

Revista Notarial 978^{SEP}_{DIC}

Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires 2014

Fundada el 1 de agosto de 1894 - Decana de América

Director

Eduardo Gabriel Clusellas

Comité de Redacción

Mariano Costanzo

Gastón R. di Castelnuovo

Elba María de los Ángeles Frontini

María Rosa del Milagro Martín

Nicolás Agustín Soligo Schuler

Marcela Haydée Tranchini de Di Marco

Marcelo Eduardo Urbaneja



Consejo Directivo 2014 / 2016

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

Delegaciones del Colegio de Escribanos

AZUL	Nicolás Duba Av. 25 de Mayo 545 - (B7300FXF) - Tel. (02281) 43-2998 - Fax 43-0313
BAHÍA BLANCA	Alicia Elsa Cappelli Belgrano 252 - (B8000IJF) - Tels. (0291) 452-2953 / 453-9849 - Fax 454-5624
DOLORES	Maximina Zabala Buenos Aires 536 - (7100) - Tel. (02245) 44-7699 - Fax 44-3637
JUNÍN	Delia María Miranda General Paz 28 - (B6000FKB) - Tel. (0236) 443-2509 - Fax 443-3799
LA PLATA	Emilio Eduardo Ballina Benites Calle 48 N° 716 - (B1900AND) - Tel. (0221) 482-9601 - Fax 483-5484
LOMAS DE ZAMORA	Federico José Rodríguez Acuña Avda. Meeks 420 - (B1832DEJ) - Tels. (011) 4244-1453 / 6403 / 6408 - Fax 4292-3359
MAR DEL PLATA	Leandro Horacio Atkinson Avda. Independencia 2190 - (B7600DIR) - Tel. / Fax (0223) 493-6612 / 495-3649
MERCEDES	Miguel Ángel Queirolo Calle 18 N° 730 e/ 29 y 31 - (B6600HJT) - Tel. (02324) 42-4738 - Fax 42-7480
MORÓN	Diego Daniel de San Pablo San Martín 283 - (B1708IHE) - Tel. / Fax (011) 4629-8658 / 4628-8243 / 4627-5093
NECOCHEA	María Nélide Dómina Calle 60 N° 2664 - (B7630CMH) - Tel. (02262) 43-1482 - Fax 42-5385
NUEVE DE JULIO	Abel José Camiletti Avda. Libertad 836 - (B6500EUV) - Tel. (02317) 42-2123 - Fax 42-4138
PERGAMINO	Rubén Santiago Stradiot Leandro N. Alem 623 - (B2700LHM) - Tel. (02477) 42-3971
SAN ISIDRO	Pablo Augusto Villola Chacabuco 484 - (B1642CHF) - Tels. (011) 4743-2052 / 3629 - Fax 4732-0862
SAN MARTÍN	Carlos María Morello Calle 91 (San Martín) N° 1834 - (B1650BEF) - Tels. / Fax (011) 4752-6132 4713-0333 / 4755-5630
SAN NICOLÁS	Ramiro María Flores Calle de la Nación 219 - (B2900AAE) - Tel. (0336) 442-5821 - Fax 442-4522
TANDIL	Pedro Abel Ilarregui Gral. Martín Rodríguez 453 - (B7000AOI) - Tel. (0249) 442-5734 - Fax 444-3422
TRENQUE LAUQUEN	María del Rosario Paso Avda. Leandro N. Alem 172 (B6400BBO) - Tel. (02392) 42-2105 - Fax 42-5970

Áreas y Comisiones Asesoras

PRESIDENCIA / *Jorge Alberto Mateo*

Comisión de Imprenta

Presidente: Alejandro Omar Etchart.

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

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

Comisión de Jornadas Notariales Deportivas y de Recreación

Presidente: Diego Daniel de San Pablo.

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

Taller de Producción Gráfica

Consejo Federal del Notariado Argentino

Unidad de Información Financiera (UIF)

VICEPRESIDENCIA 1º / *Malvina Julia Zalabardo*

Comisión de Bibliotecas

Presidente: Nora Mabel Georgieff.

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

Biblioteca "Dalmacio Vélez Sarsfield"

Centro Institucional de Mediación

Departamento de Registros Especiales

Asesoría Notarial Personalizada

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

Fundación Editora Notarial

Revista Notarial

Universidad Notarial Argentina

VICEPRESIDENCIA 2º / *Alberto Oscar Fernández*

Comisión de Bancos

Presidente: Fernando De Salas.

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

Archivo de Actuaciones Notariales

Departamento de Inspección General

Inspectores de Regularización Dominial

Comisión de Regularización Dominial

Presidente: Marcela M. Voisovich.

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

Oficina de Regularización Dominial y Vivienda Social

Tribunal de Regularización Dominial

Seguros

SECRETARÍA DE GOBIERNO / *Marcelo Néstor Falbo*

Comisión de Asuntos Fiscales y Municipales

Presidente: Javier Hernan Moreyra.

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

Comisión de Concursos

Presidente: Raúl Félix Martínez.

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

Comisión de Enlace con Arba

Presidente: Mirta Gladys Negrelli.

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

Comisión de Enlace con el Registro de la Propiedad

Presidente: Zulma A. Dodda.

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

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

Comisión de Autoprotección

Presidente: Marcela Viviana Spina.

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

Comisión de Enlace con la Dirección Provincial de Personas Jurídicas

Presidente: Elina Inés Carreira.

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

Comisión de Informática

Presidente: Martín Cabona.

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

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

Asesoría Tributaria

Oficina de Concursos

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

Comisión de Legislación y Jurisprudencia

Presidente: María Luján Alejandra Lalanne.

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

Comisión de Vivienda Social y Trabajo Oficial

Presidente: Karen Maína Weiss.

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

Convenio con la Fundación Æquitas

Personas Jurídicas

SECRETARÍA DE ASUNTOS PREVISIONALES / *Juan Esteban Fal*

Comisión de Atención de la Salud

Presidente: Ramiro María Flores.

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

Comisión de Jubilaciones y Subsidios

Presidente: Eduardo Mario de Jesús Rivarola.

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

Comisión de Perfeccionamiento Previsional

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

Comisión de Préstamos y Turismo

Presidente: Juan Pedro Calou.

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

División Atención de la Salud

División Jubilaciones y Subsidios

División Préstamos y Turismo

SECRETARÍA DE APORTES / *Martín Ariel Ferrari Riganti*

Comisión de Aportes

Presidente: Eduardo José Bras.

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

Comisión de Interpretación de Arancel y Facturaciones Notariales

Presidente: María de los Ángeles Pablos.

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

Asesoría de Aportes

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

Comisión de Congresos, Jornadas y Encuentros

Presidente: Julieta Ema Oriol.

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

Comisión de Comunicaciones

Presidente: Federico José Rodríguez Acuña.

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

Comisión de Extensión Cultural

Presidente: Kelina Dinot López.

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

Boletín Informativo

Directora: Patricia Elena Trautman.

Colaborador: Emilio Eduardo Ballina Benites.

Sistema Orgánico de Información Notarial (SOIN)

Directora: Adriana Copes.

Subdirectora: Patricia Elena Trautman.

SECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN / *Esteban Rafael Tisnés*

Comisión de Personal y Administración

Presidente: Pablo Héctor Morrone.

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

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

Departamento de Recursos Humanos

TESORERÍA / *Leopoldo Bernard*

Comisión Especial Registral

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

Comisión de Finanzas

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

Comisión de Edificios

Presidente: Juan Manuel Área.

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

Auditoría externa

Bancos / Inversiones

PROTESORERÍA / *Fernando Gabriel Sánchez*

Comisión de Hacienda

Presidente: Fernando Gabriel Sánchez.

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

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

Organismos Notariales

ARCHIVO DE ACTUACIONES NOTARIALES

Jefe: Magdalena Isabel M. Rojo

CENTRO INSTITUCIONAL DE MEDIACIÓN

Directora: Nilda Cecilia Saling

Secretaria: Graciela Sanmarco

Tesorera: Norma E. Ciuro de Castello

CENTRO NACIONAL DE NÓMINA DE ESCRIBANOS Y DE ANOTACIÓN DE SANCIONES

Directora: Marta Raquel López

DEPARTAMENTO DE REGISTROS ESPECIALES

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

Directora: Marta Raquel López

Subdirectora: Claudia Maceroni

DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN GENERAL

Inspectora General interina:

Olga Haydée Arreseygor

Cuerpo de inspectores:

Beatriz Mercedes Albizuri, Juan

Pablo Alegre, Ana María Bucciarelli,

Carlota Caracciolo, María Cristina Ca-

talano, Francisco Alejo R. Domínguez

Journet, Silvia Elena Doratti, Fed-

erico Ricardo Gastaldi, Silvia Liliana

Kühne, Oscar Rodolfo Leggeri, María

Antonia Maggi, Hilda Julia Manzanal,
Luis Alberto Milani, Virginia Milani,
Horacio Tiburcio Molina, Ana María
Oneto, María Teresa Pellegrini,
Haydeé Teresa Pietrangeli, Jorge Al-
berto Pollono, Martha Susana Torre y
Gladys Edith Verzeri.

FUNDACIÓN EDITORA NOTARIAL

Comité Ejecutivo

Presidente:

Jorge Alberto Mateo

Vicepresidente y Directora Ejecutiva:

Malvina Julia Zalabardo

Secretario:

Marcelo E. Pérez Consentino

Tesorero:

Fernando Gabriel Sánchez

Vocales:

María del Pilar Llorens Rocha y

Eduardo Gabriel Clusellas

TRIBUNAL ESPECIAL DE CONTROL DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS RNRD

Miembros Titulares:

Osmar Ariel Pacho

Silvia Marcolín de Raimondi

María del Rosario Paso

Miembros Subrogantes:

Luis Felipe Basanta

Silvia Nelly Fernández de Ayán

Universidad Notarial Argentina



CONSEJO DIRECTIVO

Rectora

Cristina N. Armella

Vicerrectora

Adriana N. Abella

Secretaria

Malvina Julia Zalabardo

Prosecretario

Jorge Raúl Causse

Tesorero

Leopoldo Bernard

Vocales

Norberto R. Benseñor

Alejandro D. Míguez

Consejo Consultivo Honorario

Augusto Mallo Rivas

Néstor O. Pérez Lozano

Guardasellos

Jorge F. Dumón

Doctores Honoris Causa

Rafael Núñez Lagos (†)

José María Mustapich (†)

Carlos Alberto Pelosi (†)

Juan Vallet de Goytisolo (†)

Aquiles Yorio (†)

Alberto Villalba Welsh (†)

Carlos Cossio (†)

Ángel Martínez Sarrión (†)

Mauro Cappelletti (†)

Manuel Fraga Iribarne (†)

Augusto Mario Morello (†)

Eduardo M. Favier Dubois (P) (†)

Jorge Horacio Alterini

Luis Moisset de Espanés

Sedes:

Avda. 51 N° 435

(B1900AVI) La Plata

Calle Guido 1841

(C1119AAA) Buenos Aires

UNA - INSTITUTOS Y DIRECTORES

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

UNA - DELEGACIONES PROVINCIA DE BUENOS AIRES

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

UNA - DELEGACIONES

CATAMARCA

María Belén Saadi Brizuela
Prado 337 - (4700) Catamarca

CÓRDOBA

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

CORRIENTES

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

CHACO

Marta Bonfanti
Av. Italia 123 - (3500) Resistencia

CHUBUT

Marcelo Luis Lizurume
Edison 475 - (9100) Trelew

ENTRE RÍOS

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

FORMOSA

Jorge Salvador Cuño
Padre Patiño 812 - (3600) Formosa

JUJUY

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

LA PAMPA

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

LA RIOJA

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

MENDOZA

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

MISIONES

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

NEUQUÉN

Ana Elsa Longo
Santa Fe 155 - (8300) Neuquén

RÍO NEGRO

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

ROSARIO

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

SALTA

Alicia E. Karanicolas
Mitre 384 - (4400) Salta

SAN JUAN

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

SAN LUIS

Fabiana Giovannini
Rivadavia 374 - (5700) San Luis

SANTA CRUZ

Norma Beatriz Abuin
Tucumán 52 - (9400) Río Gallegos

SANTA FE (1ra. Circunscripción)

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

SANTIAGO DEL ESTERO

Gustavo E. Yocca
Tucumán 393 - (4200) Santiago del Estero

TUCUMÁN

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

Organismos con sede en el Colegio

TRIBUNAL NOTARIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Período 2014 - 2016

Presidente:

Mirta Clara Bercovich

Miembros Titulares:

Elsa Susana Turdó de Das Neves Vargues

Alicia Rosa Maida de Vaccaro

Miembros Subrogantes:

María Cristina Iglesias

María del Carmen Ayarra

Víctor Adrián Stankievich

ASOCIACIÓN DE JUBILADOS Y PENSIONADOS NOTARIALES

Presidente: Adelina Consentino

Vicepresidente: Carlos Martín Queirel

Secretaria: Amelia Teresita Pérez Amendolara

Prosecretario: Juan Carlos Placente

Tesorero: Héctor Arsenio De Nardo

Protesorera: Raquel Norma Rodríguez

Vocales titulares: Dora Rosa Mc Britton,

Alicia Mabel Dentone, Ángel Guerrero y

Juana Francisca del Pino

Suplentes: Nancy Soria, María de los

Ángeles González, Graciela Ruspil y Lucía Seminara

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

Suplentes: Isabel Haydée Pepa y Leyla Palumbo

REVISTA NOTARIAL ES MIEMBRO DE LA ASOCIACIÓN DE LA PRENSA TÉCNICA ARGENTINA

Distinciones recibidas:

Accésit al Premio APTA - RIZZUTO año 1967 en la Categoría Revistas Especializadas

Premio APTA - RIZZUTO año 1974 a la Mejor Publicación Científica Argentina

Premio APTA - RIZZUTO año 1995 a la Trayectoria en la Categoría Publicaciones Científicas

Segundo Accésit al Premio APTA - RIZZUTO año 1999 en la Categoría Publicaciones Científicas

Premio APTA - RIZZUTO año 2004 en Reconocimiento a la Trayectoria por sus 110 años de aparición ininterrumpida al servicio del periodismo especializado

