9020/78. La Plata, 21 de noviembre de 1986, art. 134: I.- Los documentos podrán extenderse en forma manuscrita o mecanografiada. II.- El procedimiento que se utilice en cada documento es exigible para su integridad excepto lo que complete o corrija el autorizante de su puño y letra. III.- La tinta o estampado debe ser indeleble, y los caracteres fácilmente legibles. Conservación IV.- El Consejo Directivo podrá determinar, además, otros procedimientos gráficos y las condiciones para su empleo y adaptación cuidando que quede garantida la conservación de la grafía. Artículo 154: I.- Los notarios titulares o sus reemplazantes legales son responsables de la conservación en buen estado de los protocolos que se hallen en su poder y de su entrega al archivo dentro de los plazos que fije el Reglamento Notarial. Este dispondrá también las normas relativas a su encuadernación. II.- El Poder Ejecutivo promoverá las medidas que fuere menester para la creación, organización y funcionamiento de un Archivo de Actuaciones Notariales, sea en jurisdicción del Poder Judicial o bajo el control y administración del Colegio de Escribanos. CABA. Ley 404, artículo 69 - El notario es responsable de la conservación y guarda de los protocolos que se hallen en su poder, y de su encuadernación y entrega al archivo en

a los documentos notariales digitales, su recepción, la actualización de los principios de guarda y conservación, y la delegación de la facultad de archivo a los colegios notariales del país (incluyendo las materializaciones no personales: o sea estructura física e informática suficientes, por ejemplo).

El art. 300 del CCyC impone requisitos respecto de los folios –deben ser habilitados–, y la numeración correlativa de las escrituras por año calendario. Esto parece suficiente, sin necesidad de modificación del CCyC, para abordar el documento notarial digital, siempre bajo estrictos estándares reglamentarios.

Esta reglamentación, cualquiera sea su carácter o naturaleza, debe ser coherente, sino coincidente, en todas las jurisdicciones de la Nación. La disparidad de formatos, medios técnicos, plataformas, o su carencia, unidos a la velocidad de su modificación y de circulación de los documentos, incluso las diferencias doctrinarias de interpretación y aplicaciones en la práctica, producirían además de injustas asimetrías, una alteración al principio rector del **art. 293**: "Competencia. Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece este Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado". Reglamentaciones locales incoherentes pueden generar como mínimo disturbios e inseguridades, en la correcta aplicación de esta norma, sin perjuicio de las facultades legalizadoras de los Colegios Notariales, que deben seguir vigentes adaptadas a las nuevas tecnologías.

9. Ecosistema jurídico notarial. Archivos de documentos digitales

"Los archivos son instituciones fundamentales en las sociedades del conocimiento. Cumplen tanto una función social como cultural, al conservar y dar acceso a los documentos que constituyen nuestra

los plazos y condiciones que señalen las reglamentaciones. Mendoza. Ley 3058. Artículo 20.- El notario es responsable de la conservación en buen estado de los protocolos que se hallen en su poder y de su entrega al Archivo Judicial antes de finalizar el año siguiente, con todos los folios sellados por el Inspector Notarial y la certificación de cierre hecha por éste.

historia, que registran nuestras ideas y obras, y son la garantía del cumplimiento de una variedad de derechos ciudadanos"²⁰.

Se ha definido al "documento de archivo digital como la información producida o recibida por medios electrónicos por una institución física o jurídica en el ejercicio de sus actividades. Tal información **ha de permanecer en estos medios durante todo su ciclo de vida** y debe ser tratada teniendo en cuenta los principios y procesos archivísticos comunes a todos los documentos de archivo para servir de prueba y apoyo a las funciones de la organización"²¹. De la misma fuente rescatamos la visión que advierte "la necesidad de dar pautas claras que posibiliten determinar su autenticidad. Asimismo, la fragilidad de los formatos y su obsolescencia tecnológica nos obligan a diseñar pautas y establecer lineamientos que aseguren la preservación a largo plazo de los documentos de archivo para el recupero de la información".

Insistimos en el tema respecto del resguardo. Está comprobado que el "archivo de documentos," y particularmente de los notariales, es un asunto que ha ocupado sustancialmente a todos los órganos que convergen en su producción y que la reproducción de lo archivado es tema de estudio y debate. Ergo, la necesidad de garantizar la guarda y conservación de los protocolos y libros notariales, analógicos o digitales, ya existe y debe preverse el sistema de archivo de documentos digitales notariales que alcance los principios archivísticos de **fiabilidad, confiabilidad, autenticidad e integridad**. Para alcanzarlos es necesario en primer lugar, *"...ponderar la autenticidad..."* del documento digital para lo cual *"...debe ser posible establecer su identidad"*²².

20 Archivo General de la Nación. Recupero: <https://www.argentina.gob.ar/interior/archivo-general/diplomaturauntref-agn>. Ingreso: 30/abril /2023.

21 Universidad Nacional de Córdoba. "Registro y Archivo de Documentación". Recupero <http://radtgu.eco.catedras.unc.edu.ar/unidad-2/nuevos-soportes/autenticidad-del-documento-de-archivo-digital/>. Ingreso: 30 de marzo de 2023.

22 Universidad Nacional de Córdoba. "Registro y archivo de documentación". Refiriéndose a la identidad del documento digital se expresa: "Identidad: se refiere al carácter distintivo de un documento, es decir, los atributos que lo caracterizan de una manera única y lo distinguen de otros documentos. Los atributos pueden ser: 1.a. Explícitos en un elemento del documento, lo cual incluye características de presentación, firmas electrónicas, sellos electrónicos, gráficos, textos, imágenes, sonido, etc. 2.b. Implícitos en sus diferentes contextos: 1.1. Contexto documental:... 2.2. Contexto procedimental:... 3.3. Contexto tecnológico:... 4.4. Contexto de procedencia:... 5.5. Contexto jurídico-administrativo:...". Recupero: <http://radtgu.eco.catedras.unc.edu.ar/unidad-2/nuevos-soportes/autenticidad-del-documento-de-archivo-digital/>. Último ingreso: 30 de marzo de 2023.

En conclusión, para que el archivo de documentos digitales, sea el protocolo o el archivo de protocolos, cumplan sus funciones deben posibilitar establecer la identidad del documento notarial digital para ponderar su autenticidad.

En el caso del protocolo digital, si se determinara la posibilidad de su existencia, será el mismo notario quien generará la identidad que permite aseverar su autenticidad. En el caso del Archivo de los protocolos digitales, para que aquellas caracterizaciones se alcancen el archivo debe producirse bajo las mismas bases informáticas y plataformas que operen los notarios. Los colegios notariales deben, en base a las mismas plataformas ser los depositarios de los archivos de protocolos.

Se debe **generar un ecosistema jurídico notarial** en el que la producción del documento digital, la forma de generación del protocolo de cada escribano y el archivo de protocolos funcione con una plataforma propia evitando otros terceros de confianza.

10. Las nuevas tecnologías, las formas y los principios notariales. El valor humanidad

Es necesario distinguir las clases, la forma, el valor judicial y extrajudicial, de los documentos digitales y los principios notariales, para determinar la necesidad y el valor de su guarda y conservación.

Ya hemos expresado las distinciones y equivalencias que Nestor Lamber²³ ha formulado, a partir del análisis de los arts. 286 y siguientes del CCyC y arts. 3 y 6 de la Ley de Firma Digital 25.506.

El paso que se intenta dar es que los instrumentos firmados digitalmente por los "comparecientes" y autorizados por el notario con su propia firma digital, gocen de las aptitudes conferidas por el art. 296 del CCyC. Entendemos que a tenor de lo prescripto por el art. 286²⁴ si lo son. Y de conformidad a las prescripciones de la Ley de Firma Digital, quedarían comprendidos en las prescripciones del art. 296 del CCyC.

23 Lamber, "Una adecuada distinción...", op. cit. 13.

24 Art. 286: La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.

La duda emerge, entre otras, en relación a los *medios técnicos* requeridos señalados en el art. 286 para su lectura, sobre todo a la *preservación del medio técnico* para su lectura en el tiempo, ya que éstos se obsoletizan rápidamente²⁵.

Aquí existe un tema a resolver, tanto por y para los notarios, como para y por los archivos y registros: cómo lograr que al cabo de diez o veinte años el operador pueda acceder a los contextos. En la cita 6 hemos referido a los elementos implícitos necesarios a los archivos, y los elementos implícitos según la cita son:

"1. *Contexto documental*: el fondo archivístico al que pertenece el documento y su estructura interna (fondo es conjunto de todos los documentos producidos y recibidos por una persona física o jurídica en el marco de las funciones y las actividades que le son propias)". El Notario es el productor de las escrituras contenidas en el protocolo (art. 300 CCyC) y el protocolo anual es el que deberá ser guardado y conservado por el notario en los tiempos que la reglamentación determina. Si los documentos del protocolo han sido producidos digitalmente, deberán ser digitales todos sus anexos (habilitantes y complementarios). El archivo de protocolos será el receptor. Las plataformas utilizadas por ambos deben ser enteramente compatibles, y la preservación de los medios técnicos para su lectura inteligible.

2. "*Contexto procedimental*: el proceso o procedimiento que dio origen al documento". Hemos sostenido que el Notario a efectos de cumplir la facultad encomendada, esto es, autorizar instrumentos públicos determinados por el CCyC en su art. 289, debe cumplir con "el proceso

25 Berti, Agustín y Blanco, Javier. "¿Objetos digitales?", IV Coloquio Internacional de Filosofía de la Tecnología: Tensiones, continuidades y rupturas, Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires (septiembre, 2013). Dirección estable: <https://www.aacademica.org/agustin.berti/42> ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/patg/btR>. "La multiplicación de los objetos digitales y la velocidad de procesamiento de las computadoras vuelven sin embargo un poco anacrónica la metáfora de Borges (refiere a la Biblioteca de Babel). Si bien para los tiempos humanos sería bajísima la probabilidad de encontrar un código sensato o un dato interpretable o un índice que señale alguno de estos (en la ubicua Babel digital), **los programas de búsqueda, los decodificadores de todo estilo, ayudados por la estandarización de los formatos, permiten un uso intensivo y siempre novedoso de la Biblioteca**. Pero, claro, **una infinidad de anaqueles va quedando en desuso**: ¿qué pasa hoy, por ejemplo, con un archivo creado por editores de texto como el Word Perfect o el Chi Writer? **Han devenido reliquias incomprensibles de hace ya varios lustros**. Ingreso 29/03/2023. Las negrillas nos pertenecen.

notarial"²⁶. El proceso notarial que da origen al documento debe ser riguroso, y sin perjuicio de su virtualidad, que por ahora es solo parcial, habrá de gozar de la solemnidad suficiente que permita al compareciente aprehender la trascendencia del acto y al notario cumplir con el deber de cautelar los derechos constitucionales²⁷.

3. "*Contexto tecnológico*: se refiere a las características de los componentes técnicos del sistema informático empleado en el que se creó el documento (*software* y *hardware*)". A este respecto la conservación y guarda del documento notarial digital debe ocuparse de que los sistemas informáticos empleados en la creación estén disponibles al tiempo en que se requiera la reproducción, de lo contrario no se podrá acceder a los mismos.

4. "*Contexto de procedencia*: hace referencia a la institución o área que crea el documento, su estructura y el marco de las funciones en las que fue creado". La institución o área será el notario, pero lo imprescindible es que se corresponda con una estructura general, común a todo el notariado de la República. De ahí que las plataformas deben ser pro-

26 Artículo 289.- Enunciación. Son instrumentos públicos: a. las escrituras públicas y sus copias o testimonios; b. los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes; Artículo 300.- Protocolo. 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. Corresponde 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

27 Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación: "...por ello es que, como bien expresa Fiorini, los instrumentos gozan de fe pública, porque son el resultado de un conjunto de solemnidades aplicadas a las etapas previas (calificaciones) y durante el mismo (acto público técnicamente configurado, con dirección del oficial, y garantizando la libertad de expresión y en su caso las adecuaciones de la voluntad a la verdadera intención de las partes). A ello se suma que en forma coetánea se instrumenta, con rigurosas solemnidades aplicables al tipo de papel, su autenticidad, las tintas, los procedimientos de edición, el contenido (idioma, prohibición de abreviaturas, espacios en blanco, enmiendas no salvadas, etc.). Los documentos matrices quedan en resguardo, lo cual facilita su auditoría y todos los controles que corresponda aplicar. Este conjunto de solemnidades (entendidas como garantías de jerarquía constitucional) es el fundamento de su privilegiada oponibilidad, que deviene de la fe pública que merecen; (iv) todo ello demuestra que la esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública, como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia *erga omnes*. La fe pública es el efecto de tal conjunto de operaciones".

pías del notariado, no de otro “tercero de confianza”, y debe ser accesible a todos los escribanos. Podremos convivir por un tiempo, creemos que bastante prolongado por ahora) entre el mundo virtual y el analógico, pero no podremos como cuerpo tener dos notariados en la nación: uno analógico y otro virtual.

“5. *Contexto jurídico-administrativo*: refiere al sistema legal y organizativo al que pertenece la institución productora”. Este contexto es el que hoy está adquiriendo forma, a partir de la Ley de Firma Digital y el CCyC. Sin embargo y a pesar de la remisión que formula el art. 300 a las legislaciones locales, advertimos la necesidad de actualizar, y unificar normas legales y procedimentales para evitar procesos notariales diferentes en las distintas jurisdicciones del país.

A partir del ingreso de las nuevas tecnologías se ponen en tensión los principios notariales de intermediación, autoría, e inalterabilidad y también los principios de matricidad, conservación y guarda: todos deben ser atendidos por el notariado con vehemencia, por cuanto sin ellos el fin del instrumento público (siempre ligado al futuro) queda frustrado.

De la mano de la revisión del principio de intermediación y la propuesta de denominarlo como principio de “comparecencia en línea” –que está siendo definido y redefinido en forma casi permanente– habrá de revisarse el principio de la fe de individualización o de conocimiento de los requirentes, consagrada por el art. 306 del CCyC, según la forma en que comparezcan ante el notario. Estimamos que, a medida que se avance en la posibilidad de comparecencia en línea, el conocimiento que el escribano tenga del requirente (art. 306 b) del CCyC) proveerá al notario de un mejor juicio, que el que proporciona la fe de individualización (art. 306 inc a), que permite justificar la identidad a través del documento idóneo.

Se ha sostenido que la entrevista presencial previa a la fase de formalización del acto jurídico y averdación notarial, sería imprescindible para la concreción del acto notarial en línea. Esto no significa la reformulación de “la fe de conocimiento” del CC²⁸, sino la individualización de los comparecientes a través de mecanismos de mayor seguridad.

28 Falbo, Santiago; Vizcarra, Rodolfo, “La actuación notarial en el ámbito digital”. 42 Jornada Notarial Bonaerense, Provincia de Buenos Aires, 2022. “A raíz de ello, erróneamente se ha interpretado que esta vinculación en el mundo físico ente notario y requirente implicaría la exigencia de la fe de conocimiento, como recaudo para actuar en este ámbito”.

Tal como se conforman las comunidades actualmente, y la mundialización de las relaciones, es difícil sostener el concepto de fe de conocimiento como se pudo concebir en 1871. Sin embargo, hasta tanto la tecnología aporte mayores seguridades la presencia virtual de una persona realmente conocida o, por lo menos, previamente conocida por el notario aporta una evidencia superior en relación a la de una persona que se individualiza por otro medio. El escribano deberá validar al requirente con mayores y mejores datos. Si se aplicaran –tema a debatir– de modo directo los principios de la responsabilidad y riesgo, determinados por el CCyC en su art. 1758 y cc, el consumo de riesgo está en relación inversamente proporcional a la fe de conocimiento del viejo art. 1001 del CC.

En el “Decálogo para las escrituras notariales a distancia” aprobado por la Comisión Directiva de la Unión Internacional del Notariado²⁹ en el mes de febrero de 2021 (con la propuesta de Carlos A. Marcoz, presidente de Grupo de Trabajos para Nuevas Tecnologías) se alcanzaron conclusiones que permiten afirmar que las operaciones, juicios y actos desarrollados por el escribano en el proceso para alcanzar la integración adecuada del instrumento público, está regido por los mismos criterios fundantes de la actividad: “el notario desempeña una función pública al extender el instrumento auténtico y por tanto la plataforma debe ser en lo posible pública”, y el uso de ellas debe permitir “identificar al requirente, calificar su capacidad y discernimiento y controlar la ausencia de vicios del consentimiento y legitimarlo en su accionar. En definitiva, es el notario el que debe responder personalmente por su conducta”³⁰.

29 Unión Internacional del Notariado. “Decálogo para las escrituras notariales a distancia”, Comisión de Trabajo para las Nuevas Tecnologías, elaborado por el Dr. Marcoz Carlos Alberto. Recupero: [http://www.onpi.org.ar/documentos/biblioteca-virtual/Decálogo para las _escrituras_notariales_a_distancia.pdf](http://www.onpi.org.ar/documentos/biblioteca-virtual/Decálogo%20para%20las%20escrituras%20notariales%20a%20distancia.pdf), p. 4 (última entrada 7/07/2021). Conclusión: “El notario debe ser el punto central de la audiencia notarial virtual con presencia a distancia. Las herramientas tecnológicas no pueden sustituir, sino que deben equilibrar y sustentar su responsabilidad en el control de la legalidad y de la seguridad jurídica, que va mucho más allá de la mera seguridad tecnológica... La escritura notarial a distancia lleva a reinterpretar el principio de intermediación en la comparecencia y a cambiar las formas de contacto de las partes con el notario interviniente. Lo importante no es la presencia física ante el notario, sino la comparecencia directa con el notario que es responsable de la autenticación, aunque sea a través de una plataforma tecnológica. La escritura pública configurada por medios digitales no modifica en nada las calidades de la escritura pública en soporte papel. Solo es una modalidad distinta que permite la comunicación con los requirentes/comparecientes a distancia”.

30 Unión Internacional..., op. cit. 30.

Hemos sostenido, que lo central en el documento notarial, es garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales a las personas, y que mas allá de la responsabilidad personal del escribano, reside en la calidad del sujeto encargado de producir el documento notarial y en el cumplimiento del proceso de formación del documento.

Por todo esto es que entendemos que el valor humanidad es el que guía y da luz a todos los principios que son base del Derecho Notarial.

11. Conclusión

Abundan las preguntas en este trabajo, porque faltan certidumbres en el mundo virtual, como siempre han faltado en la vida en comunidad. Por eso existe el notario de tipo latino.

Sabemos que la escritura digital, el protocolo digital y el archivo digital son instrumentos viables, solo, si sirven a las personas y esto solo será posible si no se abandonan los principios.

La función pública notarial, se liga a las formas, a las solemnidades, a los ritos, al solo fin de que las personas tengan certezas para vivir en armonía en la comunidad. La digitalización sólo servirá a nuestra función si no obstaculiza estas metas.

Encontrar la forma solemne digital no es ir hacia atrás, es mirar hacia adelante.

Planificación patrimonial y pacto de herencia futura*

Caracteres. Formas de instrumentación y alcances

**María Cesaretti
y Oscar Daniel Cesaretti**

Ponencias. El pacto de herencia futura y la empresa familiar. Evolución histórica en el Derecho argentino y el Derecho comparado. El objeto del pacto en la legislación argentina. Los sujetos del pacto. El pacto y otros instrumentos del CCyC.

* Accésit otorgado por el Jurado en la 34 Jornada Notarial Argentina, desarrollada en la ciudad de Mar del Plata entre el 3 y el 6 de mayo de 2023. Corresponde al tema I de la Jornada, "Planificación patrimonial familiar".

Ponencias

- 1.- El pacto previsto en el art. 1010 del CCyC es de carácter contractual y podrá incluir en su objeto además de la unidad productiva y participaciones sociales, otros bienes, incluso aquellos que no sean parte del acervo hereditario, sino bienes de los legitimarios-beneficiarios a los efectos de la compensación entre los futuros herederos.
- 2.- Pueden ser objeto de pacto las participaciones sociales de aquellas sociedades que no tengan actividad empresarial.
- 3.- Si bien resultaría recomendable que el pacto se encuentre acompañado de otros instrumentos (como un contrato de sindicación de acciones o un protocolo de empresa familiar) ello no resulta necesario para su eficacia.
- 4.- Pueden utilizarse otros contratos previstos por nuestro CCyC (usufructo, donaciones o partición por ascendiente), donde el futuro causante se desprenda de la propiedad de los bienes, y dichos actos enmarcarse en un pacto del art. 1010, causándolos y estableciendo las compensaciones para quienes no reciban las participaciones societarias correspondientes.
- 5.- En el supuesto del pacto otorgado por los futuros herederos, sin participación del futuro causante, se tratará de un acuerdo partitivo futuro, donde los otorgantes acuerdan la forma en la que se adjudicaran el acervo hereditario.
- 6.- El legitimario omitido en el pacto, pero al cual se le ha respetado su cuota de la legítima, no podrá oponerse a la adjudicación preferencial que implica el pacto del art. 1010 del CCyC.
- 7.- Si todos los legitimarios participan del pacto, los contratantes pueden al momento de otorgarlo fijar los valores de los bienes y sus compensaciones, siendo dichos valores los que deban tomarse en cuenta al momento de la apertura de la sucesión.

*"Nuestra cabeza es redonda para permitir al pensamiento
cambiar de dirección."
Francis Picabia (artista)*

El pacto de herencia futura y la empresa familiar. Evolución histórica en el Derecho argentino y el Derecho comparado

El Derecho latino con base fundamental en el Derecho romano, ha evolucionado desde la libertad absoluta de testar que tenía el *paterfamiliae* en la antigua Roma¹, mediante instituciones de igual origen y del derecho bárbaro, para culminar en la obra del Código de Napoleón², y su enorme influencia en toda Europa y posteriormente en América Latina.

Por ello, no debe llamarnos la atención que D. Vélez Sarsfield previera la sanción prescripta en el art. 1175³ del CC. Ciertamente es, que la solución de Vélez enraizada en la tradición jurídica latina, fue suficiente mientras el desarrollo de la actividad económica estaba fundamentado en la explotación agrícola o artesanal. Dicho esto, debe destacarse que existían en el CC algunas excepciones a esta prohibición⁴.

-
- 1 *Historia y Legislación de la Legítima*. Guaglianone, Aquiles, citado por Pestalardo y Berazategui en "La legítima hereditaria en el Proyecto de Código Civil y Comercial". <https://www.pensamientocivil.com.ar/>.
 - 2 Napoleón, tomando en base a los principios de la Revolución en el dictado de su obra máxima prohíbe los fideicomisos, elimina los mayorazgos y sienta el principio de la igualdad de los herederos, con lo cual favorece la fragmentación de las propiedades otrora en manos exclusiva de la nobleza; aunque se aleja de otras aspiraciones revolucionarias al restringir la capacidad jurídica de la mujer casada y limitar las causales de divorcio que el régimen revolucionario había extendido. Prima la sucesión legal sobre la testamentaria en el ordenamiento de su código.
 - 3 Ver igualmente los arts. 848, 3599, 3311 del Código Civil.
 - 4 Ya con anterioridad a la unificación la doctrina había expuesto casos de pactos autorizados: "a) la partición por donación hecha en vida por los ascendientes respecto a sus descendientes (arts. 3514 a 3538, CC); b) la imputación de las liberalidades realizadas por los padres a favor de sus hijos, entendiéndose que debían comprenderse como un adelanto de la legítima (art. 1805, última parte, CC); c) las donaciones hechas con la condición de que las cosas donadas se restituirían al donante si éste sobrevivía al donatario o al donatario y sus herederos (arts. 1803 y 1841, CC); d) la posibilidad de que

Cuando la empresa se convierte en un objeto de derecho, y motor del capitalismo, la tradición romanística no resulta satisfactoria para conservar esta nueva realidad. Resulta necesario buscar nuevas alternativas para preservar aquello que es productor de beneficios tanto para sus titulares, como para la comunidad⁵.

Los países europeos con larga tradición de empresas familiares han manifestado su preocupación por el régimen sucesorio y la Comisión Europea ha dictado recomendaciones para que los estados facilitaren la transferencia a las posteriores generaciones evitando la destrucción de valor⁶.

En oportunidad de la sanción del código unificado con la incorporación del nuevo art. 1010⁷ se da una respuesta a estas inquietudes.

El art. 1010 del CCyC, en su el primer párrafo reitera la prohibición del 1175 CC y concordantes, siendo lo relevante para este trabajo, el segundo párrafo que establece: "Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros".

ciertas enajenaciones realizadas por el causante en favor de sus herederos forzosos cedieran en la presunción que se establece de su gratuidad, permitiendo que los demás legitimarios reconozcan el carácter oneroso de ellas (art. 3604, CC). A su vez, en la LGS los pactos de ingreso de herederos a la sociedad frente al fallecimiento de los socios fundadores (arts. 90, 2° párr., y 155)". "Empresa familiar y pacto sucesorio", Humberto G. Vargas Balaguer, Revista Estudios de Derecho Empresario.

- 5 "El pacto sucesorio por el que se adoptan disposiciones sobre la sucesión futura de alguna de las partes instituyendo heredero o estableciendo un legado se ha considerado tradicionalmente una institución que se encontraba recluida en los países de tradición germánica, o bien fue considerada en los países de tradición latina como una reminiscencia feudal, ha ido adquiriendo un mayor protagonismo en cuanto se ha constatado que se trata de un negocio jurídico útil para ordenar la sucesión, señaladamente para la transmisión mortis causa de la empresa familiar". "Ley aplicable a los pactos sucesorios" de Albert Font y Segura. InDret, Revista para el análisis del derecho N° 2/2009, Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra (<https://indret.com/>).
- 6 La recomendación de la Comisión Europea de 7 de diciembre de 1994 (DOCE L 385, de 31 de diciembre de 1994) manifiesta la preocupación en el viejo continente de esta problemática de la continuación de la empresa familiar ante el régimen sucesorio.
- 7 El tenor del artículo resulta totalmente novedoso ya que no existen antecedentes en los restantes anteproyectos de reforma del Código Civil ni el de unificación sancionado como ley 24.037 y posteriormente vetado por el PE.

El legislador en el CCyC sigue la línea del Código Civil Italiano, el de Catalunya, y el de Aragón. Estos modelos al igual que nuestro art. 1010 difieren sustancialmente del ensayado por el Código Civil Español en el art. 1056 que expresa: "El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo..." donde se observa la opción del legislador por la vía del testamento y no la figura del contrato que se menciona en los regímenes descriptos.

En consecuencia, la reforma ha mantenido la prohibición del pacto sobre herencia futura, pero, cuando en el haber sucesorio existe una unidad productiva o participaciones sociales referentes a una gestión empresarial, ha permitido la suscripción de un pacto sucesorio.

En el derecho comparado se han dado diferentes técnicas legislativas, siempre en aras de mantener la unidad productiva "empresa" y preservar la legítima de los no beneficiarios⁸.

Así volvemos al caso del derecho español cuyo art. 1056 establece "El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. **A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador partidario por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones.** Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el art. 843 y en el párrafo primero del art. 844"⁹.

8 Designamos como no beneficiarios a los herederos que no son parte de la transferencia de la empresa.

9 La norma ha sido criticada fundamentalmente por la indeterminación respecto del momento de cuantificación de la legítima a pagar en metálico por la existencia de dos normas en el Código de soluciones contradictorias. El art. 818 CC establece la muerte del testador como el momento temporal a tener en cuenta en la valoración de los bienes entregados. Por su parte el art. 1074 CC acoge el

Como se puede observar, la norma no está configurada como un contrato, sino una disposición de última voluntad, siendo de destacar la flexibilidad del plazo de cinco años para satisfacer a los restantes herederos no beneficiarios, así como compensar con bienes o dinero extrahereditarios. Sin embargo, existen en España derechos civiles forales o especiales en seis comunidades autónomas: el País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña, las islas Baleares y Galicia, además del Fuero de Baylío, aplicable en algunas zonas de Extremadura y en Ceuta; siendo de interés especialmente las previsiones del derecho catalán en sus diferentes versiones.

Con relación al derecho foral catalán¹⁰ la figura de heredamiento o pacto sucesorio, arraigada en la costumbre jurídica de Cataluña una institución del derecho germano que ha convivido con un derecho de origen romano; presenta algunas variantes que cabe destacar, así:

a- Heredamiento simple o de herencia: supone la adquisición de la calidad de heredero contractual pero sin transmisión de bienes en vida del heredante, es decir, el heredante conserva la propiedad de sus bienes hasta su muerte. En consecuencia, a partir de la muerte del causante el heredero se convierte en sucesor de la herencia y no podrá rechazarla dado el carácter irrevocable del pacto. Así, la posición jurídica del heredante, no se ve modificada durante su vida.

b- Heredamiento cumulativo: el favorecido no solo recibe la calidad de heredero contractual del heredante, sino que también se le transmite en el momento del otorgamiento los bienes presentes del heredante.

En el primero de los casos, estamos en presencia de un contrato y como tal no revocable inaudita parte –salvo los casos relacionados a indignidad– pero lo digno de resaltar, es que en el denominado “heredamiento cumulativo” determina una transferencia de los bienes del heredante a favor del heredero¹¹.

criterio del momento de adjudicación. Otro sector de la doctrina rechaza la supuesta contradicción alegando que el art 818 CC es aplicable para la reducción de las disposiciones inoficiosas y el 1074 CC se emplea para calcular el caudal relicto. Serraño Cañas, José Manuel, *El cambio generacional en empresas familiares*, p. 98 y nota 40, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

10 BOE Legislación consolidada ley 10/2008, art. 431-1 y ss.

11 Para mayores detalles del régimen catalán ver Medina, Graciela, “Empresa Familiar”, LL 2010-E p. 930.

Italia conforme la recomendación de la Comisión Europea, con la sanción de la ley 55 en febrero de 2006, modificó su legislación civil, reformando su art. 458 e insertando en el Título IV, que trata la división de la herencia, los arts. 768 bis al 768 octies.

Los artículos mencionados regulan el denominado "patto di familia", cuya definición está dada por el art. 768 bis¹². La modificación ha introducido en el sistema originario del Código, de base romanística basado en la sucesión legal o testamentaria, un esquema complejo de sucesión contractual, a fin de preservar a la empresa familiar y facilitar el traspaso de la misma a un determinado legitimario beneficiario, que el empresario ha determinado como el más idóneo para el desarrollo de la empresa. Debiendo preservarse los derechos de los restantes legitimarios no beneficiarios respecto de su cuota de la legítima.

El modelo italiano establece que el "patto di familia" tiene efecto *ex rei*; es decir el traspaso de los bienes se materializa con la firma del contrato como el modelo de heredad cumulativa del derecho catalán.

El esquema determina el traspaso de los bienes al momento del contrato, y el pago de las correspondientes compensaciones a los restantes legitimarios esto ha llevado a la doctrina a considerar que nos encontramos con un fenómeno de sucesión ficta, como expone Giampetraglia¹³, donde **los beneficiarios están obligados, por el art. 768 quater¹⁴, a**

12 "Art. 768-bis. "Nozione. È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti".

13 Rosaria Giampetraglia, "La autonomía de la voluntad en la transmisión de la empresa: 'El pacto de familia'", Anuario de Derecho Civil, Vol. 67, Nº 4, año 2014, p. 1169-1197, España, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2014-40116901197.

14 "Articolo 768-quater (Partecipazione). Al contratto devono partecipare anche il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore. Gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie devono liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti; i contraenti possono convenire che la liquidazione, intutto o in parte, avvenga in natura. I beni assegnati con lo stesso contratto agli altri partecipanti non assegnatari dell'azienda, secondo il valore attribuito in contratto, sono imputati alle quote di legittima loro spettanti; l'assegnazione può essere disposta anche con successivo contratto che sia espressamente dichiarato collegato al primo e purché vi intervengano i medesimi soggetti che hanno partecipato al primo contratto o coloro che li abbiano sostituiti. Quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione".

entregar a los legitimarios no beneficiarios, una suma de dinero, o el equivalente *in natura*, cuyo valor será determinado en el momento del otorgamiento del pacto, no quedando sujeto a los mecanismos de reducción y de colación hereditaria. Entiende la autora citada que desde esta perspectiva, hay una doble apertura de la sucesión: una ficta, en el momento de la estipulación del pacto y una real, en el de la muerte del empresario.

La complejidad del sistema ha llevado al legislador a incorporar en el art. 768 octies que las controversias que se originaren de este novedoso instituto deberán previamente tramitarse ante los organismos de conciliación previstos en la legislación. El pacto de familia, en el derecho italiano, es un acto *inter vivos* y no *mortis causa*, determinando que si prefallece el legitimario-beneficiario, los derechos de éste serán a favor de sus legitimarios, y no serán revertidos a favor del *pater* o *mater* empresario.

Establece también la legislación italiana, que la modificación requiere la concurrencia de las partes otorgantes del mismo y que la facultad de su revocatoria por el *pater* o *mater* empresario, si tal facultad está expresamente prevista en el pacto¹⁵.

