

Enero / Marzo / 2024 **997**

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 130 - Av. 13 N° 770 (B1900TLG)

La Plata - Provincia de Buenos Aires - República Argentina



CONSEJO DIRECTIVO

2024/2026

Presidente: Guillermo Aníbal LONGHI

Vicepresidente 1º: Maximiliano MOLINA

Vicepresidente 2º: Haydée Sabina PODREZ YANIZ

Secretaria de Gobierno: Carina PÉREZ LOZANO

Secretaria de Asuntos Previsionales: María Paula VELILLA

Secretario de Aportes: Diego Daniel de SAN PABLO

Secretario de Administración: Francisco Eitel BARRETO PELTZER

Secretario de Informática: Andrés MARTÍNEZ (h)

Secretario de Relaciones Institucionales: Carlos Agustín SÁENZ

Tesorera: María Beatriz AGUIRRE

Protesorero: Santiago Francisco Oscar SCATTOLINI

Consejeros

Cristina Noemí ARMELLA	Bruno MAUGERI
Pablo Alexander BALERO RECHE	Carlos María MORELLO
Silvina Verónica BENTO	Juan Matías MORRONE
Zulma Aurora DODDA	Valeria Laura PEPE
Juan Esteban FAL	Laura Marisa PATRICIO
Juan Manuel GARCÍA	Claudio Federico ROSSELLI
Juan Pablo GIANNINI	María Andrea Sánchez NEGRETE
Mariano Martín GUERRA	Lorena SUANNO
Sebastián LASSALLE	Susana Mabel SURACE
María del Pilar LLORENS ROCHA	Sebastián VINAGRE

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	Ariel Martín Moreno Belgrano 252 - (B8000IJF) - Tels. (0291) 452-2953 / 453-9849
DOLORES	Cora María Barreto Peltzer Buenos Aires 536 - (7100) - Tel. (02245) 44-7699
JUNÍN	Hernán Itoiz General Paz 28 - (B6000FKB) - Tel. (0236) 443-2509
LA PLATA	Emilio Eduardo Ballina Benites Calle 48 N° 716 - (B1900AND) - Tel. (0221) 482-9601
LOMAS DE ZAMORA	Gonzalo Matías Vásquez Avda. Meeks 420 - (B1832DEJ) - Tels. (011) 4244-1453 / 6403 / 6408
MAR DEL PLATA	Carlos Martín Pagni 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	Patricio Rodolfo Villamayor San Martín 283 - (B1708IHE) - Tels. (011) 4629-8658 / 4628-8243 / 4627-5093
NECOCHEA	Andrea Fernanda Salvini Calle 65 N° 2755 - (B7630HLY) - Tel. (02262) 43-1482
NUEVE DE JULIO	Pablo Alejandro di Giano 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	Carlos Guillermo Ríos 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	Francisco Alejandro Chicote Avda. Leandro N. Alem 172 (B6400BBO) - Tel. (02392) 42-2105

Sumario 997

Enero/Marzo/2024

Doctrina

El plazo en el fideicomiso y en el dominio fiduciario Marcelo Eduardo Urbaneja	11
Los títulos, la tradición y la función calificadora del Registro de la Propiedad Gastón di Castelnuovo	23
La filiación socioafectiva en la esfera de los vínculos jurídicos Carla Gabriela Balducci	33

Congresos y Jornadas

Superficie para construir y propiedad horizontal Marcela H. Tranchini	59
La incidencia del derecho de opción en la cesión de herencia Tomás Augusto Lamber	67

Derecho Registral

Aspectos a considerar en materia recursiva registral ante una eventual reforma de la ley 17.801 Lorena Muñoz	105
--	-----

Universidad Notarial Argentina

Análisis comparativo del régimen uruguayo y del régimen argentino en la determinación de bienes propios y gananciales desde la óptica del estudio de títulos inmobiliarios. Juan Pablo Villar Domínguez	125
---	-----

Academia Nacional del Notariado

Títulos de adquisición de derechos reales con causa en la
compensación económica

Marcelo Eduardo Urbaneja 153

Técnica notarial en la adquisición de derechos reales con causa
en la compensación económica

Néstor Daniel Lamber 169

Técnica y práctica notarial

Convenio de uso y goce entre condóminos

Pedro Facundo Sáenz 197

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

Doctrina

EL PLAZO EN EL FIDEICOMISO Y EN EL DOMINIO FIDUCIARIO

Marcelo Eduardo Urbaneja

Sumario: A) Introducción. B) Una excepción al límite legal de 30 años: ley 25.080. C) Otra excepción al límite legal de 30 años: beneficiario incapaz o con capacidad restringida. D) Extinción del plazo: fideicomiso y dominio fiduciario.

A) Introducción

Me aboco a tres aspectos del plazo que, en materia de fideicomiso y dominio fiduciario, pueden dar lugar a interrogantes a la hora de su instrumentación. Desde los albores del Código vigente bregué por su elucidación¹, sin que hayan motivado mayor interés en la doctrina a despecho de sus proyecciones prácticas potencialmente vigorosas. Desde aquellas reflexiones de 2017 y 2018 parten estas cuestiones que adicionan otras miradas notariales y ponderan aportes posteriores.

Mientras el capítulo 30 del Título IV del Libro III del CCyC disciplina el contrato de fideicomiso, el siguiente hace lo propio con el dominio fiduciario. La notable desubicación metodológica de este último se hubiera atenuado si las normas de ambos capítulos hubieran sido armonizadas y no, como evidentemente ocurrió, elaboradas con desinteligencias insalvables en asuntos sensibles.

Es prudente apuntar que, más allá de la terminología de ese capítulo 31 (en su rótulo y en su articulado), el carácter fiduciario no se limita al dominio. En el capítulo anterior, particularmente en preceptos medulares a estos fines como son la definición del art. 1666 o los efectos del art. 1682, se alude a la "propiedad", expresión que comprende a todos los derechos patrimoniales. Como me oriento aquí a los derechos reales, partiendo de la mención al dominio y a través, entre otras, de las alusiones del art. 1702, no se abrigan dudas acerca de la proyección cuanto menos al condominio, a la propiedad horizontal y a los conjuntos inmobiliarios en sentido estricto². También abraza a la propiedad superficiaria a través de la remisión legal del art. 2128 a las reglas del dominio revocable (que, por analogía y por los arts. 1666 y 1702, con comodidad alcanzan al dominio fiduciario), siempre que se concatene con la duración emanada del plazo esencial implícito (art. 2117). Rescato conceptualmente la posibilidad de abarcar a

1 Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Práctica notarial de contratos usuales*, Astrea, Buenos Aires, segunda edición, 2017, p. 389 y 390; Urbaneja, Marcelo Eduardo, "Aspectos notariales y registrales del dominio revocable y del dominio fiduciario", ED, diario del 23/11/2018, p. 1 a 4.

2 Para la aplicación de las normas del dominio y del condominio a la propiedad horizontal, véase mi obra Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Propiedad horizontal*, Buenos Aires, El Derecho, segunda edición, 2018, páginas 29 a 31 y siguientes.

los demás derechos reales, como lo hacía López de Zavalía (y por sus mismos argumentos)³.

La directiva de la que parten los análisis es el art. 1668, según el cual el contrato de fideicomiso durará hasta el acaecimiento del plazo o condición resolutoria pactados, pero nunca más allá de 30 años, salvo que alguno de los beneficiarios sea incapaz o capaz restringido, caso en el cual podrá extenderse hasta que adquiera la capacidad o fallezca. Por tanto, y a conciencia de la existencia de otras causales extintivas (comenzando por la preponderante, que es el cumplimiento) me detengo en las derivaciones del plazo.

B) Una excepción al límite legal de 30 años: ley 25.080

Ya con el régimen anterior y también desde 2015, frente a la generalizada omisión autoral vengo recalcando la vigencia y relevancia de una excepción, procedente de la ley 25.080 (año 1998, de Inversiones para Bosques Cultivados). Según su art. 30, cuando el objeto del fideicomiso sea un inmueble sometido al sistema de esa ley, no se aplicaba el límite temporal "del art. 4, inc. c) de la ley 24.441". Ese precepto establecía el plazo máximo del fideicomiso del mismo modo que hoy lo hace el art. 1668, por lo que no caben dudas que le alcanzó al texto vigente de la misma manera. Con fortuna, la ley 27.487, de enero de 2019, modificó el precepto, que para consonar con la interpretación propuesta indica ahora que no se aplicará "la limitación temporal del art. 1668 del Código Civil y Comercial de la Nación".

C) Otra excepción al límite legal de 30 años: beneficiario incapaz o con capacidad restringida

La pauta en la que me intereso ahora surge, como ya se señaló, del citado art. 1668, motivando hoy (como ocurría con la ley 24.441⁴) diversos in-

3 López De Zavalía, Fernando Justo, *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, Zavalía, Buenos Aires, 1996, p. 75.

4 El art. 4, inc. "c", de la ley 24.441 establecía que "nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad".

terrogantes. Siempre se tiene en cuenta a tenor de los términos legales que se trata de beneficiarios personas humanas, sin que quepa analogía de ninguna índole con las personas jurídicas y su extinción (tanto porque la ley no hizo referencia a ellas, a diferencia de otros institutos –v. gr., usufructo y servidumbre, arts. 2152, inc. “b” y 2183, inc. “c”–, como porque podría prolongarse sin término, atento la inexistencia de plazo máximo legal para la existencia de personas jurídicas en general).

No hay alusiones normativas explícitas acerca de la necesidad de aceptación por parte del beneficiario. El esquema que integralmente surge de los arts. 1027 y 1028 en lo general y 1671 en lo particular no trae lineamientos gravitantes. Existen buenos fundamentos para sostener la inexorable aceptación del beneficiario antes de alcanzar el plazo de 30 años (independientemente de la previa actuación judicial si fuere menester, conforme arts. 32, 38, 101 a 103 y concordantes). Es que la supresión del límite temporal legal solamente tiene sentido si se piensa en la gravitación sobre el patrimonio del beneficiario, que requiere su aceptación; de lo contrario, operaría como una suerte de “cabeza de renta” del contrato de renta vitalicia (arts. 1599 y 1606).

Para despejar la temática, solamente tiene sentido considerar la postergación cuando se trate del tope legal, pues no caben dudas que en un fideicomiso con plazo pactado menor a 30 años se podría estipular que el mismo se prolongue en caso de existir un beneficiario en las circunstancias descriptas. Se trataría, en definitiva, de una condición resolutoria combinada con un plazo (arts. 1666, 1667, inc. “c” y 1668).

La primera incógnita que conviene enfrentar es la relativa a la necesidad de pacto expreso en el fideicomiso para poder acogerse al plazo extendido. Estimo que efectivamente es así. Es decir que la mera existencia de un beneficiario con esas calidades no es suficiente para perforar el límite legal si ello no se ha estipulado. Si bien la expresión legal es mejorable, la condicionalidad utilizada (“puede durar”) persuade en el sentido que postulo⁵.

5 En contra, indicando que la sola existencia del beneficiario o fideicomisario con esas características implica activar la perforación del tope temporal, Márquez, José Fernando, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, Hammurabi, Buenos Aires, t. VIII, 2015, comentario al art. 1668 (p. 178).

Se entrelaza a ese tópico el atinente a la posibilidad de someterse a la excepción en los casos de beneficiarios indeterminados o inexistentes (aunque, obviamente, determinables: art. 1671). Piénsese en los conocidos como fideicomisos familiares, en los que los otorgantes pretendan que, de nacer un hijo luego de la celebración del contrato, el mismo sea beneficiario y, además, se someta la duración del fideicomiso al régimen en examen (siempre que, al arribo de los 30 años, ese hijo sea incapaz o capaz restringido). Imagínese también alguna variable de los llamados fideicomisos inmobiliarios, en los que se pretenda que futuros adquirentes de puntuales prerrogativas revistan el carácter de beneficiarios, con la misma intención de extenderse en caso de incapacidad o capacidad restringida (huelga señalar que lo inusual de este planteo en el terreno fáctico no excluye la posibilidad de su viabilidad conceptual).

Entiendo que esta posibilidad está vedada. En mi parecer, las referencias legales ponen en evidencia que la excepción está admitida solamente para beneficiarios existentes y determinados (y solamente operará, como se dijo unas líneas atrás, si hubieren aceptado su posición jurídica). Eso explicaría, por otra parte, que del texto surja la posibilidad de postergar el vencimiento para las personas incapaces y capaces restringidas, sin señalamiento a las otras variables de incapaces de ejercicio como las personas por nacer y los menores. Es que la adquisición de la capacidad para ellos operaría inexorablemente antes de los 30 años, sea por alcanzar la mayoría de edad o por emancipación. Ello también sería argumento para rechazar la posibilidad de sindicarse a beneficiarios inexistentes, aunque determinados: serían casos como la designación de hijos aún no nacidos.

Una lectura muy generosa, con ánimo de disentir con mi interpretación, podría sugerir que la expresión "persona incapaz" señala a todos los enumerados en el art. 24 y no solo a los declarados judicialmente. Sin embargo, veo en el final de la oración inicial del art. 1668 otro elemento más que corrobora la exclusión de los menores y las personas por nacer de esta posibilidad, pues la referencia al "cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad" parece orientada a la revisión del art. 40.

Es claro que la postura que rechazo, además, conduciría a una postergación de la extinción de los fideicomisos en lapsos muy difíciles de estimar al momento de su celebración. Figurémonos el caso de un beneficiario nacido pocos meses antes de la finalización del contrato, que

obligara a aguardar sus dieciocho años de edad. Más aún: si fuera declarado incapaz o con capacidad restringida, podría pensarse en varias décadas.

En sentido contrario se ha pronunciado Kiper, también dejando entrever sus dudas por la descripción legal, y asumiendo precisamente una lectura finalista como la que propugno, pero interpretando que conduce a la conclusión opuesta⁶.

Otro plano para la conjetura aparece al considerar la posibilidad de adherir a la prolongación de los plazos respecto a beneficiarios existentes pero actualmente capaces. Si se coincide en mi opinión acerca de la necesidad de existencia y determinación del beneficiario al momento del otorgamiento del contrato, no encuentro óbice para que en el fideicomiso se estipule que si al llegarse a los 30 años cualquiera de los beneficiarios o alguno en particular fuera incapaz o capaz restringido, su lapso se extendería hasta la finalización de esas calidades. Es cierto que se ingresaría en una cierta órbita de incertidumbre, pero cualitativamente distinta que el supuesto de beneficiarios inexistentes o indeterminados, pues en este caso cualquier tercero sabe, al contratar, quiénes son los que pueden motivar una extensión temporal.

Huelga señalar que todos estos silencios, imprecisiones o ambigüedades demandan modificaciones legislativas que los despejen.

D) Extinción del plazo: fideicomiso y dominio fiduciario

El Código innova respecto al esquema normativo precedente en este punto, y lo hace con notable desacierto desde la literalidad del articulado pues deja dos pautas encontradas.

Entiendo haber sido el primero en la doctrina nacional en señalar (desde principios de 2017⁷), la corrupción de principios que trae el art. 1706, amén de su franca contradicción con la regulación del fideicomiso. Des-

6 Kiper, Claudio Marcelo, "La extinción del contrato de fideicomiso", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, 2017-2, Contratos. Parte especial - 2, p. 359-392, particularmente p. 362.

7 Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Práctica notarial de contratos usuales*, Astrea, Buenos Aires, segunda edición, 2017, p. 389 y 390.

de entonces propicio una lectura sistemática que desemboque en el terreno interpretativo justo.

Según el último párrafo del citado art. 1668, "(c)umplida la condición o pasados treinta años desde el contrato sin haberse cumplido, cesa el fideicomiso y los bienes deben transmitirse por el fiduciario a quien se designa en el contrato. A falta de estipulación deben transmitirse al fiduciante o a sus herederos". La idea armoniza con el art. 1698, según el cual "(p)roducida la extinción del fideicomiso, el fiduciario está obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, a otorgar los instrumentos y a contribuir a las inscripciones registrales que correspondan", y con el art. 1667, inc. "e", alusivo al fideicomisario "a quien deben transmitirse" los bienes. Según los textos reproducidos, al finalizar el plazo del contrato, el fiduciario debe transmitir el dominio a los fideicomisarios, quienes lo adquirirán perfecto. Entonces, el dominio fiduciario no finaliza de pleno derecho, sino que es menester el otorgamiento de la transmisión del fiduciario al destinatario final (fideicomisario, beneficiario o fiduciante), lo que implica cumplir con los recaudos pertinentes (así, para inmuebles, el título y el modo suficientes). Hasta tanto ocurra, el fiduciario continúa siendo titular del dominio (fiduciario). Este escenario era idéntico al previo al 1 de agosto de 2015, más allá de algún artículo distorsivo en la ley 24.441 (el 4, inc. "c") que no tenía la gravedad del que a continuación expongo, y acerca de lo cual también se ha escrito⁸. La jurisprudencia, en los escasos supuestos en los que el punto fuera dirimente de la contienda, fue coincidente⁹.

El art. 1706 incorpora una directiva disonante, al predicar que "producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto". El artículo replica la idea plasmada en el art. 1968 para el dominio revocable, que en ese ámbito resulta ponderable pero respecto del dominio fiduciario introduce un grave factor de conflicto.

8 López de Zavallía, Fernando Justo, *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, Zavallía, Buenos Aires, 1996, p. 90. Para referencias desde los principios generales, antes de la ley 24.441: Kiper, Claudio Marcelo, *Régimen jurídico del dominio fiduciario*, La Ley, Buenos Aires, 1989, p. 249-253.

9 "Centrifin SA s/Concurso preventivo s/Incidente de revisión por Banco Comafi SA", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, 27/11/2006.

En síntesis, mientras los arts. 1668, 1667, inc. "d" y 1698 señalan que la extinción del plazo del contrato no implica la del derecho real, el art. 1706 predica exactamente lo contrario. Ciertamente el primer conjunto articular se dirige al plazo, mientras el último precepto genéricamente abarca todas las causales, pero con ello la contradicción se mantiene cuanto menos para esa causal. En rigor, el art. 1706 desentona también con todas las demás causales extintivas y por los mismos motivos, que explican la parte final de la definición del art. 1666, que no profundizo por ser ajeno a mi propósito en esta nota¹⁰.

De estarse a la exclusiva lectura del art. 1706, el destinatario final de los bienes sería automáticamente titular dominial perfecto a partir del vencimiento del plazo del contrato, sin necesidad de otorgamiento de acto alguno. Sería otro caso de "constituto posesorio" de origen legal, como surge de su texto. No podría derivarse otra lectura del artículo si se atiende que ser "poseedor a nombre" de otro implica ser tenedor, relación de poder incompatible con los derechos reales (arts. 1891 y 1910), además de hacer referencia a un "dueño perfecto" que, por hipótesis, no puede ser él sino el fideicomisario o fiduciante.

La doctrina no se aboca de manera expresa al tema. En general, se contenta con reproducir los preceptos del Código, marcando respecto al art. 1706 que, conforme a su letra, la extinción del dominio fiduciario se produce de pleno derecho (y recordando el constituto posesorio que se genera)¹¹. Otros, sin dejar de invocarlo, al menos aluden también a los

10 Difiero, por ello, del parecer de Jorge H., Ignacio A. y María E. Alterini, quienes señalan que el art. 1706 coincide con el artículo 1698, que alude a la "entrega" y no a la transmisión (Alterini, Jorge Horacio; Alterini, Ignacio Ezequiel; Alterini, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, n° 1088, p. 107). Si a renglón seguido se menciona en este último precepto al otorgamiento de los instrumentos, reputo que se está refiriendo a esas actividades como integrantes de los recaudos transmisivos y no meramente derivados de una transmisión previa (en tal caso, se trataría de un acta -que no se otorga-).

11 Véase, entre otros: Alterini, Jorge Horacio; Alterini, Ignacio Ezequiel; Alterini, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, n° 1088, p. 107; Mariani de Vidal, Marina, y Abella, Adriana Néilda, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Zavallía, Buenos Aires, 2016, tomo 1, pp. 121 y 122; Vázquez, Gabriela Alejandra, *Derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2020, nro 88.14, p. 386; Pepe, Marcelo A., *Derechos reales*, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2024, p. 280. En el mismo sentido Di Chiazza, aunque señalando que la mención del 1706 es "algo confusa" (Di Chiazza, Iván G., *Contratos*, Erreius, Buenos Aires, 2019, p. 620 y 621).

artículos del contrato para indicar que deberá transmitirse¹². Y no faltan quienes, haciendo en principio correctas inferencias en torno a la perduración del carácter del fiduciario luego de la extinción del contrato, a continuación, reiteran la general referencia al 1706 y asombrosamente hasta lo equiparan con artículos de dominio revocable diciendo que estos le son aplicables al dominio fiduciario¹³.

Voces aisladas, como la de Kiper, luego de seguir el proceder doctrinario general (tanto en coautoría con Lisoprawski como en soledad), sin marcar la contradicción expuesta¹⁴, han transitado el sendero adecuado, aunque sin la exégesis de las reglas positivas sino con apelaciones a los principios generales (que son, por cierto, rigurosas)¹⁵. Parecen participar de la tesis acertada Lorenzetti¹⁶ y Márquez¹⁷, aunque sin la contundencia deseable, con la cita de la normativa involucrada. Otras voces siguen el mismo derrotero¹⁸.

-
- 12 Cossari, Nelson G. A., en *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Alterini, Jorge H. (dir.), Alterini, Ignacio E. (coord.) y Cossari, Nelson G. A. (dir. del tomo), La Ley, Buenos Aires, tercera edición, 2019, t. IX, comentario al art. 1964 (en punto a.2.7) señala la extinción de pleno derecho por el 1706, pero inmediatamente, al aludir a la condición, en a.2.7). ii), invoca el 1668 y dice que los bienes "deben transmitirse").
- 13 Leiva Fernández, Luis F. P., *Tratado de los contratos. Parte especial*, La Ley, Buenos Aires, 2017, t. VI, n° 2468 y 2469.
- 14 Lisoprawski, Silvio Víctor y Kiper, Claudio Marcelo (2023; quinta edición actualizada), *Tratado de fideicomiso*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, tomo 1, p. 70.
- 15 Lisoprawski, Silvio Víctor y Kiper, Claudio Marcelo (2023; quinta edición actualizada), *Tratado de fideicomiso*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, tomo 1, p. 535; Kiper, Claudio Marcelo, "La extinción del contrato de fideicomiso", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, 2017-2, Contratos. Parte especial - 2, p. 359-392, particularmente p. 359, 360 y 364. No obstante, señalo que toman el camino de la generalidad de los autores de Derechos Reales en p. 70 y 369, respectivamente, de cada una de las obras citadas, cuando indican que, a tenor del art. 1706, se produce un constituto posesorio.
- 16 Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos. Parte especial*, t. III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, p. 321 y 322.
- 17 Márquez, José Fernando, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, Hammurabi, Buenos Aires, t. VIII, 2015, comentario a los arts. 1668 (p 178) y 1706 (p. 263).
- 18 Muguillo, Roberto A. y Barbier, Eduardo, en *Contratos*, dirigido por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, cuarta edición actualizada y ampliada, 2023, n° 1386.

La contradicción entre ambos postulados legislativos es evidente, y tan inadmisibles desatención del legislador solamente puede superarse por vía de una interpretación que haga prevalecer la letra de los arts. 1668, 1667, inc. d, y 1698, perdurando intacto, del art. 1706, solamente su última parte. La alternativa hermenéutica propiciada, además de resultar la única congruente con el resto del articulado de la figura, es la más apegada a la lógica y a los principios generales. Y, como fundamento que juzgo dirimente, es la única que armoniza con la definición del contrato de fideicomiso del art. 1666.

Como anticipé, Kiper y Lisoprawski formulan afirmaciones ponderables, cuando, discrepando con la regulación registral inmobiliaria que citan, dicen en palabras que hago mías plenamente: "Lo que nos resulta inaceptable es la conclusión de que la verificación del evento resolutorio implique la automática caducidad del dominio fiduciario y el nacimiento del derecho real en cabeza del fideicomisario. El cumplimiento de la condición o vencimiento del plazo sólo generan en el fiduciario el nacimiento y la consecuente exigibilidad de la obligación de transmitir. Extinguen el contrato, no al derecho real".

Si consideramos lo señalado en relación al dominio revocable, la diferencia de tratamiento atiende los contextos diversos de cada uno.

En el dominio revocable el plazo y la condición se establecen directamente sobre el derecho real y no sobre el contrato, dado que la donación o la compraventa, v. gr., son contratos de cumplimiento instantáneo (aunque puedan ser de "ejecución diferida", en los términos del art. 1091). Ninguno de ellos es de tracto continuo o, como rotula el Código Civil y Comercial de la Nación con objetable rigor y dudosa significación, "de larga duración" (art. 1011) o de "ejecución permanente" (art. 1091).

En cambio, en el fideicomiso el plazo se predica del propio contrato, afectando al derecho real sólo indirectamente.

Con la tesitura sugerida, lo que ocurre al vencimiento del fideicomiso es el nacimiento de la prerrogativa del designado en el contrato para exigir la transmisión (arts. 1668 y 1698), cumpliendo, se insiste, los requisitos pertinentes en función del objeto.

Por lo tanto, es absolutamente eficaz el acto del fiduciario que, con plazo contractual o legal vencido, otorga los actos de transmisión de la

titularidad al fideicomisario o fiduciante, que la adquirirán perfecta. En materia de inmuebles, se someterá al régimen general de la prioridad y su reserva, con el tratamiento particular que corren las medidas cautelares en virtud de la separación de patrimonios. Para este otorgamiento no es menester la "prórroga" del contrato (y por lo tanto es irrelevante la controversia acerca de su posibilidad) ni ninguna clase de intervención de fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios que no sean los adquirentes. Estos, en todo caso, podrán accionar contra el fiduciario por el deber de responder en caso de que corresponda, pero ello no afectará la adquisición de la titularidad perfecta. Por ello, solamente a esos fines tendría sentido su participación, y no para que el título circule sin observaciones.

Si, en cambio, se siguiera la tesis de la transmisión de pleno derecho, las consecuencias serían absolutamente disvaliosas e incongruentes con la descripción de la figura y sus efectos. Es que el patrimonio separado (delineado en los arts. 1685 a 1687 como excepción a la regla del 242 en función de su oración final) solamente subsiste en tanto lo propio ocurra con el dominio fiduciario. Extinguido este, además del cambio de titular (ya no será el fiduciario sino el fideicomisario o el fiduciante) habrá una alteración en los caracteres de los bienes, que ingresarán en la garantía común. Por lo tanto, los acreedores que pueden ejecutar el patrimonio fideicomitado (que excluyen a los acreedores de cualquiera de las partes y de los beneficiarios y fideicomisarios: art. 1686) dejarían de tener esa prerrogativa. Más aún: para poder ejecutar esos bienes, que ahora integran el patrimonio de una persona distinta a su deudor, deberían gozar de alguna acción con efecto reipersecutorio (v. gr., fraude o ineficacia concursal –art. 1686– o las demás que permitan agredir al fideicomiso o a la transmisión fiduciaria, como podría ser las de invalidez).

Claro que esto también ocurre con la tesis que promuevo, pero precisamente de esta manera las medidas cautelares que esos acreedores pueden interponer hacen mella en la transmisión, permitiendo la eventual ejecución sin someterse a la garantía común. Con la otra mirada, no hay manera de evitar la transmisión precisamente por producirse automáticamente.

Por eso causa asombro que desde el seno del propio notariado emerja la propuesta de una hermenéutica disonante. Así lo sostuvo una minoría en la 45 Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital

Federal (7 al 9 de agosto de 2024): "8. La extinción del fideicomiso implica la desaparición del patrimonio fideicomitado, cuyos bienes pasan automáticamente a los fideicomisarios. Un fideicomiso extinguido no puede ser restablecido, a diferencia de una sociedad disuelta. (Ponencia votada en minoría, la mayoría rechazó la ponencia). 9. Al extinguirse el fideicomiso, el derecho personal del fideicomisario a adquirir la propiedad se convierte en una titularidad dominial. El fiduciario deja de ser propietario y poseedor, y su relación con la cosa fideicomitada se convierte en mera tenencia desinteresada a nombre del fideicomisario. (Ponencia votada en minoría, la mayoría rechazó la ponencia)".

Si bien saludo que el eco de estos postulados asistemáticos haya sido periférico, es un llamado de atención al legislador acerca de la responsabilidad que le incumbe y que, en este como en vastos segmentos del Código vigente, es hora de asumir, proporcionando normas claras, categóricas y consistentes. Lo acompaña una tradición jurídica heredada de lo mejor del sistema romano-hispánico, que nos alienta en el camino de la justicia.

LOS TÍTULOS, LA TRADICIÓN Y LA FUNCIÓN CALIFICADORA DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Gastón di Castelnuovo

Sumario: 1. Antes del comienzo. 2. Teoría del título y el modo. 3. ¿Qué enviamos al Registro de la Propiedad? 4. ¿Qué dicen esos títulos acerca de la posesión? 5. ¿Qué debe registrar el Registro de la Propiedad? 6. La interpretación de la norma.

1. ANTES DEL COMIENZO

La comúnmente llamada función calificadora de los registros de la propiedad ha sido objeto de interpretaciones diversas y no fueron pocas las ocasiones en las que las cuestiones suscitadas llegaron al ámbito judicial.

Como lo sabemos bien, el tema nos es muy caro a nosotros, notarios. Quién –en la diaria trinchera de la notaría– no ha estado alguna vez aguardando impaciente la inscripción de una escritura enviada al Registro con carácter de “urgente”, cuando, de pronto, sentimos la voz de nuestro adorado gestor ingresando en la notaría, saltamos del sillón y... “¡Hola Dieguito! Decime que trajiste la escritura de...” Y antes de llegar a pronunciar el apellido de nuestro impaciente requirente, nos interrumpe su respuesta: “¡Claro escri!... pero rebotada”. La desazón nos embarga y debemos, entonces, poner manos a la obra, volcar nuestros argumentos e insistir con la rogatoria porque entendemos que nos asiste la razón o... ¡A cumplir con lo solicitado!

En el marco de la Asesoría de nuestro Colegio y también en la del Consejo Federal del Notariado Argentino, a lo largo de los veinticinco años transcurridos desde que se implementó este servicio, que tanto apreciamos todos, hemos recibido muchas veces consultas acerca del tema del que aquí nos ocuparemos. La respuesta fue siempre breve, pero ante la preocupación e insistencia de la colega que en la última ocasión la formulara, creímos conducente profundizarla un poco de modo tal que pudiera leerse un dictamen fundado con mayor detenimiento, sin exceder el marco de nuestros cuadernos de apuntes notariales.

Sin embargo, a poco de comenzar, las cosas se fueron estirando y, teniendo en cuenta que la cuestión lo ameritaba, hemos preferido que llegue, si así lo juzga el señor director, a nuestra Revista Notarial, lugar cuya consulta suele efectuarse con más tiempo y predisposición que los que se tienen en la búsqueda de una rápida respuesta a una consulta de urgencia.

Sin perjuicio de ello, elegimos plantear la cuestión tal como la colega del partido del Santo Isidro lo hiciera. Debía autorizar una escritura de compraventa y al tener con las partes la entrevista de rigor, la futura vendedora le informó que el inmueble se encontraba usurpado, circunstancia

que la compradora conocía pues se trataba del ubicado lindero al que constituía su domicilio. Pese a ello, estaba de acuerdo en adquirirlo para agrandar su casa y porque el precio era considerablemente menor al de plaza, obviamente debido a esa ocupación. Además, había consultado con su abogado quien, luego de conversar con la propietaria, revisar su título de propiedad y las constancias que surgen del acta de comprobación que la vendedora hizo labrar poco tiempo atrás y los informes registrales que él mismo solicitó, le dijo que todo indicaba que la vendedora era la legítima propietaria, que la usurpación llevaba apenas dos años y que se encargaría del trámite de desalojo que, estimó, sería rápido.

La colega no estaba segura de cómo redactar la escritura y temía que el Registro de la Propiedad no la inscribiera, ya que varios colegas le habían dicho que no lo haría si no constaba la entrega de la posesión, afirmación que hace años dijo haber recibido en esta asesoría. Ante ese temor, pensó en redactarla como de costumbre, sin dejar constancia de la particular situación y, en todo caso, redactar la situación real en un escrito que por instrumento privado firmaran las partes, pero la vendedora, asesorada por su letrada, le exigió que constara en la propia escritura.

Ingresaremos entonces en un tema que desde hace años hemos discutido con colegas y con registradores de nuestro Registro y de otros. Para ello, se nos ocurre necesario recordar antes algunos principios.

2. TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO

Nuestro codificador (a Don Dalmacio, obviamente nos referimos), entre los sistemas posibles para regular las mutaciones reales (consensualismo –con o sin forma solemne–, título y modo, consensualismo mitigado, y título y modo imperfecto), optó por el título y el modo.

Así lo dijo claramente el art. 577 del CC: “Antes de la tradición de la cosa el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real”. La nota al pie explica el porqué de su elección. Cita allí al nunca suficientemente reconocido Augusto Teixeira de Freitas¹, que en palabras por demás clarificadoras, dijo: “Por la naturaleza de las cosas, por una simple operación lógica, por un sentimiento espontáneo de justicia, por el interés de la

¹ Más que seguramente por haber nacido mestizo.

seguridad de las relaciones privadas a que se liga la prosperidad general, se comprende desde el primer momento que el derecho real debe manifestarse por otros caracteres, por otros signos que no sean los del derecho personal, y que esos signos deben ser tan visibles y tan públicos cuanto sea posible. No se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce”.

Tal como lo enseñó –y continúa enseñándolo– una y otra vez mi segundo tardío maestro, Don Fernando Justo López de Zavalía, a quien no puede no seguirse en esta como en otras muchas materias, el texto del art. 577 es la pieza clave del sistema de Vélez Sarsfield y el que impide que muchos otros textos, copiados del Código Napoleón y de la doctrina de autores franceses, sean leídos al modo francés. Otras normas ratifican en el Código Civil la imperiosa necesidad de que exista tradición para la adquisición del derecho real, como lo son principalmente los arts. 1371, 2601, 2609 y 3265.

Sin entrar al análisis exhaustivo de la evolución de nuestro derecho inmobiliario, sólo recordaremos que después de optar por el título y el modo, al regular la hipoteca dejó de lado a su “hijo dilecto”, para utilizar y recordar aquí la metáfora empleada por mi maestro. ¿Por qué lo hizo? Pues resultó que como obviamente no podía utilizar como modo la tradición, en lugar de utilizar la inscripción como tal, dispuso que el derecho real de hipoteca naciera para las partes, sus herederos, escribano y demás intervinientes en el acto con el solo título (escritura), pero no para los demás, a quienes para que les fuera oponible exigió la registración. Optó así por el consensualismo mitigado. Como bien señala López de Zavalía, nació entonces el “hijo rebelde”, y su rebeldía no consistió en valerse de la inscripción en lugar de la tradición, pues, como expresamos, no podía ser de otro modo, sino en no haber dado a la inscripción el valor de modo, reduciendo así la inscripción a mera forma de publicidad.

Llegó luego, de manos de las leyes de distintos registros de la propiedad, también en palabras de mi maestro, el “hijo adoptivo” que terminó por destronar al “dilecto”. Así, porque esas leyes exigieron la registración también como medio de publicidad para las demás mutaciones reales. Por lo tanto, todas ellas se rebelaron contra la teoría del título y modo, distinguiendo en la mutación dos momentos: en el primero, la mutación se produce para algunos, pero no para todos, con el solo título; en un segundo, para los demás, con la registración.

Aunque resultaría también conducente recordar esa evolución que tuvo en todos estos aspectos nuestro derecho inmobiliario, excederíamos ya ampliamente el propósito que aquí nos guía.

Sólo añadiremos que las normas que vimos del Código Civil, se encuentran hoy reproducidas en los arts. 750, 1169, 1892 y concordantes del CCyC, con lo cual nada ha mudado². Es decir que, si al título le sumamos la tradición, tendremos ya el derecho real, pero para perfeccionar la mutación es necesaria la inscripción. Así lo impuso el art. 2505 CC, que reconoce entonces que la adquisición o transmisión del derecho se produce fuera del registro, esto es que nace antes de la registración, y la misma directiva la encontramos hoy en el art. 1893 del CCyC.

3. ¿QUÉ ENVIAMOS AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD?

Para ejemplificar con el caso más frecuente –la compraventa– enviamos las escrituras. ¿Y qué es lo que esas escrituras contienen? Pues no otra cosa que la formalización de contratos de compraventa. Es decir que enviamos títulos.

4. ¿QUÉ DICEN ESOS TÍTULOS ACERCA DE LA POSESIÓN?

Entre las declaraciones de las partes a su respecto, con el más que excepcional caso de celebrarse el acto en el mismo inmueble objeto del contrato, nos encontramos habitualmente con frases que expresan que la vendedora entregó el inmueble a la compradora y que esta se encuentra en posesión del bien o similares.

El notario autorizante, salvo la excepción mencionada en cuyo caso la escritura hará también las veces de acta de comprobación de la entrega, ignora o no puede saber y menos dar fe, de que esa entrega realmente se llevó a cabo. Esto no implica que esas declaraciones no tengan su importancia, ya que tendrán pleno valor entre las partes, pero no para

2 Quizás resulte conducente para quienes no lo conocen, recordar que el proyecto sí alteraba las cosas, pues se redactó en un principio de modo tal que la inscripción fuera constitutiva. La rápida intervención de los colegios notariales, el Consejo Federal, la Unión Internacional del Notariado y otras voces de reconocidos juristas lograron impedir tal radical cambio.

los terceros, como lo son los acreedores, por ejemplo, es decir para los terceros que técnicamente se denominan “terceros interesados”, o sea aquellos que sustentan un derecho que resultará perjudicado por la mutación, una incompatibilidad de posiciones jurídicas.

Y no estará demás decir, porque toda ocasión es buena para expresarse, que aún hoy nos encontramos con frases que al respecto de esa posesión expresan, por ejemplo, que “la vendedora entrega a la compradora la posesión del inmueble”, cuando este se encuentra a doscientos kilómetros de la notaría o de la entidad bancaria donde se celebra el acto.

Esto nos lleva a una primera y simple conclusión: si el notario no puede conocer la circunstancia, menos podría conocerla el Registro, pues las declaraciones de las partes al respecto pueden no ser ciertas y sabemos que muchas veces no lo son.

5. ¿QUÉ DEBE REGISTRAR EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD?

Sabemos que debe inscribir documentos, pero ¿cuáles? La respuesta la encontramos en una norma que, como todas, debe ser interpretada, pero en el caso veremos que no puede interpretarse sin salirse necesariamente de las palabras que emplea, pues no hay otra forma de hacerlo si queremos obtener una disposición inteligible.

Esa norma, que nos indica el objeto del *metier* del organismo, es el art. 2 de la ley 17.801, que hoy dice: “De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1890, 1892, 1893 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos: a) Los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles(...)”³.

3 Tal como ya lo expresamos, la ley 26.994 que puso en vigencia el Código Civil y Comercial, no modificó la substancia de la norma, pues sólo reemplazó la mención de los artículos del Código Civil por los del nuevo ordenamiento.

6. LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA

De su simple lectura surge claramente que si el documento no existiera (supuesto de gabinete en el que el requirente rogara la inscripción sin presentar documento alguno) o si existiendo no contiene un título válido, ejerciendo su función calificadora conforme al derecho, el Registro debe denegar –y así lo hace– la inscripción. Por ejemplo, de ingresar un documento que contenga un boleto de compraventa, excepción hecha de alguno de los supuestos en que por expresa disposición de la ley deba hacerlo⁴, no lo registrará.

Ahora bien, con respecto a la posesión, en cambio y como vimos, los documentos que el Registro recibe habitualmente contienen manifestaciones de las partes que indican que se ha entregado, que esa entrega ocurrió en presencia del notario autorizante, que nada se diga o bien que la entrega no ha ocurrido, caso este último que motiva este intento.

Tal como lo señala López de Zavalía⁵, entienden unos que el Registro debe denegar la inscripción. Fundan su posición en lo que creen que señala la letra del artículo mencionado, ya que habla de documentos que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales. Es decir que, para estos autores, si el documento que llega al Registro constituye un título y, además, habla de la tradición, deberá inscribirse (como también si nada dice, para algunos), pero si lo que dice es que no se llevó a cabo, no será objeto de registración.

Creen otros que debe inscribir, postura que sostuvo Jorge Horacio Alterini y que fue una de las conclusiones a las que arribó la Comisión 4 de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil⁶.

4 En el orden nacional, la ley 14.005, por citar uno que se refiere a los boletos de compraventa de lotes a plazo.

5 *Curso Introductorio al Derecho Registral*, Víctor P. de Zavalía SA, p. 257 y sigs. Buenos Aires, 1983.

6 Las Jornadas tuvieron lugar en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata en 1981. La comisión 4 trató el tema "Coordinación entre tradición e inscripción en el Derecho vigente", y concluyó diciendo: "I. La inscripción registral en materia inmobiliaria constituye un nuevo requisito que con fines de publicidad se adiciona al título suficiente y al modo suficiente. II. Las mutaciones jurídico-reales sobre inmuebles no inscriptos son inoponibles a los terceros con interés legítimo que sean de buena fe, tengan o no emplazamiento registral. III. **La tradición no es en la actualidad un presupuesto indispensable de la inscripción registral**". (la negrita nos pertenece).

El maestro tucumano comulga con esta opinión y llega a esa conclusión interpretando la norma citada del único modo que nos parece razonable.

Veamos. Nos dice que el artículo comienza indicando que se inscribirán los documentos de acuerdo con los arts. 2505, 3135 y concordantes del Código Civil⁷.

Lo que se exige es entonces la inscripción del título y no la inscripción del título más la tradición documentada en él.

Advierte que la expresión "documentos que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales", de ser interpretada de modo literal no tendría sentido pues "cuando estamos ante un negocio jurídico documentado el que tiene los efectos del negocio es este y no el documento"⁸.

Si queremos darle un sentido, algo debe cambiarse en la redacción de la norma.

Unos interpretan que deben inscribirse los documentos que contengan negocios jurídicos por los cuales se transmitan derechos reales. Así las cosas, el documento deberá contener el título más la tradición.

Otros –que por fortuna son los más– que los documentos que deben inscribirse son aquellos que contengan negocios que tengan por finalidad la transmisión de derechos reales, aunque de por sí no alcancen ese efecto pues para ello se requiere la tradición.

Ambas interpretaciones se apartan de la literalidad de la norma para hacerla asequible.

Opina que es la segunda interpretación la que concilia la norma con la remisión que efectuaba la norma al art. 2505 del Código Civil que se refiere a la inscripción del título.

El art. 1893 del CCyC, con carácter general para todos los derechos reales, indica hoy que la adquisición o transmisión de derechos reales

7 Léase hoy "(...)" con los arts. 1890, 1892, 1893 y concordantes del CCyC".

8 López de Zavalía, Fernando J., op. cit., p. 258.

constituidos de conformidad con las disposiciones del código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente, y que se considera tal la inscripción registral o la posesión en su caso. Nada ha cambiado y para corroborarlo el último párrafo señala que no pueden prevalecerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real.

De otro modo, resultaría en la práctica complicadísimo exigir la comprobación del cumplimiento de la tradición pues las declaraciones de las partes al respecto no son suficientes ni tienen valor traditivo.⁹

Por otra parte, como también señala López de Zavalía, la ley (art. 23, 17.801) exige al notario que tenga a la vista el título debidamente inscripto y no el título más la entrega de la posesión documentada inscripta.

La conclusión no es otra que: el Registro de la Propiedad **debe entonces inscribir los títulos que tengan por finalidad la constitución, transmisión, etc. de derechos reales, y no debe calificar el hecho de haberse o no producido la tradición.**

9 Conf. art. 1924 CCyC (2378 CC).

LA FILIACIÓN SOCIOAFECTIVA EN LA ESFERA DE LOS VÍNCULOS JURÍDICOS*

Carla Gabriela Balducci

Sumario: I. Introducción. II. Desarrollo. III. Principios jurídicos. III.a. Principios fundamentales de los derechos de niños, niñas y adolescentes (NNA). III.a.1. El interés superior del niño. III.a.2. Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes. III.a.3. Derecho a ser oído. III.a.4. Intervención de NNA en sedes judiciales, administrativas y notariales. IV. La socioafectividad. V. Las claves de interpretación de la socioafectividad en nuestro ordenamiento jurídico. VI. Filiación socioafectiva. VI.a. El progenitor afín: la socioafectividad en la esfera de la responsabilidad parental. VI.b. Adopción por integración y el vínculo parental socioafectivo. VI.c. Pluriparentalidad. VII. El vínculo parental socioafectivo como fuente de vocación sucesoria. VIII. Conclusiones.

* Trabajo presentado por la autora en el marco de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, posgrado de la Facultad de Derecho, UBA.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo a las innovadoras tendencias que posibilitan contemplar los diferentes matices con que las personas humanas estructuran sus proyectos de vida familiar, la socioafectividad cumple un rol de relevancia en el nuevo contexto del derecho de las familias.

Uno de los puntos nodales de reflexión en la esfera jurídica ha de ser el de concederle un reconocimiento de efectos legales, al punto de poder considerarla en determinados supuestos –legislativa o jurisprudencialmente– como una nueva fuente generadora de vínculos de filiación o parentesco, con el consecuente reflejo en el derecho de las sucesiones, originándose un replanteo de las estructuras existentes en nuestra comunidad jurídica hasta este momento.