Primer Accésit APTA - RIZZUTO año 2008 en la Categoría Revistas pertenecientes a Instituciones

Segundo Accésit APTA-RIZZUTO año 2012 en la Categoría Tapas

Sumario 978

septiembre - diciembre 2014

EDITORIAL	Hacia adelante... <i>Elvira Martha Yorio</i>	653
	Recuerdos y agradecimientos <i>Zulma A. Dodda</i>	657
DOCTRINA	Protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación <i>Adriana N. Abella</i>	661
	Régimen patrimonial del matrimonio y de la unión convivencial <i>Néstor Daniel Lamber</i>	683
	Apuntes para la práctica notarial acerca del Libro Primero, Título I, del Código Civil y Comercial <i>Alicia Beatriz Rajmil</i> <i>Luis Rogelio Llorens</i>	719
	Hipotecas. Especialidad en cuanto al crédito. Interpretación del monto en la extensión de la garantía <i>Rubén Augusto Lamber</i>	755

	Moneda de curso legal y extranjera	777
	<i>Rubén Augusto Lamber</i>	
	La donación con transmisión de dominio y entrega de posesión aplazadas	797
	<i>Gastón R. di Castelnuovo</i>	
	<i>Luis Rogelio Llorens</i>	
CONGRESOS Y JORNADAS	Cambio de ley aplicable al régimen patrimonial del matrimonio	809
	<i>Rodolfo Vizcarra</i>	
	La sociedad anónima unipersonal en la ley general de sociedades	823
	<i>Gabriela Gullo</i>	
	<i>Matías Lamonega</i>	
	Derechos reales de garantía en moneda extranjera	837
	<i>Andrés Martínez (h)</i>	
	Gestación por sustitución	849
	<i>Horacio Teitelbaum</i>	

No discriminen mi título II <i>María Silvana Fiorentino</i>	863
La adquisición legal del derecho real del subadquirente de buena fe y la trascendencia del estudio de títulos <i>Karina Vanesa Salierno</i>	877
El artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación <i>Mariela Gatti</i>	895
Un nuevo derecho real sale a la superficie <i>Elda Fernández Cossini</i> <i>Mariana Hefling</i> <i>Bárbara Ríos</i> <i>Gonzalo Matías Vásquez</i>	909
Las técnicas de fecundación humana asistida como fuente de la filiación <i>Marcela Viviana Spina</i>	923

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

ISSN 0325-4607

Hacia adelante...

*Elvira Martha Yorio
Directora de Revista Notarial entre 1972 y 1983*

Esta página, que constituye el pórtico de Revista Notarial, fue durante diez años y a través de sesenta ejemplares, un extraordinario medio de comunicación con los lectores. Creó vínculos, algunos visibles, otros que no llegaron a serlo pero tuvieron igualmente un profundo significado (tal como lo describiera magistralmente Whitman, que entablaba con sus potenciales lectores conexiones tan reales como las que tenía con quienes llegaba a conocer). Quizás por eso cada entrega de la revista suponía de nuestra parte una fenomenal expectativa. ¿Podría satisfacer las necesidades de información que los notarios requerían en ese momento? ¿Cumpliría con las aspiraciones de quienes dirigían el Colegio en cuanto a formación profesional de los colegiados? ¿Conservaría el destacado sitio que ocupaba hasta entonces entre las publicaciones jurídicas? ¿Proporcionaría a los estudiosos del derecho un adecuado material de consulta? ¿Continuaría ofreciendo temas de actualidad útiles para la reflexión? ¿Contribuiría, como siempre lo había hecho, al fortalecimiento de la ética y demás valores paradigmáticos del notariado bonaerense? Esos y otros interrogantes se renovaban cada dos meses, ante la inminente aparición del “próximo número” como aludíamos a cada revista antes de su publicación.

¡Cuántos puentes se establecieron en esos años! Recibimos atinadas observaciones que mucho ayudaron para mejorar la labor emprendida. Y también el generoso aliento de tantos que acompañaron nuestra gestión contribuyendo con propuestas útiles e innovadoras. No sólo escribanos de la provincia, sino profesionales del derecho provenientes de todo el país y también del extranjero. Ello se tradujo en un flujo invaluable de aportes para nuestra publicación, que la enriquecieron y mantuvieron su bien ganado prestigio. Así, entre los juristas que la honraron, estuvieron los más destacados especialistas en notariado, como Pelosi, Pondé, Etchegaray, Villalba Welsh, Solari, Gutiérrez Zaldívar, González, Falbo, Gattari y otros. Especialistas en derecho privado de la talla de Bidart Campos, Molinario, Trigo Represas, Moisset de Espanés, Smith, Borda, Greco, Zannoni, Compagnucci, Llambías, Morello, Berizonce, Bendersky y

Editorial

muchos más. Y también autores extranjeros entre los que podemos nombrar a Chico Ortiz y Vázquez Bote (España), Silva Alonso y Livio Lezcano (Paraguay), Pérez Montero y Julio Bardallo (Uruguay), André Cossette (Canadá), López Legazpi (México), López Moncrieff (Guatemala), Bernardo Hojman Pezoa (Chile), Edouard Martin (Francia), Gaete González (Chile), entre otros. Todos ellos ilustraron sus páginas con la incomparable calidad de sus aportes, plasmaron doctrinas de gran predicamento y fueron protagonistas en la evolución de la ciencia jurídica, pues muchas de sus propuestas tuvieron recepción legislativa.

Todo ello hizo posible que en 1974 fuera distinguida con el máximo galardón que APTA y la Fundación Rizzuto confieren anualmente a las mejores revistas de cada género. En ese caso, la categoría científica, cuyas competidoras fueron no sólo revistas jurídicas, sino especializadas en medicina, ingeniería, biología, etc., de todo el país. Fue un gran reconocimiento que nos alentó a continuar trabajando cada vez con más pasión.

Debemos destacar que, desde el comienzo de nuestra gestión, contamos con la eficaz colaboración de un pequeño gran equipo que se desempeñó con idéntico fervor. Nos referimos a Juan Carlos Sarubo, Carlos Caylá y Susana Ríos, cuya excelencia profesional y humana nos acompañó y facilitó en todo momento una labor que, como ocurre en toda obra cultural, no estuvo exenta de dificultades.

A través de la revista se acrecentaron relaciones con otras instituciones dedicadas a la cultura, con las que pudimos implementar memorables emprendimientos.

Con la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, y su Instituto de Cultura Jurídica se llevó a cabo el Simposio sobre Teoría General del Derecho, que tuvo gran repercusión en los foros universitarios, lo que se tradujo en una asistencia que colmó el salón de actos del Colegio. Se extendió a lo largo de tres meses, con la participación como disertantes de un selecto grupo de catedráticos de esa casa de altos estudios, cuyas exposiciones se publicaron luego en una edición especial (la N° 953). También fue muy exitoso un ciclo de conferencias sobre filosofía del derecho, que tuvo como disertantes a Carlos Cossio, Juan Carlos Smith, Eugenio Buligyn, Miguel Angel Espeche Gil y Abel Arístegui, durante seis martes consecutivos.

Además la revista se hizo presente en casi todas las delegaciones con disertaciones y charlas sobre temas jurídicos cuya actualidad imponía la necesidad de análisis y debate. Por ejemplo, las disertaciones sobre divorcio, previas a su tratamiento legislativo, a cargo del profesor Dr. Smith y paneles interdisciplinarios integrados por profesionales invitados por las autoridades locales, con nuestra coordinación. O bien, charlas sobre “poderes irrevocables”,

“relaciones patrimoniales de los cónyuges” u otros temas sugeridos por las propias delegaciones, en algunas oportunidades con posterioridad a una reforma legislativa que planteaba interrogantes y dudas entre los notarios.

Con el Colegio de Abogados y su reconocida revista se organizaron las III Jornadas Nacionales de Revistas Jurídicas que se realizaron en dicha institución y en la sede central de la nuestra, y contaron con el auspicio de la Asociación de la Prensa Jurídica Argentina.

Otras manifestaciones de la cultura tuvieron cabida en nuestra programación, entre las que destacamos a la entrega anual de los premios instituidos por Revista Notarial, que amplió la concesión de tal galardón a obras de “Autores extranjeros” y de “Autores noveles”.

Y volvemos al comienzo de estas deshilvanadas evocaciones: el prefacio que constituyó vehículo de acercamiento con los lectores. Muy diversos fueron los temas abordados en esas breves notas: cuestiones ligadas de un modo u otro a la función notarial, a los aspectos institucionales que la enmarcan (y a la vez la condicionan), y también cuestiones propias del ejercicio profesional que afectaban al notariado como cuerpo. Así expresamos nuestra inquietud ante los avances del poder administrador de turno sobre el notariado, ya sea para quitar incumbencias o menguarlas bajo el pretexto de “abatar” costos, aunque fuera en desmedro de la seguridad jurídica. Hablamos acerca de la necesidad de ofrecer a la comunidad una imagen acorde con su alcurnia institucional mediante la preservación de la ética como valor fundacional del ejercicio notarial. Criticamos normas jurídicas inconsultas (verbigracia, la llamada ley de catastro) no sólo por su contenido sino por su forma, impuesta a través de un decreto; resultado de reflexiones personales que, sin proponérselo, excedieron la consideración de temas estrictamente jurídicos para incursionar en otros, a los cuales llegamos ante el golpe de la realidad.

No pudimos silenciar nuestra opinión y, desde ese lugar, nos referimos por ejemplo a la independencia del poder judicial. O cuando se produjo la pretendida “recuperación” de las Islas Malvinas, expresamos nuestra desaprobación. Eran tiempos difíciles en los que el temor a las represalias acallaba muchas voces. Por eso, apreciamos la plena libertad de opinión que ejercimos sin cortapisas de ninguna índole durante diez años de ininterrumpida gestión. Razón por la cual reiteramos el más profundo agradecimiento a quienes condujeron los destinos de una institución colegial cuya inveterada tradición de pluralismo ideológico, siempre constituyó un indoblegable ejemplo republicano.

¡Qué curioso! Hace más de cuarenta años consideramos que esos serían temas de interés para los notarios y hoy advertimos que aun no han quedado totalmente resueltos ni han perdido vigencia. El notariado continuará ocupándose de ellos.

Editorial

Sólo nos resta expresar nuestro beneplácito al comprobar que tanto esta publicación como el Colegio y la Universidad Notarial, instituciones en las que tuvimos el honor de trabajar hace más de treinta años, continúan avanzando por el camino que marcaron los insignes notarios que las crearon. Los valores éticos, el progreso profesional con base en la capacitación y el permanente anhelo de superación constituirán siempre los pilares de su grandeza. Como en nuestro primer editorial, volvemos a decir: ¡Hacia adelante!

Recuerdos y agradecimientos

Zulma A. Dodda

Directora de Revista Notarial entre 1987 y 2006

En el año 1982, el querido y admirado colega Claudio Solari del Valle, al asumir la dirección de Revista Notarial, resolvió dotarla de una estructura de trabajo que continúa hasta el día de hoy, conformando un equipo que se denominó Comité de redacción.

Invitada a participar, me incorporé a aquel grupo de amigos, llenos de inquietudes intelectuales y con un objetivo común: mantener el enorme prestigio alcanzado con justicia por el órgano doctrinario oficial de nuestro Colegio, que ostenta nada menos que la condición de Decana de América entre las publicaciones científicas de su tipo.

Esta iniciativa dotó a la publicación de una mirada enriquecida académicamente en la discusión y el intenso intercambio entre especialistas en distintas disciplinas vinculadas con nuestro quehacer profesional.

Trabajar en equipo, compartiendo y distribuyendo responsabilidades, es un desafío, que resultó exitoso.

El contenido de la Revista se dividió en secciones temáticas, con el objetivo de hacerla sensible a las inquietudes de todo el notariado. Cada integrante del Comité era responsable de una de ellas, y era un placer para nosotros el debate mensual sobre los temas a tratar, los trabajos seleccionados y la actualización de contenidos.

En esa época comenzó a publicarse en una sección especial, material editado originalmente 90 años antes, lo que además de constituir una nota de color para el colega contemporáneo, permite aún hoy apreciar la actualidad de algunos comentarios y la persistencia de algunas preocupaciones que ocupaban al cuerpo profesional o a la institución colegial.

Se interpretó que los destinatarios de nuestra labor se dividían en dos grandes grupos: quienes buscaban el trabajo de investigación, la bibliografía profunda, para poder abreviar en lo mejor de la ciencia jurídica; y aquellos que requerían de nuestra Revista la actualización de los aspectos prácticos de la profesión.

A los primeros se les ofreció el trabajo de autores notables de las distintas especialidades, con enfoques modernos y originales.

Para los segundos, se abundó en la publicación de consultas, trabajos correspondientes a los seminarios de la Academia del Notariado y a las síntesis de fallos de interés notarial.

De aquellos primeros comités de redacción conservo algunos de mis mejores amigos de la vida.

Esto fue el resultado de pensamientos compartidos, debates intensos a los que inevitablemente nos llevaban nuestro ímpetu y nuestra convicción, que terminaban con una broma o una sonrisa, aceptando la decisión de la mayoría, y una sensación de misión cumplida, cada vez que los colegas nos hacían saber que habían encontrado en las páginas de la Revista la información que necesitaban, tanto para la preparación de un trabajo doctrinario como para enfrentar un dilema de la actividad cotidiana.

Integré el Comité de redacción hasta el año 1987, cuando la infortunada desaparición física de Claudio Solari dejó un vacío que enfrentamos juntos.

No quiero dejar pasar esta oportunidad para delinear muy brevemente la estatura intelectual y humana de nuestro director de esos años.

Fue dueño de una inteligencia y una personalidad infrecuentes, que le permitieron imprimir un sello muy propio a la publicación.

Lo despedíamos en el número 895 con, entre otros, estos conceptos: "...queda su ejemplo, que nos urge y nos desafía; que nos incita a emularlo, si no en su capacidad, al menos en su voluntad".

Me tocó entonces la responsabilidad de asumir la dirección, que ejercí hasta el año 2006.