El objeto del pacto en la legislación argentina

De acuerdo al texto del 1010 CCyC el pacto debe ser relativo a una explotación productiva o una participación societaria, excluyendo de su objeto principal, al resto del eventual acervo sucesorio.

El concepto de "participaciones sociales" es comprensivo de cualquiera de los tipos sociales regulares de la ley 19.550, incluido el supuesto de "Asociación bajo forma de sociedad" del art. 3 de la Ley General de Sociedades, las comprendidas en los nuevos arts. 17 y 21 de la ley societaria reformada por la ley 26.994 y las establecidas en el título III de la ley 27.349 (LACE).

15 Art 768 7º CC Italiano: "Il contratto puo' essere sciolto o modificato dalle medesime persone che hanno concluso il patto di famiglia nei modi seguenti: 1) mediante diverso contratto, con le medesime caratteristiche e i medesimi presupposti di cui al presente capo; 2) mediante recesso, se espressamente previsto nel contratto stesso e, necessariamente, attraverso dichiarazione agli altri contraenti certificata da un notaio".

El objeto inmediato del pacto es o una explotación productiva o participaciones sociales que recaerán sobre un o unos determinados legitimarios que hemos denominado como legitimarios-beneficiarios; pero como regula la norma, estableciendo "...compensaciones a favor de otros legitimarios", los otros legitimarios serán los no beneficiarios de la explotación productiva o participaciones sociales.

En consecuencia, al posibilitarse establecer compensaciones para los otros legitimarios, se está extendiendo el objeto del pacto en forma indirecta a otros bienes que no conformen la explotación productiva o participaciones sociales, es decir a los restantes bienes del futuro causante e incluso puede incluir bienes que no sean parte del acervo hereditario, sino bienes de los legitimarios beneficiarios.

En este sentido, como se ha analizado en el apartado anterior, tanto el derecho italiano como el derecho español prevén la compensación con bienes que no formen parte del acervo hereditario¹⁶, por lo que entendemos que se encuentra habilitado, en nuestra legislación, con miras a la prevención o solución de conflicto que se pacten compensaciones con otros bienes ajenos a la explotación productiva e incluso con bienes que no sean parte del acervo hereditario, sino bienes de los legitimarios beneficiarios.

En cuanto al objeto del pacto y la noción "empresa familiar"; relación que habíamos utilizado en anteriores análisis, consideramos hoy que es una interpretación limitativa la de incluir dentro del objeto de este pacto únicamente a las "empresas familiares".

El tenor del artículo no determina que "las participaciones societarias de cualquier tipo" deban estar enmarcadas en una empresa familiar, sino que refiere a la conservación de la unidad de la gestión, lo que de por sí

16 Art. 1056 CC español: "...A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones". Art. 768 quater CC italiano: "Gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie devono liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti; i contraenti possono convenire che la liquidazione, in tutto o in parte, avvenga in natura".

es un dato propio de la empresa familiar, pero que comprende supuestos societarios donde pueden existir otros socios no familiares.

El texto del CCyC difiere en ese sentido del esquema del Código Italiano que expresamente lo enmarca en las empresas familiares.

En conclusión, si bien es una herramienta de fundamental importancia, y hasta de necesidad, en las empresas familiares, entendemos que, con una mirada más amplia pueden ser objeto del pacto participaciones societarias de sociedades que no entren dentro de la clasificación de empresa familiar, siempre que se haya pactado con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos.

La norma no distingue al referirse a participaciones societarias, abarcando a cualquier tipo social, y refiere a la conservación de la unidad de gestión empresarial; lo que nos llevó a considerar que las participaciones respecto de una sociedad meramente tenedora de bienes no podría ser objeto del pacto, por no desarrollar una actividad referida a la producción o intercambio de bienes o servicios¹⁷.

Sin embargo, rectificamos hoy dicha postura, tomando en consideración que, a diferencia del "patto di famiglia" del derecho italiano, la técnica del legislador nacional ha sido más precisa al consignar como ya lo expresáramos, que los pactos son con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial **o a la prevención o solución de conflictos**, lo que claramente amplía el objeto del pacto en contraste con los regímenes del derecho comparado.

Conforme el tenor del art. 1010 CCyC, se podría otorgar un pacto donde incluso, no se determine un legitimario-beneficiario, sino exclusivamente se convengan mecanismos de prevención de conflictos futuros o solución de conflictos ya existentes, como por ejemplo, mecanismos de mediación o arbitrales o mecanismos de tasación de bienes.

17 En la doctrina italiana sobre este tema ver Balestra, Luigi, "Il patto di famiglia a un anno dalle sue introduzioni", *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 1049 y la cita de autores de opinión contraria, diciembre 2007, N° 4, Ed. Giuffrè, Tassinari, Federico, "Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela del legittimari" en *Problemas de Actualidad*, p. 814/l, *Giurisprudenza Commercial*, 33.5, septiembre-octubre 2006, Ed. Giuffrè.

En algunos de los estudios elaborados a posteriori de la sanción del CCyC se ha planteado si estos pactos tienen el carácter de pasasocietarios¹⁸.

Consideramos que no cabe tal calificación, en primera medida porque quienes son los sujetos del pacto, podrían no ser al momento de su otorgamiento, socios de la sociedad objeto de este y como consecuencia del pacto, nunca serlo.

En una anterior entrega sobre el tema habíamos adherido a la postura de que “el pacto es una convención accesorio, vale decir que no podrá ser autónomo sino que deberá estar dentro o vinculado directamente a un “protocolo familiar” o pacto de sindicación de acciones”¹⁹. Consideramos que el mismo, no debe estar necesariamente encuadrado en la empresa familiar y que goza de autonomía, ya que del texto legal no surge que deba conexas a otro contrato conforme el tenor del art. 1073 del CCyC²⁰.

Si bien, **reiteramos que será recomendable que el pacto se encuentre acompañado de los instrumentos mencionados, no resulta necesario para su eficacia.**

Los sujetos del pacto

Respecto de los sujetos que pueden ser partes, entendemos que estos podrían ser: el futuro causante, su cónyuge –como legitimario, en su caso–, legitimarios y legitimarios que revistan el carácter de beneficiarios del pacto, respecto de la explotación productiva o participaciones sociales como determina el art. 1010 CCyC.

Con relación al cónyuge, podrá asumir diferentes roles, será legitimario, exclusivamente cuando el matrimonio hubiera adoptado el régimen de

18 Romero, Raúl, “Contrato Parasocietario sobre Herencia Futura”, en XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, Mendoza, 2016.

19 Favier Dubois, Eduardo, “La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial”, Errepar, DSE 21-11-2014. Similar postura que la reseñada por los autores expone Molina Sandoval, Carlos, Pactos sucesorios, Ed. Hammurabi, 2022, p. 112, cuando plantea que el pacto no necesariamente debe ser un solo instrumento, y si versare sobre varios, los mismos serían contratos conexos en orden a una causa única.

20 Art. 1073 CCyC: Definición. Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido.

separación de bienes (art. 505 CCyC) y el pacto recayere sobre bienes de exclusiva titularidad del futuro causante. Téngase presente que conforme el art. 2433 CCyC el cónyuge en el régimen de separación respecto del acervo hereditario concurre con los descendientes por cabeza. Cuando el matrimonio hubiera adoptado el régimen de comunidad (art. 463 CCyC), ya que la reforma mantiene la calificación histórica de bienes propios y gananciales y el régimen de comunidad a la extinción (art. 475 CCyC); por lo que el cónyuge detendrá un doble rol. Disponiendo respecto de la cuota ganancial que le corresponderá (art. 498 CCyC) y legitimario si en el acervo sucesorio existieran bienes propios (art. 505 1º párrafo CCyC).

Al margen del futuro causante y cónyuge la legislación propone en términos novedosos respecto del derecho comparado el pacto sin la comparecencia de los primeros, es decir entre los legitimarios descendientes exclusivamente.

El pacto puede conformarse en tres variantes principales en las dos primeras el rol del cónyuge está determinado por el régimen patrimonial del matrimonio y la tercera en la cual no participaban el futuro causante y cónyuge siendo partes exclusivamente los legitimarios.

En el derecho italiano, el art 768-quater establece la participación del cónyuge y los legitimarios, no estableciendo sanción para el caso de una eventual omisión y como se ha dicho, el artículo relacionado establece que los bienes que reciban los contratantes están exentos de la acción de colación o reducción.

Como situación conflictiva nos encontramos con la eventual omisión de un legitimario en el pacto, pero respetada la legítima con los bienes no incorporados al pacto. Cabe analizar si el omitido, puede oponerse a la adjudicación de la "explotación productiva o las participaciones sociales" resultante del pacto a favor de los otros legitimarios beneficiarios.

Si bien el pacto le resulta inoponible al omitido, no podemos sostener que éste sea inválido por cuanto el remanente del patrimonio del causante satisface la legítima del legitimario omitido.

Consideramos que la incorporación del régimen de atribución preferencial de los arts. 2380 y 2381 del CCyC permite sostener que el legitimario, respetada que sea su cuota de la legítima, no podrá oponerse a la adjudicación preferencial que implica el pacto del art. 1010 del CCyC.

Téngase presente que el nuevo CCyC ha modificado la porción legítima de los descendientes²¹, dando mayor espacio para la libre disponibilidad del futuro causante; y consideramos que éste podrá disponer de la porción establecida por ley, por medio del pacto de familia, cuando sea necesaria para preservar la unidad de la explotación productiva o evitar la división de las participaciones sociales.

Si bien el art. 2385 establece que la mejora expresa debe surgir del acto de la donación o de un testamento, también el art. 2448 CCyC²², establece que “el causante puede disponer, por el medio que estime conveniente... además de la porción disponible”. Resulta claro que el art. 2448 es de excepción, sin embargo, no observamos inconveniente en extender la aplicación al pacto del art. 1010 a fin de preservar la estabilidad del mismo²³, es decir que, en el pacto se establezca claramente que la atribución futura se realiza como mejora dentro de la porción disponible.

El pacto y otros instrumentos del CCyC

El fideicomiso como instrumento de planificación sucesoria en materia societaria

El CCyC ha introducido diversas modificaciones a la ley 24.441, entre ellas el art. 1671 que establece que tanto el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario pueden ser beneficiarios.

En materia de pacto de herencia futura, y planificación entendemos que la reforma es beneficiosa ya que permitirá que, dentro del mismo grupo de la familia empresaria, uno de los herederos beneficiarios del plan de sucesión en la propiedad de la empresa, sea a la vez el fiduciario encargado de cumplir la manda del protocolo, si este se hubiera suscripto.

El fideicomiso en el ámbito de la empresa familiar se ha analizado desde la óptica de la transferencia por parte del fiduciante de aquellas participaciones que revistan el carácter de “bienes” (art. 1º ley 24.441), aplicable para las

21 Art. 225 CCyC.

22 Para el caso del heredero con discapacidad.

23 Ver art. 2414 CCyC que en la partición por el ascendiente sea por donación o por testamento permite la disposición de la porción disponible en el referido acto en tanto se manifieste expresamente.

acciones y las cuotas de sociedad de responsabilidad limitada; habiendo señalado la doctrina que aquellas participaciones sociales correspondientes a sociedad colectica, comandita simple, capital e industria no podrán ser objeto de fiducia en razón de no revestir el carácter de "bienes"²⁴. Con la sanción del nuevo régimen de derecho privado el codificador ha previsto en el art. 1670 CCyC que puede ser objeto del contrato de fideicomiso "todos los bienes que se encuentren en el comercio...". Una primera lectura nos podría llevar a considerar que la observación de Favier Dubois (p) e (h), ha perdido vigencia por la reforma comentada; pero como nos ha expresado el autor si el fiduciario se tornare titular de participaciones de una sociedad colectiva, no sería factible el régimen de responsabilidad del tipo social dado la separación patrimonial que establece el art. 1685 del CCyC entre el patrimonio fideicomitado y el patrimonio del fiduciario.

Veamos los ejemplos en los cuales el contrato de fideicomiso ha sido utilizado²⁵:

1.- El fideicomiso societario para cumplir el protocolo de la empresa familiar

En este fideicomiso, los familiares que detentan acciones al momento de su constitución las transfieren como "fiduciantes" a un tercero, el "fiduciario", quien las recibe para cumplir el protocolo y administrarlas a favor de los "beneficiarios", que pueden ser los propios fiduciantes o sus herederos, y para transmitirlos, en el momento indicado o al final del fideicomiso, a favor de los "fideicomisarios", que también pueden ser los propios "fiduciantes" y/o "sus herederos".

Ahora bien, cuando las "instrucciones" o "mandas" del fiduciario son las cláusulas del propio protocolo de la empresa familiar, este fideicomiso permite

24 Favier Dubois, Eduardo (h) y Eduardo (p), "Los fideicomisos en la empresa familiar", "Ello no pasa con las participaciones sociales de las sociedades de interés (colectiva, capital e industria, comandita simple) y/o el capital solidario de la sociedad en comandita por acciones, que no pueden ser objeto de un fideicomiso en tanto no se trata de 'bienes determinados' en los términos del art. 1º de la ley 24.441, sino de un 'status socii' absolutamente personalizado y que comporta derechos, obligaciones, atribuciones, incompatibilidades y responsabilidades ilimitadas que exceden dicha noción", Errepar DSCE XXIII, 2011.

25 Seguimos en este tema a los autores citados en nota anterior en lo que está relacionado con la transmisión sucesoria.

dar "cumplimiento cierto" a diversas previsiones para la estructuración de las relaciones entre la familia y la empresa. Es que, por efecto de este fideicomiso societario, las decisiones que deban adoptarse por la asamblea en cumplimiento del protocolo familiar serán votadas por el fiduciario sin interferencias por arrepentimiento, concurso o muerte de los accionistas y familiares.

2. Los fideicomisos societarios con objeto especial

Puede ocurrir que, por diversas razones culturales, de oportunidad, de costos, de falta de consensos, no se decida constituir de una vez un fideicomiso societario global, para cumplir todo lo acordado en el protocolo, sino que se formalicen, parcial y sucesivamente, fideicomisos, solo sobre ciertos objetos específicos como son los siguientes:

a- Fideicomiso para la distribución actual de acciones entre los familiares

Se refiere únicamente a ese capítulo del protocolo relativo a "la distribución de la propiedad entre los familiares".

Se limita a instrumentar el "anticipo de herencia" a favor de los hijos del fundador, mediante un fideicomiso que mantiene al padre como beneficiario y a los herederos como fideicomisarios, pero con revocación simple, lo que le da enormes ventajas sobre la donación de acciones con reserva de usufructo.

b- Fideicomiso para la programación de la sucesión en la propiedad

Este fideicomiso se refiere solo al proceso de sucesión en la propiedad y en la gestión sin la existencia de un protocolo familiar conexo.

Se trata de un fideicomiso por el cual el padre transfiere las acciones al fiduciario, quedando el primero como beneficiario y fideicomisario pero dispone que, a partir de su muerte, pasen a ser beneficiarios y fideicomisarios sus herederos.

Puede también incluirse en la manda del fiduciario, la designación como administrador de la sociedad a la persona que deberá estar a cargo del relevo generacional en la gestión de la empresa.

Cabe señalar que, con un efecto similar, aunque con diversa naturaleza, puede hacerse, aún en caso de no existir un protocolo familiar, un "fideicomiso testamentario" relativo a la sucesión en la gestión y en la propiedad, con el objeto de que se cumpla el plan de empresa del fundador-testador.

Diferencias y semejanzas entre ambos instrumentos

- 1- El pacto reviste carácter contractual, su eventual modificación en todo o en parte estará sujeto al consentimiento de los otorgantes de este.
- 2.- Las atribuciones conferidas a los legitimarios-beneficiarios revisten carácter irrevocable, salvo su modificación conforme el apartado anterior. En el contrato de fideicomiso el fiduciante se puede reservar la facultad de revocar el mismo (art. 1697 inc. b CCyC).
- 3.- Tanto el pacto como el fideicomiso constituyen actos *inter-vivos*, y no actos de última voluntad. Queda a salva del fideicomiso testamentario.
- 4.- En el pacto sucesorio todos los legitimarios conservan el derecho a mantener incólume su porción legítima. El fideicomiso igualmente en cualquiera de sus modalidades no es apto para violar la legítima de los herederos forzosos ("Vogelius, Angelina c/Vogelius, Federico", se entendió que el fideicomiso a favor de herederos forzosos constituía una donación colacionable (JA. 2006 III 726).
- 5.- Al mantenerse el régimen sucesorio legal e igualmente las disposiciones sobre la legítima, el legitimario omitido o sobreviviente conserva las acciones correspondientes. Igual conclusión cabe consignar cuando el fiduciante no conserva bienes suficientes en su patrimonio para respetar la legítima de un heredero forzoso que no revistiera el carácter de beneficiario o fideicomisario.
- 6.- Los bienes no comprendidos en el pacto por su objeto se distribuyen y dividen según las reglas legales. Igual conclusión respecto de los bienes no fideicomitados.
- 7.- En el pacto los legitimarios no beneficiados con la asignación del futuro causante por omisión deben respetar la correspondiente asignación en la medida que se conforme su cuota legitimaria, al igual que el legitimario sobreviviente. Los legitimarios que no revistan el carácter de beneficiarios y/o fideicomisarios en la medida que no esté afectada su legítima no tendrán acción de impugnación respecto del fideicomiso ya que los bienes fideicomitados no conforman la masa partible (art. 2376 CCyC) al no ser de titularidad del causante.
- 8.- La asignación en el pacto sucesorio de la unidad productiva o de las participaciones sociales determina que dichos bienes no conforman la indivisión y no serán objeto de partición entre los restantes legitimarios del causante.

Podrá existir partición entre los legitimarios-beneficiarios de la asignación cuanto esta fuere en parte pro indivisa.

- 9.- El pacto no es una convención accesorio, podrá o no estar vinculado a un "protocolo familiar" o "pacto de sindicación de acciones". El fideicomiso es un contrato accesorio igualmente vehículo de un contrato subyacente en el pacto de fiducia²⁶.
- 10.- Ambos institutos podrán coadyuvar al desarrollo de las futuras generaciones de la empresa familiar. El pacto sucesorio constituye una partición anticipada de determinados bienes, manteniendo, en principio, el dominio pleno en cabeza del causante, y sujeto dicho patrimonio a los riesgos empresariales. El contrato de fideicomiso garantiza la integridad del patrimonio fideicomitido e indirectamente cumple idéntica función ya que el beneficiario mediante la aceptación incorpora a su patrimonio el derecho al patrimonio fideicomitido.
- 11.- La calidad de beneficiario salvo pacto en contrario del contrato de fideicomiso puede ser objeto de transmisión por acto entre vivos o *mortis causa* (art. 1671 CCyC); la calidad de legitimario-beneficiario en el pacto sucesorio –previa a la apertura del sucesorio– no es cedible (art. 1010 1º párrafo CCyC) pero sí transmisible vía sucesoria en ejercicio del derecho de representación (art. 2429 CCyC).

Las opciones clásicas del régimen del Derecho Civil

Históricamente la donación ha sido la figura utilizada para la planificación sucesoria, parcialmente dejada de lado por la redacción originaria del CCyC, que respecto de los títulos accionarios no determinaba acción reipersecutoria²⁷; y superada por la reforma introducida por la ley 27.587²⁸.

La donación pura y simple implica el desprendimiento del control societario, quedando tan solo el peso de la palabra del donante respecto del control

26 Favier Dubois, Eduardo (h) y Eduardo (p), ob. cit., nota 26 "El fideicomiso no es un negocio en sí mismo sino un vehículo neutro respecto de un negocio subyacente".

27 "Apuntes sobre la donación de acciones. Breve Reflexión", Cesaretti, María y Oscar, en Revista del Notariado 922.

28 "La reforma de la Ley 27.587. Donaciones a legitimarios. La protección de la buena fe del subadquirente a título oneroso", Cerávol, Ángel Francisco y Lamber, Néstor Daniel, en Revista del Notariado 939.

societario. Para conservar temporalmente derechos sobre la empresa, generalmente de carácter familiar se ha ensayado la figura del usufructo (art 218 y 156 LGLS) con diversas posturas doctrinales²⁹ respecto al tenor del art. 218 *in fine* y la concesión al usufructuario los derechos políticos que *prima facie* estarían en cabeza del nudo propietario.

Estas posiciones doctrinarias se agudizaron a partir de fallo "Macchi, Cecilia L. c/Merello de Macchi, Ángela J. y Otros s/Ordinario"³⁰, habiendo la Inspección General de Justicia dispuesto en la RG 7/2015 la toma de razón de usufructos constituidos con derechos políticos a favor del usufructuario respecto de las SRL y la toma de razón de decisiones tomadas por el usufructuario en la SA³¹.

Para no afectar los derechos de los legitimarios suele privilegiarse la igualdad en la donación, afectando muchas el valor idoneidad para la continuación de la explotación empresarial.

Para el caso de que se planteara la existencia de un protocolo de empresa familiar, es aconsejable establecer la conexidad de la donación y el protocolo, donde se detallen las obligaciones, la praxis empresarial respecto de su capitalización, política salarial, compromiso con el medio ambiente y res-

29 Cita tomada de Street, Guillermo en "El ejercicio de los derechos políticos por el usufructuario", www.Austral.edu.ar. A favor Verón, Alberto Víctor, *Sociedades comerciales. Ley 19.550 y modificatorias, comentada, anotada y concordada*, Ed. Astrea, t. III, p. 586 y ss., Buenos Aires, 1993; Zaldívar, Enrique, Manóvil, Rafael M., Rovira, Alfredo L., Ragazzi, Guillermo E., *Cuadernos de derecho societario*, Abeledo Perrot, t. III, p. 235, Buenos Aires, 1978; Gagliardo, Mariano, *Sociedades anónimas*, Abeledo Perrot, p. 163, Buenos Aires, 1998; Sasot Betes, Miguel A., Sasot, Miguel P., *Sociedades anónimas. Acciones, bonos, debentures y obligaciones negociables*, Depalma, p. 344, Buenos Aires, 1985; Vítolo, Daniel Roque, *Sociedades comerciales. Ley 19.550 comentada*, Rubinzal Culzoni, t. III, p. 752, Santa Fe, 2008; Grispo, Jorge Daniel, *Tratado sobre la ley de sociedades comerciales*, Ad-Hoc, t. 4, p. 174, Buenos Aires, 2010; Masri, Victoria S., Raggi, Ma. Elena, "Usufructo de acciones y cuotas. Derechos políticos del socio", *Revista del Notariado* 912, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, p. 89; Molina Sandoval, Carlos A., *Sindicación de acciones*, Depalma, p. 88, Buenos Aires, 2003. En contra Cfr. Otaegui, Julio C. - Halperin, Isaac, *Sociedades anónimas*, LexisNexis - Depalma, 1998; Nissen, Ricardo Augusto, "Fundamento en torno a la ilegitimidad del usufructuario para ejercer los derechos políticos de las acciones dadas en usufructo", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Vol. 2012-A, p. 548-552, Buenos Aires; Bisio, Gabriel y De la Torre, Juan, "Usufructo de acciones de transmisibilidad limitada", LL 1995-C-1336; Rodríguez Aquarone, Pilar, "El usufructo de acciones. El caso Macchi", *Revista de las sociedades y concursos*, Buenos Aires, Legis-Fidas, Vol. 2012-I, p. 25 a 33; Rouillon, Adolfo A.N. (director) - Alonso, Daniel F. (coordinación), *Código de Comercio comentado y anotado*, La Ley, t. III, p. 541 y ss., Buenos Aires, 2006.

30 CNCOM - SALA F - 02/11/2010

31 Art. 137 RG 7/2015.

tantes temas que podrán facilitar una eventual exclusión cuando el cumplimiento del protocolo revista el carácter de cargo con relación a la donación.

La modificación del CCyC en cuanto a la porción disponible permite beneficiar a un legitimario respecto de otro u otros al disponer la dispensa de colación respecto de determinadas cuotas o acciones; lo que implica que las mismas se ajustarán a la porción disponible del futuro causante. Es aconsejable una justificación al respecto de tal acto a fin mantener una armonía entre los legitimarios, situaciones que en vida del donante será factible y complicado a *posteriori*.

Diferencias y semejanzas entre ambos instrumentos

- 1.- Ambos son actos *inter vivos*.
- 2.- En la donación el donatario transfiere por dicho acto el control, siendo tan solo la opción del usufructo el medio de mantener el control.
- 3.- La donación con cargo al cumplimiento del protocolo familiar, permitirá asegurar la impronta del donante respecto de la empresa familiar, y cumplir el rol de asesor o guía durante esta etapa del cambio generacional.
- 4.- *Prima facie* ambos instrumentos son irrevocables, sin perjuicio de ellos en el pacto de herencia se podría establecer la facultad de su revocación *inaudita parte*, circunstancia no factible en las donaciones.
- 5.- El pacto se puede instrumentar con ausencia del futuro causante, las donaciones requieren al *dominus* para la realización de la misma.
- 6.- En el pacto se puede pactar que los beneficiarios compensan vía colación a los no beneficiarios con activos que no sean del haber hereditario.

Partición por ascendiente

Con antecedente inmediato en el Código de Napoleón, Vélez incorpora la figura y expresa en la nota al art. 3514 que representaba la "voluntad ilustrada de los padres".

Si bien su uso no ha sido muy extenso en la praxis jurídica diaria, consideramos relevante su análisis.

Se formaliza o bien por donación con carácter de contrato bilateral, con efectos traslativos inmediatos o por testamento; juzgado por las reglas de la

acción de reducción para el caso del omitido, el nacido luego o el perjudicado (art. 2417); con los valores al tiempo de la donación apreciados a valores constantes (art. 2418), y revocable por las mismas causales generales de las donaciones.

La testamentaria, como todo testamento, produce efectos a partir de la muerte del testador, revocable por él y la enajenación de bienes incluidos en la misma no afecta la validez, sino que confiere las acciones protectoras de la porción legítima que pudiera corresponder (art. 2421).

La testamentaria plantea interrogantes de cómo conjugarla con la atribución preferencial que ha establecido en nuevo código y qué norma debe prevalecer cuando la pretensión afecta la porción de otro heredero³², sumado al derecho real de habitación del cónyuge o del conviviente superviviente (arts. 2383 y 527).

Si se tratare de bienes propios la o el cónyuge debe ser beneficiaria/o; y respecto de bienes gananciales solo se podrá realizar por donación mediante acto conjunto de ambos cónyuges (art. 2411).

¿Puede instrumentarse el pacto a través de algunas de las herramientas antes mencionadas?

En análisis anteriores sobre el pacto previsto por el art. 1010 del CCyC, hemos sostenido que una de sus características principales es que el futuro causante mantiene el dominio pleno de los bienes y que los legitimarios beneficiarios de la asignación recibirán los bienes a título sucesorio.

El estudio de este tema nos ha hecho dudar de esta afirmación tan categórica. El art. 1010 del CCyC establece: "Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios".

32 "La partición de la herencia realizada por los ascendientes" de Mazzinghi, Jorge A. M. en [www. Estudiomazzinghi.com.ar](http://www.Estudiomazzinghi.com.ar).

A diferencia de lo regulado en el derecho comparado³³, nuestro legislador no se ha pronunciado sobre la entrega de bienes en el marco del pacto. Incluso, lo menciona como un acuerdo marco sobre la explotación productiva o participaciones societarias, donde se **pueden incluir** disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones.

Esta nueva lectura del artículo nos hace pensar que podrían utilizarse algunos de los instrumentos antes mencionados (usufructo, donaciones o partición por ascendiente), donde el futuro causante se desprenda de la propiedad de los bienes, y dichos contratos se enmarquen en un pacto del art. 1010, causándolos y estableciendo las compensaciones para quienes no reciban las participaciones societarias correspondientes.

Claro está que, en el supuesto del pacto otorgado por los futuros herederos, sin participación del futuro causante no aplicará esta interpretación. En ese caso, se tratará de un acuerdo partitivo futuro, donde los otorgantes acuerdan la forma en la que se adjudicaran el acervo hereditario.

Los efectos del pacto

El pacto de herencia futura no reviste el carácter de pacto institorio, ya que no instituye la calidad de herederos, la misma, está dada por el ordenamiento legal y no es disponible por la autonomía de la voluntad.

Tampoco avala o faculta en forma directa o tangencial a una afectación de la legítima respecto de algún heredero forzoso, estando sujeta la validez del pacto al respecto a la referida institución.

¿Es similar la validez de un pacto que, en forma originaria, es decir desde su suscripción, determina la violación de la legítima, de aquel que suscripto respetando las cuotas legitimarias deviene en una violación de estas?

Consideramos que ambos supuestos no son asimilables, en el primero de los supuestos el pacto *in totum* estará afectado en cuanto a su validez; en el otro caso se estará a dicha consecuencia en tanto y en cuanto los remedios para recomponer las cuotas legitimarias afectaren la atribución preferencial realizada por el causante, impidiendo la finalidad económica del mismo que

33 Recordar en este punto lo analizado con anterioridad en este mismo trabajo sobre el Derecho italiano y catalán.

era la conservación de la unidad de gestión empresarial. Nos enfrentamos en este caso a la "Frustración de la finalidad" del contrato conforme lo determinado en el art 1090 del CCyC "La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su rescisión, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración...".

Otro efecto que cabe consignar y tangencialmente se enunció al exponer la frase "La sucesión contractual" al principio de esta entrega, es que el pacto de herencia futura es una partición³⁴, que impedirá la existencia parcial de la comunidad hereditaria respecto de los bienes atribuidos al legitimario-beneficiario. A diferencia de la partición testamentaria el pacto de herencia futura es un contrato, ergo acto *inter-vivos*, y la partición testamentaria como su nombre lo indica un acto de última voluntad; pero ambos buscan el efecto de obviar la comunidad hereditaria³⁵.

Como habíamos comentado el pacto es un contrato inter vivos, que podrá surtir efecto a partir de la apertura del sucesorio de futuro causante; y más allá de los aspectos relacionados a la afectación o no de la legítima a dicho momento, cabe que los bienes objeto del mismo ya no existieran en el patrimonio por lo que, el contrato carecería de objeto.

Sobre el valor de los bienes objeto del pacto y los efectos del mismo

Es a nuestro entender, uno de los puntos más relevantes para la real aplicación de este instituto, el de los valores asignados a los bienes en el pacto y la posibilidad de hacerlos valer al momento de la muerte del causante.

Hemos introducido en este trabajo, nuestro cambio de opinión sobre la posibilidad de que el futuro causante haga entrega en vida de los bienes a los beneficiarios, enmarcando esas transferencias dentro de un pacto.

34 "Una partición hecha por el ascendiente entre sus descendientes en su testamento, por ejemplo, puede impedir ab initio, la relación de comunidad o indivisión...", Zannoni, Eduardo, *Derecho de las Sucesiones*, T. II, p. 611, Ed. Astrea, tercera edición.

35 "Si la partición hecha por los ascendientes no comprenden todos los bienes que dejan a su muerte, el esto se distribuye y divide según las reglas legales" dice el art. 2412 CCyC.

En este caso será de aplicación para la valuación de los bienes lo previsto por el art. 2385 del CCyC en cuanto a la valuación de los bienes, ya que los mismos no se encontrarán en cabeza del causante al momento de su fallecimiento.

Cabe aquí preguntarse, si puede el pacto de herencia futura sin entrega de bienes, pre-establecer una determinada mecánica para el avalúo de los bienes objeto de éste. Y si ese mecanismo o alternativa de valuación afecta la legítima de algún legitimario si sería considerada una renuncia anticipada o una violación al art. 2447, que determina "El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas..."

El art. 2449 es claro al establecer que "Es irrenunciable la porción legítima de una sucesión aún no abierta," en este mismo sentido el art. 944 establece "Toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y sólo afecta intereses privados."

¿Puede entenderse que el art. 1010 una excepción a la prohibición a la renuncia de colación? En primera medida, es importante resaltar que el propio artículo establece que uno de los límites de la validez del pacto es la no vulneración de la legítima. Pero, si todos los legitimarios han participado del pacto, ¿podrían estos disponer de sus derechos sobre una legítima futura?

El art. 1010 segunda parte se presenta como una excepción a una regla clásica de nuestro Derecho Civil "no puede pactarse sobre herencias futuras". Es decir, que abre una puerta a lo que antes se encontraba prohibido.

Si en el marco del art. 1010 puede pactarse sobre herencias futuras: ¿podrán los futuros herederos pactar además del reparto de bienes, sobre los valores que se asignan a estos y las compensaciones debidas?

En este sentido, como ya hemos mencionado el derecho italiano en el art. 768-quater de su Código Civil, establece que las diferencias de valores deben compensarse y que los bienes que reciban los contratantes están exentos de la acción de colación o reducción.

De la lectura del art. 1010 se desprende que es la voluntad del legislador que el pacto evite futuros conflictos o resuelva los existentes y su intención es la de preservar la empresa que desde el punto de económico

es un bien social, por lo que nos inclinamos a pensar que si todos los legitimarios participan del pacto, los contratantes pueden al momento de otorgarlo fijar los valores de los bienes y sus compensaciones, siendo, por aplicación de la doctrina de los propios actos, dichos valores los que deban tomarse en cuenta al momento de la apertura de la sucesión.