En virtud de estas apreciaciones, proponemos en este trabajo el estudio de las características de la socioafectividad desde la óptica de los principios jurídicos de índole familiar, y a partir de estas herramientas de análisis, ahondar en sus efectos y consecuencias en los vínculos filiales que genera, con el objetivo de desentrañar si se configura, en virtud de la misma, la procedencia del llamamiento hereditario.

II. DESARROLLO

En cuanto al abordaje de esta temática, deberemos considerarla a la luz de los principios jurídicos que orientan el tratamiento y recepción de las figuras, contemplando los diversos supuestos que se originen en las nuevas construcciones familiares, para merituar el alcance de las disposiciones jurídicas que puedan adoptarse.

III. PRINCIPIOS JURÍDICOS

Se ha afirmado que “los preceptos del Derecho son tantos cuantos son las leyes, pero se distinguen con este nombre tres principios generales de que nace como de su fuente toda la doctrina del Derecho,

y son: 1º vivir honestamente, 2º no hacer mal a otro, 3º dar a cada uno lo suyo”¹.

Así, hallamos las dos grandes divisiones que han acontecido entre los civilistas en cuanto a la definición de principios generales del Derecho se refiere.

Por un lado, la interpretación histórica o positivista, que afirma que los principios generales del Derecho son aquellos que inspiran una determinada legislación positiva. Entiende que los principios, para configurarse como tales, deben tener una consagración positiva o deducirse del régimen jurídico vigente.

Por el otro lado, encontramos la interpretación filosófica o iusnaturalista, que entiende que los principios jurídicos tratan acerca de verdades jurídicas universales, de principios filosóficos que expresan elementos constantes y permanentes que recorren el Derecho, preexisten a la ley. Dentro de esta corriente, se puede llegar a atribuirle al principio una virtualidad renovadora del orden público².

Estas definiciones nos dan las pautas para delinear las funciones que desarrollan estos principios en el Derecho. Dichas funciones pueden encuadrarse en cuanto a las normas jurídicas, ya que las fundamentan y otorgan directrices para la interpretación legislativa, supliendo incluso las ausencias de textos legales específicos; y en cuanto al saber jurídico, ya que brindan una visión panorámica del conocimiento del Derecho, originando la evolución del mismo, en un ámbito de estabilidad.

Los principios jurídicos con incidencia de índole familiar deberán ser valorados más allá de la directriz que trazan en las construcciones dogmáticas de la materia que nos ocupa, deberán ser entonces entendidos como piezas claves para lograr una humanización del Derecho de Familia, por estar originados en las experiencias y deseos de realización humanas en la vida familiar y social.

1 Basset, Úrsula C., *La calificación de bienes en la sociedad conyugal*, Ed. Abeledo-Perrot, 1º ed., Buenos Aires, 2010. p. 228.

2 Basset, U., op. cit. en nota 1.

Dentro de la gama de estos principios jurídicos aplicables a los entornos familiares, podemos citar específicamente el de solidaridad familiar, como también los referidos a los principios fundamentales de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

III.A. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (NNA)

Son postulados provenientes de diferentes convenciones internacionales que han abordado la protección de los derechos de NNA, reconocidos y amparados por nuestra Carta Magna, y que son de la más alta relevancia, constituyendo bases indiscutibles sobre las que se va a cimentar cualquier actividad jurídica que involucre los derechos en cuestión.

III.a.1. El interés superior del niño

Se ha reconocido en numerosos acuerdos y convenciones internacionales la tutela del "interés superior del niño". Este concepto no sólo considera el total reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, sino que se contempla la exigencia de dotar al NNA de una protección especial, en atención a su situación de vulnerabilidad, dado que la constitución de su aparato psíquico se halla aún en proceso de formación.

La implementación de esa protección especial está dirigida a hacer efectivos todos los derechos reconocidos a niños, niñas y adolescentes en las diferentes directivas jurídicas. Se entiende que, para transformarse en un hombre, en una familia, primero debe transitar correctamente las etapas de niño, tener su lugar correspondiente. Los derechos de los niños recibirán entonces esta especial tutela en consideración a su desarrollo evolutivo. Es obligación de los estados, en especial de los órganos de los sistemas de justicia hacer efectivos estos derechos fundamentales. Se trata de la operatividad del principio *favor debilis*.

III.a.2. Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes

Originada normativamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su art. 5º, introduce un compromiso de los estados parte

de respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres o de los miembros de la familia o comunidad, en consonancia con la evolución de las facultades del niño, su dirección y orientación apropiados para que el niño ejerza los derechos que la Convención reconoce³.

Se entiende que la autonomía progresiva es una resultante del aspecto dinámico de la capacidad del individuo, facultándolo, consecuentemente, a tomar intervención en asuntos vinculados a su persona o sus bienes, conforme a su madurez y desarrollo. A los efectos de valorar la autonomía progresiva, se van a considerar ciertos elementos: las características psicofísicas, las aptitudes y el desarrollo del hijo que se halle bajo el régimen de la responsabilidad parental. Este instrumento jurídico va a aplicarse constituyendo un principio de protección del menor, nunca en desmedro de su interés superior⁴.

Al respecto, nos dice Kemelmajer de Carlucci que el criterio de este instituto implica que "a mayor autonomía de la persona, menor es el ámbito de actuación de su representante"⁵. Se ha dicho que en la evolución de la vida humana aparece este carácter progresivo que conlleva a que los progenitores otorguen una ampliación de la capacidad de obrar a los menores, en tanto que se desarrollen la madurez y aptitudes intelectuales y psicológicas de su hijo⁶.

Si bien destacamos como un elemento muy estimable la autonomía progresiva, resultaría una consideración errónea aplicarla indiscriminadamente a todos los casos, sin haber llevado a cabo previamente una estimación de las condiciones de ese niño o adolescente en cuestión, caso contrario, el menor quedaría aún más desamparado. No puede

3 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989. El principio de la autonomía progresiva se encuentra en el artículo 5º, también se hallan aplicaciones específicas de este principio en los arts. 12, 14, 16, 28, 29 y 32 de esta Convención.

4 Abella, Adriana, en comentario al artículo 639 Código Civil y Comercial de la Nación, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, 1ª edición, FEN, Fundación Editora Notarial - Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 4 y ss.

5 Kemelmajer de Carlucci, Aída; Molina de Juan, Mariel F., "La participación del niño y del adolescente en el proceso judicial" RCCyC 2015 (noviembre), 3. Cita online: AR/DOC/3850/2015.

6 Medina, Graciela, "La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación", DFyP 2014 (noviembre), 15. Cita online: AR/DOC/3797/2014.

presumirse en forma genérica, por ejemplo, que un adolescente, por el simple hecho de encontrarse dentro de una determinada franja etaria, esté en condiciones de actuar con la madurez suficiente, a considerarlo abstractamente, *a priori*, apto para resolver los problemas que lo afectan.

Coincidimos con Mizrahi, en que el psiquismo del adolescente se halla en formación, en camino hacia la plena constitución. De tal modo que el adolescente transitará aún un tramo de situación de dependencia de algún familiar adulto, resultando vulnerable en tales circunstancias, incluso puede ser pasible de alguna coerción por parte de ese pariente mayor, con pocas posibilidades de oponerse a dicha situación. Es posible que la exposición del menor al estrés vivido por atravesar el clima de severo conflicto familiar, como el originado en divorcios o cese de convivencia controvertidos de sus progenitores, provoque rasgos de inmadurez a consecuencia de una regresión en su autonomía. En tales casos, va a ser necesario que la protección se amplíe, en la misma medida que la situación de vulnerabilidad del menor ha aumentado. Se ha dicho que "en semejantes situaciones, más que de una autonomía progresiva, se debería hacer alusión a cierta autonomía regresiva"⁷.

III.a.3. Derecho a ser oído

Una de las derivaciones del principio de autonomía progresiva es que el menor tendrá derecho a ser oído, teniendo en cuenta la edad y el rango de madurez en el que él se encuentre. Así, será factible que pueda considerarse su opinión en cuestiones atinentes a su persona, en todos los ámbitos en que él se desenvuelva. Si bien toda persona menor de edad tiene derecho a expresarse sin condicionamientos, siendo considerada y respetada su opinión, no será fundamento exclusivo para las resoluciones que se deban adoptar.

Si se acatara rotundamente lo que hayan verbalizado, implicaría un perjuicio para los menores, al despojarlos del régimen tuitivo que ellos merecen. Las decisiones a tomar deben estar cuidadosamente analizadas, nunca deberán ser parciales, sino meritadas en relación a todo el

7 Mizrahi, Mauricio Luis; Herscovici, Pedro; Díaz Usandivaras, Carlos María, "Niños y adolescentes atrapados en graves conflictos parentales: una visión interdisciplinaria", DFyP 2019 (julio), 15/7/2019, 3. Cita online: AR/DOC/1497/2019.

contexto familiar que está atravesando ese menor, para desentrañar si existe algún condicionamiento de su subjetividad por parte de alguno de los progenitores.

A los efectos de efectuar la interpretación y la supervisión de la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, fue creado el Comité de los Derechos del Niño. Este órgano ha establecido que "el derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención"⁸. Este principio, dentro de los cuatro principios generales, es considerado directriz para la interpretación en aras de que se acaten todos los demás derechos⁹.

El Comité ha manifestado que debe efectuarse una escucha seria de las opiniones vertidas por el niño, quien deberá recibir la oportuna y apropiada información a los efectos de que el menor establezca su propio juicio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en uno de sus fallos, ha expresado que en el decisorio de la Corte Suprema de Chile se había violado el derecho del menor a ser oído y a ser tomado en cuenta dentro del marco de las garantías judiciales¹⁰.

8 Observación General N° 12, Comité de los Derechos del Niño, emitida en Ginebra, 25/5/2009 a 12/6/2009, ap. 1 y 2.

9 El apartado 2 de la mencionada observación (pto. anterior) establece: "El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ('el Comité') ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos".

10 Caso "Atala Riffo y niñas vs. Chile", fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 24/02/2012. La Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que dichos derechos vulnerados estaban expresamente establecidos en la Convención del Niño, y que el fallo de la Corte Suprema de Chile se había limitado a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las menores de edad, pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada, y no teniendo en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño. Apuntó asimismo que, en la decisión judicial recurrida, si bien se esgrimió que se pretendía la protección del interés superior de las niñas, por el contrario, se utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y discriminatorios para fundamentar la decisión. Por tanto, sus conclusiones confluyeron en el concepto de considerar inadmisibles todo lo concerniente a presumir y generalizar en estas cuestiones

III.a.4. Intervención del NNA en sedes judiciales, administrativas y notariales

Teniendo en cuenta lo preceptuado en cuanto al análisis de la autonomía progresiva, el interés superior del NNA y su primordial derecho a ser escuchado, cabe interpretar los mecanismos a considerar para que puedan llevarse a cabo dichas intervenciones.

Los ámbitos en los que el NNA va a poder verter sus opiniones son numerosos, y van a configurarse de acuerdo al entorno cotidiano o algunas veces extraordinario del desarrollo de sus actividades, poniéndose allí de manifiesto el ejercicio de sus derechos. Es muy importante que los operadores jurídicos se hallen capacitados en los valores que actualmente se imponen, contemplando la especial circunstancia de intervenir en casos en los que se hallen involucrados NNA.

IV. LA SOCIOAFECTIVIDAD

Ha cobrado trascendencia el desarrollo del afecto en el ámbito jurídico, dando fundamento al nacimiento de un nuevo concepto jurídico: la socioafectividad¹¹.

Esta noción de socioafectividad se asienta en la idea de la conjunción de dos elementos constitutivos que transforman a lo fáctico esencial: lo social y lo afectivo.

involucradas en el interés superior de los menores. Cita online: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf, compulsada el 2/12/2023.

- 11 De acuerdo a la reglamentación de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (2005), operada en el decreto 415/2006, se señala en su art. 7 que "se entenderá por familia, además de los progenitores, a las personas vinculadas a las niñas, niños y adolescentes por lazos de parentesco o integrantes de la familia ampliada"; agregándose que "podrá asimilarse al concepto de familia a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección". Citas en línea: ley 26.061: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/texact.htm>; y decreto 415/2006: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/115526/norma.htm>, consultadas el 25/11/2003.

Se interconectan ambos conceptos: lo afectivo toma un lugar significativo en lo social, y lo social aparece interpelado por ciertos y determinados afectos¹².

Se entiende que brinda estructura a la multiplicidad de lazos vinculares de índole familiar, en especial, cuando éstos no se hallan contemplados por una norma jurídica¹³.

Las conclusiones de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil delimitaron el alcance del concepto, estimando que "cabe entender por socioafectividad una especie de 'afecto' calificado por la reciprocidad y la cercanía"¹⁴.

Dutto entiende que la particularidad de este nuevo concepto estriba en "reflejar la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellos a modo y semejanza. Bajo esa observación, la socioafectividad integra, complementa y en ocasiones, cubre el silencio legal para optimizar la realización de justicia, fundada en el vínculo afectivo de interdependencia entre los seres humanos y que el entorno social legitima"¹⁵.

En lo referido a la prueba de la socioafectividad, Herrera explica que la definición del afecto calificado "es hábil para profundizar sobre la cuestión probatoria, una faceta central tratándose de un término eminentemente subjetivo, el cual se lo pretende objetivizar al aludir a dos

12 De La Torre, Natalia; Silva, Sabrina A., "Análisis retrospectivo y prospectivo del Derecho filial argentino: voluntad procreacional y socioafectividad", en *Tratado de Derecho de Familia*, Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa (Dir.), T VI-B, Ed. Rubinzal-Culzoni, 11 edición revisada, Santa Fe, 2023, p. 138.

13 Faraoni, Fabián E.; Kowalenko, Andrea S.; Valor, Diana M., "Socioafectividad", *Revista Argumentos*, N° 15, 2022, Sección Dossier, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, p. 53-58. Cita en línea: <https://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/index.php/primera/article/view/279/183>, compulsada el 26/11/2023.

14 Las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Mendoza durante el mes de septiembre de 2022. Las conclusiones de la comisión 7 "Familias", pueden consultarse en línea: <https://mendozalegal.com/omeka/files/original/d3206ba7ee736f4147f6a4da5bee9a27.pdf>, compulsado el 25/11/23.

15 Dutto, Ricardo J., *Socioafectividad y derechos*, Ed. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, p. 51. Op. cit. por De la Torre, Natalia en op cit. en nota 2, p. 138.

elementos básicos: la reciprocidad y la cercanía. Ahora bien, la idea de cercanía debería interpretarse desde una perspectiva moderna, es decir, otorgándole valor a diferentes medios digitales o tecnológicos que permitan construir una cierta cotidianeidad¹⁶.

V. LAS CLAVES DE INTERPRETACIÓN DE LA SOCIOAFECTIVIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

El ingreso de la socioafectividad en nuestro ordenamiento jurídico podrá hacerse efectivo en virtud de una adecuación armónica de normas de carácter constitucional, convencional e infra constitucional, en aras de ofrecer respuestas a situaciones enmarcadas dentro del ámbito familiar¹⁷.

Coincidimos con Krasnow en el sentido de que en relación al sistema de fuentes e interpretación regulado en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), "las normas que contiene –especialmente los arts. 1º a 3º– indican que la respuesta a los problemas propios del derecho de las familias debe elaborarse no dentro del limitado marco que ofrecen las normas de un instituto o del conjunto de enunciados comprendidos en el Libro segundo, 'Relaciones de familia', sino a través de una labor respetuosa del conjunto de principios, valores y normas que hacen al espíritu y contenido del ordenamiento jurídico interno"¹⁸.

Así, a los efectos de instaurar la tutela jurídica a las personas individuales en el ámbito de sus lazos familiares, se deberá dimensionar los vínculos reconocidos por el ordenamiento jurídico, examinando el sistema de parentesco establecido. Asimismo, será indispensable que se amplifique la mirada a los fines de extender la protección, promoviendo la

16 Herrera, Marisa, "Bases del Derecho filial contemporáneo en clave comparada" en Herrera, Marisa y Pérez Gallardo, Leonardo B. (Dirs.), *Derecho de las Familias contemporáneo: avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las Familias cubano*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2023.

17 Kowalenko, Andrea S., "Socioafectividad en el ordenamiento jurídico argentino" en Revista Argumentos, N° 15, 2022, Sección Dossier, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, p. 59-74. Cita en línea: <https://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/index.php/primera/article/view/281/184>, compulsada el 26/11/2023.

18 Krasnow, A., "El despliegue de la socioafectividad en el Derecho de las familias" en Revista de Derecho de Familia, 2017, 81, 57.

incorporación de las personas que, no obstante no hallarse vinculadas entre sí a través de la consanguinidad, componen un entorno de contención familiar, ya que configuran un espacio relevante de referencia afectiva en la vida de las personas.

Se destaca la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en lo atinente al enlazamiento de vínculos familiares articulados con motivo de la socioafectividad. Se deberán integrar también ciertos principios jurídicos de índole familiar o personal, tales como la identidad, igualdad, intimidad, interés superior del niño, solidaridad familiar y todos aquellos que refieran a la protección de la persona y sus derechos.

Pérez Gallardo, citando a Bobbio, comenta que “el ordenamiento jurídico debe entenderse como una unidad sistemática, una totalidad ordenada en el que cada norma inferior se intercomunica con las de igual jerarquía y constituyen todas, los brazos de la propia Constitución”¹⁹.

VI. FILIACIÓN SOCIOAFECTIVA

Al referirnos a la filiación socioafectiva, observamos que el vínculo filial se construye desde el efectivo cumplimiento voluntario y desinteresado de los roles parentales, que pueden plasmarse en la asunción de roles de crianza y cuidados personales diarios, que no se halla basado en lazos jurídicos de consanguinidad, afinidad o adopción. Abarca caracteres de reciprocidad y correspondencia, donde uno de los componentes de ese vínculo es percibido como hijo o hija, y el otro como padre/madre²⁰.

La socioafectividad ha impactado en todo el derecho de las familias, y en especial, en el ámbito de la filiación, siendo reconocida jurídicamente como una pieza fundacional de los vínculos filiales en sí²¹.

19 Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 2002, 4ª reimpresión de la 2ª ed., p. 177 cit. por Pérez Gallardo, Leonardo B. en “El impacto del Código de las Familias en la reforma a las normas de la sucesión *ab intestato* del Código Civil cubano. La teoría de los vasos comunicantes”, RDF 112,5. Cita: TR LALEY AR/DOC/2304/2023, p. 2.

20 Kowalenko, Andrea S. (2021), “El derecho a vivir y desarrollarse en familia: Socioafectividad y vínculo filial”, en Orlandi, Olga y otros, *Derecho de Niñez y Adolescencia. Hacia una disciplina autónoma. Nuevo enfoque jurídico*, p. 171.

21 De La Torre, Natalia; Silva, Sabrina A., op. cit. en nota 12.

Este concepto ha sido diseñado en el derecho brasileño, en virtud del mismo se sientan las bases que sustentan el reconocimiento de la socioafectividad como una causa autónoma de filiación, motivada en "la estabilidad de los lazos familiares contruidos a lo largo de la historia de cada individuo y que constituye el fundamento esencial de la atribución de la paternidad o la maternidad"²².

De acuerdo a la doctrina brasileña, esta figura jurídica fue legalmente introducida por el Código Civil promulgado en 2002, "al admitir no sólo el parentesco natural y civil, sino también el parentesco de otro origen, añadiendo el concepto de socioafectividad"²³. El reconocimiento de la paternidad/maternidad socioafectiva produce tanto efectos patrimoniales como personales, generando el llamado parentesco socioafectivo, para todos los fines del derecho, aplicándose el principio de solidaridad, sobre el fundamento de la dignidad de la persona humana y el interés superior del NNA²⁴.

VI.A. EL PROGENITOR AFÍN: LA SOCIOAFECTIVIDAD EN LA ESFERA DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

La figura del progenitor o progenitora afín ha sido incorporada legalmente en nuestro CCyC, receptando la realidad instalada de la configuración de las familias ensambladas. De esta forma, se la dota de efectos jurídicos apreciados particularmente, respondiendo a la idea de socioafectividad, reafirmado en el ámbito de la convivencia.

22 Dias, María Berenice, "Pluriafectividad y las realidades que merecen ser reconocidas", en Pérez Gallardo y Heras Hernández (Dirs.), *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2022, p. 23, cit. en De la Torre, Natalia en op cit. en nota 12, p. 168.

23 Dias, María Berenice, "Pluriafectividad y las realidades que merecen ser reconocidas", cit. en nota anterior. Se destaca la incidencia de la socioafectividad en el Derecho brasilero, que cuenta con frondosa jurisprudencia. En este contexto, sirvió de antecedente para la modificación operada por la disposición 63 del 14/11/2017 de la Corregiduría Nacional de Justicia de Brasil, mediante la cual se reconoce la posibilidad de determinar la filiación socioafectiva de forma automática ante el Registro Civil.

24 Ibias, Delma Silveira, "Las multiparentalidades y la coexistencia de vínculos socioafectivo y biológico en la visión contemporánea del Derecho", cita online:<http://ibiasesilveira.adv.br/wpcontent/uploads/2018/06/A-multiparentalidade-e-a-coexistencia-dos-vinculos-socioafetivo-e-biologico-na-visao-contemporanea-do-Direito-Delma-Ibias.pdf>, compulsada el 4/12/2023.

El art. 672 CCyC lo conceptualiza, al establecer que "se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente"²⁵.

Si bien la doctrina indica que en el CCyC la denominación alude a la vinculación por parentesco por afinidad, lo cierto es que este vínculo existirá entre el progenitor afín y el niño o adolescente, cuando aquél y el progenitor de este último estén unidos en matrimonio, ya que, de acuerdo al art. 536 CCyC, solamente se originan lazos de tipo parentales por afinidad a través de la unión marital²⁶.

Existiendo en el caso planteado una unión convivencial, no se configurará el vínculo parental indicado, pero independientemente de esta circunstancia estaremos en presencia de un progenitor afín. Molina de Juan explica al respecto que se ha optado por no prescribirse diferenciación en este supuesto, ya que, a pesar de que no exista parentesco, la función desplegada por el conviviente es semejante, en estas familias ensambladas²⁷.

A su vez, se enuncian en el art. 673 CCyC²⁸ los deberes del progenitor o progenitora afín, quien "ingresa al escenario familiar en un quehacer cooperativo, a través de una función de apoyo y complementariedad"²⁹.

25 Conf art. 672. Ley 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación, <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>, compulsado el 27/11/2023.

26 Abella, Adriana en comentario al artículo 672 Código Civil y Comercial de la Nación, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, 1º ed., FEN, Fundación Editora Notarial - Ed. Astrea, Buenos Aires, T III, p. 72.

27 Molina de Juan, Mariel, "El parentesco en el Anteproyecto de Código Civil", JA, 2012-II-47; en Abella, Adriana en comentario al artículo 672 Código Civil y Comercial de la Nación, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, cit. en nota anterior.

28 Art. 673: "Deberes del progenitor afín: El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor. Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental".

29 Grosman, Cecilia, comentarios a los artículos 672 a 677, en Kemelmajer de Carlucci, A. H., *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de la Nación de 2014*, Rubinzal-Culzoni, op. cit. en Kowalenko, Andrea, cit. en nota 7.

También se ha previsto la posibilidad de delegación de la responsabilidad parental al progenitor o progenitora afín dadas ciertas circunstancias específicas, tales como enfermedad, viajes, incapacidad transitoria, contando con la debida homologación judicial, de acuerdo al art. 674 CCyC.

Se agrega otra situación en la normativa, al establecerse la posibilidad del ejercicio de la responsabilidad del progenitor conviviente con el afín, para el supuesto de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor no conviviente, requiriéndose también la homologación judicial.

La regulación establece ciertos efectos jurídicos que emanan de la relación del progenitor afín y el NNA, entre ellos encontramos los alimentos y la comunicación.

Conforme el art. 676 CCyC, se establece, de acuerdo al principio de solidaridad familiar, que la obligación alimentaria en cabeza del progenitor afín es de carácter subsidiario, en relación con los hijos de su cónyuge o conviviente. Puede prolongarse temporalmente esta obligación, en forma excepcional, aún después de la finalización de la convivencia con el NNA, al ocasionarle un daño grave por la alteración del contexto con motivo de la ruptura matrimonial o convivencial.

En lo atinente al derecho de comunicación, el progenitor o progenitora afín pueden requerir un régimen de comunicación con el NNA, fundamentándose dicha petición en un interés afectivo, de acuerdo al art. 646 inc. e CCyC. Esta petición de comunicación abarca también los supuestos de otras personas, que justifiquen un interés y representen un vínculo afectivo con el NNA.

Puede observarse en estos supuestos descriptos, el fundamento de la socioafectividad, que revestirá un rol preponderante para formular el interés legítimo aducido en la petición.

VI.B. ADOPCIÓN POR INTEGRACIÓN Y EL VÍNCULO PARENTAL SOCIOAFECTIVO

Destacamos en señalar como hito legislativo en nuestro país a la regulación jurídica de la adopción por la ley 13.252, constituyéndose en un marco legal precursor en la valorización de la socioafectividad.

Asimismo, de acuerdo al tratamiento brindado en la materia en nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación, en el art. 594 CCyC³⁰, encontramos en la conceptualización jurídica de la adopción el componente de la afectividad, que se perfila a procurar un entorno de contención afectivo y material para el adecuado desarrollo del ser humano en un ambiente familiar. En concordancia, cabe destacar el alcance del concepto de familia que surge del decreto 415/2006, reglamentario de la ley 26.061³¹, el que se amplía, al extenderse también a “vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección”.

Una de las figuras introducidas en el CCyC es la institución jurídica de la adopción de integración, regulada en los arts. 630 a 633, en la que se observa que la socioafectividad que concurre en el enlace de los hechos y la vida cotidiana trasciende a la esfera jurídica, a través de una sentencia judicial.

Se recepta esta figura en el CCyC, tal como se planteara en las declaraciones de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil³², en las que se ha expresado que “es necesario legislar sobre la adopción integrativa del hijo del cónyuge, determinar su naturaleza jurídica, qué supuestos la integran y los efectos que producen”.

En este supuesto, se morigeran los recaudos previos a considerar para que prospere la adopción de la persona, ya que el adoptado vive en el entorno familiar conformado por su progenitor y su cónyuge o conviviente que resulta su pretense adoptante. Así, no se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho, no se exige declaración de adoptabilidad ni de guarda con fines de adopción, tal como se establece entre las reglas aplicables, establecidas por el art. 632 CCyC.

30 Art. 594 CCyC: “La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplace al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código”.

31 Decreto 415/2006, cita en línea: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000119999/115526/norma.htm>, consultado el 2/12/2023.

32 Las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil fueron celebradas en Lomas de Zamora del 27 al 29 de septiembre de 2007.

VI.C. PLURIPARENTALIDAD

Aunque no se halla receptada en nuestra legislación, podemos caracterizarla como "la concurrencia de más de dos personas al deseo y proyecto de hijo y, por consiguiente, la asunción de los roles de cuidados y crianza por parte de todos los adultos implicados"³³.

No obstante, ha sido en nuestra jurisprudencia donde se han contemplado los casos presentados, y se ha resuelto tornando procedentes dichos reclamos, basándose la admisión de la figura en el componente socioafectivo³⁴.

Las conclusiones de las Jornadas Nacionales N° XXVIII celebradas en Mendoza, consideraron la importancia de visibilizar "la trascendencia de los vínculos afectivos en la filiación por naturaleza y la importancia de su reconocimiento, preservación y consolidación en el marco del ejercicio de las acciones de emplazamiento y de desplazamiento filiatorio. No obstante este reconocimiento, paralelamente, se puede ejercer los derechos a conocer los orígenes biológicos, acudiendo a una acción declarativa de certeza, sin afectación del estado socioafectivo que se ostenta. La socioafectividad no es una fuente de la filiación autónoma"³⁵.

VII. EL VÍNCULO PARENTAL SOCIOAFECTIVO COMO FUENTE DE VOCACIÓN SUCESORIA

El profesor Ciuro Caldani ha expresado que "en la sucesión han de coadyuvar, por integración en el mismo nivel, los valores justicia, utilidad y amor. Una sucesión ha de ser justa y útil y ha de abrir cauces al amor"³⁶.

33 Kowalenko, Andrea S., op. cit. en nota 7.

34 Juzgado de Familia de Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba, 11/04/2022, "E.M. M. c/ A.R.D.V. y otro- acciones de filiación", inédito. En el caso planteado, que versaba sobre una petición de una persona de reconocimiento de filiación pluriparental respecto de una adolescente, por configurarse lazo de filiación socioafectiva ejercida desde los primeros meses de vida de la adolescente. La judicante entendió que era procedente dicha pretensión, atendiendo el interés superior de la adolescente, ya que el reclamante tuvo comportamientos y despliegues de roles parentales muy específicos que impactaron de manera positiva en el bienestar y desarrollo de la adolescente, reconociendo entonces la filiación pluriparental.

35 XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Mendoza durante el mes de septiembre de 2022, citadas en nota 14.

36 Ciuro Caldani, Miguel Angel, "Aportes integrativistas al Derecho de sucesiones (La sucesión como

Con referencia a la importancia del vínculo socioafectivo y su correlato con transformarse en fuente de vocación sucesoria –que aún no se halla receptada en nuestro ordenamiento jurídico–, se presentan diferentes criterios doctrinarios.

Orlandi entiende que, en la instauración de vínculos filiatorios provenientes de la socioafectividad, encontramos como elementos indispensables y complementarios a la intensidad y al factor temporal de esos vínculos, como ejes a analizar para justificar la procedencia de la vocación sucesoria. Entiende que, debido a que la filiación socioafectiva no se halla aún reconocida legalmente en nuestro ámbito jurídico, deberá sustanciarse un proceso judicial de conocimiento para determinarlo, a falta de llamamiento legal o para el caso en que el causante no lo haya establecido en forma expresa³⁷.

Por su parte, Iglesias explica que se requeriría ofrecer pruebas del vínculo socioafectivo a quien pretenda que se le reconozcan sus derechos hereditarios como hijo socioafectivo, también podría ser suplida, en caso de acuerdo, por un reconocimiento del resto de los coherederos³⁸.

Pérez Gallardo nos dice que “ha operado un proceso de repersonalización en las relaciones familiares en la búsqueda de atender los intereses más valiosos de las personas humanas: afecto, solidaridad, confianza, respeto y amor. En ese marco relacional, ha nacido un emplazamiento filiatorio del que se genera una nueva filiación: la socioafectiva, que en el derecho cubano tiene los mismos efectos jurídicos que el consanguíneo. Esto tiene también un reflejo en el derecho sucesorio, por tanto, los hijos, cualquiera sea su origen, tendrán derecho a acudir a la sucesión de sus padres o madres. Actualmente, el fundamento afectivo en la

hora de la verdad de la persona física”, Investigación y docencia, N° 40, p. 30. www.centrodefilosofia.org.ar; cita en línea, compulsada el 29/11/2023: https://drive.google.com/file/d/13y7zPuUEYF5jbW9Cc7_d0JcIIQynSjDk/view.

37 Orlandi, Olga; Nieve Bensabath, Catriel Josué, “El reconocimiento de la socioafectividad en el Derecho sucesorio”, en Revista Argumentos, N° 15, 2022, Sección Dossier, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, p. 75-99. Cita en línea: <https://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/index.php/primera/article/view/283/185>, compulsada el 28/11/2023, p. 94.

38 Iglesias, Mariana, “¿Puede la socioafectividad convertirse en fuente de vocación hereditaria en el Derecho argentino vigente?”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 2, Rubinzal-Culzoni, 2020, cit. en Orlandi, Olga; Nieve Bensabath, Catriel Josué, cit. en nota anterior.

sucesión *ab intestato* ha de superar los trazos o huellas esencialmente hematológicas, de tal forma, los parientes socioafectivos irrumpen en los escenarios de los llamamientos legales³⁹.

En la opinión de Medina, al receptar las nuevas conformaciones familiares, como el caso de la multiparentalidad, se requerirá de un marco legal claro y específico, ya que existen nuevos valores que respetar, destacándose la autonomía de la voluntad y el interés superior del niño, se deberá establecer la validez y el alcance de estos nuevos sistemas⁴⁰.

Coincidimos con Orlandi, en el sentido de que podrían admitirse legal o jurisprudencialmente los vínculos socioafectivos que originen vocación sucesoria intestada, desde el derecho de familia, pudiendo aplicar la normativa sucesoria, una vez generado el vínculo parental, otorgando a los parientes socioafectivos reconocidos, la procedencia del llamamiento sucesorio, en una proporción igual o diferenciada a la que surgen de los órdenes hereditarios originados por parentesco. A tales efectos, se deberá contemplar el principio a la no discriminación de la filiación reconocida de acuerdo a la ley o a la decisión judicial. Estas vías legales posibilitarán admitir que la afectividad y la solidaridad familiar justifiquen el llamamiento hereditario, en una atribución que no sea arbitraria y en la que se preserve la seguridad jurídica.

En la actualidad y en tanto no se produzcan estos cambios en nuestro derecho de familia, el futuro causante cuenta con diferentes medios para manifestar la expresión de su autonomía de la voluntad referida a la planificación sucesoria, contemplando los extremos de la socioafectividad, citando a tales efectos las donaciones, las disposiciones testamentarias, los fideicomisos, entre otros. Puede valerse de la elección de un testamento, como instrumento útil para disponer para después de su fallecimiento⁴¹.

39 Pérez Gallardo, Leonardo B., op. cit. en nota 19.

40 Medina, Graciela, "Socioafectividad y Derecho de familia", Revista Jurídica de Buenos Aires, año 45, N° 101, 2020-II-, cit. en op. cit. en nota 18.

41 Orlandi, Olga; Nieve Bensabath, Catriel Josué; op. cit. en nota 18.

VIII. CONCLUSIONES

El análisis efectuado en referencia a la relevancia de la socioafectividad en las relaciones surgidas de los nuevos entramados familiares nos ha permitido establecer los alcances para evaluar las adecuaciones que se imponen en nuestro derecho de familia.

Vemos retratados los nuevos tipos de familia, siendo esencial la consideración de los afectos como fundamento para el nacimiento y consolidación de estos nuevos vínculos familiares. Estos tipos de organización familiar, que fueron formándose en las últimas décadas, como respuesta a la conformación de las comunidades humanas, basadas no sólo en los lazos sanguíneos, sino también en las diversas manifestaciones afectivas, deben encontrar en progresivo reflejo en el ámbito jurídico. La realidad enriquece y resignifica al derecho permanentemente.

En este sistema social podemos hallar los vínculos relativos a la filiación socioafectiva, desplegados en un dinamismo en los que NNA forjan lazos afectivos. En este supuesto, partimos del tratamiento legal desde la óptica de los principios jurídicos de índole familiar, en especial de aquellos relacionados con la tutela del interés superior de NNA, como garante de la socioafectividad, estableciéndose en directriz de las decisiones que se adopten al respecto.

A su vez, hemos analizado la convergencia de la socioafectividad en lo relativo a constituirse en fuente de vocación sucesoria. Entendemos que el merecido reconocimiento a la trascendencia de los lazos afectivos, que posibilita hallar cauces legales a la diversidad de demandas surgidas en los proyectos de vida familiar actuales, implica ampliar su ámbito de aplicación al resto de las ramas jurídicas, entre ellas, el derecho sucesorio. Consideramos que se impone continuar con un debate, ya emprendido por la comunidad jurídica, que aborde efectos y mecanismos, y que posibilite admitir que la afectividad y la solidaridad familiar justifiquen el llamamiento hereditario, en una atribución que no sea arbitraria y en la que se preserve la seguridad jurídica.

Es así como pudimos arribar a las conclusiones que definen la existencia de aspectos relevantes de la socioafectividad, que pueden dar respuestas jurídicas a los planteos originados en los actuales entornos familiares, especialmente en lo atinente a los vínculos filiales. Las

próximas reformas legislativas deberán considerar los nuevos contextos sociofamiliares, a los fines de brindar coherencia al ordenamiento jurídico, logrando la intercomunicación armónica dentro de la unidad sistemática legal, al constituir todas las normas los brazos de la propia Constitución.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

Abella, Adriana en comentario al artículo 639 del Código Civil y Comercial, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, 1º ed., FEN, Fundación Editora Notarial - Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015, T III.

Abella, Adriana en comentario al artículo 672 del Código Civil y Comercial, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, 1º ed., FEN, Fundación Editora Notarial - Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015, T III.

Basset, Úrsula C., *La calificación de bienes en la sociedad conyugal*, Ed. Abeledo-Perrot, 1º ed., Buenos Aires, 2010, p. 228.

Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 2002, 4º reimpresión de la 2º ed., p. 177.

Ciuro Caldani, Miguel Angel, "Aportes integrativistas al Derecho de sucesiones (La sucesión como hora de la verdad de la persona física", *Investigación y docencia*, N° 40, p. 30. Cita en línea: https://drive.google.com/file/d/13y7zPuUEYF5jbW9Cc7_doJcllQy-nSjDk/view, compulsada el 29/11/2023.

De La Torre, Natalia; Silva, Sabrina A., "Análisis retrospectivo y prospectivo del Derecho filial argentino: voluntad procreacional y socioafectividad", en *Tratado de Derecho de Familia*, Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa (Dir.), T VIB, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1º edición revisada, Santa Fe, 2023.

Dutto, Ricardo J., *Socioafectividad y derechos*, Ed. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022.

Faraoni, Fabián E.; Kowalenko, Andrea S.; Valor, Diana M., "Socioafectividad", *Revista Argumentos*, N° 15, 2022, Sección Dossier, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez. Cita en línea: <https://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/index.php/primera/article/view/279/183>, compulsada el 26/11/2023.

Grosman, Cecilia, comentarios a los artículos 672 a 677 en A. H. Kemelmajer de Carlucci, *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de la Nación de 2014*, Rubinzal-Culzoni.

Herrera, Marisa y Pérez Gallardo, Leonardo B. (Dir.), *Derecho de las Familias contemporáneo: avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las Familias cubano*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2023.

Ibias, Delma Silveira, "Las multiparentalidades y la coexistencia de vínculos socioafectivo y biológico en la visión contemporánea del Derecho" cita online: <http://ibiasesilveira.adv.br/wp-content/uploads/2018/06/A-multiparentalidade-e-acoe-xistencia-dos-vinculos-socioafetivo-e-biologico-na-visao-contemporanea-doDireito-Delma-Ibias.pdf>, compulsada el 4/12/2023.

Iglesias, Mariana, "¿Puede la socioafectividad convertirse en fuente de vocación hereditaria en el derecho argentino vigente?", Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 2, Rubinzal Culzoni, 2020.

Kemelmajer de Carlucci, Aída; Molina de Juan, Mariel F., "La participación del niño y del adolescente en el proceso judicial", RCCyC 2015 (noviembre), 3. Cita online: AR/DOC/3850/2015.

Kowalenko, Andrea S. (2021), "El derecho a vivir y desarrollarse en familia: Socioafectividad y vínculo filial", en Orlandi, Olga y otros *Derecho a de Niñez y Adolescencia. Hacia una disciplina autónoma*, Nuevo enfoque jurídico.

Kowalenko, Andrea S., "Socioafectividad en el ordenamiento jurídico argentino" en Revista Argumentos, N° 15, 2022, Sección Dossier, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez. Cita en línea: <https://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/index.php/primer/a/article/view/281/184>, compulsada el 26/11/2023.

Krasnow, A., "El despliegue de la socioafectividad en el Derecho de las familias" en Revista de Derecho de Familia, 2017, 81.

Medina, Graciela, "La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación". DFyP 2014 (noviembre), 15. Cita online: AR/DOC/3797/2014.

Medina, Graciela, "Socioafectividad y derecho de familia", Revista Jurídica de Buenos Aires, año 45, N° 101, 2020-II.

Mizrahi, Mauricio Luis; Herscovici, Pedro; Díaz Usandivaras, Carlos María, "Niños y adolescentes atrapados en graves conflictos parentales: una visión interdisciplinaria", DFyP 2019 (julio) 15/7/2019, 3. Cita on line: AR/DOC/1497/2019.

Molina De Juan, Mariel, "El parentesco en el Anteproyecto de Código Civil", JA, 2012-II-47.

Orlandi, Olga; Nieve Bensabath, Catriel Josué, "El reconocimiento de la socioafectividad en el derecho sucesorio", en Revista Argumentos, N° 15, 2022, Sección Dossier, Cen-

tro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez. Cita en línea: <https://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/index.php/primer/article/view/283/1> 85, (compulsada el 28/11/2023), p. 75-99.

Pérez Gallardo, Leonardo B. y Heras Hernández, María del Mar (Dir.), "Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad", Ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2022.

Pérez Gallardo, Leonardo B., "El impacto del Código de las familias en la reforma a las normas de la sucesión *ab intestato* del Código Civil cubano. La teoría de los vasos comunicantes", RDF 112,5. Cita: TR LALEY AR/DOC/2304/2023.

CONCLUSIONES DE CONGRESOS Y JORNADAS

XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Mendoza durante el mes de septiembre de 2022, comisión 7, "Familias": consulta en línea: <https://mendozalegal.com/omeka/files/original/d3206ba7ee736f4147f6a4da5bee9a27.pdf>, compulsado el 25/11/23.

XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, del 27 al 29 de septiembre de 2007, comisión 5: "Familia".

"Adopción". Cita en línea: <https://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17jornadas-nacionales-de-derecho-civil/93-2007-xxi-jornadas-nacionales-de-derechocivil-universidad-nacional-de-lomas-de-zamora>, compulsada el 2/12/2023.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989. Cita en línea: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, consultada el 3/12/2023.

Ley 26.061: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000114999/110778/texact.htm>; consultada el 25/11/2003.

Decreto 415/2006
<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000119999/115526/norma.htm>, consultada el 25/11/2003.

Ley 26994, Código Civil y Comercial de la Nación, <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/235975/texact.htm>, compulsado el 27/11/2023.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Caso "Atala Rizzo y niñas vs. Chile", fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 24/02/2012. Cita on line: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf, compulsada el 2/12/2023.

Juzgado de Familia de Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba, 11/04/2022, "E.M. M. c/ A.R.D.V. y otro - acciones de filiación", inédito.

Congresos y jornadas

SUPERFICIE PARA CONSTRUIR Y PROPIEDAD HORIZONTAL*

Marcela H. Tranchini

Sumario: I. Conclusiones. 1. Derecho de superficie sobre un inmueble afectado a propiedad horizontal. 2. Propiedad horizontal superficiaria. 3. Extinción. II. Fundamentos. 1. Legitimación. 2. Suerte de las construcciones efectuadas en el inmueble afectado a propiedad horizontal.

* Trabajo presentado por la autora en la comisión N° 6 de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, desarrolladas en Pilar, provincia de Buenos Aires, entre los días 26 y 28 de septiembre de 2024.

I. CONCLUSIONES

1. DERECHO DE SUPERFICIE SOBRE UN INMUEBLE AFECTADO A PROPIEDAD HORIZONTAL

1.1. El derecho de superficie puede constituirse sobre partes comunes y partes privativas del inmueble afectado a propiedad horizontal y propiedad horizontal especial.

1.2. La superficie sobre partes comunes es la que se emplaza en todo o parte del terreno, espacio aéreo o en el subsuelo (arts. 2115 y 2116).

Se encuentran legitimados: 1) El dueño –o los condóminos– que se reserva el derecho real de construir al momento de otorgar el reglamento de propiedad horizontal, o un tercero autorizado. 2) Los propietarios de unidades funcionales, por unanimidad (art. 2052 CCyC). 3) Uno o más titulares de unidades funcionales, con el consentimiento unánime de los propietarios (art. 2052). 4) El consorcio, si está previsto en el reglamento (art. 2056 inc. e), o se decide por unanimidad. 5) Un tercero, si todos los propietarios lo conceden.

El superficiario, salvo que esté prohibido, puede afectar las nuevas construcciones a propiedad horizontal mediante el otorgamiento del reglamento, con separación del terreno que continúa perteneciendo al propietario (art. 2110). En tal caso, coexistirán la propiedad horizontal superficiaria con el régimen horizontal primigenio, durante el plazo, legal o convenido, de duración de la superficie.

Al finalizar el derecho de superficie, las construcciones se integran a la propiedad horizontal original, con la modificación del reglamento.

En el marco de la autonomía de la voluntad puede convenirse que parte de las nuevas unidades funcionales correspondan al superficiario a título de indemnización, otras a los propietarios de las unidades preexistentes, o incluso al consorcio.

1.3. Es posible constituir el derecho de superficie sobre partes privativas en inmuebles de una sola planta en propiedad horizontal. Se recomienda incluirlo en el reglamento; de lo contrario, se necesita la autorización unánime de los propietarios.

También puede aplicarse a unidades planificadas como “a construir” que cumplan con el art. 2039, es decir, que sean espacios aprovechables, independientes y con acceso a la vía pública.

En la propiedad horizontal especial, el derecho de superficie puede establecerse sin el consentimiento de los demás propietarios, siempre que se respeten las limitaciones del reglamento, ya que el terreno es propio.

2. PROPIEDAD HORIZONTAL SUPERFICIARIA

2.1. El superficiario tiene la facultad de afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal, salvo que expresamente lo prohíba el dueño del suelo en el acto constitutivo (art. 2120, II párrafo). La cláusula prohibitiva debe registrarse como limitación.