Durante esos años, cada editorial de la Revista expresaba un llamado de alerta acerca de temáticas que representaban y representan algunas de las piedras angulares de nuestra función, tanto a nivel individual como en tanto colectivo profesional: la capacitación permanente, que hoy adquiere relieves tan particulares ante la "revolución" que significa la reforma integral de la legislación civil y comercial nacional; la participación de todos en los asuntos de la institución (que son de todos); el respeto por la tradición y la mira puesta en el futuro; el sentido ético del abordaje de la profesión.

Es en uno de los aspectos mencionados que al Comité le cupo un papel trascendente: la capacitación.

Editorial

En una época en la que no contábamos formalmente con un cuerpo de asesores como el actual, y sus talleres abiertos de consultas, los integrantes del Comité de redacción recorrimos las delegaciones, integrando mesas redondas de consulta y debate que fueron muy bien recibidas por los colegas, los talleres de práctica notarial.

Debo mencionar como un hito importante que en 1994 nuestro equipo y toda la institución celebramos orgullosamente el centenario de la Revista con una serie de actos, actividades científicas, culturales, y la edición de tres números especiales, plenos de aportes de lo más granado del derecho. En los editoriales de esas ediciones se reflejaba el espíritu de la celebración de tan trascendente acontecimiento.

La enumeración de sólo algunos de aquellos destacadísimos autores es una muestra del éxito de aquella convocatoria: José María Chico y Ortiz; Aída Kemelmajer de Carlucci; Eduardo B. Pondé; Rubén Compagnucci de Caso; María Josefa Méndez Costa; Augusto Mario Morello; Félix A. Trigo Represas; Atilio Aníbal Alterini; Natalio Etchegaray; Luis Moisset de Espanés; Jorge Mosset Iturraspe.

Durante el período de mi actividad como directora, conté con la compañía de Juan Carlos Sarubo, colaborador imprescindible, comprometido con su tarea en el Colegio y con todos los notarios a los que nos tocó cumplir circunstancialmente alguna función institucional, pero con una vinculación muy especial con esta publicación, su Revista Notarial.

Juan Carlos estará siempre entre mis mejores recuerdos, con sus largos años de dedicación casi exclusiva, de un trabajo realizado con alegría y disfrutando de cada paso adelante o sufriendo los tropiezos naturales de cualquier gestión.

Hoy el Departamento Comunicaciones bajo la dirección de Domingo Martínez Conte, que ingresó al equipo de trabajo en el período que referenciamos, honra su ejemplo, apoyando la tarea de la dirección de la Revista con la misma pasión, desempeñándose con una eficiencia digna de destacar y siendo modelo a imitar desde lo profesional y desde lo humano.

Quiero cerrar estas líneas, motivadas por los saludables 120 años de Revista Notarial, con palabras de agradecimiento.

A todos aquellos que de una u otra manera colaboraron y fueron parte de la tarea durante el período en que ejercí la dirección.

A las autoridades del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires de aquellos años, que reiteradamente me confirmaron en ese cargo que me enorgullece haber ocupado.

A las actuales autoridades, por seguir apoyando al Director y a su Comité de redacción, manteniendo a nuestra Revista en un lugar de privilegio entre los servicios que presta la Institución.

Protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación

Adriana N. Abella

SUMARIO: 1. Protección de la vivienda. 1.1. Derecho a la vivienda y sobre la vivienda. 1.2. Protección de la "vivienda familiar" en el Código Civil y Comercial de la Nación. 2. Análisis del régimen de protección de la vivienda por el Código Civil y Comercial. 2.1. Afectación. Manifestación de voluntad del titular. 2.2. Inscripción de la afectación. 2.3. La habitación efectiva. 2.4. Subrogación real. 2.5. Acreedores: efectos de la afectación. 2.6. Frutos. 2.7. Créditos fiscales. 2.8. Honorarios. 2.9. Transmisión y constitución de gravamen de la vivienda afectada. 2.10. Legado o mejora testamentaria del inmueble afectado a vivienda. 2.11. Inmueble rural. 2.12. Deberes de la autoridad de aplicación. 2.13. Desafectación. 3. Conclusiones.

1. PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA

El Libro Primero, Título III, referido a los “Bienes”, en el Capítulo 3 regula el régimen de protección de la vivienda (arts. 244 al 256 CCyC).

La ley 26.994 deroga el régimen de *bien de familia* regulado en los arts. 34 a 50 de la ley 14.394.

1.1. Derecho a la vivienda y sobre la vivienda

El derecho a la vivienda es uno de los derechos fundamentales del hombre.

En los fundamentos de la comisión redactora del anteproyecto del código, se expresa: “El derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en tratados internacionales”.

El derecho a la vivienda integra el conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, reconocido por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, luego de la reforma del año 1957, que declara: “...la protección integral de la familia; (...) la defensa del bien de familia; (...) el acceso a una vivienda digna”. En igual sentido, la reforma constitucional de 1994 incorporó los instrumentos internacionales que receptan el derecho a la vivienda como uno de los derechos fundamentales en el desarrollo del hombre. Entre ellos, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN), incluyen este derecho las Declaraciones Internacionales de Derechos del Hombre: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, París, 1948 (arts. 16 a 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, 1969; el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, Nueva York, 1966; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Nueva York, 1967 (art. 5º); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer aprobada por resolución Nº 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas y ratificada por la ley 23.179 de 1985 (art. 3º); la Convención de los Derechos del Niño (art. 27, inc. 3); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26).

No existe duda de que la vivienda tiene un valor superior para el individuo, para desenvolverse como persona dentro de una sociedad, y por ello no sólo es fundamental el derecho a la vivienda sino el derecho sobre la vivienda y su necesaria protección¹.

1 Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar”, en *Protección Jurídica de la persona*, Homenaje al Dr. Julio

En órbitas específicas de aplicación, distintas leyes han creado sistemas especiales de protección de la vivienda habitada por una persona y su familia, o del predio destinado a la explotación familiar. Así en el orden nacional, las leyes 11.157/45 y 21.771/78; la ley 23.091/84, y la ley 22.232 que regula la inembargabilidad de los inmuebles gravados a favor del Banco Hipotecario por préstamos otorgados para única vivienda propia hasta los montos que determina la reglamentación, mientras el inmueble conserve el destino originario.

Por su parte, las constituciones y leyes provinciales² hacen mención expresa a la defensa y protección de la familia, y a la tutela especial de la vivienda. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece que se promoverá el acceso a la vivienda única y la constitución del asiento del hogar como bien de familia (art. 36.7); la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reconoce el derecho a la vivienda digna (art. 31). En sentido similar se expresan sobre la protección del bien de familia las de San Juan (art. 59), Salta (art. 37), Santa Fe (art. 21), Córdoba, La Rioja, Santa Cruz y Santiago del Estero.

Regímenes especiales se superponen con el nacional de bien de familia regulado por la ley 14.394, arts. 34 a 50, derogada por la ley 26.994.

Y si bien se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que la ley de bien de familia era insuficiente para abarcar las cuestiones en conflicto, la realidad muestra que sus imprecisiones y lagunas han sido cubiertas eficazmente por la abundante bibliografía autoral. Es que las normas locales que pretenden crear un privilegio de inejecutabilidad de la vivienda son inconstitucionales por ser materia propia de la Nación (art. 75, inc. 12), y producen disvaliosos resultados finales³.

César Rivera, *La Ley 2010*, pág. 244 y sgts.; *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995; Mariani de Vidal, Marina. *Derechos Reales*, Tomo 2, Zavalía, Buenos Aires, 2010, pág. 113; Fazio de Bello, Marta y Martínez Nory, B. "Protección de la vivienda en el Proyecto de Código", *La Ley* 2013-A, 658; Abella, Adriana N.; colaborador Sabene, Sebastián; y Regis, Ariel. *Código Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado*, dir. Eduardo G. Clusellas, Astrea-Fen, Buenos Aires, 2015, comentario a los arts. 244 a 256.

2 Ver la ley N° 8067/1991 de la provincia de Córdoba; la ley N° 6317/1996 de la provincia de Santiago del Estero; la ley N° 1334/2000 de la provincia de Formosa; las leyes N° 5052/2002 y Ley N° 9543/2004 de la provincia de Chaco; y la ley N° 14.432 de la provincia de Buenos Aires.

3 Ver LLOVERAS, Nora. "La protección constitucional de la vivienda familiar", con algunas acotaciones, LL, 1993-E-812; Medina, Graciela. "Protección constitucional de la vivienda familiar con especial referencia a las modernas constituciones provinciales", *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, 1992-7, 35; Barrera Buteler, Guillermo E. "La ley 8067 de inembargabilidad de la vivienda única es inconstitucional", LLC, 1994,

La jurisprudencia resolvió la inconstitucionalidad de las disposiciones locales *que modifican el sistema voluntario nacional de afectación del bien de familia*. La Corte federal decidió -por mayoría- que: "...corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 58 de la Constitución de Córdoba y la ley local 8067 pues determinar qué bienes del deudor están sujetos al poder de agresión patrimonial del acreedor -y cuáles no- es materia de la legislación común, y, como tal, prerrogativa única del Congreso Nacional, *por lo que no corresponde que las provincias incursionen en ese ámbito, pues ese poder ha sido delegado por ellas a la Nación al sancionarse la Constitución*" (conf. CSJN 19/03/2002, "Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini", fallos 325-428). Y agregó que el tema no constituye una cuestión propia de la seguridad social sino del derecho sustancial y que: "...*las relaciones entre acreedor y deudor sólo pueden ser objeto de la exclusiva legislación del Congreso de la Nación, en virtud de la delegación contenida en el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional*. Ello alcanza a la forma y modalidades propias de la ejecución de los bienes del deudor", conf. Tribunal y causa citados *supra*, del 19/03/2002 en fallos 325-428⁴.

781; Olcese, Juan María y Barrera Buteler, Guillermo Eduardo. "La protección a la vivienda única en la Constitución cordobesa de 1987 afecta al orden constitucional de la Nación", JA, 1992-IV-925.

- 4 Esa doctrina fue reiterada posteriormente conf. CSJN, 23-06-2009, "Romero, Carlos c/ Andrés Fabián Lema s/ desalojo", Fallos 332-1488. Fallos de tribunales provinciales resolvieron: Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba con referencia a la cláusula constitucional provincial en el art. 58 que establece: "...la vivienda única es inembargable en las condiciones que fija la ley (...) que la norma era pragmática y no operativa, siendo menester su reglamentación legal..."; y que: "El derecho a la inembargabilidad de la vivienda única sólo puede ejercitarse en el marco de los actuales regímenes legales, que no es otro que la ley 6074, regulatoria de la constitución de bien de familia, instituto de raigambre nacional (ley 14.394), por lo que si el propietario *no acredita la afectación de la vivienda a dicho régimen*, o que la deuda sea posterior a la inscripción como tal, el beneficio no puede ser invocado"; Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, 9/8/1991, "Gutiérrez de López", y Tribunal Superior, sala Civil y Comercial 8/8/1989, "Molina, Florinda". En otro fallo la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe, en la causa "Caballo de Troya c/ Aguilar, Héctor Fabián Oscar s/ejecutivo, incidente de levantamiento de embargo", confirmó la inconstitucionalidad de una ley -en el caso, la 9543 de la provincia de Entre Ríos- que lo consideró inscripto de pleno derecho como bien de familia. Sanción de invalidez que en relación a esa misma normativa ya había sido declarada por la Cámara de Apelaciones de Concordia, sala Civil y Comercial I, en "S.A. Club del Este c/ Navas, Alberto Serafín" al decir: "...regula sobre las relaciones entre deudores y acreedores porque determina qué bienes -vivienda única- no pueden ser atacados por estos para satisfacer sus acreencias, pero, además, establece pautas que se contraponen en forma clara con la ley 14.394. En efecto, repárese que mientras ésta exige la inscripción registral, fijando los requisitos y el procedimiento a seguir, aquélla prescinde de todo trámite y modifica la fecha a partir de la cual operan los efectos del régimen (comparar los arts. 1º, 2º y 3º de la ley 9543 con los arts. 34, 35, 36, 38, 42,

En la provincia de Buenos Aires, la ley 14.432 *tiene por objeto la protección de la vivienda única y de ocupación permanente de todo inmueble ubicado en la provincia de Buenos Aires que cumpla con ese destino, y constituya el único inmueble del titular, y guarde relativa y razonable proporción entre la capacidad habitacional y el grupo familiar, si existiere, conforme los parámetros que determina la reglamentación*. Las garantías propiciadas por esta ley benefician al *grupo familiar del titular de la vivienda*, aun en el caso de fallecimiento de aquel, siempre que estos habiten la vivienda con carácter permanente. Se entenderá por grupo familiar al *originado en el matrimonio o en las uniones de hecho incluyendo a los ascendientes y descendientes directos de alguno de ellos*. El inmueble es inembargable e inejecutable, salvo en caso de renuncia expresa del titular, lo que hace *necesaria la renuncia formulada por escrito, con la firma refrendada por autoridad pública*. El renunciante debe ser informado cabalmente sobre los alcances de su acto y en caso de *que fuere casado o conviviente, se requerirá el consentimiento de su cónyuge o conviviente mediante su firma (art. 9º, último párrafo de la ley 14.432)* ⁵. La jurisprudencia resolvió que: “... toda vez que la ley 14.432 invadió esferas propias de la legislación nacional y de derecho común (arts. 75, inc. 22, y 126 Constitución Nacional), que esa misma materia está regulada en la mentada ley 14.394 y que constituye una

sgts. y conc. de la ley 14.394), lo que descarta que la normativa provincial solamente establezca consideraciones procesales o técnico registrales, como sostiene el recurrente en sus agravios. Y todo ello, conforme doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, importa incursionar en una materia de exclusiva competencia legisferante del Congreso Nacional, razón por la cual no puede invocarse válidamente pues contraría derechos y garantías acordados por la ley civil, violentando los arts. 31 y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional. Fallo del 01/03/2011 publicado en: LLLitoral, 2011, junio, 563, sentencia del 07/03/2012 publicada en LLLitoral, 2012 septiembre, 863. El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de La Pampa, al revocar un levantamiento de embargo ordenado sobre una vivienda única con único sustento en el derecho constitucional de acceso a una vivienda digna, y señaló: “...a modo de síntesis de lo expuesto, si de la garantía constitucional de acceso a una vivienda digna no se puede derivar, directa y necesariamente, una cláusula de inembargabilidad, puesto que poseer el derecho a vivir en un espacio decoroso, no implica forzosamente la conservación del dominio sobre ese inmueble, tampoco se justifica sustraer ese bien a la prenda común de los acreedores; y si ese derecho, en realidad es una directiva programática a fin de que el Estado brinde las condiciones y los medios para acceder a una vivienda apropiada, se necesita de una ley para hacerla operativa, lo cual es prerrogativa única del Congreso Nacional y, consecuentemente, cuestión excluida al Poder Judicial”, “Tosone, Patricia c/ Steffanazzi, Raúl y otro”, 28/7/2008, LLPatagonia, 2008, 12.561.