Acceda al abstract
en video

La inoponibilidad del régimen de protección de la vivienda a garantías personales*

**Eloísa Baca Martínez,
Vanessa Paula Sepliarsky
y María Magdalena Tato**

Ponencia. Introducción. El fin de la ley: proteger la vivienda. El perjuicio de la desafectación. Beneficio del acreedor. Asentimiento. La subrogación y la declaración de inoponibilidad. Conclusión. Modelo. Bibliografía

* Accésit otorgado por el Jurado en la 34 Jornada Notarial Argentina, desarrollada en la ciudad de Mar del Plata entre el 3 y el 6 de mayo de 2023. Corresponde al tema IV de la Jornada, "Afectación a vivienda familiar".

Ponencia

Es válida la declaración de inoponibilidad del régimen de protección de la vivienda a cualquier contrato que celebre el titular dominial del inmueble afectado, si lo expresa especial y específicamente por acta notarial realizada mediante escritura pública.

CONSIDERAMOS condiciones imprescindibles para su validez, que se cumplan los siguientes requisitos:

- I- Que la declaración de inoponibilidad se otorgue por acta de manifestación, en escritura pública.
- II- Que se identifique el bien que se encuentra protegido y los datos de la afectación al régimen de protección de la vivienda
- III- Que esté identificada la obligación contraída ante la cual será inoponible la afectación y el acreedor.
- IV- Que se solicite informe de inhibición del declarante e informe de dominio del inmueble.
- V- Que cuente con el asentimiento conyugal o convivencial, si correspondiere.

Es importante también, aunque no imprescindible:

- a- Que se incluya una manifestación de subsistencia para el caso de ejercicio del derecho de subrogación.
- b- Que se realice la declaración jurada del contrayente de la obligación, de no haber realizado una declaración de inoponibilidad frente a otros acreedores, o bien detallar las realizadas, para abonar al principio de buena fe.

Introducción

En la situación imperante, el contrato de locación se ha vuelto una herramienta fundamental para solucionar los problemas habitacionales generados por la dificultad social de acceder a la vivienda propia. Motivo por el cual, la intención del presente trabajo es encontrar una posibilidad de flexibilizar y ampliar el cumplimiento de uno de los requisitos claves para consolidar la viabilidad del contrato de locación y del régimen de protección de la vivienda en forma simultánea.

Asimismo, sin dejar de lado la función clave que cumple el régimen de protección de la vivienda en la sociedad, podemos darle la posibilidad al propietario constituyente del mismo de optar por ser garante de un contrato de locación y responder frente al mismo con el inmueble protegido.

Un ejemplo que consideramos en primer lugar es el caso de una familia con hijos mayores que quieren mudarse solos y cuyos padres, sin dejar de proteger la vivienda familiar de otras vicisitudes de la vida, quieren ser sus garantes al momento de alquilar. Totalmente actual y posible, en consecuencia, nuestra obligación es aplicar todos nuestros conocimientos para satisfacer las necesidades actuales de la familia y de la sociedad en sí, con algo tan básico y primordial como es la vivienda de ambos, los padres con el resto de sus hijos y de los hijos que emigran.

Otro ejemplo aplicable a la situación planteada podría ser la necesidad de cualquier individuo de iniciar una pyme o un emprendimiento comercial, lo que implica, en la mayoría de los casos, necesitar alquilar el lugar donde desarrollarlo. En este caso, también podría surgir la necesidad de ser garante el mismo locador respondiendo con su propiedad afectada el régimen de protección de la vivienda. ¿Por qué no permitirlo sin tener que desafectar definitivamente la misma, con todos los riesgos que esta situación conlleva?

En virtud de lo expuesto comencemos a analizar lo planteado.

El fin de la ley: proteger la vivienda

El derecho a la vivienda es considerado uno de los derechos fundamentales del hombre, *nacido de la vital necesidad de poder disfrutar de un espacio habitable, suficiente para desarrollar su personalidad; la posibilidad*

de desarrollo pleno del ser humano se materializa en un derecho sobre la vivienda, accediendo a la propiedad u otro derecho real o personal de disfrute.

Tiene reconocimiento no solo a nivel nacional, en el art. 14 de nuestra Carta Magna, sino también en diferentes tratados internacionales. La vivienda es considerada uno de los elementos fundamentales para el desarrollo del ser humano.

La garantía constitucional ampara no sólo el derecho de los dueños sobre la vivienda, sino también el derecho a la vivienda que gozan legítimamente quienes no lo son (conf. arts. 245, 456, 522, Código Civil y Comercial de la Nación).

La modificación del Código Civil y Comercial de la Nación en esta materia ha hecho un gran avance, ya que consideró prioritaria la protección de la VIVIENDA, eliminando el requisito de que la misma sea familiar, lo cual permitió la afectación por un único titular o bien por varios condóminos que no guarden entre sí vínculo familiar alguno.

El régimen de protección de la vivienda, establecido en el Código Civil y Comercial en los arts. 244 a 256, permite al titular dominial extraer un bien inmueble determinado de su patrimonio, para protegerlo, y así excluirlo del principio legal que establece que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores, que se encuentra receptado en los arts. 242 y 743 del citado cuerpo legal.

Para obtener este beneficio el deudor debe cumplir los requisitos exigidos por la normativa:

- 1- Ser titular de dominio del bien.
- 2- Que el inmueble sea destinado a vivienda, del constituyente y/o de los beneficiarios.
- 3- Declarar expresamente la voluntad de someter al bien al amparo del régimen.
- 4- Que la afectación se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Cumplidos los requisitos, los acreedores cuya deuda tuviere origen posterior a la inscripción del la afectación NO podrán ejecutar ese bien para saldar su acreencia.

Sin perjuicio de esto, la normativa establece que algunos acreedores determinados, puedan, a pesar del amparo legal dado por el régimen, ejecutar el bien. Como se trata de una excepción, el artículo debe ser interpretado en forma restrictiva.

Pueden ejecutar el bien aquellos acreedores cuyos créditos se originen en: a) obligaciones por expensas comunes, y por impuestos, tasas o contribuciones que lo graven directamente; b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el art. 250; c) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda; d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida (art. 249 CCyC).

En los casos previamente detallados, el afectante NADA debe hacer para habilitar a los acreedores a la ejecución.

El requisito que exige una declaración expresa del titular dominial para poder quedar bajo el amparo legal proporcionado por el régimen es clave para determinar que el ordenamiento NO otorga una protección automática, ni siquiera es obligatorio. En consecuencia determinamos que es un régimen opcional que tiene como fin proteger un derecho fundamental del ser humano, como es la vivienda.

Al ser opcional, la protección legal otorgada por el régimen puede ser dejada de lado, siendo un derecho renunciable. En forma tácita, por la NO afectación. En forma expresa, debiendo darse cumplimiento a determinados requisitos.

En esta línea de pensamiento es donde damos inicio al análisis de la normativa para sostener que es válida la declaración de inoponibilidad, no solo a la constitución de un derecho real de garantía, como establece expresa y específicamente el art. 249 inc. b) del CCyC, sino a cualquier obligación que el titular del beneficio quisiera contraer, NO siendo imprescindible la desafectación del inmueble del régimen de protección y una nueva afectación una vez contraída la obligación. Dejando de lado todos los problemas, y perjuicios que este proceder conlleva, y que también desarrollaremos.

Tratándose la afectación de un inmueble a la protección dada por el régimen de un acto voluntario, expreso, que se materializa en un instrumento público, notarial o administrativo, todo instrumento que lo modifique debe tener el mismo rango legal. De aquí se desprende que la declaración de inoponibilidad debe ser otorgada por acta de manifestación, en escritura pública. Pensamos que no sería viable la realización por acta administrativa, atento que la posibilidad de afectar en sede registral se basa exclusivamente en la obligación de la publicidad que debe darse, ya que el bien protegido es un inmueble que queda fuera del alcance de los acreedores. La declaración de inoponibilidad NO tiene vocación registral. No debe tampoco tenerse en cuenta la forma del contrato respecto del cual se declara la inoponibilidad, sino, como hemos expresado, la forma del acto que se pretende modificar con la declaración. El acta de manifestación en sede notarial es el instrumento público que, por la intervención del escribano, resulta la forma más segura de otorgar un acto de la relevancia patrimonial que tiene el que estamos planteando.

El art. 250 del CCyC establece que "El inmueble afectado no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias, excepto que favorezcan a los beneficiarios de la afectación prevista en este capítulo. *Si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta, el inmueble no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente*; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente".

¿Qué significa gravamen? No desde el punto de vista registral, que implica un derecho real o una medida cautelar que pesa sobre un bien y se ve reflejado en el asiento registral, sino desde el punto de vista más amplio del derecho general. La palabra gravamen deriva del latín gravamen, y significa "carga". Podemos decir que gravamen, en sentido jurídico, es una carga u obligación, que pesa sobre una persona o una cosa.

La idea propuesta en este trabajo apunta a la carga que pesa sobre una persona cuando desea garantizar en forma personal una obligación.

El Código regula la inoponibilidad a la garantía real, en el art. 249 inc. b), pero nada dice de la inoponibilidad en las garantías personales. Siguiendo uno de los principios que rige nuestro sistema legal, atento que no está expresamente prohibido, entendemos que está permitido y, por aplicación de otro principio regulador de nuestro ordenamiento legal, quien puede desafectar puede declarar la inoponibilidad.

Es importante que se determine, en la declaración, el inmueble afectado con sus datos individualizantes, así como los correspondientes a la afectación de éste al régimen de vivienda. Puede además darse el caso de que una persona en su patrimonio cuente con más de un inmueble afectado. Es fundamental para el acreedor que queden especificados los datos, para poder alegar, si fuere necesario, en sede judicial, su derecho a la ejecución. Es importante solicitar informe de dominio sobre el bien, para que quede determinado el estado del mismo a la fecha de la declaración, atento que pueden existir embargos u otras medidas preexistentes. Debe solicitarse un informe de inhibición sobre el declarante, atento que si este se encuentra inhibido consideramos que la declaración de inoponibilidad NO sería viable.

Entendemos que debe ser un acto especial y específico, y creemos que es una solución que beneficia a ambas partes contratantes, por los puntos que a continuación desarrollaremos.

El perjuicio de la desafectación

A diferencia de lo establecido en el art. 38 de la ley 14.394, que establecía que "El bien de familia no será susceptible de ejecución o embargo...", el régimen de protección de la vivienda incorporado al Código no impide trabar embargos sobre el bien afectado.

Esto implica que, como efecto principal de la afectación, el inmueble resulta *inejecutable* para los acreedores, quienes podrán solamente trabar un embargo, quedando a la espera de que se produzca la desafectación.

Pero NO cualquier desafectación. Queda a la espera de una desafectación voluntaria. Establece el art. 249 en su último párrafo que "Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva".

En consecuencia, la desafectación por la ejecución de un acreedor al que le resultaba inoponible la afectación NO beneficia a todos los acreedores que tenga el deudor, ya que el remanente de la ejecución queda aún protegido por la afectación, y no puede ser atacado por estos últimos.

El régimen actual destierra toda posibilidad de aplicar la tesis de la desafectación absoluta, y siguió los lineamientos más modernos, que concuerdan con la importancia jurídica del derecho que protege.

Si para garantizar una obligación el titular dominial se ve obligado a desafectar del régimen el inmueble, esta desafectación deja al bien disponible para TODOS los acreedores, respondiendo a todas las deudas que el titular dominial posea, sea que existan embargos o no.

Cuando una persona desafecta del régimen de vivienda el inmueble para garantizar en forma personal un contrato, y lo vuelve a afectar "inmediatamente", como es de práctica habitual por ejemplo, en los contratos de locación, ha dejado la puerta abierta a todos sus acreedores.

Esta desafectación y afectación legitima a todos los acreedores cuya acreencia tiene origen anterior a la nueva afectación, a pedir la desafectación, porque los ha colocado en el primer párrafo del art. 249: "La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación".

Es imprescindible tener muy clara la diferencia entre desafectación e inoponibilidad. Con la primera acción, como hemos dicho anteriormente, la inscripción del beneficio se cancela, dando vía libre a todo acreedor, sin distinción. La inoponibilidad, por su parte, sólo permite el acceso a determinados acreedores, manteniendo la afectación para todos los restantes. En este caso, desde el punto de vista del acreedor, la desafectación es objetiva y la inoponibilidad subjetiva.

"...Acreditada que la acreencia cuyo cobro se persigue es de fecha anterior a la constitución del bien de familia, no corresponde declarar la desafectación sino que basta con declararlo inoponible a la actora, pues aquella medida produce la cancelación de la inscripción en el registro inmobiliario y deja al bien vulnerable frente al ataque de cualquier acreedor, por cualquier causa o título, pudiendo causar un perjuicio innecesario e injustificado al titular dominial, que exceda el interés del peticionante..." (Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, 26/03/2015, Partes: "A., H. O. c. B., M. s/ desafectación bien de familia", publicado en: RDF 2015-VI, 175 Cita: TR LALEY AR/JUR/4556/2015).

Beneficio del acreedor

La afectación protege parte del patrimonio de su deudor de otros acreedores, y obtiene la legitimación para pedir la ejecución del bien.

Por lo expuesto hasta el momento es que sugerimos la figura de la inoponibilidad. Que se articula perfectamente con la normativa.

Recepta el Código la regla general que establece que todo el patrimonio del deudor constituye la garantía común de los acreedores (art. 743 CCyC) a excepción de aquellos excluidos expresamente. A continuación del artículo que recepta el principio legal, encontramos aquellos bienes que se encuentran excluidos de la garantía común. El art. 744 enumera estos bienes, dentro de los cuales figuran los declarados inembargables o excluidos por otras leyes. Como por ejemplo la vivienda, que es declarada inejecutable por los arts. 249, 456 y 522.

Aquí es donde cobra especial preponderancia la especificidad, tanto en relación a la obligación garantizada personalmente, como respecto de quién es el acreedor que tendrá derecho de atacar el bien.

Estamos planteando una excepción a un ordenamiento legal que protege un derecho humano fundamental, dando permiso a un acreedor a atacar un bien que para todo el resto de los acreedores está vedado. Es por ello que la determinación concreta y precisa de la obligación resulta fundamental, con los datos necesarios para que no quede lugar a duda, o deje la puerta abierta a que pueda ser confundida con otra obligación.

El mismo requisito recae sobre el acreedor, que será quien estará legitimado para actuar. Tiene que ser una persona determinada, no determinable, y deben surgir del acta de manifestación todos los datos que hacen a su individualización.

La declaración de inoponibilidad, que implica que la afectación no surte efectos para ese acreedor determinado, protege a todas las partes del contrato, y tiene como fin agilizar la contratación entre las partes, atento que sólo se requiere un acta de manifestación, sin la realización de trámites administrativos. Cuida al deudor, cuya vivienda continúa en forma ininterrumpida al amparo del régimen, y beneficia al acreedor cuya obligación que le garantizan no es registrable. Observamos que la desafectación, si bien permite al acreedor la ejecución de su deuda contra dicho bien, no le garantiza su cobro total ya que quedará sujeto al resto

de las obligaciones que emerjan producto de dicha desafectación (mas allá de la desprotección que se genera al titular del bien como ya hemos planteado). Sin embargo, si se opta por la declaración de inoponibilidad que planteamos en este trabajo, ambas partes se verán beneficiadas.

Según la jurisprudencia en el caso "Banco Macro S.A. C/ Trabazo, Pablo Martín y ots. P/ Ejecución cambiaria", Expte. N° 39.685 se establece que: *... la doctrina distingue los casos en que el bien de familia no es oponible respecto de determinados acreedores, de aquéllos en que la protección cesa por acaecimiento de determinados hechos que posibilitan la "desafectación", lo que conlleva la cancelación de la registración. "Cuando hablamos de "inoponibilidad" estamos aludiendo a determinados acreedores, como por ejemplo los acreedores anteriores a la constitución del bien de familia respecto de los cuales la inscripción no produce ningún efecto, lo cual es lógico, dado que estos acreedores tuvieron en cuenta este bien en el patrimonio del deudor para contratar o, en su caso, el bien integraba el patrimonio del deudor al momento de producirse el nacimiento de la causa del crédito (acreedor extracontractual). Las pautas para interpretar la inoponibilidad resultan de la ley 14.394, en sus arts. 35 y 38. De los mismos se extrae sin dificultad que existen algunos acreedores a los cuales el deudor constituyente del bien de familia, no podrá oponerles la inejecutabilidad, entre los cuales militan los acreedores anteriores y otros que, siendo posteriores, tienen créditos que no son alcanzados por razones de interés público o general (los impuestos) o por haber nacido como consecuencia de la incorporación de valor sobre el mismo bien, como es la "construcción o mejoras sobre el mismo o que hacen a su mantenimiento, como las expensas". A criterio del autor, "esta inoponibilidad es objetiva y opera de pleno derecho. O sea, no se requiere otra cosa que acreditar estar incluido dentro del régimen de los exceptuados para que el acreedor pueda embargar y ejecutar el bien y opera desde el momento mismo del nacimiento del crédito y no desde el momento en que un juez lo disponga y en tal orden, la decisión judicial de embargar y llevar adelante la ejecución del bien, tiene efectos declarativos. No requiere –en principio– de un contradictorio previo, sino la verificación o constatación de las circunstancias legales, siendo la del crédito de causa anterior a la constitución, la de más fácil determinación" (Cfr. Raspall, Miguel A., "El bien de familia en el concurso preventivo, inoponibilidad y categorización", Sup. CyQ 2009 (noviembre), 41-LA LEY 2009-F, 1354)".*

En el caso concreto, se ha esgrimido que el hecho generador de la obligación de la codemandada y titular del inmueble embargado, Sra. Natalia Carolina Rodríguez, es anterior al sometimiento al régimen de bien de familia, por lo que en caso de comprobarse dicha circunstancia, correspondería declarar su inoponibilidad al ejecutante. En este sentido se ha resuelto que no es procedente la desafectación total, lisa y llana del bien de familia, sino declarar su inoponibilidad frente al acreedor, subsistiendo la inscripción frente a otras deudas respecto de las cuales sea oponible. (CN.Civ., sala D, 22/04/1991, F., A. y ot. c/ M., H., LL 1991-D, 318 y DJ 1991-2, 655)...

De lo citado se desprende que si hay una inoponibilidad "objetiva", ya sea la derivada del tiempo de la afectación en relación a la deuda contraída o bien la taxatividad de los acreedores previstos en el CCyC, ¿por qué no podría existir una inoponibilidad "subjetiva" determinada por la voluntad del titular del beneficio en pos de responder frente a una deuda determinada pero sin desproteger su vivienda frente a otros acreedores?, y además ¿por qué no se toma en cuenta que de esta manera queda más protegido aún el acreedor al cual se plantea la inoponibilidad, ya que subsiste la protección frente a cualquier otra deuda que se quiera ejecutar contra el bien?

Asentimiento

El asentimiento es uno de los requisitos fundamentales que deben cumplirse obligatoriamente para que la declaración de inoponibilidad resulte viable.

El asentimiento debe ser dado por el cónyuge o el conviviente, según sea el estado de familia del afectante, no solo porque este requisito surge explícitamente del art. 250 antes transcripto, sino porque todo el plexo normativo exige este requisito para mantener protegida la vivienda familiar.

Lo encontramos también, fuera del articulado específico del régimen de protección de la vivienda, en relación a las personas que han contraído matrimonio, art. 456 CCyC, y las que se encuentran unidas en convivencia, art. 522 CCyC. Para ambos casos la norma establece que la vivienda no podrá ser ejecutada por deudas contraídas luego de la celebración del matrimonio, o de la inscripción de la unión, excepto que ambos integrantes de la pareja sean los obligados, o lo hiciera uno solo de ellos con el asentimiento del otro.

El asentimiento es también un requisito para solicitar la desafectación y cancelación de la inscripción por voluntad del afectante (art. 255 inc. a).

La interpretación armónica del articulado específico del régimen de protección de la vivienda, con los restantes artículos de la normativa torna imprescindible la conformidad del cónyuge o del conviviente a la declaración de inoponibilidad.

La subrogación y la declaración de inoponibilidad

Previo a la sanción del Código Civil y Comercial fue la doctrina la que permitió encontrar respuesta en la hermenéutica judicial a la subrogación del bien de familia, por la obligación de pronunciarse de los magistrados, aún ante el silencio de la ley (caso "Kipperband", caso "Botto", caso "Gil").

La modificación del CCyC trajo como novedad el derecho de subrogación de la protección, que puede ejercer el titular dominial, ante la transferencia del bien (art. 248 CCyC). Reconociendo en forma clara y concreta lo que la doctrina y los fallos impulsaron y ya aplicaban.

La subrogación real es un supuesto de modificación objetiva y cualitativa de la relación jurídica en cuya virtud reunidos ciertos requisitos un objeto ocupa el lugar de otro en la situación patrimonial; y que cumple con las mismas condiciones jurídicas e idéntica afectación, respetando la validez y eficacia del acto jurídico que operó la subrogación real favoreciendo el tráfico económico sin provocar un obstáculo ni impedimento al progreso económico ni la frustración de planes de larga duración ni el inmovilismo ni perjuicio a terceros.

El bien subrogado recibe el mismo trato que tenía el anterior bien. Sobre él se aplica el privilegio o derecho persecutorio del acreedor, o la ventaja de inembargabilidad del deudor, o la cualidad de pertenencia a un patrimonio o masa diferenciada, cumpliendo con el fin técnico de impedir la confusión del tráfico jurídico cuya validez no se detendrá en beneficio de la seguridad jurídica dinámica y asegurando la permanencia de los destinos especiales de afectación.

Por lo expuesto anteriormente, entendemos que este derecho NO es incompatible con la declaración de inoponibilidad. En esta situación, y considerando que la declaración de inoponibilidad tiene como finalidad

responder frente a una deuda concreta, entendemos que el contrayente de la misma responderá con todos sus bienes, y en particular, y si es el único, con el que esté protegido por la afectación del régimen de vivienda. En resumen, se mantendrá la manifestación de inoponibilidad frente a un cambio del objeto afectado, SIEMPRE que así lo manifieste al momento de declarar la inoponibilidad.

Conclusión

El nuevo régimen es un fiel reflejo de la constitucionalización del Derecho Privado, al entronizar la protección de la vivienda; asignándole a ésta un concepto y un alcance que supera por completo lo referente al concepto estático y patrimonial de inmueble o propiedad, para considerarse la función vital y dinámica del hogar familiar, asiento que comprende incluso los muebles indispensables para satisfacer las diversas necesidades, sea mediante un derechos real o personal. Lo fundamental es la VIVIENDA bajo cualquier forma contractual y su protección vale también para cualquier tipo de ocupación.

Consideramos que resulta lo más adecuado, cuando un inmueble se encuentra afectado al régimen de vivienda, y extendiendo su utilidad en función de la necesidad que posea el propietario, el mismo pueda responder frente a una deuda determinada sin perder el beneficio de la protección, otorgue un acta de manifestación, por escritura pública, en la cual se indiquen claramente los elementos identificatorios de la deuda contraída a la cual le será inoponible la protección dada por la afectación; y que se promueva esta práctica para aplicar en casos cotidianos, tales como los contratos de locación, fianzas bancarias, y todo contrato que sea garantizable personalmente.

Quedando protegidos, con esta práctica, el deudor y el acreedor.

Proponemos de *lege ferenda* que se modifique el Código Civil y Comercial y se establezcan estas pautas de modo expreso y claro, quedando reconocida al igual que sucedió con el derecho de subrogación.

Como enuncia Guastavino, toda regulación importa al interés público por el bien jurídico que defiende y, como consecuencia de ello, sus normas son de orden público. Las interpretaciones que se hagan de sus disposiciones deben tener el cuidado y fundamento que la institución exige.

No deben ser amplias ni restrictivas, sino justas y actuales en virtud del desarrollo habitacional de la población. Sin dejar de lado, que hoy el 34 % de la población alquila un inmueble, según la Dirección de Estadísticas y Censos de la Ciudad, en contraste con el 20 por ciento, que es el porcentaje promedio de otros países de la región, según el Banco interamericano de Desarrollo.

Por su parte, Gil Domínguez sostiene que una vez que una persona alcanzó la situación de propietario de una vivienda adecuada como la máxima extensión posible de este derecho, ¿no es regresivo y absurdo que no se dote a dicha situación de la máxima tutela posible mediante los mecanismos más apropiados?

Estas dos últimas reflexiones dan basamento a las ideas desarrolladas en este trabajo. Creemos que **la declaración de inoponibilidad es un mecanismo apropiado** para lograr un equilibrio entre los intereses que entran en conflicto al momento de querer afianzar una obligación personal y encontrarse amparado por el régimen de protección de la vivienda, atento que permite dar un resguardo a las partes involucradas, sin dejar de velar por el interés superior protegido; **siendo su aplicación el resultado de una interpretación justa del conjunto normativo.**

Modelo

ACTA DE MANIFESTACIÓN... ESCRITURA NÚMERO... En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los... días del mes de... de dos mil..., ante mí, escribana autorizante, comparece... a quien identifico en los términos del artículo 306 inc... CCyC. Y EXPONE: 1. Que por escritura número... de fecha..., pasada ante el escribano de esta Ciudad..., al folio... del Registro... a su cargo / Acta número... de fecha... e inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble en la Matrícula... el... sometió al régimen de protección de la vivienda el inmueble de su propiedad designado como LOTE... / UNIDAD FUNCIONAL número..., ubicada en el... PISO, del inmueble sito en esta Ciudad, con frente a la calle...; cuyas medidas y linderos surgen de la relacionada escritura y se dan aquí por íntegramente reproducidos; NOMENCLATURA CATASTRAL: Circunscripción..., Sección..., Manzana..., Parcela... 2. Que será garante de un contrato de locación entre... en calidad de locador y..., en calidad

de locataria; respecto del inmueble sito en la calle... el que tiene vigencia desde el... y hasta el... 3. Que a los efectos de declarar inoponible la afectación al régimen de protección de la vivienda al que se encuentra afectada la propiedad, solicita de mí, escribana autorizante, deje expresa constancia por medio de la presente de sus manifestaciones. Considerando que existe interés legítimo acepto el requerimiento. Y... MANIFIESTA: A. Que el régimen de protección de la vivienda al que hace referencia el punto 1 de la presente acta no es oponible al contrato de locación mencionado en el punto 2 de la presente acta. B. Que la inoponibilidad a la que hace referencia el punto precedente incluye las prórrogas y/o nuevos contratos que se firmen entre las mismas partes, respecto del mismo bien locado, y en los que la aquí requirente suscriba en carácter de fiador y/o garante. C. Que como consecuencia de lo manifestado la propiedad podrá ser ejecutada a los efectos de que se abonen todos los importes que adeudare la parte locataria a la parte locadora por las obligaciones que surgen de dicho contrato de locación, sus prórrogas y/o nuevos contratos, quedando también incluidos los gastos y costas judiciales y extrajudiciales que se generen. D. Que en el caso de ejercer el derecho de subrogación previsto en el artículo 248 del CCyC se mantendrá la inoponibilidad de la afectación frente a la deuda relacionada respecto del nuevo bien. E. Que la presente será válida tanto para el aquí declarante y el acreedor beneficiado, como para sus sucesores a título singular o universal. F. Presente a este acto desde el comienzo..., viene por la presente a otorgar su conformidad con la declaración realizada por su cónyuge / conviviente. No teniendo nada más que manifestar, solicitan de mí, la autorizante, expida primera copia de la presente, para ser entregada al locador. LEO a los comparecientes, quienes FIRMAN de conformidad, todo por ante mí, doy fe.

Bibliografía

1. Abella, Adriana Nélica. "La vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación", p. 1-10. Buenos Aires: Academia Nacional del Notariado, 2015. En Seminario Teórico-Práctico Laureano Arturo Moreira, 70, Buenos Aires, 12-13 de noviembre de 2015.
2. Alterini, Jorge; Tobías, José. *Código Civil y Comercial comentado – Tratado exegético*, 2° ed., 2016, Edit. Thomson Reuters La Ley.
3. Herrera, Marisa. *Código Civil y Comercial comentado*, Ed. 2022,

4. Lorenzetti, Ricardo. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*.
5. Arraga Penido, Mario O. "Vivienda protegida por afectación", p. 1-3, La Ley, Buenos Aires, La Ley, 21 de septiembre de 2016, tomo 2016-E, año 80, n. 179.
6. González Zamar, Leonardo. "Vicisitudes procesales en la protección de la vivienda"; p. 297- 308. En: Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, Abeledo Perrot; julio de 2017, n. 80.
7. Guastavino, Elías P. *Derecho de familia patrimonial. Bien de familia*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1985, p. 386.
8. Gil Domínguez. "Supremacía convencional, inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda adecuada y derecho común: una mirada distinta", LL - Sup. Const. - 18/2/2014 - 37 - T. 2014-A - p. 324.
9. Zavala, Gastón A. "Subrogación de vivienda. Interpretación del régimen en el contexto jurídico", DFyP 2018 (octubre), 16, LL AR/DOC/1590/2018.
10. Chiappini, Julio. "El bien de familia y las deudas potenciales".
11. Junyent Bas, Francisco y Giménez, Sofía I. "La tutela de la vivienda en el Código Civil y Comercial", publicado en: RDF 80, 129, Cita: TR LALEY AR/DOC/3732/2017.
12. Puerta de Chacón, Alicia. "Vivienda. Traslación de la afectación. ¿Otro esfuerzo interpretativo?", RDF 2017-IV, 71, TR LALEY AR/DOC/3812/2017.
13. Alimentos. Alimentos atrasados. Alimentos en favor de los hijos. Código Civil y Comercial de la Nación. Desafectación de la vivienda. Régimen de afectación de la vivienda. Vivienda, Tribunal: Juzgado de Familia de 6a Nominación de Córdoba (JFamiliaCordoba) (6aNom), fecha: 30/08/2016, partes: "R. N. B. c. F. M. A. s/ régimen de visita/alimentos-contencioso", publicado en: La Ley Online; Cita: TR LALEY AR/JUR/58926/2016.
14. Derecho a vivienda digna. Desafectación de la vivienda. Persona con discapacidad. Régimen de afectación de la vivienda. Vivienda. Vivienda familiar, Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela (CCivComyLabRafaela), fecha: 26/03/2015, partes: "A., H. O. c. B., M. s/ desafectación bien de familia", publicado en: RDF 2015-VI, 175, cita: TR LALEY AR/JUR/4556/2015.



Acceda al abstract
en video

La partición privada*

Análisis del requisito
de “presencialidad”: su correlato
legal y práctico

**Santiago P. Reibestein
y Sofía T. Scotti**

Ponencia. Introducción. 1. Estado de indivisión. 1.1. El fin de la indivisión. Partición. Desarrollo. 1. Partición privada. 1.1. Naturaleza jurídica. 1.2. Contenido negocial. 1.3. Requisitos legales de procedencia de la figura. 2. El requisito de la presencialidad en la partición privada. Análisis. 2.1. El espíritu de la norma. 2.2. La doble unanimidad. 2.3. Revisión comparativa de los requisitos de la partición judicial. 2.4. La redacción de la norma y su relación con su espíritu. 2.5. Breve mirada desde el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN). 2.6. Reflexión acerca de la presencialidad como requisito de procedencia. 3. Vocación registral. 4. Otros actos partitivos y la partición privada. Relación con la presencialidad. 5. La partición privada fraccionada. Práctica jurídica. Conclusión. Bibliografía

* Mención especial otorgada por el Jurado en la 34 Jornada Notarial Argentina, desarrollada en la ciudad de Mar del Plata entre el 3 y el 6 de mayo de 2023. Corresponde al tema III de la Jornada, “Partición”.

Ponencia

- I. La partición es cualquier acto que hace cesar el estado de indivisión creado por la ley entre comuneros, ya que convierte una porción ideal en dominio exclusivo de bienes singulares.
- II. La partición privada puede realizarse aún cuando los comuneros no estén todos reunidos en un mismo acto.
- III. La partición privada que involucre inmuebles y que se realice en distintos instrumentos, reuniendo la voluntad de la totalidad de los interesados, no requiere homologación judicial, siempre que el acto sea por escritura pública.
- IV. *De lege ferenda*, se esclarezca el requisito de presencialidad en la partición privada para lo que sugerimos la siguiente redacción del articulado: *Artículo 2369.- Partición privada. Si todos los copartícipes están presentes para expresar su voluntad y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. La partición puede ser total o parcial.*

Introducción

1. Estado de indivisión

El fallecimiento de una persona dejando a varios herederos; la sentencia de divorcio de un matrimonio subsumido en el régimen patrimonial de comunidad de ganancias; y la decisión de un comunero de no continuar con el condominio, tienen algo en común: todas ellas generan un estado de indivisión.

Podemos definir el estado de indivisión como una situación en la cual nadie tiene un dominio sobre un bien, sino que se genera un estado en donde “todo es de todos y nadie es dueño de algo en forma exclusiva”.