2.2. La afectación mediante el otorgamiento del reglamento origina el estado de propiedad horizontal superficiaria. Las unidades funcionales, se pueden transmitir y gravar durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de la conformidad del propietario.

2.3. El terreno en que se asienta el edificio no es común de los propietarios superficiarios de las unidades funcionales, que sigue perteneciendo al propietario del suelo.

3. EXTINCIÓN

3.1. La extinción de la superficie por cualquier causa restablece el principio de accesión, sin perjuicio de lo cual puede pactarse que al superficiario se le den en pago unidades a título de indemnización (art. 2126).

3.2. La extinción del derecho de superficie implica la extinción de los derechos reales o personales constituidos por el superficiario. Sin embargo, si la superficie se extingue antes del plazo legal o acordado, para proteger los derechos de terceros, los derechos reales de propiedad horizontal y los derechos sobre las unidades seguirán vigentes.

II. FUNDAMENTOS

DERECHO DE SUPERFICIE SOBRE UN INMUEBLE AFECTADO A PROPIEDAD HORIZONTAL.

Durante las Jornadas de Derecho Civil de Rosario, se criticó la técnica de la ley 25.509 por sus imprecisiones terminológicas y desajustes metodológicos. Se propuso, *de lege ferenda*, la incorporación del "derecho real de superficie en general, con amplitud de fines socioeconómicos".

El CCyC incorpora el derecho real de superficie en su concepción más amplia, ya sea para forestar, plantar o construir, o sobre lo ya forestado, construido o plantado.

En este aporte se abordará la superficie constructiva en relación con la propiedad horizontal.

El titular del dominio o los condóminos del inmueble, al otorgar el reglamento de propiedad horizontal pueden reservarse –o autorizar a un tercero– la facultad de construir nuevas unidades funcionales o partes comunes en el suelo, en el subsuelo o en el espacio aéreo.

Esta posibilidad puede manifestarse como una facultad inherente al dominio o al condominio, o un derecho de naturaleza personal si se autoriza a sobreelevar a un tercero (denominado comúnmente sobreelevación); o como un derecho real de superficie.

El derecho de superficie puede constituirse tanto sobre partes comunes y, aunque no es lo más común, también sobre partes privativas del inmueble afectado a propiedad horizontal o propiedad horizontal especial.

El derecho de superficie en partes comunes del inmueble en propiedad horizontal se emplaza en todo o parte del terreno, del espacio aéreo o en el subsuelo (arts. 2115 y 2116). Es que el espacio aéreo es una proyección del terreno que es una cosa necesariamente común (art. 2041 inc. a). Lo propio puede decirse del subsuelo, a menos que estén construidas en él partes privativas, por ejemplo, cocheras o bauleras.

También pueden darse supuestos en los cuales el derecho de superficie se constituya sobre partes privativas.

Comenzaremos con el derecho de superficie constituido sobre partes comunes.

a) Constitución del derecho real de superficie en partes comunes.

El art. 2116 CCyC permite constituir el derecho de superficie "sobre construcciones ya existentes dentro del régimen de propiedad horizontal".

1. Legitimación

¿Quiénes se encuentran legitimados para constituir el derecho real de superficie?

a) El dueño –o los condóminos– se reserva el derecho real de construir al momento de otorgar el reglamento de propiedad horizontal. También puede autorizar a un tercero.

Es la modalidad que se impone en el tráfico negocial ante la dificultad de lograr el consenso del total de los propietarios luego de la enajenación de todo o parte de las unidades funcionales. La reserva tiene un sentido de prevención de resguardar un derecho para que se ejerza a su tiempo, esto es, cuando se adquieran los distintos derechos reales de propiedad horizontal, momento en el cual la constitución del derecho de superficie requerirá la aquiescencia del total de los propietarios.

La adquisición de unidades funcionales que importa la adhesión al reglamento requiere la aceptación específica de la cláusula. De modo que el derecho de superficie, originariamente reservado a través de un acto jurídico unilateral, deviene en un contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas.

b) Los propietarios de unidades funcionales pueden, por unanimidad, constituir el derecho real de superficie (arts. 2052 y 2118 CCyC).

Aquí el poder de negociación se equilibra y, por lo general, son contratos paritarios.

c) Uno o más titulares de unidades funcionales, en la medida de que cuenten con la unanimidad de los propietarios (art. 2052).

d) El consorcio como persona jurídica privada (arts. 148 inc. h y 2044) tiene la facultad de constituir el derecho de superficie sobre una parte común del edificio si así está previsto en el reglamento (art. 2056 inc. e), o si así se decide por unanimidad.

e) Un tercero, cuando la superficie le es concedida por el total de los propietarios.

2. Suerte de las construcciones efectuadas en el inmueble afectado a propiedad horizontal

Las nuevas construcciones pueden estar destinadas a unidades funcionales, complementarias y aún a partes comunes no necesarias como piscinas, solárium, salón de usos múltiples, etc.

El superficiario puede afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario, excepto pacto en contrario (art. 2110). Pueden presentarse dos alternativas.

a) Que el superficiario otorgue el reglamento de propiedad horizontal (art. 2120) coexistiendo con el régimen horizontal primigenio, durante el plazo de duración de la superficie.

En tal caso, habrá dos regímenes de propiedad horizontal. La propiedad horizontal superficiaria, temporaria, y la propiedad horizontal común de carácter perdurable. Las distintas alternativas arquitectónicas, como la existencia de bienes comunes a ambas propiedades como paliers, salones de usos múltiples, jardines de uso común, requerirán de una serie de matizaciones que deben preverse en el reglamento de origen –o por acuerdos posteriores–, tal como servidumbres entre ambas propiedades. Extinguida la propiedad superficiaria horizontal, las construcciones realizadas se integrarán a la propiedad horizontal, con la modificación del reglamento originario.

b) Que, una vez concluidas las obras, se integren inmediatamente, como nuevas unidades o partes comunes, a la propiedad horizontal originaria mediante la modificación del reglamento. A diferencia del caso anterior, no se requerirá el otorgamiento de reglamento respecto de la propiedad superficiaria.

En ambos supuestos corresponde determinar quiénes serán los dueños de las nuevas unidades funcionales.

Las posibilidades, en el marco de la autonomía de la voluntad, son varias: así puede convenirse que una parte de ellas correspondan al superficiario –o a los terceros a quien este enajenó las unidades– a título de indemnización (art. 2126); a los propietarios de las unidades preexistentes, ya que a ellos corresponde el terreno como cosa necesariamente común (arts. 2125 y 2041 inc. a). Les pertenecerán en condominio y en la proporción de sus alícuotas (2056 inc. f). Luego podrán adjudicarse las distintas unidades.

Incluso, puede pactarse que integren el patrimonio del consorcio.

b) Constitución del derecho real de superficie en partes privativas.

Difícilmente se presente este supuesto en un bloque de edificio. Sin embargo, ello es factible en inmuebles de una sola planta, afectados a propiedad horizontal o propiedad horizontal especial. Todo debe estar previsto en el reglamento, sea a través de una reserva o de una autorización a un tercero; caso contrario, dado que el terreno es común, requerirá la autorización de todos los propietarios.

La casuística es muy rica, pero podemos brindar el ejemplo de los inmuebles de una sola planta en la que, en el reglamento, se autoriza a los propietarios recíprocamente a constituir derecho de superficie. Incluso, es factible en las unidades que planimétricamente figuran como “a construir” y que responden a la prescripción del art. 2039 que dispone: “El derecho de propiedad horizontal se determina en la unidad funcional, que consiste en ... u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino, que tengan independencia funcional, y comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común.”

En la propiedad horizontal especial puede constituirse derecho real de superficie, incluso sobre partes privativas, para construir desde un edificio en propiedad horizontal –en este caso el terreno será común solo a la propiedad horizontal superficiaria (arg. art. 2076)–, hasta locales comerciales o espacios guardacoches y prever la existencia de subconsorcios (art. 2068).

PROPIEDAD HORIZONTAL SUPERFICIARIA

a) Afectación a propiedad horizontal superficiaria

Es la facultad del superficiario de afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal, salvo que expresamente lo prohíba el dueño del suelo en el acto constitutivo (art. 2120, II párrafo).

En este supuesto no hay una propiedad horizontal preexistente.

La afectación da origen a la propiedad horizontal superficiaria de las unidades funcionales, las que se pueden transmitir y gravar, se trate de viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario.

La superficie sobre la totalidad del edificio se establece con separación del terreno perteneciente al propietario. Ello supone que el terreno en que se asienta el inmueble no es común de los propietarios superficiares de las unidades funcionales.

La magnitud del edificio de propiedad horizontal impone penetrar en el subsuelo con cimientos, vigas, cañerías, y demás instalaciones y servicios necesarios para su funcionamiento. La extensión de estas partes del edificio en el subsuelo deberá estar prevista en el título constitutivo de la superficie, a fin de evitar la constitución de múltiples servidumbres (art. 2116 último párrafo).

b) Extinción

Con la extinción de la superficie por cualquiera de las causales previstas se restablece el principio de accesión (art. 2125), sin perjuicio de la cual puede pactarse que al superficiario se le den en pago unidades a título de indemnización (art. 2126).

La extinción de la superficie conduce a la extinción de los derechos reales o personales constituidos por el superficiario, salvo que la superficie se extinga antes del plazo legal o convencional, por ejemplo, por consolidación. Ello, en salvaguarda de los derechos de terceros.

LA INCIDENCIA DEL DERECHO DE OPCIÓN EN LA CESIÓN DE HERENCIA*

Tomás Augusto Lamber

Sumario: 1. Introducción: el cambio de paradigma. 2. Las herencias deferidas antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación. 2.1. Coexistencia de dos ordenamientos diferentes. 2.2. Argumentos a favor de computar el plazo de 10 años para las herencias deferidas antes del 1/8/2015. 2.3. Argumentos a favor de computar el plazo de 20 años para las herencias deferidas después del 1/8/2015 – Comentario al fallo "Juarez, Marcos Ramón s. Sucesión *ab intestato*". 2.4. El accionar notarial. 3. La nueva normalidad: la observancia del derecho de opción en instancia notarial. 3.1. La incidencia en la cesión de derechos hereditarios. 3.2. La calidad de heredero y la responsabilidad profesional. 3.3. El deber notarial de asesoramiento. 3.4. Técnica notarial. 3.5. Supuestos especiales. a. Intimación del heredero. b. Transmisión del derecho de opción. c. Cómputo del plazo a partir de la sentencia de indignidad. 4. El particular impacto sobre la cesión de derechos gananciales. 4.1. Inaplicabilidad del plazo de diez años. 4.2. Alcances de la cesión de derechos gananciales en las sucesiones. 5. El devenir en la cesión de derechos litigiosos. 6. Conclusiones. Anexos. Anexo I: Cláusulas varias sobre el derecho de opción. Anexo II: Modelo de consentimiento informado o minuta insistida. Ponencias. Referencias y Jurisprudencia.

* Primer premio correspondiente al tema 1, "Ejercicio de la función notarial", otorgado por el jurado del XXXV Encuentro Nacional del Notariado Novel, desarrollado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los días 14 y 15 de noviembre de 2024.

1. INTRODUCCIÓN: EL CAMBIO DE PARADIGMA

A partir del 1º de agosto de 2015, conforme art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, los notarios que autoricen una cesión de herencia bajo cualquiera de las modalidades que la ley admite, deberán tomar un recaudo adicional y evaluar cómo ha operado el derecho de opción.

El derecho de opción en derecho sucesorio consiste en un plazo determinado para que los herederos acepten o repudien la herencia a partir de la muerte del *de cujus*.

El cambio más contundente lo observamos en la extensión temporal determinado por la ley: el derogado Código Civil establecía un plazo para ejercer el derecho de opción de veinte años¹; mientras que, de la mano de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, el legislador ha optado por limitar ese plazo al término de diez años². La reducción a la mitad del plazo para ejercer este derecho obedece a una necesidad social de no dejar bienes sin ocupación en cuanto queda configurada implícitamente una disposición más dinámica y rápida del contenido patrimonial de la herencia.

Sin embargo, la consecuencia más gravosa de la reforma legislativa recae sobre los efectos que la ley atribuye al silencio del heredero, es decir, a aquel que no se ha expresado sobre la aceptación de la herencia dentro del plazo previsto, en cuanto el código vigente ha estipulado expresamente la caducidad del derecho de opción y una ficción legal donde se considera al sucesor como renunciante.

El principio plasmado en el art. 2288 CCyC obliga a recontextualizar las prácticas negociales preparatorias para la disposición de los derechos sobre el acervo hereditario en la medida que a partir del próximo año entraremos en una nueva etapa del desarrollo jurídico donde ya no se cuenta con la presunción de que la herencia no ha sido repudiada por la persona que manifiesta su voluntad de disponer los mencionados derechos en los términos que plantea el ordenamiento jurídico nacional, sino ante una nueva normalidad donde puede existir una duda razonable sobre la legitimidad de dicho carácter.

1 Art. 3313. Código Civil. 1869.

2 Art. 2288. Código Civil y Comercial. 2015.

En consecuencia, el presente trabajo propone analizar cuál es el rol del notario ante esta situación –hasta ahora atípica– que deberá incorporar al ejercicio de su profesión y asesoramiento legal, y qué incidencia tendrá sobre las cesiones de herencia y todas sus modalidades, así como las cesiones de derechos hereditarios sobre bienes determinados de la herencia que autorice en su protocolo.

2. LAS HERENCIAS DEFERIDAS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

2.1. COEXISTENCIA DE DOS ORDENAMIENTOS DIFERENTES

En el derecho sucesorio, la muerte real o presunta de una persona produce la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley; y a partir de este hecho queda constituida una situación jurídica de efectos instantáneos lo que trae por consecuencia que los derechos de los herederos deben ser juzgados por la ley vigente en aquel momento³.

En concordancia, Córdoba y Ferrer dicen que “de acuerdo a lo dispuesto en el art. 3 del Código Civil (art. 7º, Código Civil y Comercial) las nuevas normas sucesorias serán aplicables solo a las sucesiones que se abran con posterioridad a la entrada en vigencia, pero no se aplicaran retroactivamente a las que se hubieran abierto con anterioridad, puesto que los efectos derivados de la muerte ya se han cumplido y no pueden ser alterados retroactivamente”⁴.

La ley aplicable sobre las herencias deferidas antes del 1º de agosto 2015 es sin duda el Código Civil, el cual contiene disposiciones e interpretaciones doctrinarias más benévolas y favorables hacia los sucesores en lo atinente al derecho de opción.

3 *Manual de derecho sucesorio*, Medina, G. y Rivera, J. C. (Dir.), p. 62.

4 *Practica del derecho sucesorio*, Córdoba, M. M. y Ferrer, F. A. M., p. 2; *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Kemelmajer de Carlucci, A., p. 165.

Recordamos que el mencionado cuerpo normativo dispone que el plazo para aceptar o repudiar la herencia es de veinte años. Asimismo, transcurrido dicho plazo se perdía la capacidad de elegir aceptar o rechazar la herencia.

La cuestión más polémica circunda alrededor de la persona que no se pronuncia sobre la aceptación o repudio de la herencia y guarda silencio: el avenimiento para el plazo, la caducidad del derecho y la exclusión del heredero en la nueva ley⁵ no encuentra correlato en su antecesor, sino que el efecto que producía el cumplimiento de este plazo era debatido porque no existía una disposición expresa que disponía la caducidad del derecho hereditario sino únicamente sobre el derecho de opción⁶, lo que derivó en un desarrollo doctrinario y jurisprudencial que tendió hacia la aceptación con distintos matices como la solución menos gravosa.

De esa manera, el controvertido caso del silencio del heredero fue resuelto con soluciones dispares que quedaban supeditadas a la existencia de otros coherederos aceptantes: si la persona que guardaba silencio era el único heredero o concurría junto con otros que no hubieran aceptado la herencia, se lo tenía como aceptante; en cambio, si el primero concurría con otros coherederos que hubieran aceptado la herencia, se lo tenía como renunciante.

A las consideraciones de la aceptación han de sumarse los efectos producidos por la intimación que realizara cualquier interesado judicialmente. En este caso, no nos encontramos ante el mero paso del tiempo, sino ante un requerimiento expreso de pronunciarse sobre la herencia. Nuevamente, el Código Civil no estableció sus efectos, sino que la conclusión de la doctrina prevaleciente fue la de considerarlo aceptante al heredero en la medida que no podía presumirse la renuncia y tal constituiría una sanción muy dura para la omisión de una formalidad⁷.

5 Art. 2288 Código Civil y Comercial. 2015.

6 Art. 3313. "El derecho de elegir entre la aceptación y renuncia de la herencia se pierde por el transcurso de veinte años, desde que la sucesión se abrió". Código Civil. 1869.

7 Nota: sin perjuicio de lo expuesto, es menester aclarar que existen posiciones que entendían que el efecto del silencio era equivalente a la renuncia, en especial en los casos donde se realizaba mediante intimación judicial con apercibimiento de considerar al heredero como renunciante en base a la interpretación de la legislación comparada que inspiró la norma argentina (véase art. 481. Codice Civile de Italia).

El art. 2288 del Código Civil y Comercial impone a las herencias deferidas a partir del 1° de agosto de 2015 que, transcurridos diez años desde su apertura, ante el silencio del heredero no solo caduca su derecho de opción a aceptar la herencia, sino que además es tenido como renunciante. En otros términos, la nueva legislación trae aparejada una autentica caducidad del derecho hereditario.

La consecuencia de ejecutar estas normas en la práctica derivara en un asesoramiento y accionar disímil a la medida del caso particular.

A modo de ejemplo, para demostrar las gravísimas diferencias que produce el silencio en ambos ordenamientos, Flamma propone un caso de laboratorio: si a los nueve años y once meses del fallecimiento del causante se intima a un descendiente para que en el plazo de un mes (previo a la entrada en vigencia del nuevo Código) ejerza su derecho de opción y este guarda silencio, la ley lo va a considerar aceptante, pero si dicha intimación se realiza a los nueve años, once meses y un día (luego de la entrada en vigencia del nuevo Código), el mismo silencio lo tendrá por renunciante por aplicación del plazo del art. 2288 del Código Civil y Comercial⁸.

Sin embargo, la postura mencionada en el ejemplo deja entrever la existencia de dos posicionamientos contradictorios y es incierto saber qué dirección asumirán los operadores jurídicos argentinos a partir del 1° de agosto del 2025 hasta tanto no se produzca una controversia, quedando soslayados los argumentos que se detallan a continuación al plano de hipótesis y debates doctrinarios.

2.2. ARGUMENTOS A FAVOR DE COMPUTAR EL PLAZO DE 10 AÑOS PARA LAS HERENCIAS DEFERIDAS ANTES DEL 1/8/2015

Al analizar la aplicación temporal del nuevo código en relación a las situaciones jurídicas existentes, Kemelmajer de Carlucci realiza un planteo importante: el art. 2537 significa una regulación especial sobre los plazos de prescripción en curso, y en materia de sucesiones, sus disposiciones son aplicables por analogía (fundado en el estudio de las fuentes del Código y el derecho comparado) al plazo de caducidad del

8 *El derecho de opción en el Código Civil y Comercial*, Flamma, M. C., p. 125.

art. 2288⁹. Esto significa que los herederos podrán aceptar las sucesiones deferidas con la ley derogada hasta el 1° de agosto de 2025.

La jurista, basándose en una cita a Roubier, explica que la excepción prevista en el art. 2537¹⁰, es decir, la aplicación del plazo más breve a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley es la mejor solución, más justa, en cuanto respeta el principio de irretroactividad de las leyes y no extingue terminantemente el derecho de opción sobre las sucesiones sobre las que no hubo pronunciamiento durante más de diez años sino que tal circunstancia debe comenzar a computarse a partir del 1° de agosto de 2015 conforme el art. 7 del Código Civil y Comercial.

La consecuencia es la caducidad del derecho de opción, incluso cuando no se hubiera cumplido el cómputo de los veinte años previstos en la legislación derogada.

Sebastián Sabene suscribe a lo expuesto y agrega que esto no será así cuando la aplicación de esta regla conduzca a extender el plazo más allá de los veinte años que contemplaba el régimen anterior. Por ejemplo, si el causante falleciera el 1 de agosto del 2000, no regiría el plazo de diez años computado del modo indicado, puesto que, si así lo hiciéramos, el heredero habrá tenido un plazo de veinticinco años para optar, contando con un tiempo incluso mayor al que le reconocía la ley anterior. Ello importaría una conclusión inadmisibles, por lo que debe mantenerse el plazo de veinte años computado desde el fallecimiento del causante¹¹.

La presente tesis postula que el sucesor es titular de un *ius delationis*, es decir, titular de una situación jurídica que todavía no se ha consolidado ni ha mediado consumo jurídico. Al tratarse de consecuencias jurídicas

9 *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Kemelmajer de Carlucci, A., p. 169.

10 Artículo 2537.- "Modificación de los plazos por ley posterior. Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior. Se exceptúa de lo prescripto anteriormente las acciones civiles derivadas de los delitos de lesa humanidad". Código Civil y Comercial. 2015.

11 "El derecho de opción del heredero en el Código Civil y Comercial de la Nación. Primeras reflexiones", Sabene, S. E., 2015.

sobre situaciones pendientes, la aplicación inmediata del nuevo Código importa la incorporación de un nuevo plazo de caducidad del derecho de opción –y el nuevo efecto de tenerlo por renunciante– de diez años a partir de la promulgación de la ley (por aplicación analógica del art. 2537 del Código Civil y Comercial) que se harían extensivas a las sucesiones diferidas con anterioridad al 1º de agosto de 2015.

La reforma es contundente porque trae aparejada la previsión de una consecuencia jurídica que antes no se encontraba expresada por la legislación y cuyos efectos favorables atribuidos al silencio a favor de los herederos operaban por vía pretoriana.

En sus consideraciones sobre la cesión de herencia, Néstor Lamber destaca la particular situación en la que se encuentran los contratantes en estos supuestos: por un lado, se agrega este requisito antes inexistente que determina la caducidad de un derecho a situaciones que todavía no se han consolidado, motivo por el que no equivale a una aplicación retroactiva de la ley sino a la operatividad sobre situaciones vigentes. Por otro lado, la ley vigente es la ley aplicable al momento del fallecimiento del causante (el Código velezano) que admitía un efecto renunciativo ante la omisión de uno o más herederos frente a la aceptación de otros en la interpretación más aceptada, quedando tal plazo limitado ante la no aceptación de ninguno al nuevo termino de caducidad¹².

2.3. ARGUMENTOS A FAVOR DE COMPUTAR EL PLAZO DE 20 AÑOS PARA LAS HERENCIAS DEFERIDAS ANTES DEL 1/8/2015. COMENTARIO AL FALLO “JUAREZ, MARCOS RAMÓN S. SUCESIÓN AB INTESTATO”

En sus consideraciones sobre el tema, Jorgelina Guilisasti sintetiza los motivos por debiera abogarse por respetar el plazo de veinte años hasta su término conforme lo previsto en el Código velezano¹³.

En lo conducente, con la muerte del causante queda constituida una situación jurídica de efectos instantáneos que hace aplicable la ley vigente a ese momento (sin perjuicio de excepciones procesales especiales cuya eficacia opera a partir de su entrada en vigencia), y debiera

¹² *Cesión de derechos hereditarios*, Lamber, N., p. 27-30.

¹³ *El derecho de opción. Cuestiones a debatir a cinco años de vigencia del CCyCN*, Guilisasti, J., p. 265.

rechazarse la aplicación del art. 2537 CCyC en cuanto regula únicamente la prescripción, no así la caducidad, motivo por el que corresponde remitirse a las normas generales establecidas en el art. 7º CCyC a título de no atribuir efectos retroactivos a esta clase de relaciones.

Asimismo, destaca un antecedente judicial posterior a la entrada en vigencia del Código unificado donde los hijos y cónyuge del causante iniciaron un juicio sucesorio en el año 2016 (durante la vigencia del nuevo Código) habiendo transcurrido más de veinte años a partir del fallecimiento del causante, y el tribunal de alzada resolvió que debía aplicarse el art. 3313 del Código Civil y, en consecuencia, considerar a los herederos aceptantes¹⁴. En ese sentido, el tribunal revoca la sentencia apelada que aplicaba inmediatamente las consecuencias del art. 2288 CCyC y opta por respetar los efectos e interpretaciones concordantes al Código Civil sobre el derecho de opción, solución que compartimos.

Indudablemente, la presente tesis importa una solución más favorable para el derecho de los herederos, y hasta el momento hemos visto jurisprudencia que ha admitido la vocación hereditaria en los términos del Código velezano¹⁵.

No obstante, de los fundamentos de la sentencia advertimos que el tribunal no rebate o contradice los argumentos planteados para la aplicación por un plazo más breve.

No se trata de una aplicación plenaria, sino de un criterio interpretativo que circunda alrededor de circunstancias particulares, lo que motiva la siguiente crítica.

Primero, resulta acertada la interpretación del tribunal de aplicar la ley vigente al momento del fallecimiento del causante en cuanto la operatividad del art. 7 CCyC desde su entrada en vigencia y la aplicación del plazo de caducidad de diez años implicaría una solución injusta y una aplicación retroactiva de la ley.

14 "Juarez, Marcos Ramón s. Sucesión *ab intestato*" (2017), Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Dolores, Buenos Aires, Rubinzal Online. Cita: RC J 9918/17.

15 "M., E. A. s/ sucesión *ab intestato*" (2023), Cámara Nacional Civil, sala D, Buenos Aires.

Sin embargo, Roubier y Kemelmajer de Carlucci comparten estos argumentos y en virtud de estas circunstancias proponen que el cómputo de caducidad de diez años debe computarse a partir del 1° de agosto de 2015 y no tenerse por cumplido a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. Se trata de una solución draconiana, pero que tiende a una medida justa y homogénea.

Segundo, la deliberación que se da en autos en cuanto a la tensión existente en la aplicación temporal de las normas sucesorias es limitada por el contexto histórico en el que surge.

La resolución de este agravio se dicta el 5 de diciembre de 2017. En la tesis rebatida, la caducidad en las sucesiones deferidas en los términos de la ley anterior comenzaría a tener efecto a partir del 1° de agosto de 2025 (cumplidos los diez años de la entrada en vigencia del código de fondo). Por lo tanto, incluso adhiriendo a la mencionada, la conclusión para el caso particular sería la misma por encontrarse en término para promover el sucesorio.

Asimismo, encontramos que las consideraciones del tribunal son esquetas en cuanto no refieren a la existencia de situaciones jurídicas pendientes o la improcedencia de plazos más breves para justificar su decisión, sino que es suficiente apelar a la ley aplicable para resolver la cuestión en esos términos. En otras palabras, no es de interés explorar el alcance del Código Civil y Comercial y sus normas especiales dado que la naturaleza del caso particular no demanda su análisis.

El estudio de las situaciones jurídicas pendientes a la entrada en vigencia del nuevo Código merece una especial consideración en la medida que observamos que se trata de un asunto que ha tenido consecuencias en distintos ámbitos que incumben a las relaciones patrimoniales del derecho civil¹⁶, y, próximamente, dichos fundamentos recaerán sobre las sucesiones.

16 "M., M. P. c. K., D. R. s/separación de bienes" (2018), Cámara de Familia de Mendoza; "S., P. L. c. C., A. C. s/ liquidación de régimen de comunidad de bienes" (2019), Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B; "G. N. G. c. S. C. G. s/ liquidación de sociedad conyugal" (2020), Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K; "S. I. G contra P. V. A s/ordinario – liquidación de sociedad conyugal" (2020), Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala II. Nota: en estos fallos, los tribunales de alzada determinaron que, por tratarse de consecuencias, deben evaluarse acorde

Tercero, el tribunal no funda su sentencia basándose exclusivamente en la cuestión de si debe admitir el nuevo plazo caducidad, sino que mediante la herramienta de la equidad trae a colación otros elementos, específicamente que los herederos no han visto controvertido su derecho a la posesión de la herencia, ya sea por otros herederos de rango posterior ni por terceros (por ejemplo, el Ministerio Público), facilitando la resolución.

Nuevamente, las circunstancias del caso no merecían un análisis intensivo y tienden a una solución pacífica, pero las consideraciones de las resoluciones judiciales consisten en la interpretación y aplicación de la norma positiva a circunstancias concretas por lo que es menester considerar si la solución podría ser diferente cuando existiera una controversia y debieran tomarse mayores recaudos ante la oposición de las partes, máxime cuando nos encontremos de cara a este nuevo contexto legislativo.

2.4. EL ACCIONAR NOTARIAL

Independiente de los efectos expuestos previamente, la realidad nos obliga a considerar que, durante el intervalo de consolidar un consenso, los notarios continuaran siendo requeridos para celebrar contratos sobre indivisiones hereditarias.

Cuando un notario se encuentra ante un requerimiento sobre la disposición de los derechos hereditarios debe ponderar estas reglas: el ejercicio del derecho de opción, los actos realizados sobre la indivisión hereditaria y la caducidad del derecho con los particulares efectos renunciativos analizados en el presente capítulo.

Corolario a lo expuesto, el silencio en sí mismo no implica necesariamente un evidente desinterés sobre la herencia, sino que existen formas de aceptación tácita cuando el heredero ejecuta un acto jurídico que no podía ejecutar legalmente sino como propietario de la herencia¹⁷. Al

los arts. 493 a 495 del Código Civil y Comercial de la Nación en el proceso en trámite en el que se han reclamado y no el derogado Código Civil, aun cuando la sentencia de divorcio se dictara antes del 1 de agosto del año 2015. Este es el criterio que se comparte, en tanto no se trata de situaciones consolidadas, pues están pendientes de definición.

17 Art. 3319. Código Civil. 1869.

efecto de la brevedad, es menester mencionar de manera genérica que si la herencia hubiese sido aceptada (expresa o tácitamente), el titular de los derechos hereditarios se encuentra legitimado para celebrar una cesión.

Si bien cualquier análisis se mantiene bajo la órbita de la especulación, en el plano de las cesiones de herencia se podrá ceder hasta el 1º de agosto de 2025 sobre toda sucesión abierta antes de la entrada en vigencia del Código, sin importar la cantidad de años transcurridos entre el fallecimiento del causante y la vigencia de la reforma, salvo: 1) en casos de actualización de vocaciones hereditarias eventuales que se computan desde la resolución de la primera vocación; o 2) que el heredero hubiese perdido el derecho de optar por su silencio ante la aceptación de otro heredero.

Con posterioridad a la mencionada fecha, se recomienda intervenir con precaución conforme las prácticas jurídicas consolidadas y mediante la suscripción de un consentimiento informado en un documento independiente de la escritura pública que haga constar que las partes se notifican de las consecuencias analizadas y celebran el negocio bajo tales condiciones (ver Anexo 2).

3. LA NUEVA NORMALIDAD: LA OBSERVANCIA DEL DERECHO DE OPCIÓN EN INSTANCIA NOTARIAL

3.1. LA INCIDENCIA EN LA CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS

El 1º de agosto de 2025 es una fecha que marcará un cambio de paradigma.

Hasta la fecha, cualquier cesionario que hubiese adquirido los derechos hereditarios de una sucesión regulada por el Código Civil y Comercial, contaba con una seguridad adicional: que el carácter de heredero del cedente no había caducado por el mero paso del tiempo y el plazo del derecho de opción no era más que una preocupación lejana. Sin embargo, habiendo transcurrido una década de la sanción del nuevo código nos vemos obligados a repensar la forma de encarar un proceso sucesorio.

El Código Civil y Comercial de la Nación establece que el derecho de aceptar la herencia caduca a los diez años de la apertura de la sucesión, es decir, al momento del fallecimiento del causante –no el inicio del proceso sucesorio– o la fecha presuntiva de fallecimiento que fije la sentencia en los autos de estilo, y que el heredero que no la haya aceptado en ese plazo es tenido por renunciante.

La ley de fondo es contundente al establecer la caducidad de los derechos hereditarios conjuntamente con el derecho de opción en la medida que la renuncia tiene efectos retroactivos al día del fallecimiento del causante.

Asimismo, observamos que el ordenamiento jurídico prevé diferentes formas de aceptación, lo que significa que la ausencia de un documento escrito durante el mencionado periodo no equivale necesariamente a una renuncia de la herencia, sino que pueden existir otros actos a los que la ley atribuye similares efectos que interrumpen el cómputo de ese plazo. A modo de ejemplo, el tipo de aceptación tácita más frecuente es mediante el inicio del juicio sucesorio.

Recordamos que el código hace una enunciación de carácter taxativo de los actos que implican aceptación tácita, a saber:

- a. la iniciación del juicio sucesorio del causante o la presentación en un juicio en el cual se pretende la calidad de heredero o derechos derivados de tal calidad;
- b. la disposición a título oneroso o gratuito de un bien o el ejercicio de actos posesorios sobre él;
- c. la ocupación o habitación de inmuebles de los que el causante era dueño o condómino después de transcurrido un año del deceso;
- d. el hecho de no oponer la falta de aceptación de la herencia en caso de haber sido demandado en calidad de heredero;
- e. la cesión de los derechos hereditarios, sea a título oneroso o gratuito;
- f. la renuncia de la herencia en favor de alguno o algunos de sus herederos, aunque sea gratuita;

g. la renuncia de la herencia por un precio, aunque sea en favor de todos sus coherederos¹⁸.

En el ámbito notarial, estos efectos tendrán particular incidencia en la celebración de los contratos de cesión de herencia dada su naturaleza jurídica.

La cesión de herencia no es un mero negocio inmobiliario o estrictamente económico, sino que, en los últimos años, se emplaza como un método de planificación familiar y sucesoria ágil y dinámica en la medida que no se encuentra supeditado al inicio de un proceso sucesorio e indirectamente se asimila a un acto de transmisión oneroso o gratuito entre partes¹⁹ y, como se ha mencionado anteriormente, su celebración implica un acto de aceptación que allana la vía hacia la disposición y/o eventual adjudicación de los bienes que conforman las divisiones hereditarias y su oponibilidad frente a terceros²⁰.

Máxime, en un contexto donde una parte significativa de la población nacional está por debajo de la línea de pobreza e indigencia²¹ cuya diferencia se acrecentó en los últimos años²², el contrato de cesión de

18 Art. 2293. Código Civil y Comercial. 2015.

19 Nota: a título de aclaración, el contrato de cesión de herencia no configura un título traslativo del dominio, sino que se trata de contratos aleatorios donde se transmite la vocación sobre una universalidad de bienes (o el resultado de la partición en el caso de la cesión de derechos hereditarios sobre bienes determinados) sujeta a la determinación de los bienes en un proceso sucesorio, la determinación de hijuelas de cada heredero y eventual adjudicación de dichos bienes.

20 "Cantini, Tránsito Abel C/ Manzo Anacleto Pilar y otra S. Usucapión S. Incidentes Civil S/ Incidentes (Civil) (Legajo Apelación Art. 247 CPCC)" (2023), Cámara de Apelaciones-Sala Primera Civil y Comercial de Entre Ríos. Nota: en la admisión de la medida cautelar, la resolución admitió la legitimación del cesionario de herencia para solicitar una medida de no innovar en un juicio de usucapión.

21 "Encuesta Permanente de Hogares. Incidencia de la pobreza y de la indigencia. Resultados del primer semestre de 2024". Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. Nota: el INDEC informó que en el primer semestre de 2024 el 52,9 % de las personas se encontraban bajo la línea de la pobreza y el 18,1 % por debajo de la línea de indigencia.

22 "Nota de Divulgación – Deudas Sociales Estructurales en la Sociedad Argentina". 2023. Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Universidad Católica Argentina. Nota: según las proyecciones de este estudio (que utiliza medidas diferentes a las de INDEC), se proyectó que en 2023 el 49,8 % de

herencia aparece como una alternativa precaria pero atractiva para “titularizar” por su inmediatez y menor costo en comparación a la eventual transmisión de bienes que conforman el acervo hereditario o, en su defecto, por brindar una herramienta que posiciona al cesionario como un acreedor de la herencia con determinadas acciones frente a otros coherederos o terceros para defender su cuota alícuota.

En ese sentido, el escribano público, en su calidad de artífice del contrato de cesión de herencia, tiene el deber de realizar un análisis previo fundado en la protección del orden público con mayores requisitos de los que había empleado hasta la fecha.

Al efecto de llevar adelante un buen y debido asesoramiento jurídico que derive en la celebración de un contrato eficaz, atento a las significativas consecuencias que produce la caducidad del derecho, el autorizante deberá efectuar un “doble examen”, en el que debe balancear estos dos aspectos: el cumplimiento de este plazo de diez años y las conductas que ha adoptado el presunto heredero en relación a los bienes que conforman el acervo hereditario, tratando de prevenir en la medida de lo posible que el cedente no haya sido tenido como renunciante en los términos del Código Civil y Comercial de la Nación.

Sin duda alguna, la labor preventiva del notario se acrecentará por la naturaleza del requerimiento, y la extensión de tal prudencia deberá ser razonable y basada en la buena fe y la diligencia conforme a la complejidad del requerimiento.

La aparente caducidad del derecho será causa eficiente para la elaboración de un documento más delicado, cuya eficacia quedará supeditada a la verificación de los supuestos invocados en instancia judicial o configurará un fundamento para rechazar el requerimiento, mas no debe llevarse estas consideraciones a un absoluto que torne abstracta o imposible la celebración del negocio jurídico en cuanto se encuentra ex-

la población se encontraba bajo la línea de pobreza y el 13,1 % por debajo de la línea de indigencia, mientras que en 2024 el 55,5 % de la población se encontraría bajo la línea de pobreza y el 17,5 % por debajo de la línea de indigencia.

presamente admitido en nuestra legislación nacional: la obsolescencia funcional del contrato no debe ser la norma sino la excepción.

3.2. LA CALIDAD DE HEREDERO Y LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

La implementación de recaudos adicionales dentro del rito notarial que culmina en el otorgamiento de un instrumento público obliga a considerar hasta qué punto debe observarse el cumplimiento del derecho de opción, y preguntar: ¿cuál es la responsabilidad del notario? ¿Hasta qué punto debe generar convicción sobre la calidad de heredero del cedente?

La observancia del derecho de opción en instancia notarial se ve atravesada por una dicotomía: la titularidad de los derechos hereditarios consiste en una manifestación de las partes, mas, una vez reconocidos en el juicio sucesorio, producirá todos los efectos que las partes pretenden sobre la herencia deferida.

Es importante comprender que la cesión de herencia tiene una relación intrínseca con el proceso sucesorio en vista de que será el ámbito donde culminará y se concretarán todos los efectos propios que caracterizan al contrato.

El ordenamiento jurídico argentino determina que la instancia judicial sea la única vía por la cual pueda realizarse dicho proceso y como tal, la técnica notarial se apoyará en la práctica procesal judicial, afectando notablemente la estructura del contrato de cesión de herencia. En ese sentido, podría señalarse que no es necesaria la acreditación del fallecimiento del causante o el vínculo filial del causante con el cedente en el instrumento público porque dicha calidad debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos²³, reduciendo dicha constancia a una cuestión de buena técnica notarial cuya ausencia no obsta a la validez del contrato.

En otras palabras, es irrelevante que el requirente demuestre su calidad de heredero ante el escribano público ya que no es quien determina directamente esa legitimidad, sino que debe acreditarlo ante la autoridad competente, es decir, el juez.

23 Art. 2337. Código Civil y Comercial. 2015.

En corolario a lo expuesto, sería incorrecto afirmar que la imposibilidad de comprobar estos presupuestos ante el escribano público es lo que caracteriza a la cesión de herencia como un contrato aleatorio ya que, como bien señalan Belluscio y Maffia, dentro de ese alea no se encuentra comprendida la calidad de heredero del cedente, quien es responsable por la garantía de evicción²⁴.

El art. 2305 del Código Civil y Comercial establece diferente rigor a la garantía en virtud del carácter oneroso o gratuito de la cesión, pero en general la evicción recae sobre la titularidad del objeto cedido, es decir, la universalidad de bienes o parte alícuota de la que el cedente manifiesta ser titular (mas no la turbación en el derecho de los bienes en particular que integran el acervo hereditario excepto pacto en contrario).

En las cesiones onerosas, el cedente garantiza al cesionario su calidad de heredero y la parte indivisa que le corresponde en la herencia, excepto que sus derechos hayan sido cedidos como litigiosos o dudosos, sin dolo de su parte. En cambio, si la cesión es gratuita, el cedente sólo responde en los casos en que el donante es responsable, es decir, en los casos que se haya obligado o hubiese actuado de mala fe.

Estos dos aspectos, la sustanciación del proceso en instancia judicial y la garantía de evicción en cabeza del cedente, son elementos que evidencian que la obligación de resguardar el derecho de opción no incumbe al notariado, quien ha sido contemplado en el proceso únicamente como un artífice de la constancia documental (mediante la escritura pública) para dar fecha cierta y fuerza ejecutoria a las manifestaciones de las partes que deberán hacerlas valer mediante la vía y medidas pertinentes.

Pero si la intervención del notariado queda tan reducida en esta faceta de la vida jurídica cabe considerar: ¿cuál es entonces la función del notario en estos actos?

24 *Derecho sucesorio*, Belluscio, A. C. y Maffia, J. O., 2020, p.172.

3.3. EL DEBER NOTARIAL DE ASESORAMIENTO

Natalio Etchegaray dice que el rol del notariado de tipo latino cuenta con tres ejes primarios de la labor notarial para que se concrete en un documento válido y eficaz reconocidos por la ley: la identificación de los requirentes, el juicio de capacidad de los requirentes de acuerdo al acto instrumentado, y legitimación de los requirentes para intervenir en el acto documentado. A ello, agrega un cuarto eje en cuanto "...la ley 9020 de la Provincia de Buenos Aires como la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ponen, respectivamente, el acento en la labor asesora del notario no sólo en la redacción del documento sino, fundamentalmente, en el asesoramiento sobre las ulterioridades legales previsibles y los alcances y consecuencias del acto instrumentado. Y lo incluyen entre los deberes notariales"²⁵.

El accionar notarial implica agotar los pasos previos de consulta e investigación sobre el carácter del heredero, resultante en una cesión de derechos hereditarios cuyos requisitos el autorizante ha calificado como suficientes para poder realizar el acto traslativo sin investir de legitimidad el carácter invocado por el cedente.

En esta clase de actos, el escribano no constata hechos, sino que inviste de fe pública las manifestaciones que hacen las partes ante él, mas no las hacen operativas hasta tanto sean receptadas por la autoridad judicial donde pretenda hacerlas valer²⁶.

Por este particular rol que asume el escribano público en el proceso sucesorio, entiendo que no se verán cambios significativos en el plano material o documental, sino en el ámbito privado del desarrollo profesional que lleve adelante cada notario. En ese sentido, la inclusión de una cláusula donde las partes se notifiquen que no ha operado el plazo de caducidad resulta, en nuestra opinión, redundante en la medida que la existencia de la escritura pública conlleva un entendimiento implícito que tal efecto no ha operado, sin perjuicio de la buena técnica notarial y transparencia que el autorizante desee emplear.

25 *Consentimiento informado del requirente como resguardo de la responsabilidad notarial*, Etchegaray, N., 2024, p. 17.

26 Art. 2337. Código Civil y Comercial. 2015.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, el escribano es pasible de todas las acciones legales y disciplinarias que correspondan por su accionar doloso o actuación en connivencia con el cedente que conocía carecer de la vocación hereditaria invocada.

3.4. TÉCNICA NOTARIAL

La caducidad del derecho de opción obliga a recordar los elementos esenciales del contrato y considerar cómo sus efectos impactarán en la redacción de la escritura pública. La sola cesión importa su ejercicio y aceptación de la herencia, y si bien el escribano público no es quien debe resolver el alcance de estos efectos por los motivos ya expresados, a continuación, se realizan una serie de reflexiones que el autorizante puede reflejar en su ejercicio y elaboración de la escritura pública.

El método más sencillo de comprobar el trascurso del derecho de opción de una herencia que aún no ha sido aceptada será comenzando por requerir a los contratantes la documentación que da cuenta del fallecimiento del causante y evaluando si el cedente se encuentra en término para optar.

En la práctica profesional, existen diversos modos de comprobar el fallecimiento de una persona: la vía por excelencia debiera ser la solicitud de un instrumento público, es decir, la partida o certificado de defunción del causante inscripta en el Registro Público, sin perjuicio que puede recurrirse a diferentes medios para acreditar dicha circunstancia como, por ejemplo, el aviso de fallecimiento que emite el RENAPER o la solicitud de informes a cualquier otra entidad u organismo que al efecto permita conocer o generar convicción sobre el hecho.

La acreditación del fallecimiento en la escritura pública de cesión no es necesaria y su omisión no provoca la nulidad del instrumento. Con respecto a la observancia del derecho de opción, el otorgamiento del acto implica que el notario autorizante ha calificado implícitamente que la cesión como procedente –independientemente de los efectos que el juez le atribuya a esa manifestación posteriormente– bastando el instrumento público por sí mismo, sin perjuicio de que es posible dejar constancia en el mismo que no han transcurrido más de diez años, sea mediante una declaración jurada de las partes (ver Anexo

1) o mediante la relación del certificado de defunción dentro de las constancias notariales al mero efecto utilitario y probatorio de darle publicidad frente a terceros y afianzar un mayor grado de seguridad jurídica.