- 5 Según el art. 5º no será oponible la inembargabilidad respecto de deudas originadas en: “a) Obligaciones alimentarias. b) El precio de compraventa, construcción y/o mejoras de la vivienda. c) Impuestos, tasas, contribuciones, expensas que graven directamente la vivienda. d) Obligaciones con garantía real sobre el inmueble y que hubiere sido constituida a los efectos de la adquisición, construcción o mejoras de la vivienda única”.

razonable reglamentación de la protección de la vivienda familiar, la ley local impugnada 14.432 resulta contraria a la Constitución Nacional (art. 31 C.N.) (...) resultando claramente del texto de ambas normas (ley nacional 14.394 y ley provincial 14.432) la identidad de la materia legislada, cabe concluir en la inconstitucionalidad de la norma local porque aborda una materia delegada por las provincias a la Nación, y propia de la legislación de derecho común que es nacional (art. 75, inc. 22, y 126 Constitución Nacional) (...) corresponde confirmar la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley local 14.432 porque la garantía de la vivienda familiar es una cuestión de competencia del Congreso de la Nación y no de las legislaturas locales (art. 36, inc. 7 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 14 bis; 31; 75; inc. 22; 126 y conc. de la Constitución Nacional)⁶. En otro fallo se resolvió: "...que la ley 'trasgrede la delegación de ciertas facultades al Estado Nacional, por lo que en la medida en que una ley del Congreso Nacional no modifique el Código Civil o derogue o modifique la ley 14.394 -que regula el bien de familia- la inembargabilidad e inejecutabilidad debe ser juzgada entonces conforme a sus prescripciones. Ello no implica que las provincias no puedan mejorar derechos individuales y colectivos previstos en la CN, pero de manera alguna supone que al obligarse constitucionalmente a brindar una vivienda digna a todos sus habitantes lo hagan en desmedro de los legítimos derechos de otros ciudadanos y de las normas dictadas por el órgano federal competente. Por lo tanto impedir entonces a un legítimo acreedor embargar y ejecutar un bien del patrimonio de su deudor implica un menoscabo de su derecho de propiedad'"⁷.

6 Fallo "Goñi, Hugo H. c/ Coria Sergio Daniel s/Cobro Ejecutivo", Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Azul, a los 23/9/2014.

7 CNCom., Sala A, el 20/12/2013 "Cao, López Aurora c/ Vicente, Oscar y otro s/ Ejecutivo", <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar>, ficha 000065207. En otro fallo "...declaro su inconstitucionalidad, pues se trata de una cuestión de fondo o de derecho común que se encuentra delegada en los términos del art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional. En la medida, que el sistema de inembargabilidad e inejecutabilidad 'automática' o de inmunidad de la vivienda única que prevé la ley 14.432 de la provincia de Buenos Aires difiere del 'voluntario' contenido en la ley nacional de bien de familia, y que esta a su vez, cumple con los estándares de la Carta Magna y de los instrumentos internacionales, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma provincial. La garantía del art. 14 bis de la Constitución Nacional importa una obligación de fuente constitucional y convencional consistente en desarrollar políticas públicas que posibiliten el acceso a la vivienda digna, pero de ella no se puede inferir la necesidad de que su inembargabilidad o inejecutabilidad sea automática". Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, "Rabaza, Luis Francisco c/ Cooperativa de Trabajo ALFIN de Mar Ltda. y otro s/ cobro ejecutivo de alquileres", 24/09/2013, La Ley 2014-A, 323; en igual sentido "Banco Francés S.A. c/ Ullua, María Celia s/ ejecución", 31/10/2013, LLBA, 2014 (abril), 335; Excelentísima Cámara de

1.2. Protección de la “vivienda familiar” en el Código Civil y Comercial de la Nación

Como dijimos, el código, en el Libro Primero, Título III, Capítulo 3, regula la protección de la “Vivienda”, empero otras normas tuitivas regulan sobre la “vivienda familiar” y los derechos sobre ella, en el Libro Segundo de las “Relaciones de Familia”, y en el Libro Quinto de las sucesiones.

En las normas de matrimonio, y de uniones convivenciales, se regula:

a) sobre atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble ganancial o propio de uno de ellos, o alquilado, y sus efectos en caso de divorcio (arts. 443 y 444 CCyC);

b) los actos que requieren *asentimiento del cónyuge no disponente* en caso de transmisión de derechos *sobre la vivienda familiar, y los muebles indispensables* de esta (art. 456 CCyC);

c) la atribución del hogar común en caso de la ruptura de la convivencia (art. 514 CCyC);

d) la protección de la vivienda familiar si ha sido inscripta la unión convivencial, y la imposibilidad del titular dominial de disponer *de los derechos sobre ella* sin el asentimiento del conviviente inscripto (art. 522 CCyC);

e) la atribución del uso de la vivienda familiar que fue sede de la unión convivencial, a uno de los convivientes que tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad, si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata (art. 526 CCyC);

f) la atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes, y el derecho de habitación temporal del supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a esta (art. 527 CCyC).

En materia sucesoria:

a) la posibilidad de imponer el testador, o convenir los comuneros, la indivisión forzosa por el plazo no mayor de diez años (arts. 2330 y 2331 CCyC);

b) el derecho a la oposición del cónyuge o de un heredero a la partición (arts. 2332 y 2333 CCyC);

c) la atribución preferencial de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que sirve de habitación que regula el art. 2381 CCyC.

Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, “César, Ángel Luis y Rinaldi, Silvia Mabel s/ Concurso preventivo 30/9/2014.

2. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA POR EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El código recepta la denominada “constitucionalización del derecho privado” y en el marco de los tratados de derechos humanos, la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, la tutela del niño y adolescente, las personas con capacidad diferente, los incapaces, la vivienda, etc.

Ya en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en el año 2005, las conclusiones *de lege lata* expresan: “...La protección constitucional de la vivienda beneficia no sólo a la familia sino a la persona humana en su individualidad. El régimen tuitivo de la ley 14.394 (arts. 34 a 50), debe ser interpretado sistemáticamente con las directivas de la constitución y las de los tratados de derechos humanos con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN)”.

2.1. Afectación. Manifestación de voluntad del titular

En respuesta a los cambios políticos, sociales, económicos y culturales de los últimos cuarenta años, y a fin de cubrir las exigencias que demanda la sociedad en el tema de protección de la vivienda, es requisito para la afectación la manifestación de voluntad expresa del titular de dominio del inmueble, y en caso de condominio la manifestación de voluntad de todos los condóminos en forma conjunta, sin exigir parentesco entre ellos

La manifestación expresa de la voluntad del titular dominial del inmueble puede ser por acta ante el registro de la propiedad inmueble, por escritura pública o por testamento.

Con ello va dicho, no es automática la afectación, ya que se afectan deberes y derechos recíprocos susceptibles de apreciación pecuniaria: se generan limitaciones al constituyente y a los beneficiarios, así como a los acreedores posteriores y anteriores a la afectación.

A partir de la afectación, el inmueble sólo podrá ser enajenado o gravado cumpliendo con las prescripciones legales, y se admite la subrogación real.

La protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales del código que tutelan la vivienda familiar.

2.1.1. Legitimados para la afectación

Legitimados para la afectación son el o los titular/es registral/es, el testador o el juez, según los supuestos legales.

Dispuesta la afectación por testamento, el juez de la sucesión, a pedido del cónyuge -o, en defecto de la mayoría de los interesados-, ordenará la inscripción en el registro inmobiliario respectivo, previo control de las disposiciones de la ley. En caso de oposición de alguno de los herederos, será el juez quien resolverá atendiendo a lo que resulte ser más conveniente para el interés familiar (arg. art. 2330 CCyC).

El código innova, ya que la afectación puede ser ordenada por el juez *a petición de parte* -cualquier beneficiario, excónyuge, exconviviente, no titular, o por el Ministerio Público-, *y de oficio en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio, o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, cuando haya beneficiarios incapaces o con capacidad restringida*.

Concluimos que están legitimados para afectar:

- 1) el titular de dominio;
- 2) los condóminos, en forma conjunta sin necesidad de ser parientes entre sí;
- 3) el juez, si fue dispuesta por acto de última voluntad, y es solicitada por cualquiera de los beneficiarios, o el Ministerio Público;
- 4) el juez, de oficio en la resolución que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida;
- 5) el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio.

Nos preguntamos si al expresar el art. 245 CCyC que "...la afectación puede ser solicitada por el titular registral"... no podría hacerlo el superficiario cuando lo construido lo destina a vivienda, y el usufructuario. Entendemos que la respuesta afirmativa se impone.

No es necesario el asentimiento conyugal para la afectación, sea el inmueble propio o ganancial, ya que no hay disposición patrimonial y por el contrario el acto redundará en beneficio del grupo familiar.

Procede la afectación a vivienda en forma simultánea con la adquisición del inmueble.

Doctrina

2.1.2. Inmueble. Destino. Valor.

Destino

El código establece que el inmueble debe estar destinado a vivienda en todo o en parte de su valor; y, si es rural, no podrá exceder una unidad económica, conforme el art. 256 CCyC.

El código innova ya que admite un único destino, "vivienda".

No se incluye en consecuencia el inmueble en el que se desarrolle una actividad comercial o industrial exclusivamente.

Entendemos razonable la procedencia de la afectación de un inmueble en el que el beneficiario desarrolle una actividad comercial, industrial o profesional, si al menos uno de los beneficiarios lo habita en calidad de su vivienda.

Totalidad una parte de su valor

El código dice que la afectación puede ser por su totalidad o "hasta una parte de su valor"⁸. En este último supuesto el afectante deberá establecer la porción afectada, y en consecuencia será susceptible de ejecución la parte no afectada.

Entendemos que podría resolverse que el acreedor subaste todo el inmueble y entregue el valor de la porción afectada al propietario, por la subrogación real, en una interpretación sistemática con el art. 248 CCyC.

Topes

Se suprime toda referencia a topes, en orden a las transformaciones sociales, económicas y opiniones doctrinarias que se pronunciaron con anterioridad a la sanción de la ley 26.994.

Entendemos que aun sin mencionar la ley tope de valor, si el inmueble afectado -por sus características- excediere las necesidades particulares según los fines tenidos en mira por el legislador, dará derecho a los acreedores, fundando su reclamo, a pedir la desafectación. La cuestión será resuelta por el juez.

En materia de inmuebles rurales rige el límite de la unidad económica (art. 256 CCyC).

8 La DTR 4/2015 del Registro de la Propiedad de la Capital Federal, "Art. 3°.- Podrá ser afectado un inmueble independientemente de su valor, pero si se lo afectare sólo por una parte de él (art. 244 del CCyC), se expresará la porción en términos fraccionarios".

Un solo inmueble

El art. 244 CCyC contempla expresamente que se puede proteger sólo un inmueble.

Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter, dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término.

2.1.3. Documentación necesaria para la afectación

Las disposiciones registrales locales determinan los requisitos formales⁹.

Para la afectación será necesario presentar el título de propiedad del inmueble a afectar, el documento de identidad del afectante, y si el afectante designa beneficiarios, la documentación que acredite el vínculo con los beneficiarios designados (art. 246 CCyC).

2.1.4. Beneficiarios

Reiteramos que el código innova y modifica sustancialmente la causa del régimen tuitivo, ya que protege a la persona soltera y sin familia.

El art. 246 CCyC contempla como *beneficiarios*:

a) Al propietario constituyente; su cónyuge; su conviviente; sus ascendientes o descendientes;

b) en defecto de ellos, a sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente.

9 La DTR 4/2015 del Registro de la Propiedad de la Capital Federal dice: “Art. 2º.- En la calificación de los documentos de afectación al régimen de protección de la vivienda, sean estos originados por petición administrativa o por escritura pública, se deberán verificar los siguientes requisitos: a) ser otorgados por el titular de dominio o por todos los condóminos en forma conjunta; b) cuando el afectante establezca beneficiarios, deberá acreditar el vínculo correspondiente, indicando además, la edad y el estado civil de estos. En el caso del conviviente deberá tratarse de una unión convivencial, conforme los artículos 509 y 510 del CCyC; c) manifestación de: - Cumplimiento del artículo 247 del CCyC (habitación efectiva de la vivienda); - Convivencia en el supuesto del artículo 246 inc. b) del CCyC; - No tener en trámite de inscripción otra solicitud similar ni resultar ser propietario único de dos o más inmuebles afectados a este régimen”. La orden de servicio 45/2015 del registro de la propiedad de la provincia de Buenos Aires dice: “Puede ser solicitada por el titular registral (si el inmueble está en condominio deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente) o judicialmente (art. 245 CCyC) (...) El titular registral puede afectar a vivienda sin otro beneficiario. Los beneficiarios no se publicitarán en los asientos, quedando individualizados sólo en la minuta rogatoria”.

Doctrina

El titular, una vez afectado el inmueble, debe tolerar que los beneficiarios ejerciten la facultad de habitar o gozar de los frutos.

Los beneficiarios podrán servirse del inmueble, en concurrencia con el afectante y demás beneficiarios.

Conviviente

Se contempla la designación al conviviente, en concordancia con las normas del código que le atribuyen derechos especiales¹⁰.