Al conjunto de bienes que componen esta indivisión se lo denomina masa indivisa.

A los participantes de este estado de indivisión se los denomina comuneros o partícipes de una masa indivisa.

La indivisión es una situación meramente transitoria y siempre llegará a su fin. El Código identifica el acto particular y concreto que la concluye, y es la partición.

Hablar de *indivisión hereditaria* (o sus correlativas) no es igual a referirnos a la *comunidad hereditaria*. La comunidad nace de la concurrencia de dos o más sucesores a adquirir una misma herencia. No habrá comunidad hereditaria para el caso de la presencia de un único heredero, ahora bien, el estado de indivisión existirá de todas formas.

Nos detendremos en esta singular diferencia. El régimen de sucesión en los bienes por causa de muerte, el divorcio y la voluntad de dividir un condominio conlleva que se crea un estado de indivisión, por el acaecimiento del hecho por sí solo, sin depender de la cantidad de sujetos; particularmente cuando el causante deje un único heredero.

1.1. El fin de la indivisión. Partición

En nuestro Derecho, las personas son titulares de derechos concretos: V.g. A y B son dueños, condóminos de una casa en la montaña. A es dueño de un vehículo. B es dueño de un inmueble baldío en la playa.

Que un conjunto de personas no tengan derechos exclusivos sobre bienes, no es una situación destinada a perdurar; por ello nuestro codificador previó la partición para resolver la situación de indivisión.

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC) establece que la indivisión finaliza con la partición (art. 2363), pero no define qué es la partición. De ello se ha encargado la doctrina...

Por nuestra parte diremos que la partición es el acto que tiene por objeto dar por finalizado el estado de indivisión y, de ese modo, asignar titularidad exclusiva a los bienes indivisos. Siendo ello así, entendemos que la partición no es un acto en particular, sino cualquiera que busque ese fin.

1.1.1. Clasificación de los actos partitivos

¿Cómo asignan titularidad exclusiva los comuneros? Pues lo hacen a través de distintos actos partitivos. Nos referimos a actos partitivos en el mismo sentido en que definimos partición: todo acto que busque finalizar la indivisión.

El fin de la indivisión es buscado para asignar titularidad exclusiva a los bienes indivisos, y por consiguiente, todo acto que logre ese efecto, será considerado un acto partitivo (art. 2403 CCyC).

Desde esta concepción, podemos clasificar el bagaje de actos posiblemente desenvueltos, entre **directos** e **indirectos**:

Los actos partitivos *directos* o *puros* son aquellos que tienen como objetivo principal asignar titularidad exclusiva. A estos se los denomina "acto o contrato de partición". Estaríamos en presencia de una partición directa o pura.

En ellos podemos encontrar la partición privada, un acto donde los comuneros realizan la asignación según su voluntad y convención; u otros actos en los que los comuneros pueden pedir que el juez la realice, siendo ésta la partición judicial.

Por otro lado, tenemos los actos partitivos *indirectos* que son aquellos actos cuyo objetivo principal no fue asignar derechos privativos pero llegan al mismo efecto partitivo, es decir ponen fin a la indivisión. Por ejemplo en las sucesiones, el caso de las cesiones de derechos hereditarios a favor de una sola persona. El objetivo de las cesiones no es (en principio) la asignación de la titularidad exclusiva de bienes, sino que conlleva a ese efecto indirectamente.

La cesión de herencia o de derechos hereditarios no prescinde por completo de la adjudicación de bienes con causa en la partición. La disposición de los bienes, cualquiera sea su especie, no será posible por la sola cesión de los derechos, puesto que subsistirá la indeterminación de los bienes, no se puede considerarlos de manera autónoma. Con ello, la disposición que se busque realizar también resultará inconducente si lo que se quiere es realizarla sobre algo concreto y disponer de un derecho exclusivo.

Necesariamente se requiere lograr la individualización del bien con respecto a su titular. El acto jurídico contemplado para ello es únicamente la adjudicación en propiedad. En caso de que todos los herederos cedan en favor de un solo cesionario, éste necesariamente requiere hacer un acto que implique adjudicación, requiere partir (aunque sea a sí mismo), asignarse el bien en propiedad exclusiva. V.g. La solicitud de la inscripción de un inmueble en particular es un acto de adjudicación. Sin esa adjudicación, el único heredero puede volver a ceder ya que no tiene propiedad exclusiva de ningún bien.

La partición no es causa de adquisición de los bienes, tiene efectos declarativos de su propiedad, siendo que la porción indivisa de la herencia ya se adquirió al momento de apertura de la sucesión, y se consolidó por la aceptación de la herencia que tiene efecto retroactivo a ese momento.

En los actos de partición indirecta, la adjudicación tiene un efecto extintivo de la comunidad, retroactivo y determinativo de los bienes en los cuales cada heredero ha sucedido al causante, y que les pertenece desde el mismo momento del fallecimiento.

En párrafos anteriores comentábamos que el codificador no dio una definición de partición. Entendemos que esto fue un acierto ya que al particular no le interesa qué acto es o no "partición", sino lo que importa es que se produzca el efecto partitivo que es dar por finalizado el estado de indivisión.

Desarrollo

1. Partición privada

Cuando hablamos de partición privada nos referimos al contrato por el cual todos los integrantes de la comunidad indivisa deciden, por unanimidad, asignarse la titularidad exclusiva de los bienes que pertenecen a la masa indivisa, de la manera que juzgan conveniente hacerlo.

1.1. Naturaleza jurídica

La partición privada exige una serie de requisitos para su procedencia, entre los que podemos encontrar la conformidad de todos los comuneros. Al existir un acuerdo de voluntades estamos en presencia de un contrato en el cual se estipulan cómo se asignan los lotes.

Dicho acuerdo de voluntades (la conjunción de todos los comuneros) tiene un efecto jurídico en sus relaciones jurídicas patrimoniales que es asignar los lotes tal su llamamiento o como ellos consideren conveniente.

1.2. Contenido negocial

Al ser la partición privada un acto partitivo directo, el contenido principal del contrato es la adjudicación de bienes del acervo en propiedad exclusiva entre los comuneros.

Éste es el único contenido mínimo que debe citar una partición privada, ya que cuestiones como inventario y valuaciones pueden encontrarse presentes en el expediente.

En la práctica, la enumeración del inventario que compone la masa indivisa y las valuaciones de esos bienes, quedan sometidos a la autonomía de la voluntad de los comuneros; es decir, ellos pueden enunciar todo o algunos de los bienes de la masa, como así estipular la valuación que consideren oportuna. Además, pueden pactar compensaciones sobre el valor de los bienes individuales si es que así lo acuerdan.

1.3. Requisitos legales de procedencia de la figura

El codificador estableció en el art. 2369 los requisitos para formalizar una partición privada. Transcribimos el artículo para facilitar su cita:

"Artículo 2369.- Partición privada. Si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. La partición puede ser total o parcial".

En las siguientes líneas nos abocaremos al tratamiento del requisito que más cautiva nuestra atención, que es la "presencialidad" en el acto de partición, para poder desentrañar las exigencias y extremos que éste conlleva.

2. El requisito de la presencialidad en la partición privada. Análisis

El requisito de la presencialidad no es novedoso y se mantiene incólume desde la redacción originaria del art. 3462 del Código velezano: "si todos los herederos están presentes..."; subsistiendo a la modificación realizada por la ley 17.711.

La referencia de "presentes" se debe entender, en principio, en contraposición del simple ausente (art. 79 CCyC); por ello, ya la doctrina¹ entendía que el requisito de la presencialidad no se traduce en un acto personalísimo, por lo cual nada impediría que en el acto de la partición privada actúe un representante del heredero.

También se ha expresado que "la exigencia de la presencia de los copartícipes no debe ser entendida en alusión al hecho físico, sino a que presten conformidad con la partición a realizarse en forma privada..." (Rivera Medina, 2018, p. 408).

Por todo ello, nos preguntamos: ¿presentes ante quién? o ¿presentes para qué?; "todos presentes", ¿en dónde?

Quizá una lectura ligera de las exigencias del artículo daría como respuesta: presentes *al momento de firmar* el acuerdo partitivo. Ello aludiría a

1 "Puesto que el término 'presente' no tiene el carácter de personalísimo, la partición puede ser efectuada sirviéndose de un mandatario" (Pérez Lasala, 2014, p. 696). "También debe considerarse 'presente' al ausente representado por mandatario con poder suficiente, ya que el término presente no equivale a 'personalísimo'" (Llambías, 1992, p. 80). "Aún cuando se exige que todos los herederos estén presentes, ello no significa que si alguno de ellos simplemente está ausente del lugar, por ejemplo, si se domicilia en el extranjero, no pueda hacerse representar por medio de mandatarios convencionales, pues no se está ante un acto personalísimo." (Bueres, 2001, p. 459).

que todos deben estar “en la misma mesa, en un mismo acto” para que la partición privada satisfaga el requisito; sin poner bajo discusión la presencia física que ya fue analizada y descartada por la doctrina.

Por nuestra parte entendemos que el presentismo que requiere el artículo, no hace referencia a una presencialidad física y/o simultánea al momento de la firma; sino que se refiere a una presencialidad de participantes.

Guiados por esta (la nuestra) mirada, planteamos la redacción de la exigencia de la siguiente manera: “Si todos los copartícipes **participan de la partición** y son plenamente capaces, ésta puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente”. También es propicio decir: “Si todos están presentes para expresar su voluntad...”.

2.1. El espíritu de la norma

Interpretamos (o reinterpretemos) el requisito de la presencialidad en cuanto a que el espíritu de la norma, que ha sido traducido por el codificador sin alterar la concepción de Vélez Sarsfield, hace referencia a la posibilidad de que todos los copartícipes participen del acuerdo y no se tomen resoluciones sin que ellos formen parte de esa decisión.

La interpretación originaria del art. 3462² daba a entender que la decisión de cómo partir podía ser tomada por mayoría de los copartícipes; siendo esta cuestión la que motivó su modificación por la ley 17.711, despejando la duda y sentenciando el requisito de la unanimidad para tomar la decisión.

Nótese que los análisis se refieren a la toma de la decisión, pero siempre se contempló sobre la totalidad de copartícipes. Ello porque la unanimidad, no es “de los presentes en la mesa” sino de todos los que participan en la indivisión.

Si la doctrina está de acuerdo en que el contrato de partición privada no es personalísimo y no requiere la presencia física de todos los comuneros, podemos entonces decir que el eje de la norma, lo importante, es

2 Código Civil, art. 3462. (Texto originario) Si todos los herederos están presentes y son mayores de edad, la partición puede hacerse en la forma, y por el acto que los interesados o la mayoría de ellos, contados por personas, juzguen conveniente, siempre que el acuerdo no sea contrario a la esencia misma de la partición.

que todos presten conformidad con el modo de partir; mas no se exige un acto de expresar la voluntad de forma simultánea.

De entender que este último requisito tiene sentido o relevancia, no se debería ni siquiera admitir la concurrencia de un representante.

Si el heredero otorga un poder especial para que el apoderado lo represente en la firma de un acuerdo partitivo privado, ¿no estaría con ese poder ya manifestando su voluntad partitiva?³ Responderemos a ello más adelante, con el avance de nuestro trabajo.

Nos parece oportuno agregar que no hay que alejarse de la idea de que el legislador quiere que el estado de indivisión finalice, por ello le otorga los efectos partitivos a todo acto que, en definitiva, busque poner fin a la indivisión⁴.

2.2. La doble unanimidad

Llegado a este punto podemos deducir que el codificador, con la modificación introducida con la ley 17.711 buscó una doble unanimidad en cuanto a: la participación de todos los comuneros y sobre la decisión tomada.

En cuanto a la participación, la ley busca que todos los copartícipes participen y debatan sobre la forma en cómo se va a partir. Para ello no le interesa si todos están en la misma mesa o no; sino que todos hayan expresado su voluntad.

Lo más relevante para el codificador es la expresión de la voluntad de la totalidad de los copartícipes.

Otro tema distinto es la unanimidad para la toma de la decisión. La decisión que se tome debe tener la aprobación de todos los copartícipes.

Es muy distinto que todos participen para discutir el tema, de que todos se pongan de acuerdo en la decisión que se adopte.

3 La pregunta se presenta a modo ilustrativo, ya que un apoderamiento nada tiene que ver con las instrucciones que le proporcionará el poderdante al apoderado. Nos referimos al acto de apoderar para partir de determinada forma, implicando una expresión de una voluntad de la forma y el modo de partir.

4 CCyC, art. 2403. Efecto declarativo: [...] Igual solución se entiende respecto de los bienes atribuidos por cualquier otro acto que ha tenido por efecto hacer cesar la indivisión totalmente, o de manera parcial sólo respecto a ciertos bienes o ciertos herederos. [...]

Si se nos permite la analogía con las sociedades: por un lado, debemos obtener el quórum para sesionar (la presencia de todos los copartícipes); y por el otro debemos reunir la mayoría requerida para que la decisión tomada sea válida (unanimidad de todos los copartícipes).

2.3. Revisión comparativa de los requisitos de la partición judicial

Desde otra perspectiva, en nuestro CCyC la partición judicial se activa cuando, entre otros casos, no se reúnen los requisitos de procedencia de la partición privada.

Es decir, los requisitos de la partición judicial son (algunos de ellos) producto del fracaso de la configuración de los requisitos para la procedencia de la partición privada.

El art. 2371 del CCyC plantea que la partición debe ser judicial cuando: hay copartícipes ausentes (inc. a) o los copartícipes no acuerdan en hacer la partición privada (inc. c).

En el inc. a) la palabra "ausentes" no hace relación a quienes no estuvieron presentes en la misma mesa al momento de la firma. El heredero físicamente ausente puede ser representado por apoderado o bien por sus propios herederos.

Entendemos que hace referencia a la participación de la totalidad de los comuneros. De allí lo planteado anteriormente en cuanto a la unanimidad de los presentes.

Al hablar de "ausente" no solo nos referimos al simple ausente (art. 79 del CCyC) sino también a quien no expresa su voluntad. Entendemos al ausente como aquel que no expresó su voluntad; tanto porque no puede (simple ausente) o porque no quiere.

La partición será judicial ante un ausente porque es el juez quien suplirá su voluntad y, a través de un partidador, se decidirá los lotes que le corresponderá y el modo en que se le asignarán.

Por otro lado, como lo expresamos en los párrafos anteriores, una cosa es la participación de todos y otra es la mayoría necesaria para tomar la decisión. Por ello, no se debe confundir la participación con su oposición sobre la forma o modos en cómo se realizará.

A este último supuesto es al que se refiere el inc. c), ya que la partición deviene judicial por no haber cumplido con la unanimidad necesaria para tomar la decisión. "Los copartícipes no acuerdan", no se pusieron de acuerdo para hacer la partición privada, por lo tanto es el juez quien decidirá por ellos. En este caso, no hay ausencia de voluntad, sino que se expresó una voluntad contraria al resto.

2.4. La redacción de la norma y su relación con su espíritu

En vista del espíritu de la norma y los casos en que se aplicaría la partición judicial consideramos que la palabra "presentes" merece ser interpretada (o reinterpretada) de otra manera.

El art. 2369 del CCyC suele significarse como que "todos los copartícipes deben estar presentes ***al momento de la firma***".

Las palabras "estar presentes" hacen referencia a "estar en presencia" antecedita por la palabra "todos"; "todos estar en presencia". Pero, en base al espíritu de la norma, entendemos que debe leerse "estar en presencia de voluntades" o "todas las voluntades deben estar presentes para tomar la decisión"; presentes en el sentido de "asistir" (en contraposición de faltar) en la toma de la decisión.

En cuanto a la interpretación de su redacción, remitimos a lo ya dicho sobre la consideración de la partición como un acto no personalísimo y la cuestión de la presencialidad física; ahora bien, la redacción no despeja dudas en cuanto a la sujeción o no al "acto único".

El artículo no exige ni aclara que los "presentes" deban tomar la decisión "en un mismo acto". Sobre este punto debemos tener en consideración que la ley no siempre se debe leer con las definiciones comunes del diccionario⁵, ya que "presente" alude a la contraposición legal de "ausente", o más precisamente a "simple ausente", y éste es quien no está, falta, para expresar su voluntad.

5 "1. adj. Que está delante o en presencia de alguien, o concurre con él en el mismo sitio" RAE: <https://dle.rae.es/presente>. Consulta abr. 2023.

2.5. Breve mirada desde el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN)

El CPCCN, bajo el título de Partición Privada, en su art. 726 nos dice: "Una vez aprobadas las operaciones de inventario y avalúo, si todos los herederos capaces estuviesen de acuerdo, podrán formular la partición y presentarla al juez para su aprobación".

El artículo hace alusión a la partición mixta, es decir a la partición que si bien formalizan todos los copartícipes y de forma unánime, es presentada judicialmente. Este tipo de partición procede cuando los copartícipes parten y deciden una forma de adjudicación que involucra un inmueble pero no se cumple con la forma de escritura pública. Al agregarse el instrumento al expediente para su homologación, se lo reviste de las cualidades de instrumento público, y es entonces que se cumple con la forma legal del título para la adjudicación, requerimiento necesario para que nazca el derecho real.

Yendo a lo concreto del análisis que nos convoca, nótese que el art. 726 del CPCCN no exige presencialidad, sino que nos habla de la doble unanimidad que venimos expresando. La formulación de la partición no es exigida como un acto único, al menos desde la letra de la norma.

Entendemos que este artículo refleja el verdadero espíritu de la partición privada en donde el eje no es "el acto único" sino la participación de todos los copartícipes en el acto partitivo.

2.6. Reflexión acerca de la presencialidad como requisito de procedencia

En virtud de todos los puntos hasta aquí analizados, estamos en condiciones de reflexionar (o repensar) el requisito de la presencialidad en la partición privada.

Entender que "presentes" implica que la celebración de la partición privada sea en un mismo acto (una misma mesa) sería contrariar su naturaleza contractual, como así desnaturalizar el acto partitivo.

Al ser un contrato, los participantes del mismo no tienen que estar todos en una misma mesa para su celebración.

En el mismo sentido, el codificador busca que haya voluntad partitiva unánime: que la totalidad de los integrantes de la comunidad indivisa participen, se pongan de acuerdo y tomen una decisión por unanimidad.

No dejemos de lado la idea de que "presente" es la contraposición al ausente, entendido como aquel que no quiere o no puede expresar su voluntad. Pero nada impide que la expresión de la voluntad sea otorgada en distintos momentos; ya que lo importante es la presencialidad de la voluntad y no del sujeto de forma simultánea con la firma.

Agregamos que la partición judicial no se activa cuando la partición privada carece de unidad de acto; sino por el contrario su eje está centrado en los ausentes como motivo de no poder reunir la totalidad de voluntades.

Consideramos que la partición es un camino, cuyo destino, su principal objetivo (en cualquiera de sus formas) es poner fin a la indivisión; la antorcha que nos ilumina el camino es la doble unanimidad: de participantes y de la decisión tomada.

Por lo tanto, teniendo un objetivo delimitado y cumpliendo la doble unanimidad, pretender que una decisión sea tomada en un mismo acto, en una misma mesa, carecería de sentido; por sobre todo cuando existe unanimidad en la decisión en la forma y modo de partir.

Por su parte, los autores Belluscio-Mafia, al analizar la condición de presencialidad expresan que "resulta redundante pues si no están presentes no se ve cómo pueden formar parte de la unanimidad" (Belluscio, 2022, p. 227). Compartimos con estos autores la redundancia y hasta lo confuso de la redacción del artículo al referirse a "presentes". En lo que queremos hacer hincapié es en el hecho de que la unanimidad que exige el artículo no se refiere a una unidad de acto de todos los copartícipes al momento de plasmar la voluntad partitiva.

No podemos dejar de tener presentes las palabras de Borda: "La partición privada tiene lugar cuando todos los herederos son mayores de edad y capaces, y hay acuerdo unánime para hacerlo así. No habría razón para impedir que arreglasen privadamente sus intereses, evitándoles las molestias y, sobre todo, los importantes gastos que demanda el procedimiento judicial". "Habiendo la unanimidad que exige la ley, la partición puede hacerse de cualquier modo". (Borda, 1975, p. 447). También lo expresado por Pérez Lasala: "En cuanto al fondo –es decir, al contenido del acto–, los interesados, por acuerdo unánime, tienen la más absoluta libertad; pueden dividir en especie, vender bienes, hacer lotes con bienes y dinero, etcétera. Si hay conformidad, todo es admitido, in-

cluso la adjudicación de lotes desiguales sin compensación" y citando a Fornieles: "Una partición así sería inatacable, aunque no se hubiera dicho expresamente que se la hacía con conocimiento de la diversidad de valores" (Pérez Lasala, 2014, p. 696).

Vemos en la opinión de estos autores que resaltan la condición de la doble unanimidad. Si todos están de acuerdo, no hay nada que objetar.

Por último, no podemos dejar de reflexionar que la presencialidad que exigía Vélez, en el año 1869, tenía cierta lógica debido a la realidad del momento. Las modificaciones de la ley 17.711 y la sanción del Código Civil y Comercial no alteraron la redacción originaria, quizá por no analizar en profundidad el significado de ese requisito.

Por todo ello, entendemos que la presencialidad que se plantea para la partición privada debe entenderse como presencialidad de voluntades, independientemente del momento en que ellas se expresen; es decir, no siendo necesarias las expresiones de la voluntad todas juntas en un mismo acto al mismo momento.

En virtud de nuestra interpretación y en consideración del espíritu que gira en torno al acto partitivo directo sugerimos, *de lege ferenda*, se elimine o se aclare el requisito de presencialidad en la partición privada, ya que tiende a confundir y colisionar con el objetivo final de los actos partitivos.

3. Vocación registral

En demarcaciones como la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la partición privada celebrada por escritura pública tiene vocación registral siempre que se encuentre dictada la orden de inscripción de la declaratoria de herederos o sentencia de divorcio.

Esto plantea un beneficio en cuanto a otros actos partitivos que requieren homologación judicial; es decir pasar por el expediente. V.g. la partición mixta; las cesiones de derechos hereditarios que hacen todos los comuneros en favor de un heredero o tercero, entre otros.

4. Otros actos partitivos y la partición privada. Relación con la presencialidad

Como venimos sosteniendo, la partición puede ser cualquier acto que busque poner fin a la indivisión comunitaria.

Ahora bien, se considera que las cesiones de derechos hereditarios que hacen todos los comuneros a favor de un heredero o tercero tienen efectos partitivos, por lo tanto es partición (no partición propiamente dicha) ya que todos los derechos recaen sobre una misma persona y la indivisión llega a su fin.

Imaginemos que esas cesiones son en distintos momentos. Este tipo de partición indirecta, requiere su respectiva presentación en el expediente sucesorio para que el juez las tenga en cuenta y dicte la orden de inscripción en favor del cesionario.

Planteamos otro escenario: distintos comuneros hacen presentaciones por instrumento privado en el expediente sobre su voluntad de partir en favor de un comunero, todas ellas en distintos días. El juez no hará más que homologar el conjunto de presentaciones y tenerlas como una partición directa ordenando la inscripción en favor de quien o quienes resulten adjudicatarios.

Recordemos que el instrumento privado, si lo que se parte es un inmueble, no cumple con los requisitos del art. 1892 del CCyC en cuanto a los requisitos de título para que se configure el derecho real.

En estos ejemplos encontramos algo en común: la totalidad de los integrantes de la comunidad indivisa, en distintos momentos, tomaron una misma decisión.

Por lo tanto, nos preguntamos: ¿qué impide que todos los comuneros expresen su voluntad partitiva en distintos documentos, en distintos momentos, todos por instrumento público y no por ello considerarla una partición privada con vocación registral? No encontramos un impedimento para que así sea.

En virtud de lo expuesto, proponemos llevar nuestra teoría a la práctica y lo planteamos en el siguiente punto.

5. La partición privada fraccionada. Práctica jurídica

Nos valdremos de un ejemplo concreto para exponer la práctica de nuestra propuesta:

A, B y C son herederos. El único bien del acervo es un inmueble que se encuentra en CABA.

"A" vive en la provincia de Salta, "B" vive en la provincia de Río Negro y "C" vive en la provincia de Buenos Aires.

Mediante comunicaciones por e-mail, todos los herederos están de acuerdo en que se adjudique el inmueble a "C".

En el sucesorio se encuentra dictada la declaratoria de herederos y la orden de inscripción.

Aconsejamos que "A" y "B" se acerquen a sus escribanos de confianza de sus respectivos domicilios y formalicen una escritura cuyo título será "partición y adjudicación". Entendemos que ese será el título del acto porque cada comunero está realizando un acto partitivo, está partiendo y al mismo tiempo adjudicando.

Cada instrumento tendrá en su contenido negocial la voluntad de que el inmueble que pertenece al acervo sea adjudicado a una determinada persona "C". Es decir, va a reflejar una voluntad partitiva directa.

Por su lado, "C" cuando ya tenga reunidas las escrituras de "A" y "B", se acercará a su escribano de confianza y formalizará una tercera escritura, la cual hará mención de las realizadas por "A" y "B". Sugerimos que se realice una transcripción especialmente de la cláusula que haga referencia a la adjudicación. Cláusula siguiente, "C" estará conforme con la adjudicación realizada, cerrando así el requisito de la unanimidad en la decisión. En la sección de constancias notariales sugerimos que la escritura de "C" contenga todas las menciones registrales necesarias.

Firmada y autorizada, "C" tiene una escritura que reúne la doble unanimidad requerida por el art. 2369 del CCyC, es decir, las voluntades de todos los participantes de la comunidad y una decisión unánime.

El último paso de "C" es rogar la inscripción de su escritura al respectivo registro de la propiedad inmobiliario.

De esta forma se agilizan pasos procesales que son meramente declarativos. Si todos los comuneros expresaron su conformidad y ello fue uná-

nime, no habría argumentos para que un juez impugne esa decisión; y no tendría sentido, como en la partición mixta, su paso por el expediente, ya que todos los instrumentos son públicos y cumplen con lo requerido para que sean títulos al dominio.

También es una herramienta más transparente ante situaciones tales como que "A" solo quiere dejarle uno de los inmuebles a "C". En estas situaciones se suelen instrumentar contratos tales como una cesión de derechos hereditarios genérica o la mal llamada cesión de derechos hereditarios sobre un bien determinado; cuando "A" podría dejar plasmada su voluntad en un instrumento público sin incurrir en otras figuras. "C" sólo debería contar con la conformidad de "B" para que el inmueble le sea adjudicado totalmente y evitar pasos procesales dilatorios.

Finalizando, descartamos el uso de poderes especiales para estos fines. Ello en virtud de que el acto de apoderamiento sólo genera una representación, es un instrumento que contiene un mandato y sólo otorga facultades para partir. Otorgar un poder dista mucho de otorgar una partición. No es lo mismo facultar a otro a partir o a realizar una partición a que la voluntad partitiva sea plasmada directamente por el copartícipe.

Conclusión

La partición privada, como acto partitivo directo que busca asignar a los copartícipes bienes en propiedad exclusiva, es un acto que requiere la doble unanimidad: de todos los participantes de la masa indivisa y, además, que todos ellos decidan por unanimidad la forma y el modo de partir. Estos son los pilares que ansía el legislador que se logren.

La presencialidad que exige el art. 2369 del CCyC no hace a la referencia de unidad de acto, es decir que la partición sea celebrada con la presencia de todos los copartícipes en un único acto; sino a que las voluntades de todos los copartícipes estén presentes para llegar a un acuerdo partitivo.

No hay alteración alguna en el derecho si los copartícipes expresan su voluntad en distintos momentos, siempre y cuando todos efectivamente la hayan expresado y que su expresión sea unánime.

Negar esta posibilidad generaría nada más que dilaciones a un acto, a una decisión, donde la voluntad ya fue expresada, y más aún, en un mismo sentido, unánimemente.

Bibliografía

- Alterini J. (Dir.). *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, T. XI (2a ed.), La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.
- Belluscio - Maffia. *Derecho Sucesorio*, 2a ed., Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2022.
- Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones. Parte General*, T 1, 4ta ed., Editorial Perrot, Buenos Aires, 1975.
- Bueres - Highton. *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, T 6A, Hammurabi, Ciudad de Buenos Aires, 2001.
- Capparelli, Julio César. "Partición privada de herencia", DFyP N° 167, TR LALEY AR/DOC/1571/2017.
- Castro Mitarotonda, Fernando H. "Apuntes sobre la partición en el Código Civil y Comercial", LA LEY, RCCyC N° 61, TR LALEY AR/DOC/614/2021.
- Clusellas G. (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, T. 8, Astrea/FEN, Buenos Aires, 2015.
- Fernández, Luis O. "Partición de condominios y sociedades", ERREPAR, 2021, cita digital: EOLDC104902A.
- Iglesias Mariana B. - Surraco, María Mercedes - Carbonari, Aldana V. "Aspectos relativos a los bienes gananciales en el proceso sucesorio y su íntima relación con la partición: transversalidad de las figuras", RDF 2022-III, 130, TR LALEY AR/DOC/1335/2022.
- Lamber, Néstor D. "El título de adjudicación de inmueble por partición privada de la indivisión hereditaria y poscomunitaria", Revista del Notariado, 2017.
- Llambías - Méndez Costa. *Código Civil Anotado*, T V-B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- Molina Sandoval, Carlos A. "Cesión de derechos hereditarios", LA LEY 04/10/2021, TR LALEY AR/DOC/2819/2021.
- Pérez Lasala, J. L. *Tratado de Sucesiones*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.
- Posteraro Sánchez, Leandro N. "Modalidades de la partición extrajudicial de herencia", Revista del Notariado, 2020.
- Rivera - Medina. *Manual de Sucesiones*, 1a. ed., 1a. reimp., Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.
- Sabene, Sebastián E. "Abordaje comparativo del condominio, la comunidad hereditaria y la indivisión postcomunitaria", publicado en: LA LEY 27/05/2019, 1 - LA LEY 2019-C, 781 Cita: TR LALEY AR/DOC/1556/2019.



Acceda al abstract
en video

Partición por los ascendientes. Bienes propios y gananciales*

Lidia D. Lasagna

Ponencia. I. Introducción. II. Partición por donación. 1. Diferencia entre la donación como acto partitivo y la donación simple. III. Partición por testamento. IV. Bienes sobre los que se aplica la partición por ascendiente. 1. Regulación en el Código Civil. 2. Proyectos de reformas. 3. Código Civil y Comercial de la Nación. V. Bibliografía

* Mención especial otorgada por el Jurado en la 34 Jornada Notarial Argentina, desarrollada en la ciudad de Mar del Plata entre el 3 y el 6 de mayo de 2023. Corresponde al tema III de la Jornada, "Partición".

Ponencia

1. Los principios generales que rigen la administración y disposición de los bienes de los cónyuges y los límites a la capacidad de contratación que les atribuye la ley, no son suficientes para determinar el alcance de la partición de los bienes propios prevista en el art. 2411 del CCyC. Siendo que no se vulneran derechos familiares, ni de los cónyuges y tampoco de terceros, el ascendiente puede partir sus bienes propios por donación o testamento incluyendo a su cónyuge cualquiera sea el régimen matrimonial patrimonial adoptado, constituyendo la donación entre cónyuges con efecto partitivo una excepción a lo establecido en el art. 1002 inc. d del CCyC.
2. Cuando la titularidad de los bienes gananciales sea conjunta, ambos cónyuges procederán a partir por donación entre sus descendientes o prestará uno de ellos el asentimiento conyugal cuando lo que se done sea la parte indivisa de titularidad del otro cónyuge. En el caso en que la titularidad recayera en uno solo de ellos, podrá partir por donación siempre que el cónyuge no titular preste el asentimiento conyugal. Conforme a lo expresado, debe entenderse por acto conjunto el efectuado por ambos cónyuges, actuando cada uno en el carácter que le corresponda, consintiendo o asintiendo en el acto dispositivo partitivo de los bienes gananciales.
3. Debe considerarse válida la cláusula testamentaria que incluya una partición de bienes gananciales, si a la muerte del testador éste ya era titular por haberlo adquirido en vida por extinción de la comunidad de gananciales, o si el cónyuge supérstite, como consecuencia de la partición poscomunitaria, confirma la partición realizada por el testador, por ejemplo, mediante la cesión de sus gananciales.

I. Introducción

Además de la comunidad que se produce ante el fallecimiento de una persona, existen también otras comunidades como la comunidad de gananciales o la comunidad indivisa de los bienes de una sociedad disuelta en la que su patrimonio no ha sido liquidado.

En esta última comunidad, tal como lo expresa Ventura¹, "la liquidación tiene sus reglas particulares en cuanto a la legitimación por parte de la sociedad 'en liquidación', según lo sentado en el art. 101 de la ley 19.550; [...]. La sociedad mantiene intacta su personería a los fines liquidatorios".