Alternativamente, en los supuestos donde existe un acto de aceptación previa, es recomendable relacionar dichas causales, en especial, cuando hubiesen transcurrido más de diez años sin haber iniciado el proceso sucesorio, circunstancia que amerita un deber de prevención y actuación más prudente.

En vista que el Código prevé libertad de formas en cuanto a la aceptación²⁷, para aceptar una cesión de herencia podría aceptarse cualquier instrumento privado de procedencia física o digital que asegure, indubitadamente, la identidad de la persona e integridad del documento. Aun así, no es recomendable celebrar un contrato bajo estos términos (incluso si el documento se encontrase certificado por otro escribano o suscripto con la comparecencia de testigos) en la medida que, nuevamente, la admisión y aprobación de este documento queda supeditada a la instancia judicial.

Corolario a lo expuesto, en materia de documentos digitales, la valoración del documento suscripto con firma digital y firma electrónica no puede ser indistinta ya que la última requerirá de un procedimiento más complejo y de difícil producción de prueba para atribuirle los efectos que pretende²⁸, siendo más propensa a dilatar o incluso frustrar la pretensión del cesionario.

Sin embargo, en concordancia con la normativa vigente, los supuestos más frecuentes de aceptación se concretan a través de conductas o

27 Art. 2293. Código Civil y Comercial. 2015.

28 "HSBC Bank Argentina S. A. c/Ospina Parrado, Néstor Augusto s/ejecutivo" (2023), CNCom, Sala F; "Creceer SGR c/RJ Viñedos SA s/Ejecutivo" (2023), CNCom Sala B; "SIFT SA c/M.C.D. s/cobro ejecutivo" (2022), CCyC Lomas de Zamora; "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/J.L.S s/cobro ejecutivo" (2023), CCyC Mar del Plata, Sala I. Nota: los citados fallos se tratan de resoluciones que buscan "integrar" la firma electrónica, atribuyéndole los mismos efectos que la ley dispone sobre la firma digital valorando la conducta procesal del demandado y su interacción con los ecosistemas digitales que llevaron a la generación del documento. Al efecto, quien pretenda invocar la validez de la firma debe acreditar la autoría por la vía que corresponda.

actos materiales que realicen los requirentes en relación a los bienes de la herencia y derivan en una sumatoria de elementos complejos para constatar que el derecho de opción no ha caducado.

A priori, la forma más sencilla de acreditar el acto de aceptación tácita es mediante la relación de los autos del juicio sucesorio y demás datos pertinentes, el cual permite comprobar el avenimiento del plazo decenal, la calidad de heredero, e inclusive la existencia de un acuerdo de partición que comprenda todos los bienes de la herencia en la medida que dicha circunstancia tornaría obsoleta la elaboración de la cesión de derechos hereditarios por su naturaleza.

Asimismo, como la cesión de herencia es considerada un acto de aceptación y la calidad de titular de derechos hereditarios no equivale necesariamente a un heredero, sino que también puede serlo un primer cesionario de derechos hereditarios, es recomendable relacionar los datos de la escritura pública que lo inviste en tal carácter.

La cuestión más delicada se producirá en relación a los actos materiales de los incisos b y c del art. 2294 en cuanto a la dificultad sobre la atribución de autoría y la producción de prueba sobre esos hechos. En otras palabras, nos encontramos ante supuestos a los que la ley admite como actos de aceptación que habilitarían a una persona a ceder sus derechos hereditarios, pero cuya legitimación se encuentra rodeada de tal incertidumbre que la eficacia del contrato quedará supeditada a la necesaria comprobación en una instancia posterior. Estos incisos, en caso de fundar la legitimación del cedente de una cesión de derechos hereditarios, deben ser tratados con rigurosa discreción y preferiblemente en casos excepcionales.

En virtud de las carencias que pueda adolecer un requerimiento, es recomendable que en toda cesión de derechos hereditarios sobre sucesiones cuyo juicio sucesorio no haya sido iniciado por más de diez años se acompañe, a la par de la escritura pública, el otorgamiento de un consentimiento informado (o minuta insistida) en un instrumento separado donde las partes presten su conformidad para celebrar el contrato bajo las particulares condiciones del caso (ver Anexo 2).

Alternativamente, no es necesario explicitar las causales de aceptación tácita en el instrumento público, pero se recomienda hacerlo al solo

efecto de dejar constancia de la declaración jurada de las partes y los términos en que celebran la cesión.

Otro supuesto consiste en la habitación u ocupación de inmuebles de los que el causante era dueño por más de un año, donde pueden emplearse distintos métodos que no son irrefutables, pero a modo enunciativo, pueden tratarse de: manifestaciones de las partes, la exhibición del documento nacional de identidad expedido con anterioridad al fallecimiento del causante donde figure como domicilio el bien en cuestión, la declaración del cedente sobre la recepción de determinada correspondencia al inmueble durante ese año, o la comparecencia de testigos al acto escriturario que puedan dar cuenta de dicha circunstancia.

Similares consideraciones podrían hacerse sobre la disposición a título oneroso o gratuito de un bien o el ejercicio de actos posesorios sobre él. No obstante, para cualquier causa que pretenda acreditarse, es recomendable acompañar una declaración jurada que la parte pueda probar con documentación respaldatoria que dé cuenta de esos hechos (que podrá conservarla quien la invoca, el cesionario o el profesional en un sobre cerrado con su firma y sello). Por ejemplo, si el cedente hubiese vallado un terreno de un inmueble del *de cujus*, sería prudente exigir que se acompañen recibos de pago por la compra de materiales y contratación de servicios.

Es importante señalar que la generación de prueba documental no debe ser la norma o afianzarse como una práctica jurídica generalizada, y mucho menos constituir una incumbencia del notario, sino que debe obedecer a requerimientos que por su complejidad intrínseca lo requieran y devengan en procesos que puedan resultar complicados o litigiosos, inclusive por la naturaleza de estos actos.

En resumen, la modificación del Código impulsa al notario a adoptar un mayor deber de prevención que se concretará en la solicitud de documentación que constate el fallecimiento del causante u otros datos de interés al efecto de brindar un debido asesoramiento en las etapas preparativas del contrato y calificar su procedencia.

En el plano documental, la asunción de mayores solemnidades o rigormismos compete a las diversas técnicas que puede adoptar el autorizante para salvaguardar el orden público y los intereses de las partes, en la medida que toda manifestación o prueba documental

no serán autosuficientes y quedarán sujetas a la posterior apreciación en sede judicial.

3.5. SUPUESTOS ESPECIALES

A continuación, se mencionan brevemente supuestos excepcionales que el notario deberá tener en cuenta al momento de asesorar a las partes:

a. Intimación del heredero

El art. 2289 dispone que, transcurrido el plazo dispuesto para que un heredero se pronuncie sin haber respondido la intimación, se lo tiene por aceptante. En consecuencia, se trata de una excepción al principio donde el silencio de un heredero equivale a la renuncia del heredero, y la existencia de múltiples personas con vocación hereditaria motiva al escribano público a inquirir sobre las acciones que han adoptado los herederos para delinear someramente los alcances del acto que autoriza.

b. Transmisión del derecho de opción

En principio, si el heredero falleciera sin haberse pronunciado sobre la aceptación o repudio de una herencia o tampoco hubiera renunciado expresamente, el cómputo del plazo de diez años no se reiniciará, sino que seguirá corriendo y sus herederos deben pronunciarse en esos términos ya que los beneficiarios lo recibirán en las mismas condiciones en que podría haberlo ejercido el fallecido. No obstante, es debatible si puede ser aplicado por analogía el art. 2288 in fine, iniciando un nuevo plazo de opción a partir del fallecimiento del transmitente²⁹.

Asimismo, establece una regla para los herederos del prefallecido si no se ponen de acuerdo en aceptar o renunciar la herencia deferida a su causante: los que la aceptan adquieren la totalidad de los derechos y obligaciones que corresponden a este³⁰.

Finalmente, la renuncia de la herencia del causante fallecido sin aceptar ni renunciar una herencia a él deferida, implica también la renuncia a esta.

29 *Derecho sucesorio*, Belluscio, A. C. y Maffia, J. O., 2020, p. 96.

30 Art. 2290. Código Civil y Comercial. 2015.

c. Cómputo del plazo a partir de la sentencia de indignidad

La indignidad es una de las causales que abre el derecho de representación. Sin embargo, se trata de un supuesto particular, porque puede estar antecedida por la aceptación del indigno.

El art. 2288 es contundente cuando establece que el plazo para las personas llamadas a suceder en defecto de un heredero preferente que acepta la herencia y luego es excluido de esta, corre a partir de la exclusión. Por lo tanto, el escribano público deberá tener en consideración a las personas que podrían ocupar el lugar del indigno, es decir, sus descendientes en línea recta sin limitación de grados³¹, o los colaterales en segundo grado y sus descendientes hasta el cuarto grado³².

4. EL PARTICULAR IMPACTO SOBRE LA CESIÓN DE DERECHOS GANANCIALES

La cesión de derechos gananciales no es pasible de ser afectada por el plazo de caducidad del art. 2288 basado en la naturaleza y especificidad de su objeto, aunque su intrínseca relación con la conformación y disposición del caudal relicto puede dar lugar a modos de contratación particulares en la indivisión que se produce por el fallecimiento del causante.

4.1. INAPLICABILIDAD DEL PLAZO DE DIEZ AÑOS

En la integración de la masa de bienes que conforman el acervo hereditario es frecuente la concurrencia de bienes propios con bienes gananciales, sin embargo, el origen de estas dos indivisiones procede de diferentes causas y, en consecuencia, la ley reconoce a la cesión de derechos gananciales como un contrato autónomo e independiente en relación a los derechos hereditarios.

La indivisión postcomunitaria es el resultado de la extinción del régimen de comunidad en vida, sea por el divorcio o el cambio de régimen patrimonial del matrimonio, o por la muerte real o presunta de uno de los

31 Art. 2427. Código Civil y Comercial. 2015.

32 Art. 2439. Código Civil y Comercial. 2015.

cónyuges. El Código de fondo señala estos momentos como el umbral para la determinación de los derechos gananciales que podrán ser dispuestos en la medida que subsista el estado de indivisión (incluso si el régimen matrimonial se ha extinto con anterioridad al fallecimiento de uno de los cónyuges).

La aplicación de normas de derecho sucesorio constituye un régimen subsidiario en cuanto el Código Civil y Comercial pondera la autonomía de la voluntad de las partes como asimismo no hace extensivo las normas del Libro Quinto en su totalidad, sino que se limita a hacer extensivas las reglas aplicables al estado de indivisión y determinar el marco de aplicación ante la "ausencia" de uno de los cónyuges³³.

Máxime, en la cesión de derechos gananciales, el cedente dispone de los derechos que le corresponde como comunero de la sociedad conyugal³⁴, motivo por el cual el código discrimina en las sucesiones *ab intestato* la vocación que tiene la persona en relación a la calificación de los bienes y se evidencia en el criterio diferenciado para su atribución cuando concurre con diferentes tipos de herederos.

En ese sentido, la estipulación del art. 2308 que hace aplicables las normas de la cesión de herencia en la transmisión de derechos gananciales contempla cuestiones operativas para hacer funcional el negocio jurídico encuadrándolo en el contexto de un contrato formal y solemne (que debe ser hecho por escritura pública³⁵) con efectos traslativos entre las partes que debe ser presentado en el proceso sucesorio³⁶.

En consecuencia, cuando la norma legal establece un plazo de caducidad para el derecho de opción, es evidente que se refiere a la vocación hereditaria del sucesor como continuador de la persona del causante

33 Art. 481. Código Civil y Comercial. 2015.

34 Recordamos que "cada cónyuge participa por mitades en la masa de indivisión, pero ello no se traduce en un condominio sobre cada bien individualmente considerado. En definitiva, se genera una auténtica comunidad de derechos a los efectos de la liquidación y partición de los bienes, pero comunidad exigible entre los esposos para exigirse mutuamente las restituciones, compensaciones, etc. y finalmente y sólo finalmente la partición por mitades de los bienes conforme el art. 1315 del Código Civil" (Zannoni, Eduardo, *Derecho de Familia*, T I, p. 627).

35 Art. 1618. Código Civil y Comercial. 2015.

36 XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, Argentina, 2024. Conclusiones de la Comisión N° 7 - Derecho de Familia.

en sus relaciones y no estrictamente en su posición de comunero de la sociedad conyugal, sin perjuicio de los derechos que le correspondan al último por su liquidación.

En resumen, la cesión de derechos gananciales no se ve afectada por la caducidad del derecho de opción por la particularidad e independencia de su objeto, y pueden disponerse en cualquier momento mientras la masa de bienes aun no haya sido partida.

4.2. ALCANCES DE LA CESIÓN DE DERECHOS GANANCIALES EN LAS SUCESIONES

En la práctica jurídica, podemos encontrarnos con tres situaciones donde las herencias se encuentren compuestas:

1. Exclusivamente por bienes gananciales.
2. Exclusivamente por bienes propios.
3. Por ambas clases de bienes (propios y gananciales).

La herencia integrada exclusivamente por bienes gananciales amerita la consideración más sencilla en vista que la disposición de los derechos gananciales es admisible, sin importar el trascurso de los diez años establecido en la ley.

Es oportuno recordar en el ámbito de técnica notarial que los tribunales de nuestro país han admitido la cesión de derechos gananciales instrumentada a través de la cesión de herencia cuando el contenido de la herencia deferida solo consiste en bienes gananciales o si, habiendo omitido la expresión de derechos gananciales, del texto del propio contrato puede interpretarse su inclusión fundándose en la buena fe negocial e intención real de las partes³⁷.

37 "Jaime, Gregorio E. s/sucesión *ab intestato*" (2010), CCivCom San Martín, Sala II; "S., A. y otro c. S., C. J." (2011), CCivCom Junín; "Caimer de Vankruyssen Nélide Carina - Recaratulado Caimer de Vankruyssen Dolores Antonia - Sucesorio *ab intestato* y su acumulado Vankruyssen Norberto s/ Sucesorio *ab intestato*" (2016), Cámara de Apelaciones Civil Comercial, Paraná, Entre Ríos, Sala 3.

Si la herencia estuviese constituida únicamente por bienes propios, el contrato se verá frustrado en la medida en que no existe el objeto que comprende la cesión.

Ahora bien, es importante delimitar el alcance del acto traslativo en los supuestos de coexistencia de bienes propios y gananciales, situación que obligará a emplear un mayor nivel de atención en el asesoramiento al efecto de reflejar la intención real de las partes en un instrumento público.

El caso de laboratorio más interesante en este asunto serán las sucesiones donde concurren ambas masas de bienes en un proceso, y considerar en base a lo expuesto que la celebración de una cesión de gananciales en el marco de una herencia que no ha sido aceptada o repudiada por más de diez años no generará un título observable, sino que deberá tenerse como válida.

Corolario a ello, se advierte que, si esta cesión fuera celebrada conjuntamente con la disposición de derechos hereditarios como comúnmente se observa en la práctica profesional, el contrato será parcialmente eficaz sobre los derechos gananciales, y parcialmente nulo si no se actualiza la vocación hereditaria del primer cedente. Justifica esta interpretación la independencia de los objetos de cada contrato, cuyas disposiciones son separables y deben entenderse válidos conforme a las normas que admiten su validez parcial (art. 389), y los principios de interpretación de los contratos (art. 1061 y concordantes).

Por lo tanto, los contratos donde se ceden bienes de diversa naturaleza no comprenderán los bienes que integran el acervo hereditario por no haber ejercido el derecho de opción en tiempo y forma, mas esta deficiencia no debe significar un impedimento sobre la parte de las cuotas gananciales.

5. EL DEVENIMIENTO EN LA CESIÓN DE DERECHOS LITIGIOSOS

Una solución posible para la disposición de los derechos hereditarios aparentemente caducados podría ser la instrumentación mediante la cesión de derechos litigiosos, sea como negocio principal o en conjunto con los derechos hereditarios, sin perjuicio que la celebración de este contrato trae aparejada diferentes consecuencias y efectos.

La cesión de derechos litigiosos implica un cercenamiento de la garantía de evicción en cuanto el objeto de este contrato no son los derechos hereditarios, sino la pretensión a ser titular de la totalidad o partes de la vocación hereditaria de determinado causante, o de la acción a peticionar la herencia, y solo será titular de tal una vez resuelto judicialmente el litigio o cuando se determine la legitimidad o extensión de la vocación hereditaria del cedente³⁸. Por ello, tanto el derogado art. 2161 como el actual art. 2305 establecen que el cedente no responde por evicción en estos casos.

No es recomendable incurrir en esta modalidad en cuanto la frustración de la legitimidad invocada por la cedente queda comprendida dentro de la buena fe negocial y alcances del contrato, y emplaza al cesionario en una posición significativamente más débil. Por lo tanto, ha de ser considerado solo en casos particulares, cuya complejidad amerite la instrumentación por esta vía, por ejemplo, la cesión por parte del heredero testamentario cuya calidad no ha podido acreditar en el sucesorio a favor de los demás herederos legitimarios.

6. CONCLUSIONES

La observancia del derecho de opción es una cuestión que incumbe al asesoramiento profesional y surge de un sentido de justicia preventiva basado en la buena fe diligencia, afianzamiento de seguridad jurídica y protección del orden público en relación al particular rol que ocupa el notariado argentino, pero no se trata de un deber funcional que debe materializarse mediante constancia documental en el contrato entre las partes. Por lo tanto, el escribano público no tiene el deber de asegurar la caducidad del derecho a aceptar o a renunciar a las herencias y a la eventual pérdida de la calidad de heredero.

El accionar del notario debe ser prudente, diligente y acorde a las disposiciones legales especiales aplicables a la medida de cada requerimiento, teniendo en cuenta las vicisitudes que acarrea el ámbito temporal de aplicación de la ley, los particulares efectos renunciativos de cada cuerpo normativo y los alcances de las manifestaciones que hacen los otorgantes ante el funcionario público. Al efecto, su asesoramiento se presume implícito y suficiente con el otorgamiento de la escritura pú-

38 *Cesión de derechos hereditarios*, Lamber, N., p. 123.

blica, sin perjuicio que pueda recurrir a otros tipos de atestaciones o instrumentos que reflejen esa realidad.

Asimismo, debe tenerse una especial consideración sobre el objeto y la intención real de las partes en la medida que el contenido del contrato puede determinar la inaplicabilidad del plazo de caducidad contemplado en el art. 2288 en relación a los bienes gananciales que forman parte del caudal relicto, o la disminución de la garantía de evicción cuando se instrumentase como una cesión de derechos litigiosos.

ANEXOS

ANEXO 1

Cláusulas varias sobre el derecho de opción

"Las partes declaran bajo juramento que han aceptado oportunamente la herencia y no ha caducado el derecho de opción".

"Las partes declaran bajo juramento que no ha caducado el derecho de opción para aceptar la herencia".

"Las partes declaran bajo juramento que han aceptado la herencia en los términos del art. 2287 y concordantes".

"Las partes declaran bajo juramento que no han transcurrido más de diez años del fallecimiento del causante, que el derecho de opción se encuentra vigente y que aceptan la herencia deferida por este acto en los términos del art. 2294, inc. e, CCyC".

ANEXO 2

Modelo de consentimiento informado o minuta insistida

"En [Lugar y Fecha], por la presente [datos de los requirentes] en relación al requerimiento formulado para celebrar cesión de derechos hereditarios

[genérica/sobre bien determinado] por el fallecimiento de [datos del causante] DECLARO BAJO JURAMENTO que:

a. recibí el debido asesoramiento en cuanto a la trascendencia y alcance del acto a instrumentar o instrumentado;

b. (OPCIONAL) hemos hecho la consulta correspondiente con letrados matriculados de nuestra elección [recomendación de citar abogado/a y datos de la matrícula profesional] (es recomendable colocar esta cláusula en la medida que las leyes que regulan el ejercicio de la abogacía contemplan dentro de sus funciones el asesoramiento en que se encuentren involucrados problemas jurídicos);

c. me notifico que la calidad de heredero invocada por el cedente deberá ser acreditada en instancia judicial, y la presente cesión de derechos hereditarios no legitima el mencionado carácter;

d. (OPCIONAL) celebramos el contrato de cesión de derechos hereditarios bajo convención que la herencia se presume aceptada previamente en los términos de [citar norma legal], a saber, por los actos que el cedente manifestó haber realizado [expresión de causa que motiva el otorgamiento de una minuta], y que la vocación del cedente no ha sido actualizada, sin perjuicio que pueda ser decretada la caducidad del derecho de opción y considerar al cedente como renunciante de los derechos que se disponen;

e. es nuestra voluntad otorgar dicho acto en estas condiciones por lo que exoneró a el/la notario/a autorizante de toda responsabilidad al respecto.

Tomando ello en consideración, OTORGO mi CONSENTIMIENTO para autorizar el acto con los efectos especificados por su naturaleza. Conste”

PONENCIAS

1. La observancia en instancia notarial del derecho de opción para aceptar la herencia consiste en un deber de asesoramiento que opera durante la audiencia preliminar y tratativas previas. No es incumbencia del notariado constatar la caducidad del derecho de opción en la cesión de derechos hereditarios y todas sus modalidades, y por lo tanto su responsabilidad recae sobre la información que brinde a los requirentes sobre el alcance de los actos que celebran ante él.

2. La calificación del escribano público se realiza en base a la verosimilitud del derecho y no legitima la vocación hereditaria del cedente. Al efecto de la transmisión de bienes registrables y oponibilidad a terceros, los requirentes deben acreditar toda circunstancia que invoquen ante el autorizante en instancia judicial.

3. La observancia del derecho de opción para aceptar la herencia no es un deber funcional: la ausencia de cláusulas que contemplen su cumplimiento no invalida el acto ni tampoco hace presumir que las partes no han sido debidamente asesoradas. Sin perjuicio de ello, es recomen-

dable el empleo de un consentimiento informado por instrumento separado donde las partes presten su conformidad para celebrar un acto de esta naturaleza cuando el escribano lo considere oportuno.

4. En las herencias deferidas antes del 1/8/2015 deberá tenerse especial atención a las circunstancias particulares del requerimiento, a saber, la actualización de la vocación hereditaria, los especiales efectos de la renuncia a la herencia que disponía el Código Civil, la subsistencia de situaciones jurídicas pendientes y el accionar de los operadores jurídicos.

5. La celebración de la cesión de herencia importa el ejercicio del derecho de opción y aceptación de la herencia. El autor del instrumento notarial podrá decidir si resulta conducente la incorporación de detalles adicionales o declaración jurada de las partes sobre actos que implican la aceptación tácita de la herencia en los términos del Código Civil y Comercial.

6. La cesión de derechos gananciales es reconocida por la ley como un contrato autónomo e independiente en relación a los derechos hereditarios: no es aplicable el plazo de caducidad del art. 2288 del Código Civil y Comercial y pueden cederse los derechos sobre la indivisión postcomunitaria independientemente del plazo transcurrido.

7. Ante la incertidumbre sobre la caducidad del derecho de opción para aceptar una herencia, no es recomendable realizar someramente una cesión de derechos litigiosos excepto cuando las circunstancias particulares del caso justifiquen su instrumentación por esa vía.

REFERENCIAS

Cesión de derechos hereditarios, Lamber, Néstor Daniel, 2018, Ed. Astrea, 1ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Código Civil. Ley 340. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Sancionada el 25/9/1869. Publicada el 29/9/1869.

Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Sancionada el 1/10/2014. Publicada el 8/10/2014.

Codice Civile. Regio Decreto 16/3/1942, n. 262. República Italiana.

"Consentimiento informado del requirente como resguardo de la responsabilidad notarial", Etchegaray, Natalio, 2024. Revista Notarial N° 1000, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, p. 17. Vínculo de acceso: <https://www.colescba.org.ar/portal/?revista=consentimientoinformado-del-requirente-como-resguardo-de-la-responsabilidad-notarial>. Última fecha de consulta: 28/09/2024.

Derecho de Familia, Zannoni, Eduardo, 2012, Ed. Astrea, T I, p. 627, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Derecho sucesorio, Belluscio, Augusto Cesar y Maffia, Jorge Omar, 2020, Ed. Astrea. 1º ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

"El derecho de opción. Cuestiones a debatir a cinco años de vigencia del CCyCN", Guilisasti, Jorgelina, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, p. 265. Vínculo de acceso: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/NuevaEpoca/article/view/9600/12863>. Última fecha de consulta: 28/09/2024.

"El derecho de opción del heredero en el Código Civil y Comercial de la Nación. Primeras reflexiones", Sabene, Sebastián E., 2015, La Ley, TR LALEY AR/DOC/5293/2015.

"El derecho de opción en el Código Civil y Comercial", Flamma, Maximiliano C., Revista de Derecho de Familia y de las Personas N°: 2016 (1 feb.) (Revista), Ed. La Ley, p. 125.

"Encuesta Permanente de Hogares. Incidencia de la pobreza y de la indigencia. Resultados del primer semestre de 2024", 2024, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC). República Argentina. Informe Técnico Vol. 8, N° 220. Vínculo de acceso: https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/eph_pobreza_09_241C2355AD3A.pdf. Última fecha de consulta: 28/09/2024.

La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Kemelmajer de Carlucci, Aída, 2015, Ed. Rubinzal Culzoni, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Manual de derecho sucesorio, Rivera, Julio César y Medina, Graciela (dir.), 2017, Ed. Abeledo Perrot, 1ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

"Nota de Divulgación – Deudas Sociales Estructurales en la Sociedad Argentina". Observatorio de la Deuda Social Argentina (ODSA) de la Universidad Católica Argentina. 2023-2024. Vínculo de acceso: https://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Presentaciones/2024/Observatorio_CARITAS_presentacion_3-06-2024.pdf. Última fecha de consulta: 28/09/2024.

Práctica del derecho sucesorio, Córdoba, Marcos M. y Ferrer, Francisco A. M., 2016, Ed. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, Argentina. 2024. Conclusiones de la Comisión N°7 – Derecho de Familia. Tema: "Efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión convivencial. Comunidad de ganancias".

JURISPRUDENCIA

ACCIONES DEL CESIONARIO DE HERENCIA

"Cantini Tránsito Abel C/ Manzo Anacleto Pilar y otra S. Usucapión S. Incidentes Civil S/ Incidentes (Civil) (Legajo Apelación art. 247 CPCC)", Cámara de Apelaciones de Entre Ríos, Sala Primera Civil y Comercial.

22/8/2023. Expt. N° 8011/C. Juzgado Civil y Comercial N° 1 - Gualeguaychú.

CESIÓN DE DERECHOS GANANCIALES INSTRUMENTADA A TRAVÉS DE LA CESIÓN DE HERENCIA

"Jaime, Gregorio E. s/sucesión ab intestato", Cámara Civil y Comercial San Martín, Sala II, 22/3/2010, JUBA, B2003686;

"S., A. y otro c. S., C. J.", Cámara Civil y Comercial de Junín, 14/4/2011;

"Caimer de Vankruyssen Nélide Carina - Recaratulado Caimer de Vankruyssen Dolores Antonia - Sucesorio ab intestato y su acumulado Vankruyssen"

yssen Norberto s/ Sucesorio ab intestato", Cámara de Apelaciones Civil Comercial, Paraná, Entre Ríos, Sala 3, 5/8/2016.

DERECHO DE OPCIÓN

"Juarez, Marcos Ramón s. Sucesión *ab intestato*". 5/12/2017. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Dolores, Buenos Aires, Rubinzal Online. Cita: RC J 9918/17.

"M. E. A. s/sucesión *ab-intestato*", Cámara Nacional Civil, Sala D - 08/02/2024. Expte. N° 13775/1998 - Citar: elDial.com - AADDF2.

INTEGRACIÓN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN SEDE JUDICIAL

"HSBC Bank Argentina S.A. c/Ospina Parrado, Néstor Augusto s/ejecutivo", Cámara Nacional Comercial, Sala F, 19/12/2023;

"Crecer SGR c/RJ Viñedos SA s/Ejecutivo", Cámara Nacional Comercial Sala B, 14/12/2023;

"SIFT SA c/M. C. D. s/cobro ejecutivo", Cámara Civil y Comercial Lomas de Zamora, 16/9/2022;

"Banco de la Provincia de Buenos Aires c/J. L. S s/cobro ejecutivo", Cámara Civil y Comercial Mar del Plata, Sala I, 15/8/2023;

RECOMPENSAS EN LA LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD

"M., M. P. c. K., D. R. s/separación de bienes", Cámara de Familia de Mendoza, 26/07/2018. Cita: TR LALEY AR/JUR/42538/2018.

"S., P. L. c. C., A. C. s/ liquidación de régimen de comunidad de bienes", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 27/12/2019. Cita: TR LALEY AR/JUR/53007/2019.

"G. N. G. c. S. C. G. s/ liquidación de sociedad conyugal", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 12/05/2020. Cita: TR LALEY AR/JUR/17189/2020.

"S. I. G contra P. V. A s/ordinario - liquidación de sociedad conyugal",
Cámara II de Paraná, Entre Ríos, 2020. TR LA LEY AR/JUR/24801/2020.
Confirmado por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre
Ríos el 13/4/2021. Cita: TR LA LEY AR/JUR/11764/2021.

Derecho Registral

ASPECTOS A CONSIDERAR EN MATERIA RECURSIVA REGISTRAL ANTE UNA EVENTUAL REFORMA DE LA LEY 17.801

Lorena Muñoz

Sumario: I. Introducción: los recursos como garantía del particular y control de juridicidad de la administración. II. Respeto al sistema federal por parte de la ley 17.801: implicancias. III. Aspectos a considerar en materia recursiva registral en la ley nacional ante una eventual reforma. 1. Prever una instancia de revisión ante el registrador o sector que calificó el documento. 2. Establecer la vigencia de la inscripción provisional durante toda la sustanciación de la instancia recursiva. 3. Establecer un plazo legal para subsanar la observación cuando el procedimiento recursivo concluye confirmando las observaciones del calificador. 4. Determinar un procedimiento especial para la revisión de observaciones de documentos judiciales. IV. Otras pautas que deberían considerar las normativas locales en materia recursiva registral. 1. Prever el silencio administrativo negativo. 2. Propiciar una calificación integral de los documentos registrables. 3. Competencia judicial para entender en la revisión de las decisiones del registro. 4. Remisión expresa a la ley de procedimientos administrativos. 5. Principios que deben prevalecer en todo procedimiento administrativo. V. Conclusiones.

I INTRODUCCIÓN: LOS RECURSOS COMO GARANTÍA DEL PARTICULAR Y CONTROL DE JURIDICIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

El presente aporte pretende hacer una reflexión sobre ciertas pautas de los recursos registrales que podrían ser contemplados en la ley nacional registral, ante una eventual reforma de su texto.

A tal fin, recordemos que el procedimiento recursivo ante los registros inmobiliarios tiene lugar cuando quien llevó un documento a inscribir al Registro (documento notarial, judicial, administrativo o incluso un instrumento privado con firmas certificadas), no está de acuerdo con la calificación efectuada por considerar que la misma no se ajusta a derecho.

Ante esta situación, el recurso administrativo es un medio de impugnar la decisión de una autoridad administrativa, en este caso Registro, con el objeto de obtener su revisión. Por ello se dice que los recursos son un medio de protección del ciudadano para impugnar los actos que lo afectan y defender sus derechos frente a la administración.

A su vez, tengamos en cuenta que el procedimiento recursivo facilita el control de legalidad por parte de los superiores del órgano que adoptó la decisión cuestionada, y tiene por objetivo obtener la verdad.

En tal sentido, cabe destacar que una de las características fundamentales de los recursos administrativos y por lo tanto del procedimiento mismo, es que ellos son objetivos, en el sentido de que tienden no sólo a la protección del recurrente o a la determinación de sus derechos, sino también a "la defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo"¹, lo que se refleja en el interés público en su sustanciación.

Resultan innegables las ventajas que trae aparejada una vía recursiva efectiva, ágil, que funcione en los hechos como tal. Ello sin desconocer

1 Gordillo, Agustín (2016), *Tratado de Derecho Administrativo*, T 4, "El procedimiento Administrativo", Bs. As., 11ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, p. PRA-II-1, citando a Heredia, Horacio H. (1945), "Los medios administrativos para la protección de los administrados", en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, N° 2, p. 251 y ss. y 254.

ciertas posturas doctrinarias que realizan fuertes críticas al respecto, y propician la innecesaridad de agotar la vía administrativa e ir directamente a la revisión judicial de las resoluciones administrativas, o al menos la opción al interesado en tal sentido².

Sin embargo, y especialmente como veremos en el ámbito de la actuación administrativa registral, cabe enfatizar la idea de considerar al recurso administrativo como una garantía necesaria para el particular y un instrumento de control de la juridicidad que debe prevalecer en el actuar de la Administración.

En apoyo de esta tesitura cabe señalar que "(...) el recurso administrativo es, pues, un excelso instrumento de control: porque genera una alternativa de reconsideración para la Administración a la que se le allegan argumentos que el recurrente aporta y que han podido pasar inadvertidos en la decisión recurrida; evita al particular pérdidas de tiempo; presume un ahorro de gastos al administrado toda vez que no se ve obligado a interponer la acción judicial y posibilita la estimación de razones de juridicidad o conveniencia, aspecto este

2 Gordillo ha afirmado que los recursos importan una carga para el administrado, un privilegio incausado para la Administración, configurando un valladar para el acceso a la justicia, y que "(...) cuando la tutela judicial es efectiva, el recurso administrativo es un trámite molesto que se desearía poder evitar. Cuando el control judicial no funciona, el recurso administrativo se transforma en el único remedio disponible. En cualquier caso, es el precio que el ciudadano debe pagar para tener acceso a la vía judicial, unas horcas caudinas incompatibles con la garantía de pronto acceso a la instancia judicial. Por ello la respuesta provisoria que la doctrina contemporánea postula es que resulta una irrazonable restricción del acceso a la justicia. Ello, por ser innecesarios para la administración, que de rutina no los resuelve; por transformar 'los fugacísimos plazos de interposición de los recursos en plazos de prescripción de los derechos sustantivos'; por ser una carga injustificable, demorar el acceso a la justicia y de hecho desanimar dicho acceso, etc. Se trata de un tema en el que conviene evitar todo dogmatismo jurídico o formulismo rígido, pues a veces la justicia es el único camino posible y otras lo es la administración. La mejor solución es dejar al propio interesado el derecho de acudir a la vía judicial en forma directa, o agotar si lo prefiere todo o parte de la instancia administrativa", Gordillo, Agustín, ob. cit. p. III-3. Cabe también citar a Hutchinson, quien ha efectuado una crítica al instituto de los recursos administrativos, calificándolo como una disposición normativa que no se efectiviza en la práctica por el incumplimiento de los funcionarios, que transforman al procedimiento administrativo en una carrera de obstáculos, sin percatarse que la Administración no defiende su interés particular, ni el de los funcionarios, sino el comunitario. Hutchinson, Tomás, (1997), *Derecho Público de fines de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Civitas/Fundación BBV, p. 700.

último sobre el que nunca versará el control judicial que presupone, necesariamente, una cuestión jurídica por decidir”³.

Sumado a ello, en el caso puntual de la vía recursiva registral, donde el objeto de revisión son las observaciones formuladas por el calificador, debido a la singularidad de la materia objeto de tratamiento, resulta incluso conveniente transitar al menos una instancia de revisión en sede administrativa, previo a impulsar la instancia judicial. Precisamente, en el marco de dicho procedimiento recursivo, deviene sustancial que, al ser revisada la calificación del documento, se aporten los fundamentos jurídicos para el proceder del Registro, los cuales muchas veces se sustentan en normativa propia del organismo (disposiciones técnico-registrales) que por su especificidad deviene imperioso que sea el propio organismo el que los proporcione y aporte sobre la interpretación de su alcance⁴.

II. RESPETO AL SISTEMA FEDERAL POR PARTE DE LA LEY 17.801: IMPLICANCIAS

Cabe señalar que la ley nacional 17.801 ha establecido que el procedimiento recursivo es una cuestión que compete regular a cada jurisdicción, es decir, lo deja librado a la reglamentación local. Surge de lo dispuesto por los arts. 9 inc. b) y 38 de la citada norma.

Esta circunstancia, es producto de las previsiones de la Constitución Nacional, que conforme a los arts. 75 inc. 12 y 121, dispone que resulta competencia exclusiva de las provincias el dictado de las normas de procedimiento, como facultad que no ha sido expresamente delegada al Estado Federal. De tal modo, dicha facultad se encuentra dentro de la esfera del poder de policía local.

3 Silva Tamayo, Gustavo E. (2009), “Los recursos administrativos como instrumento de control”. Obra: *Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*, segunda edición, RAP, Bs. As., p. 682.

4 Se puede ampliar el marco procedimental recursivo y los principios de Derecho Administrativo que deben imperar en el mismo en Muñoz, Lorena (2023), *El procedimiento recursivo registral en la provincia de Buenos Aires*, Bs. As., Ad-Hoc.

Al respecto, se ha dicho que una de las grandes virtudes de la ley nacional de registros inmobiliarios –respetuosa de nuestro federalismo– es que deja librado a cada jurisdicción “la organización, funcionamiento y número de los registros de la propiedad, el procedimiento de registración y el trámite correspondiente a las impugnaciones o recursos que se deduzcan contra las resoluciones de sus autoridades” (art. 38 de la ley 17.801), permitiendo el mantenimiento de las normas locales compatibles.

Consecuencia de ello, es que algunas provincias argentinas han reglamentado la Ley 17.801. No es el caso de la provincia de Buenos Aires cuyo ordenamiento local (decreto-ley 11.643/63) fue precursor a la ley nacional, y se ha mantenido vigente en tanto no contradice lo dispuesto por la norma nacional, sancionada en el año 1968. Ahora bien, sin opacar lo que se ha destacado como una virtud de la ley 17.801, y sin que ello implique vulnerar las facultades locales para dictar las normas procedimentales en materia de recursos, sería importante y conveniente, ante una eventual reforma de la ley nacional registral, la recepción legislativa de ciertas pautas uniformes para todo el territorio.

Al respecto, sin perjuicio de la doctrina clásica que sostiene la tajante división en materia de competencias legislativas, para el Congreso Nacional el dictado de normas de fondo, dejando a las provincias el dictado de normas de procedimiento, existen posturas que morigeran esta visión, incluso la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual ha considerado que cuando nuestra Carta Magna le confirió al Congreso de la Nación la potestad de dictar las normas de fondo, le reconoció también la atribución de dictar aquellas que son de procedimiento pero que resulten inherentes al funcionamiento de determinada institución si ello fuera necesario. El objetivo es evitar así que la esencia misma de un instituto sea subvertida por las disposiciones procesales correspondientes a cada legislación local⁵.

En esta línea cabe mencionar que el Código Civil y Comercial de la Nación sancionado en el año 2015 introduce numerosos preceptos de forma, de procedimiento, contraviniendo en cierto modo esta postura extrema que deja dicha competencia reservada exclusivamente a las jurisdicciones locales. La doctrina ha señalado diversos motivos para la

5 Crosetti, Francisco Eugenio (2021), “Análisis constitucional de las normas procesales del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Derecho Constitucional* N° 17. IJ-II-LVI-483.

incorporación en el Código de fondo de estas normas de procedimiento. Seguramente, una de dichas finalidades ha sido la de uniformar ciertas cuestiones procesales para todo el territorio de la Nación. En tal sentido, cabe preguntarse si no sería posible y conveniente que la ley 17.801 incluyera mínimas pautas en materia recursiva registral aplicables a todas las jurisdicciones, sin que ello sea interpretado como un avasallamiento a las competencias locales, o lleve la tacha de inconstitucionalidad. Considero que esta cuestión debería ser objeto de debate al momento de analizar una eventual reforma de la ley 17.801, y adelanto mi postura favorable a la inclusión de ciertas pautas mínimas de procedimiento recursivo registral en la ley de fondo nacional uniformando la instancia recursiva para toda la Nación.

En tal sentido, resulta oportuno traer a colación algunos lineamientos generales que, desde el Consejo Federal de Registros de la Propiedad Inmueble, se han esbozado a lo largo de estos años. Esta organización que nuclea a todos los registros del país con la premisa de obtener criterios uniformes para la aplicación de la normativa registral, y promueve reuniones anuales en las que participan los directores de todos los registros inmobiliarios del país, ya desde la Primera Reunión celebrada en el año 1964 en la ciudad de La Plata abordó el tema de los recursos registrales, sosteniendo en dicha oportunidad que el procedimiento recursivo debería contener por lo menos un recurso de reconsideración ante el Director del Registro contra su resolución cuando esta tenga carácter definitivo, y la demanda o recurso ante autoridad jurisdiccional competente cuando fuere denegada la reconsideración o se resolviera la misma contra el planteo del actor⁶.

En la Décima Reunión celebrada en el año 1973 se afirmó, con fundamento "en el precepto constitucional que establece el derecho de defensa y el principio procesal de recurribilidad, (que) el peticionante puede efectuar la impugnación del acto jurídico registral de observación, por el medio procedimental recursivo que la ley prevé". Resulta plausible la calificación de "acto jurídico registral de observación", al resultado de la calificación, como punto de partida del procedimiento recursivo.

6 Adviértase que es el mecanismo adoptado por el decreto-ley 11.643/63 para la Provincia de Buenos Aires, y que siguieron asimismo otras jurisdicciones.

En la Decimoséptima Reunión celebrada en el año 1980 se abordó la necesidad de contar con medios de control de la facultad calificadora de los registradores, sobre la base de los lineamientos establecidos por la ley 17.801, y en tal sentido se declaró "que es necesario profundizar los estudios relacionados con el procedimiento y resolución de los recursos registrales; los que deben satisfacer las necesidades de celeridad, especialización, inmediatez, menor costo y auténtica jurisprudencia registral metodizada, con intervención de la Dirección del Registro y la parte interesada y revisado por los órganos independientes que mejor convenga a la organización, de conformidad a las jurisdicciones locales"⁷.

III. ASPECTOS A CONSIDERAR EN MATERIA RECURSIVA REGISTRAL EN LA LEY NACIONAL ANTE UNA EVENTUAL REFORMA

Como se ha señalado, ante una posible reforma de la ley registral nacional, podría considerarse la inclusión de determinadas premisas en materia recursiva registral, que puedan tener la virtud de ser aplicables a todas las jurisdicciones sin avasallar las normas procedimentales locales que son competencia exclusiva de las provincias. Entre las que podemos mencionar como esenciales, se pueden incluir las siguientes:

1. PREVER UNA INSTANCIA DE REVISIÓN ANTE EL REGISTRADOR O SECTOR QUE CALIFICÓ EL DOCUMENTO

Sería valioso y conveniente que una reforma de la normativa nacional incluyera una instancia de revisión ante el calificador o sector que calificó el documento.

La posibilidad de revisar la calificación del documento ante el agente o sector que lo examinó, y que éste pueda analizar la justificación jurídica que el rogante pueda efectuar para revisar la calificación efectuada conllevaría que muchas decisiones puedan ser revertidas, si fuera el caso, de manera ágil y sencilla, o incluso sostenidas con una argumentación jurídica debidamente fundada, y posiblemente luego compartidas por el rogante ante una revisión en el mismo sector que evaluó el documento, garantizando la intermediación con quienes calificaron el instrumento llevado a registrar.

⁷ Despacho 4. Tema 3. XVII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble, La Plata, 17 al 19 de junio de 1980.

Asimismo, puede evitarse que los rogantes acaten decisiones que no se ajustan a derecho para no demorar la registración del documento, con el fin de evitar los tiempos de una tramitación ante la dirección del organismo registral. Lo que en definitiva no contribuye, como se ha dicho, en la búsqueda de la verdad material que debe prevalecer en la Administración, defendiendo la legalidad de sus actos, y la defensa de la norma jurídica objetiva.

Cierta doctrina ha mencionado que esta es la pauta que parece desprenderse del actual inciso b) del art. 9 de la ley 17.801, que en su primer párrafo señala que si el requirente "... no estuviere de acuerdo con la observación formulada, deberá solicitar al Registro que **rectifique** la decisión... Cuando la decisión no fuese **rectificada** podrá promoverse el recurso o impugnación que correspondiere según la ley local, durante cuya sustanciación se mantendrá vigente la inscripción o anotación provisional". Y en el segundo párrafo agrega que: "... La reglamentación local fijará los plazos máximos dentro de los cuales deben sustanciarse **los recursos**" (los destacados me pertenecen) De dicho texto se ha inferido que la norma parece diferenciar dos etapas, la solicitud de rectificación y la interposición del recurso "según la ley local"⁸.

No obstante, esta interpretación minoritaria sería deseable y conveniente que la ley nacional regule expresamente la necesidad de un recurso de reconsideración o de recalificación, garantizando una primera instancia de revisión ante el agente o sector en que se calificó el documento, y

8 García Coni, Raúl R., (1978), *El contencioso registral*, Depalma, Bs. As., p. 134. En términos similares se ha señalado que "atento a la gran importancia que corresponde asignar a este examen que efectúa el registrador al pretenderse la inscripción del documento en su ingreso al Registro, parece razonable se abra la vía de una reposición o reconsideración a los fines de un reexamen de la petición formulada por el rogante, con la consecuente posibilidad de rectificación por parte de aquel", Andorno, Luis O. y Marcolín de Andorno, Marta (1989), *Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801. Anotada. Comentada*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2da ed., p. 137/8, citan al autor español especialista en Derecho registral inmobiliario, Roca Sastre, comentando la normativa registral española (Ley hipotecaria, fuente de suma importancia para nuestra ley registral nacional) donde refiere que el reglamento hipotecario español (art. 116) adopta también una especie de reposición, al establecer que el registrador, al tener que informar acerca del recurso entablado ante la Dirección General de los Registros, puede rectificar la calificación, con lo que se dará por sobreseído el recurso. Ello permitirá al registrador, al oír los razonamientos que contra su decisión pudieren oponer los interesados volver de su acuerdo, con lo que se ahorraría tiempo y gastos y se facilitaría la registración.

recién luego frente a la resolución de esta recalificación procedería una segunda instancia de revisión ante la máxima autoridad del Registro.