En una interpretación sistemática, la inscripción de la unión convivencial parecería ser un requisito para la designación de beneficiario, ya que se exige el asentimiento del conviviente inscripto para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de esta, y para que proceda la garantía de inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas después del inicio de la convivencia (art. 522 CCyC); la conformidad del conviviente inscripto en caso de transmisión de la vivienda afectada (art. 250 CCyC), y el asentimiento del conviviente inscripto para la desafectación (art. 255 inc. a CCyC).

Ascendientes y descendientes

Se establece la designación de beneficiarios a los ascendientes o descendientes del propietario constituyente.

Adherimos a una interpretación amplia (comprensiva de los descendientes del cónyuge y el conviviente) ya que ella guarda correspondencia con las previsiones de los arts. 672 a 676 y el espíritu que informa todo el Código Civil y Comercial¹¹.

Colaterales hasta el tercer grado

Si el propietario no tiene cónyuge, conviviente, ascendientes ni descendientes, *puede designar a sus parientes colaterales hasta el tercer grado* (véase arts. 529 a 536 CCyC).

La designación de estos beneficiarios del inc. b, exige de la *convivencia*.

10 La jurisprudencia ha contemplado y reconocido la afectación del inmueble a bien de familia a los titulares condóminos concubinos con hijos menores. Ver CNCiv, sala H, 28/5/2010, Virrería Marchetti, Máximo y Vázquez Adriana Lidia, La Ley, 2010 D-561.

11 TOBIÁS, José W. *Código Civil y Comercial comentado*, Tomo II, director Jorge H. Alterini, coordinador Ignacio E. Alterini, pág. 90, arts. 225 a 400.

2.2. Inscripción de la afectación

El código establece el requisito de la inscripción de la afectación en el Registro de la Propiedad Inmueble, y en el art. 244, segundo párrafo, dice: "...La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la *prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario*".

La inscripción de la afectación se formaliza en el registro de la propiedad inmueble que corresponda al lugar de situación del inmueble afectado, con la prioridad temporal que rige la Ley Nacional de Registro de la Propiedad Inmueble, 17.801.

La inscripción tiene efectos declarativos. Ello responde al principio general que confiere la oponibilidad a los terceros interesados de buena fe, a partir de su inscripción registral, conforme el art. 1893 CCyC y la ley nacional de registro de inmueble. El efecto principal de la afectación del inmueble es tornarlo insusceptible de ejecución, por lo que es lógica que esa alteración al régimen del patrimonio como garantía común de los acreedores, sea inscrita en el registro de la propiedad inmueble con tales efectos.

Se resuelve así en armonía con la corriente jurisprudencial y doctrinaria anterior a la sanción del código. En las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2005), se votó la siguiente recomendación: "*La registración del bien de familia tiene efectos meramente declarativos* (arts. 2º, 20 y 22 de la ley 17.801 y doctrina del art. 2505 del Código Civil). Se aplica, según los casos, *el régimen de prioridad directa o el sistema de reserva de prioridad resultante de la expedición de certificados*. En el supuesto de constitución por acta ante el registro, los efectos se producen retroactivamente a la fecha de rogación, sin necesidad de ningún certificado o informe registral previo".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió: "...es oponible el bien de familia constituido según la copia de escritura, entregada al escribano interviniente, no obstante que se había omitido el asiento respectivo. (...) en el caso la afectación del inmueble al régimen debía tenerse por operada desde el momento en que así fue solicitada por el interesado, aun cuando la Dirección General de Inmuebles, por error, no hubiese practicado el asiento..."¹².

12 Fallos 307:II:1647. En otro fallo la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires ha resuelto que: "...tratándose de una deuda contraída en el lapso que va desde la constitución del bien de familia mediante escritura pública y la inscripción de esta en el Registro de la

En consecuencia la prioridad entre dos o más inscripciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de la presentación asignado a los documentos. Se aplicará según los casos, el régimen de la prioridad directa, o el de reserva de prioridad indirecta. Si la afectación se instrumenta en escritura pública, se aplica la retroprioridad (*arts. 5º, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 25 y conc. de la ley 17.801 y el art. 1893 CCyC*). Si se solicita por la vía administrativa, se retrotraen los efectos a la fecha de la rogación¹³.

2.3. La habitación efectiva

El código requiere en el art. 247, la habitación efectiva en el inmueble afectado. *Exige que al menos uno de los beneficiarios habite en el inmueble, tanto para la afectación, como para que los efectos subsistan.*

Debemos distinguir la habitación de la convivencia. *La habitación efectiva* se cumple si al menos uno de los beneficiarios habita el inmueble afectado. *La convivencia* se impone si el constituyente no tiene más familia que la formada por los colaterales dentro del tercer grado y designa beneficiarios a ellos (art. 246, inc. b).

La muerte del instituyente no configura una causa de desafectación.

2.4. Subrogación real

La subrogación real es una ficción jurídica por la cual el objeto subrogante ocupa el lugar del subrogado. Supone una modificación objetiva y cualitativa de la relación jurídica, mediante la cual el objeto ocupa en dicha relación el lugar que ocupaba el otro, y lo hace en las mismas condiciones de afectación.

Propiedad (dentro de los 45 días que establece la ley registral para otorgarle a tal inscripción efectos retroactivos a la fecha de la escritura) el inmueble *no está afectado por dicha deuda*, razón por la que corresponde levantar el embargo...” (SCBA, 19/10/1993, “Minadeo de Federico c/ Deambrosi, Carlos s/ Tercería de dominio”, en REVISTA NOTARIAL Nº 917, 51).

- 13 La DTR 4/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal en el art. 5º dice: “A los efectos del artículo 244, 2º párrafo, la solicitud de afectación mediante petición constitutiva ante este Registro, la escritura notarial o la decisión judicial que disponga la afectación, deberá tener ingreso en el ordenamiento diario previsto por los artículos 19 y 40 de la ley Nº 17.801”. “Artículo 6º. Las normas de esta disposición se aplicarán en la calificación e inscripción de los documentos notariales y administrativos autorizados a partir del 1º de agosto de 2015, fecha en la que entrará en vigencia la presente Disposición Técnico Registral”.

La jurisprudencia y la doctrina se habían pronunciado en este sentido¹⁴. No admitir la figura vulnera el derecho de la persona a la vivienda, de base constitucional y *supra* constitucional¹⁵, e implica la condena al deudor a vivir en el inmueble indefinidamente¹⁶. Algunos pronunciamientos en sede judicial¹⁷ resolvieron que algunos registros de la propiedad admitan el ingreso de documentos que contengan la manifestación de la subrogación para su inscripción¹⁸.

El código expresamente admite que se pueda afectar en subrogación la *nueva vivienda* adquirida empero entendemos que podría ser en otro inmueble de titularidad del instituyente¹⁹ que ya se encuentra en su patrimonio -porque quiera mudar su vivienda-, sea que lo haya adquirido con anterioridad o durante la vigencia del régimen. Es que la situación no varía para los acreedores dado que lo que antes de la sustitución del inmueble estaba fuera de sus posibilidades de ejecución continuará en las mismas condiciones en el bien subrogado.

-
- 14 La jurisprudencia resolvió que: "...el objetivo que se busca a través de la constitución de bien de familia resultaría inexistente si (...) se le niegan acciones declarativas en orden a la sustitución del bien de familia por otro inmueble con efecto retroactivo a la fecha de constitución del originario y se le liquida el bien en la quiebra entre todos sus acreedores anteriores y posteriores a la inscripción"; CCCom de San Isidro, sala I, 3/2/1997, "Kipperband, Jacobo c/ Registro de la Propiedad Inmueble de la pcia. de Buenos Aires", La Ley B.A. 1997, 530". "...Corresponde hacer lugar al pedido de sustitución de bien de familia con efecto retroactivo si no carece de motivación axiológica ni existen elementos que permitan suponer una alteración perjudicial de la situación jurídica de los terceros ni tampoco de los beneficiarios". CCCom Rosario, sala I, 23/10/2002, "Gil, Alberto s/ Recurso de recalificación", Zeus, T. 91, R-575, caso N° 29.275. En igual sentido en las conclusiones de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2005.
- 15 MEDINA, Graciela y Pandiella, Juan Carlos. "Bien de Familia y subrogación", en *Bien de Familia*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2011-1, Rubinzal Culzoni, 2011, pág. 177.
- 16 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Protección jurídica de la vivienda familiar*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, §10, págs. 78 y sgts.
- 17 Ver CCCom Rosario, Sala I, 15/10/2002, "Botto, Dardo y otra", LLLitoral, febrero 2003.
- 18 En la XL Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (Paraná, 2003), se declaró que: "1. En el caso de subrogación real puede admitirse, sobre el nuevo inmueble, la subsistencia del bien de familia con vigencia desde la fecha de su constitución originaria. 2. Respecto de la sustitución de un inmueble por otro existente en el patrimonio del constituyente es conveniente propiciar una reforma legal para determinar su inclusión y efectos".
- 19 El Proyecto de Código Unificado de 1998 (Comisión creada por decreto 685/95), fuente del artículo, lo regula en su art. 238 que establece: "Subrogación real. La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada, o a los importes que la substituyen en concepto de indemnización".

Por efecto de la subrogación, el bien subrogado gozará del beneficio con efecto retroactivo, o sea, desde la fecha de la afectación del primer inmueble afectado a vivienda, o al régimen de bien de familia (ley 14.394).

Si se enajena el inmueble afectado y no se adquiere simultáneamente otro, subsistirá la protección sobre el precio recibido, hasta que sea reinvertido en la adquisición de una vivienda²⁰.

En todos los casos se debe dejar constancia expresa de la reserva de sustituir/subrogar el beneficio de la afectación, en la oportunidad de la desafectación del inmueble subrogado²¹. Esta declaración resulta imprescindible a los fines de la individualización del objeto subrogado. La falta de reserva expresa en la escritura de enajenación produce su extinción.

La prueba de la identidad de las sumas obtenidas en la enajenación con las reinvertidas recae sobre el afectante, por ello sería aconsejable que depositara el importe en una cuenta bancaria especial, ya que facilitará la prueba.

De existir cautelares registradas, debe rogarse judicialmente la sustitución, previo al acto de enajenación.

Concluimos que la subrogación -continuidad del régimen tuitivo- se extiende al inmueble destinado a vivienda que lo sustituya, al precio del inmueble -sea la enajenación voluntaria o forzosa-, y a las indemnizaciones en caso de expropiación, o del seguro por destrucción del inmueble afectado.

2.5. Acreedores: efectos de la afectación

La vivienda afectada *no es susceptible de ejecución* por deudas posteriores a su inscripción, excepto las enumeradas en el art. 249 CCyC, que analizaremos en el apartado siguiente.

El código establece una excepción al principio general de garantía común que tienen los acreedores sobre todos los bienes del deudor, afectados al cumplimiento de sus obligaciones.

20 REGIS, Ariel E. "Aspectos conflictivos de la subrogación real en el Proyecto de Código Unificado", en REVISTA NOTARIAL, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, noviembre, 2012.

21 La orden de servicio del registro de la provincia de Buenos Aires dice en caso de subrogación: "...en la escritura de compraventa por la cual se desafecto a vivienda deberá surgir la reserva de sustituir/subrogar la vivienda en los términos del art. 248 del CCyC. En la escritura de adquisición, el notario deberá referenciar la reserva indicada, consignando todos los datos de la primitiva afectación (...) En dicho caso el registrador deberá controlar los datos del Bien de Familia sustituido en la inscripción antecedente previo a su traslado".

Por el efecto principal de la afectación el inmueble resulta en consecuencia *inejecutable* por ciertos acreedores, que podrán embargar pero no ejecutar el inmueble. La imposibilidad de provocar la ejecución impide, a su vez, el cobro de su crédito sobre la suma de dinero que lo sustituya como precio o indemnización.

2.5.1. Acreedores con derecho a ejecutar

Los acreedores con causa anterior a la afectación y los autorizados por la naturaleza de sus créditos, pueden ejecutar el inmueble porque el acto es inoponible a ellos.

Para determinar si la deuda es anterior a la afectación debe considerarse la fecha del contrato o el hecho ilícito que la generó y, tratándose de títulos valores, la fecha de su libramiento. No deben considerarse las fechas del incumplimiento del contrato, ni de la demanda por daños y perjuicios, ni la de la sentencia que condena a pagar.

Según el art. 249 CCyC la vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto por:

- a) obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que graven directamente al inmueble;
- b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituidas de conformidad a lo previsto en el art. 250 CCyC;
- c) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda;
- d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida.

Los créditos por impuestos, tasas, contribuciones, gravámenes, construcciones y mejoras ya se encontraban incluidos en el art. 38 de la ley 14.394. Se incorporan expresamente los créditos por expensas comunes y los alimentarios, en tanto el acreedor sea el hijo menor de edad, incapaz o con capacidad restringida, del titular o de cualquiera de los condóminos en su caso.

Remanente de subasta

En caso de subasta del inmueble por los acreedores con derecho, abonadas las deudas, si queda un remanente, deberá ser entregado al instituyente quien deberá destinarlo a la vivienda que reemplace.

2.6. Frutos

Se establece en el art. 251 CCyC la embargabilidad y ejecutabilidad de los frutos que produzca el inmueble, en la medida que no sean indispensables para satisfacer las necesidades del grupo familiar.

No hay topes rígidos ya que el límite deberá ser evaluado en cada caso, según las particularidades que se presenten.

En consecuencia *los frutos que produce el inmueble, son embargables y ejecutables con la sola limitación de aquellos "indispensables" para satisfacer las necesidades de los beneficiarios quedando excluidos los que se utilizan para lujo o por conveniencia.*

Las pautas concernientes a los frutos encontrarían su razón de ser en los supuestos de locación autorizada judicialmente, o la locación parcial del inmueble afectado.

2.7. Créditos fiscales

El art. 252 CCyC regula un tratamiento tributario favorable del inmueble afectado.

Se exime a la vivienda protegida del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte -en las provincias que lo contemplan-, siempre que la transmisión se haga a favor del cónyuge, descendientes, ascendientes o en su defecto los parientes colaterales hasta el tercer grado que convivan con el constituyente, y no se desafecta en los cinco años posteriores a la transmisión. De producirse la desafectación antes del plazo corresponderá pagar recargos, multas o intereses.

La segunda parte del artículo determina la exención de impuestos y tasas para los trámites de constitución e inscripción, no por la desafectación.