Respecto de la comunidad de gananciales, el art. 481 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC) nos remite a las reglas de la indivisión hereditaria, disponiendo el art. 2363 que ese estado de indivisión solo cesa mediante la partición. Se ha definido a la partición hereditaria como el acto mediante el cual los herederos materializan la porción ideal que en la herencia les tocaba, transformándola en bienes concretos sobre los cuales tienen un derecho exclusivo². Por su parte, el art. 2369 del CCyC establece que, si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente, caso contrario se deberá recurrir a la vía judicial según lo normado por el art. 2371 del mismo cuerpo legal.

Sin embargo, no siempre la partición va a tener lugar una vez acaecido el fallecimiento del titular de los bienes a pedido de los copropietarios de la masa indivisa y los cesionarios de sus derechos. El CCyC, siguiendo con la regulación del Código Civil (en adelante CC), ha conservado la partición por los ascendientes ordenando los contenidos en una parte de disposiciones generales y tratando por separado la partición por donación y la partición por testamento. Es decir, que toda persona que tiene descendientes puede en vida hacer la partición de sus bienes, distribuyéndolos entre ellos, en forma total o parcial, ya sea por donación

1 Ventura, Gabriel B, "Actos dispositivos en las comunidades de bienes", 13 [28/01/2022]. Disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/09/Actosdispositivos-combienes.pdf>

2 Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, T I, Editorial Perrot, Bs. As., 1970, p. 399.

o por testamento³. Como podemos apreciar, aquí no hay herederos ni estado de indivisión, sino que la ley da la posibilidad a los ascendientes de determinar la distribución de sus bienes de manera anticipada, antes de su muerte y en función a lo que estimen más conveniente para sus descendientes o cónyuge⁴.

En la nota del art. 3514 del derogado CC, siguiendo el pensamiento romano y francés, Vélez expresaba que era un medio que la ley otorgaba a los ascendientes para prevenir las diferencias a las que podía dar lugar la partición después de la muerte de ellos y evitar los gastos de división que la misma podía generar, dinero que eventualmente sería necesario para herederos menores. Los padres por este medio atribuyen a cada uno de sus hijos el bien que consideran más conveniente conforme a su carácter, su profesión o a su posición pecuniaria.

Si bien se piensa que es una institución muy poco usada, creemos que ello se debe a su escasa divulgación como alternativa de planificación familiar y sucesoria, y en la práctica tal vez se opte, para una mayor seguridad, por las donaciones como anticipo de herencia o por el testamento sin considerar la posibilidad de incluir a los herederos forzosos determinando la atribución de los bienes. Sin embargo, consideramos que bajo la forma de donaciones como anticipo de herencia frecuentemente se realizan verdaderas particiones por ascendientes.

Previa presentación de la temática nos proponemos, sin desconocer otras inquietudes, dudas y problemáticas que el instituto de la partición por ascendientes presenta, analizar los bienes que, en relación a su titularidad, pueden ser objeto tanto de la donación como del testamento.

3 Art. 2411. "Las personas que tienen descendientes pueden hacer partición de sus bienes entre ellos por donación o por testamento".

4 A diferencia de lo que establece nuestro CCyC, el que siguió al respecto lo normado por el CC, el Código Civil de Paraguay permite incluir a otras personas. El art. 1554 del mencionado código dispone: "Sea cual fuere la forma de esta partición, se ajustará a las reglas siguientes: a) comprenderá al cónyuge supérstite, y podrá incluir a otras personas a quienes el disponente beneficiare dentro de su porción disponible".

II. Partición por donación

Se ha definido a la partición por donación como "el acto jurídico entre vivos por el cual el ascendiente, de manera gratuita, distribuye todos o parte de sus bienes presentes entre sus descendientes, o entre sus descendientes y su cónyuge, siendo aceptada por los donatarios"⁵.

Respecto de su naturaleza jurídica hay acuerdo entre los autores de que se trata de una institución compleja que tiene elementos tanto de la donación como de la partición. Para ilustrar podemos citar a Machado, quien refiriéndose al tema dice que es una donación en su forma, pero una división en el fondo donde la donación es el medio por el que la adquisición se hace irrevocable, siendo la causa eficiente de ella la división por la que el ascendiente ha repartido sus bienes a sus descendientes [...] y si la forma elegida para dividirse es la donación, ésta no es sino un título aparente, el verdadero es la división y transmisión⁶. Por su parte, Zannoni expresa que ambos institutos se asemejan en cuanto a que se configuran donaciones, pero la partición por donación para cumplir sus efectos propios debe cumplir con los caracteres de todo acto particional⁷.

En definitiva, y tal como lo expresa Mazzinghi⁸ "el poder que la ley le reconoce a los padres para distribuir la herencia entre sus hijos, se funda en la presunción de que los padres tienen un mejor conocimiento de los bienes que conforman la herencia y de las personas de sus hijos, y un criterio más fino para definir su distribución y adjudicación entre sus herederos más directos".

5 Costanzo, Mariano-Posteraro Sánchez, Leandro N. *Código Civil y Comercial...* Clusellas, Eduardo Gabriel (coord.), T 8, Editorial Astrea-FEN, 1° ed., Bs. As., 2015, p. 249.

6 Machado, José O., *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*, Bs. As., 1901, T IX, p. 206.

7 Zannoni, Eduardo A., *Manual de derecho de las sucesiones*, 3° ed. actualizada, Ed. Astrea, Bs. As., año 1996, p. 377.

8 Mazzinghi Jorge A., "La partición de la herencia realizada por los ascendientes", [04/04/2023]. Disponible en: <https://estudiomazzinghi.com.ar/publicaciones/la-particion-de-la-herencia-realizada-porlos-ascendientes/>

1. Diferencia entre la donación como acto partitivo y la donación simple

Ya Vélez, en la nota del art. 3514 del CC había resaltado la diferencia de estas donaciones respecto a cualquier acto de disposición gratuita, diciendo: "Este poder limitado a los padres y demás ascendientes, no debe confundirse con la facultad de disponer, a título gratuito, que la ley acuerda bajo ciertos límites a todas las personas capaces. [...] Esta prerrogativa de los padres es ciertamente independiente de la facultad de disponer, pues que ella se aplica aun a la porción de bienes no disponibles. Sería inútil consagrar de nuevo el derecho que pertenece a todo propietario de disponer de sus bienes y repartirlos entre sus legatarios; [...] Como la división que hacen los padres abraza también la legítima de sus hijos, tiene toda la consecuencia de una partición de bienes, y no las que resultarían de una mera división de la propiedad del testador entre sus legatarios, los cuales no estarían obligados a sanearse entre sus respectivos lotes".

Siguiendo esta línea de pensamiento, podemos diferenciarlas en los siguientes aspectos:

- a. Respecto a los sujetos, solamente podrán hacer estas donaciones los ascendientes que tengan descendientes y si es casada, dependiendo de la naturaleza del bien, deberá incluir al cónyuge. Los nietos también pueden ser donatarios en el caso de representación, ocupando el lugar en la sucesión del partidor. Esto no ocurre en las simples donaciones donde el donatario podrá ser un pariente, pero también un tercero.
- b. En cuanto a la garantía de evicción, en la partición por donación los donatarios se deben recíprocamente garantía de los bienes recibidos, pudiendo ejercerse la acción desde que la evicción se produce. En la donación quien responde por evicción es el donante en los casos previstos por los arts. 1556 y 1557.
- c. En relación a la colación, en la partición por donación la obligación del ascendiente es colacionar a la masa el valor de los bienes que anteriormente haya donado y sean susceptibles de colación, es por ello que no está sujeta a colación como sí acontece en las simples donaciones si los coherederos lo demandaran, ya que estas son consideradas adelanto de herencia y se imputan a la legítima.

d. También surge una diferencia respecto de los acreedores ya que en la donación los donatarios no responden por las deudas, salvo que el donante expresamente lo hubiese establecido, mientras que en la partición por donación tienen una responsabilidad limitada frente a los acreedores.

e. En ambas se debe respetar la porción legítima de quienes serían los herederos forzosos.

f. En la partición por donación todos los donatarios deben aceptar la partición, si cualquiera de ellos se negara provocará la nulidad del acto como partición, valiendo para quienes la aceptaran como simples donaciones sujetas a colación.

III. Partición por testamento

La partición por testamento es un acto escrito celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual el ascendiente dispone de sus bienes para después de su muerte entre sus descendientes y cónyuge, respetando la legítima que a cada uno le corresponde conforme lo establece el art. 2445 del CCyC.

Se caracteriza por ser un acto de disposición *mortis causa*, unilateral, por el cual el ascendiente dispone y atribuye a cada heredero los bienes ya divididos en lotes conforme lo considere más conveniente para cada uno de ellos. Es una partición vinculante y obligatoria entre los coherederos en el caso de ser aceptada y los herederos no pueden renunciar a ella para solicitar una nueva, salvo acuerdo unánime.

Como todo testamento puede ser revocado y el testador al conservar la titularidad de los bienes puede enajenarlos sin afectar la validez de la partición, aunque si un heredero hubiese sido omitido o perjudicado y no existieran bienes para compensar tendrá la acción de reducción.

IV. Bienes sobre los que se aplica la partición por ascendiente

La partición por ascendiente puede ser realizada tanto respecto de bienes propios como de gananciales. El art. 2411 del CCyC dice: "[...] Si es casada, la partición de los bienes propios debe incluir al cónyuge que conserva su vocación hereditaria. La partición de los gananciales sólo puede ser efectuada por donación, mediante acto conjunto de los cónyuges". Al comenzar a analizar la norma percibimos que este es un punto generador de situaciones conflictivas en relación a la aplicación del instituto, tal como ocurría durante la vigencia del CC, a pesar de que para algunos autores la situación ha quedado saneada.

1. Regulación en el Código Civil

El CC en el art. 3514 en su parte pertinente disponía que "El padre y madre y los otros ascendientes, pueden hacer, por donación entre vivos o por testamento, la partición anticipada de sus propios bienes entre sus hijos y descendientes...". El artículo transcrito se refiere a los propios bienes del ascendiente, esto llevó a la doctrina a preguntarse si respecto de los gananciales también podría realizar partición anticipada.

Según Azpiri la partición por donación debía ser hecha conforme lo establecía el art. 3514 del CC, pero siempre que no existiera una sociedad conyugal vigente para el ascendiente partidor o, si se encontrara disuelta, no hubiese sido liquidada; caso contrario se aplicaría el art. 3526, el que disponía: "La partición por el ascendiente entre sus descendientes, no puede tener lugar cuando existe o continúa de hecho la sociedad conyugal con el cónyuge vivo o sus herederos"⁹.

Por su parte Zannoni considera que en el caso de que subsistiera la sociedad conyugal el ascendiente no podría hacer donación, ni siquiera de los bienes propios, salvo que fuese por testamento y comprendiera al cónyuge, ya que de lo contrario se lo estaría excluyendo de su derecho a heredar en concurrencia con los descendientes, destacando además que la donación entre cónyuges no estaría permitida durante la subsistencia de la sociedad conyugal conforme al art. 1807 inc. 1° del CC¹⁰.

9 Azpiri, Jorge O., *Manual de derecho sucesorio*, 3° ed. ampliada, Editorial Hammurabi, Bs. As., 1998, 249.

10 Zannoni, ob. cit. p. 380.

Y en el caso de los gananciales ¿se podía partir por donación aquellos bienes cuya administración y disposición perteneciera al cónyuge partidor? En este caso el cónyuge no titular debería dar el asentimiento conyugal, no podría dar el consentimiento por más que los bienes sean gananciales. En ese sentido y apuntando a los efectos de tal asentimiento, considera Zannoni¹¹ que "sus derechos patrimoniales se actualizan solo por la disolución de la sociedad conyugal. Es decir, su participación es eventual en ese momento y de conformidad con las normas de la liquidación". Para este autor, si se admitiera estaríamos en presencia de una renuncia durante el matrimonio a los gananciales y a los derechos sobre ellos, prohibido por el art. 1218 del CC¹².

En este mismo orden, Machado¹³ expresaba: "El artículo autoriza al padre, a la madre y demás ascendientes para elegir estos medios de división, pero cuando se tratare de dividir por donación no podrá tener efecto entre los cónyuges que no pueden celebrar contrato alguno. ¿Quién autorizaría una división por donación que el marido hiciera respecto de su mujer, aunque fuera heredera? Sería completamente nula, porque va contra la prohibición del art. 1807. Por eso el artículo dice claramente: podrían hacer la partición por donación entre vivos, el padre, la madre y demás ascendientes, excluyendo con razón a los cónyuges el uno respecto del otro. Sólo podrá hacerse la partición por testamento".

Con respecto a los bienes gananciales de titularidad de ambos cónyuges, la doctrina mayoritaria consideraba la posibilidad de realizar partición respecto de ellos, pensando que era válida siempre que comprendiera exclusivamente los gananciales y la partición se realizara de manera conjunta.

2. Proyectos de reformas

Los proyectos de reforma del CC le dieron otra redacción a la normativa imperante regulando también el caso de los gananciales. Así, el Proyecto de Código Civil del año 1998, en el Capítulo VIII titulado Partición por ascendientes, el que al igual que el CCyC comprende disposiciones

11 Idem, p. 381.

12 Art. 1218 CC: "Toda convención entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor".

13 Machado, ob. cit., p. 202.

generales aplicables tanto a la partición por donación como por testamento, dispone en su art. 2362: "Personas que pueden efectuarla. La persona que tiene descendientes puede hacer la partición de sus bienes entre ellos por donación o por testamento. Si es casada, la partición de los bienes propios debe incluir al cónyuge que conserva su vocación hereditaria. La de los gananciales sólo puede ser efectuada por donación, mediante acto conjunto de los cónyuges". Como vemos ya no se refiere a "los propios bienes" como lo hacía el CC, sino que también incluye a los gananciales.

Destacamos por los efectos a que pueda dar lugar que, si bien el proyecto establecía la prohibición de contratar, en interés propio o ajeno, según sea el caso, para aquellas personas que estuviesen impedidas para hacerlo conforme a las disposiciones especiales, no pudiendo ser otorgados ni por interpósita persona, al regular sobre inhabilidades especiales no incluyó a los cónyuges y no replicó la prohibición contenida en el art. 1807 inc. 1° de CC.

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, resultado de la misión encomendada por el decreto 191 de fecha 23 de febrero de 2011, reguló sobre la materia en los mismos términos que el Proyecto del año 1998 al que veníamos haciendo referencia.

3. Código Civil y Comercial de la Nación

Continuando con el análisis de la norma que rige respecto de los bienes sobre los que puede recaer la partición por ascendientes, el CCyC recepta en su art. 2411 lo dispuesto por el Proyecto de 1998 replicado en el Proyecto de 2012, aunque al tratar sobre inhabilidades especiales se aparta de los mismos e incluye, en el art. 1002 inc. d), a los cónyuges, bajo el régimen de comunidad. Es decir, la partición por donación o testamento puede incluir tanto bienes propios como gananciales, aunque a fin de aplicar uno u otro modo se deberá tener en cuenta y ver si lo previsto en la norma general respecto a las inhabilidades especiales, la que incluye a los cónyuges que estuviesen bajo el régimen de comunidad de gananciales, quienes no pueden contratar entre sí, tiene sus efectos.

a. Bienes propios

Como consecuencia de la reforma, si el ascendiente es casado respecto de los bienes propios debe incluir en la partición no solo a los descendientes sino también al cónyuge que conserva su vocación hereditaria. En virtud de la prohibición de contratar que tienen los cónyuges, la doctrina discute si encontrándose los mismos bajo el régimen de comunidad de bienes podría realizarse esta partición por donación o solamente se podría recurrir al testamento.

Manifiesta Zannoni que subsistiendo la sociedad conyugal no se permitiría partir los bienes propios, salvo por testamento, comprendiendo al cónyuge para que no quede excluido de su derecho a heredar en concurrencia con los descendientes, no siendo permitida la donación entre cónyuges conforme al art. 1807 inc. 1° del CC¹⁴. Si bien podría decirse que el fundamento dado por Zannoni ya no sería aplicable al no estar contenido en la nueva normativa, no se debe dejar de mencionar que subsiste la prohibición por lo prescripto en el art. 1002 inc. c del CCyC.

En ese sentido, Costanzo y Posteraro Sánchez¹⁵ refiriéndose a la redacción del art. 2411 opinaron: “[...] parece haber olvidado el art. 1002 inc. c, que determina la prohibición de contratar entre cónyuges, siempre que exista el régimen de comunidad de bienes. En consecuencia, consideramos que, respecto de los bienes propios, solamente podrá otorgarse partición por donación del ascendiente casado si los cónyuges han optado por el régimen de separación de bienes previsto en los arts. 505 a 508”.

Para otros autores, reconociendo la prohibición genérica de contratar, consideran que estaríamos en un caso de excepción en el que la norma no indaga en qué régimen matrimonial patrimonial se encuentra el cónyuge que divide los bienes.

En este sentido, se ha dicho que “[...] la partición por donación entre cónyuges durante el régimen de comunidad es posible, si se trata de bienes propios, por ser una norma especial que la habilita, al no limitarse a la partición por testamento. [...] Es decir, que este contrato es uno de los

14 Zannoni, ob. cit., p. 380.

15 Costanzo, Mariano y Posteraro Sánchez, Leandro N., *Código Civil y Comercial de la Nación...* Clusellas, Eduardo Gabriel (coord.), T 8, Ed. Astrea-FEN, Bs. As., 2015.

pocos admitidos dentro del régimen de comunidad, como también lo es el mandato y la constitución de sociedades”¹⁶.

De igual modo se pronuncia Medina¹⁷ diciendo: “Este es un punto particular que ha venido a sanear una situación conflictiva que se generaba por la aplicación de este instituto en la anterior redacción. No existía la posibilidad de disponer de los bienes propios por partición por donación, ya que existía un impedimento legal de donar entre esposos (art. 1807, inc. 1º CC) y, en consecuencia, para la disposición de los bienes propios debía recurrir solo al supuesto de partición por testamento que consagraba el art. 3527, con la obligación de incluir al cónyuge supérstite”.

Ante este estado de incerteza proveniente de la incongruencia normativa, Córdoba manifiesta que es posible que los sujetos del derecho decidan abstenerse del uso de esta modalidad al no poder prever la consecuencia del acto¹⁸.

Creemos que si bien el art. 2411 no hace distinción en cuanto a la calificación del régimen matrimonial patrimonial optado por los cónyuges, los principios generales que rigen la administración y disposición de sus bienes y la capacidad de contratación que les atribuye la ley son elementos esenciales, pero no suficientes para determinar el alcance de su aplicación. Solemos justificar la aplicación de normas contradictorias por su carácter de normas generales o especiales. No desconocemos que el art. 2411 fue redactado sin tener en cuenta la prohibición de contratación entre cónyuges, prohibición no prevista por los proyectos que apuntalaron la reforma.

A lo largo del tiempo, se dieron distintos fundamentos para sostener la prohibición de los contratos entre cónyuges, así se dijo que con ella se evitan conflictos patrimoniales que puedan afectar la unión familiar, o así evitar el fraude a los acreedores cambiando el carácter de los bienes, o evitar la violación del régimen de separación de masas gananciales y propias. Sin embargo, la aplicación del instituto no afectaría el derecho

16 Ferrer, Francisco A. M., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Alterini, Jorge H. (dir.) Alterini, Ignacio (coord.), La Ley, 3º ed. actualizada y aumentada, T XI, p. 529.

17 Medina, Graciela en Bueres, Alberto (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, T 5, Ed. Hammurabi, 2017, p. 404 y sig.

18 Córdoba, Marcos M., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.), T X, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, p. 786.

de los descendientes, acreedores o cónyuges. El cónyuge no titular respecto de los bienes propios es heredero junto con los descendientes. El ascendiente tiene la obligación de respetar la legítima por lo que no se produciría perjuicio a los descendientes. Los acreedores tendrán resguardados sus derechos al establecerse la responsabilidad de los donatarios respecto de las obligaciones contraídas con anterioridad al acto dispositivo por el ascendiente, haciendo presente, además, que los cónyuges podrían optar por el régimen de separación de bienes y cambiar por su propia voluntad el carácter de los mismos.

Es por lo expresado que consideramos que el art. 2411 incluye, en su segundo apartado, tanto la disposición mediante partición por donación como por testamento cualquiera sea el régimen matrimonial patrimonial de los cónyuges.

b. Bienes gananciales

En el caso de bienes gananciales, conforme lo expresa la tercera parte del art. 2411, solo podrá realizarse por donación, y ello guardaría relación con lo establecido en el art. 2455, el que expresamente dispone que no es válido el testamento otorgado conjuntamente por dos o más personas. A pesar de lo manifestado consideramos posible la partición por testamento incluyendo bienes gananciales, tema que abordaremos más adelante.

Se debe diferenciar el caso en que la titularidad del bien corresponda a uno de los cónyuges de aquel en que la titularidad sea conjunta. En este último caso, hay acuerdo en la doctrina en que ambos cónyuges procederán a partir por donación entre sus descendientes de manera conjunta. Pero en el caso de que sea de titularidad de uno de ellos: ¿basta para estar inmerso en la norma con el asentimiento del cónyuge no titular?

Lamber¹⁹ expresa: "Desde la óptica de los bienes del matrimonio la solución es que el cónyuge no titular debe prestar asentimiento, permitiendo de ese modo la exclusión de este bien que se transmite a terceros (des-

19 Lamber, Néstor Daniel, "Contratos entre cónyuges", [01/04/2023]. Disponible en: <http://www.academianotariado.org.ar/publicaciones.php?accion=SEARCH&buscar=&tipo=SEMINARIOS&autor=Lamber&titulo=&tema=>

cendientes en el caso) de la comunidad de gananciales, o consintiendo en la disposición conjunta en caso del supuesto del art. 471 CCyC".

Sin embargo, para otros autores, no basta con el asentimiento del otro cónyuge para la donación porque su derecho a participar en la mitad de los bienes gananciales es en el momento de la disolución de la comunidad y no puede ser afectado por el acto de la partición a favor de los descendientes.

Siguiendo con el pensamiento de Lamber, prestar el asentimiento conyugal no es codisponer, sólo va a disponer quien es el titular del bien. Mediante el asentimiento conyugal "se pretende asegurar el respectivo control de ciertos negocios realizados durante la vigencia de la comunidad, que pueden afectar los derechos eventuales sobre los gananciales de titularidad del cónyuge que la ley confiere, los que se actualizarán al momento de la disolución de la comunidad"²⁰. Dicho esto, el cónyuge que prestó el asentimiento conyugal no va a poder reclamar la parte de gananciales que le hubiese correspondido al extinguirse y liquidarse la comunidad.

Para Llorens la intervención del cónyuge no titular para permitir la inclusión de determinado bien en la partición por donación implica, dentro del régimen de comunidad, un acto de codisposición con el titular, no porque ambos dispongan del derecho real porque resulta obvio que quien transmite el derecho real es únicamente el titular. Sostiene que su fundamento se basa en el hecho de que es innegable que el cónyuge no titular también realiza un acto dispositivo, al permitir que el bien donado sea excluido de la eventual liquidación de la sociedad conyugal luego de su disolución por muerte de alguno de los cónyuges, por divorcio o por cambio de régimen, sin que se incluya bien alguno en su reemplazo²¹.

Es por lo expuesto, que consideramos que cuando el artículo se refiere a "acto conjunto de los cónyuges", incluye tanto al bien ganancial de titularidad de ambos cónyuges, quienes van a codisponer, como aquel en que la titularidad recae sólo en uno de ellos, siempre que el otro preste el asentimiento conyugal con la finalidad de donar para partir.

20 Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lloveras, Nora, *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial*, T I, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, p. 645.

21 Llorens, Luis Rogelio, "Pactos sobre herencias futuras", *Revista Notarial* 983, 2017, p. 49.

c. Partición por testamento de los bienes gananciales

Del art. 2411 surge que el testador no podría partir los bienes gananciales por testamento. Ello basado como ya se ha dicho, en la prohibición de testar de manera conjunta y además por el principio de que nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso que el que tiene.

En tanto no se efectúe la liquidación y división de los bienes que forman parte de la comunidad de gananciales, estos permanecerán proindivisos entre ambos cónyuges, y en el caso de que uno de ellos hubiese fallecido, seguirán en esa situación de manera conjunta con los herederos del premuerto. Mientras dure el estado de indivisión no hay bienes propios. Toda disposición de dichos bienes implica disponer de un derecho ajeno.

El acto particional contenido en el testamento sería ineficaz porque estaría afectando el derecho del cónyuge vivo debiéndose realizar una nueva partición de los bienes que correspondan al testador, deducida la parte ganancial que le correspondiera a aquel.

A pesar de lo dicho, los efectos expresados no se producirían y la partición sería plenamente válida, si, como lo expresa Lamber²² "[...] el testador ha resuelto la adjudicación por partición por testamento de un bien ganancial de su titularidad a uno de los descendientes, y en vida del testador se extingue la comunidad de gananciales y se le adjudica al testador, ninguna observación habrá a la cláusula porque al momento del fallecimiento será un bien personal del testador. A la misma solución debe arribarse en cuanto a la validez de la cláusula en el testamento, si el cónyuge supérstite confirma ese modo de adjudicar por partición de la indivisión poscomunitaria del bien causada en el fallecimiento de testador".

En consecuencia, debe considerarse válida la cláusula testamentaria que incluya una partición de bienes gananciales, si a la muerte del testador éste ya era titular por haberlo adquirido en vida por extinción de la comunidad de gananciales, o si como consecuencia de la partición poscomunitaria el cónyuge supérstite confirma la partición realizada por el testador, por ejemplo, mediante la cesión de sus gananciales.

22 Lamber, Néstor D., "Partición por ascendientes en la programación sucesoria", DFyP 2018 (octubre), 74. Cita: TR LALEY AR/DOC/1390/2018, p. 3.

V. Bibliografía

- Azpiri, Jorge O. *Manual de derecho sucesorio*, 3° Ed. ampliada, Editorial Hammurabi, Bs. As., 1998.
- Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, T. I, Editorial Perrot, Bs. As., 1970.
- Capparelli, Julio C. *Partición por los ascendientes*, RCCyC (septiembre-octubre) 177. Cita: TR LALEY AR/DOC/2333/2022.
- Capparelli, Julio C. *Un raro caso de partición anticipada de herencia por donación*, La Ley 04/12/2018, 7 - LA LEY 2018-F, 280 - RCCyC 2018 (diciembre), 69 Cita: TR LALEY AR/DOC/2495/2018.
- Costanzo, Mariano y Posteraro Sánchez, Leandro N. *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, Clusellas, Eduardo Gabriel (coord.), T. 8, Astrea, Bs. As., 2015.
- Córdoba, Marcos M. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.), T. X, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015.
- Ferrer, Francisco A. M. *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*. Alterini, Jorge H (dir.); Alterini, Ignacio (coord.), La Ley, 3° Ed. actualizada y aumentada, T. XI.
- Hernández Carlos A. - Iglesias, Mariana B. "Los pactos sobre herencia futura como herramienta de planificación sucesoria (con especial referencia al pacto de familia del art. 1010)", *Derecho comercial y de las obligaciones*, Edición Especial Abeledo Perrot N° 272, mayo/junio 2015.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lloveras, Nora. *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial*, T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.
- Lamber, Néstor Daniel. "Contratos entre cónyuges", [01/04/2023]. Disponible en: <http://www.academianotariado.org.ar/publicaciones.php?accion=SEARCH&buscar=&tipo=SEMINARIOS&autor=Lamber&titulo=&tema=>
- Lamber, Néstor D. "Partición por ascendientes en la programación sucesoria", *DFyP* 2018 (octubre), 74. Cita: TR LALEY AR/DOC/1390/2018.
- Llorens, Luis Rogelio. "Pactos sobre herencias futuras", *Revista Notarial* 983, 2017.
- Machado, José O. *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*, Bs. As., t. IX, 1901.
- Mazzinghi Jorge A. "La partición de la herencia realizada por los ascendientes", [04/04/2023]. Disponible en: <https://estudiomazzinghi.com.ar/publicaciones/laparticion-de-la-herencia-realizada-por-los-ascendientes/>
- Medina, Graciela en Bueres, Alberto (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, T. 5, Ed. Hammurabi, 2017.
- Mourelle de Tamborenea, María Cristina. "Partición por los ascendientes. Partición por

donación y partición por testamento: dos institutos de poco uso", DFyP 2016 (abril), 122. Cita: TR LALEY AR/DOC/650/2016.

Ventura, Gabriel B. "Actos dispositivos en las comunidades de bienes", p. 13. [28/01/2022]. Disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/09/Actosdispositivoscombienes.pdf>

Zannoni, Eduardo A. *Manual de derecho de las sucesiones*, 3° ed. actualizada, Ed. Astrea, Bs. As., 1996.

Técnica y práctica notarial





Acceda al abstract
en video

Aspectos prácticos de la ratificación y la confirmación como mecanismos subsana torios de la invalidez negocial

Martín Leandro Russo

Sumario: 1. Introducción. 2. Los medios de subsanación. 3. Ratificación. 3.1. Definición. 3.2. Efectos. 3.3. Tiempo de la ratificación. 3.4. Manifestación de la ratificación. 3.5. Escritura de ratificación. 4. Confirmación. 4.1. Definición. 4.2. Comparación con la ratificación. 4.3. Manifestación de la confirmación. 4.4. Efectos. 4.5. Técnica documental. 4.6. Escritura de confirmación. 5. Inexactitudes registrales derivadas de actos nulos y su incidencia en la ratificación y en la confirmación.

1. Introducción

Un acto es eficaz cuando opera como tal en el sistema, mientras que es ineficaz cuando no alcanza esos objetivos¹. Señala Cifuentes al respecto que la ineficacia es un concepto genérico abarcador de diversas situaciones que, en caso de configurarse, hacen que los actos carezcan de vigor, fuerza o eficiencia para lograr sus efectos propios².

El art. 382 del Código Civil y Comercial de la Nación abarca dos causales de ineficacia estableciendo al respecto que "los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas".

Las causales de nulidad son ponderables en el momento en que el negocio surge o debe tomar vigor, mientras que la inoponibilidad deviene por motivos acaecidos sobre el negocio concluido y perfecto.

El acto inoponible es válido y eficaz en general, pero deviene ineficaz ante ciertos terceros (por ejemplo, el caso del fraude).

La nulidad afecta la validez, eficacia y perfección del acto, por patologías que recaen sobre alguno de sus elementos esenciales o sobre sus presupuestos de validez.

Los elementos esenciales son aquellos que hacen a la estructura del acto (sujeto, objeto y causa). La capacidad y legitimación de los otorgantes, en cambio, no son elementos esenciales, sino que son presupuestos de validez y como tales extrínsecos al negocio.

A su vez, existen elementos esenciales propios de cada acto sin los cuales éste no existiría como tal (por ejemplo, el precio en una compraventa).

En este punto, deben diferenciarse los elementos esenciales de los elementos naturales y accidentales. Los elementos naturales existen normalmente, pero nada impide que las partes los eliminen (por ejemplo, la garantía de evicción). Los elementos accidentales, aparecen en el acto sólo si las partes los agregan (por ejemplo, la condición, plazo y el cargo)³.

1 Alterini, Jorge H.; Corna, Pablo M.; Angelani, Elsa B. y Vázquez, Gabriela, A., *Teoría general de las ineficacias*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

2 Cifuentes, Santos, *Negocio Jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986.

3 Abella, Adriana N.; Regis, Ariel, en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, Clusellas, Eduardo G. (coord.), Astrea-FEN, 2015, T 1.

La nulidad conlleva una causal de ineficacia estructural, en tanto atiende a la fase de celebración del negocio (está alojada en el mismo negocio), incidiendo de manera originaria sobre sus efectos y obstaculizando, por lo tanto, la idónea formación del mismo.

De forma tal que el negocio no es idóneo como fuente de constitución, modificación o extinción de la relación jurídica, es decir, aquella que, mediante su celebración, se pretendía constituir, modificar o extinguir⁴.

Su consecuencia es la no producción de los efectos propios o típicos del acto; pero esta frustración, sin embargo, no impide otros efectos (por ejemplo, aquellos relativos a las prestaciones principales o a los frutos, por mencionar algunos casos)⁵.

En determinadas circunstancias el acto es ineficaz entre quienes lo otorgaron, pero resulta eficaz ante ciertos terceros, como el caso del subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso (art. 392 CCyC).

Asimismo, la nulidad puede ser absoluta o relativa, total o parcial⁶.

La nulidad absoluta es aquella que se ha establecido para proteger el orden social, intereses generales o colectivos⁷. El acto viciado no puede confirmarse, ni es prescriptible. El derecho se adquirirá por vía de otra causa de adquisición: la prescripción larga.

4 Zannoni, Eduardo, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1986.

5 Depetris, Carlos; Wagner, Claudia, *Tratado de Derecho Civil: parte general*, Saux, Edgardo I. (dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, T III.

6 Art. 387 CCyC: Nulidad absoluta. Consecuencias. La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun 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 ni por la prescripción. Art. 388 CCyC: Nulidad relativa. Consecuencias. La nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla 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. Art. 389 CCyC: Principio. Integración. Nulidad total es la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones. 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. En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes.