Muchas de las legislaciones registrales locales han ido receptando una primera instancia de revisión ante el inscriptor o sector del Registro que calificó el documento e hizo la devolución con la cual el interesado no está de acuerdo y, en líneas generales, recibe la denominación de recurso de recalificación o simplemente recalificación. Este mecanismo es, en definitiva, el de una primera instancia recursiva de revisión de una decisión administrativa: la calificación del documento. Y luego, frente a la decisión que resuelve dicha recalificación, recién se torna procedente un recurso ante la máxima autoridad del Registro (su Director), permitiendo una doble instancia de revisión en sede administrativa, previo a la revisión judicial, trámite que denota una más amplia protección en la instancia administrativa.

Cabe citar los casos de San Juan⁹, recurso de recalificación ante registrador y apelación ante el Director; Jujuy¹⁰, recurso de recalificación "del acto o pronunciamiento" ante el Jefe de la Sección y recurso de apelación ante el Director; Salta¹¹, recurso de recalificación ante el Jefe del Departamento Jurídico y recurso de apelación ante el Director General de Inmuebles; CABA¹², recalificación, sustanciada ante el registrador, que concluye con una resolución del Director del Registro, pero es el registrador quien analiza la impugnación, y recurso de apelación ante el Director; Córdoba¹³, recurso de rectificación ante calificador y recurso de apelación ante el Director; Entre Ríos¹⁴, recurso de recalificación ante calificador en el Registro departamental, recurso de apelación ante el Director General, autoridad provincial que supervisa los registros departamentales, y recurso jerárquico ante el Poder Ejecutivo (Gobernador de la Provincia); Corrientes¹⁵, recalificación ante registrador interviniente, y recurso de apelación ante el Director; Tierra del Fuego¹⁶, recalificación

9 Ley provincial 3802 del año 1973.

10 Ley provincial 3327 del año 1976.

11 Ley provincial 5148 del año 1977.

12 Decreto nacional 2080/80 (TO decreto 466/99).

13 Ley provincial 6737 del año 1982.

14 Decreto-ley provincial 6964 del año 1982.

15 Ley provincial 4298 del año 1989.

16 Ley provincial 532 del año 2001.

del documento al registrador interviniente y recurso de apelación ante el Director General del Registro; Mendoza¹⁷, recurso de revocatoria ante registrador, recurso jerárquico ante Director.

Mientras que otras legislaciones, muchas de ellas de más antigua data, prevén un solo recurso en sede administrativa, y el mismo se entabla ante la máxima autoridad del Registro, su Director, o a lo sumo dos instancias, pero la primera ante su Director¹⁸.

La característica común en dichas jurisdicciones es que no se prevé un recurso ante el agente del Registro que calificó del documento. Sin perjuicio de lo que pueda ocurrir en la práctica registral, que muchas veces, en los hechos se termina forzando este tipo de pedido de revisión ante el calificador del documento.

Se ha señalado como obstáculo para implementar el recurso de recalificación ante el registrador o sector que calificó el documento, que el procedimiento de registración no culmina con un típico acto administrativo, susceptible de ser impugnado. Posiblemente apoyado en una tesitura rígida y anacrónica en cuanto a la caracterización del acto administrativo.

17 Ley provincial 8236 del año 2011.

18 Para el mismo emplean diferentes denominaciones, son los casos de Buenos Aires (decreto ley 11.643/1963), donde ante la calificación en disconformidad del documento, el interesado debe generar un expediente que culmina con una resolución del Director del Registro (que la normativa denomina observación), acto contra el cual recién procede el recurso de revocatoria ante el Director del Registro, que culmina con una nueva resolución de este órgano; Santa Fe (ley 6435/1968), recurso de recalificación, Chaco (decreto 306/69) recurso de reconsideración (con un sistema complejo de doble instancia ante el Director, semejante al de Provincia de Buenos Aires), Formosa (decreto ley 447/70) reconsideración o recalificación ante su Director, La Pampa (decreto ley 483/68 modificados por decreto ley 560/70) recurso de revocatoria, Santa Cruz (decreto 302/71) recurso de revocatoria, La Rioja (decreto-ley 3335/71) recurso de reconsideración revocación, Tucumán (ley 3690/1971) solicitud de rectificación, Santiago del Estero (ley 3813/1972) recurso de recalificación, Río Negro (ley provincial 810/1973 y decreto reglamentario 1720/83) solicitud de rectificación, Misiones (ley II -Nº 4 antes ley 391/1973) solicitud de reconsideración, Chubut (ley III Nº 18 antes ley 4170/1996) recalificación ante el Director y recurso jerárquico ante el Ministerio del cual depende, Catamarca (ley 4986/1999) tiene la peculiaridad de regular un recurso de apelación ante el Director de Registro y, luego, un recurso jerárquico por ante el Poder Ejecutivo, San Luis (ley provincial Nº V-828/2012) recurso de reconsideración ante la Dirección del Registro.

Es así como, una de las cuestiones a desentrañar es la de considerar si el resultado de la calificación del documento –las observaciones que advierte el registrador–, puede ser considerado como una decisión o acto pasible de ser recurrido.

Tal como se ha señalado, el trámite de registración de un documento que ingresa al Registro Inmobiliario importa un procedimiento administrativo.

Dicho procedimiento administrativo de registración se pone en marcha con la presentación del documento en la mesa de entrada del Registro, donde queda asentado en el libro de ordenamiento diario a los fines de resguardar la prioridad del derecho que contiene el documento.

En el marco de este procedimiento de registración, es efectuada la calificación del documento, que culmina con una decisión del registrador (resultado de la calificación), donde dicho documento puede ser inscripto de manera definitiva (cuando no padece de ningún defecto), inscripto provisionalmente (si adolece de defectos subsanables) u obtener un rechazo de la inscripción (si padece una nulidad absoluta y manifiesta)¹⁹.

Del *racconto* efectuado, se advierte que en las normativas provinciales que prevén un recurso de recalificación o alguna instancia de revisión ante el propio registrador, de manera expresa o implícita, consideran que el acto administrativo susceptible de ser revisado es la calificación efectuada por el registrador y la devolución que éste genera con las observaciones del documento, agregando en algunas regulaciones la exigencia de que la observación se encuentre debidamente fundada.

En esta dirección, resulta interesante lo dispuesto en la ley de procedimientos administrativos de la Provincia de Mendoza, en relación a la caracterización de decisión o acto recurrible, la cual en su art. 174 expresamente señala que "toda declaración administrativa que produce efectos jurídicos individuales e inmediatos, sea definitiva o de mero trámite, unilateral o bilateral, es impugnabile mediante los recursos que se regulan en este capítulo, tanto para la defensa del derecho subjetivo como del interés legítimo".

¹⁹ Arts. 9 y 18 ley 17.801.

Siguiendo la caracterización transcrita, la calificación efectuada a un documento, y la observación que de ella puede derivar, produce efectos jurídicos individuales e inmediatos que afectan inevitablemente los derechos del usuario y que lo tornan susceptible de impugnación.

En virtud de lo analizado y considerando una caracterización amplia del acto administrativo, propia de la impronta actual del Derecho administrativo, no se advierte obstáculo procedimental para considerar la devolución que realiza el registrador como un acto (declaración administrativa) susceptible de ser revisado²⁰.

Así, contra dicho "acto, declaración o decisión administrativa" procedería un recurso de recalificación ante el calificador o sector que calificó el documento²¹.

Sería importante asimismo que la ley nacional regulara normativamente, si el recurso sólo puede interponerse inicialmente o se admite que el mismo sea procedente, en el marco de las prórrogas de las inscripciones provisionales.

20 Se insiste nuevamente aquí en la calificación de "acto jurídico registral de observación", al resultado de la calificación, como punto de partida del procedimiento recursivo pronunciado en la 10ª Reunión del Consejo Federal de Registros de la Propiedad Inmueble celebrada en el año 1973, donde se sostuvo que "... el peticionante puede efectuar la impugnación del acto jurídico registral de observación, por el medio procedimental recursivo que la ley prevé".

21 Una posibilidad para el caso que se efectuaran cuestionamientos en torno a la caracterización de acto administrativo de la devolución del documento con las observaciones formuladas, sin perjuicio de los argumentos expuestos, podría ser la de acordarle la denominación de solicitud de recalificación en vez de recurso de recalificación, aunque en los hechos importe una instancia de revisión de la calificación acordada al documento. De hecho, en la práctica registral local, muchas veces se advierte que el interesado, sobre el mismo documento observado formula una especie de descargo, incluso fundado en derecho, insistiendo con la inscripción del documento, la cual genera en muchas ocasiones el cambio de criterio del calificador. Ello demuestra que en los hechos los usuarios intentan, y consecuentemente consideran necesaria, esta revisión ante el sector que calificó el documento.

2. ESTABLECER LA VIGENCIA DE LA INSCRIPCIÓN PROVISIONAL DURANTE TODA LA SUSTANCIACIÓN DE LA INSTANCIA RECURSIVA

De otra parte, debería incluirse expresamente en el texto de la ley registral nacional, que los efectos de la inscripción provisional acordada a un documento que va a ser recurrido deben mantenerse vigentes o acordarse (si fuera el caso) durante toda la sustanciación de la instancia recursiva que transcurra tanto en sede administrativa como en la eventual instancia judicial.

En todas las jurisdicciones, de alguna u otra manera, se garantiza la protección del negocio jurídico instrumentado en el documento registral objeto de recurso, prorrogando la inscripción provisional del documento hasta tanto recaiga una resolución definitiva sobre el recurso. Sin embargo, sería deseable que lo contemplara de manera expresa la ley nacional.

3. ESTABLECER UN PLAZO LEGAL PARA SUBSANAR LA OBSERVACIÓN CUANDO EL PROCEDIMIENTO RECURSIVO CONCLUYE CONFIRMANDO LAS OBSERVACIONES DEL CALIFICADOR

También es sustancial que la ley nacional recepte, como ya lo hacen algunas jurisdicciones, la previsión de un plazo legal, para que el interesado pueda subsanar la observación formulada por el calificador, cuando el procedimiento recursivo concluye confirmando las mismas, impidiendo de tal modo que dicho plazo quede supeditado al arbitrio de la decisión judicial, o del propio Registro.

Un plazo prudente sería el de ciento ochenta días, tal como el plazo de una inscripción provisional, computados desde que es notificada fehacientemente la resolución administrativa o judicial que pone fin a la tramitación del recurso convalidando la calificación del registro, sea porque no se continúa con la instancia recursiva, o porque no existen más instancias de revisión, y consecuentemente adquiere firmeza.

Varias jurisdicciones que prevén normativamente este plazo consideran que el mismo debe ser improrrogable²².

22 El caso de Tucumán ley 3690 del año 1971, Misiones art. 9 inc. b) 5, ley 391 del año 1973. Río Negro, art. 9 inc b) apartado e) Ley 810 del año 1973. Parece ser el caso asimismo de Entre Ríos, art. 30 decreto-ley 6964/1982.

4. DETERMINAR UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA REVISIÓN DE OBSERVACIONES DE DOCUMENTOS JUDICIALES

Los organismos judiciales en numerosas ocasiones insisten en la inscripción de los documentos registrables de ese origen, incluso bajo apercibimiento de desacato de la autoridad o incumplimiento de los deberes del funcionario, generando que culminen inscribiéndose documentos cuyas observaciones no fueron subsanadas, con la consecuencia negativa de que los documentos así inscriptos pueden acarrear títulos observables. Recordemos que el art. 4 de la ley 17.801 consagra que la registración, es decir la inscripción del documento, no convalida ni sana los vicios que pueda portar el mismo.

En tal sentido, es trascendente que la ley nacional contemple la posibilidad de que, cuando el juez o tribunal insistiera en la petición de inscripción del documento, sin aceptar la o las observaciones formuladas, el organismo registral cuente con la posibilidad de elevar el caso, con igual alcance que un recurso, a la Cámara o Tribunal que según la ley local fuera competente para revisar las decisiones registrales. Esta moción ya ha sido propuesta por el Dr. Felipe P. Villaro en más de una oportunidad.

Al respecto, cabe mencionar que varias normativas locales prevén disposiciones especiales para los supuestos de insistencia en la registración por parte de los órganos del poder judicial, frente a observaciones efectuadas por los calificadores en documentos judiciales²³.

IV. OTRAS PAUTAS QUE DEBERÍAN CONSIDERAR LAS NORMATIVAS LOCALES EN MATERIA RECURSIVA REGISTRAL

A más de lo expuesto, en cuanto a lineamientos que sería deseable que se incorporaran en la normativa registral nacional, resulta oportuno considerar ciertas premisas de relevancia para las normativas registrales locales, como las siguientes:

23 Art. 20 ley 5771, Córdoba; art. 135 ley 8236, Mendoza; art. 41 DL 964/82, Entre Ríos.

1. PREVER EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

También conocido como denegatoria tácita, tiene lugar cuando la autoridad administrativa que debe expedirse no lo hiciera dentro del plazo legal previsto. En tal caso se interpreta que lo ha resuelto de manera negativa (silencio administrativo negativo), habilitando la interposición del recurso o etapa que continúa en la tramitación.

2. PROPICIAR UNA CALIFICACIÓN INTEGRAL DE LOS DOCUMENTOS REGISTRABLES

Es de vital importancia que la normativa prevea, por un lado, la necesidad de realizar una calificación integral del documento, de modo que el interesado en dicha oportunidad pueda evaluar todas las observaciones que se le efectúen al documento, decidir lo que puede subsanar, y eventualmente solicitar la revisión con lo que no esté de acuerdo²⁴.

Además, que la devolución del documento en el caso de contar con observaciones se realizara de manera fundada, es decir con sustento jurídico del motivo de las observaciones. Esta pauta va en consonancia con el cumplimiento de lo dispuesto en casi todas las leyes de procedimientos administrativos que suelen exigir la necesaria motivación de los actos administrativos, y con ello respetar las garantías que hacen al principio del debido proceso. Esta directiva es importante asimismo al momento de considerar si la vía recursiva puede sólo interponerse dentro del plazo de la inscripción provisional, es decir inicialmente, o se admite que la misma sea procedente en el marco de las prórrogas de las inscripciones provisionales.

3. COMPETENCIA JUDICIAL PARA ENTENDER EN LA REVISIÓN DE LAS DECISIONES DEL REGISTRO

Resulta ajustada la corriente que ha ido modificando las legislaciones locales, mutando dicha competencia de los superiores tribunales loca-

24 Lo que muchas veces ocurre a la hora de calificar un documento, es que el mismo sufre numerosas devoluciones con diferentes observaciones, es decir lo que se ha llamado, una calificación escalonada. Ello conspira contra la posibilidad de hacer una evaluación de todas las observaciones del documento y conocer desde un primer momento si alguna de ellas sería pasible de promover la instancia recursiva por parte del interesado.

les a las cámaras de apelaciones civiles con asiento en la localidad del registro, como en los supuestos de Buenos Aires²⁵, CABA, Córdoba, Santa Fe, Salta, entre otras.

Ello debido a que la intervención de los superiores tribunales judiciales, con su composición colegiada, y la exigencia de transitar un juicio de conocimiento pleno en algunos supuestos, conspira contra la agilidad que se propicia en la revisión judicial de la actuación de los registros inmobiliarios. En tal sentido se pronunció el VII Congreso Nacional de Derecho Registral, celebrado en Córdoba en 1988, al tratarse el tema IV "Procedimiento recursivo registral", donde se recomendó que "Las resoluciones adoptadas por la Dirección del Registro deberían ser recurridas directamente ante las cámaras civiles o civiles y comerciales según corresponda".

4. REMISIÓN EXPRESA A LA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

La normativa registral local debería contar con una disposición que remita expresamente a la aplicación supletoria de la ley de procedimientos administrativos. Resulta trascendente no perder de vista que la actividad registral, y la instancia revisora, son de naturaleza administrativa por lo que, sin perjuicio de la normativa especial que la gobierna, es razonable que la norma de procedimiento administrativo local sea de aplicación supletoria, aunque no se consagre expresamente. Esta remisión implícita o expresa, permite interpretar e integrar vacíos normativos y hacer aplicación de los principios que rigen el procedimiento administrativo, entre otras derivaciones relevantes, como el modo en que deben formarse los expedientes, el modo de efectuar las notificaciones, la constitución de domicilios, el modo de computar los plazos, la posibilidad de toma de vista de las actuaciones, etc.

5. PRINCIPIOS QUE DEBEN PREVALECEER EN TODO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Los principios del Derecho administrativo que revisten mayor preponderancia, y cuyo respeto resulta de suma importancia en todo procedimiento administrativo, siendo el recursivo uno de ellos, son el

25 Ley 12.008 sancionada el 1/10/1997, que modificó el art. 44 del decreto ley 11.643/63.

impulso de oficio, preeminencia de la verdad material, el informalismo a favor del administrado, debido proceso (garantía de defensa), y rapidez o celeridad, simplicidad o sencillez en la tramitación, economía.

V. CONCLUSIONES

A modo de corolario, cabe enfatizar la importancia de garantizar una vía recursiva ágil, sencilla y accesible al usuario, ya que instará a que los interesados soliciten la revisión de las calificaciones que consideren que no se ajustan a derecho y colaboren con la Administración en la búsqueda de la correcta aplicación de la norma al caso planteado, lo que traerá aparejado el perfeccionamiento de los criterios jurídicos que emplea cada registro en la calificación de los documentos, redundando en beneficio de los usuarios y operadores jurídicos; en definitiva, en la seguridad de los títulos que circulan en el tráfico inmobiliario.

No puede soslayarse la trascendencia económica del sistema recursivo registral, dada la envergadura de la función publicitaria de la propiedad privada que tienen a su cargo los registros inmobiliarios.

Ello así, es de suma importancia que la normativa nacional, sin menoscabar las competencias locales en cuanto al dictado de las normas de procedimiento, pueda determinar ciertas pautas uniformes para todos los registros del país, en aras de la obtención de una vía recursiva dinámica, expedita y amigable para el usuario, entre las que se han mencionado:

- 1. Prever una instancia de revisión ante el registrador o sector que calificó el documento*
- 2. Establecer la vigencia de la inscripción provisional durante toda la sustanciación de la instancia recursiva*
- 3. Establecer un plazo legal para subsanar la observación cuando el procedimiento recursivo concluye confirmando las observaciones del calificador*

4. Determinar un procedimiento especial para la revisión de observaciones de documentos judiciales

Tanto las modificaciones aquí propuestas para el sistema recursivo en texto de la norma nacional, como las sugerencias para las normativas locales, se encuentran fundadas en el respeto a los principios que deben regir en todo procedimiento administrativo, al cual no puede ser ajeno el procedimiento recursivo registral, como así también la importancia de que las calificaciones sean ajustadas a derecho.

**Universidad
Notarial
Argentina**

ANÁLISIS COMPARATIVO DEL RÉGIMEN URUGUAYO Y DEL RÉGIMEN ARGENTINO EN LA DETERMINACIÓN DE BIENES PROPIOS Y GANANCIALES DESDE LA ÓPTICA DEL ESTUDIO DE TÍTULOS INMOBILIARIOS

Juan Pablo Villar Domínguez

Sumario: Introducción. 1- El régimen convencional y el régimen supletorio. 2. Comparación de disposiciones normativas que regulan de manera expresa supuestos de hecho generadores de bienes propios y gananciales. Primera situación: Adquisiciones anteriores a la celebración del matrimonio. Segunda situación: Adquisiciones durante la vigencia de la sociedad conyugal a título gratuito. Tercera situación: Adquisiciones durante la vigencia de la sociedad conyugal a título oneroso. Cuarta situación: Una particularidad del régimen uruguayo: la ganancialización de inmuebles propios por construcciones. Quinta situación: ¿Es posible que un inmueble sea parte propio y parte ganancial? Sexta situación: Adquisiciones a título oneroso con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal. 3. Situaciones no reguladas de manera expresa; La presunción de ganancialidad no impide la integración analógica para determinar si el bien es propio o ganancial. Consideraciones finales.

INTRODUCCIÓN

La determinación de la naturaleza de “propio” o “ganancial” de un bien es un aspecto clave en el estudio de títulos inmobiliarios que efectúa el Notario. A vía de ejemplo, durante la vigencia de la sociedad conyugal, su determinación es esencial a efectos de conocer si corresponde obtener la conformidad o asentimiento conyugal para realizar ciertos actos, y luego de disuelta la sociedad conyugal, para conocer si el bien ingresa o no en la indivisión postganancial y como consecuencia, si debe incluirse o no en el caudal partible, etc.

El Tratado de Derecho Civil Internacional celebrado en Montevideo en el año 1940 vincula a Uruguay con Argentina y Paraguay, y en su art. 16 establece: “Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes”.

En lo que refiere al tema objeto de este trabajo, con criterio general, la determinación de si un bien es propio o ganancial se rige por la ley del primer domicilio matrimonial. Como excepción, si dicha ley dispusiera sobre algún aspecto de estricto carácter real que estuviera prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes, sobre ese punto, no sería aplicable.

En una sociedad cosmopolita como la actual, es habitual que una persona adquiera un inmueble ubicado en un Estado que es parte del Tratado mencionado, y su primer domicilio matrimonial haya sido en otro, lo cual pone de relieve la importancia de conocer la normativa de dicho Estado a efectos de concluir si el bien tiene naturaleza de propio o ganancial.

En esta oportunidad, realizaré un análisis comparativo del régimen uruguayo y el régimen argentino, respecto a algunos aspectos relevantes en la determinación de si un bien es propio o ganancial en materia inmobiliaria.

1. EL RÉGIMEN CONVENCIONAL Y EL RÉGIMEN SUPLETORIO

A. Uruguay

El régimen matrimonial de bienes de acuerdo a la ley uruguaya es en primer lugar el que las partes pacten. Las personas pueden acordar el régimen de bienes que deseen, con ciertas limitaciones vinculadas al orden público y las buenas costumbres (art. 1938 y siguientes del Código Civil Uruguayo, en adelante CCU).

En los hechos, cuando las personas en Uruguay otorgan capitulaciones matrimoniales, suelen pactar el régimen de separación de bienes, pero nada impide que se acuerde un régimen distinto.

Al pactarse el régimen de separación de bienes, no existirá sociedad conyugal ni bienes gananciales, solo bienes propios de los que podrá disponer el cónyuge titular. Sin embargo, eso no es impedimento para que existan reclamaciones de créditos entre los cónyuges por enriquecimiento sin causa¹, por ejemplo, cuando la adquisición de un bien se efectúa en base al esfuerzo o caudal de ambos cónyuges.

Las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse antes de la celebración del matrimonio (art. 1938, 1942 CCU). Desde el día de la celebración del matrimonio, las convenciones se entienden irrevocablemente otorgadas y no pueden modificarse, alterarse ni destruirse (art. 1944 CCU).

Según la ley, solo a falta de convenciones rige la asociación entre los cónyuges en lo referente al régimen patrimonial (art. 1938 CCU), por tanto, el régimen legal es supletorio.

B. Argentina

De acuerdo a lo previsto en el art. 446 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC), antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: a) la designación y avalúo de los

1 Véase *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T LI, p. 133, TAF 2º, sentencia 13 de 17/2/2020, Cavalli (r), Musi, Álvarez Martínez.

bienes que cada uno lleva al matrimonio; b) la enunciación de deudas; c) las donaciones que se hagan entre ellos; d) la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código. A su vez, los regímenes previstos son: 1) de comunidad (arts. 463 a 504); 2) de separación de bienes (arts. 505 a 508). Según el art. 447 toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio es de ningún valor.

Como se puede apreciar, ambos ordenamientos jurídicos coinciden en admitir a las convenciones prematrimoniales, pero el alcance es distinto. En el derecho positivo uruguayo existe libertad de elección de régimen, con ciertas limitaciones vinculadas al orden público y las buenas costumbres mientras que, en el argentino, se permite la opción, pero dentro de los regímenes que el CCyC prevé.

En Uruguay no se admiten las convenciones postmatrimoniales. Si los cónyuges no otorgaron capitulaciones matrimoniales antes de la celebración del matrimonio, rige la sociedad conyugal y si bien cualquiera de los cónyuges puede solicitar la disolución de la sociedad conyugal en vía judicial, y de ese modo pasar a un régimen de separación de bienes, no son válidas las capitulaciones postmatrimoniales. A su vez, si los cónyuges pactaron en las capitulaciones prematrimoniales el régimen de separación de bienes, este ya no podrá ser modificado.

El régimen argentino en cambio sí admite las convenciones postmatrimoniales. En tal sentido, el art. 449 establece que después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Sin perjuicio de ello, establece que esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública y para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.

En Uruguay, ante la falta de capitulaciones matrimoniales rige el régimen de sociedad conyugal (art. 1938 CCU). En Argentina, frente a dicha ausencia, rige el régimen de comunidad (art. 463 CCyC).

2. COMPARACIÓN DE DISPOSICIONES NORMATIVAS QUE REGULAN DE MANERA EXPRESA SUPUESTOS DE HECHO GENERADORES DE BIENES PROPIOS Y GANANCIALES

A continuación, haré un análisis comparado de disposiciones normativas del régimen uruguayo y argentino que regulan de manera expresa supuestos de hecho generadores de bienes propios y de bienes gananciales. La enumeración que realizaré no es taxativa, simplemente se señalan disposiciones de interés notarial para el estudio de títulos de bienes inmuebles.

Primera situación

Adquisiciones anteriores a la celebración del matrimonio

A. Uruguay

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 1964 CCU los bienes que pertenecían privativamente a uno de los cónyuges con anterioridad a la celebración del matrimonio tienen naturaleza de propios. A su vez, el art. 1948 CCU dispone que la sociedad conyugal empieza desde el día de la celebración del matrimonio y no puede estipularse que empiece en otra época.

De modo que los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges antes de la celebración del matrimonio, sea a título gratuito u oneroso, son propios, sin perjuicio de la posibilidad de que se produzca la ganancialización por construcciones (art. 1955 numeral 6 inc. 2 CCU) que se analizará más adelante.

B. Argentina

Dispone el art. 464 CCyC literal a), que son bienes propios de cada uno de los cónyuges los bienes de los cuales los cónyuges tienen la propiedad, otro derecho real o la posesión al tiempo de la iniciación de la comunidad. A su vez, no puede estipularse que la comunidad comience antes o después de la celebración del matrimonio (art. 463 CCyC) (sin perjuicio del cambio de régimen matrimonial previsto en el art. 449 CCyC).

Es así que, de acuerdo al régimen argentino, al igual que en el uruguayo, los bienes adquiridos con anterioridad al matrimonio tienen naturaleza de propios.

Segunda situación

Adquisiciones durante la vigencia de la sociedad conyugal a título gratuito

A. Uruguay

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 1964 CCU, lo adquirido por herencia, legado o donación tiene naturaleza de propio, aunque la adquisición se produzca durante la vigencia de la sociedad conyugal.

En el caso de la herencia, el inmueble es adquirido por el heredero por modo sucesión. Si la situación es de indivisión hereditaria y posterior partición, los bienes adjudicados mantienen la naturaleza de propios en virtud de que la partición es un negocio declarativo retroactivo al momento de la apertura legal de la sucesión (art. 1151 CC) y no un negocio traslativo.

La partición es declarativa, porque a través de ella no se transfieren cuotas, sino que se "fija", "acierta", "declara" lo que le corresponde a cada comunero por su cuota. Esta confiere al comunero un derecho potencial a la totalidad de cada uno de los bienes que se le adjudiquen y la partición concreta ese derecho. Retroactiva, porque cada adjudicatario se reputará dueño exclusivo de los bienes que se le adjudicaron desde el inicio de la comunidad y que jamás tuvo parte alguna en los bienes que se le adjudicaron a otro copartiente.

Esta naturaleza declarativa retroactiva de la partición ha sido reconocida de manera homogénea por la doctrina uruguaya, citándose a vía de ejemplo a Vaz Ferreira², Arezo Píriz³, Carozzi⁴, Molla⁵ y Berdaguer⁶, así como por la jurisprudencia⁷.

2 Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, T 6, v 1, Montevideo, FCU, 1991, p. 139.

3 Arezo Píriz, Enrique, *Tratado de las particiones*, T 2, Montevideo, AEU, 1997, p. 214.

4 Carozzi Failde, Ema, *Manual de sociedad conyugal*, Montevideo, FCU, 2015, 7º ed., p. 465.

5 Molla, Roque, *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, T 96, año 2010, p. 164 y sigs.

6 Berdaguer, Jaime, *Fundamentos del Derecho Civil*, T III, Montevideo, FCU, 2012, p. 249.

7 Suprema Corte de Justicia (Larrieux (r), Chediak, Hounie, Pérez Manrique) sentencia 57 de 14/3/2016.

Con relación a la adquisición de los legados, estos tienen naturaleza de propio, con independencia de si se trata de un legado de eficacia real o personal y, por lo tanto, ya sea que el legatario lo adquiera por modo sucesión o por tradición.

En lo que refiere a los bienes donados, estos tienen naturaleza de propios, sin distinguir si se trata de una donación simple, onerosa o remuneratoria⁸. Con relación a las donaciones onerosas, lo expuesto es sin perjuicio de la recompensa que pueda deber el cónyuge a la sociedad, en caso de que se utilicen bienes gananciales para cumplir con el modo (art. 1954 CCU). Los bienes donados a los cónyuges conjuntamente pertenecen a cada uno como capital propio en la proporción determinada por el donante, y a falta de ésta por mitades (art. 1953 CCU).

B. Argentina

Según el art. 464 lit. b) CCyC son bienes propios de cada uno de los cónyuges los adquiridos durante la comunidad por herencia, legado o donación, aunque sea conjuntamente por ambos, y excepto la recompensa debida a la comunidad por los cargos soportados por ésta.

Además se dispone en dicho artículo que los recibidos conjuntamente por herencia, legado o donación se reputan propios por mitades, excepto que el testador o el donante hayan designado partes determinadas, y que no son propios los bienes recibidos por donaciones remuneratorias, excepto que los servicios que dieron lugar a ellas hubieran sido prestados antes de la iniciación de la comunidad. En caso de que el valor de lo donado *exceda* de una equitativa remuneración de los servicios recibidos, la comunidad debe recompensa al donatario por el exceso.

Al comparar el régimen uruguayo con el argentino, se observa que, excepto en lo relativo a las donaciones remuneratorias, existe coincidencia en que lo adquirido por herencia, legado o donación durante la vigencia de la sociedad conyugal o el régimen de comunidad, tiene naturaleza de propio.

Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T XLVII, p. 397.

8 Conforme Carozzi Failde, Ema, *Manual de sociedad conyugal*, Montevideo, FCU, 2015, 7º ed., p. 132.

Tercera situación

Adquisiciones durante la vigencia de la sociedad conyugal a título oneroso

I. Adquisiciones a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal con caudal ganancial

A. Uruguay

De acuerdo al art. 1955 CCU son bienes gananciales los adquiridos por título oneroso durante la sociedad legal de bienes a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad o para uno solo de ellos.

Se entiende por "caudal común" el opuesto al propio, es decir, aquel que tiene carácter ganancial. Ese "caudal común" o ganancial pudo haber sido generado de diversas maneras, a vía de ejemplo, por haberlo obtenido alguno de los cónyuges por la industria, profesión, empleo, oficio o cargo devengado durante la vigencia de la sociedad conyugal (art. 1955 numeral 2); por haberlos adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal por un hecho fortuito como el dinero ganado en una lotería (art. 1955 numeral 3); por rentas generadas durante la vigencia de la sociedad conyugal procedentes de bienes propios o gananciales (art. 1955 numeral 4); por haberlo obtenido uno de los cónyuges por el usufructo de los bienes de los hijos de otro matrimonio, generados durante la vigencia de la sociedad conyugal (art. 1955 numeral 5), por la venta de un bien ganancial, etc.

B. Argentina

Según el art. 465 literal a) del CCyC, son bienes gananciales, entre otros, los adquiridos a título oneroso durante la comunidad por uno u otro de los cónyuges o por ambos, siempre que no estén incluidos en la enunciación del art. 464 CCyC.

Los bienes adquiridos a título oneroso durante la comunidad con caudal ganancial no están incluidos en la enunciación del art. 464; por lo tanto, tienen naturaleza ganancial, al igual que ocurre con el régimen uruguayo.

El caudal ganancial puede originarse de diversas formas, a vía de ejemplo, por provenir de los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes propios y gananciales, devengados durante la comunidad (art. 465 literal c); de los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengados durante la comunidad (art. 465 literal d); de lo devengado durante la comunidad como consecuencia del derecho de usufructo de carácter propio (art. 465 literal e), de los adquiridos durante la comunidad por hechos de azar, como lotería, juego, apuestas, o hallazgo de tesoro; etc.

II. Adquisiciones a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal con caudal propio. El régimen de subrogación

Este es uno de los aspectos en los cuales existen claras diferencias entre el régimen uruguayo y el argentino.

A. Uruguay

En el régimen legal uruguayo, el solo hecho de invertir caudal propio en la adquisición de un bien no es una fuente generadora de bienes propios. Para que un bien adquirido en esas condiciones sea propio por subrogación, es necesario cumplir con determinados requisitos. De no cumplirse estos, el bien ingresará con la calidad de ganancial.

Enseña Vaz Ferreira⁹ que nuestro Código siguió al chileno y la subrogación funciona de manera excepcional, produciéndose en los casos y mediante el cumplimiento de los requisitos previstos por la ley. También Carozzi¹⁰ refiere a que nuestro Código siguió al chileno y que el bien que ingrese a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal será ganancial, si no se reúnen los requisitos exigidos por la ley a fin de que opere la subrogación.

Ello se aprecia en el art. 1957 CCU que expresa que no es ganancial el inmueble subrogado "debidamente", así como el art. 1958 inc. 1 CCU que

9 Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de la sociedad conyugal*, FCU, cuarta edición actualizada, ISBN 9974-2-0126-6, p. 383.

10 Carozzi, Failde, Ema, *Manual de la sociedad conyugal*, Montevideo, FCU, 2015, séptima edición actualizada, p. 138 y 139.

establece determinadas condiciones que califica como necesarias para que opere, al expresar: "Para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble de uno de los cónyuges, *es necesario* que(...)". Además, los arts. 1957, 1958 y 1959 CCU determinan los requisitos para que la subrogación opere.

El régimen uruguayo¹¹ reconoce cuatro casos de subrogación: a) subrogación de valores por muebles, b) subrogación de valores por inmuebles; c) subrogación de un inmueble por otro, mediante permuta y d) subrogación de un inmueble vendido por otro inmueble comprado.

Los requisitos para que opere la subrogación en cada uno de estos casos, expuestos de manera esquemática, son:

a) Subrogación de valores por muebles

El art. 1957 CCU exige que los valores hayan sido destinados a la subrogación en las capitulaciones matrimoniales o en una donación.

b) Subrogación de valores por inmuebles

Los requisitos para que opere la subrogación en este caso son los siguientes:

1) Que los valores estén destinados a ese efecto en las capitulaciones matrimoniales o en la donación (art. 1957 inc. 2)¹².

2) Que en la escritura de compra del inmueble aparezca la inversión de dichos valores y el ánimo de subrogar (art. 1958 inc. 2)¹³.

11 Conforme Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de la sociedad conyugal*, FCU, cuarta edición actualizada, ISBN 9974-2-0126-6, p. 394.

12 Art. 1957 CCU: "No es ganancial el inmueble subrogado debidamente a otro inmueble propio de alguno de los cónyuges. Tampoco lo serán las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a este objeto en las capitulaciones matrimoniales o en la donación hecha a uno de ellos".

13 Art. 1958 inc. 2: "Puede también subrogarse un inmueble a valores propios de uno de los cónyuges y que no consistan en bienes raíces; mas para que valga la subrogación será necesario que los valores hayan sido destinados a ello, en conformidad al inciso 2° del artículo anterior y que en la escritura

3) Que se produzca la relación de valores entre el monto del valor subrogado y el precio de la compra del inmueble subrogante prevista en el art. 1959 inc. 4 CCU¹⁴.

c) Subrogación de inmueble por inmueble a través de permuta

En este caso, los requisitos para que opere la subrogación son:

1) Que en la permuta se exprese el ánimo de subrogar.

2) Que se produzca la relación de valores a que refiere el art. 1959 ya señalada.

d) Subrogación de inmueble por inmueble por venta y posterior compra

En este caso, los requisitos para que opere la subrogación son:

1) Que se otorgue una venta de un inmueble propio y en la escritura el vendedor manifieste el ánimo de subrogar.

2) Que con posterioridad el cónyuge compre con su precio un inmueble y en la escritura manifieste el ánimo de subrogar.

3) Que se produzca la relación de valores a que refiere el art. 1959 ya señalada.

B. Argentina

La subrogación durante la vigencia de la comunidad, de acuerdo al régimen argentino, es más amplia que la del régimen uruguayo.

de compra del inmueble aparezca la inversión de dichos valores y el ánimo de subrogar".

14 Art. 1959 inc. 4: "Pero no se entenderá haber subrogación, cuando el saldo a favor o en contra de la sociedad excediere a la mitad del precio de la finca que se recibe, la cual pertenecerá entonces al haber social; quedando la sociedad obligada al cónyuge por el precio de la finca enajenada o por los valores invertidos y conservando éste el derecho de llevar a efecto la subrogación, comprando otra finca".

El art. 464 literal c) CCyC dispone que son bienes propios los adquiridos por permuta con otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producto de la venta de bienes propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por esta.

Como se puede apreciar, la subrogación es amplia, sin perjuicio de que a continuación establece como límite que, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge propietario.

A su vez, el literal d) establece que también son propios los créditos o indemnizaciones que subrogan en el patrimonio de uno de los cónyuges a otro bien propio.

Observemos la diferencia entre el régimen uruguayo y el argentino a través de un ejemplo. De acuerdo al régimen uruguayo (subrogación estricta), si una persona tiene dinero propio, por ejemplo, por haberlo obtenido con anterioridad al matrimonio o por cualquier otra causa, si ese dinero no fue destinado a subrogar en las capitulaciones matrimoniales o en la donación (si proviene de esta), el bien que se adquiriera a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal con ese caudal propio tiene naturaleza ganancial. En cambio, en ese mismo caso, de acuerdo al régimen argentino, el bien tiene naturaleza de propio por tratarse de una adquisición mediante la inversión de dinero propio, sin perjuicio de los requisitos de prueba y oponibilidad a terceros que exige el art. 466 CCyC.

En síntesis, de acuerdo al régimen uruguayo, lo adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal con caudal propio solo es propio por subrogación en los casos expresamente previstos y siempre que se cumplan los requisitos referidos. En cambio, de acuerdo al régimen argentino, lo adquirido a título oneroso durante el régimen de comunidad, mediante la inversión de caudal propio, tienen naturaleza de propio, sin perjuicio de los requisitos de prueba y oponibilidad que, con relación a los terceros, establece la ley.

III. Adquisiciones a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal en virtud de un título o causa anterior al matrimonio

A. Uruguay

De acuerdo al art. 1961 CCU, no se reputará ganancial la especie adquirida durante el matrimonio, aún a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a él. A continuación, el artículo enumera una serie de casos que la doctrina ha señalado que es ejemplificativa, no taxativa. En ese sentido puede leerse a vía de ejemplo a Vaz Ferreira¹⁵, Arezo¹⁶, Carozzi¹⁷, Domínguez Gil¹⁸.

Se han presentado diversas posiciones con relación al alcance de la expresión "título o causa" anterior al matrimonio.

La tesis restringida considera que para aquellos casos en que la adquisición se produce por modo tradición, el "título o causa" es el título hábil para adquirir el dominio, en cambio, cuando se adquiere por modo prescripción, entonces la causa sería el inicio de la posesión. La expresión "título o causa" no alcanza a derechos que surjan de contratos preliminares ni a meras expectativas de adquisición. En esta línea de pensamiento se encuentran Vaz Ferreira¹⁹ e Yglesias²⁰.

La tesis media sostiene que título y causa son utilizados como sinónimos y ambos aluden a la razón de ser o fundamento jurídico de una adquisición. Si dicha razón o fundamento de adquisición es anterior al ma-

15 Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de la sociedad conyugal*, FCU, cuarta edición, 1997, p. 360.

16 Arezo Píriz, Enrique, Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión Derecho Civil, "Naturaleza jurídica del bien", Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay [recurso en línea], jul.-dic.1987, T 73, N° 7-12, p. 79.

17 Carozzi Failde, Ema, *Manual de la sociedad conyugal*, Montevideo, FCU 2015, séptima edición actualizada, p. 108.

18 Domínguez Gil, Daniel, *Determinación de la naturaleza propia o ganancial de los bienes de acuerdo al título o causa de su adquisición*, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T XXXII, p. 700.

19 Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de la sociedad conyugal*, FCU, cuarta edición, 1997, p. 360 a 364, 369 y 370.

20 Yglesias, Arturo, "Sociedad Conyugal", Revista Uruguaya de Derecho de Familia N° 4, p. 102 y sigs.

trimonio (ya sea un contrato preliminar, un crédito, un título hábil para adquirir el dominio, el comienzo de la posesión, etc.), el bien ingresa con calidad de propio, aunque la adquisición a título oneroso se efectúe durante la vigencia de la sociedad conyugal. La expresión "título o causa" no alcanza a las meras expectativas. Esta es la tesis sostenida por Cafaro²¹ y seguida por diversos autores como Carozzi²², Arezo²³, Domínguez Gil²⁴. La Comisión de Derecho Civil de la Asociación de Escribanos del Uruguay en diversas oportunidades ha seguido esta opinión.²⁵

La tesis amplia considera como "causa o título" tanto a los derechos en la cosa, los derechos a la cosa, como a los hechos que tengan trascendencia jurídica y puedan generar la expectativa legal de adquisición de un derecho²⁶.

B. Argentina

En el régimen argentino, el art. 464 literal g) del CCyC dispone que son bienes propios los adquiridos durante la comunidad, aunque sea a título oneroso, si el derecho de incorporarlos al patrimonio ya existía al tiempo de su iniciación. A su vez, en lo que refiere a la prescripción durante la comunidad, cuando la posesión comenzó antes del inicio de la comunidad, del literal a) del mismo artículo se puede inducir que también tiene naturaleza de propio.

El criterio que resulta de la regulación argentina es similar al que surge del régimen uruguayo. Para ser más precisos, la regulación argentina se asimila mucho a la tesis media de la causa o título anterior al matrimonio a que refiere el art. 1961 CCU y seguida por gran parte de la doctrina uruguaya.

21 Cafaro, Eugenio B., "Promesa de compraventa y sociedad conyugal", Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay [recurso en línea], jul.-set.1982, T 68, N° 7-9, p. 211-233.

22 Carozzi Failde, Ema, *Manual de la sociedad conyugal*, Montevideo, FCU 2015, séptima edición actualizada, p. 124.

23 Arezo Piriz, Enrique, "Sociedad conyugal: bienes propios y gananciales. Subrogación de propios", Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, T 89, 1-12, 2003, p. 243.

24 Domínguez Gil, Daniel, "Determinación de la naturaleza propia o ganancial de los bienes de acuerdo al título o causa de su adquisición", Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T XXXII, p. 699-712.

25 A vía de ejemplo Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, 2015, p. 292-302.

26 Sentencia citada por Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de la sociedad conyugal*, FCU, cuarta edición, 1997, p. 361 con la que dicho autor no coincide.

Incluso, el art. 464 del CCyC regula situaciones similares a las que resultan de los diversos numerales del art. 1961 CCU. En tal sentido, el art. 464 literal h) establece que son bienes propios los adquiridos en virtud de un acto anterior a la comunidad viciado de nulidad relativa, confirmado durante ella; lo cual es similar a lo previsto en el art. 1961 numeral 2 del CCU; el 464 literal i) que son propios los originariamente propios que vuelven al patrimonio del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico, lo cual es similar a lo previsto en el art. 1961 numeral 3 del CCU; el 464 literal l) establece que son propios la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió antes del comienzo de la comunidad, si el usufructo se extingue durante ella, similar a lo previsto en el art. 1961 numeral 5 del CCU.

Cuarta situación

Una particularidad del régimen uruguayo: la ganancialización de inmuebles propios por construcciones

El art. 1955 numeral 6 del CCU establece que son bienes gananciales: "El aumento de valor en los bienes propios de cualquiera de los cónyuges por anticipaciones de la sociedad o por la industria de cualquiera de ellos. Será también ganancial el edificio construido durante la vigencia del régimen de la sociedad legal de bienes, en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenecía".

El numeral 6 referido regula situaciones diferentes en el inciso primero y en el segundo.

En el primer inciso regula la situación en la cual uno de los cónyuges es propietario de un bien de naturaleza propio, y a través de aportes de naturaleza ganancial, el bien aumenta de valor. En ese caso, el bien continúa en calidad de propio, pues lo ganancial es solo el aumento de valor, que se traduce es una recompensa a favor de la sociedad conyugal, la que, como tal, podrá reclamarse recién luego de disuelta esta.