2.8. Honorarios

La norma establece un régimen arancelario específico. El honorario por la afectación con intervención profesional no podrá exceder, en su conjunto, el 1% de la valuación fiscal. En caso de proceso sucesorio o concurso o quiebra, la alícuota asciende al 3%.

Se innova en la inclusión de los procesos concursales, ya que el art. 48 de la ley 14.394 sólo hacía referencia al proceso sucesorio.

Se entiende que la limitación cuantitativa debe aplicarse en caso de desafectación, modificación por inclusión de nuevos beneficiarios, o la exclusión de alguno de los designados originariamente.

2.9. Transmisión y constitución de gravamen de la vivienda afectada

Para la transmisión o constitución de gravamen del inmueble afectado se necesita de la conformidad del cónyuge o conviviente, si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta.

La falta, la oposición, la incapacidad o la capacidad restringida del cónyuge o conviviente, pueden suplirse por el juez, quien determinará si el acto resulta conveniente para el interés del grupo familiar.

La supresión de la referencia a causas graves o de manifiesta utilidad puede interpretarse como una cierta morigeración de la rigidez de parámetros para el juez, y no impide la necesidad de dictamen del Ministerio Público en su caso, a fin de verificar que el acto se justifique por el interés de la familia (aplicación análoga del artículo 458 CCyC *in fine*).

Es posible la constitución de garantías reales cuando el inmueble está afectado a vivienda, siempre que los actos se otorguen con la conformidad del cónyuge del titular, o de su conviviente con unión convivencial inscripta, o con la venia judicial supletoria, se trate de bien propio o ganancial. Estos acreedores podrán ejecutar el inmueble, de así requerirlo, para cobrar su crédito.

2.10. Legado o mejora testamentaria del inmueble afectado a vivienda

El inmueble afectado a vivienda puede ser objeto de un legado o mejora testamentaria, *cuando la disposición testamentaria favorezca a los beneficiarios*.

2.11. Inmueble rural

El régimen de protección de la vivienda no es privativo de los inmuebles urbanos, sino que también se extiende a los rurales.

El art. 256 CCyC contempla la posibilidad de la afectación de un inmueble rural siempre que no exceda de la "unidad económica" -según el ordenamiento territorial local- y se destine a vivienda habitual.

El concepto de unidad económica está vinculado a la actividad, ubicación del predio, al índice de productividad, a la aptitud de los suelos, a la aplicación de métodos tecnológicos, y a otros elementos que permitan obtener un mejor aprovechamiento de la parcela que se genera por resultado de la subdivisión del suelo. De tal modo que la superficie es uno de los elementos que hacen a la unidad de producción y su rentabilidad. Los fines -agrícola, ganadera, de explotación agropecuaria, etc.- son los que determinan la superficie de una unidad económica.

2.12. Deberes de la autoridad de aplicación

La autoridad de aplicación es el registro de la propiedad inmueble en las distintas sedes de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El asesoramiento y la colaboración por el personal del registro es gratuito para los trámites vinculados a la constitución y la cancelación de la afectación. El fundamento es no generar costos al particular en gestiones vinculadas a un régimen tuitivo de la vivienda.

2.13. Desafectación

El código distingue la desafectación y la cancelación de la inscripción al igual que la ley 14.394, en su art. 49.

La desafectación puede formalizarse por acta ante el mismo registro inmobiliario, por oficio judicial o por escritura pública.

El art. 255 CCyC en sus cinco incisos regula los supuestos de desafectación y cancelación de la inscripción del régimen:

“Inciso ‘a’: ‘A solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial inscripta se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tienen capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente’”.

Así como la afectación es voluntaria, también lo es la desafectación.

Es requisito el asentimiento del cónyuge o conviviente con unión inscripta, a fin de preservar a los beneficiarios de actos negligentes o intempestivos del propietario que desatiendan el interés familiar. Al igual que en el supuesto contemplado en el art. 250 CCyC, para la transmisión de la vivienda afectada, será el juez quien ha de resolver los supuestos de disconformidad, y valore el interés familiar para autorizar la desafectación.

“Inciso ‘b’: ‘a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente por el interés de éstos’”.

Se incorporan las mismas referencias del inciso anterior. La valoración de la conveniencia debe apreciarse para el conjunto del grupo y no para alguno o algunos de ellos, al menos cuando se trate del cónyuge o conviviente.

“Inciso ‘c’: ‘a requerimiento de la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, con los mismos límites expresados en el inciso anterior’”.

Se incorporan las limitaciones que contiene el inciso "b" al legislar para el caso de comunidad hereditaria.

"Inciso 'd': 'a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en este Capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios'".

La desafectación judicial procederá en los siguientes casos: 1) cuando haya más de un inmueble afectado por el titular, siempre que sea propietario único; 2) cuando no haya habitación efectiva con los alcances del art. 247 CCyC; y 3) cuando el titular y todos los beneficiarios hayan fallecido.

"Inciso 'e': 'en caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por este Capítulo, con los límites indicados en el art. 249'".

Se mantiene sustancialmente la redacción de la primera parte del inc. "e" del art. 49 de la ley 14.394, pero se suprimen los casos en que existan causas graves que justifiquen la desafectación a juicio de la autoridad competente.

3. CONCLUSIONES

El régimen de protección de la vivienda del Código Civil y Comercial de la Nación tiene innovaciones relevantes:

1. El titular del dominio, o los condóminos, el usufructuario, con o sin familia, pueden rogar la afectación de un inmueble destinado a vivienda por la totalidad o una parte de su valor.

2. La afectación de la vivienda puede ser requerida aun si parte del inmueble está en locación, siempre que algún beneficiario lo habite en forma efectiva.

3. Es posible la afectación de un inmueble en el que el titular o el beneficiario desarrollen una actividad profesional, comercial, industrial, si cumple con el requisito de habitación efectiva por uno de los beneficiarios.

4. Si el constituyente vive en unión convivencial inscripta se requiere asentimiento del conviviente para la enajenación, la constitución de gravámenes y para la desafectación.

5. En caso de mediar disconformidad del cónyuge supérstite del conviviente inscripto, o si es incapaz o si tiene capacidad restringida, el juez deberá autorizar la desafectación.

6. Basta que sólo un beneficiario habite el inmueble.

7. La muerte del afectante no es causal de desafectación, ya que para que ello ocurra es necesaria la muerte de todos los beneficiarios.

Doctrina

8. En defecto de otros parientes, el instituyente puede nombrar beneficiarios a los colaterales dentro del tercer grado siempre que convivan.

9. Se regula la subrogación real. La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio.

Régimen patrimonial del matrimonio y de la unión convivencial

Néstor Daniel Lamber

SUMARIO: 1. Disposiciones comunes a todos los regímenes patrimoniales familiares. 1.1. Deber de asistencia o contribución. 1.2. Protección de la vivienda: excepción al patrimonio como garantía común de los acreedores. 1.3. Responsabilidad solidaria. 2. Regímenes patrimoniales del matrimonio. 2.1. Convención prematrimonial de opción de régimen patrimonial matrimonial. 2.2. Convención matrimonial de cambio de régimen patrimonial matrimonial. 3. Régimen patrimonial matrimonial de comunidad de bienes. 3.1. Recompensas. 3.2. Calificación única del bien (teoría monista). 3.3. Subrogación real: obligatoria conformidad del cónyuge. 3.4. Gestión de bienes en comunidad. 3.5. Prohibición de celebrar contratos entre cónyuges bajo régimen de comunidad. 3.6. Extinción de la comunidad: régimen supletorio de la indivisión postcomunitaria. 4. Régimen patrimonial matrimonial de separación de bienes. 5. Régimen patrimonial de la unión convivencial. 5.1. Pactos convivenciales. 5.2. Régimen supletorio patrimonial de la unión convivencial. 6. Incidencia de los regímenes patrimoniales familiares en la redacción escrituraria.

La reforma de la legislación civil y comercial, en el Libro Segundo del Código Civil y Comercial, bajo el título "Relaciones de familia", regula la unión afectiva de dos personas de diferente o mismo sexo, en forma singular pública, estable y permanente, que conviven y comportan un proyecto y forma de vida en común¹, y que den sustento a la familia nuclear, bajo dos institutos:

- a) El tradicional matrimonio, que requiere un acto constitutivo, solemne y formal ante el oficial del Registro Civil (art. 418 CCyC);
- b) La unión convivencial, donde los deberes, derechos y obligaciones surgen por el sostenimiento de la situación jurídica contemplada en el art. 509 CCyC, por un término mínimo de dos

¹ El nuevo código no define al matrimonio, pero sí lo hace en los términos indicados en el art. 509 al referirse al ámbito de aplicación de la unión convivencial, o como más gráficamente lo denomina el Código Civil italiano, "famiglia de facti".

años, y siempre que no concurran las causales impidientes para su reconocimiento jurídico del art. 510², lo cual se puede probar por cualquier medio de prueba (art. 512 CCyC), sin necesidad de su registración en el Registro Especial, que en la provincia de Buenos Aires lleva el Registro Provincial de las Personas.

La nueva regulación deja de lado la libertad de las personas que no deseaban someterse a norma alguna en su relación afectiva-familiar, amparados en el anterior criterio abstencionista del instituto del concubinato, hoy unión convivencial, y por el solo sostenimiento en el tiempo les impone un régimen legal obligatorio, aunque con mayor libertad que el matrimonio, en especial bajo la modalidad del presunto régimen patrimonial de comunidad de bienes.

En sentido inverso, y acercando ambos institutos, en el matrimonio innova al permitir que las partes opten por la celebración de convenciones bajo la forma de escritura pública, sea previo a la celebración del matrimonio o durante su vigencia, por apartarse del régimen patrimonial de comunidad de bienes y acogerse al de separación de bienes, con una regulación más cercana al régimen supletorio patrimonial de la unión convivencial.

La reforma ha intentado consolidar el principio de la aplicación de normas constitucionales y de los tratados de derechos humanos en la materia -como lo ordena el art. 1° CCyC-, y en este proceso denominado de constitucionalización del derecho civil hace efectivo el principio de autonomía autorreferencial del art. 19 de la Constitución Nacional, permitiendo una mayor autonomía de voluntad en derecho de familia, reconociendo los avances en este sentido de la jurisprudencia y leyes particulares previas³, pero armonizándolo con el principio de la solidaridad familiar.

1. DISPOSICIONES COMUNES A TODOS LOS RÉGIMENES PATRIMONIALES FAMILIARES

Consecuencia de esta política legislativa es la imposición de un régimen patrimonial inderogable o indisponible para ambas estructuras jurídicas familiares, reguladas para el matrimonio en los arts. 454 a 462 CCyC -sea bajo el régimen patrimonial de comunidad o de separación- y para la unión convivencial en los arts. 519 a 522 CCyC con expresas remisiones a los primeros.

1.1. Deber de asistencia o contribución

Los arts. 455 y 519 CCyC se refieren al deber de contribución recíproco que se deben entre sí los cónyuges o convivientes durante la convivencia para el sostenimiento del hogar, el deber de alimentos entre sí y a los hijos comunes o de uno de ellos que siendo menores o incapaces convivan con ellos, los gastos habituales de la vida cotidiana, mantenimiento de los bienes necesarios para la vida familiar, o formación y asistencia personal.

Esta obligación se extiende a los miembros constituyentes de la unión, como a sus hijos hasta los veintiún años (art. 658 CCyC) y excepcionalmente hasta los veinticinco años (art. 662 CCyC) o cese de la incapacidad, e incluso a los hijos menores o incapaces de uno solo que convivan con ellos, concepto que se reitera en la figura y responsabilidad del progenitor afín (arts. 673, 676 CCyC y conc.).

Da reconocimiento legal a la familia ensamblada, cuyas obligaciones nacen tanto en el caso de matrimonio como de unión convivencial.

1.2. Protección de la vivienda: excepción al patrimonio como garantía común de los acreedores

Los arts. 456 y 522 CCyC establecen un régimen de protección legal de la vivienda familiar, sin necesidad de realizar los interesados acto formal alguno como lo establece el régimen de vivienda (art. 244 CCyC que sustituye al tradicional bien de familia de la derogada ley 14.394).

En la parte final de los textos de ambas normas se establece la inejecutoriedad del bien donde esté radicada la vivienda familiar por la deudas contraídas después de la celebración del matrimonio o de la inscripción de la unión convivencial, salvo que hayan sido contraídas por ambos cónyuges o convivientes, o por uno con el asentimiento del otro⁴.

El claro efecto tuitivo de la nueva ley conlleva en la necesidad de requerir el asentimiento del cónyuge o conviviente para poder constituirse el bien donde se radica la vivienda familiar en garantía de los acreedores de uno de ellos.

² Este art. 510 CCyC además de la mayoría de edad al momento del reconocimiento, establece los mismos impedimentos que para contraer matrimonio del art. 403 CCyC, sólo omitiendo el de crimen previsto en el inc. e) de este artículo.

³ Vease Di LEO RECALDE, Maisa Lorena; Genaro, Ana Luján; Lamber, Néstor Daniel; y Moreyra, Javier Hernan. "Nuevos enfoques sociales de la familia y la partición de bienes de la sociedad conyugal", REVISTA NOTARIAL, N° 970, pág. 59.

⁴ La norma en su estado de proyecto fue la fuente de la ley provincial 14.432 que ha sido declarada inconstitucional en los fallos conocidos sobre su pretendida aplicación (*in re* "Rebasa, Luis E. c/ Cooperativa del Trabajo Alfin del Mar Ltda. y otro s/ cobro ejecutivo de alquileres", Cám. Apel. Mar del Plata, Sala II, 24/9/13, eDial.com, AA3187). Creemos que estos artículos no convalidan la ley provincial, ni ella puede interpretarse como regulatoria de esta ley nacional que es posterior y de aplicación directa, sin necesidad de reglamentación local.

El bien protegido en principio es el inmueble donde habitan, aunque la vaguedad de ambas normas admite la posibilidad de incluir otras cosas no inmuebles donde pueda estar radicada la vivienda familiar, como sería un velero, un tráiler, etc.; y asimismo deben considerarse incluidos a los muebles indispensables para la vivienda (sin perjuicio de que estos en general encontraban la protección de las normas sobre inembargabilidad en códigos procesales locales).