7 Carminio Castagno, José Carlos, "Algo más sobre los actos nulos y anulables", Revista del Notariado 854.

La nulidad relativa, en cambio, se funda en razón de proteger un interés particular y solamente puede ejercerla la parte a cuyo favor se ha establecido; siendo por lo tanto el acto viciado confirmable y la acción prescriptible⁸. Si el vicio radica en la falta de legitimación o capacidad de alguno de los otorgantes, y quien pretende adquirir el derecho ostenta buena fe y posesión por el tiempo señalado por ley (que en caso de inmuebles debe ser ostensible y continua por el plazo de diez años) adquiere por otra causa distinta al acto viciado que es la prescripción breve por los efectos del justo título (arts. 1898, 1902, 1918 y 1919 CCyC)⁹.

El Código Civil y Comercial de la Nación, no precisa los actos alcanzados por una u otra categoría, por lo tanto, esta ubicación queda librada a apreciación teniendo en cuenta el interés comprometido en cada caso, sea este público o privado¹⁰.

La nulidad, sea absoluta o relativa, requiere de forma necesaria ser declarada por los jueces, por ello, cualquiera sea el vicio de que adolezca el acto, se requiere en primer lugar de un sujeto legitimado para articularla (por vía de acción o excepción) y que un juez la declare como tal, y solo a partir de ese momento vamos a estar ante una nulidad (art. 383 CCyC)¹¹.

Se ha sostenido con razón la perdurabilidad del vocablo invalidez, como referencia genérica a las distintas manifestaciones de la nulidad, absoluta o relativa, total o parcial¹².

8 Cifuentes, Santos, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado anotado y concordado*, Belluscio, Augusto C. (dir.) - Zannoni (coord.), comentario al art. 1048 del CC, 1982, T 4. Rivera, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil: parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, T II.

9 Guardiola, Juan J.; Urbaneja, Marcelo E., "Supuestos de justo título y la transmisión con sustitución de personas", ponencia presentada en la Comisión 6 (Derechos Reales) en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 2019.

10 Moisset de Espanés, Luis, "La nulidad absoluta y su declaración de oficio", J.A. 1980-II-164. Zannoni, Eduardo, op. cit. Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil: parte general*, Abeledo Perrot, 24º Edición actualizada por Patricio J. Raffo Benegas, 2012, T II.

11 Depetris, Carlos; Wagner, Claudia, *Tratado de Derecho Civil: parte general*, op. cit.

12 Alterini, Jorge. H. y Alterini, Ignacio E., en *Código Civil y Comercial comentado: tratado exegético*, Jorge Horacio Alterini (dir.); Ignacio Alterini (dir.), La Ley, 2015, T II.

2. Los medios de subsanación

Los medios de subsanación constituyen caminos que llevan a que el acto ineficaz quede saneado, es decir, que adquiera eficacia, removiendo la causal que daba lugar a instar su invalidez ya sea en el plano negocial o documental, debiendo diferenciar acto instrumental de acto instrumentado¹³.

El saneamiento puede provenir de la ley, de una declaración en sede judicial o realizarse en el ámbito notarial.

Debe distinguirse asimismo entre saneamientos directos e indirectos. Son directos, aquellos que actúan sobre el acto que adolece de vicios que puedan dar lugar a una declaración de nulidad relativa del mismo, ya sea en su estructura o en su funcionamiento; dentro de esta categoría encontramos los institutos de la conversión, la ratificación y la confirmación. Los indirectos, en cambio, no subsanan el defecto de que adolece el acto, sino que la causa de adquisición se produce por efecto de un acto distinto; como el caso de la prescripción adquisitiva, el reotorgamiento del acto, la ley y la cosa juzgada¹⁴.

Dentro de las diversas formas de sanear un acto, la ratificación y la confirmación presentan particular relevancia, ya que representan mecanismos útiles a los que puede acudir en sede notarial cuando se pretende sanear un acto, a efectos de poder conservar la iniciativa negocial de las partes¹⁵.

Por lo tanto, se abordarán a continuación diversas cuestiones vinculadas al uso de ambas figuras, con la finalidad de aclarar ciertos aspectos que puedan resultar confusos al momento de la redacción documental.

13 Moisset de Espanés, Luis y Márquez, José F., "Nulidad de escrituras públicas. Responsabilidad del escribano", *Revista del Notariado* 897, 112, 2009.

14 Alterini, Jorge H.; Corna, Pablo M.; Angelani, Elsa B. y Vázquez, Gabriela, A., *Teoría general de las ineficacias*, La Ley, 2000. Tranchini, Marcela H.; Bordenave, Cecilia, *Tratado de Derecho Notarial*, Astrea, 2021, T 2. Tranchini, Marcela H., "Ratificación y confirmación con motivo de la subsanación de escrituras públicas", *Cuaderno de apuntes notariales* N° 200, FEN, 2021.

15 Para el caso de la invalidez documental se remite a la lectura del trabajo de Marcelo E. Urbaneja, "Derivaciones prácticas de la llamada invalidez formal de las escrituras públicas", publicado en el *Cuaderno de apuntes notariales* N° 200, FEN, 2021.

3.- Ratificación

3.1. Definición

La representación abarca toda forma de actuación en nombre de otro, por la cual un sujeto (representante) actúa en la esfera jurídica de otro (representado).

El ejercicio de la representación exige asimismo su invocación. Señala al respecto Urbaneja¹⁶ con criterio razonable que, el supuesto representante debe invocar tal carácter en el negocio originario, por cuanto no puede aprobar el acto aquel que no fuera indicado por alguna de las partes, ya que, de lo contrario, se afectaría a éstas sin su intervención¹⁷.

En efecto, la sola existencia del poder no es suficiente por sí misma para hacer presumir que el acto haya sido realizado por el representante revistiendo esa calidad.

Se ha definido la ratificación¹⁸ como un modo de saneamiento en el que por un nuevo acto se subsana el defecto de un negocio celebrado por quien intervino con falta o insuficiencia de poder¹⁹, o porque quien obró lo hizo por sí, prescindiendo del legitimado²⁰.

En el ámbito de la representación voluntaria, el art. 369 del Código Civil y Comercial establece que: "La ratificación suple el defecto de represen-

16 Urbaneja, Marcelo E., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado*, López Mesa, Marcelo J. y Barreira Delfino, Eduardo (dir.), op. cit.

17 Art. 1021 CCyC: Regla general. El contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley. Art. 1022 CCyC: Situación de los terceros. El contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros, ni los terceros tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han convenido, excepto disposición legal.

18 Alterini, Jorge H.; Corna, Pablo M.; Angelani, Elsa B. y Vázquez, Gabriela, A., *Teoría general de las ineficacias*, op. cit. Urbaneja, Marcelo E., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado*, López Mesa, Marcelo J. y Barreira Delfino, Eduardo (dir.), Hammurabi, 2020, T 4-B. Tranchini, Marcela H.; Bordenave, Cecilia, *Tratado de Derecho Notarial*, op. cit. Tranchini, Marcela H. "Ratificación y confirmación con motivo de la subsanación de escrituras públicas", op. cit.

19 Art. 1025 CCyC: Quien contrata a nombre de un tercero sólo lo obliga si ejerce su representación. A falta de representación suficiente el contrato es ineficaz. La ratificación expresa o tácita del tercero suple la falta de representación; la ejecución implica ratificación tácita.

20 Art. 1789 CCyC. Ratificación. El dueño del negocio queda obligado frente a los terceros por los actos cumplidos en su nombre, si ratifica la gestión, si asume las obligaciones del gestor o si la gestión es útilmente conducida.

tación. Luego de la ratificación, la actuación se da por autorizada, con efecto retroactivo al día del acto, pero es inoponible a terceros que hayan adquirido derechos con anterioridad”.

La ratificación constituye el acto jurídico unilateral y recepticio, mediante el cual el *dominus* asume los efectos del negocio concluido en su nombre por quien invocó ser su representante, sin serlo o porque la representación invocada es insuficiente o el apoderado se ha excedido en las facultades conferidas.

Asimismo, cabe destacar que la ratificación resulta de aplicación subsidiaria a los distintos tipos de representación reconocidos por la ley en el ámbito del Derecho privado²¹.

Son sus destinatarios: i) quien invocó una representación sin serlo o el poder carecía de facultades para el acto y ii) el tercero contratante, que es con quien va a quedar vinculado definitivamente el ratificante²².

No obstante, dado que el acto produce sus efectos a partir de su otorgamiento, no es requisito indispensable su notificación a quienes intervinieron en el negocio ratificado.

En algunas ocasiones, suele utilizarse en la redacción escrituraria el término ratificación de forma inadecuada. Así, correctamente se ha sostenido que las partes de un acto no ratifican ni confirman nada, sino que otorgan lo que van a firmar; por lo tanto, una correcta técnica de redacción supone la no utilización de fórmulas del tipo “Leo a los comparecientes, quienes se ratifican de su contenido y la firman de conformidad...” o bien “Leída y ratificada, firman de conformidad, ante mí, doy fe”²³.

3.2. Efectos

Luego de la ratificación, el acto viciado se da por autorizado o consentido, con efecto retroactivo a la fecha de su otorgamiento (no a la fecha de la ratificación).

21 Art. 358 del CCyC: (...) La representación es voluntaria cuando resulta de un acto jurídico, es legal cuando resulta de una regla de derecho, y es orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica. En las relaciones de familia la representación se rige, en subsidio, por las disposiciones de este Capítulo.

22 Alterini, Jorge. H. y Alterini, Ignacio, op. cit.

23 Garrone, Índex C., “La ratificación y la confirmación en la terminología jurídico-notarial”, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, Revista Notarial 1984, 1 N° 47.

Su fin inmediato es el de conferirle al acto jurídico viciado la legitimación de la que carecía, produciendo en consecuencia su saneamiento²⁴.

Sin embargo, su efecto retroactivo no puede perjudicar los derechos adquiridos por terceros antes del acto de ratificación²⁵, siendo inoponible a éstos.

La falta o deficiencia en la representación configura un supuesto de falta de legitimación, mientras la ratificación no se produzca, el acto es ineficaz (art. 1025 CCyC).

Asimismo, determina el art. 376 que quien actúa como representante de otro sin serlo, o en exceso de las facultades conferidas por el representado, "es responsable del daño que la otra parte sufra por haber confiado, sin culpa suya, en la validez del acto; si hace saber al tercero la falta o deficiencia de su poder, está exento de dicha responsabilidad".

3.3. Tiempo de la ratificación

En cuanto al momento de efectuarla, el art. 370 del Código dispone que la ratificación puede hacerse en cualquier tiempo, indicando luego que los interesados podrán requerirla, fijando un plazo para ello que no puede exceder de quince días, en tanto que, si la ratificación depende de la autoridad administrativa o judicial, el término se extiende a tres meses. Son interesados el apoderado y/o quien hubiera contratado con éste o sus sucesores por actos entre vivos o *mortis causa*²⁶.

Si el requerido no ratifica lo obrado por el supuesto representante, su silencio no es considerado como una manifestación de voluntad, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse (art. 263 CCyC).

24 Alterini, Jorge H.; Corna, Pablo M.; Angelani, Elsa B. y Vázquez, Gabriela, A., *Teoría general de las ineficacias*, op. cit. Tranchini, Marcela H.; Bordenave, Cecilia, *Tratado de Derecho Notarial*, op. cit. Tranchini, Marcela H., *Ratificación y confirmación con motivo de la subsanación de escrituras públicas*, op. cit.

25 Tranchini, Marcela H.; Bordenave, Cecilia, *Tratado de Derecho Notarial*, op. cit. Tranchini, Marcela H., *Ratificación y confirmación con motivo de la subsanación de escrituras públicas*, op. cit. Urbaneja, Marcelo E., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado*, López Mesa, Marcelo J. y Barreira Delfino, Eduardo (dir.), op. cit.

26 Urbaneja, Marcelo E., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado*, López Mesa, Marcelo J. y Barreira Delfino, Eduardo (dir.), op. cit.

3.4. Manifestación de la ratificación

El art. 371 del Código Civil y Comercial de la Nación se refiere a la manera en que puede exteriorizarse la ratificación, estableciendo al respecto que: "La ratificación resulta de cualquier manifestación expresa o de cualquier acto o comportamiento concluyente que necesariamente importe una aprobación de lo que haya hecho el que invoca la representación".

Puede observarse que la norma no indica una forma determinada para la ratificación, indicando que la misma puede ser expresa o tácita.

Cuando la ratificación es expresa, el instrumento a otorgar deberá reunir la forma exigida para el acto que se pretende sanear (art. 1017, inc. c CCyC), tal como sucede en el ámbito de la confirmación (art. 394 CCyC).

Si bien la ratificación puede ser tácita²⁷, el art. 371 exige un comportamiento concluyente del legitimado, del que necesariamente se infiera la aprobación del acto, es decir, mediante la realización de actos concluyentes que entrañen una inequívoca aceptación de lo hecho por el representante²⁸ (por ejemplo, el aprovechamiento por el *dominus* de los efectos del acto realizado por el gestor sin poder²⁹).

3.5. Escritura de ratificación

Se advierte en una compraventa inmobiliaria que el representante de la parte vendedora intervino en base a un poder general que carecía de facultades para el acto celebrado. Observada tal circunstancia, se procede a la ratificación del negocio viciado.

ESCRITURA NÚMERO... RATIFICACIÓN. ... COMPARECE y EXPRESA: PRIMERO: Que por escritura de fecha... pasada ante el notario... del partido de..., al folio ..., del registro... a su cargo, el señor..., invocando su

27 Art. 264 CCyC: Manifestación tácita de voluntad. La manifestación tácita de la voluntad resulta de los actos por los cuales se la puede conocer con certidumbre. Carece de eficacia cuando la ley o la convención exigen una manifestación expresa.

28 Álvarez Juliá, Luis y Sobrino Reig, Ezequiel, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina, La Ley, Buenos Aires, 2014, T I.

29 Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos de Derecho Civil I. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1990, Vol. III.

representación a mérito del poder general que se relacionará, vendió a... el inmueble ubicado en la ciudad y partido de..., designado en su título antecedente como lote... de la manzana..., con las siguientes medidas, linderos y superficie:... Nomenclatura catastral:... La citada escritura, en primer testimonio, se inscribió en el Registro de la Propiedad con fecha... en la Matrícula... del Partido de... SEGUNDO: Que el poder general con el que el señor... acreditó su representación fue otorgado por escritura..., de fecha..., pasada ante el notario..., al folio... del registro... a su cargo. TERCERO: Que del texto del poder relacionado no surgen facultades suficientes para el acto otorgado por el representante. CUARTO: En consecuencia, el señor... RATIFICA el acto otorgado por el señor..., por cuanto es su voluntad dotar de validez y eficacia al negocio celebrado en su integridad. QUINTO: El compareciente toma a su cargo la notificación de la presente al escribano autorizante de la escritura de compraventa ratificada a los fines de otorgar suficiente publicidad cartular al presente otorgamiento. LEO al compareciente, quien firma ante mí, doy fe³⁰.

4. Confirmación

4.1. Definición

El art. 393 del Código Civil y Comercial de la Nación 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".

La confirmación importa un acto jurídico de carácter unilateral recepticio, destinado a convalidar el otro anterior nulo, debiendo ser otorgado por aquél a quien le corresponde el derecho a pedir la nulidad relativa del acto.

30 Véase también: Falbo, Marcelo. "Subsanación de documentos notariales que padecen patologías formales o sustanciales", Revista del Notariado, cita online <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/52540.pdf>. Tranchini, Marcela H.; Bordenave, Cecilia, *Tratado de Derecho Notarial*, op. cit. Tranchini, Marcela H., "Ratificación y confirmación con motivo de la subsanación de escrituras públicas", op. cit.

Tal como lo prevé el art. 388, sólo pueden confirmarse aquellos actos que se vieran afectados por un vicio de nulidad relativa, en cuanto compromete intereses de los particulares. La nulidad absoluta, por afectar intereses generales, resulta inconfirmable.

El fin inmediato de la confirmación radica en sanear la declaración propia que adolece de un vicio que puede dar lugar a la invalidez del negocio, quedando en consecuencia legitimada para su otorgamiento quien podía requerir la declaración de nulidad del acto, porque la nulidad ha sido establecida en su interés.

4.2. Comparación con la ratificación

Al igual que la ratificación, la confirmación es otra forma de saneamiento de los actos jurídicos, mediante la cual quien estaba legitimado para instar la acción de nulidad renuncia a la misma, resultando el negocio viciado plenamente válido.

Asimismo, para ambos casos, estos efectos subsanatorios poseen efecto retroactivo a la fecha de otorgamiento de acto que adolecía de defectos.

En la confirmación, la causal de invalidez relativa puede provenir de cualquier vicio del acto. En cambio, en la ratificación, la causa de invalidez del acto a subsanar refiere a la falta o insuficiencia en la representación³¹.

La ratificación conlleva la aceptación como propio de un acto realizado por quien invocó una representación de la que carecía o no era suficiente, mientras que, en la confirmación, el acto fue otorgado por el sujeto a título personal o por su apoderado en el límite de su representación, pero el acto queda sujeto a una eventual acción de nulidad relativa.

Por último, debe destacarse que la ratificación es siempre un acto jurídico unilateral y la misma naturaleza se le atribuye a la confirmación. Sin embargo, en el caso de la confirmación deben distinguirse dos supuestos: i) si todas las partes están legitimadas para deducir la acción de nulidad relativa, se requiere la concurrencia de la manifestación de voluntad de éstas para que se produzcan los efectos propios de la confirmación, ya que si el acto confirmatorio es otorgado por una sola, la restante parte

31 Garrone, Índex C., "La ratificación y la confirmación en la terminología jurídico-notarial", Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, Revista Notarial 1984, 1 N° 47.

mantendría la acción que le compete; ii) si fueran varias las personas que integran una parte y todas las personas que conforman este centro único de interés están legitimadas para interponer la acción, no alcanza la declaración de una sola de ellas para confirmar el acto³².

4.3. Manifestación de la confirmación

La confirmación puede ser expresa o tácita, siendo necesario para uno u otro caso que haya cesado la incapacidad o vicio que provocó la nulidad (así, por ejemplo, el menor no puede confirmar hasta cumplir los 18 años de edad)³³.

En la confirmación expresa el interesado declara por escrito su voluntad de confirmar el acto.

La confirmación tácita puede resultar del cumplimiento total o parcial del acto nulo, realizado con conocimiento de la nulidad, y otra que deriva de la voluntad inequívoca de sanear el vicio del acto (art. 394 del CCyC). Por ejemplo, el menor de edad que adquirió un inmueble lo enajena una vez alcanzada la mayoría de edad.

La confirmación expresa debe satisfacer el cumplimiento de ciertos requisitos específicos establecidos expresamente en el art. 394; asimismo, el instrumento en que la misma se otorgue debe reunir las formas del exigidas para el acto que se sana.

En este caso, la forma debe ser la misma que la ley impone al acto que se quiere confirmar. Si se trata de un acto formal la inobservancia de la forma importa la nulidad del acto de confirmación, pero si el acto que se confirma no es formal, tampoco lo es la respectiva confirmación, pudiendo esta acreditarse por cualquier medio de prueba³⁴.

En cambio, si el acto no tiene forma impuesta, la confirmación puede hacerse por cualquier clase de instrumento³⁵.

32 Cifuentes, Santos, *Negocio jurídico*, Astrea, 2004.

33 Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, T II.

34 Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, T II.

35 Tranchini, Marcela H.; Bordenave, Cecilia, *Tratado de Derecho Notarial*, op. cit. Tranchini, Marcela H. "Ratificación y confirmación con motivo de la subsanación de escrituras públicas", op. cit.

4.4. Efectos

Dispone el art. 395 del Código que “La confirmación del acto entre vivos originalmente nulo tiene efecto retroactivo a la fecha en que se celebró. La confirmación de disposiciones de última voluntad opera desde la muerte del causante. La retroactividad de la confirmación no perjudica los derechos de terceros de buena fe”.

La confirmación hace cesar la impugnabilidad a la que estaba sometida el acto defectuoso, quien confirma el acto, en consecuencia, renuncia a tal posibilidad.

La norma señala que, si se trata de un acto entre vivos, la confirmación tiene efecto retroactivo desde su celebración y al igual que sucede para el caso de la ratificación, esta retroactividad no puede perjudicar derechos adquiridos por terceros, ello en pos de la seguridad en el tráfico negocial.

Confirmado el acto entre partes, se entiende que el mismo fue válido desde el comienzo³⁶. Ello es aplicable asimismo a los sucesores universales de las partes del acto confirmado, quienes ocupan la posición del causante como sus continuadores³⁷.

Para el caso de la confirmación de disposiciones de última voluntad, esta producirá efectos a partir de la muerte del disponente. No hay retroactividad, sino postergación de los efectos hasta el fallecimiento del testador, lo que resulta propio de todos los actos de última voluntad³⁸.

Quedan a salvo los derechos terceros de las consecuencias devenidas de la retroactividad, comprendiendo a aquellos que adquieren derechos antes de la confirmación y luego de cesada la causa de la invalidez³⁹. En este caso, el acto confirmatorio no es inválido, sino que resulta inoponible al tercero al que la ley busca proteger⁴⁰.

36 López Mesa, Marcelo J., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado*. López Mesa, Marcelo J. y Barreira Delfino, Eduardo (dir.), Hammurabi, 2020, T 4-B.

37 Lloveras de Resk, M. Emilia, en Bueros, Alberto (dir.), Highton, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, T 2C.

38 Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 14ª edición, actualizada por Guillermo J. Borda, La Ley, Buenos Aires, T II.

39 Cifuentes, Santos, *Negocio jurídico*, op. cit.

40 Lloveras de Resk, M. Emilia, op. cit.

Cabe destacar asimismo que el último párrafo de la norma exige de la buena fe del tercero y que reside en no haber sabido, ni podido saber el vicio que afectaba al acto.

4.5. Técnica documental

Quien está legitimado para otorgar el acto de confirmación es aquel que puede incoar la acción que declare la nulidad relativa o sus sucesores.

Asimismo, para su procedencia, debe haber cesado la causa que da lugar a la nulidad relativa.

En función a su contenido, el instrumento debe reunir los siguientes recaudos:

I. Determinación de la causa de invalidez

Señala Compagnucci de Caso que este requisito presupone que se incluyan todas las indicaciones que posibiliten la individualización del negocio que se quiere confirmar y, cumplido ello, indique precisamente el vicio de que adolecía⁴¹.

No significa ello que el acto deba reproducirse, ni mucho menos que implique su transcripción íntegra, sino que en esta parte de la escritura se deberá brindar información que despeje toda duda relativa a los alcances del acto confirmatorio, es decir que, lo que se busca determinar es que el otorgante conoce la existencia del vicio y que ello es suficiente para la declaración de invalidez del acto, por ello busca su confirmación.

La mención expresa de la causa de la nulidad responde en definitiva a la necesidad de dar certeza a la manifestación de voluntad expresada en el documento, que de tal manera resulta inequívoca (por ejemplo, que el afectado era menor de edad al momento del otorgamiento del acto)⁴².

II. Desaparición de la causal de invalidez

Es requisito de toda confirmación, ya sea ésta de forma expresa o tácita,

41 Compagnucci de Caso, Rubén H., *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

42 Tranchini, Marcela H.; Bordenave, Cecilia, *Tratado de Derecho Notarial*, op. cit. Tranchini, Marcela H. "Ratificación y confirmación con motivo de la subsanación de escrituras públicas", op. cit.

que haya cesado el vicio que provocó la invalidez; lo que debe ser consignado por escrito.

III. Declaración de voluntad en confirmar el acto

Indica Brebbia al respecto que la intención de convalidar el acto inválido debe surgir inequívocamente, sin que ello implique exigencia relativa a fórmula determinada, lo que deberá resultar del instrumento que refleje la voluntad de quien otorga el acto saneatorio de aceptar la validez del negocio anterior y renunciar a la acción de nulidad⁴³.

Debe destacarse asimismo que, a diferencia de lo que disponía el Código Civil, la omisión de alguno de estos recaudos no acarrea la nulidad del acto confirmatorio, si del acto se deriva la voluntad inequívoca de sanear el negocio viciado, aunque no se omita expresar la causa de la nulidad, por lo tanto, puede ser considerado como una manifestación tácita⁴⁴.

4.6. Escritura de confirmación

Plataforma fáctica

Se celebra en el marco de un juicio sucesorio un acuerdo particionario celebrado entre el cónyuge supérstite y sus dos hijos, siendo uno de ellos menor de edad. En dicho acuerdo, el padre manifestó actuar por sí y en representación del menor en ejercicio de la responsabilidad parental.

Conforme determina el art. 689 del Código Civil y Comercial de la Nación están prohibidas las particiones privadas de herencia, cuando el causante sea el otro progenitor fallecido o un tercero del cual ambos (hijo y progenitor) fueran herederos o legatarios.

Una interpretación armónica de las disposiciones de los arts. 387 y 388 del Código nos lleva a indagar en beneficio de quién se determina la nulidad. Es claro que, en este caso, lo será en beneficio del menor, siendo éste quien podría pedir la declaración de nulidad del acto si éste resulta perjudicial a sus intereses (art. 692 CCyC).

43 Brebbia, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1995, T 2.

44 Falbo, Marcelo N., *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, Clusellas, Eduardo G. (coord.), Astrea-FEN, 2015, T 2.

En consecuencia, dado que el interés protegido resulta de índole particular cabe concluir que estamos ante una causal de nulidad relativa (art. 388 CCyC). Al respecto señala Basset que no hay en la previsión legal del art. 689 un amparo de un interés superior, o de un principio moral o de orden público, por lo tanto, no hay nulidad absoluta sino relativa⁴⁵. En idéntico sentido Abella y Mazzinghi sostienen que la nulidad que trata estas prohibiciones es relativa⁴⁶.

ESCRITURA NÚMERO... CONFIRMACIÓN. ...COMPARECE... y EXPRESA: Que requiere la actuación del autorizante para otorgar escritura de CONFIRMACIÓN y, a tales efectos, EXPRESA: PRIMERO: Que por instrumento privado de fecha... han celebrado un acuerdo particionario en autos caratulados "...S/ SUCESIÓN AB INTESTATO", en trámite ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial número..., Departamento Judicial de..., con relación a los siguientes inmuebles integrantes del acervo:... SEGUNDO: Que conforme el acuerdo particionario relacionado, las partes resolvieron adjudicar los inmuebles descriptos de la siguiente manera:... TERCERO: El compareciente expresa que el convenio fue suscripto por su padre... y su hermano... respectivamente, invocando asimismo el primero su representación legal por ejercicio de la responsabilidad parental dada su minoría de edad al momento de la celebración del acto. CUARTO: Que tal como resulta del certificado de nacimiento que se relacionará, el señor... es a la fecha mayor de edad. QUINTO: En virtud de lo expresado, el señor..., declara su voluntad de dar validez y eficacia plena al negocio celebrado, por lo que viene por la presente a CONFIRMAR el acuerdo particionario agregando que toma a su cargo la presentación de la primera copia de esta escritura en el expediente sucesorio a los fines de otorgar suficiente publicidad cartular al presente otorgamiento. CONSTANCIAS NOTARIALES: 1) CERTIFICADO DE NACIMIENTO:... LEO al compareciente, quien firma ante mí, doy fe⁴⁷.

45 Basset, Úrsula, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado*, López Mesa, Marcelo J. y Barreira Delfino, Eduardo (dir.), Hammurabi, 2022, T 5-C.

46 Mazzinghi, Jorge A., *Tratado de derecho de familia*, La Ley, 2006, T IV. Abella, Adriana N., en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, Clusellas, Eduardo G. (coord.), Astrea-FEN, 2015, T 3.

47 Véase también: Falbo, Marcelo, "Subsanación de documentos notariales que padecen patologías formales o sustanciales", *Revista del Notariado*, cita online <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCR/ARTICULOS/52540.pdf>. Tranchini, Marcela H.; Bordenave, Cecilia, *Tratado de Derecho Notarial*, op. cit. Tranchini, Marcela H., "Ratificación y confirmación con motivo de la subsanación de escrituras públicas", op. cit.

5. Inexactitudes registrales derivadas de actos nulos y su incidencia en la ratificación y en la confirmación

Ahora bien, habiendo visto anteriormente las semejanzas y las diferencias entre la ratificación y la confirmación como mecanismos subsanatorios, se impone determinar de qué forma resultan oponibles en el ámbito de las transmisiones inmobiliarias.

Mientras no se subsane el vicio, el acto no habrá producido ninguno de los efectos queridos por las partes, por lo tanto, la falta de paralelismo entre las realidades extra e intrarregistrales quedará plasmada en el asiento registral, dando lugar a una inexactitud registral.

El art. 34 del dec.-ley 17.801/1968 establece el siguiente concepto de inexactitud: "Se entenderá por inexactitud del Registro todo desacuerdo que, *en orden a los documentos susceptibles de inscripción*, exista entre lo registrado y la realidad jurídica extrarregistral". El art. 35 es útil para complementar la idea por cuanto este dispone: "Cuando la inexactitud a que se refiere el artículo precedente provenga de *error u omisión en el documento*, se rectificará, siempre que a la solicitud respectiva se acompañe *documento de la misma naturaleza* que el que la motivó o resolución judicial que contenga los elementos necesarios a tal efecto. Si se tratare de *error u omisión material de la inscripción con relación al documento a que accede*, se procederá a su rectificación teniendo a la vista el instrumento que la originó".

En materia de publicidad registral, el documento otorgado por quien ratifica o confirma el acto viciado no requiere inscripción si el acto ratificado o confirmado cuenta con emplazamiento registral, ya que el hecho de registrarlo implicaría la previa inscripción de la declaración de invalidez.

La subsanación provoca la concordancia entre la realidad y el registro inmobiliario, por lo que debe destacarse la publicidad cartular y su incidencia, toda vez que el protocolo notarial constituye en sí mismo un registro, siendo en consecuencia la nota marginal el medio publicitario idóneo para anotar la ratificación o la confirmación de un acto jurídico⁴⁸.

48 Art. 148 dec.-ley 9020/1978: I.- En la parte libre que quede en el último folio de cada escritura o acta, después de la suscripción y a falta o insuficiencia de este espacio, en los márgenes de cada folio, mediante notas que autorizará el notario con media firma, se atestará:... 4. A requerimiento de los interesados, los elementos indispensables para prevenir las modificaciones, revocaciones, aclaraciones, rectificaciones y

confirmaciones que resulten de otros documentos notariales. Urbaneja, Marcelo E., *Publicidad Cartular. Paradigma de la seguridad jurídica preventiva en los derechos reales inmobiliarios*, Astrea-FEN, 2021. Urbaneja, Marcelo E., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado*, López Mesa, Marcelo J. y Barreira Delfino, Eduardo (dir.), op. cit.

Jurisprudencia



Incidencia de la liquidación y partición de la indivisión postcomunitaria en la procedencia de la compensación económica

Carla Balducci

I. Introducción

A partir del análisis del fallo del Juzgado de Familia de San Isidro del 16 de mayo de 2019 en autos “B., M.M. c/ V. R. D. s/ acción compensación económica” y de la resolución por apelación del mismo, el decisorio de la Sala Tercera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, de fecha 2 de diciembre de 2019, abordaremos ciertos planteamientos relacionados a esta novedosa figura incorporada con motivo de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

Existen diferentes motivos que llevan a uno de los cónyuges a asumir la postura de reclamo de compensación económica, luego de acaecida la ruptura del vínculo matrimonial, cuando se halla en una situación de desequilibrio manifiesto. A falta de acuerdo entre los cónyuges en el convenio regulador, será el juzgador quien dirima este conflicto de intereses, evaluando si el empeoramiento del reclamante tiene causa adecuada en el vínculo matrimonial y su ruptura.

Encontramos en nuestra legislación distintos supuestos valorativos que guiarán al Juez para calificar la procedencia y la fijación judicial de la compensación económica, establecidos en los arts. 441 y 442 del Código Civil y Comercial de la Nación. El análisis judicial deberá ser integral, contemplando la circunstancia de que dichas variables son enunciativas,

debido a que el artículo citado en último término, al mencionarlas, agrega la frase “entre otras”, dando paso a que puedan contemplarse otros casos no previstos en la norma, manifestando también dichas variables la característica de ser complementarias, ya que deberán ser evaluadas en conjunto, en forma interrelacionada, enlazando los hechos trascendentes a lo largo de la relación marital, para poder establecer la evolución de lo acontecido en la misma, que originó la situación de desequilibrio económico producido con motivo del vínculo matrimonial y su ruptura.

De acuerdo a la variable que establece el análisis del estado patrimonial de cada cónyuge, a los efectos de poder llevar adelante una comparación del mismo en los momentos del inicio del matrimonio, con la situación patrimonial resultante en oportunidad de la ruptura, cobra relevancia en esta observación dinámica, todo lo concerniente a la posición patrimonial. Incluimos en este estudio, la elección del régimen económico adoptado por los cónyuges, la calificación de los bienes de cada uno, y la liquidación y partición de la indivisión postcomunitaria, en el caso de que en ese matrimonio rigiera la comunidad de ganancias.