A vía de ejemplo, si suponemos que el cónyuge A es propietario de un terreno con construcciones de naturaleza propio por herencia, y durante la vigencia de la sociedad conyugal se reforma una sala de la casa

mediante la inversión de dinero ganancial, generándose un aumento de valor de 10.000 dólares, nos encontramos en la situación prevista en el numeral primero. Es por ello que, en este caso, el inmueble continúa en calidad de propio, y surge un crédito por recompensa a favor de la sociedad conyugal equivalente al aumento de valor que tuvo el inmueble, es decir, 10.000 dólares.

En lo que respecta al segundo inciso, la doctrina predominante en la actualidad²⁷ sostiene que el terreno cambia de naturaleza, al pasar de propio a ganancial.

La situación que se produce al aplicar del inciso segundo del art. 1955 numeral 6, es conocida como "accesión a la inversa". La razón consiste en que, en situaciones comunes, el dueño de un terreno (cosa principal) se convierte en dueño de lo en él construido (cosa accesoria) por accesión (arts. 749 y 751 CC); en cambio, en este caso, el dueño de la construcción –la sociedad conyugal: en sentido figurado– se convierte en dueño del terreno. La accesión es a la inversa, porque la construcción pasa a ser la "cosa principal" y el terreno "la cosa accesoria".

En virtud de las diferentes consecuencias que resultan de aplicar los incisos primero y segundo del art. 1955 numeral 6 CCU, es de gran relevancia distinguir en cada caso concreto, cuál de los dos incisos es aplicable.

En términos prácticos hay situaciones claras, por ejemplo, cuando durante la vigencia de la sociedad conyugal solo se reforma una sala, es de aplicación el primer inciso, o cuando el terreno era baldío y durante la vigencia de la sociedad conyugal se construye de principio a fin un edificio, es de aplicación el segundo inciso.

Entre esos dos extremos se pueden presentar infinidad de variables, que suelen generar dudas en el intérprete, sobre si el caso concreto se regula por el primer inciso o por el segundo y, por lo tanto, si el inmueble es propio o ganancial.

27 Secco Illa, Joaquín, "Reintegración a la dote del valor del terreno convertido en ganancial", Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay [recurso en línea], mar. 1945, T 31, N° 3, p. 65-68; Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de la sociedad conyugal*, FCU, cuarta edición, 1997, p. 338; Carozzi Failde, Ema, *Manual de la sociedad conyugal*, séptima edición, Montevideo, FCU, 2015, p. 90.

Esta situación excepcional de "ganancialización por construcciones" no se presenta en el régimen argentino, el cual sigue los principios de la accesión. Al respecto, el art. 464 literal j) CCyC, dispone que son bienes propios del cónyuge los incorporados por accesión a las cosas propias, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con dinero de ella. A su vez, de manera correlativa, el art. 465 literal m) CCyC establece que son bienes gananciales los incorporados por accesión a las cosas gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con sus bienes propios.

Quinta situación

¿Es posible que un inmueble sea parte propio y parte ganancial?

A. Uruguay

El art. 1956 CCU dispone que la propiedad de las cosas que uno de los cónyuges poseía con otra persona proindiviso y de que durante el matrimonio se hiciere dueño por cualquier título oneroso, pertenecerá proindiviso a dicho cónyuge y a la sociedad en proporción a las respectivas cuotas.

Supongamos que A soltero y C soltero compren un inmueble. Con posterioridad A contrae matrimonio con B bajo el régimen legal de bienes. Durante la vigencia de la sociedad conyugal de A con B, A compra la mitad indivisa del inmueble a C. En este caso, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1956 CCU la mitad indivisa del inmueble será propio de A y la otra mitad ganancial de A con B.

B. Argentina

El régimen argentino adoptó el criterio de que los bienes son en su totalidad propios o gananciales, a diferencia de lo que vimos, sucede en el régimen uruguayo.

Al respecto el art. 464 literal k) CCyC dispone que son bienes propios de cada uno de los cónyuges, las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que la adquirió durante ésta en calidad de propia, así como los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de esta para la adquisición.

De manera correlativa, el art. 465 literal n) CCyC establece que son bienes gananciales las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de carácter ganancial de un bien al extinguirse la comunidad, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge en caso de haberse invertido bienes propios de éste para la adquisición.

Sexta situación

Adquisiciones a título oneroso con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal

En principio, las adquisiciones a título oneroso posteriores a la disolución de la sociedad conyugal tienen naturaleza de propio. Sin embargo, corresponde analizar dos situaciones que conducen a que el inmueble ingrese a la indivisión postganancial y sea asimilado a un bien exganancial. Estas son las siguientes.

1. Adquisición posterior a la disolución de la sociedad conyugal fundamentado en un título o causa generado durante la vigencia de la sociedad conyugal

A. Uruguay

El art. 1962 CCU dispone que se reputarán adquiridos durante el matrimonio los bienes que durante él debieron adquirirse por uno de los cónyuges y que de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad, por no haberse tenido noticias de ellos o por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce.

El texto del art. 1962 CCU, desde un punto de vista literal, tiene un alcance más restringido que el que prevé el art. 1961 CCU para el caso de adquisi-

ciones a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal, fundamentados en una causa o título anterior al matrimonio.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria²⁸ y la jurisprudencia²⁹ efectúan una interpretación extensiva del art. 1962 CCU, y consideran que funciona como un espejo del art. 1961 CCU. Esto es, a pesar del sentido literal restringido del art. 1962 CCU, la adecuada intelección, al ubicar dicho artículo dentro de la regulación de la sociedad conyugal, consiste en que todas las situaciones generadoras de que un bien adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal, fundamentado en un título o causa anterior al matrimonio sea propio, también son situaciones generadoras de que un bien adquirido con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal fundamentado en un título o causa que nació durante la vigencia de la sociedad conyugal, sea ganancial.

B. Argentina

En Argentina, el art. 465 CCyC en sus literales j, k, l, ñ prevé diversas situaciones de adquisición posterior a la extinción de la comunidad, fundamentadas en un título o causa generada durante la vigencia de la comunidad, y los califica como bienes gananciales.

Dichas situaciones guardan simetría con las previstas en el art. 464 literales g, h, i, l como generadoras de bienes propios.

28 En tal sentido puede leerse a Vaz Ferreira, *Tratado de la sociedad conyugal*, FCU, cuarta edición, 1997, ISBN: 9974-2-0126-6, p. 371; Carozzi Failde, Ema, *Manual de la sociedad conyugal*, séptima edición, Montevideo, FCU, 2015, p. 89 y 90; Arezo Píriz, Enrique, "Sociedad conyugal: bienes propios y gananciales. Subrogación de propios," *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, T 89, 1-12, 2003, p. 243. En contra, Yglesias, Arturo, "Sociedad conyugal", *Revista Uruguaya de Derecho de Familia* N° 4, p. 110.

29 Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno, sentencia número 0010-000031/2019 de 11/3/2019, Díaz Sierra, Messere, Bendahan (r), *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, T VIII, p. 390 y 391.

2. Adquisición posterior a la disolución de la sociedad conyugal pero opera la subrogación real

A. Uruguay

El régimen uruguayo no prevé a texto expreso la subrogación real de los bienes que componen la masa postganancial.

Ante la laguna legal, diversos autores de la doctrina uruguaya sostienen que la masa postganancial constituye una universalidad jurídica en la cual funciona la subrogación real de pleno derecho³⁰.

En tal sentido, se ha sostenido que enajenado a título oneroso un bien que integra la indivisión postganancial, los bienes que se reciban a cambio sustituyen a los enajenados e integran dicha comunidad.

En el régimen uruguayo, de seguirse la posición sostenida por la doctrina general, se puede observar que no hay una correlación entre la subrogación de bienes propios durante la vigencia de la sociedad conyugal y la subrogación de bienes gananciales durante la indivisión postganancial, pues en el primer caso la subrogación solo opera en determinadas situaciones y siempre que se cumpla con ciertos requisitos, en cambio, en el segundo caso, la subrogación es amplia.

B. Argentina

En Argentina, en cambio, la ley prevé de manera expresa la subrogación real luego de disuelta la sociedad conyugal (o de extinguida la comunidad en la terminología del CCyC).

30 Vaz Ferreira, *Tratado de la sociedad conyugal*, FCU, cuarta edición, 1997, ISBN: 9974-2-0126-6, p. 724 y siguientes; Arezo Píriz, Enrique, *Tratado de las particiones*, T 2, Montevideo, AEU, 1997, p. 332 y 333; Anido, Raúl, "Del beneficio de emolumento y la comunidad postganancial", *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay* [recurso en línea], ene.-jun. 2002, T 88, N° 1-6, p. 11-114; Carozzi Failde, Ema, *Manual de la sociedad conyugal*, séptima edición, Montevideo, FCU, 2015, p. 40; Calvo, Luz; Caillabet, Jorge, "Sociedad conyugal", *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, dic. 1989, año 3, N° 4, p. 38.

En tal sentido, el art. 465 literal f) CCyC establece que son bienes gananciales los adquiridos después de la extinción de la comunidad por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial, o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge si hay un saldo soportado por su patrimonio propio.

Dispone una limitación a la subrogación, al establecer que, si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien es propio, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad. Dicha limitación es correlativa a la que dispone el art. 464 literal n) para la subrogación de bienes propios durante el régimen de comunidad, pudiéndose visualizar la coherencia normativa en el tratamiento del tema.

3- SITUACIONES NO REGULADAS DE MANERA EXPRESA. LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD NO IMPIDE LA INTEGRACIÓN ANALÓGICA PARA DETERMINAR SI EL BIEN ES PROPIO O GANANCIAL

A. Uruguay

El art. 1964 CCU consagra la denominada “presunción de ganancialidad” al establecer que se reputarán gananciales todos los bienes existentes en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, si no se prueba que pertenecían privativamente a uno de ellos con anterioridad a la celebración del matrimonio o que los hubiera adquirido después por herencia, legado o donación.

Una primera aclaración: si bien el art. 1964 CCU, para que no opere “la presunción de ganancialidad”, prevé que se demuestre que el bien se adquirió antes del matrimonio, o durante el matrimonio por herencia, legado o donación, estos casos son solo ejemplos, no una lista taxativa.

La ley prevé a texto expreso otros supuestos de hecho generadores de bienes propios no previstos en el art. 1964 CCU, y es claro que, si se demuestra alguno de ellos, por ejemplo, que el bien se adquirió a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal y se cumplieron los requisitos para que opere la subrogación³¹ (art. 1957 y ss. CCU), o

31 Conforme Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de la sociedad conyugal*, FCU, cuarta edición, 1997, ISBN: 9974-2-0126-6, p. 307.

que se adquirió en base a un título o causa anterior al matrimonio (art. 1961 CCU), el bien también tiene naturaleza de propio.

La cuestión a resolver es: si se presenta una adquisición fundamentada en un hecho no previsto a texto expreso como un supuesto de hecho generador de bien propio o ganancial, ¿"la presunción de ganancialidad" significa que el bien debe considerarse ganancial o dicha presunción es irrelevante a esos efectos y debe acudir a las técnicas de integración del derecho?

Diversos autores de la doctrina nacional se han manifestado en el sentido de que la "presunción de ganancialidad" tiene un alcance meramente probatorio y que, ante una laguna legal, deberá acudir a las técnicas de integración a efectos de poder determinar si el bien tiene naturaleza de propio o ganancial. En tal sentido, se han expresado a vía de ejemplo Vaz Ferreira³², Arezo³³ y Carozzi³⁴, con lo cual coincido.

El ámbito de aplicación de la "presunción de ganancialidad" es aquel en el que se ha probado la existencia de un bien en poder de uno de los cónyuges, pero no se ha probado la causa por la cual el cónyuge tiene ese bien, no cuando se tiene probada la causa por la cual el cónyuge tiene ese bien y lo que se cuestiona es si esa causa genera que el bien se adquiera con naturaleza de propio o ganancial.

La "presunción de ganancialidad" no determina qué supuestos de hecho generan que un bien sea propio, ni qué supuestos de hecho generan que un bien sea ganancial, y tampoco dispone sobre cómo corresponde integrar el derecho.

Las lagunas normativas son aquellas que ocurren cuando un hecho no se encuentra regulado por una regla expresa, como un supuesto de hecho al cual, de ocurrir, deba adjudicársele una consecuencia.

Ante una laguna normativa sobre si un hecho genera que el bien que se adquiere tenga naturaleza de propio o ganancial, debe acudir a

32 Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de la sociedad conyugal*, FCU, cuarta edición, 1997, ISBN: 9974-2-0126-6, p. 307.

33 Arezo Píriz, "Sociedad conyugal: bienes propios y gananciales. Subrogación de propios", *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, T 89 (1-12), p. 242.

34 Carozzi, Failde, Ema, *Manual de la sociedad conyugal*, Montevideo, FCU, 2015, séptima edición actualizada, p. 68 y sigs.

las técnicas integrativas y formular la regla implícita que, según las circunstancias del caso, resulte aplicable y es esta la que determinará si el bien es propio o ganancial. La "presunción de ganancialidad" ninguna inferencia tiene al respecto.

Veamos el funcionamiento de la "presunción de ganancialidad" en el esquema del razonamiento jurídico.

Los tipos de razonamientos que se utilizan en la aplicación del derecho son variados y con diversas estructuras. En la determinación de si un bien tiene naturaleza de propio o ganancial, la actividad racional requiere de una confrontación de los hechos probados con los supuestos de hecho previstos en las normas, que conducen a que el razonamiento utilizable sea el silogismo subjuntivo, sin perjuicio de que para determinar los elementos que lo componen, es necesario realizar valoraciones por parte del intérprete (no se trata de un silogismo automático)³⁵.

El razonamiento referido se compone de una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión a la cual se llega a través de la inferencia. La premisa mayor (premisa normativa) es la proposición condicional que resulta de la norma que rige en el caso concreto, la cual tiene un antecedente y un consecuente (*si p entonces q*); la premisa menor (premisa fáctica) son los hechos ocurridos y probados que afirman que ocurrió el antecedente (*p*), la conclusión es la afirmación del consecuente (*q*) a la cual se llega mediante una inferencia que es el pasaje de las premisas a la conclusión (*entonces*)³⁶.

En lo que refiere a la determinación de si un bien tiene naturaleza de propio o ganancial, la estructura del razonamiento podría plantearse en estos términos:

p significa el conjunto de supuestos de hecho generadores de bienes propios, ya sea que resulten de normas expresas o implícitas (producto de integración).

35 Puede leerse sobre este tema en Villar, Juan Pablo, *Introducción a la argumentación jurídica notarial*, Montevideo, AEU, 2020, p. 291.

36 Atienza, Manuel (2016), *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, 1º ed., 2013, 4º reimpresión, 2016, Madrid, Editorial Trotta, p. 173.

$p1, p2, p3, p4$ son especies de supuestos de hecho generadores de bienes propios, ya sea que resulten de normas expresas o implícitas (producto de integración).

No p , significa que no se ha probado la existencia de ningún supuesto de hecho generador de bienes propios.

q significa bien propio.

g significa el conjunto de supuestos de hecho generadores de bienes gananciales, ya sea que resulten de normas expresas o implícitas (producto de integración).

$g1, g2, g3, g4$, son especies de supuestos de hecho generadores de bienes gananciales, ya sea que resulten de normas expresas o implícitas (producto de integración).

No g significa que no se ha probado la existencia de ningún supuesto de hecho generador de bienes gananciales.

r significa bien ganancial.

Sobre las mencionadas bases, los razonamientos tienen la siguiente estructura:

A) El razonamiento cuando se concluye, en base a la prueba presentada, que ocurrió un hecho generador de un bien propio (por ejemplo, se prueba que uno de los cónyuges tiene una suma de dinero y que proviene de una herencia) es el siguiente:

Premisa normativa. Si se prueba que existió una especie de p (sea $p1, p2, p3, p4$) entonces q .

Premisa fáctica. Se probó que existió una especie de p (ya sea $p1, p2, p3, p4$).

Inferencia: entonces.

Conclusión: q .

B) El razonamiento cuando se concluye, en base a la prueba presentada, que ocurrió un hecho generador de un bien ganancial (por ejemplo, se

prueba que uno de los cónyuges tiene una suma de dinero y que proviene del ejercicio de su profesión durante la vigencia de la sociedad conyugal) es el siguiente:

Premisa normativa. Si se prueba que existió una especie de g (sea g1, g2, g3, g4) entonces r.

Premisa fáctica. Se probó la existencia de una especie de g (ya sea g1, g2, g3, g4).

Inferencia: entonces.

Conclusión: r.

C) El razonamiento cuando se concluye, en base a la prueba presentada, que no resulta probado que haya ocurrido un hecho generador de un bien propio o un hecho generador de un bien ganancial, y se aplica la presunción de ganancialidad (por ejemplo, se prueba que uno de los cónyuges tiene una suma de dinero, pero no se prueba cómo fue generada) es el siguiente:

Premisa normativa: si no se prueba la existencia de una especie de p ni de una especie de g, entonces, r.

Premisa fáctica: no se probó la existencia de una especie de p ni de una especie de g.

Inferencia: entonces.

Conclusión: r.

Como se puede apreciar del esquema del razonamiento jurídico, la presunción simple de ganancialidad se aplica cuando no se tiene probada la existencia de un hecho (esto es, la causa por la cual el cónyuge tiene el bien), no cuando se tiene probada la existencia de un hecho (la causa por la cual un cónyuge tiene un bien) y lo que se desconoce es si ese hecho genera que el bien se adquiera con naturaleza de propio o ganancial (ámbito de las técnicas integrativas).

B. Argentina

El régimen argentino también consagra una presunción simple de ganancialidad al establecer en el art. 466 CCyC que se presume, excepto prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad.

Los argumentos expuestos con relación a cuál es la función de la “presunción de ganancialidad” y su no inferencia en cómo se resuelven las lagunas normativas, son trasladables al régimen argentino.

Por tal razón, si se presentara un caso no regulado de manera expresa, considero que también bajo el régimen argentino, el operador jurídico deberá realizar la actividad de integración correspondiente, tendiente a encontrar la norma implícita que resulta de la regulación, a efectos de poder determinar la premisa normativa que formará parte del razonamiento jurídico aplicable, para concluir si el bien tiene naturaleza de propio o ganancial.

CONSIDERACIONES FINALES

De lo expuesto, se puede apreciar que en lo relativo a la determinación de bienes propios y gananciales, el régimen uruguayo y el argentino coinciden en diversos aspectos, pero también tienen diferencias relevantes para el asesoramiento y la toma de decisiones a nivel notarial.

Es importante que el escribano que actúa en Uruguay conozca estas diferencias, cuando se enfrenta a un caso en el cual el primer domicilio matrimonial del titular del bien, o de quien pretende adquirir, fue en Argentina. Del mismo modo, es relevante que el Notario que actúa en Argentina sea consciente de ello, frente a un caso en el cual el primer domicilio matrimonial ocurrió en Uruguay.

En tal sentido, espero que el presente trabajo sea útil para el ejercicio de la profesión notarial.

**Academia
Nacional del
Notariado**

TÍTULOS DE ADQUISICIÓN DE DERECHOS REALES CON CAUSA EN LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA*

Marcelo Eduardo Urbaneja

Sumario: I. Introducción. Regulación normativa. Terminología. Delimitación temática. Antecedente legislativo. II. Naturaleza jurídica. Causa-fuente. III. Su constitución por vía judicial y por vía voluntaria. La posibilidad de transmisión de un derecho real. IV. La cuestión de la acreditación de la extinción del matrimonio y de la unión convivencial

* Presentación del autor en el Seminario Virtual "Laureano A. Moreira", desarrollado en junio de 2022.

I. INTRODUCCIÓN. REGULACIÓN NORMATIVA. TERMINOLOGÍA. DELIMITACIÓN TEMÁTICA. ANTECEDENTE LEGISLATIVO

La compensación económica se encuentra regulada en el CCyC en los arts. 441 y 524. Según el primero: "Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez". Indica el segundo: "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".

Además de aplicarse frente al cese de la unión convivencial y al divorcio, también cabe en los supuestos de nulidad matrimonial (con las mismas pautas que en ellos cuando hay buena fe de uno de los cónyuges -art. 429, inc. a- y con otras cuando la buena fe es de ambos -art. 428, *in fine*-). En el caso del matrimonio es indiferente el régimen al cual se encontraba sometido.

Por lo pronto, conviene despejar inquietudes en torno a una supuesta raigambre constitucional del instituto, pues la referencia de la Constitución de la Nación a la "compensación económica familiar" en el art. 14 bis, señalando que la misma debe ser establecida por ley, alude a "las asignaciones familiares o salario familiar", como lo tiene dicho Bidart Campos¹. Es decir, a una prestación que se distingue desde dos puntos de vista de la que aquí me ocupa. Por un lado, en que el titular del débito

¹ Bidart Campos, Germán José, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, T II, 2006, capítulo XX (Los derechos sociales y el trabajo), IV.30, y capítulo XXII (La seguridad social), IV.29.

es el Estado; por el otro, que no demanda la extinción del vínculo matrimonial o convivencial. Antes bien, abunda advertir que la incorporación de la expresión por la Convención Constituyente de 1957 fue realizada cuando ya se había acabado la efímera vigencia del divorcio vincular (advenido con la ley 14.394 al comienzo de 1955 y derogado por el gobierno de facto iniciado en septiembre del mismo año).

La denominación legal no debe llevar a confusión. No hay punto de contacto entre este instituto y la compensación como causa extintiva de las obligaciones, lo que se evidencia desde múltiples ópticas, pero la más sencilla es la que resulta de la inexistencia, aquí, de sujetos que sean simultáneamente deudores y acreedores de deudas recíprocas (art. 921). Claro que ello podría ocurrir, pero en tal caso se tratará de la compensación, a secas, que el Código mienta desde el artículo citado en adelante, y que deberá componerse del resto de sus elementos. Así, ese medio extintivo de la obligación resultante de la compensación económica podría provenir de la recompensa que se debiera al otro cónyuge (art. 491) que, para más, configura una obligación de valor (art. 494), al igual que la emergente de la compensación económica (como se verá unos párrafos más adelante).

No consideraré un tema de interés para el ámbito notarial pero que excede el tema del que me ocupo, que es la "atribución del uso de la vivienda" (arts. 443 y 444 para el matrimonio y 526 para la unión convivencial), pues claramente no integra la compensación económica (incs. f de los arts. 442 y 525, de los que surge que esa atribución es uno de los factores para que el juez considere la procedencia y el monto de la compensación económica, por lo que se desprende que son dos institutos diferentes; para el matrimonio se corrobora esa convicción a través de la enumeración separada de ambos en el art. 439).

El confesado antecedente tenido en miras por los autores del Anteproyecto devenido en Código es el art. 97 del Código Civil Español, según la redacción dada en 2005: "El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
2. La edad y el estado de salud.
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
4. La dedicación pasada y futura a la familia.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
9. Cualquier otra circunstancia relevante.

En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el secretario judicial o el notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad”.

II. NATURALEZA JURÍDICA. CAUSA-FUENTE

La particularidad que en nuestro medio encarna la figura no debe conducir a disipar su inequívoca naturaleza creditoria, sin que sea válido revivir pretensiones de crear categorías intermedias, novedosas o *sui generis* que en su tiempo se ensayaron sin éxito para otros institutos. El entroncamiento en los cánones clásicos de los derechos personales se desprende de expresiones legales de los artículos citados, como el “derecho a” una compensación, que “puede consistir en una prestación” y que puede “pagarse”.

Si bien se configura como una obligación de dar, lo que reconoce la buena doctrina² y se desprende de la fraseología transcripta y de las alternativas legales para cumplir la obligación mediante el “dinero” o “el usufructo de determinados bienes”, no creo que quepa descartar su establecimiento como una obligación de hacer a partir de su implementación “de cualquier otro modo”, como rezan *in fine* ambos artículos. No me detendré en esta posibilidad por exceder lo que aquí interesa.

La obligación tiene por causa-fuente a la ley, que exige que se produzca, según palabras de los preceptos transcriptos, un “desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada” a la “ruptura” del matrimonio o la unión convivencial.

Como invariablemente lo ponen de resalto los comentaristas, el instituto es ajeno a cualquier imputación de subjetividad en ese resultado, por lo que no es menester la culpa (y menos aún el dolo) del deudor de la compensación³. Basta con el aludido desequilibrio, pues sin él cabría aludir a un enriquecimiento sin causa.

Se reflexiona casi por regla en los autores que el hecho de no indagarse en causas de imputación para la procedencia es coherente con la in-causalidad en la petición individual o conjunta de divorcio, aunque esa simetría entre ambos no sea seguida por todas las legislaciones, pues subsisten regulaciones extranjeras que condicionan o matizan el divorcio o la compensación económica según la idea de culpa. Sin embargo, coincido con la lectura minoritaria que advierte que ese escenario se desdibuja cuando el CCyC descarta la coexistencia de alimentos y compensación económica (art. 434), siendo que cada instituto aparece asido a fundamentaciones diversas⁴. No obstante este desvalor que a mi modo de ver aparece en el escenario regulatorio imperante, recalco su

2 Otero, Mariano, *Manual de derecho de familia*, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2017, p. 180; Blanchard, Victoria, “Compensación económica. Riesgos de una inadecuada interpretación”, DFyP, 2016 (abril), 3; cita online: AR/DOC/630/20.

3 Pellegrini, María Victoria, en Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, T I, comentario al artículo 441, p. 413.

4 Conf. Perrino, Jorge Oscar; Basset, Úrsula Cristina y Santi, Carolina, *Derecho de Familia*, T II, tercera edición actualizada y ampliada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, nro. 930.

fructífera contribución a despejar dudas acerca de la circulación de los títulos causados en la compensación económica, como haré notar.

Ya las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013), por mayoría, anticipaban que "para la fijación de prestaciones compensatorias el juez debe valorar la conducta habida entre los cónyuges durante el matrimonio, como también si de su otorgamiento resultara una grave falta de equidad respecto del cónyuge obligado a la prestación".

III. SU CONSTITUCIÓN POR VÍA JUDICIAL Y POR VÍA VOLUNTARIA. LA POSIBILIDAD DE TRANSMISIÓN DE UN DERECHO REAL

Los arts. 441 y 524, al indicar que la compensación económica puede pagarse "de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez" evidencian que la extinción de la obligación originada podrá realizarse con la prestación que se indique por vía voluntaria o, en su defecto, judicial. Los artículos siguientes a ambos (442 y 525) establecen que la magistratura deberá considerar "la procedencia y el monto" de la compensación económica y enumeran las pautas que, "entre otras", servirán para resolver.

A) LA CONSTITUCIÓN JUDICIAL

Naturalmente que la vía judicial sólo gravita en la actividad notarial como eventual título antecedente. Pero me interesa, a ese respecto, colocar la inquietud acerca de la instrumentación de una transmisión de un derecho real que procediera de la decisión judicial. ¿Debiera considerarse constituida por la sentencia o interpretarse que la misma ordena constituir, es decir que se trataría de una constitución forzosa, como lo es la de las servidumbres del art. 2166? Me inclino claramente por esta última alternativa, sin que la primera parte del art. 1896 resulte valladar, por diversos motivos.

Dígame primeramente que, si se coincide en que la sentencia no constituye al derecho real sino que obliga a constituirlo, no se trataría de una excepción a la primera manda de la norma sino en todo caso de un supuesto que, a la manera del art. 1128 (metodológicamente desubicado, pues debería integrarse con los arts. 398 o el 1896 que vengo tratando),

“obligue a constituir” un derecho real por existir “necesidad jurídica de hacerlo”, surgente de la sentencia judicial.

Pero, además, la parte final del art. 1896 admite la excepción legal en contrario, que precisamente dimana de la integración de los artículos en dupla (441 y 442 por un lado y 524 y 525 por el otro), permitiendo al juez establecer el pago mediante la transmisión de un derecho real.

En el mismo sentido digo, como en soledad mantuve en mi ponencia a las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, 2015), que la sentencia podría ordenar constituir un usufructo, con mucho más argumento que cualquier otro derecho de esa naturaleza habida cuenta de ser expresamente mencionado en los arts. 441 y 524. Sigo reputando insostenible que la negativa a admitir esta conclusión se asiente en el texto genérico del art. 1896 (pese a su salvedad final) y en el dogmático pero redundante (por reiterar la misma regla) art. 2133. Es que los artículos en cuestión (442 y 525), al permitir simplemente el establecimiento judicial sin indicar cuáles de los posibles contenidos enumerados en los artículos anteriores son los que tiene a su mano el juez para escoger, habilitan la constitución judicial del usufructo.

Tal conclusión, además, armoniza perfectamente con el nuevo rol económico que cabe atribuir al usufructo a partir del CCyC, que no se replica en los derechos reales de uso y habitación y por eso ellos no están enumerados en los arts. 441 y 524⁵.

B) LA CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA. GRAVITACIÓN DEL VALOR DEL INMUEBLE, EL PLAZO TRANSCURRIDO Y LA MUERTE DE ALGÚN EXCÓNYUGE O EXCONVIVIENTE

Cuando se arriba a la compensación económica por vía de acuerdo, se presenta inequívocamente un contrato, pues la definición del art. 957 recepta también a aquellos actos que extinguen obligaciones.

5 Ver Urbaneja, Marcelo Eduardo, “El nuevo rol del usufructo inmobiliario, el uso y la habitación”, en *La función notarial. Enfoque constitucional, civil, documental, nuevas tecnologías y contratos inteligentes*, director Gastón Augusto Zavala, La Ley Thomson Reuters, Buenos Aires, 2020, p. 645 a 687; Urbaneja, Marcelo Eduardo, “Usufructo, uso y habitación: trascendental cambio de función económica”, ED, diario del 04/12/2017, p. 1 a 3.

Y como los artículos citados refieren a que el pago admite, además del dinero y del usufructo, cualquier "otro modo" que se acuerde, no se presenta ningún obstáculo para que se realice mediante la transmisión de cualquier otro derecho real, como serían el dominio o la propiedad horizontal⁶. Y aunque no se haya asumido aún toda la ductilidad del instituto, seguramente por su novedad, el entramado normativo que considero no ofrece ninguna duda acerca de su viabilidad.

Si bien el art. 442 alude a la falta de acuerdo de los cónyuges "en el convenio regulador", lo que luce armónico con el contenido que al mismo confiere el art. 439 (que enumera a las "eventuales" compensaciones económicas), no existe ningún obstáculo para que el acuerdo sobre la misma se alcance posteriormente. Con más razón sería absolutamente posible que lo pactado al respecto se modificara luego.

Me apresuro a decir que ninguna incidencia tiene la renuncia a reclamar compensación económica que eventualmente surgiera de un pacto de convivencia. Sea posible o no esa alternativa (que en materia de convenciones matrimoniales está indiscutiblemente prohibida: art. 446), lo cierto es que tratándose de la vía contractual aquel pacto puede modificarse con la voluntad de ambos. En todo caso, el acuerdo en torno a "la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común" (inc. c del art. 514) podrá también alterarse precisamente por las circunstancias que originarán, luego, la compensación económica.

El interrogante que seguramente embargue a la hora de la instrumentación provenga de la determinación del valor de la obligación que se pagará con el inmueble, ante la inquietud de originar posibles observaciones. Una ordenada lectura de la regulación legal también aportará las certezas necesarias que despejen toda sombra.

En este sentido puede dejarse de lado la elucidación de la naturaleza de esta transmisión extintiva de la obligación: a los efectos de la circulación del título, ninguna diferencia se presenta si se considera que se trata de un pago (por tratarse de una obligación facultativa o alternativa) o de una dación en pago (porque se modifique la prestación mediante acuerdo de ambas partes). Con cualquiera de ambas respuestas el título

6 Por obvias cuestiones de incumbencia me ciño al supuesto inmobiliario, pero nada obsta a que se trate de muebles.

no carga por sí mismo con ninguna flaqueza que enturbie su carácter perfecto.

En tanto la ley enumera las circunstancias que convertirán a uno de los excónyuges o exconvivientes en deudor y a otro en acreedor, es de toda prudencia y buena práctica volcar en la escritura la manifestación de ambos respecto a ellas (para alejar cualquier argumentación atinente a un eventual enriquecimiento sin causa), siempre teniendo en cuenta que la nómina legislativa es enunciativa y no taxativa (lo que se desprende de la alocución “entre otras”). Y como se trata siempre de eventualidades acontecidas a partir del inicio del matrimonio o de la unión convivencial, no interesa la antigüedad de esos hechos, puesto que no hay aquí prescripción alguna, dado que la obligación nace (y la consiguiente acción para reclamar su cumplimiento también) cuando se produce la *ruptura* del vínculo.

Y por eso cobra preponderancia, para aventar las polémicas que pueda despertar la estimación actual de conductas o decisiones antiguas, resaltar que la compensación económica representa un supuesto muy evidente de obligación de valor, pues reúne sus características típicas (art. 772) y así se ha considerado por la doctrina⁷, independientemente de que en la enumeración ejemplificativa de las referidas XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil la Comisión 2 no las haya incluido.

Esta conclusión se vigoriza si se atiende que, antes de la vigencia del CCyC y por lo tanto de norma positiva que reconociera la existencia de esa clase de obligaciones, el firme reconocimiento jurisprudencial había englobado en la noción a prestaciones alimentarias (con las que existe evidente simetría a estos efectos) y a otros débitos periódicos⁸, en las que precisamente puede consistir la compensación económica. Y si bien coincido en una visión crítica acerca del tratamiento que el CCyC dispensó a la regulación particular de esta clase de obligaciones que

7 Alterini, Ignacio E., y Alterini, Francisco J., *Tratado de las obligaciones*, La Ley, Buenos Aires, 2020, T II, p. 126, § 1014.

8 Trigo Represas, Félix Alberto, en *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Alterini, Jorge H. (Dir.), Alterini, Ignacio E. (Coord.) y Trigo Represas, Félix A. y Compagnucci De Caso, Rubén H. (Dir. del tomo), La Ley, Buenos Aires, tercera edición, 2019, T IV, comentario al artículo 772, punto 3, y jurisprudencia citada en nota 187.

me aleja de sus panegiristas⁹, lo cierto es que al menos la compensación económica cuadra perfectamente en sus rasgos.

La secuela práctica más importante de asumir que se está en presencia de una obligación de valor es que ella no se encuentra alcanzada por la genérica prohibición indexatoria, y por ello acertaron plenamente las citadas XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2015) al concluir por unanimidad que: "El momento para la cuantificación de la deuda de valor será el determinado por las partes en el contrato, o la sentencia en el caso de deudas judiciales". Habida cuenta que luego de la cuantificación del valor se aplican las reglas de las obligaciones dinerarias (art. 772, última oración), estas deudas originan intereses de todas las especies (arts. 767, 768 y 769), aunque se discrepe sobre el momento desde que corren y la tasa aplicable¹⁰.

Y también cabe reconocer que algunas obligaciones de valor resultan exigibles antes de su cuantificación¹¹, como entiendo que ocurre con la compensación económica. Tienen dicho con todo acierto Pizarro y Vallespinos que esta cuantificación no es una novación legal, pues no se extingue una obligación anterior naciendo otra en su reemplazo¹².

Todo ello me mueve a considerar que la extinción de la compensación económica por transmisión de un derecho real sería una dación en pago, pues se presupone que la obligación de valor ha sido cuantificada y por la concorde voluntad de acreedor y deudor se "acepta en pago una prestación diversa" (art. 942). Esta tesis tiene una consecuencia gravitante, que es la necesidad de valorar dinerariamente la compensación económica al menos al tiempo de la transmisión, para cumplimentar con la cuantificación de la obligación de valor.

9 También formula reproches a las normas positivas sobre el asunto, López Mesa, Marcelo, *Curso de Derecho de obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, T I, p. 451.

10 La temática, repleta de polémica, mereció pronunciamiento de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2017, La Plata).

11 Como acertadamente reflexiona Ossola, Federico Alejandro, comentario al artículo 772, en Lorenzetti, Ricardo L. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, T IV, p. 158.

12 Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo, *Tratado de obligaciones*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, T I, p. 461.

Este extremo también resulta coincidente con su antecedente del Código Civil español, que en su art. 99 dispone que "(e)n cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al art. 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero."

Finalmente, conclúyase que no puede agredirse esta transmisión más que por las causas generales atinentes a todos los actos jurídicos, como lesión o simulación, pero en todos los casos a través de las pertinentes sentencias. Hasta tanto se determine lo contrario en sede judicial (incluso preventivamente a través de una medida precautoria), ningún adquirente que sea sucesor del excónyuge o exconviviente a quien se le transmitió el derecho real puede ver cuestionado su título por alguien que estime desproporcionado el valor del inmueble. El régimen, en definitiva, que se predica respecto de cualquier otro título adquisitivo de un derecho real.

Se robustece esta lectura si se considera que mediando compensación económica no existe derecho a alimentos (art. 434, inc. b), lo que justificaría con creces el alto valor de un inmueble transmitido. De allí mi reflexión, unos párrafos más arriba, acerca del impensado sustento que esta incompatibilidad entre ambos institutos proporciona a la titularidad adquirida por extinción de la compensación económica.

En este sentido, cobran valor las reflexiones de Greco vertidas con el CC pero plenamente replicables¹³, acerca de la necesidad de distinguir el cumplimiento de la obligación de la satisfacción del acreedor, arribada esta última en algunas ocasiones pese a no existir cumplimiento en sentido técnico. Aunque el autor hacía tema con la compensación como medio extintivo, dígame que el ordenamiento jurídico admite en otros supuestos la extinción de toda acción del acreedor cuando se alcanzó su satisfacción, como acontece con la lesión, en donde el agotamiento de la desproporción al momento de iniciar la demanda enerva la posibilidad de prosperar (art. 332). Ya por el sendero de la compensación parece presentarse el caso de la recompensa originada luego de la extinción del régimen de la comunidad (art. 493), con resonancias de provecho para lo que al notariado interesa.

13 Greco, Roberto E., *Extinción de las obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 67.

Dado que la dación en pago aplicará las reglas del contrato "con el que tenga mayor afinidad" (art. 943), se presenta un título suficiente para la adquisición del derecho real, que deberá reunir los recaudos de fondo respectivos (art. 1892) y realizarse por escritura pública (art. 1017, inc. a), sin que quepa ninguna variante judicial (art. 2371) por no tratarse de partición. Para completar la adquisición del derecho real, claro, se requerirá el cumplimiento del modo suficiente¹⁴.

El contrato reúne los caracteres de ser a título oneroso y conmutativo (arts. 967 y 968) y dentro del universo interpretativo al que invitan las distintas variables de "nominatividad" e "innominatividad" de los contratos (art. 970) o, mejor, "tipicidad" o "atipicidad", más allá de la respuesta que se ensaye a los efectos que nos interesa le cabrá en lo pertinente, según el ya referido art. 943, la regulación de la compraventa. Claro que la "afinidad" a la que se alude tanto en el art. 943 como en el art. 970, inc. d, no oculta la inexistencia de "precio en dinero" (art. 1123), dándose la onerosidad precisamente por el desequilibrio que compone a la compensación económica y que por ese motivo sugiero volcar en la descripción escrituraria.

Cabe detenerse ahora en el plazo de caducidad que el CCyC ha establecido, computado desde la finalización del matrimonio o de la unión convivencial (arts. 442 y 525). Varias son las reflexiones a las que el articulado moviliza, centradas exclusivamente en ponderar la eficacia de una transmisión inmobiliaria que opere cuando ese plazo ha sido superado.

Cuadra ingresar a la cuestión aclarando que el CCyC alude allí a la caducidad de "la acción" y no del derecho en sí, contra lo que parece presentar el art. 2566 y es convicción doctrinaria pacífica. La expresión utilizada y los artículos de donde emerge convencen acerca de que se hace referencia exclusivamente a la fijación judicial de la compensación económica, sin que melle en la posibilidad de establecerla contractualmente cuando el mismo haya transcurrido.

Esta lectura resulta aún más convincente cuando se le arriman las directivas de los artículos que admiten la renuncia a la caducidad (art.

14 Urbaneja, Marcelo Eduardo, "Tradición, 'constituto posesorio,' 'traditio brevi manu' e inmueble ocupado por un tercero: su reflejo escriturario", Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, número 957, año 2007, p. 765 a 786.

2571) o derechamente impiden su acontecer por reconocimiento (art. 2569, inc. b), que exigen que se trate de derechos "disponibles". Y si bien, como anticipé, puede discreparse acerca de la validez de la renuncia al reclamo de la compensación económica producida antes de la ruptura de la unión convivencial, es sostenible sin fisuras la posibilidad de renunciar a ese reclamo *luego* de la extinción del vínculo (aquí tanto para la unión convivencial como para el matrimonio). A esta conclusión se arriba primero a través de la fraseología legislativa alusiva a una prerrogativa ("tiene derecho a"), y luego por advertir la connotación dispositiva que tiene el marco normativo del divorcio (que no existe en la nulidad matrimonial, pero al que se desemboca a través de las remisiones señaladas para la compensación económica).

Finalmente, se concluye que el fallecimiento de un excónyuge o exconviviente (o de ambos, claro) no es impedimento para la transmisión¹⁵. Se ha detenido la doctrina a reconocerlo especialmente en la unión convivencial, habida cuenta de la inexistencia de vocación sucesoria y la especial gravitación económica que puede presentar la figura¹⁶. Entiéndase que en el caso del matrimonio es menester el divorcio o nulidad matrimonial previa, puesto cabe recordar que el derecho a la compensación económica nació con ellos (si se dieran los presupuestos vinculados al desequilibrio económico); la extinción del matrimonio por muerte, en cambio, no la origina.

IV. LA CUESTIÓN DE LA ACREDITACIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO Y DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL

La verificación de la extinción del vínculo es un recaudo de legitimación para el otorgamiento de la escritura de transmisión inmobiliaria.

No precisa de mayor reflexión el supuesto del matrimonio, en donde bastará la sentencia de divorcio o de nulidad cuya existencia se acreditará por los medios ordinarios.

15 Conf. Medina, Graciela y Roveda, Eduardo Guillermo, *Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 255.

16 Herrera, Marisa, *Manual de Derecho de las Familias*, La Ley, Buenos Aires, segunda edición actualizada y ampliada, 2019, punto 91.3.

Cuando se trata de la unión convivencial, y atento que el CCyC específicamente ha señalado que opera la compensación económica cualquiera sea la causal extintiva, es menester formular alguna breve reflexión.

De la lista del art. 523 emergen causales que se prueban documentalmente: la muerte, la ausencia con presunción de fallecimiento, el matrimonio, la decisión unilateral fehacientemente notificada y el mutuo acuerdo cuando fue instrumentado. Frente a ellas, los respectivos instrumentos resultan prueba suficiente de la extinción. La diferencia con el matrimonio estriba en que en él siempre hay, además, una prueba de su origen, mientras que en la unión convivencial esto solamente ocurre cuando fue inscripta (art. 512).

Pero esa diferencia no debe conducir a renegar de la posibilidad de la transmisión por compensación económica ni a pretender mitigar sus efectos. Por lo pronto, en línea con lo que se dijo más arriba, sintoniza con la máxima prudencia recabar manifestaciones de los otorgantes acerca del inicio de la unión convivencial, que comienza su eficacia a los efectos que me ocupan recién cuando hubieren transcurrido dos años de convivencia (art. 510, inc. e). Además, al manifestar sus datos personales, lo atinente a la edad y al estado civil (art. 305, inc. b) también evidenciará la inexistencia de impedimentos (art. 510, incs. a y d).

Por supuesto que no existe ningún mecanismo para asegurar la sinceridad del vínculo manifestado y desplazar cualquier sombra de simulación, como tampoco lo existe en tantas circunstancias del ámbito familiar patrimonial (v. gr., la manifestación de soltería o de no tratarse de vivienda familiar). Piénsese de todos modos que la declaración insincera al respecto acarrea múltiples derivaciones desfavorables de las que no pueden desentenderse sus autores, lo que realmente funciona como elemento disuasivo. En suma, no es dable exigir ninguna evidencia documental del inicio de la unión convivencial, pues como ya se puso de relieve el contrato por el que se extingue la compensación económica no está exento de ser agredido por simulación, conforme los cánones generales. Hasta tanto así se determine, se insiste, el título suficiente originado gozará de plena eficacia.

Cuando la extinción se produce por el mutuo acuerdo no instrumentado o por el cese de la convivencia sin las justificaciones legales no median obstáculos para el otorgamiento en análisis. Es que, si bien se carece de

instrumento que pruebe la extinción del vínculo, la intervención de ambos exconvivientes disipa inquietudes, pues en definitiva ambos tendrán que indicar cuál fue la circunstancia extintiva. La determinación del momento en que hubiere ocurrido puede traer aparejadas consecuencias de interés en la órbita de los daños, por lo que también cabría sugerirles una manifestación al respecto.