La protección es para la vivienda de todo tipo familiar y comprende bienes de carácter propio de uno o ambos, gananciales o personales sin requerirse la existencia o convivencia de hijos menores o incapaces.

En la actuación diaria impondrá el deber de asesorar sobre este efecto en casos como las fianzas en los contratos de locación, mutuos, y en la actuación notarial será relevante a la hora de otorgarse, por ejemplo, escritura pública de constitución de garantía hipotecaria.

Por ello será relevante el dejar constancia en estos contratos de la declaración jurada de la parte sobre la situación de no estar radicada en estos bienes la vivienda familiar -y en su caso de la inexistencia de unión convivencial inscripta- en la faz documental, sin perjuicio de la buena fe del acreedor.

Con respecto a la unión convivencial ella puede estar registrada o no, y tal inscripción no tiene efectos constitutivos, sino meramente declarativos, por lo cual la unión convivencial es oponible a los terceros que la conocen.

La norma del art. 522 CCyC establece la exigencia de previa inscripción de la unión convivencial para que esta protección de inejecutoriedad de la vivienda sea oponible a terceros, lo cual es consecuencia de un lógico deber de buena fe e imposición de carga de probar la situación de excepción a las partes interesadas y no a los terceros que deban estar investigando la situación familiar de su deudor.

Tal situación debe surgir de un modo claro, público y con fecha cierta, no bastando la mera situación de hecho (convivencia en aparente matrimonio) sino que además requiere un acto jurídico adicional de rogar dicha inscripción.

Este permite concluir a parte de la doctrina -en una interpretación gramatical del texto- que sólo está protegida la vivienda familiar de aquellos que han cumplido con la carga legal de la inscripción en el Registro Civil.

Sin embargo, esta norma no se refiere al registro donde se debe realizar, pero debe tenerse como principio que es la del art. 511 CCyC, es decir, en el Registro Provincial de las Personas, para poder alegar esta defensa o excepción, lo cual es el único modo de oponibilidad para los bienes muebles no registrables.

Entendemos que los bienes registrables tienen un especial tratamiento por la ley en cuanto a sus efectos y oponibilidad a terceros, en cuanto a los derechos y situaciones o relaciones jurídicas inscriptas con relación a los mismos, por lo cual la publicidad que se pretende garantizar sobre la certeza de la preexistencia de la unión convivencial a la deuda contraída queda cumplida con la que resulte de estos registros de bienes en particular aun cuando no se tenga la del registro civil.

En nuestra opinión, la acreditación del reconocimiento y existencia de la unión convivencial en el título de adquisición (publicidad cartular) y en el asiento dominial (publicidad registral) son suficientes para invocar esta protección ante los acreedores.

Los arts. 456 y 522 CCyC sólo prevén la sanción de nulidad relativa para la omisión del acto de disposición de la vivienda familiar o muebles indispensables, en caso de omisión de asentimiento del cónyuge o conviviente.

En el caso de omisión del asentimiento de la deuda contraída por el otro cónyuge o conviviente, nada dice y no puede concluirse en la nulidad de la obligación, sino en la inoponibilidad de la misma al no asentiente y por ende la oponibilidad al acreedor del derecho de inejecutoriedad de la vivienda familiar. Es decir, la obligación es válida y eficaz en todos sus demás efectos.

1.2.1. Asentimiento de interés familiar

Los arts. 456 y 522 CCyC imponen la necesidad del asentimiento del cónyuge o conviviente no titular para disponer del bien (ganancial, personal o propio de uno o de ambos) sede de la vivienda familiar, tenga o no hijos menores o incapaces⁵; e incluso en el caso del matrimonio se refiere a la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar, lo que da lugar a su exigencia para la cesión del contrato de locación de la vivienda⁶.

Se trata de un asentimiento conferido no ya para la protección de la expectativa económica o el reconocimiento de la contribución no dineraria en que los esfuerzos compartidos permiten sólo a uno titularizar bienes registrables o los enunciados en el art. 470 CCyC, sino que se exige con independencia de ello, y sin tener en miras el esfuerzo para su adquisición, sino el deber

5 A diferencia del derogado art. 1277 del Código Civil (ley 17.711) no se exige para el caso de bienes propios la existencia de hijos menores e incapaces; y siguiendo la interpretación mayoritaria de la norma derogada, la exigencia de asentimiento cesa con la disolución del matrimonio o con el cese de la convivencia en la unión convivencial.

6 Véase: art. 456 primer párrafo CCyC, derecho a continuar la locación habitacional del art. 1190 CCyC, art. 444 *in fine* CCyC, art. 526 quinto párrafo CCyC.

de contribuir a la vida en común y del grupo familiar; por ello existe su necesidad más allá del carácter del origen del bien⁷.

Este asentimiento en interés familiar se distingue netamente del asentimiento conyugal en sentido estricto para disponer bienes que integran la comunidad de gananciales (art. 470 CCyC), en los que es indiferente la situación de hecho de vivienda familiar, y corresponde cumplirlo sólo en los cónyuges bajo el régimen de comunidad de bienes. En tanto que el primero debe otorgarse tanto en caso de cónyuges bajo régimen de comunidad como de separación de bienes, y en las uniones convivenciales.

Este asentimiento en interés familiar tiene antecedente en la parte final del derogado art. 1277 del Código Civil (ley 17.711), y exige esta especial situación de hecho que debe ser pública y notoria. La norma no puede ser ejercida de mala fe (art. 9° CCyC) y no se podría oponer al tercer adquirente una situación fáctica oculta o disimulada.

En el caso de disposición, y ante el tercer adquirente de buena fe, la misma se reafirma con la declaración jurada en el acto de disposición de esta situación negativa (no constituir vivienda familiar en caso de bienes propios o personales), como lo admitía la doctrina y jurisprudencia sobre la excepción del art. 1277 *in fine* derogado, y también surge de la directa fuente del art. 456, el art. 1320 del Código Civil español (modificado por leyes 14/1975 y 11/1981) que dice sobre el particular: "Para disponer de derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges se requerirá el consentimiento de ambos, o en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente no afectará al adquirente de buena fe"⁸.

La norma de derecho comparado resguarda el derecho del tercer adquirente de buena fe como sucedía en la jurisprudencia nacional basada en la excepción del art. 1277 CC derogado; en consecuencia de ello entendemos que en la interpretación del nuevo régimen debe meritarse especialmente tal buena fe creencia acompañada con la diligencia registral ante la existencia de la declaración jurada de la parte.

Por ello insistimos en la importancia de la calificación de los bienes registrables en la materia y su prioridad en la oponibilidad a terceros.

Si los cónyuges o convivientes pretenden una absoluta protección del cónyuge o conviviente no titular pueden recurrir al instituto de afectación a vivienda (arts. 244 y conc. CCyC) con su consecuente eficacia *erga omnes* por la publicidad del registro de bienes en particular, o la registración en el mismo del pacto convivencial en el caso de las uniones convivenciales (art. 517 CCyC).

La inscripción en el Registro Civil -indispensable con respecto a los bienes no registrables- debe interpretarse armoniosamente con la obligatoria registración de los bienes en particular.

Por ello concluimos que el tercer adquirente de buena fe que toma conocimiento actual de la situación de no convivencia -hecho negativo que como prueba diabólica no puede ser una carga que pese sobre él-, ratificada por la declaración jurada por la parte, y abonada por las constancias documentales y los asientos registrales del registro de bienes en particular, integra tal buena fe creencia (subjetiva) y la buena fe diligencia (objetiva) con el cumplimiento de la diligencia de referenciar el antecedente cartular y la solicitud de los informes o certificados al registro del bien asiento de la vivienda familiar.

Como señalamos en el punto anterior, la inscripción de la unión convivencial es meramente declarativa y no constitutiva de tal estado; por lo cual la publicidad del registro de bienes en particular es la más efectiva para anotar al adquirente de tal situación como preexistente, y debe calificarse para el acto⁹, e incorporar las declaraciones juradas sobre las situaciones de hecho de no convivencia o vivienda familiar en su caso.

No es admisible imponer la carga a los terceros de tener que solicitar múltiples certificaciones a diferentes órganos registrales del Estado, sino que debe unificar en uno de ellos. La interpretación contraria a la propuesta equivaldría a limitar o desnaturalizar la razón de los bienes registrables y propender a concentrar todos los actos personales y patrimoniales en un único registro civil.

1.2.1.1. Prohibición de otorgar poder un cónyuge al otro para prestar asentimiento en interés familiar

Los arts. 457 a 460 CCyC regulan los requisitos y modalidades de prestar ambos asentimientos (en interés familiar y conyugal) pero en el art. 459 CCyC trae una norma que es de interpretación exclusiva para este asentimiento.

7 Conf. Conclusiones Tema III de la XVIII Jornada Notarial Cordobesa (2015): "El asentimiento previsto en los artículos 456 y 470 tiene como finalidad la protección de dos bienes jurídicos diferentes; el primero protege la vivienda familiar, mientras que el segundo custodia el derecho en expectativa que tienen los cónyuges a dividir los gananciales por mitades".

8 Conf. 38° Jornada Notarial Bonaerense (2013): "La declaración del cónyuge o conviviente titular, en el sentido de que el bien transmitido no constituye la vivienda familiar, será manifestación suficiente para: a) dar por cumplido con los requisitos de la ley, y b) considerar el título inobservable desde el punto de vista de un futuro estudio de títulos".

9 En similar sentido las Pautas para la Función Notarial a partir del 2 de agosto de 2015, elaborados por los asesores del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, dice: "Publicidad registral suficiente. Se analizó el art. 1893, si la registración que prevé es la del art. 22 de la ley 17.801 o alcanza la registración de la convivencia. Se entiende que la registración a la que se refiere dicho artículo es la de los bienes registrables", y previamente recomiendan: "En los actos de disposición de vivienda familiar de un soltero, viudo o divorciado que no tiene convivencia, es conveniente insertar declaración de no estar en unión convivencial, o bien que no se encuentra incluido en las disposiciones del Título III del Libro 2° del Código Civil y Comercial" (www.colegio-escribanos.org.ar). Por nuestra parte entendemos que toda declaración jurada especial con respecto al estado de familia debe ser asertiva y no negativa, y si declara ser soltero, viudo o divorciado, no se debe presumir que está en convivencia cuando la ley así no lo ha previsto. Sin perjuicio de ello esta declaración debe ser merituada con respecto a la buena fe del tercero en la redacción escrituraria.

Este artículo expresamente permite el poder otorgado por un cónyuge al otro bajo cualquier régimen patrimonial, haciendo excepción a la prohibición de contratar entre cónyuges bajo este régimen del art. 1002 inc. d) CCyC. Es decir el acto de representación que tiene por efecto que la voluntad o acto celebrado por uno tenga efecto directo en la esfera jurídica del representado, será admisible bajo cualquiera de los regímenes, nombrando expresamente la causa de la representación por el contrato de mandato, que se ratifica en el art. 474 CCyC al remitir a las normas de este mismo contrato para los actos de administración de los bienes gananciales por el cónyuge no titular.

La letra de la norma claramente se refiere a la permisión de los poderes entre cónyuges para todo objeto que quede comprendido “en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye” obviamente el ámbito patrimonial -objeto de los contratos como es el mandato- entre los que está la facultad de prestar al otro el asentimiento conyugal.

Pero inmediatamente, y separado por una coma, sienta la excepción a este poder para prestar asentimiento por cuenta y orden del otro cónyuge, al decir “...pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el art. 456”, es decir en el asentimiento en interés familiar.

Entendemos que este es el límite que como toda prohibición debe ser de interpretación restringida. La finalidad es la protección de la vivienda en interés familiar, y no la expectativa económica del cónyuge no titular.

Por ello, cuando el art. 470 CCyC al regular los casos de asentimiento conyugal puro para la disposición o enajenación de los bienes allí enunciados, la remisión en cuanto a sus requisitos y omisión a los arts. 456 a 459 CCyC no se extiende a esta prohibición, pues la ley debe ser interpretada en primer término “teniendo en cuenta sus palabras” y luego sus “finalidades” (art. 2° CCyC); y cuando la redacción de la norma es clara, como en el caso que limita la facultad de las partes a elegir su representante voluntario sólo se refiere al asentimiento en interés familiar (art. 456 CCyC) el juez o intérprete no puede apartarse de ella¹⁰; máxime cuando como vimos se trata de dos asentimientos en que tiene diferentes finalidades tuitivas, por lo que no cabe hacer una impropia extensión de la norma restrictiva de la autonomía de voluntad de las partes que admite la primera parte del artículo en cuestión en materia de mandato y poderes.

Por lo cual entendemos que en el caso de bienes gananciales que no estén bajo la situación de vivienda familiar, no se debe aplicar esta prohibición¹¹, y estar a la norma especial del art. 375, inc. b) del CCyC¹².

Esta limitación sólo a los casos de vivienda familiar, claramente nos posiciona en la posibilidad de otorgar poder para prestarse asentimiento conyugal al propio representante en los suuestos enumerados del art. 470 CCyC, como en la transmisión constitución de derechos reales sobre todos los bienes que exigen la registración societaria (por ejemplo cesión de cuotas de S.R.L., participación en una sociedad colectiva, etc.) o de acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las que hacen oferta pública en la bolsa de valores, y los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios, o los bienes muebles no registrables en general (automotores, barcos, aeronaves).

En materia de uniones convivenciales habiendo plena libertad de contratar entre cónyuges, y no existiendo norma alguna que remita a esta regulación del asentimiento entre cónyuges, sólo rigen las previstas en el art. 522 CCyC, por lo cual no hay prohibición a que un conviviente dé poder al otro para prestarse a sí mismo el asentimiento para disponer la vivienda familiar.

1.2.2. Requisitos comunes a todos los asentimientos: prohibición de asentimiento general anticipado

El art. 457 CCyC establece que todo asentimiento (arts. 456, 470 y 522 CCyC) debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos. En principio, se presta al momento de otorgarse el acto de enajenación o gravamen, cumpliendo con su misma forma y tomando conocimiento el asistente de los elementos del acto.