En virtud de estas apreciaciones, proponemos en este trabajo el estudio de estos fallos jurisprudenciales a partir de estas herramientas jurídicas, tanto en nuestro Derecho como también en las realidades de otros países, ahondando en sus efectos y consecuencias, con el objetivo de desentrañar si hay una implicancia de la elección del régimen patrimonial matrimonial, de la liquidación y partición de la indivisión postcomunitaria en la procedencia y fijación de la compensación económica.

II. Hechos

La historia de este caso tiene como protagonistas a dos cónyuges que contrajeron nupcias en 2008. Previamente, las partes habían iniciado convivencia en el año 2002. Del matrimonio nacen hijos, uno de los cuales, el mayor, presenta dificultades de salud.

Con referencia a las profesiones que ambos eligieron, la cónyuge (Sra. B) es acompañante terapéutica y el esposo (Sr. V) es ingeniero civil, se dedica a realizar obras de infraestructura de redes. En el transcurso de la vida en común por ambos proyectada, compartían la vivienda familiar en una casa bastante espaciosa situada en el Barrio “Los Castores del

Nordelta”, contando con un considerado número de empleados como personal para las labores de dicho inmueble.

Los cónyuges entran en conflicto, y luego de iniciarse y tramitarse judicialmente el divorcio, se decreta la sentencia correspondiente, que queda firme con fecha 22 de diciembre de 2016, en los autos “B., M. M. c/ V., R. D. s/ Divorcio”.

Luego de la ruptura, la Sra. B continúa habitando la vivienda familiar con los hijos, en cambio, el Sr. V debió alquilar un departamento en el mismo complejo habitacional, para mantenerse cerca de sus descendientes.

La excónyuge (Sra. B) promueve demanda por fijación de compensación económica contra su excónyuge V. Ella reclama la suma de \$ 10.000.000, que sea abonada en un pago, actualizados al momento del dictado de la sentencia con más los intereses e imposición de costas.

Aduce que luego de la ruptura matrimonial se halla en desventaja monetaria, ya que su excónyuge no le abona cuota alimentaria, negándose también a liquidar los bienes comunes, por tales razones, ella no puede sostener, luego de la ruptura, el nivel socioeconómico alto que tuvo durante la vigencia del vínculo matrimonial.

Expresa que no trabajó fuera del hogar, de acuerdo a lo establecido por el Sr. V. Ella se hizo cargo de la casa e hijos (habiendo tenido que guardar reposo durante todo el embarazo de su hija), y además se encargó de los padres del Sr. V, ya que éste último no podía hacerlo debido a su trabajo.

A su vez, expone en su reclamo, que no tiene acceso al dinero generado por las utilidades provenientes de las empresas nacionales e internacionales de las cuales dice ser socia, como tampoco tiene acceso al dinero depositado en el Banco Santander Central Hispano Internacional, ni a los bienes que poseen fuera de nuestro país (departamentos en Miami, USA, España y Uruguay).

Con respecto a los bienes, relata que ella poseía un auto que explotaba como remis, que luego vendió, habiendo sido utilizado su producido por el Sr. V en sus negocios. Posteriormente, explica que hacia el año 2005 su excónyuge compra para ella un vehículo y más tarde, una costosa camioneta que la posee al momento de promover la demanda, no pudiendo utilizarla por no poder abonar los gastos que le genera.

Por su parte, el Sr. V plantea, en su responde, la improcedencia del reclamo por compensación económica solicitada por la Sra. B. Entiende que su excónyuge, multiplicó ampliamente su patrimonio, cotejándolo con el que ella contaba al momento en que ingresó a la pareja. Explica que la Sra. B compara su nivel de vida actual con el anterior al momento de la demanda, siendo tal comparación pasajera, ya que el proceso de liquidación de gananciales se halla en trámite, en el que su excónyuge reclama obtener un patrimonio de U\$S 10.000.000.

Asimismo, aclara que fue ella quien decidió dejar de trabajar fuera del hogar, y que en las tareas domésticas, ella delegaba ese trabajo en empleadas y niñeras. Por su parte, los hijos concurren a colegios con doble escolaridad, en los que también almuerzan.

A su vez, refiere que la Sra. B, durante la vigencia del matrimonio, estudió la carrera de psicología, y que por su propia decisión, no concluyó los estudios.

El decisorio de primera instancia, si bien no halla de forma contundente la procedencia del derecho al reclamo de la Sra. B, dentro de su análisis de los presupuestos legales detallados en los diferentes incisos del art. 442 CCyC, hace lugar al pedido de fijación judicial de compensación económica a favor de ella. Se condena al Sr V a abonar la suma de \$2.600.000 dentro de los diez días de notificado.

Entre los fundamentos de esta sentencia, en la que se halló procedente el reclamo de la accionante, se citó la asignación de roles que establecieron los cónyuges durante el transcurso de la vida en común, tanto en la convivencia como en el matrimonio, destinando a la Sra. B a la dirección del hogar y al cuidado de los hijos, teniendo que encargarse con mayor atención del hijo mayor que presentaba una discapacidad. Hubo otra consideración relevante y concluyente para arribar a esta decisión apuntada: la circunstancia de que la Sra. B no cuente con el manejo de su patrimonio, por no haberse efectuado la correspondiente liquidación y partición de gananciales, manteniéndose en expectativa su derecho.

Esta decisión es apelada y la Sala Tercera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro revoca la sentencia dictada en primera instancia. Encontró que las apreciaciones de la juez de grado que confluyeron en su decisorio, se realizaron dentro de un análisis contradictorio, y que constituyen el basamento fáctico que admitirían que la

accionante se vio beneficiada en función del régimen de comunidad de bienes, adoptado por este matrimonio, imponiéndose, por tanto, el rechazo de la pretensión de la actora.

En sus conclusiones, entendió que la compensación económica establecida en el art. 441 CCyC tiene carácter excepcional, no puede ser fuente de resarcimiento en sí mismo, por el hecho de que haya culminado el proyecto de vida común conyugal. La posibilidad de otorgarla no puede aplicarse de manera automática con motivo de la sentencia de divorcio, ante el reclamo de uno de los cónyuges. El derecho a recibir esta compensación debe estar originado en un claro desequilibrio como consecuencia del divorcio.

No halló suficiente probanza, por parte de quien debía hacerlo, de los presupuestos requeridos que habiliten la vía regia a la compensación económica reclamada. Remarcó que el patrimonio conyugal administrado por la accionante es mayor al que tenía al inicio de la relación con el demandado.

Asimismo, entendió que no se demostró que hubiese un desequilibrio coyuntural que no pueda ser subsanado por otro procedimiento apropiado, tal como la liquidación de la comunidad de ganancias. Destacó la función equilibradora que desempeña la comunidad de gananciales, al compensar la mayor dedicación de uno de los cónyuges a la familia. A su vez, explicó que, mientras exista una desigualdad transitoria entre los cónyuges, existen medios legales tendientes a equiparar la situación hasta que cese el estado de indivisión de la comunidad, entre los que se puede citar las medidas protectorias, las de fraude, entre otras. En conclusión, la Cámara entendió que la vía elegida por la actora no resultó ser la apropiada.

III. Compensación económica: presupuestos que la viabilizan

La conceptualización de la compensación económica determina que se viabilizará su procedencia cuando se produzca un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de la situación del cónyuge, por causa adecuada en el vínculo matrimonial y su ruptura, de acuerdo a lo preceptuado por el art. 441 CCyC.

Podemos observar entonces que se requerirá el acaecimiento de estos tres presupuestos establecidos en el Código Civil y Comercial de la Nación.

El empeoramiento de uno solo de los integrantes de la que fuera la pareja marital es el configurante del desequilibrio manifiesto requerido para habilitar la vía de reclamo a una compensación económica. Es un descenso del nivel de vida del excónyuge afectado, reflejado como consecuencia de su renunciamento al desarrollo personal, profesional o laboral ocurrido con motivo de asumir la dedicación a las tareas domésticas, el cuidado y educación de los hijos, familiares con discapacidad o adultos mayores, entre otras actividades. Se analizarán estas circunstancias dentro de un contexto que involucre un nexo con el otro supuesto exigido: la causalidad adecuada en el vínculo matrimonial y su ruptura.

De estos presupuestos estatuidos legalmente, nos centraremos en el desarrollo de la observación del desequilibrio económico manifiesto, para luego continuar con el análisis de las consecuencias patrimoniales matrimoniales –incluida la gravitación de la liquidación de la masa comunitaria, para el caso de elección del régimen de comunidad– y su incidencia en la procedencia de la compensación económica.

IV. Desequilibrio manifiesto

El instituto de la compensación económica establecido en el Código Civil y Comercial está previsto en los casos en que se produzca un desequilibrio manifiesto que encuadre un empeoramiento de la situación de alguno de los cónyuges con motivo del vínculo matrimonial y su ruptura, o para el caso en que algún exconviviente se halle en esa situación de desequilibrio ocasionado en la convivencia y el cese de la misma.

En el presente caso, se hace referencia a que deberá recurrirse a la consideración de la situación prematrimonial de la pareja así como a la posterior a la disolución del vínculo matrimonial, para determinar si ocurre ese desequilibrio. Se valorará los recursos de cada uno, sus posibilidades laborales, las enfermedades, la situación del cónyuge que se ha encargado o que quedará a cargo de hijos, entre otras situaciones.

En los fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación, al referirse a este instituto, fundamentado en la protección legal motivada en la solidaridad familiar, se establece que: “Al tratarse de una herramienta destinada

a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto es, obtener una 'fotografía' del estado patrimonial de cada uno de ellos, y ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición¹.

Sambrizzi, halla el fundamento de este instituto en la equidad, y entiende que el desequilibrio deberá ser manifiesto y económico, no procediendo frente a una situación sentimental o anímica del cónyuge reclamante, sino que "debe significar un empeoramiento en la situación del cónyuge a partir de la ruptura en comparación con su situación anterior a ella" y "...la causa del desequilibrio debe consistir en el vínculo matrimonial y su ruptura, no una u otra causa, sino ambas"².

Belluscio entiende que el desequilibrio exigido legalmente en este caso "... se caracteriza por ser manifiesto, debe ser de tal entidad que signifique un empeoramiento en la situación económica del cónyuge que la reclama... la mera diferencia de patrimonios no dará lugar a la compensación económica". Entiende que la evolución de los patrimonios de ambos cónyuges deberá ser evaluada antes, durante y luego de finalizada la estructura familiar³.

La Dra. Medina, citada por Belluscio, diferencia la existencia de dos tipos de desequilibrio: el perpetuo y el coyuntural.

El primero de los mencionados se configura cuando las consecuencias que produce desbaratan cualquier expectativa para poder proseguir su vida de una manera independiente económicamente.

En cambio, el coyuntural es aquel en el que pueden superarse temporalmente sus consecuencias desfavorables, se procurará que aquel cónyuge compensado económicamente, pueda obtener un medio autónomo para desarrollar sus propios recursos para su subsistencia⁴.

1 *Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación*, 1ª edición, La Plata, Fundación Editora Notarial, FEN, 2014.

2 Sambrizzi, Eduardo A., "El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial", 1ª ed., 1ª reimpresión, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. La Ley, 2016, p. 459 y ss.

3 Belluscio, Claudio A.; Soriano Zothner, Verónica P., *Compensaciones económicas según el Código Civil y Comercial*, 1ª Ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. García Alonso, 2020, p. 45 y ss.

4 Medina, Graciela, "Compensación económica en el Proyecto de Código", en Méndez Costa, María J.; Vidal Taquini, Carlos H.; Córdoba, Medina, Graciela y Solari, Néstor E. (dir.), *Revista de Derecho de*

IV.a. Pautas para considerar el desequilibrio económico manifiesto

Hay ciertas cuestiones que han de tenerse en cuenta para evaluar si se ha encuadrado el desequilibrio económico manifiesto.

Una de las cuestiones tiene que ver con una causal objetiva: se efectúa una comparación de patrimonios entre los cónyuges o convivientes, en dos momentos: antes de unirse en matrimonio, o de entablar la unión convivencial, y luego, al momento de la ruptura del vínculo marital o convivencial. Sería como, simbólicamente, tomar una fotografía en cada uno de esos momentos, que determinara cada una de las situaciones, para luego poder comparar qué ocurrió con los patrimonios al inicio y a la conclusión del vínculo.

Si el crecimiento o decrecimiento fue proporcional, se estima que no ha habido desequilibrio, incluso si se mantuvo estable, pero, si hubo un aumento dispar o asimétrico del patrimonio de uno con respecto al otro cónyuge, ahí se configura el supuesto del desequilibrio económico, caracterizado por ser manifiesto.

La otra cuestión a analizar, es la evolución del patrimonio. Este aspecto es considerado subjetivo, se relaciona con las causas que motivaron que un cónyuge llegue a una situación de inferioridad económica con respecto al otro. Se vincula con decisiones asumidas por la pareja que tendrá como consecuencias la imposibilidad del desarrollo personal de alguno de sus integrantes, en lo que atañe a actividades mercantiles, industriales, profesionales o laborales, con motivo de dedicarse al cuidado y crianza de los hijos, tareas domésticas, asistencia de algún miembro de la familia con discapacidad, o que sea adulto mayor, por citar algunos casos.

Ambas cuestiones deberán ser analizadas en forma integral, para disentrañar si hubo o no desequilibrio económico manifiesto. Se puede plantear la situación en que uno de los cónyuges recibiera bienes en forma gratuita por donación o herencia, durante la vigencia del matrimonio, y luego de producirse la ruptura, su patrimonio habrá crecido en forma significativa en comparación con el del otro cónyuge. Si bien, objetivamente,

Familia y de las Personas, Sucesiones, Personalísimos, Bioética, Derecho Médico, año V, Nº 1, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 5, cit. en ob. cit. en nota 3.

se daría el supuesto de que aparecería esta disparidad al comparar los patrimonios de ambos cónyuges, no habilitaría para encuadrar el caso en el desequilibrio económico manifiesto, que habilite la procedencia de un reclamo por compensación económica. Del análisis surge que no se configura en este contexto la otra cuestión, la subjetiva, esto es, que la desproporción se origine en una relegación o eliminación de proyectos personales o patrimoniales de uno de los cónyuges en favor de su contribución al cuidado de hijos, personas discapacitadas o familiar que sea adulto mayor, tareas del hogar, o colaboración con el trabajo o actividad económica o profesional del otro.

IV.b. Un caso en el Derecho francés

En una sentencia del Tribunal de Apelación de Versalles, se falló rechazando la decisión del Juzgado de Asuntos Familiares del Tribunal de Grandes Instancias de Versalles, en la que se había concedido una prestación compensatoria de 220.000 euros a favor de la excónyuge, luego de decretar el divorcio vincular⁵.

Para llegar a ese decisorio, se evaluó la situación de los exesposos: su salud, su situación financiera, las cargas económicas que sostienen, el cuidado de los hijos de la pareja, los bienes en común, los bienes propios de cada uno, entre otros tópicos.

Cabe mencionar que en Francia se solicita a los excónyuges que presenten una declaración jurada que asevere la exactitud sobre sus ingresos, recursos, patrimonios y de su situación de vida, en forma previa y con el objeto de establecer o revisar el otorgamiento de una prestación compensatoria.

En el caso planteado, la excónyuge había omitido declarar ciertos ingresos, derechos hereditarios y seguro de vida, que había recibido con motivo del fallecimiento de sus progenitores. Esta actitud fue considerada por los jueces como limitadora de la transparencia de la declarante.

5 Citado en Belluscio, Claudio A. y ot. cit. en nota 3. Tribunal de Apelación de Versalles, 2º sala, 1º sección, audiencia pública del 9 de marzo de 2017. Nº de RG 16/02293 disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000034971404?init=true&isAdvancedResult=true&page=1&pageSize=10&query=%7B%28%40ALL%5Bt%22rg+16%2F02293%22%5D%29%7D&tab_selection=all&typeRecherche=date. Consultado on line el 11/5/2023.

Asimismo, se destaca el análisis que efectúa el Tribunal sobre los bienes comunes de ambos exesposos, entendiendo que la accionante tiene por principio de igualdad los derechos a liquidación del régimen matrimonial.

Considerando todos estos presupuestos, el Tribunal concluyó en que no se comprobó que la disolución del matrimonio configurara, en detrimento de la exesposa, una disparidad en las condiciones de vida en comparación con la de su exesposo, arribándose entonces a la decisión judicial de revocar la prestación compensatoria, que se le había concedido en la instancia anterior.

V. El desequilibrio económico y el régimen patrimonial matrimonial elegido

Cabe preguntarnos si el régimen patrimonial elegido por el matrimonio que ahora llega a su ruptura, influye en la procedencia del reclamo por compensación económica presentado por uno de ellos.

Coincidimos con Bedrossian en que "no debemos dejar de señalar aquí la directa relación que tiene el instituto de la compensación económica con el régimen patrimonial elegido"⁶.

A su vez, Mizrahi entiende que la compensación económica no es ajena al tipo de régimen patrimonial matrimonial por el que optó la pareja⁷.

Explica que esta institución está íntimamente relacionada con el régimen patrimonial que se había establecido entre los cónyuges, y que es una cuestión que el juez deberá tener muy en cuenta al momento de dictar sentencia que conceda o deniegue dicha compensación.

Entiende el autor que, si el matrimonio que ahora está divorciándose estaba ligado bajo el régimen patrimonial de separación de bienes, la compensación económica, si se encuentran válidos los presupuestos que la tornen operativa, deberá ser aplicada con todo su rigor. Entre los ar-

6 Bedrossian, Gabriel, "Compensación económica: Incidencia de la separación de hecho. Falta de liquidación de la comunidad. Determinación del quantum en el divorcio y en las uniones convivenciales", publicado en: ERREIUS 2019.

7 Mizrahi, Mauricio L., "La compensación económica en el divorcio y en las uniones convivenciales", publicado en: La Ley 21/05/2018, 1 - La Ley 2018-C, 713. Cita: TR LALEY AR/DOC/956/2018.

gumentos que esgrime –que también en igual sentido, lo destaca en los considerandos la jueza de primera instancia en el fallo que comentamos–, está el de que el cónyuge afectado por un desequilibrio económico, de la única forma que podría ser compensado es aplicando el instituto. A su vez, manifiesta que la compensación económica no estaría neutralizando ni anulando el régimen de separación de bienes elegido por la pareja, sino que se comporta como un mecanismo corrector de desigualdades injustificadas. Su objetivo es atenuar un empobrecimiento injusto, contrario al principio de equidad, soportado por uno de los cónyuges.

A su vez, Revsin entiende que es posible que esta figura de la compensación halle su máxima aplicación en caso de que la opción realizada en el matrimonio fuera la del régimen de separación de bienes, o ante la falta de distribución de bienes obtenidos durante la vigencia de la convivencia. Esto supuestos podrían originar un desequilibrio manifiesto ante un desigual reparto de ganancias, estos efectos adversos podrían ser reducidos con la implementación de una compensación. Ello no significará una división entre partes iguales entre los cónyuges, como sucedería con la partición de bienes en el régimen de comunidad⁸.

González opina en igual sentido, acerca de que el régimen patrimonial matrimonial legal puede tener incidencia en orden a la fijación de la compensación económica. En este supuesto de comunidad de ganancias puede quedar corregido un potencial desequilibrio, al recibir cada cónyuge su participación en lo que fuera la masa comunitaria, no así en el caso de separación de bienes. La autora recomienda que el análisis del régimen económico familiar se efectúe de una forma integral y sistemática, evitando prejuizgamientos, que sucedería al no haber contemplado los supuestos de cada caso en particular⁹.

Tendrá diferentes consecuencias el supuesto planteado si el matrimonio había optado por el régimen de comunidad de ganancias. Este régimen cumple una función equilibradora, al igual que ocurre con la compensación económica. Si uno de los cónyuges, estando vigente el matrimonio,

8 Revsin, Moira. "La compensación económica familiar en el nuevo régimen civil", Abeledo Perrot N°: AP/DOC/257/2015, publicado: RDF 69-91, sección: Doctrina, 2015.

9 González, Eliana M., "La compensación económica frente a la muerte del cónyuge", publicado en: DFyP 2017 (noviembre), 14/11/2017, 37. Cita online: AR/DOC/2652/2017, 2017.

ha dedicado sus labores a la atención de la familia, no pudiendo capacitarse laboralmente, ni ejercer actividad lucrativa, al producirse la ruptura, se hallará en desequilibrio económico con respecto al otro, pero se beneficiará igualmente con la mitad de los bienes gananciales, actuando así este régimen con un carácter compensatorio.

En cambio, Borda entiende que cuando el matrimonio ha optado por el régimen de separación de bienes, ambos cónyuges han decidido no tener injerencia en las decisiones económicas ni patrimoniales del otro, resultando difícil merituar la procedencia y cuantía de la compensación económica en este caso. Sostiene que no ocurre lo mismo, en el supuesto de comunidad de ganancias, en el que sería más claro lo que hay que compensar entre ambos¹⁰.

A nuestro criterio, la evaluación que deberá efectuar el judicante contemplará todos los presupuestos que avalen dicha compensación, considerando de forma completa y definitiva la composición de los patrimonios que quedarán a cada uno, una vez liquidada la comunidad de bienes. Acaecida esta liquidación, la misma puede desempeñar un papel reequilibrador, ya que aquel cónyuge que no ha estado en condiciones de ejercer actividad lucrativa por dedicarse a las tareas del hogar, una vez producida la ruptura, recibirá su parte como integrante de la comunidad.

VI. La cuestión en el Derecho español

Martínez de Aguirre, al hablar sobre las consecuencias más importantes y problemáticas en el divorcio, hace referencia a las compensaciones económicas (llamadas así en nuestro Derecho) y compensaciones por desequilibrio en el Derecho español¹¹.

Reguladas en el Código Civil español en su art. 97, estas compensaciones, vigentes desde 1981, llevan similitudes en su estructura y funcionamiento a las establecidas en el Código Civil y Comercial argentino en su

10 Borda, Guillermo J. en Curá, José M., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, T II, p. 158.

11 Martínez de Aguirre, Carlos, "La compensación por desequilibrio en caso de divorcio", publicado en: DFyP 2018 (febrero), 06/02/2018, 31. Cita online: AR/DOC/2984/2017.

art. 441. Según el autor, explicitan la “matrimonialidad” del desequilibrio, es decir que este desajuste o inestabilidad económica que se pretende compensar debe ser probado que se hallaba ligado causalmente al matrimonio. Esto también se ha confirmado a través de lo vertido en doctrina y jurisprudencia españolas.

En referencia a los puntos de contacto con el régimen económico matrimonial, recordemos que en España se aplica supletoriamente el de “sociedad de gananciales”, análogo al de “comunidad de ganancias” de Argentina, más allá de las autonomías locales y de lo pactado en capitulaciones matrimoniales, casos en los que podría establecerse el de separación.

El autor refiere que este régimen económico de ganancias cumple una función compensadora en los efectos del divorcio, con respecto a la mayor dedicación a la familia que ha ejercido uno de los cónyuges, vigente la relación marital, en menoscabo de su crecimiento personal en lo laboral o profesional, con el que hubiera podido ser remunerado. Así, ambos cónyuges se benefician con las labores de uno dentro de la casa, y con el trabajo del otro fuera del hogar.

De acuerdo a estas consideraciones, ha de evaluarse entonces el régimen patrimonial económico elegido por el matrimonio, cuando se deba decidir sobre la procedencia y cuantía de la compensación económica pretendida.

Es sumamente ventajoso que se proceda a efectuar previamente la liquidación del régimen económico de la comunidad, para poder avizorar adecuada e integralmente la consistencia en el resultado de los patrimonios de cada cónyuge, determinando cuantitativamente cómo quedan conformados luego de esta etapa. Algunas resoluciones judiciales españolas aplican, en este tramo, una prestación compensatoria provisional hasta que se produzca la liquidación definitiva de los gananciales¹².

12 Martínez de Aguirre, Carlos. Ob. cit. en nota 11, 2018.

VII. La liquidación de gananciales y la oportunidad del otorgamiento de la compensación económica

Aunque hay autores que han entendido que, aún considerando que el régimen patrimonial elegido no necesariamente influya sobre la valoración del desequilibrio al momento de ponderar el otorgamiento de una compensación económica, debe admitirse que se halla el desequilibrio con mayor facilidad en el régimen de separación de bienes¹³.

No obstante, este desequilibrio económico también puede ocurrir dentro de un contexto de opción de régimen de comunidad en el matrimonio, aún cuando decretado el divorcio, ambos cónyuges tengan derecho a recibir la mitad de los bienes gananciales adquiridos durante la vida matrimonial.

Puede citarse un precedente jurisprudencial que ha concedido la compensación económica en supuestos en los que el matrimonio estaba sometido al régimen de comunidad de ganancias.

En tal ocasión, se entendió que al efectuar una interpretación integral de las pautas de fijación establecidas en el art. 442 CCyC, en lo referente al estado patrimonial de cada cónyuge, no se alude exclusivamente a los activos y pasivos existentes en los patrimonios de cada cónyuge, sino a la aptitud de cada consorte de originar recursos o de poder conservar los activos económicos existentes.

Así, no consideró determinante el régimen patrimonial en el que se desenvolvió el matrimonio, debido a que incluso, dentro del régimen de comunidad podría suceder que los activos no basten para producir recursos económicos para el cónyuge que fuera más dependiente, o que sus necesidades de subsistencia consumieran dichos activos, a diferencia del otro cónyuge, que sí cuenta con capacidad o aptitudes de generar esos recursos económicos, tanto para nuevas adquisiciones como para conservar la intangibilidad de las existentes¹⁴.

En esta oportunidad, la Jueza de grado falló concediendo la compensación económica a favor de la cónyuge, ya que halló justificado el des-

13 Orlandi, Olga E. (2018), "La compensación económica desde la perspectiva interdisciplinaria", publicado en: RDF 87, 133. Cita: TR LALEY AR/DOC/3556/2018.

14 Juzg. Nac. Civ. N° 92, de 17/12/2018, Autos: "M. L., N. E. c. D. B., E. A. s/ fijación de compensación". Expte. N° 4594/2016.

equilibrio producido, con causa adecuada en el matrimonio y su ruptura, ello sin perjuicio de los eventuales derechos que le correspondieran en la liquidación de la comunidad de bienes.

VIII. Gravitación de la liquidación de bienes gananciales en la procedencia de la compensación económica

Dentro de las pautas establecidas legalmente para la fijación de la compensación económica en el art. 442 CCyC, nos encontramos con la evaluación del estado patrimonial de cada cónyuge tanto al inicio como a la finalización de la vida matrimonial.

De acuerdo a las fórmulas matemáticas propuestas para dicha fijación, será relevante la diferencia patrimonial relativa al cese de la relación matrimonial. En el supuesto de que hubiera regido el régimen de separación de bienes, quedará bastante definido este estado patrimonial, pero no será tan sencilla esa determinación si el régimen por el que había optado esa pareja marital era el de comunidad de ganancias.

De acuerdo a lo preceptuado legalmente, los cónyuges no están constreñidos a pedir la partición de la comunidad, de acuerdo al art. 496 CCyC, que les reconoce el derecho a pedirla “en todo tiempo”.

De modo que puede acontecer que un matrimonio se halle disuelto por sentencia de divorcio (art. 435 inc. c CCyC), extinguiéndose, en consecuencia, el régimen de comunidad (art. 480 CCyC) con el consiguiente advenimiento de la etapa de indivisión postcomunitaria, reguladas en el art. 481 y subsiguientes del CCyC, finalizando este período en oportunidad en que se proceda a la partición, tal como lo establece el ya citado art. 496.

En este supuesto, estamos frente al dictado de una sentencia de divorcio, con todos los efectos legales que genera, y sin una liquidación del régimen de comunidad, hallándonos impedidos de conocer el estado patrimonial de los cónyuges, requerido por el art. 442 CCyC. Cabe aclarar que, luego de dictada la sentencia de divorcio, comienza a correr el plazo de caducidad de seis meses impuesto para la petición de compensación económica.

De acuerdo a las estrategias procesales que cada parte articule, se deberá procurar ofrecer la mayor cantidad de elementos posibles para alegar y probar la procedencia y extensión de la compensación reclamada. Dentro de estos componentes probatorios, juega un rol importante el estado patrimonial de los integrantes del matrimonio, son elementos tenidos en cuenta por los jueces para computar las fórmulas matemáticas previstas en la fijación y cuantía del instituto que estamos analizando.

Así, los judicantes podrían considerar los resultados que dichos elementos denoten: si el haber ganancial es cuantioso, que posibilite repartir bienes generadores de rentas entre ambos cónyuges, en ese caso, el desequilibrio patrimonial no se llegaría a constatar o no sería de gran envergadura, en cambio, si el haber ganancial es mínimo o deficitario, o sólo cuenta con bienes de uso, ese desequilibrio, muy probablemente, se verá incrementado¹⁵.

Una pormenorizada apreciación judicial de todos los supuestos que surjan en el caso que deba resolverse es de gran relevancia, y poder establecer cabalmente la real situación de cada cónyuge, evaluando ese estado al momento de contraerse nupcias o de iniciarse la convivencia, y luego, al momento de la ruptura, teniendo en cuenta el resultado que arrojará la liquidación de la masa comunitaria.

Es sabido que esta cuantificación de la compensación económica deberá ser razonablemente fundada, de modo tal de recomponer el desequilibrio patrimonial que colocó en una situación más desfavorable a un cónyuge respecto del otro, con motivo de la unión matrimonial y su ruptura. Pero es necesario una evaluación exhaustiva y un conocimiento del efecto económico que resultará en el patrimonio de cada cónyuge una vez realizada la liquidación de la masa comunitaria, determinar qué bienes recibirá cada uno con motivo de esta liquidación, para evitar pronunciamientos injustos, que en definitiva terminen generando una situación de desequilibrio que afecte al cónyuge demandado, configurándose un abuso del derecho por parte del reclamante.

En el fallo que estamos tratando, la Cámara entendió que en la instancia anterior el empeoramiento de la situación fue evaluado por la judicante

15 Pellegrini, María Victoria, "Dos preguntas inquietantes sobre la compensación económica", publicado en: RCCyC 2017 (marzo), 03/03/2017, 28. Cita: TR LALEY AR/DOC/356/2017, p. 9.

a quo cuando sentenció que la causa de la situación de la actora radicó en no poder la accionante contar con el patrimonio que le correspondía por estar en trámite el incidente de liquidación de sociedad conyugal. No obstante, la Cámara resaltó que la judicante de grado había considerado que, conforme la prueba recibida, se estableció que ya en los inicios de la unión convivencial que precedió al matrimonio, existía un desequilibrio patrimonial y de calificación profesional, configurado previamente.

Asimismo, la Cámara se refirió a la liquidación de la masa ganancial, en tal sentido, entendió que: "En cuanto al desequilibrio actual (denominado coyuntural por la sentenciante de grado), debe señalarse que para lograr la pretendida nivelación de la situación de la accionante, corresponderá a la interesada arbitrar los medios pertinentes en el expediente sobre liquidación de sociedad conyugal, en tanto es claro que, ocurrida la liquidación, el desequilibrio desaparecerá".

IX. Una posible solución propuesta en el Derecho francés

Dentro de las medidas provisionales que el juez puede dictar en un proceso de divorcio, previstas en el art. 255 del Código Civil francés, está la posibilidad de "designar a un notario que elabore un proyecto de liquidación del régimen económico matrimonial y de formación de lotes a distribuir"¹⁶.

El rol del notario no se limita a dirigir las operaciones de liquidación y partición luego de la sentencia de divorcio, sino que su misión es ampliada, puesto que puede ser llamado a intervenir durante el proceso de divorcio, a instancia de solicitud del juez.

Así, el notario es llamado para elaborar este proyecto de liquidación y formación de lotes para la partición, destinado a aclarar o instruir tanto al juez como a los esposos sobre las reglas sobre intereses patrimoniales.

En el inc. 9 del mencionado artículo, el juez puede citar a un profesional calificado a los fines de confeccionar un inventario estimativo o de hacer

16 Fernando Feldman; José Javier Hualde Sánchez; Esther Muniz Espada; Estelle Roy, "Código Civil", p. 97. ffhalshts-01402630, 2015.

propuestas en cuanto a las reglas de los intereses pecuniarios de los esposos.

La liquidación de los bienes de la masa comunitaria suele estar pendiente al momento de la solicitud de la compensación económica. Estas normas referidas a las medidas provisionales judiciales, posibilitan acercar los elementos probatorios al juez, a los fines de poder realizar un cálculo serio y fundado del estado patrimonial de los cónyuges, y cómo será la resultante patrimonial luego de producida la liquidación y partición.

Este mecanismo propuesto implementa instrumentos facilitadores al judicante, en orden a que se habilite la vía regia para efectuar el análisis de todo el panorama patrimonial, y evaluar, dentro de las consecuencias del divorcio, si se produjo algún desequilibrio económico, que haga prosperar la petición de la compensación económica.