TÉCNICA NOTARIAL EN LA ADQUISICIÓN DE DERECHOS REALES CON CAUSA EN LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA*

Néstor Daniel Lamber

Sumario: 1. Oportunidad del negocio causal. 1.1. Caducidad de acción de compensación económica entre excónyuges o exconvivientes. 1.2. Autonomía de la voluntad: ejercicio del derecho a ser compensado. 2. Caracteres típicos del negocio causal. 2.1. Desequilibrio patrimonial: manifiesto. Empeoramiento/Ventaja. 2.2. Causas enunciativas. Roles familiares, reinserción laboral y atribución de la vivienda. 2.3. Perspectiva de género. 3. Transmisión o constitución de derechos reales sobre inmuebles. 4. Partición y adjudicación de bienes. 5. Pactos convivenciales

*Presentación del autor en el Seminario Virtual "Laureano A. Moreira", desarrollado en junio de 2022

En el presente acápite haremos un repaso de la jurisprudencia de tribunales de alzada desde la incorporación de este instituto al derecho privado nacional en miras a la redacción de las escrituras públicas que tengan por objeto: la deuda reconocida por el deudor, el acuerdo común de voluntades y la adquisición por el acreedor de los bienes que cancelen la obligación cuando no se trata de un pago en dinero único, por prestación periódica temporal o excepcionalmente por un plazo indeterminado.

1. OPORTUNIDAD DEL NEGOCIO CAUSAL

1.1. CADUCIDAD DE ACCIÓN DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA ENTRE EXCÓNYUGES O EXCONVIVIENTES

Los fallos judiciales han reiterado en forma concordante –como principio– la caducidad del plazo de seis meses para solicitar judicialmente este derecho:

- a) Desde la sentencia firme o consentida que declara la nulidad de matrimonio cuando ambos cónyuges fueron de buena fe (art. 428, segundo párrafo, CCyC),
- b) desde la sentencia de divorcio firme o consentida (art. 442, *in fine*, CCyC), y
- c) en las uniones convivenciales desde que se ha producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el art. 523 (art. 525, *in fine*, CCyC).

En este sentido se ha dicho que “el establecimiento de un plazo de caducidad para el reclamo de la compensación económica ha sido fundamentado en la propia finalidad de la figura. Esto es que, tratándose de una herramienta legal destinada a compensar el desequilibrio patrimonial que perjudica a un cónyuge respecto del otro, resulta lógico que su fijación deba ser peticionada en un lapso de tiempo cercano a la circunstancia generadora de tal desequilibrio, a los fines de que no se consolide el mismo. Pero, además, se ha destacado que responde al principio de concentración de los efectos del divorcio en la época de la sentencia, coherente con la posición pacificadora ante

los conflictos familiares. Esta postura adoptada por los codificadores se vincula con un principio propio del derecho anglosajón, denominado *clean break* frente al divorcio: ante la realidad del quiebre matrimonial, se regula una disolución tajante, que haga cesar definitivamente las relaciones de los excónyuges después de la sentencia (conf. Pellegrini, María Victoria, *Las uniones convivenciales*, Erreius, Buenos Aires, 2017, p. 206)¹.

Los fallos ratifican que el inicio del cómputo del plazo de caducidad desde la sentencia judicial es la sentencia firme o consentida, lo que permite considerarla como una situación jurídica agotada o consumida, de forma tal que el plazo no puede juzgarse iniciado si aún no está disuelto el vínculo matrimonial².

En materia de uniones convivenciales han denotado los inconvenientes en la determinación de inicio del plazo de caducidad, y señalar que: "uno de los temas más controversiales de la figura lo constituyen las circunstancias que determinan el inicio y vencimiento del cómputo temporal, que en general requiere de prueba, y que tal como fueron postulados por las partes y no controvertidos, serán evaluados e interpretados atendiendo al pleno goce y ejercicio de derechos reconocidos por las constituciones, nacional y provincial y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, donde se garantiza la igualdad real de oportunidades y de trato, reconociendo en particular a las mujeres, como grupo vulnerable"³, ponderando especialmente la situación de retiro de la sede

-
- 1 Conf. SCJBA, 21/3/2022, autos: "M.L.F. c/C.M.E. s/acción de compensación económica", La Ley del 17/5/2022 - AR/JUR/39808/2022; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala 111, 19/5/2021, autos: "D.L.P.M.1. c. P. C. A. s/ compensación económica", RDF 2021-VI, 198 - TR LALEY AR/JUR/111742/2021; CNac.Civ., Sala J, 12/5/2021, autos: "Milovan Kobak, Lidia Noemí c. Pertierra, Néstor Mario s/ fijación de compensación arts. 524, 525 CCyC", TR LALEY AR/JUR/33557/202.
 - 2 CNac.Civ., Sala 1, 25/6/2021, autos: "C.M.A. c/V.H.J. s/determinación de convenio regulador", La Ley 15/7/2021 -TR LALEY AR/JUR/92452/202; CNac.Civ., Sala E, 7/10/2019, autos: "M.M.D.R. c/ F.F.G. s/ fijación de compensación económica", La Ley 2019-E-283 AR/JUR/27277/2019; Cámara 1 de Apel. Civ. y Com. de San Isidro, Sala III, 6/7/2016, autos: "O.L.F. c/Y.M.E. s/compensación económica", La Ley 2016-D-212, AR/JUR/35202/2016.
 - 3 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala 111, 19/5/2021, autos: "D.L.P.M.1. c. P. C. A. s/ compensación económica", RDF 2021-VI, 198 - TR LALEY AR/JUR/111742/2021.

convivencial en situación de vulnerabilidad⁴ o violencia de género⁵, y la especial consideración de incluir esta perspectiva y la vulnerabilidad en las resoluciones judiciales⁶. Incluso, en solitario fallo se ha resuelto la inconstitucionalidad de tal caducidad del plazo de seis meses del art. 525 CCyC por el impacto dispar para las parejas unidas convencionalmente en comparación con la unidas en matrimonio⁷.

La norma está destinada a la instancia de la resolución judicial, no a la opción del libre acuerdo de partes, demostrado en la terminología de caducidad de la acción, pero que no impide concluir que, si no se solicita en término, caduca el derecho a la compensación, sin perjuicio de que –como veremos– la acción judicial específica no es el único modo de su solicitud y ejercicio del derecho.

Será de buena técnica de redacción –sin importar vicio ineficaz o invalidante su omisión– el circunstanciar el momento del inicio de plazo de caducidad en la escritura pública, cuando la misma se realice dentro de los seis meses, en especial en los casos de unión convivencial, en que ambos exconvivientes declaren bajo juramento el reconocimiento de la fecha del cese de la unión convivencial en el plazo no mayor a 6 meses al día de otorgamiento, o aporten las pruebas documentales de la configuración de ese hecho (acta notarial de constatación, inscripción del cese de la unión convivencial en el registro civil, etc.), así como en los casos de sentencias judiciales no consentidas ni firmes.

4 CNac. Civ. Sala 1, 4/2/2022, autos: "P.M.D.L.P c/B.J.J. s/fijación de compensación económica - arts. 441 y 442 CCyC", La Ley 3/3/2022 TR LA LEY AR/JUR/1903/2022: "Admitir la devolución pretendida implicaría colocar a la excónyuge en una situación de vulnerabilidad superior a la que se intentó contener con la cautelar".

5 Cám. Apel. en lo Civ. Com. Lab. y Minería de Neuquén, Sala 1, 6/7/2018, autos: "M.F.C. c/C.J.L. s/ compensación económica", RCCyC 2018 (octubre) - TR LA LEY AR/JUR/39399/2018: "El plazo de caducidad para el ejercicio de la acción tendiente a reclamar la compensación económica por cese de la unión convivencial no puede iniciar en la fecha en que la actora se retiró del hogar familiar, pues se retiró como consecuencia de un episodio de violencia, en que su estado de confusión y vulnerabilidad, a fin de proteger su propia integridad psicofísica y la de sus hijos; por lo que su conducta no respondió a una decisión personal profunda y meditada sobre el cese de la convivencia".

6 Conf. SCJBA, 21/3/2022, autos: "M.L.F. c/C.M.E. s/acción de compensación económica", La Ley del 17/5/2022 - AR/JUR/39808/2022; Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, 26/12/2018, autos: "M.,C.R. del C. c/F.J.H.H. s/compensación económica", Libro de Acuerdos Nº 3, F. 1272/1282, Nº 348.

7 Cám. Apel. Esquel, 11/8/2020, autos: "S.E.Y. c/L.J.D. s/determinación de compensación económica", La Ley 13/10/2020, LLPatagonia 2020 (noviembre). TR LA LEY AR/JUR/32308/2020.

"Nro... TRANSMISIÓN DE DOMINIO POR COMPENSACIÓN ECONÓMICA: ABC a DEF. En la Ciudad y Partido de Lanús, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, a ocho de junio de dos mil veintidós, ante mí,... CAPÍTULO I - PRIMERO: Los comparecientes declaran bajo juramento que mantuvieron una unión convivencial no inscripta desde el 2 de mayo de 2002 hasta el 7 de marzo de 2022, por cese de la convivencia de común acuerdo este último día".

1.2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: EJERCICIO DEL DERECHO A SER COMPENSADO

"La caducidad se define como la extinción de un derecho positivo por la expiración de un término estipulado por la ley, la convención o la autoridad judicial, durante el cual debía de ejercerse el citado derecho; tiene como consecuencia poner fin al derecho positivo, y obviamente, a la acción para reclamar tal derecho.

Este instituto reconoce su fundamento en razones de política legislativa y orden público que anidan en la idea de una sanción ante la negligencia del acreedor o propietario que no ha procurado hacer efectivo su derecho en el plazo legal, que es el lapso de tiempo legal que corre desde que el derecho se puede ejercer hasta el momento en que expira el término que tenía la persona para ejercer tal derecho.

La única acción que impide que se produzca la caducidad es el efectivo ejercicio del derecho, en los términos del art. 2569 del Código Civil y Comercial de la Nación (cumplimiento del acto previsto por la ley o por el acto jurídico -inc. a-, o reconocimiento del derecho realizado por la persona contra la cual se pretende hacer valer la caducidad prevista en un acto jurídico o en una norma relativa a derechos disponibles -inc. b-) (conforme, J. Márquez-M. Calderón, 'Prescripción y caducidad en el Código Civil y Comercial', LL 2015-C, p. 743)⁸.

En este fallo se enuncian las causas de excepción por las que no opera la caducidad de la compensación y se puede determinar más allá de los seis meses de las fechas de inicio de su cómputo. El ejercicio del derecho no se limita solo a la presentación de la acción respectiva, sino

8 CNac.Civ., Sala 1, 26/5/2021, autos: "F., R. H. c. S., M. s/ fijación de compensación arts. 524, 525 CCyC"; TR LALEY AR/JUR/57006/2021.

que la jurisprudencia ha admitido supuestos en que por excepción se lo acredita por otros medios:

a) Acciones judiciales diversas:

"Aunque resulta ser cierto que debió haberse iniciado directamente la compensación económica, también la disponibilidad y la caducidad refieren al ejercicio efectivo del derecho. Si se creyó en la necesidad de iniciar el incidente de determinación de la fecha de cese de la unión convivencial antes del proceso de compensación económica, algo que la actora manifestó expresamente, esta no puede verse perjudicada frente a las estrategias jurídicas fallidas en la instancia ordinaria y la tramitación de un procedimiento que, en todo caso, de ser objeto de discusión la fecha de separación, debió haberse planteado como defensa por parte del accionado en el proceso mismo de compensación económica"⁹.

"Resulta correcta y ajustada a derecho la interpretación que la Cámara ha efectuado de las normas que prevén la caducidad del derecho a reclamar la compensación económica de la cónyuge en autos, desde que no puede cargarse al justiciable con la vicisitudes procesales que pudieron haber confundido a las partes sin atender lo real y concreto y que es el planteo introducido desde el inicio, a luz de los principios que regulan el modo de resolver conflictos más íntimos que podría tener cualquier ciudadano como es el que involucra a los lazos familiares"¹⁰.

"Es determinante para el rechazo de la caducidad de la acción de compensación económica en la unión convivencial, el obrar del demandado en el proceso de Protección contra la Violencia Familiar, quien reconoció no solo la convivencia, sino también la existencia de derechos derivados de la misma, para lo cual solicitaran la fijación de una audiencia conciliatoria, con el objeto de no 'judicializar sus controversias'¹¹.

9 SCJBA, 21/3/2022, autos: "M.L.F. c/C.M.E. s/acción de compensación económica", La Ley del 17/5/2022 - AR/JUR/39808/2022.

10 Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 19/10/2021, autos: "G.L.C. c/C.M.J. s/compensación económica", TR LA LEY AR/JUR/208965/2021.

11 Cám. Apel. Civ. y Com. de Junín, 23/6/2020, autos: "B.E.S. c/B.M. s/Acción compensación económica", TR LA LEY AR/JUR/63626/2019. En el mismo sentido: CNac. Civ., Sala F, 5/11/2018, autos: "R.M.E. c/C.J.C. s/fijación de compensación económica - arts. 441 y 442 CCyC", La Ley 2108-F-208 TR LA LEY AR/JUR/56253/2018.

"En esa inteligencia, no se advierte que le asista razón al recurrente, dado que el curso de la caducidad del derecho a exigir la compensación económica en los términos del art. 442 del Código Civil y Comercial de la Nación fue interrumpido por la parte actora con la iniciación de la presente demanda en fecha 4 de junio de 2018; no siendo óbice para ello que mediante providencia de fs. 25 se dispusiera que previo a todo trámite debía aquélla dar cumplimiento con la mediación obligatoria, y que la demanda se notificara al demandado recién en fecha 12 de octubre de 2018, ya que al promover esta contienda la accionante, ha dado cabal cumplimiento con el acto que paraliza la producción de la caducidad establecido en el primer apartado del art. 2569 de dicho código"¹².

b) Mediación: la jurisprudencia no es conteste de modo unánime en que sea una causal de interrupción de la caducidad.

b.1) "El artículo 2542 del Código Civil y Comercial, en tanto expresa que la mediación interrumpe el curso de la prescripción, no hace referencia alguna a los plazos de caducidad, con lo cual resulta inaplicable a la caducidad de la compensación económica reclamada"¹³.

b.2) "El derecho del cónyuge a solicitar la compensación económica no caducó, dado que se efectuó una mediación prejudicial y el art. 18 de la ley 26.589 prevé su suspensión; máxime si la realización de la mediación previa constituye un recaudo ineludible para la promoción de la acción judicial"¹⁴.

c) Convenio regulador y tratativas previas.

"De igual forma cabe tener por reconocido –por falta de negativa expresa– que la actora inmediatamente a la separación tomó residencia en la ciudad de Cipolletti y que en el mes de julio de 2020 se iniciaron negociaciones extrajudiciales para evitar transitar la instancia judicial, sin que se arribara a un acuerdo conciliador (fs. 17 vta.)"¹⁵.

12 CNac. Civ. Sala E., "M. M. D. R. c. F. F. G. s/ Fijación de compensación económica - Arts. 441 y 442 CCyC", LA LEY 2019-E, 283 -TR LALEY AR/JUR/27277/2019.

13 CNac. Civ., Sala J, 20/12/2019, autos: "F.V.M.M. c/A.R. s/fijación de compensación económica - Arts. 441 y 442 CCyC", TR LA LEY AR/JUR/50943/2109.

14 CNac. Civ. Sala A, 13/7/2018, autos: "Poza, María Silvina c/Hildago, Fernando Osvaldo s/compensación económica - arts. 441 y 442 CCyC", La Ley 2018-E-417 TR LA LEY AR/JUR/36929/2018.

15 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala 111, 19/5/2021, autos: "D.L.P.M.I. c. P. C. A. s/ compensación económica", RDF 2021-VI, 198 - TR LALEY AR/JUR/111742/2021.

"La caducidad de instancia debe decretarse en un proceso iniciado a fin de reclamar una compensación económica, si al hecho de que la acción fuera iniciada fuera del plazo previsto por el art. 442 *in fine* Código Civil y Comercial, se suma la circunstancia de que, luego de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento civil, el demandado adecuó su pretensión de divorcio y acompañó su propuesta de reguladora, la que fue rechazada por la reclamante, todo lo cual llevó a que fueran citados a una audiencia a la que asistieron sabiendo que la sentencia de divorcio ya había sido decretada"¹⁶, donde se pondera la falta de convenio regulador como elemento para impedir la interrupción de la caducidad de la acción y derecho.

De la reseña de la reciente jurisprudencia denotamos la tendencia de no aplicar con exceso rigor formal el momento del cómputo de plazo –competencia reservada al juez–, y en cuanto a la autonomía de voluntad, los casos en que se toman otros actos jurídicos o procesales como medios probatorios del ejercicio del derecho a ser compensado económicamente inhibiendo su caducidad.

Estos fallos cobran relevancia para la técnica notarial en la representación de la voluntad contractual, en que reconocen los actos tendientes a evitar la judicialización y llegar a una solución convencional y extrajudicial, donde tal petición o solicitud se hará en este ámbito, no siempre por escrito. En consecuencia, las partes –y el propio deudor en particular– pueden reconocer su solicitud hecha en el pasado en tiempo oportuno, lo que importa el ejercicio de derecho que interrumpe la caducidad (art. 2569 inc. a) CCyC). El orden público del instituto de la caducidad de los derechos cede ante el reconocimiento del ejercicio del derecho que hace el propio deudor, como lo señala en los considerandos transcriptos la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, refiriendo al supuesto del inc. b) del art. 2569 CCyC como casual de interrupción de la caducidad.

La caducidad en el texto normativo está dirigida a la instancia de resolución judicial, pero cede ante los casos de autonomía de voluntad en que se haya iniciado la ejecución del derecho a la compensación económica, aun cuando esté pendiente de determinación, sea por:

16 Cámara. 1ra. Apel. Civ. y Com. San Isidro, sala 1, 17/4/2018, autos: "V.L.M. c/B.G.B s/acción compensación económica", La Ley 2018-C-502 TR LA LEY AR/JUR/23936/2018.

a) Su inclusión en un pacto convivencial o un convenio regulador instrumentado por escrito con fecha cierta, o

b) cuando las partes reconozcan, el deudor o ambas partes, el ejercicio del derecho sin documentación alguna, o acrediten su solicitud en una mediación previa al inicio de las actuaciones judiciales.

No debe perderse de vista que el actual principio de autonomía de voluntad en el derecho de familia tiene expresa recepción positiva en el propio art. 442 CCyC cuando inicia diciendo: "A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica".

Si bien la compensación económica se funda en la necesidad de reparar la desigualdad manifiesta ocasionada por el matrimonio o unión convivencial y su ruptura, y requiere una respuesta adecuada en cuantía, pero también temporalidad, en la misma debe determinarse hasta dónde se satisface con la liquidación de los bienes o, si estos son insuficientes, su determinación de modo integral o complementario con la adjudicación por partición¹⁷.

El proceso de obtener el acuerdo de partición de bienes usualmente no es inmediato, y requiere un tiempo de formación del consentimiento, lo que puede llegar a demorar la determinación de la cuantía de la compensación según su resultado (de la partición), pese a haberse solicitado y admitido desde el inicio de las tratativas; o también, es usual que la misma se determine en los hechos desde el inicio, entregando a la excónyuge la posesión del inmueble a ser dado en usufructo por pago

17 CNAc.Civ., Sala E, 29/11/2019, autos: "P.S.E. c/ M.G. s/fijación de compensación arts. 524 y 525 CCyC", TR LA LEY AR/JUR/61226/2019: "Teniendo en cuenta que la actora dispone en la actualidad de tres departamentos y tres cocheras, que son susceptibles de brindarle una renta razonable proveniente de su alquiler, como acontecía antes del divorcio, sumado a que cuando las partes vendan el inmueble donde ella vive, que es el más valioso, habrá de disponer de un importante capital, que le permitirá adquirir otro de menores dimensiones y más adecuado para sus necesidades actuales, que repercutirá en los gastos de mantenimiento, parece claro que la reducida compensación económica que se le otorgó en primera instancia, tuvo por único fin superar la transitoria situación en que se encuentra, derivada de la inminente cesación de la cuota alimentaria que percibe, a fin que una vez que se establezca en el lapso fijado, que no parece exiguo, pueda acomodar su futuro económico, para lo cual tuvo en cuenta su aminorado estado de salud, además de las pautas a que alude el art. 442 del Código Civil y Comercial".

de la compensación económica a instrumentar por escrito en el futuro, caso en que habrá principio de ejecución material pese a la falta de prueba por escrito o principio de prueba por escrito.

Son estos casos en que el reconocimiento posterior demuestra la interrupción de la caducidad por el efectivo ejercicio del derecho más allá de la preconstitución de su prueba o titularización de los derechos. En consecuencia, será de buena técnica notarial –sin importar vicio ineficaz o invalidante– la expresión de este reconocimiento del ejercicio oportuno del derecho en cuestión.

“Nro... TRANSMISIÓN DE DOMINIO POR COMPENSACIÓN ECONÓMICA: ABC a DEF. En la Ciudad y Partido de Lanús, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, a ocho de junio de dos mil veintidós, ante mí,... CAPÍTULO I - PRIMERO: Los comparecientes son de estado civil divorciados según sentencia de divorcio dictada el 12/5/2021 en autos caratulados: ‘ABC c/DEF s/divorcio’ que tramitan ante el Juzgado de Familia número... de Lomas de Zamora. SEGUNDO: Las partes declaran que no han presentado convenio regulador de las consecuencias del divorcio, ni iniciado acción judicial de liquidación de bienes gananciales, sin perjuicio que desde la presentación conjunta del divorcio han llevado adelante las tratativas para la partición privada de los bienes que integran la indivisión postcomunitaria, y que la señora ABC ha solicitado a DEF desde esa fecha la compensación económica en los términos de los artículos 441 y 442 del Código Civil y Comercial de la Nación, que el señor DEF ha aceptado desde ese momento quedando pendiente solo su determinación. TERCERO: El señor DEF reconoce que la señora ABC ha ejercido su derecho a ser compensada económicamente en tiempo y forma, antes de transcurridos seis meses de consentida la sentencia de divorcio en los autos citados, y por la presente ambas partes vienen a determinar el monto y modalidad de pago de la misma. CUARTO:...

2. CARACTERES TÍPICOS DEL NEGOCIO CAUSAL

2.1. DESEQUILIBRO PATRIMONIAL: MANIFIESTO. EMPEORAMIENTO/VENTAJA

La compensación económica no se funda en el resarcimiento del daño, sino en la reparación del desequilibrio entre los excónyuges o exconvivientes por su situación según el proyecto de vida asumida por

la pareja durante la unión, que cambia por la ruptura de la misma, y denota que cada uno de los miembros no puede asumir su nuevo proyecto de vida por separado del mismo modo. El proyecto común de vida y su ruptura provocan una manifiesta desigualdad para su vida futura. Es decir, deben existir las ventajas de uno y empeoramiento del otro para continuar la vida por separado, por lo que se ha explicado su fundamento en el principio de solidaridad familiar: no se puede dejar desamparado a quien ha hecho sacrificios personales en su desarrollo laboral, profesional, comercial, industrial o social en pos de asumir los cuidados y roles familiares, frente a quien por esa dedicación pudo desarrollar su vida individual más ampliamente. En la técnica de redacción notarial es conveniente dejar constancia del reconocimiento de ambas partes:

- a) De la situación de manifiesta desigualdad entre ellas,
- b) ocasionada por la unión matrimonial o convivencial y su ruptura para seguir adelante con sus proyectos de vida por separado.

El Supremo Tribunal de Jujuy ha sostenido al respecto: “La compensación económica tiene como finalidad restablecer el equilibrio entre los excónyuges o convivientes y de este modo facilitar que cada uno pueda seguir adelante con su vida individual, debiendo la modalidad de pago ser funcional a esta finalidad”, causa en que también pondera la situación de cada uno de los exconvivientes al admitir el pago en cuotas por la situación personal y patrimonial del deudor: “Es que si por razones de solidaridad familiar se le imponen que ciertos sacrificios o postergaciones personales no sean ignorados por el derecho, dado el proyecto familiar común que en su momento existió entre los excónyuges, y en función de ello la *ratio legis* de la institución; pues entonces, la misma concordia debe verificarse al momento de evaluar la capacidad económica del deudor, a fin de que la sentencia pueda ser, por un lado efectivamente cumplida por él, y por otro, que no le cause un perjuicio de difícil reparación ulterior”¹⁸.

18 STJ Jujuy, Ac. 348, f° 1272/1282, Libro de Acuerdo N° 3, 26/12/2018, “recurso de inconstitucionalidad interpuesto en el Expte. N° C-./16 (Tribunal de Familia -Sala 11- Vocalía 5) compensación económica: “M.R.C. del C. c/ F.J.H.”.

Entre los primeros fallos de alzada en la materia, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín explica que “con el quiebre del proyecto de vida en común debe haberse producido un desequilibrio económico manifiesto, sin importar el estado de necesidad de uno u otro, pero que llevan a un grado de desigualdad de oportunidades y en la inserción para afrontar la vida después de la ruptura en forma independiente cada uno de ellos”, destacando que es ajeno a todo concepto de culpa e incluso que no tiene el límite del enriquecimiento de la otra parte de la acción *in rem verso*, y en cuando a la determinación dice: “Respecto de la propuesta que en concreto efectuaré a este acuerdo que he tenido en consideración los recursos y disponibilidades con que cuenta el demandado, apreciando prudencialmente la cuantificación de la acreencia de la reclamante, ya que además de no regir en la especie la regla de reparación plena o integral hasta las fórmulas que se han ensayado (vgr. Irigoyen Testa, Matías, ‘Fórmulas para la compensación económica por divorcio o cese de la unión convivencial’, RCCyC 2015 diciembre, 299), no puede prescindir del tinte netamente subjetivo inherente a la visualización de todo tipo de chances, al mensurar sus factores”¹⁹.

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, destaca que el desequilibrio debe ser consecuencia del análisis comparativo de la situación de las partes al inicio del matrimonio y su ruptura, no de otro momento: “La compensación económica es una protección legal con fundamento en la solidaridad familiar; por ello es una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, lo que conduce a la necesidad de analizar comparativamente la situación patrimonial de cada cónyuge al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio; y ante la falta de equilibrio, se puede pedir su recomposición”²⁰.

Se ha rechazado el pedido de compensación económica cuando no se prueba el desequilibrio, por ejemplo:

a) “... debe rechazarse, dado que la ruptura de la unión convivencial no ha producido en el actor un desequilibrio económico con la entidad su-

19 Cám. Apel. Civil y Comercial Junín, 25/10/2016, autos: “G.M.A c/D.F.J. s/alimentos” inédito - www.abogadosdefamilia.com.ar.

20 CNac. en lo Civil, Sala 1, 17/12/2020, autos: “R.P.C. c/F.J.P. s/Fijación de compensación económica - arts. 524 y 525 CCyC”, LL 7/4/2020 - TR LA LEY AR/JUR/67569/2020.

ficiente para hacer lugar a la acción intentada. Es importante destacar que no se encuentra debidamente acreditado que el crecimiento de la clientela de la peluquería del demandado, y como consecuencia de ello su patrimonio, se produjera gracias al aporte, contactos, relaciones y 'carisma' del accionante"²¹.

b) "No se observa ni puede inferirse que haya existido un enriquecimiento por parte del accionado durante la unión convivencial. De modo tal que si quien ha sido demandado no ha obtenido algún beneficio correlativo a la desventaja del peticionante, la compensación no procedería. El 'empeoramiento' de la situación económica que la actora procura mostrar a través de los créditos tomados, no puede ser considerado en ese sentido, tanto por la carencia de prueba respecto a condiciones esenciales, como por ser previos al inicio de la relación de pareja entre las partes, e incluso por haberse contraído más de un año después de producida la ruptura"²².

De la síntesis de las resoluciones judiciales ejemplificativas de criterios judiciales, que si bien no se aplican de modo directo a la libertad y autonomía de voluntad de las partes –que no se verá cercenada por no utilizar fórmulas o declaraciones rituales u obligatorias–, una adecuada técnica notarial aconseja en su consideración dejar expresa constancia en la redacción de esta obligación causal para constituir o transmitir derechos reales, de estas circunstancias ponderadas por los jueces en sus resoluciones:

- 1) Desequilibrio causado por la unión familiar y su ruptura.
- 2) Correlativo empeoramiento de la situación de una parte y necesario beneficio o ventaja de la otra por la misma causa.
- 3) Que el desequilibrio se produzca en el espacio temporal entre el inicio del proyecto de vida en común y su ruptura.

21 Cám. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala 111, 4/3/2022, autos: "L.J.A. c/C.D.A. s/Acción de compensación económica", TR LA LEY AR/JUR/24471/2022.

22 CNac. en lo Civil, Sala B, 13/12/2021, autos: "Bruno, Marcela Paola c/Sobrero, Horacio s/fijación de compensación arts. 524, 525 CCyC", TR LA LEY AR/JUR/193305/2021.

Por ello será de buena técnica dejar expresa constancia del reconocimiento de tal situación, en posible cláusula de tenor similar a la siguiente:

"Las partes de común acuerdo reconocen: a) que del estado patrimonial de ambas al inicio del matrimonio y la fecha del divorcio, surge un manifiesto desequilibrio en beneficio del señor DEF y detrimento de la señora ABC para afrontar sus proyectos de vida postdivorcio, causado por su unión matrimonial y ruptura".

2.2. CAUSAS ENUNCIATIVAS. ROLES FAMILIARES, REINSERCIÓN LABORAL Y ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA

El Código Civil y Comercial establece pautas para la determinación causal de la compensación y la determinación de su monto de modo indicativo: "... el artículo 442 CCyC prevé pautas orientadoras y no taxativas que los magistrados debemos tener en consideración para la fijación de la compensación económica. Se trata, en definitiva, de una guía para determinar o justificar la procedencia de la compensación en sí misma; son herramientas que sirven tanto para dilucidar si efectivamente el divorcio provocó un desequilibrio patrimonial, como para, una vez constatado, facilitar su cuantificación"²³.

La causal que mayor recepción ha tenido en la jurisprudencia es la relativa a los roles asumidos al elegir un proyecto de vida familiar, donde uno de ellos se dedica prioritariamente de modo personal a la atención de la familia, la crianza de los hijos en común o de uno de ellos en las familias ensambladas, atención de descendientes o ascendientes enfermos, que lo relegan de la actividad de obtener recursos propios, capacitación laboral o profesional, o desarrollo empresarial y de una adecuada jubilación futura y obra social para la vida postruptura, que sí pudo desarrollar el otro por esa liberación del rol de atención de la situación familiar, que produce el manifiesto desequilibrio tipificante²⁴.

23 STJ Jujuy, Ac. 348, fº 1272/1282, Libro de Acuerdo Nº 3, 26/12/2018, "recurso de inconstitucionalidad interpuesto en el Expte. Nº C-./16 (Tribunal de Familia -Sala 11- Vocalía 5) compensación económica: "M.R.C. del C. c/ F.J.H."

24 Conf. CNac. en lo Civil, Sala L, 11/2/2021, autos: "T.P. c/O.C.A./fijación de compensación económica", LL 28/4/2021 TR LA LEY AR/JUR/674/2021; CNac. en lo Civil, Sala H, 31/8/2020, autos: "S.K.M. c/D.M.S. s/fijación de compensación económica", TR LA LEY AR/JUR/35275/2020; Cám. Apel. en lo Civil y Comercial de Mercedes, Sala 1, 13/4/2020, TR LA LEY AR/JUR/19466/2020; Cám. Apel. Civ y Com. de Pergamino, 4/4/2019, autos: "V.L.A. c/M.R.H. s/materia de otro fuero", RCCyC 2019 (junio),

"Ha quedado demostrado el desequilibrio manifiesto desde que, en razón de la organización seleccionada de la vida familiar, en que cada parte adoptó un rol específico en la pareja, quedó configurada una situación de desigualdad en términos económicos, pues la actora relegó sus capacidades productivas, proyectos personales y profesionales en función de asumir tareas de cuidado personal y sostenimiento del hogar, desarrollando por el contrario, el incidentado su potencialidad en el ámbito laboral. Dicho desequilibrio existente durante el vínculo matrimonial por su distinto esfuerzo aportado al proyecto de vida en común que se puso en evidencia con su ruptura..."²⁵.

"Mientras el demandado continuó con su desempeño laboral y por ende con capacidad de crecimiento y desarrollo personal, la obtención futura de una jubilación y la existencia de una obra social, la actora carece de todas esas posibilidades al menos en igualdad de condiciones que el demandado, ya que más allá de que la actividad de ama de casa tenga contenido económico y los trabajos que desempeña, según testimonios rendidos en la causa, como cuidado de enfermos o de limpieza son esporádicos y sin los beneficios que posee el trabajo de demandado"²⁶.

"(...) Se acreditó que, ya sea por elección o no, surge patente que la accionante abandonó sus estudios en pos del mantenimiento del hogar, los niños y la vida familiar y que, a lo largo de veinticuatro años de matrimonio, el demandado tuvo la posibilidad de crecer y desarrollarse en el ámbito laboral trabajando ininterrumpidamente, chance de la que se privó la accionante..."²⁷.

Las resoluciones judiciales ponderan especialmente:

a) La acreditación de la obligación compensatoria por la desigualdad producida al momento de la ruptura, por la sola elección de una organi-

109 - TR LA LAEY AR/JUR/5440/2019.

25 Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Sala 11 en lo Civil y Comercial, 13/3/2020, autos: "N.P. c/R.D.M.M. s/Divorcio vincular s/incidente (de compensación económica)", TR LA LEY AR/JUR/19493/2020.

26 Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1, 19/4/2021, autos: "Lorkovic, Marcela c/Hollatz, Roberto s/compensación económica p/recurso extraordinario provincial", TR LA LEY AR/JUR/11609/2021.

27 CNac. en lo Civil, Sala B, 14/7/2020, autos: "S.S.V. c/G.B.C.N. s/fijación de compensación arts. 524, 525 CCyC", LL 11/9/2020 - TR LA LEY AR/JUR/24362/2020.

zación familiar de roles definidos: uno priorizando en su vida la atención de modo personal de las cuestiones familiares, y otro el de proveedor económico como principal función.

b) Que la asunción del primer rol satisface el requisito típico aun si realizó alguna actividad limitada o esporádica, o por debajo de sus expectativas económicas por su capacitación o situación al momento del matrimonio o inicio de la unión convivencial, la que se ve en situación de inferioridad frente a la potencialidad sí desarrollada por el otro miembro²⁸.

c) Que es determinante la pérdida de "chances" por esta asunción de roles, que se evidencia solo al momento de la ruptura, ante el deber de afrontar un nuevo proyecto de vida separados, en especial la dificultad de reinserción laboral, comercial, profesional o empresarial, en las condiciones que hubiese tenido si no hubiese asumido el rol familiar consensuado entre ellos al inicio de la unión.

En la técnica notarial de redacción del negocio causal es conveniente la mención de la causa de desequilibrio, y en el caso de los roles familiares, el reconocimiento por ambas partes, en cláusulas de tenor similar a la siguiente:

"Las partes de común acuerdo reconocen:... que el manifiesto desequilibrio patrimonial entre ellas se ocasionó en la elección de una organización familiar en que ABC se dedicaba principalmente a la dirección y atención de las tareas del hogar, sin perjuicio de la ayuda de personal que tuvieron al efecto, la crianza de los hijos y en especial de su hija menor con dificultades de aprendizaje, lo que provocó que pese a tener un título universitario de..., solo pudo ejercer la docencia en colegios secundarios en horarios limitados, lo que ahora con... años de edad le limita la posibilidad de acceder a un empleo para el que se requiere no solo el título oportunamente obtenido sino además la experiencia propia de su edad; y por el rol de DEF no solo pudo continuar su actividad laboral en programación y desarrollos informáticos, sino además concluir sus estudios de ingeniero informático, y hoy ejercer el cargo de director de ciberseguridad de la empresa..."

28 Cám. de Apel. en lo Civ.Com.Lab. y Minería de Neuquén, Sala 11, 11/8/2021, autos: "G.M.S. c/A.M.I. s/ compensación económica", TR LA LAY AR/JUR/218214/2021.

La atribución de la vivienda, bajo cualquier tipo de derecho que lo asegure, también tiene incidencia directamente en la determinación del monto o modalidad de pago de la compensación económica.

2.3. PERSPECTIVA DE GÉNERO

En una pluralidad de fallos se incorpora la perspectiva de género para admitir la procedencia de la compensación²⁹, en especial en la división de roles, y su determinación, dando cuenta de "... la importancia que posee el instituto bajo estudio aplicado a la luz de la perspectiva de género, pues es de importancia para lograr la igualdad real entre los esposos luego de la ruptura matrimonial. Esto es así, en una sociedad donde el plan de vida por costumbre siempre fue el del hombre que se desempeñaba desarrollando oficio, arte o profesión, y la mujer por su lado se dedicaba a las labores del hogar y cuidado de los hijos y la familia. Este instituto viene a llenar un vacío legal en pos de equilibrar los derechos entre hombres y mujeres, sobre todo de estas últimas, quienes se veían envueltas en un sistema de roles totalmente discriminatorios. más en un país como el nuestro con tinte totalmente patriarcal, en que el trabajo doméstico se encuentra feminizado, y que además es objeto de menosprecio"³⁰.

"Analizar los casos con perspectiva de género resulta imprescindible a la hora de resolver conforme a derecho y teniendo en cuenta los roles desempeñados dentro del vínculo familiar, cualquiera sea el género, asumidos durante la vida en común, con el objetivo de obtener una respuesta jurídica que equipare su condición. Se trata de un instrumento que apunta a la autosuficiencia y a la igualdad real de oportunidades, a efectos de que se desarrollen las estrategias necesarias para el propio sostenimiento en el nuevo proyecto de vida que se emprenda, sin depender económicamente de otro/a"³¹.

29 SCJBA, 21/3/2022, autos: "M.L.F. c/C.M.E. s/acción de compensación económica", La Ley del 17/5/2022 - AR/JUR/39808/2022; CNac. en lo Civil, Sala 1, 4/2/2022, autos: "P.M.D.L.P c/B.J.J. s/fijación de compensación económica- arts. 441 y 442 CCyC", LL 3/3/2022, TR LA LEY AR/JUR/1903/2022.

30 STJ Jujuy, Ac. 348, fº 1272/1282, Libro de Acuerdo N° 3, 26/12/2018, "recurso de inconstitucionalidad interpuesto en el Expte. N° C-./16 (Tribunal de Familia -Sala 11- Vocalía 5) compensación económica: M.R.C. del C. c/ F.J.H."

31 CNac. en lo Civil, Sala B, 14/7/2020, autos: "S.S.V. c/G.B.C.N. s/fijación de compensación arts. 524, 525 CCyC", LL 11/9/2020 - TR LA LEY AR/JUR/24362/2020.

La técnica de redacción escrituraria se simplifica en la atribución de compensaciones y derechos reales por su causa a la mujer por la perspectiva indicada en sentencias como la primera señalada, pero es recomendable ser más preciso cuando lo es al hombre, o en el caso de los matrimonios igualitarios, detallando la organización familiar por la que han optado. Con cláusula del tipo del párrafo precedente se da cabida a esta perspectiva.

3. TRANSMISIÓN O CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES

Los fallos judiciales determinan la compensación económica en una suma en dinero:

a) A pagar en principio en un pago único para resarcir la situación de desventaja, y afrontar el nuevo proyecto de vida individual, aunque se ha admitido el pago en cuotas según la situación del deudor; o

b) con la fijación de una renta temporal, y excepcionalmente por tiempo indeterminado, conforme los arts. 442 y 524 CCyC.

También puede pagar "con el usufructo de determinados bienes o cualquier otro medio". En estas últimas opciones cobra relevancia la autonomía de voluntad, y el posible pago de la compensación determinada –judicial o convencionalmente– mediante la constitución del derecho real de usufructo o habitación, o la transmisión del dominio, condominio, superficie u otro derecho real sobre inmuebles, que siendo este un acuerdo privado de la modalidad de pago deberá cumplir el requisito formal de escritura pública en caso de tener objeto inmobiliario (art. 1117, inc. a) CCyC).

A continuación, damos un esquema ejemplificativo del pago con usufructo como enumera la norma entre las opciones a las partes:

"Nro... CONSTITUCIÓN DE USUFRUCTO POR COMPENSACIÓN ECONÓMICA: DEF a ABC. En la Ciudad y Partido de Lanús, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, a ocho de junio de dos mil veintidós, ante mí, ..., comparecen... Justifican sus identidades con sus documentos nacionales de identidad que en copia autenticada agrego a la presente, en los términos del artículo 306 inciso a) del Código Civil y Comercial.

De la audiencia notarial surge su aptitud para entender y querer la naturaleza del acto. Intervienen por sí. Requieren de forma notarial a sus declaraciones que interpreto y redacto en los capítulos y artículos siguientes: CAPÍTULO I - COMPENSACIÓN ECONÓMICA - PRIMERO: Los comparecientes declaran bajo juramento que mantuvieron una unión convivencial no inscripta desde el 2 de mayo de 2002 hasta el 7 de marzo de 2022, por cese de la convivencia de común acuerdo este último día. SEGUNDO: Las partes de común acuerdo manifiestan y reconocen: a) que del estado patrimonial de ambas al inicio de la unión convivencial y la fecha de su cese, surge un manifiesto desequilibrio en beneficio del señor DEF y detrimento de la señora ABC para afrontar sus proyectos de vida postconvivencia, causado en la unión convivencial y ruptura; b) que el manifiesto desequilibrio patrimonial entre ellas se ocasionó en su elección de una organización familiar en la que ABC se dedicaba principalmente a la dirección y atención de las tareas del hogar, sin perjuicio de la ayuda de personal que tuvieron al efecto, la crianza de los hijos y en especial de su hija menor con dificultades de aprendizaje, lo que provocó que pese a tener un título universitario de..., solo pudo ejercer la docencia en colegios secundarios en horarios limitados, lo que ahora con años de edad le limita la posibilidad de acceder a un empleo para el que se requiere no solo el título oportunamente obtenido sino además la experiencia propia de su edad; y por el rol de DEF no solo pudo continuar su actividad laboral en programación y desarrollos informáticos, sino además concluir sus estudios de ingeniero informático, y hoy ejercer el cargo de director de ciberseguridad de la empresa... TERCERO: Las partes de común acuerdo determinan el monto de la compensación económica debida por DEF a ABC en la suma de \$ 3.500.000, que será pagado con la constitución del derecho real de usufructo vitalicio en favor de ABC, del bien inmueble de titularidad de DEF que oportunamente fuera sede de la vivienda convivencial, sito en la Ciudad y Partido de Lanús, con frente a la calle... CUARTO: El nudo propietario dispensará a la usufructuaria de realizar inventario y prestar garantías por el derecho real, que se entrega libre de todo gravamen, sin adeudar impuestos, tasas, contribuciones ni servicios públicos domiciliarios a la fecha de su constitución. CAPÍTULO II - CONSTITUCIÓN DE USUFRUCTO - PRIMERO: El señor DEF constituye derecho real de usufructo vitalicio, en pago de la compensación económica por cese de la unión convivencial determinada en el capítulo anterior, a favor de la señora ABC que acepta, del inmueble sito en la Ciudad y Partido de Lanús, con frente a la calle... SEGUNDO: Las partes tasan el valor del usufructo constituido en

la suma de tres millones quinientos mil pesos. TERCERO: La acreedora da por totalmente cancelada la deuda por compensación económica relacionada, y otorga por este acto suficiente recibo. CUARTO: El señor DEF constituye derecho de usufructo y entrega la posesión causada en este derecho real a la señora ABC, que adquiere, y declara recibir en la fecha la posesión como usufructuaria de conformidad. QUINTO: El nudo propietario releva a la usufructuaria de realizar inventario y prestar garantía por la conservación y restitución del inmueble relacionado. SEXTO: El constituyente declara bajo juramento que el inmueble objeto de este acto es de carácter personal, no es sede de su vivienda familiar, no está casado ni mantiene unión convivencial, siendo improcedente asentimiento para este acto, lo cual ratifica la usufructuaria. CAPÍTULO III - CONSTANCIAS NOTARIALES: Acredito: a) con el primer testimonio de la escritura pública número... del... pasada ante el notario..., al folio... del Protocolo del Registro Notarial... de..., a su cargo, INSCRIPTA en el Registro de la Propiedad Inmueble el..., en la matrícula... de Lanús, que el inmueble le corresponde al constituyente por compra que hiciera siendo de estado civil soltero, a...; b) Certificaciones: 1) con los certificados digitales expedidos por el Registro de la Propiedad Inmueble de esta Provincia el... del corriente, bajo los números... (inhibiciones), y... (dominio), que el constituyente no está inhibido para disponer de sus bienes; el dominio consta y no se registran gravámenes, restricciones ni interdicciones. 2) Con el certificado expedido por la Dirección Provincial de Catastro Territorial, bajo el número..., que al inmueble le corresponde la partida inmobiliaria... y tiene una valuación fiscal para este año de \$..., y especial para el acto de \$... c) Con los demás certificados, que no se informa deuda por impuesto inmobiliario, tasa municipal ni AYSA. d) Impuesto de Sellos: Retengo por este acto la suma de... para su depósito en término legal. AGREGO a la presente los certificados registrales y de catastro relacionados. Las constancias de identificación tributaria las conservo en carpeta relacionada a la presente. LEO a los comparecientes esta escritura, que otorgan y firman por ante mí, doy fe.

4. PARTICIÓN Y ADJUDICACIÓN DE BIENES

La compensación económica está relacionada con la adjudicación de los bienes gananciales en el matrimonio, y la división de condominio y cumplimiento del pacto convivencial en la unión convivencial. Se trata de un instituto para superar las desventajas o desequilibrios que no se

pueden reparar con los bienes adjudicados. Así se ha dicho: "... debe rechazarse, pues al inicio del matrimonio no existían los bienes detallados por ambas partes a la fecha del divorcio, y tampoco se ha demostrado que haya postergado su capacitación laboral originando un desequilibrio en ese aspecto, con causa en el matrimonio, que no pueda corregirse a través de la liquidación de la comunidad de gananciales"³².

Planteamos a modo ejemplificativo el caso especial de la adjudicación del único bien inmueble ganancial del matrimonio a la exesposa acreedora de la compensación económica:

1) Una primera técnica documental será hacer la partición privada del inmueble ganancial en condominio a los excónyuges –por ejemplo, mitad indivisa a cada uno–, y luego hacer la escritura de determinación de compensación económica y dación en pago con la mitad indivisa a la esposa, similar al caso anterior.

2) Una segunda técnica contractual consiste en la cancelación con la transmisión de los derechos gananciales del deudor a la acreedora, quien reuniendo así la titularidad única de la masa se adjudica el inmueble a su nombre. No debe perderse de vista que la parte del otro excónyuge la recibe por la transmisión de derechos personales a título oneroso (cesión de gananciales).

Posible esquema escriturario:

Nro...- COMPENSACIÓN ECONÓMICA – CESIÓN DE GANANCIALES – ADJUDICACIÓN POR PARTICIÓN DE INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA DEF a ABC. En la Ciudad y Partido de Lanús, Provincia de Buenos Aires, a ocho de junio de dos mil veintidós, ante mí, ..., Notario Titular del Registro Notarial... de Lanús, comparecen... CAPÍTULO I - COMPENSACIÓN ECONÓMICA - PRIMERO: ... (*Ver proyecto anterior*)... CAPÍTULO II - CESIÓN DE DERECHOS GANANCIALES - PRIMERO: El señor DEF da, cede y transfiere en pago de la compensación económica determinada en el capítulo anterior a la señora ABC, que acepta, todos los derechos y acciones que tiene y le corresponden del remanente no partido o liquidado a la fecha de la indivisión postcomunitaria consecuente del divorcio entre las partes rela-

32 CNac. en lo Civil, Sala E, 2/2/2022, autos: "F.L.A. c/S.P.L.E. s/fijación de compensación económica", SJA 18/4/2022, 8 JA 2022 1, TR LA LEY AR/JUR/6380/2022.

cionado en el artículo primero del capítulo anterior. SEGUNDO: Las partes tasan el valor de esta cesión en la suma de tres millones quinientos mil pesos. TERCERO: La cesionaria queda subrogada en todos los derechos y acciones que tenía su cedente, ocupando su mismo lugar, grado, preferencia y privilegio. CUARTO: La acreedora da por totalmente cancelada la deuda por compensación económica relacionada, y otorga por este acto suficiente recibo y carta de pago total. QUINTO: La presente cesión tendrá carácter de partición de los bienes remanentes de la indivisión por quedar la cesionaria como única titular. SEXTO: Las partes declaran que el remanente de bienes gananciales cedidos solo se integra con el inmueble que se describe en el capítulo siguiente, por lo cual a los efectos impositivos las partes entienden que equivale a la mitad del valor del inmueble indicado. SÉPTIMO: Las partes me solicitan que retenga la suma de... en concepto de Impuesto a la Transmisión de Inmuebles conforme criterios de la actual resolución general de la Administración Federal de Ingresos Públicos. CAPÍTULO III - ADJUDICACIÓN POR PARTICIÓN DE INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA - PRIMERO: Presentes en este acto todos los titulares y la cesionaria de la indivisión postcomunitaria por el divorcio entre DEF y ABC, se adjudica en plena propiedad y dominio a ABC, que acepta, el inmueble sito en... SEGUNDO: La adjudicataria se adjudica y adquiere todos los derechos de propiedad, posesión y dominio sobre el inmueble desde la fecha de su adquisición. TERCERO: La adjudicataria asume a su cargo todos los impuestos, tasas, contribuciones y servicios públicos domiciliarios que graven el inmueble, incluso anteriores a este acto. CAPÍTULO IV - CONSTANCIAS NOTARIALES: Acredito: a) Título: 1) con la primera copia de la escritura pública del..., pasada ante el notario..., al folio... del Protocolo del Registro Notarial... de..., a su cargo, INSCRIPTO en el Registro de la Propiedad Inmueble el..., en la Matrícula... de..., que el bien le corresponde en condominio a los comparecientes por compra que hicieran siendo casados en primeras nupcias entre sí, a... b) Certificaciones: 1) con los certificados digitales expedidos por el Registro de la Propiedad Inmueble de esta Provincia el... del corriente, bajo los números 98... (inhibiciones), y 98...(dominio), que los comparecientes no están inhibidos para disponer de sus bienes; el dominio consta y no se registran gravámenes, restricciones ni interdicciones. 2) Con el certificado expedido por la Dirección Provincial de Catastro Territorial, bajo el número..., que al inmueble le corresponde la partida inmobiliaria... y tiene una valuación fiscal para este año de \$..., y especial para el acto de \$... c) Con los demás certificados que no se informa deuda por impuesto inmobiliario, tasa municipal ni de AYSA. d) Impuesto a la Transferencia de Inmuebles: retengo

al señor DEF por la dación en pago, conforme la actual resolución general de la Administración Federal de Ingresos Públicos, la suma de... para su depósito en término legal. e) Código de Oferta de Transferencia Inmobiliaria: se deja constancia de que el cedente presentó código número... por la parte dada en compensación; e) Impuesto de Sellos: retengo por el monto de la cesión de gananciales la suma de... para su depósito en término legal... AGREGO a la presente los certificados registrales y de catastro relacionados. Las constancias de identificación tributaria las conservo en carpeta relacionada a la presente. LEO a los comparecientes esta escritura que otorgan y firman por ante mí, doy fe.

Con respecto a la procedencia de la compensación económica en caso de cese de la unión convivencial en caso de fallecimiento, la doctrina ha debatido su procedencia, pero para su admisión se debe distinguir según la finalidad del instituto. En caso de ser acreedor/a el/la causante, dado que tiene por finalidad reparar la desventaja para afrontar la vida postseparación, no es procedente, en tanto no se trata de un derecho hereditario o transmisible por causa de muerte a sus herederos. En cambio, si el acreedor de la compensación es el/la supérstite, se mantienen las finalidades del instituto, y la deuda del causante no se puede extinguir por solo su fallecimiento, se trata de una deuda en vida del causante –o “de la sucesión”– que debe ser pagada antes de determinar la masa partible (art. 2376 CCyC).

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza ha sostenido la necesaria consideración de la procedencia de la compensación económica y su determinación por el cese de la unión convivencial por causa de muerte de uno de los convivientes como un derecho personal que debe resolverse ante el juez del proceso sucesorio: “Toda vez que la eventual determinación de la compensación económica podría incidir en la partición de la masa hereditaria, las actuaciones se encuentran alcanzadas por el fuero de atracción que opera en virtud de haberse declarado abierta la sucesión perteneciente al causante por ante el Juzgado Civil y Comercial N° 4 Departamental. En consecuencia, corresponde declarar competente para entender en los actuados al titular de ese juzgado (art. 2336, Código Civil y Comercial)”³³.

33 CCiv. y Com. La Matanza, Sala I, 31/3/2021, autos: “T., A.B. c. M., S.M. y otro/a s/ materia a categorizar”, RCCyC 2021 (agosto), 16/08/2021, 210 - SJA 01/09/2021, 01/09/2021, 92 - RDF 2022-II, 87 - TR LA LEY AR/JUR11359/2021/.

Estos primeros fallos nos muestran la relación en la liquidación de las masas postcomunitaria y hereditaria de este derecho personal, causa de una compensación en dinero. Se genera un crédito que –como señala el segundo fallo– puede incidir en la partición hereditaria al ser una deuda del causante que debe ser liquidada antes de formar la masa partible.

En el caso de la indivisión postcomunitaria, se trata de un crédito entre los comuneros cuyo pago puede ser satisfecho por compensación con la adjudicación de mayor hijuela a su acreedor/a.

5. PACTOS CONVIVENCIALES

La autonomía de voluntad permite admitir la previsión entre las partes de la eventual compensación económica de modo anticipado antes del cese, pero estará sujeto a que continúen la situación de desequilibrio, ventajas/desventajas causadas en la unión convivencial y su ruptura a ese momento. Es decir, tendrá efecto en tanto la situación se mantenga, y se trata de un compromiso de transmisión o constitución del derecho real en el futuro una vez cumplida la condición.

"Nro... PACTO CONVIVENCIAL: ABC con DEF. En la Ciudad y Partido de Lanús, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, a ocho de junio de dos mil veintidós, ante mí, ..., comparecen... Justifican sus identidades con sus documentos nacionales de identidad que en copia autenticada agrego a la presente, en los términos del artículo 306 inciso a) del Código Civil y Comercial. De la audiencia notarial surge su aptitud para entender y querer la naturaleza del acto. Intervienen por sí. Requieren dé forma notarial a sus declaraciones que interpreto y redacto en los capítulos y artículos siguientes: CAPÍTULO I... CAPÍTULO II - COMPENSACIÓN ECONÓMICA. PRIMERO: Las partes han hecho una evaluación de los roles que cada uno lleva adelante en el proyecto familiar de vida en común, tanto dentro como fuera del hogar, y sus consecuencias patrimoniales para el caso de ruptura, en que han elegido que ABC se dedica principalmente a la dirección y atención de las tareas del hogar, sin perjuicio de la ayuda de personal al efecto, la crianza de los hijos y en especial de su hija menor con dificultades de aprendizaje, lo que provoca que pese a tener un título universitario de..., solo puede ejercer la docencia en colegios secundarios en horarios limitados, que le limitaría la posibilidad de acceder a un empleo en el futuro, para el que se requiere no solo el título oportunamente

obtenido sino además la experiencia propia de su edad; y el rol de DEF no solo le permite continuar su actividad laboral en programación y desarrollos informáticos, sino además pudo concluir sus estudios de ingeniero informático, y hoy ejercer el cargo de director de ciberseguridad de la empresa... SEGUNDO: Los comparecientes reconocen que de tales circunstancias resultará un previsible y manifiesto desequilibrio y empeoramiento de la situación económica de ABC para afrontar su vida posterior ante una eventual ruptura de la unión convivencial causada en los roles asumidos en esta, frente a la situación que mantendrá DEF. TERCERO: A fin de mantener la igualdad entre ellos al momento de la eventual ruptura, las partes acuerdan que en caso de producirse el cese de la unión convivencial, DEF deberá a ABC una compensación económica en los términos de los artículos 524 y 252 del Código Civil y Comercial de la Nación, equivalente al valor del inmueble de propiedad de DEF, sede actual de la vivienda familiar, sito en... CUARTO: El señor DEF se compromete a transmitir en pago de la compensación económica del artículo precedente a ABC, el dominio pleno del inmueble... QUINTO: Cumplida la transmisión del dominio del inmueble descrito en este capítulo en favor de ABC, las partes se tendrán por totalmente satisfechas y renuncian recíprocamente a todo otro reclamo por este concepto, y tendrá plenos efectos de recibo y pago cancelatorio de esta compensación. CAPÍTULO III - DISPOSICIONES COMUNES: Las partes ruegan la inscripción del presente pacto y el acuerdo de compensación económica que lo integra, en los registros de bienes registrables según la naturaleza de cada bien en los términos del artículo 517 del Código Civil y Comercial... CAPÍTULO IV - CONSTANCIAS NOTARIALES: Acredito... Informes registrales: con los informes digitales expedidos por el Registro de la Propiedad Inmueble de esta Provincia el... del corriente, bajo los números... (inhibiciones), y... (dominio del inmueble a dar en pago), que las partes no están inhibidas para disponer de sus bienes; el dominio de inmueble consta a nombre de DEF y no se registran gravámenes, restricciones ni interdicciones... AGREGO a la presente los informes registrales relacionados. Las constancias de identificación tributaria las conservo en carpeta relacionada a la presente. LEO a los comparecientes esta escritura que otorgan y firman por ante mí, doy fe.

Técnica y práctica notarial

CONVENIO DE USO Y GOCE ENTRE CONDÓMINOS

Pedro Facundo Sáenz

Sumario: I. Introducción. II. Breves consideraciones sobre el condominio. III. Convenio de uso y goce; IV. Conclusión. V. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Las siguientes reflexiones procuran un abordaje práctico del “convenio de uso y goce” previsto en el art. 1987 inserto en el Capítulo I del Título IV del Libro Cuarto del Código Civil y Comercial –en adelante CCyC– toda vez que resulta una interesante herramienta encaminada a regular el aprovechamiento de la cosa común y evitar –o atemperar– posibles conflictos entre los condóminos, dejándose aclarado que estos esfuerzos tendrán como objetivo exclusivo la aplicación de este instituto al ámbito inmobiliario.

Sin perjuicio de estar metodológicamente ubicada dentro de las disposiciones generales regulatorias del derecho real de condominio, esta figura resulta aplicable a otros supuestos de comunidad de derechos en virtud de lo establecido en el art. 1984 del CCyC¹.

Al ser la intención de este trabajo proponer a los notarios un esquema de aplicación práctica de esta herramienta, no resulta pertinente acometer un desarrollo especulativo tedioso sobre los conceptos involucrados, no obstante, sí parece conveniente esbozar sintéticamente ciertos aspectos jurídicos que deberán ser tenidos especialmente en cuenta al instrumentar este tipo de convenios.

II. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL CONDOMINIO

El Código Civil y Comercial define al derecho real de condominio en el primer párrafo del art. 1983 de la siguiente manera: “Condominio es el derecho real de propiedad sobre una cosa que pertenece en común a varias personas y que corresponde a cada una por una parte indivisa”.

1 Así pues, tanto el art. 484 como el 2328 del CCyC, reconocen a los comuneros la posibilidad de celebrar acuerdos sobre el uso y goce de bienes comunes en los casos de indivisión postcomunitaria e indivisión hereditaria, respectivamente. Incluso, hemos sostenido la procedencia de este tipo de convenios en supuestos de cousufructo. Ver Sáenz, Pedro Facundo en “El cousufructo en acción” en Revista del Notariado 934 -Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires-, <http://www.revista-notariado.org.ar/2019/07/el-cousufructo-en-accion>

La doctrina tiene dicho que este derecho real presenta los siguientes rasgos distintivos: **a) Pluralidad de sujetos:** cuando el titular es único, sea persona humana o jurídica habría "dominio" y no "condominio"; **b) unidad de objeto:** aunque se trate de diferentes cosas, todas ellas pertenecen simultáneamente a los diversos interesados. La unidad consiste en que los titulares reunidos ejercen el dominio sobre los mismos elementos, sin que esté deslindada la parte material de cada uno; **c) necesidad de una cosa:** el condominio presupone una "cosa", en el concepto específico y técnico que le asigna la ley pues así lo define el art. 1983 del Código Civil y Comercial, susceptible de posesión y dominio; **d) falta de cuota material:** siempre que uno de los titulares o todos ellos puedan individualizar materialmente su lote, cesa el condominio en forma parcial o total, y es este uno de los medios, tal vez el más utilizado, para poner fin a la indivisión².

En lo que a estas reflexiones compete, debemos destacar el último de los caracteres mencionados. En efecto, si bien el objeto del condominio es una cosa, a cada condómino le corresponde una parte indivisa. En tal sentido se ha dicho: "La titularidad de los condóminos sobre el objeto común no se fracciona en partes materiales, sino que se extiende a la totalidad de la cosa según partes indivisas, ideales, intelectuales, alícuotas, cuotas, proporciones o participaciones sobre el todo"³.

El porcentaje que a los condóminos pudiere corresponderles en la cotitularidad no tiene de manera inmediata un reflejo sobre una parte materialmente determinada de la cosa, como así tampoco en lo referente al uso y goce de la misma ni en lo atinente a los actos de disposición jurídica o material sobre ella.

La absoluta y efectiva autonomía jurídica que se predica con relación a la parte indivisa (art. 1989 del CCyC) no tiene un correlato exacto en

2 D'Alessio, Carlos (dir.). *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, 2º edición, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 583.

3 Alterini, Jorge Horacio; Alterini, Ignacio Ezequiel y Alterini, María Eugenia. *Tratado de los derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2018, T II, p. 112. En igual sentido se ha sostenido: "La parte indivisa síndica la proporción de titularidad que ostenta cada uno de los condóminos respecto al todo de la cosa. Es una cuota ideal, mas no material". Humphreys, Ethel, "El condominio con indivisión forzosa temporaria en el CCyCN", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Derechos reales*, II, Rubinzal-Culzoni, 2018-2, p. 73.

cuanto al despliegue de potencialidades sobre la materialidad de la cosa.

La afirmación antecedente merece algunas aclaraciones para evitar indeseadas confusiones.

Por un lado, pese a no ostentar el condómino un derecho inmediato sobre una parte materialmente determinada, el uso y goce de la cosa puede ser ejercido por cada cotitular, conjunta o individualmente, siempre que no se altere su destino, no se la deteriore en interés de uno de ellos y no se impida el ejercicio de iguales facultades a los restantes cotitulares (art. 1986 del CCyC)⁴.

Es en virtud de esta facultad de uso y goce atribuida a todos y cada uno de los condóminos que se estipula que el uso y goce excluyente de toda la cosa por parte de uno de ellos no da derecho a indemnización alguna sino a partir de la oposición fehaciente y solo en beneficio del oponente (art. 1988 del CCyC)⁵.

La ausencia de cuota material explica, por otro lado, lo estipulado en el art. 1990 del CCyC en cuanto a la necesidad de la conformidad de todos los condóminos para la realización de actos de disposición material o jurídica. Es lógica esta norma toda vez que, siendo la cosa de propiedad común, todo acto dispositivo que pudiere impactar en el objeto unitario o en una parte materialmente determinada exigirá la unanimidad, pues la cotitularidad se resuelve en la atribución de cuotas ideales, tal como se ha dicho al principio.

Además, atento a que el porcentaje de cada condómino se extiende a cada molécula de la cosa, no debe perderse de vista que las mejoras introducidas por uno de ellos pertenecen también a los restantes según

4 Estas limitaciones perfilan al condominio como un derecho real con características diferenciadas del dominio, asimilándose -en este aspecto- a la situación derivada del usufructo. Así pues, el art. 2129 del CCyC establece: "Usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia. Hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba".

5 Esta solución legal ya había sido sostenida por la más autorizada doctrina. Ver Salvat, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos reales*, quinta edición actualizada por Manuel J Argañaz, Tipográfica Editorial Argentina SA, Buenos Aires, 1962, T III, p. 29 y ss.

su participación en el condominio. Esto debe ser especialmente tenido en cuenta ya que, a tenor del art. 1991 del CCyC, solo los gastos de conservación y reparación y las mejoras necesarias –que no requieren de unanimidad– darán derecho a exigir reembolso conforme a las reglas previstas en el art. 1992 del citado cuerpo legal.

Tratándose de actos de administración, en cambio, la voluntad de la mayoría absoluta de los condóminos, computada según el valor de sus partes indivisas, se impone (aun cuando esa mayoría corresponda a un solo cotitular), debiendo a tal efecto celebrarse una asamblea a la que deberá convocarse y citarse a los comuneros de manera fehaciente y con anticipación razonable (art. 1993 y ss. CCyC)⁶.

En cuanto a las mejoras útiles, el citado art. 1990 dispone que “dentro de los límites de uso y goce, cada condómino puede también, a su costo, hacer en la cosa mejoras útiles que sirvan a su mejor aprovechamiento”. Esta previsión debe ser complementada con el art. 1938 del CCyC, reconociendo al condómino que hizo la inversión la posibilidad de reclamar el pago hasta el mayor valor adquirido por la cosa⁷.

III. CONVENIO DE USO Y GOCE

La dinámica en la que se desenvuelve el derecho real de condominio implica, entonces, cierta dialéctica entre, por un lado, las facultades que los condóminos ostentan con relación a su parte indivisa, caracterizadas por su absoluta autonomía y; por otro lado, las prerrogativas atribuidas con relación a la cosa común, marcadas por inevitables limitaciones derivadas de la propia situación comunitaria.

6 “Al igual que en el Código sustituido, la mayoría requerida para decidir es la absoluta, es decir, aquella superior a la mitad del todo, considerando la proporción de las partes indivisas computada respecto de la totalidad de los condóminos... La adopción del criterio que no requiere de la presencia de todos los condóminos para decidir sobre la administración resulta adecuada, sobre todo si se tiene en cuenta que lo contrario implica que la ausencia de alguno de ellos tendría mayor virtualidad que la presencia en disconformidad, ya que, sin la presencia de cada uno de los comuneros, no podrá tomarse ninguna decisión”, Frontini, Elba M. (con colaboración de Mariela Gatti) en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, coordinador Eduardo Gabriel Clusellas, Ed. Astrea-FEN, 2015, T 6, p. 924 y ss.

7 Kiper, Claudio. *Manual de derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 262.

La reseñada perspectiva solo puede cesar de manera definitiva –en caso de condominio sin indivisión forzosa– mediante la partición, consistente en el acto jurídico mediante el cual se convierte el derecho inmaterial del condómino en un lote material, equivalente a su interés dentro de la cosa⁸.

Ahora bien, hasta que tal acto partitivo sea otorgado, los condóminos “pueden convenir el uso y goce alternado de la cosa común o que se ejercite de manera exclusiva y excluyente sobre determinadas partes materiales” (art. 1987 CCyC).

Es dable advertir que este convenio no tiene por efecto la extinción del derecho real de condominio, sino regular el aprovechamiento de la cosa mientras subsista la comunidad, procurando ordenar y optimizar el uso y goce de esta mediante el esquema que mejor atienda los intereses de los involucrados. Sin embargo, las partes podrían establecer en este convenio que las partes materialmente determinadas sobre las cuales estipulan el uso y goce exclusivo serán, en definitiva, las que deberán reflejarse en el eventual plano de subdivisión sobre el cual habrá de practicarse en el futuro la partición del condominio.

El Código Civil y Comercial reconoce plena operatividad a la autonomía de la voluntad de los condóminos, quienes podrán acordar, por unanimidad, un disfrute alternado de la cosa común o la atribución del uso y goce exclusivo sobre partes materialmente determinadas del objeto.

Atento a que no se trata propiamente de la partición regulada en el art. 1996 y siguientes del CCyC, debe ratificarse que este contrato no acarrea la extinción del derecho real de condominio, es decir, no tiene aptitud jurídica para producir mutación real alguna como así tampoco implica una limitación a la facultad de exigir, en cualquier momento, la partición por parte de cualquiera de los condóminos⁹.

En consecuencia, se muestra oportuno destacar que, por un lado, la eventual atribución de facultades de uso sobre partes materiales de la

8 Lafaille, Héctor, en *Derecho Civil. Tratado de derechos reales*, actualizado por Alterini, Jorge Horacio, 2° edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley – Ediar, 2011.

9 Este derecho, de carácter irrenunciable e imprescriptible, está consagrado en el art. 1997 del CCyC y solo puede verse limitado, temporalmente, en los casos previstos en los arts. 2000 y 2001 del citado cuerpo legal.

cosa no exige la confección de un plano de subdivisión registrado ante organismo catastral, pudiendo recurrirse –en caso de considerarse conveniente– a meros croquis¹⁰ y; por otro lado, se trata de un acto jurídico que carece de vocación registral¹¹.

Al ser un documento no registrable, merece especial atención lo referente a la oponibilidad de esta clase de convenios. Claramente, lo acordado será inoponible a terceros, tal como lo establece el art. 1022 del CCyC¹². En cambio, por imperio del art. 1024 y concordantes del CCyC, lo estipulado sí será extensible a los sucesores universales de los otorgantes. En cuanto a sucesores singulares de los condóminos, parece viable admitir la oponibilidad del convenio por efecto de la publicidad cartular.

En este último sentido, se recomienda que el convenio de uso y goce se instrumente en escritura pública y que el notario interviniente inserte en los respectivos testimonios de los títulos de propiedad de los condóminos una nota marginal destinada a publicitar la existencia de este acto jurídico¹³.

Finalmente, por la propia naturaleza jurídica de este tipo de convenio, la existencia de inhibiciones sobre la persona de alguno de los condóminos o la de gravámenes sobre las respectivas partes indivisas no resultan obstáculo para su celebración.

10 Este tipo de convenios no caen dentro de la previsión del art. 12 de la ley 26.209.

11 No estamos ante un acto jurídico comprendido en el art. 2 de la ley 17.801.

12 En efecto, este tipo de acto jurídico celebrado entre los condóminos carece de eficacia respecto de, por ejemplo, un acreedor embargante o hipotecario.

13 En su enjundioso trabajo sobre esta temática, Urbaneja explica que la publicidad cartular puede alcanzarse mediante "las notas colocadas en esos mismos instrumentos por los escribanos, que constituyen documentos notariales protocolares complementarios o extraprotocolares, según se trate, respectivamente, de atestaciones en el protocolo o en la copia", Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Publicidad cartular*, FEN-Astrea, 2021, p. 48. A través de estas notas insertas en las primeras o ulteriores copias se logra la cognoscibilidad deseada, de manera tal que, ante cualquier acto dispositivo, los eventuales sucesores particulares no podrían desconocer la existencia de lo acordado atento a lo exigido por el art. 23 de la ley 17.801. Claramente, si el convenio de uso y goce se instrumentara en la misma escritura pública por la cual se da origen al condominio, la publicidad del mismo surgirá del propio título de propiedad.

Tampoco encuadra el acto en las previsiones del art. 470 del Código Civil y Comercial, por no configurarse enajenación ni gravamen alguno. Sin embargo, en caso de estar involucrada la vivienda familiar de alguno de los otorgantes, sí parece necesario exigir el asentimiento del cónyuge o del conviviente inscripto a la luz del art. 456 y 522, respectivamente¹⁴.

IV. CONCLUSION

El convenio de uso y goce previsto en el art. 1987 del CCyC brinda a los condóminos una interesante herramienta a los fines de regular satisfactoriamente el aprovechamiento de la cosa común atendiendo a las características propias de cada situación comunitaria, pudiendo reglar aspectos de sensible conflictividad.

No resulta suficiente para poner fin al derecho real de condominio, es decir, no tiene potencialidad para producir mutaciones reales, enmarcando sus efectos dentro del plano de los derechos personales, por lo que carece de impacto en materia catastral y registral, tal como se dejara aclarado *ut supra*.

La intervención notarial, en la tarea de asesoramiento, configuración y redacción, cobra un indiscutible protagonismo en la utilización de esta figura, lo que exige de parte del autorizante del instrumento un especial trabajo en el análisis de las circunstancias concretas del requerimiento, comprensión de la dinámica funcional del condominio y la oportuna inserción de notas para lograr una razonable cognoscibilidad del acto jurídico.

Nº... ESCRITURA PÚBLICA DE CONVENIO DE USO Y GOCE (art. 1987 CCyC) otorgada por AA y BB. Instrumento matriz número... En la ciudad de..., Partido de..., Provincia de Buenos Aires, República Argentina, a... de... de..., ante mí,..., Notario titular del Registro número... de este Partido, COMPARECEN las personas que se identifican y expresan sus datos personales como se detallan a continuación: *por una parte* AA y *por la otra parte* BB. Los comparecientes justifican su identidad en los términos del artículo 306 inciso a) del Código Civil y Comercial, mediante

14 La terminología empleada por estos dos artículos ("disponer de los derechos sobre la vivienda familiar") resulta más amplia y abarcadora que los supuestos alcanzados por el art. 470 del CCyC.

exhibición que hacen de sus documentos de identidad, cuyas copias, por mí certificadas, agrego a esta matriz. INTERVIENEN en nombre y por derecho propio y dice: I) DECLARACIONES PRELIMINARES: PRIMERO: Son propietarios, en condominio y por parte iguales, de un inmueble ubicado en... e identificado como... SEGUNDO: Dentro de la parcela se emplazan dos locales comerciales con autonomía funcional, por lo que resulta viable el aprovechamiento independiente de cada uno de estos por parte de los respectivos cotitulares, tal como se ha venido haciendo fácticamente desde hace tiempo. TERCERO: En el marco de lo previsto en el artículo 1987 del Código Civil y Comercial han decidido, por medio de este instrumento, celebrar convenio de uso y goce sobre la cosa común, sujeto a las cláusulas que a continuación se estipulan. II) CONVENIO DE USO Y GOCE: PRIMERO: Dada la composición física del inmueble, han decidido de hecho dividir el mismo en dos fracciones conforme al croquis que –suscripto por los otorgantes– anexo a esta matriz y en virtud del cual se atribuye al señor AA el uso y goce exclusivo de la fracción norte con una superficie que mide... (identificada como Parcela UNO), cubriendo una superficie total de trescientos cincuenta y siete metros cuadrados y al señor BB el uso y goce exclusivo de la fracción sur que mide..., cubriendo una superficie total de trescientos setenta y seis metros cuadrados (identificada como Parcela DOS). SEGUNDO: Los condóminos se facultan recíprocamente a introducir en sus respectivos espacios previamente definidos todas las mejoras necesarias, útiles o suntuarias que vieren corresponder, no pudiendo ninguno pretender derecho alguno sobre las mejoras introducidas por el otro dentro del espacio territorial asignado ni exigir compensación alguna por las erogaciones realizadas por tales conceptos, salvo cuando se tratara de mejoras necesarias o gastos efectuados para la conservación misma de la cosa común. Dichos gastos comunes, como así también los tributos que graven el inmueble, deberán ser soportados por ambos condóminos en partes iguales. Por otro lado, cada condómino deberá solventar de su propio peculio los servicios que se prestan a las respectivas edificaciones. TERCERO: Cada condómino podrá decidir y otorgar actos de administración sobre la parte material a él asignada como consecuencia de este convenio por lo que, en este mismo acto, los comparecientes se otorgan recíprocamente poder especial para acordar y suscribir, el uno en representación del otro, los respectivos contratos. Los frutos obtenidos en virtud de estos actos de administración se incorporarán al patrimonio del condómino al cual se le ha atribuido el uso y goce de la respectiva edificación objeto de eventual contratación. CUARTO: Las

partes acuerdan que la futura división de condominio deberá reflejar las superficies aquí acordadas, reconociéndole a este convenio efectos vinculantes en tal sentido. QUINTO: Los comuneros se obligan a celebrar la pertinente escritura de división de condominio, en el plazo de sesenta días desde la fecha de aprobación catastral del plano de mensura y división de la misma de acuerdo al croquis suscripto, asumiendo cada condómino –en iguales proporciones– los gastos y honorarios que la pertinente planimetría y escritura pública pudieren acarrear. SEXTO: Los otorgantes solicitan inserte nota marginal en sendos testimonios de sus títulos de propiedad, en orden a publicitar cartularmente el presente convenio, requerimiento que es aceptado. SÉPTIMO: Los comparecientes declaran que por la propia naturaleza de este acto jurídico y por la circunstancia de no estar en la parcela afectada la vivienda familiar de ninguno de ellos, no resultan aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 456, 470 ni 522 del Código Civil y Comercial. III) ATESTACIONES NOTARIALES:... LEO esta escritura a los comparecientes, quienes la otorgan y firman, ante mí, doy fe.

V. BIBLIOGRAFÍA

Alterini, Jorge Horacio; Alterini, Ignacio Ezequiel y Alterini, María Eugenia. *Tratado de los derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2018.

D´Alessio, Carlos (Dir.). *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, 2º edición, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 583.

Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado, Eduardo Gabriel Clusellas (Coord.), Ed. Astrea-FEN, 2015.

Humphreys, Ethel. "El condominio con indivisión forzosa temporaria en el CCyCN", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Derechos Reales*, II, Rubinzal-Culzoni, 2018-2.

Kiper, Claudio. *Manual de derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.

Lafaille, Héctor, en *Derecho Civil. Tratado de derechos reales*, actualizado por Alterini, Jorge Horacio, 2º edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley - Ediar, 2011.

Sáenz, Pedro Facundo, en "El cousufructo en acción", en *Revista del Notariado* 934, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, <http://www.revista-notariado.org.ar/2019/07/el-cousufructo-en-accion>

Salvat, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos reales*, quinta edición actualizada por Manuel J Argañaraz, Tipográfica Editorial Argentina SA, Buenos Aires, 1962.

Urbaneja, Marcelo Eduardo. *Publicidad cartular*, FEN-Astrea, 2021.

Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

Áreas y Comisiones Asesoras

PRESIDENTE / Guillermo Aníbal LONGHI

Coordinación de gestión

Consejo Federal del Notariado Argentino (CFNA)

Coordinación con delegaciones

Relaciones políticas

Unión Internacional del Notariado (UINL)

VICEPRESIDENTE 1° / Maximiliano MOLINA

Archivo de Actuaciones Notariales

Bucciarelli; Emilio Eduardo Ballina Benites; Carolina Verónica Seoane; Estela María Zubiaurre

Centro Institucional de Mediación

Departamento de Registros Especiales

Comisión de Noveles

Catalina Malara; Santiago Pinto; Felicitas Bruzzo; Ana Clara Sabatini Ayarra; Macarena Morcillo; Catalina Vattuone Marti; Micaela Saénz Basilaki; Agustín Miralles

Departamento de Inspección General

Comisión de Concursos

María Cecilia López (Presidente); Gastón Erramouspe; Gustavo Emanuel Mittica; Estefanía Casati; Natalia Blasi

VICEPRESIDENTE 2° / Haydée Sabina PODREZ YANIZ

Tribunal Notarial

tón Renato di Castelnuovo; María Isabel Tomizzi; Juan Andrés Bravo

Asesoría Notarial Personalizada

Universidad Notarial Argentina (UNA)

Comisión de Regularización Dominial

Cora María Barreto Peltzer (Presidente); Marcela Marta Voiscovich; Valeria María Pierrot; Esteban Bedoya; Giselle Paola Eiras Deniche; Daiana Pérez; Juan Luis Cadierno

Delegados de la UNA

Oficina de Regularización Dominial y Vivienda Social

Comisión de Compromiso Social, Vivienda y Hábitat

Manuel José Carricajo (Presidente); Marina María Copello; Pablo Javier Courett; María Jimena Brusco; Malena Malacalza; Roberto Pablo Silbert; Francisco Alejandro Chicote; María Felisa Mendizábal

Tribunal de Control de los RNRD

Comisión de Género y Derechos Humanos

Marcela Viviana Spina (Presidente); Kelina Dinet López; René Carlos Casas; María Lucia Cajarville; Adriana Myrtha Sosa; Josefina Duco; Lucía Gianfrancesco; Pilar Guardia

Comisión de Legislación y Jurisprudencia

Mariana Hefling (Presidente); Juana Bovati; Cecilia Dubini; María Paula Etchart; Santiago Falbo; Gas-

Comisión de Congresos, Jornadas y Encuentros

Tomás Augusto Lamber (Presidente); Vilma Claudia Rosello; María Elina Molinari; María Luz Berterretche Mateos; Gabriela Dina Piccardo; Maximina Zabala; Luciano Chávez; Guadalupe Astrid Tarapow

SECRETARÍA DE GOBIERNO /Carina PÉREZ LOZANO

Relación con ARBA

Relación con la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad

Relación con las municipalidades

Instituto de Derecho Registral

Asesoría Tributaria

Relación con la Dirección Provincial de Personas Jurídicas y el Ente Provincial

Comisión de Asuntos Fiscales y Administrativos

Nicolás César Máspoli (Presidente); María Losardo; María Alejandra Re; Valeria Lourdes Dorantti García; Brígida Gloria Raffo; Patricia Edith Montes; Juan Ignacio Rodríguez; Bárbara Drake; Osvaldo Natalio Togni; Silvia Gabriela Giler

Comisión de Asesores Registrales

Magdalena De Vega; Alfredo Ceferino Troilo Marcos; Viviana Rita María Pellegrino de Scotto Lavina; Martín Pagni; Milena García; Mariana Armendáriz; Ana Antonieta Lavecchia; Gustavo Aníbal Bras; Delia María Miranda; Mario Germán Bordenave; Luis Felipe Basanta; Verónica Estela Gervasi; Laura Inés Vázquez; Gabriela Alejandra Vaccaro; Andrés Pianzola; Guillermo Borges; Ana Luisa Hijano

Comisión de Personas Jurídicas

Marcos Heredia (Presidente); María Luján Alejandra Lalanne de Pugnaroni; Manuel Aguilera; Dora Nancy Fiorentini; Esteban Roberto Ebrecht; Leonardo Daniel Villegas; Andrea Daniela Bordicelli; María de las Mercedes Lynn Berecibar

SECRETARÍA DE ASUNTOS PREVISIONALES / María Paula VELILLA

División Atención de la Salud

División Jubilaciones y Subsidios

División Préstamos y Turismo

Comisión de Atención de la Salud

Natalia Martínez Dodda (Presidente); Cecilia Gentilini; Sandra Mirna Fernández; Paula Benegas Laria; Ramiro María Flores; Pablo Alejandro di Giano; Laura Marisa Patricio; Isabel Rosana Soto; Aldana Miliozzi; María del Rosario Berterretche Mateos; Juan Pablo Giannini; María Lía Iriarte; María Fernanda Lorenzo Mendy; Mónica Esther Saluppo; Gustavo Alfredo Silva; María del Rosario Paso; Rosario Zabala

Comisión de Jubilaciones y Subsidios

Laura Susana Montani (Presidente); Susana María Wallace; María del Carmen Gaudino; Adrián Favellis; Carlos Guillermo Ríos; Marcos Meas; Horacio Ramón Iribarren; Marta Mabel Inorreta

Comisión de Préstamos y Turismo

Pedro Abel Ilarregui (Presidente); Eugenia Irene María Bagnoli; Roberto Lucas Casella Mateo; Matías Wertheimer; María Florencia Moussou; Daniel Cristian Franco; Juan Pedro Calou; Gustavo Carlos Görg

SECRETARÍA DE APORTES / Diego Daniel de SAN PABLO

Asesoría de Aportes

Coordinación de comisiones

Comisión de Aportes

Marina José Catania (Presidente); Josefina Laurens; Jorge Daniel Biglieri; Santiago Martín Taborda; Eugenia Inés Zarranz; Marcia Della Rosa; Sonia Mabel Cardozo; Fernando de Salas

Comisión de Interpretación de Arancel y Facturaciones Notariales

Pablo Morrone (Presidente); Verónica Echeverría; Alexis Baltazar Molina; Cecilia Cuitiño; Sebastián Mariano Dusserre; Sebastián de Salas

Comisión de Deportes y Recreación

Carla Merlini (Presidente); Julián Eduardo de Marco; Fiorella Cacace; Francisco Amaya; Raúl Fernando das Neves Vargues; Fausto Felipe Basanta; Juan Manuel Espil; Luciano José Loraschi

SECRETARÍA DE RELACIONES INSTITUCIONALES / Carlos Agustín SÁENZ

Curso de Ética

Escuelas apadrinadas

Federación de Entidades de Profesionales Universitarios (FEPUBA)

Departamento Comunicaciones

Biblioteca Jurídica Central "Dalmacio Vélez Sarsfield"

Fundación Editora Notarial (FEN)

Revista Notarial

Boletín Informativo

Sistema Orgánico de Información Notarial (SOIN)

Convenio con la Fundación Æquitas

Taller de Producción Gráfica

Sitio web institucional (www.colescba.org.ar)

App institucional

Redes sociales

Apostillas

Comisión de Extensión Cultural

Ana María Unchalo (Presidente); María Cecilia Sacoski; Otilia del Carmen Zito Fontán; Sol Togni; Ariel Martín Moreno; Nilda Beatriz Rosa; Gerardo Agustín Clavin; Haydée Susana Maggiolo; Silvia Elena Ugalde

Comisión de Comunicaciones

Federico Ledebur (Presidente); María Natalia Sequeiro; Gonzalo Matías Vásquez; Valeria Scarrano; Aurelio García; Mariano Carleschi Gil; María Soledad Ríos; Mariano Costanzo

Comisión de Imprenta

Paola Julieta Pierri (Presidente); Emiliano Piva Fernández; Esteban Tisnés; Betiana Marcela Palladino; Gloria Beatriz Voda; Delfina Etchart; Joaquín Néstor Barreneche; Daniela Valeria Zubillaga

SECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN / Francisco Eitel BARRETO PELTZER

Departamento de Recursos Humanos

Comisión de Personal y Administración

María Florencia Perís (Presidente); Rodrigo Aguirre; Laura Bresso; Mariana Rospide; Mariana

Moral; Estela Luis; Marcela Elisabet Pizarro; Leandra Alesia Finochietto

SECRETARÍA DE INFORMÁTICA / Andrés MARTÍNEZ (h)

Desarrollos informáticos para el notariado y la administración

telnuovo, María Itatí Longhi, Mauro Miguel Mujica, Sebastián Lassalle, Emilio Cervini, Néstor Daniel Lamber, Rodolfo Vizcarra y Agustín Valenti.

Instituto de Documentación Digital

Walter César Schmidt, Carlos Agustín Sáenz, Santiago Francisco Oscar Scattolini, Franco di Cas-

TESORERÍA / María Beatriz AGUIRRE

Comisión de Seguros

Armando Luis Arcone (Presidente); Joaquín Santino Rubineti; Pablo Alexander Balero Reche; Mercedes Gabella; Carlos Martín Pertierra; María Belén Suares; Patricio Tomás Street

Comisión de Finanzas

Diego Gustavo Giacomelli (Presidente); Alejandro Alvarado; Federico Lallement; Pedro Salvador Cocozza; Eduardo José Bras; Federico Travascio; Nicolás Cavagna; Patricio Rodolfo Villamayor

Comisión de Bancos

Juan Antonio Vilanova (h) (Presidente); Ricardo Vaquero; Francisco Calou; Fernando Olaberría; Emmanuel Miguel Ojeda Georgieff; María Gracia Benvenuto; Amalia Suhilar; Enrique Javier Jonas

Comisión Especial Registral

Fernando Gabriel Sánchez (Presidente); Maisa Di Leo Recalde; Simón Enrique Labaqui; Fernando Esteban Lagae; Jorge Ignacio Cambet; Pablo Hugo Migueles

PROTESORERÍA / Santiago Francisco Oscar SCATTOLINI

Comisión de Edificios

Alejandro Alberto Glaría (Presidente); Franco de Zorzi; Rubén Santiago Stradiot; María Inés Ursino; Camila Santos; Mauro Lionel Antinori; Hernán Itoiz; Ana Laura Bastián

Paladino Toledo; Christian Mauricio Flavio Troglio; Teresa María de los Milagros Gasparin; Eduardo Mario de Jesús Rivarola; Luis Eugenio Manassero Vilar; Ernesto Carlos Antollini; Claudio Martin Rieu; Ignacio D. Fioramonti; Lucas Pablo Espósito; Gastón Javier Bavera; María Silvina González Taboada; Norberto Gustavo Soler; María Eugenia Monarca; Eduardo Atilio Brizuela; Fernando Riaño Laboranti

Comisión de Hacienda

Juan Ignacio Cavagna (Presidente); Maricel Hermida; Esteban Horacio Colabella; Luca Emanuel

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: Paula Mariana Marello
Cuerpo de inspectores:
Inés Bulos, María Cristina Catalano, Ramiro Hernán Ceballos Depaoli, Silvia Elena Doratti, Diego Gargaglione Asorey, Julieta Glaría, María Cristina Iglesias, Valeria Alejandra Lencina, Marta Catalina Loidi, María Antonia Maggi, Luis Alberto Milani, Virginia Milani, Evangelina Moreno, Mariano Osvaldo Nápoli, María de los Ángeles Pablos, 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: Julia Alvarado

Fundación Editora Notarial

Comité Ejecutivo

Presidente:
Guillermo Aníbal Longhi
Vicepresidente y Director Ejecutivo:
Carlos Agustín Sáenz
Tesorera: María Beatriz Aguirre
Secretaria: Carina Pérez Lozano
Vocales: Sebastián Lassalle y Silvina Verónica Bento

Tribunal Especial de Control del Funcionamiento de los RNRD

Miembros titulares:
Alberto David López
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 Gabriel Sánchez

Consejeros

Natalia Martínez Dodda

Martín Leandro Russo

Rodolfo Vizcarra

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 Sarrion (†)

Mauro Cappelletti (†)

Manuel Fraga Iribarne (†)

Augusto Mario Morello (†)

Eduardo M. Favier Dubois (P) (†)

Jorge H. Alterini (†)

Félix Alberto Trigo Represas (†)

Eduardo Antonio Zannoni (†)

Luis Moisset De Espanés (†)

Natalio Pedro Etchegaray

Rubén Compagnucci De Caso

Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez

Manuel Atienza

Néstor Oscar Pérez Lozano

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: María Nélide Dómina

Miembros titulares:

Silvia Alicia Suárez Bras

Jorge Daniel Biglieri

Miembros subrogantes:

Eduardo Mario de Jesús Rivarola

Daniela Fernanda Villoses

María Eugenia Monarca

Asociación de Jubilados y Pensionados Notariales

Presidente: Olga Raquel Frickel

Vicepresidente: Beatriz Alejandra López Cafasso

Secretaria: Graciela Angela Lobato

Tesorero: Gabriel Arturo García

Vocales titulares:

Mirta Gladys Negrelli

María Susana Torlo

Leyla Leonor Palumbo

Vocales suplentes

Ana María Unchalo

Silvia Martinelli

Martha Beatriz Salas de Mallo Rivas

Revisores de cuentas:

Alba Graciela Micheletti

María del Carmen Gaudino

Gladis Isabel Acosta de Perugini

Revisores de cuentas suplentes:

Mabel Eulalia Rodríguez

Martha Martorelli

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.