X. Conclusiones

El instituto de la compensación económica, con sus características propias que le confieren su naturaleza jurídica *sui generis*, es una valiosa herramienta legal, ante un desequilibrio económico manifiesto que resulte con motivo de la unión matrimonial –o convivencial– y su ruptura, para equiparar situaciones que generan el derecho a obtener una adecuada recomposición al cónyuge o conviviente afectado.

Hemos observado que dicho instituto no apunta a igualar patrimonios, descartándose una pretensión de paridad absoluta. Actúa como un mecanismo corrector para morigerar injustas desproporciones, ante la falta de armonía entre las diferentes posibilidades patrimoniales. Lo que corresponde analizar es el desajuste o desequilibrio manifiestos que la ruptura pudo haber ocasionado a los esposos o convivientes, siendo imprescindible la situación prematrimonial o preunión convivencial y la postdisolución de la pareja.

En el caso de los cónyuges, la elección del régimen patrimonial matrimonial efectuada despliega efectos económicos entre ellos, que luego traerán diferentes consecuencias al momento de la ruptura. Del estudio de ambos regímenes propuestos legalmente, se desprenden grandes diferencias en cuanto a sus consecuencias y a su tratamiento en particular. Se ha dicho que en el régimen patrimonial de separación de bienes es

aconsejable la implementación de la compensación económica, en forma casi rigurosa.

En el caso del régimen de comunidad de ganancias, nos hallamos frente a un sistema de por sí equilibrador, que puede compensar la dedicación exclusiva de uno de los cónyuges al cuidado de la familia, relegando su desarrollo personal, aunque puede haber situaciones que sean de excepción, que no alcance la aplicación del régimen de comunidad para compensar el desequilibrio. Es de vital importancia, que la liquidación y partición de la indivisión postcomunitaria pueda realizarse, a los fines de delimitar la composición patrimonial resultante, dadas estas circunstancias, se podrá evaluar si persiste un desequilibrio entre quienes fueran miembros de la pareja que se disuelve.

Concluimos en que será fundamental un correcto análisis del caso y un acabado conocimiento de las figuras jurídicas que se encuentran al servicio de los operadores del Derecho, para garantizar un apropiado decisorio judicial que logre desentrañar si es procedente conferir la compensación económica reclamada.

Contenido completo del fallo de primera instancia

https://www.colescba.org.ar/comunicaciones/Revista-Notarial/Primera_instancia_Fallo_San_Isidro_J_5.pdf

Contenido completo del fallo de Cámara

https://www.colescba.org.ar/comunicaciones/Revista-Notarial/Fallo_Camara_San_Isidro.pdf

Falta de ética. Publicidad excesiva

La Plata, 16 de diciembre de 2022.

Autos y Vistos:

Visto el Expediente de este Tribunal, que lleva el N° 6/21, caratulado: "Comité Ejecutivo del Colegio de Escribanos eleva denuncia efectuada por Junta Ejecutiva Delegación... c/ Not..., titular del registro N°... de... s/ presunta falta de ética (publicidad excesiva)", y del que surge:

Que el mismo se inicia como resultado de la elevación efectuada por el Comité Ejecutivo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires de la denuncia efectuada por la Delegación... contra la Notaria..., Titular del Registro de Escrituras Públicas N°... del Partido de..., según constancias obrantes a fs. 1/33.

Que, a fs. 34, este Tribunal con fecha 14 de mayo de 2021 se declara competente para entender en el asunto planteado, corriendo traslado de la denuncia a la Notaria... a fin de que en el plazo de cinco (5) días efectúe su descargo, siendo notificada por la Delegación... del Colegio de Escribanos, con fecha 31 de mayo de 2021, según consta a fs. 39/40 (art. 27 del decreto 3887/98).

Que, a fs. 37, con fecha 17 de mayo de 2021, obra la solicitud al Departamento de Servicios Notariales del Colegio de Escribanos del estado de revista de la notaria, cuya respuesta se agrega a fs. 38, donde surge que la notaria..., colegiada N°..., fue designada adscripta al Registro de Escrituras Públicas N°... del Partido de... por resolución del Ministerio de Gobierno de fecha... cargo en el que se desempeñó hasta el... Posteriormente, por resolución del mismo Ministerio, fue designada adscripta al Registro de Escrituras Públicas N°... del Partido de..., habiendo quedado a cargo del mismo el día..., por renuncia de su titular. Posteriormente,

por resolución del Ministerio de Justicia del día... del mismo mes y año se le concedió la titularidad del mencionado registro, carácter en el que actualmente revista. De su legajo personal no surgen, a la fecha, constancias sobre aplicación de sanciones disciplinarias ni inhabilitaciones en el ejercicio de su profesión.

Que, a fs. 41/46, con fecha 4 de junio de 2021, la Notaria... presenta su descargo, con la documental acompañada a fs. 47/66, el que será analizado oportunamente.

Que, a fs. 67, por auto de fecha 16 de junio de 2021, se dispone convocar a la notaria a una audiencia a celebrarse el día 13 de agosto de 2021, a las 11:00 hs., estableciéndose supletoriamente el requerimiento para el día 20 del mismo mes y año, a la misma hora, lo que se notificara a la encartada a través de la Delegación... del Colegio de Escribanos el día 26 de julio de 2021, según consta a fs. 68/70.

Que, a fs. 71, se agrega acta de la audiencia celebrada con la notaria, sobre cuyas conclusiones nos pronunciaremos oportunamente.

Que, a fs. 73, consta nueva presentación de la Notaria... de fecha 20 de agosto de 2021, cuyo contenido será evaluado en su oportunidad.

Que, mediante auto de fecha 21 de octubre de 2022 y, atento el estado de las actuaciones, se llamó a "Autos para Resolver", siendo notificada la notaria mediante la Delegación... del Colegio de Escribanos, con fecha 2 de noviembre de 2022, conforme a la constancia obrante a fs. 76/77.

y Considerando:

Que estas actuaciones son promovidas por la Junta Ejecutiva de la Delegación... del Colegio de Escribanos, a efectos de determinar si la conducta de la Notaria..., Titular del Registro N°... del Partido de..., configura una falta de ética, violando el art. 35 inc. 7 de la ley notarial 9020/78 y el art. 24 del reglamento notarial; explicitando la denuncia cursada en fecha 05/05/2021, que la citada notaria utiliza una cuenta pública en la red social "Instagram" denominada "Escribanía...", afirmando la Delegación denunciante "...que las publicaciones revisten carácter de publicitarias y exceden la mera necesidad de advertir al público la existencia de la notaría. Asimismo que constituyen un agravio al prestigio y decoro del cuerpo notarial..."; agregando que "...Consideramos impropias de un

escribano las conductas observadas por la escribana... La conducta es continuada, puesto que la notaria recurre a la publicación de videos e imágenes con frecuencia para atraer la atención de posibles usuarios del servicio notarial, lo que implica una competencia desleal frente a los colegas...”

Que la nota suscripta por el Presidente de la Delegación..., Not... y varios integrantes de su Junta Ejecutiva, es acompañada con videos, publicaciones gráficas e imágenes y un informe técnico informático realizado por un ingeniero en sistemas y constatado mediante acta notarial instrumentada a los efectos de generar la prueba ofrecida.

Que asimismo en su libelo, el Not... resalta que: “...El notario latino es depositario de la confianza de la sociedad por su capacitación, **su conducta ética y su responsabilidad** y de la fe pública por delegación del Estado. Entendemos que las conductas mencionadas violan sin lugar a dudas las normas de ética de nuestra profesión y comprometen la confianza depositada por la sociedad en el notariado...”

Que conforme lo normado en el Capítulo IV -Deberes Notariales-, art. 35 inc. 7 del decreto-ley 9020 de la Ley Orgánica del Notariado, son deberes del notario proceder de conformidad con las reglas de ética, estableciendo en el apartado a), que: “...Constituyen en general faltas de ética, los actos que afecten el prestigio y el decoro del cuerpo notarial o que fueren lesivos a la dignidad inherente a la función o que empañen el concepto de imparcialidad de la actividad notarial o que importaren el quebrantamiento de las normas de respeto y consideración que se deben los notarios entre sí...”

Por otro lado el reglamento notarial vigente –decreto 3887/98– en su art. 24 dispone: “...Con los alcances establecidos en el apartado b) del inc. 7 del art. 35 de la ley, se considerarán faltas de ética profesional del notario, las infracciones a los deberes establecidos en los incs. 5) y 6) de dicho artículo y en general los enunciados en el apartado a) del inc. 7) y especialmente:... ...4.- Efectuar o permitir publicidad excesiva que exceda la mera necesidad de advertir al público la existencia de la notaría. Tampoco podrá agregar en sus anuncios, papelería y demás exteriorizaciones de su actividad, la mención de toda otra, de modo que induzca a error o engaño sobre el ejercicio simultáneo del notariado con toda profesión ajena a su condición...”

Que en su descargo de fojas 41/46, la notaria... manifiesta su sorpresa por el contenido de la denuncia, la que a su juicio resulta mendaz, agravian- te y calumniosa hacia su persona, y que se siente discriminada por los integrantes de la Junta Ejecutiva y los consejeros de la Delegación que integra, resaltando que su legajo profesional no registra sanciones ni de- nuncias previas de ningún tipo. Niega haber incurrido en falta de decoro o ética alguna, ni haber ejercido competencia desleal; como así tampoco haber realizado publicaciones publicitarias por la vía de la red social "Instagram", la que afirma es utilizada por organismos, colegas y público en general. Ofrece en su presentación numerosa prueba, acompañando asimismo el testimonio de un acta notarial declarativa y de constatación y solicita se la cite a una audiencia presencial ante el Tribunal para ratifi- car su descargo verbalmente frente a los hechos denunciados.

Agrega textualmente la notaria: "...En relación a las publicaciones ataca- das, son efemérides, tutoriales y posteos tratando de acercar la función notarial y la persona del escribano a la gente, netamente altruista y sin fines de lucro, ilustrativos, descontracturados...", cuestión que no refleja la realidad de los hechos como veremos más adelante.

Que sin embargo y pese a lo alegado en pro de su defensa, la notaria no desconoce la circunstancia fáctica denunciada de haber contado –al momento de los hechos– con una cuenta denominada "Escribanía..." en la red Instagram.

Que en la audiencia llevada a cabo en fecha 13 de agosto de 2021 –según constancias de fs.71/72– con la presencia de la escribana... y su letrada patrocinante, Dra. M.E.C.; la notaria manifestó que la cuenta en la red social Instagram la abrió en el mes de octubre de 2020 y que conociendo que muchos de sus colegas la utilizan, entendió que no competía des- lealmente con nadie y que el hecho de ser denunciada por la Delegación a la que pertenece, le hizo sentir una discriminación hacia su persona. Que tal denuncia la tomó por sorpresa, ya que nadie de la Delegación la llamó o citó previamente para recriminarle su proceder, el que hubiera revertido de ser necesario para evitar el inicio de las presentes actua- ciones; entendiendo ella que el notariado debe unir a los matriculados y no denunciarlos. Consideró asimismo que sus publicaciones tanto en revistas como en redes sociales, no revisten competencia desleal ya que muchos colegas al igual que ella lo hacen y que las cosas hoy en día

han cambiado y el escribano tiene que "aggiornarse" a los tiempos que corren y, que si alguien se hubiera sentido molesto por tales publicaciones, ella hubiera modificado su contenido. Reconoció sin embargo que la cuenta "Escribanía..." resultó auspiciante del torneo de... Llevado a cabo en el C. A. de..., la entrevista que le hiciera al martillero B por la ley de alquileres y las publicaciones que efectuara en la revista "BS"; hechos éstos a los que, entre otros, se refiere la denuncia.

Analizando concreta y pormenorizadamente las publicaciones realizadas por la notaria denunciada en la red Instagram, las entrevistas a profesionales y los auspicios comerciales arrimados a estos obrados, con inclusión de videos, revistas y otras publicaciones, las que fueran reveladas en el informe técnico informático y el acta notarial a los que nos hemos referido *ut supra*, este Tribunal entiende que esa publicación no condice con la prudencia, medida y decoro que debe reunir la misma.

Los audios, fotos y videos publicados por la denunciada en la red social Instagram con el nombre de usuario: "Escribanía...", no parecen estar imbuidos de esos principios liminares y muy por el contrario, lucen una puesta en escena, con entrevistas a determinadas personas ajenas al quehacer notarial o jurídico, por caso la efectuada –filmación mediante en su notaría– al martillero B preguntándole sobre distintos temas puntuales de la ley de alquileres y la que le hiciera al señor H.R. de una concesionaria VW de..., formulándole preguntas de tono comercial sobre el rubro automotor. En un audio publicado en la misma red social, la escribana "asesora" en forma pública sobre las características, efectos y vigencia de un formulario 08 del Registro de la Propiedad Automotor, para la transferencia de vehículos. En otro pasaje del Instagram de "Escribanía...", la notaria aparece en una foto que representa una actividad ajena a la notarial, y refiriendo que la "@escribanía..." es auspiciante y organizadora del torneo de... denominado CT que se lleva a cabo en el C. A. de la ciudad de...

Y a la profusa prueba acompañada por la Delegación denunciante, se suma un video subido a la mencionada red social, de un musical actuado por la propia escribana... y otras personas que la acompañan, todos con idéntica vestimenta, bailando una coreografía amateur y festejando según ella haber "llegado a los 1000 seguidores".

Estas actividades en redes de la escribana..., dan la pauta de que su comportamiento se encuentra alejado de las normas de medida y decoro que deben imbuir a una profesión tan particular como la del notario, quien debe mostrar ante la sociedad –tal como sucede con los jueces– una actitud ética, moderada y prudente en la ejecución de sus actos, sea en el ámbito público o privado.

El Tribunal Notarial en numerosas resoluciones se ha pronunciado en el sentido de que el ejercicio de la fe pública por delegación del Estado determina características muy especiales y particulares al modo en que un notario pueda dar a conocer al público el ejercicio de su profesión. Deviene de ello una singular prudencia y por ende un estricto cumplimiento de lo normado, teniendo siempre presente que la fe pública no es una mercadería susceptible de medirse, pesarse, comprarse o venderse, sino que es un bien cultural que el notario instrumenta en cada uno de sus actos y el Estado garantiza.

También este Cuerpo ha rescatado en casos similares al que se nos presenta, la distinción que grafica el Diccionario de la Lengua Española, "...entre la palabra **publicidad** que sería el conjunto de medios o recursos que se emplean para difundir una noticia y **propaganda**, que es la acción o efecto de dar a conocer una cosa con el fin de atraer adeptos o compradores..." (Ed. Espasa Calpe SA, 31/1/1970).

El Tribunal está conteste que lo descrito es la distinción que debemos efectuar, ya que en la ley notarial la única publicidad que se permite al notario de manera individual, es hacer conocer a la sociedad "**...la existencia de la escribanía...**" y lo que le prohíbe es realizar propaganda, esto es tratar de atraer clientes a través de anuncios o cualquier otro medio, como si el servicio que prestara fuera una mercancía y el notario ejerciera el comercio, lo que sabemos que por ley está expresamente prohibido.

No obstante lo expresado anteriormente, es innegable el impacto de las redes o plataformas sociales en la vida de las personas, acentuada muy especialmente con el aislamiento provocado por la reciente pandemia mundial, y consecuentemente, su reflejo en el ejercicio de la mayoría de las profesiones. Esto nos lleva a reflexionar, sobre la imperiosa necesidad de contar con legislación que regule esa cuestión.

Entendemos a la ética como el conjunto de normas que valoran el comportamiento humano en una comunidad, y dentro de ella, como una sub-especie, ubicamos a la ética profesional, que es el estudio de los deberes de quienes ejercen una determinada profesión. Ahora, por las características especiales del notario, como profesional de Derecho, pero en ejercicio de una función con interés público, consideramos la existencia de una ética notarial, entendida como el conjunto de principios que permiten establecer si el notario actúa en concordancia con determinados preceptos éticos.

Este Tribunal considera que, para poder analizar adecuadamente este tema, debemos asumir una realidad que es que en la actualidad, las instituciones básicas de la sociedad, sus usos y costumbres fueron sufriendo cambios importantes en su concepto, como por ejemplo familia y matrimonio, entre otros. De modo que el concepto de deber ético notarial también deberá asimilar y reflejar esas modificaciones, adaptándose así a las necesidades de la sociedad actual.

Asumiendo la gran importancia del servicio notarial para la comunidad, es que debemos advertir la necesidad de permitir un mayor conocimiento de los actos notariales, de visibilizar los beneficios de la actividad notarial y destacar las nuevas incumbencias que el notariado logró a través del estudio y la actualización constante, resultando menester la difusión de los beneficios específicos y concretos de nuestra profesión.

No podemos, ni debemos negar, la incorporación de las nuevas tecnologías en la vida actual, ya sea como instrumento de comunicación o como medio de información, tanto para las personas en general como para los profesionales en particular, incluidos los escribanos. Es un hecho irrefutable que en estos tiempos las personas buscan la respuesta a sus inquietudes o interrogantes y la solución a sus problemas en las redes sociales, provocando una zona gris, donde conviven la publicidad profesional y los medios virtuales.

En este punto debemos tener en claro que, independientemente del medio o formato que utilice el notario para publicitar su actividad, deberá cumplir con los principios básicos establecidos en la normativa notarial (decreto ley 9020/78 y decreto reglamentario) tales como el decoro, dignidad, respeto, imparcialidad, secreto profesional, entre otros. De modo que es nuestra opinión, que la mera pertenencia o utilización de plata-

formas sociales por parte de los notarios, *per se*, no presenta inconvenientes en la medida en que sea ejercida como en el ámbito presencial y sin apartarse de los principios éticos notariales. Es de suma importancia entender que el impacto de un comportamiento en el ámbito virtual tiene una propagación mucho más fácil y veloz que un accionar presencial; en consecuencia será fundamental que el notario comprenda esta situación, y que actúe reflexivamente, asimilando dichas consecuencias para evitar así, producir un acto merecedor de un reproche ético.

Que aún reconociendo este Tribunal la utilización de las nuevas tecnologías, como medio de publicidad, consideramos que en este caso se excedieron los límites aceptables

Por ello,

y en uso de sus atribuciones, conferidas por los arts. 38; 41 inc. 1); 65 y concordantes del decreto-ley 9020/78,

EL TRIBUNAL NOTARIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Resuelve:

- I.- AMONESTAR a la Notaria..., Colegiada N°..., Titular del Registro N°... del Partido de... (art. 65 inc. 1, con más la accesoria del art. 66 del mismo cuerpo legal).
- II.- Notificar la presente resolución a la Notaria... con copia íntegra de la misma (arts. 49 dec-ley 9020/78 y 27 (decreto 3887/98)).
- III.- Archivar copia de la presente en el Libro de Resoluciones del Tribunal Notarial.

FIRMADO: Not. Nilda Cecilia Saling, Presidente;

Not. Marcela Edith Rapa; Not. Gabriela Verna;

Not. Alberto Jorge Malvino; Not. Roberto Daniel Mayo;

Not. María del Rosario Paso.

Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

Áreas y Comisiones Asesoras

PRESIDENTE / Diego Leandro MOLINA

Unión Internacional del Notariado

Consejo Federal del Notariado Argentino (CFNA)

Encuentros plenarios de delegaciones

Relación con la Legislatura

Equipo de Comunicaciones Presidencia

Instituto de Documentación Digital

VICEPRESIDENTE 1° / Alicia Noemí BROCCARDO

Archivo de Actuaciones Notariales

Centro Institucional de Mediación

Departamento de Registros Especiales

Departamento de Inspección General

Oficina de Regularización Dominial y Vivienda Social

Tribunal de control de los RNRD

Comisión de Compromiso Social, Vivienda y Hábitat: Manuel José Carricajo (Presidente); Julia Irene Díaz; Francisco Alejandro Chicote; María Jimena Brusco; Emilio Ballina Benites; Carolina Boltiansky; Liliana Cossini; Pablo Javier Courett; Roberto Pablo Silbert.

Comisión de Congresos, Jornadas y Encuentros: Maximiliano Molina (Presidente); Vilma Claudia Roselló; Marina Susana Eyra Villar; Maisa Lorena Di Leo Recalde; Gabriela Dina Piccardo; Fernanda Morán de Cosola; Marcelo Falbo; Verónica Andrea Galiana; Ana Clara Sabatini Ayarra.

Comisión de Regularización Dominial: Marcela Voiscovich (Presidente); Carolina Rita Gerino; Esteban Bedoya; Cora María Barreto Peltzer; Juan Luis Cadierno; Luis Marinelli; Luciana Bernardo; Valeria Pierrot.

Comisión de Seguros: Pablo Alexander Balero Reche (Presidente); María Eugenia Grebol; Lidia Rossi; Armando Luis Arcone; María Belén Suares; María Cecilia Sardi; Maximina Zabala.

VICEPRESIDENTE 2° / Nelly Olga LÓPEZ

Tribunal Notarial

Asesoría Tributaria

Biblioteca Jurídica Central "Dalmacio Vélez Sarsfield"

Relación con la Dirección Provincial de Personas Jurídicas y el Ente Provincial

Instituto de Derecho Tributario

Comisión de Concursos: María Cecilia López (Presidente); Gastón Erramouspe; Estefanía Casati; Emiliano Raúl Villalba; Natalia Blasi Bucciarelli; Valeria Pepe; Estela Zubiaurre; Fabiana Balzano Scioletta.

Comisión de Noveles: Juan Andrés Bravo (Presidente); Agustín Valenti; Catalina Malara; Andrés Pianzola; Emilia Zylberg; Catalina Vattuone Marti; Emmanuel Ojeda Georgieff; Pilar Senra; Esteban Ebrecht (oyente).

Comisión de Bibliotecas: Graciela Curuchelar (Presidente); Fabiana Beatriz Ingrassia; Silvia Beatriz Salem; Marina María Copello (novel); Adela Lilia Marino de Vampa; María Guadalupe Eiras.

Comisión de Personas Jurídicas: Marcos Heredia (Presidente); Jano Pachó; Laura Isabel Bresso; Martín Leandro Russo; María de las Mercedes Lynn Berecibar; Marcela Alejandra Muscariello; Leonardo Daniel Villegas; Ariel Martín Moreno.

SECRETARIA DE GOBIERNO / Karen Maína WEISS

Asesoría Notarial Personalizada	Lavina; Guillermo Borges; Felipe Basanta; Milena García; Mario Germán Bordenave; Verónica Storti; Sebastián Ugalde; Gabriela Alejandra Vaccaro; Ana Antonieta Lavecchia; Laura Inés Vázquez; Pablo Adrián Álvarez; Delia María Miranda.
Coordinación de Gestión	
Relación con ARBA	
Relación con la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad	Comisión de Asuntos Fiscales y Administrativos: Brígida Gloria Raffo (Presidente); Osvaldo Natalio Togni; María Alejandra Re; Florencia Gómez; Nicolás Másoli; Bárbara Drake; Patricia Edith Montes; Juan Ignacio Rodríguez.
Relación con municipalidades	
Instituto de Derecho Registral	Comisión de Legislación y Jurisprudencia: Rodolfo Vizcarra (Presidente); Mariana Hefling; Daniela Villares; Juana Bovati; Andrea Fernanda Salvini; Marcela Spina; Gastón Renato di Castelnuovo; Franco Spaccasassi; María Losardo.
Comisión de Asesores Registrales: Magdalena de Vega; Alfredo Ceferino Troilo Marcos; Mariana Armendariz; Carlos Martín Pagni; María del Carmen Kiricos; Viviana Rita María Pellegrino de Scotto	

SECRETARIO DE ADMINISTRACIÓN / Patricio Rodolfo VILLAMAYOR

Desarrollos informáticos para la administración	Comisión de Personal y Administración: María Florencia Perés (Presidente); Juan Pablo González Fortini; Francisco Eitel Barreto Peltzer; Rodrigo Aguirre (novel); Estela Susana Luis; Marcela Pizarro; Nicolás Alejandro Ruzzante; Martín Guerrieri; Mariana Moral.
Departamento de Recursos Humanos	

SECRETARIA DE ASUNTOS PREVISIONALES / María Paula VELILLA

División Atención de la Salud	Comisión de Jubilaciones y Subsidios: Laura Susana Montani (Presidente); Roberto Adrián Favelis; Alicia Susana Salvatore; Susana María Wallace; María del Carmen Gaudino; Rebeca Waisman; Horacio Ramón Iribarren; Stella Maris Perdiel.
División Jubilaciones y Subsidios	
División Préstamos y Turismo	Comisión de Préstamos y Turismo: Gustavo Emanuel Mittica (Presidente); Juan Pedro Calou; Matías Wertheimer; Eugenia Irene María Bagnoli; Gustavo Görg; Pedro Ilarregui; María Florencia Moussou; Daniel Cristian Franco; Lorena Suanno.
Comisión de Atención de la Salud: María Nélica Dómina (Presidente); Natalia Martínez Dodda; Pablo Alejandro Di Giano; Silvina Verónica Bento; María Lía Iriarte; Haydée Sabina Podrez Yaniz; Raúl Alberto Borges; Juan Pablo Giannini; Ramiro María Flores; Aldana Miliozzi; Esteban Morcillo; Juan Esteban Fal; Gustavo Alfredo Silva; Mónica Esther Saluppo; Laura Marisa Patricio; María Fernanda Lorenzo Mendy; María Carolina Méndez.	

SECRETARIA DE RELACIONES INSTITUCIONALES / Carina PÉREZ LOZANO

Boletín Informativo

Universidad Notarial Argentina (UNA)

Curso de Ética

Delegados de la Universidad Notarial Argentina

Escuelas apadrinadas

Comisión de Extensión Cultural: Otilia Zito Fontán (Presidente); María Cecilia Sacoski; Patricia Mónica Etchegoyen; María Sol Togni; Gerardo Agustín Clavin; Nilda Beatriz Rosa; Ana María Unchalo; Silvia Ugalde; Haydeé Susana Maggiolo.

Federación de Entidades Profesionales Universitarias (FEPUBA)

Fundación Editora Notarial (FEN)

Comisión de Género y Derechos Humanos: Susana Mabel Surace (Presidente); René Carlos Casas; Kelina Dinet López; María Andrea Sánchez Negrete; María Paula Etchart; Lucía Gianfrancesco; María Lucía Cajarville; Gabriela Samantha Porpich.

Revista Notarial

Sistema Orgánico de Información Notarial (SOIN)

SECRETARIO DE APORTES / Andrés MARTÍNEZ (h)

Asesoría de Aportes

Echeverría; María Emilia Chalela; Romina Trentin; Sebastián de Salas; Sonia Mabel Cardozo; María Alejandra Valero.

Convenio con Fundación Æquitas

Comisión de Aportes: Marina José Catania (Presidente); Cintia Edith Pesciallo; Santiago Martín Taborda; Eugenia Inés Zarranz; Gustavo Aníbal Bras; Marcia Della Rosa; Jorge Daniel Biglieri; Josefina Laurens.

Comisión de Deportes y Recreación: Carla Merlini (Presidente); Fiorella Pía Cacace; Juan Manuel Espil; Julián Eduardo De Marco; Fausto Basanta; Francisco Amaya; Raúl Fernando Das Neves Vargas; Luciano José Loraschi.

Comisión de Interpretación de Arancel y Facturaciones Notariales: María de los Ángeles Pablos (Presidente); Alexis Baltazar Molina; Verónica

TESORERO / Juan Manuel AREA

Auditoría externa

Sitio web institucional (www.colescba.org.ar)

Redes sociales

App institucional

Taller de Producción Gráfica

Departamento Comunicaciones

Comisión de Bancos: Silvia Gabriela Giler (Presidente); Federico Lallement; Javier Francisco Santarone; Juan Antonio Vilanova (h); Enrique Javier Jonas; Fernando Olaberria; Benjamín Tenti; Francisco Calou; Amalia Suhilar.

Comisión de Comunicaciones: Gonzalo Matías Vásquez (Presidente); Mariana Ronchetti; María Na-

talía Sequeiro; Paula Benegas Laria; Cecilia Cuitiño; Carolina Andrea Martínez; María del Pilar Llorens Rocha; Isabel Rosana Soto.

Comisión Especial Registral: María Eugenia Monarca (Presidente); Gabriela Figueredo; Esteban Rafael Tisnés; Suplentes: Jorge Ignacio Cambet; Fernando de Salas; Gonzalo Ricardo Arizmendi.

Comisión de Finanzas: Diego Gustavo Giacomelli (Presidente); Franco de Zorzi; Christian Mauricio Flavio Troglio; Diego Ariel Hollmann; Nicolás Cavagna; Pedro Salvador Coccoza; Ignacio Agustín Vilhena; Eduardo Bras.

Comisión de Imprenta: Carlos Federico Ballestrin (Presidente); Luca Emanuel Paladino Toledo (novel); Gonzalo Castellar; Delfina Etchart; María Julia Vázquez; María Luciana Villate; Santiago Pinto; Fernando Riaño Laboranti.

PROTESORERA / María Beatriz AGUIRRE

Comisión de Edificios: Alejandro Alberto Glaría (Presidente); Rubén Santiago Stradiot; Eduardo Mario de Jesús Rivarola; Sandra Mirna Fernández; Ignacio Fioramonti; Ana Laura Bastián; Guillermo Agustín Lagier; Julio César Antollini.

Comisión de Hacienda: Juan Ignacio Cavagna (Presidente); Esteban Horacio Colabella; Simón Enrique Labaqui; Juan Matías Morrone; Gastón

Javier Bavera; María Florencia Segura; Eduardo Atilio Brizuela; Maricel Hermida; Cecilia Dubini; Hernán Itoiz; Marisa Alejandra Martín; Marta Catalina Loidi; José Luis Inda; Paola Julieta Pierri; Luis Eugenio Manassero Vilar; Diego Daniel de San Pablo; Mauro Lionel Antinori.

Organismos Notariales

Archivo de Actuaciones Notariales

Centro Institucional de Mediación

Directora: Graciela Beatriz Curuchelar
Secretaria: Carla Gabriela Balducci
Tesorera: Graciela Vilalta
Colaboradora: María Cristina García
Colaboradora académica:
Mariana Rospide

Departamento de Inspección General

Inspectora General: Olga Haydée Arreseygor
Cuerpo de inspectores:
Inés Bulos, María Cristina Catalano, Ramiro
Hernán Ceballos Depaoli, Silvia Elena Doratti,
Julieta Glaría, Marta Catalina Loidi, María Antonia
Maggi, Paula Mariana Marelló, Luis Alberto Milani,
Virginia Milani, Evangelina Moreno, Selene Eva
Posteraro Sánchez, Liliana Rodríguez Ferro, Matías
Scandroglio,

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: Claudia Maceroni

Fundación Editora Notarial

Comité Ejecutivo
Presidente:
Diego Leandro Molina
Vicepresidente y Directora Ejecutiva:
Alicia Noemí Broccardo
Tesorero: Juan Manuel Area
Secretaria: Karen Maína Weiss
Vocales: Juan Miguel Tamborenea y
Teresa María de los Milagros Gasparin

Tribunal Especial de Control del Funcionamiento de los RNRD

Miembros titulares:
Alberto David López
Luis César Marinelli (h)
Osmar Ariel Pacho
Miembros subrogantes:
Luis Felipe Basanta
Silvia Nelly Fernández de Ayan



CONSEJO DIRECTIVO

Rector Sebastián Justo Cosola

Vicerrector Eduardo Gabriel Clusellas

Secretaria General Karina Vanesa Salierno

Prosecretaria Elba María de los Ángeles Frontini

Tesorero Fernando Sánchez

Consejeros

María Luján A. Lalanne

Néstor Daniel Lamber

Carlos Agustín Sáenz

Consejo Consultivo Honorario

Augusto Mallo Rivas

Néstor O. Pérez Lozano

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 (†)

Rubén Compagnucci De Caso

Natalio Pedro Etchegaray

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

Presidente: Cecilia Saling

Miembros Titulares:

Marcela Rapa

Gabriela Verna

Miembros Subrogantes:

Daniel Mayo

Alberto Malvino

Laura Lucía Villamayor

Asociación de Jubilados y Pensionados Notariales

Presidente: Rubén Darío Barriviera

Vicepresidente: Leyla Leonor Palumbo de Acosta

Secretaria: Beatriz Alejandra López Cafasso

Prosecretaria: Beatriz Gladys Castrillo

Tesorera: Ana María Unchalo

Protesorero: Rafael Alberto Nievas

Vocales titulares

María Susana Torlo

Graciela Ángela Lobato

Martha Beatriz Salas de Mallo Rivas

Dora Rosa Mc Britton

Vocales suplentes

Gabriel Arturo García

Estanislao Raúl Vargas

Gladys Acosta de Peruggini

Revisores de cuentas

Alba Graciela Micheletti

Amanda Azucena Delavault

Lucía Elena Ruiz de Galarreta

Revisores de cuentas suplentes:

Mabel Eulalia Rodríguez

Adda Gramolini

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.