La exigencia de este artículo implica que la reforma consagra con rango legal la doctrina judicial de prohibir el asentimiento conyugal general anticipado. Todo asentimiento anticipado, prestado antes del acto de disposición, debe ser especial.

Este acto previo al menos debe contener la indicación del acto para el que se otorga (venta, donación, permuta, etc.) y el objeto del acto (por ejemplo, en la compraventa la cosa y el precio, o al menos el modo de su determinación o parámetro mínimo), presumiéndose que las condiciones son la habituales y más favorables al acto (por ejemplo: de contado si no se aclara a plazos). En cambio no aparece esencial la determinación de la persona cocontratante, dado que el interés a la limitación o restricción de disposición patrimonial no encuentra justificativo en

10 LORENZETTI, Luis (dir.) *Código Civil y Comercial*, T. I, Rubinzal Culzoni editores, Santa Fe, 2105. Señala Lorenzetti que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la doctrina de sus fallos prioriza la aplicación directa de la ley cuando su interpretación no exige esfuerzo sin otra consideración (fallos 324:1740, 3143 y 3345) dado que es la primera fuente del derecho (fallos 314-1018 y 324:2780) y se admite apartarse de su letra cuando conduzca a resultados que no armonicen axiológicamente y lleve a resultados notoriamente disvaliosos (fallos 319:1840) o se aparten de la interpretación sistemática del orden jurídico, debiendo ponderar la norma y su vinculación con el sistema total (Fallos 283:239, 301:489, 320:74, 314:445, 321:730 y 324:4349), siempre debiendo presumirse la coherencia del ordenamiento (Fallos 316:1319, 324:2153 y 3876).

11 Conf. MARTÍN, María Rosa de los Milagros. *Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado*. CLUSELLAS, Gabriel (dir.), T II, Ed. Astrea-Fen, Buenos Aires 2015, pág. 472. XVIII Jornada Notarial Cordobesa, 30 y 31 de julio de 2015, T III. 38 Jornada Notarial Bonaerense (2013), T. I, conclusión 4.2, REVISTA NOTARIAL N° 973, pág. 302.

12 La Orden de Servicio 45/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires para su personal ha sostenido la postura contraria: “...si bien es posible que uno de los cónyuges represente al otro en el acto de disposición o gravamen, en virtud de lo dispuesto en los artículos 456, 459 y 470 CCC, resulta expresamente prohibido que uno de ellos otorgue poder al otro para prestar asentimiento con respecto a bienes gananciales y la vivienda familiar. Sin embargo está permitido que uno de los cónyuges otorgue poder a un tercero para prestar asentimiento conyugal requerido en los casos de los artículos 456 y 470 CCC, siempre que cumpla con lo dispuesto en el artículo 375, inc. b) CCC (identificación del bien)”.

considerar tal persona cuando no tiene incidencia en efectos pendientes del acto a celebrarse¹³.

La forma del asentimiento debe ser la del acto principal al que accede, y por ello compartimos la postura que pese a no tener regulación al respecto, en los casos en que este acto principal debe ser otorgado por escritura pública, también debe serlo en asentimiento por acto separado (art. 1017 inc. d) CCyC).

1.2.3. Omisión de asentimiento. Caducidad del derecho

Los arts. 456, 522 y 470 CCyC por remisión, prevén expresamente la sanción de nulidad ante la falta de asentimiento del cónyuge o conviviente cuando es requerido.

Consagra así la línea jurisprudencial en tal sentido, que consideraba de nulidad relativa¹⁴, por estar conferida en interés individual de ciertas personas como hoy proclama el art. 388 CCyC en esta categoría; provocando el cambio en la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que lo consideraba un caso de inoponibilidad.

La consecuencia en la práctica notarial no será de tanta relevancia dada ya la existente de aquellas jurisdicciones que ya sostenía la doctrina judicial ahora con rango legal. La omisión de asentimiento que en nuestra provincia llevaba antes a su mero otorgamiento posterior, con la nueva doctrina implica un acto de confirmación del art. 393 CCyC, y en el caso de tratarse de actos relativos a derechos reales sobre inmuebles se otorgará por escritura pública.

La nulidad tendrá un breve plazo de caducidad de seis meses desde que el cónyuge que debió asentir conoció -y, agregamos, o debió conocer- el acto de disposición, y hasta seis meses posteriores a la disolución del régimen patrimonial matrimonial (no necesariamente disolución del vínculo).

La caducidad opera por el no ejercicio del derecho en término legal, por lo cual en reciente consulta concluimos que ante el fallecimiento de la cónyuge que debió asentir, acto extintivo del régimen de comunidad (art. 475 inc. a) CCyC), sin que los herederos hayan ejercido acción alguna al respecto, el título queda perfeccionado por el transcurso del tiempo desde el fallecimiento que provoca la pérdida por caducidad del derecho no ejercido (art. 2566 CCyC).

En cuanto a la observabilidad del título -más allá de lo señalado en cuanto a la caducidad- no puede perderse de vista la norma del art. 392, segundo párrafo, CCyC, que replica la del derogado art. 1051 CC, y la falta de efectos de la nulidad con respecto al tercer subadquirente de buena fe y a título oneroso. Por lo tanto ante la falta de sentencia de nulidad -o al menos acción respectiva con sus consecuentes medidas cautelares inscriptas- al momento de la nueva disposición, la eventual nulidad futura no tendrá efectos ante este particular subadquirente de buena fe y a título oneroso¹⁵.

1.2.4. Autorización judicial por falta de asentimiento

El art. 458 CCyC regula lo que en la práctica se denominaba dispensa judicial, y prevé que ante la ausencia del cónyuge, que este sea una persona incapaz o con capacidad restringida, o esté transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa es injustificada por el interés familiar, el cónyuge titular podrá solicitar la autorización para otorgar el acto, que así otorgado será oponible al cónyuge no titular.

La autorización judicial al cónyuge titular equivale desde el análisis jurídico al cumplimiento del asentimiento conyugal, y por ello la acción debe contener los requisitos del art. 457¹⁶, a fin de poder fundar la resolución judicial en la razonabilidad y conveniencia del acto teniendo en cuenta el interés familiar¹⁷. La consecuencia será la validez del acto de disposición frente al tercero, no pudiendo alegarse la acción para obtener la sentencia de nulidad relativa por su omisión (art. 456) por lo cual el acto será perfecto al respecto.

1.3. Responsabilidad solidaria

El art. 461 CCyC en relación al matrimonio, y el art. 521 CCyC en la uniones convivenciales con remisión al primero, plasman el régimen de responsabilidad solidaria entre ambos cónyuges o convivientes por el pago de las deudas contraídas por uno de ellos para solventar los gastos de asistencia y colaboración de los arts. 455 y 519 CCyC.

13 La 38° Jornada Notarial Bonaerense (2013) concluyó al respecto: "4.1. Los requisitos exigidos por el proyecto para el asentimiento (individualización del acto en sí y sus elementos constitutivos) deben interpretarse, en una lectura armónica con las normas previstas para la representación, como referidos a la identificación del acto y la designación de los bienes que comprende" (www.jnb.org.ar/despachos).

14 CNCiv., Sala G, 26/12/1985, "Tenenber de Arfa, N. B. c/ Manuele, E. A. J." LL 1986-B-338, referida expresamente al asentimiento sobre bien propio; CCiv. y Com. Rosario, Sala 2°, 22/11/1994, "Evans, A. c/ Wasser, J.", LL 1995-III-83; CNCiv. Sala F, 30/9/1981 "M. de B. I. c. G. U., y otros", LL 1982-C-10; CNac. Civil, Sala A, 13/12/1982, LL 1983-B-335, y dejando de lado la interpretación de la inoponibilidad al cónyuge (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Ac. 45388 del 17/5/1982, Acuerdos y Sentencias 1995, pág. 369; SC Tucumán, 10/12/1981, LL 1982-C-439; CCiv. y Com. Lomas de Zamora, Sala I, 26/4/1994, "R. de B., Y., c/ V. J.", LLBA 1994, 811.

15 Hemos desarrollado con más detalle la cuestión en CLUSELLAS, Gabriel (dir.), Ob. cit., T. II, págs. 413 a 416.

16 Conf. ZANNONI, Eduardo A. Ob. cit., pág. 633: quien explicaba que el cónyuge debe precisar los elementos básicos como precio, forma de pago, garantías, etc. (CNac. Civ., Sala A, 6/5/1974, ED 57, 579; íd. 3/3/1981, ED 84-569; íd. 14/4/1981, LL 1982-B-475, 36093-s; íd. Sala B, 15/9/1971, LL 148-674, 29515-s; y JA 13-1972-510 N° 362; íd. 3/8/1972 ED 45-148; íd. Sala C, 10/7/1969 ED 31-539; íd. 26/9/1978, LL 1978-D-536; íd. 7/9/1984 LL 1985-B-164; íd. Sala D, 19/5/1981, LL 1981-D-333; íd. Sala E, 23/7/1980, LL 1980-D-99; íd. Sala F, 30/9/1981, ED 96-708; íd. Sala G., 23/2/1981, LL, 1981-C-208.

17 SCBA, 2/11/1971, DJBA 94-303; Cám. CyC San Nicolás, 8/7/1971, ED 38-815.

Se trata de solventar solidariamente ambos estas deudas frente a terceros, como ejemplifica la norma, aquellas contraídas para solventar necesidades ordinarias del hogar y educación de los hijos comunes o de uno de ellos que siendo menores o incapaces convivan en una familia ensamblada.

1.3.1. Responsabilidad solidaria en el matrimonio bajo régimen de comunidad de bienes

El art. 467 CCyC mantiene el principio, en caso de cónyuges bajo régimen de comunidad, de que cada uno responde frente a sus acreedores con sus bienes propios y gananciales, principio que subsiste durante la indivisión postcomunitaria hasta la partición de bienes (arts. 486 y 487 CCyC).

Sólo en este régimen se prevé en el art. 467 CCyC, segundo párrafo, la extensión de la responsabilidad solidaria frente a terceros por las deudas personales para la conservación y reparación de los bienes gananciales de titularidad de sólo uno de ellos, pero limitada sólo a los bienes gananciales; es decir que el no titular no responde con sus bienes propios por estas deudas.

El art. 468 CCyC diferencia netamente la responsabilidad frente a terceros, del ámbito interno de la comunidad. El pago efectuado por el cónyuge no titular del bien ganancial reparado, lo convierte en acreedor de la recompensa de tal valor al momento de la liquidación de los bienes del régimen patrimonial matrimonial.

2. REGÍMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

Una de las mayores reformas de la ley 26.994 es el reconocimiento de la autonomía de voluntad de los cónyuges -o futuros cónyuges- para optar entre dos regímenes al que se sujetarán en la relaciones patrimoniales durante el matrimonio y posterior a su ruptura: el de comunidad de bienes (similar al derogado régimen obligatorio y de orden público) y el de separación de bienes.

Consagra así la ruptura del orden público absoluto, y concede a los cónyuges la libertad de elegir y cambiar durante el matrimonio su régimen de bienes, con la consecuente extinción de bienes en comunidad de gananciales y su división con plena autonomía contractual aun cuando subsista el vínculo matrimonial, a través de una convención prematrimonial o matrimonial otorgada por escritura pública (arts. 448 y 449 CCyC).

Esto quiere decir que si bien, como veremos, subsiste la prohibición de celebrar contrato entre cónyuges solo para aquellos bajo el régimen de comunidad (art. 1002 inc. d) CCyC), tanto podrá legalmente constituir usufructo vitalicio y gratuito un cónyuge al otro bajo el régimen de separación, como en el caso de los que estén bajo el régimen de comunidad podrán hacer un convenio de cambio al régimen de separación de bienes, adjudicarlo a uno de ellos, y este constituir usufructo vitalicio y gratuito al otro, todo en forma simultánea y por escritura pública, sin violentar norma legal alguna, por ser actos plenamente admitidos, fruto de esta admisión de la mayor autonomía de voluntad y morigerar los alcances de las normas imperativas.

El nuevo Código Civil y Comercial en su estructura metodológica denota su prioridad por esta autonomía autorreferencial, consecuencia de la norma del art. 19 de la Constitución Nacional, al iniciar el régimen patrimonial con la regulación de las convenciones prematrimoniales (arts. 446, inc. d), y 448 CCyC) y matrimoniales (art. 449 CCyC) como el modo y forma para optar por uno de los dos regímenes patrimoniales, para luego limitar su opción sólo a los dos estatutos legales previstos (art. 454 CCyC) y el acogimiento por defecto o silencio de los futuros cónyuges, al régimen de comunidad (art. 463 CCyC).

Esta norma se acerca al sistema de pactos, pero con la limitación en cuanto al contenido de las opciones admisibles, diferenciándose así de la unión convivencial, donde los pactos convivenciales con su amplitud de objeto y libertad de los convivientes importa un sistema de diseño de régimen patrimonial convivencial puro y no de mera opción entre dos estatutos predeterminados por la ley (arts. 513, 514 y 515 CCyC).

Sin embargo, esta prioridad por la voluntad expresada por los cónyuges en el régimen patrimonial del matrimonio, vuelve a tener relevancia especial en la norma de derecho internacional privado del art. 2625 CCyC, que luego de reiterar lo normado en el derogado art. 163 (texto ley 23.515) en cuanto a la aplicación de ley del lugar del primer domicilio conyugal en cuanto a sus relaciones patrimoniales, en su párrafo final -agregado de la ley 26.994- establece una norma de orden público internacional local, que con carácter imperativo autoriza a los cónyuges a celebrar una convención matrimonial de opción de régimen de este código argentino, pese a que ello no esté permitido en la ley del primer domicilio conyugal.

Impone en el ámbito del derecho internacional privado, como ley imperativa argentina (art. 12 CCyC) la autonomía de voluntad para regir los cónyuges sus relaciones patrimoniales una vez radicados en nuestra República. Es decir, el nuevo orden público en la materia es la libertad convencional.

2.1. Convención prematrimonial de opción de régimen patrimonial matrimonial

El art. 446, inc. d), CCyC expresamente autoriza a los futuros cónyuges a celebrar una convención prematrimonial que tenga por objeto la opción por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en el código.

Por el juego con el art. 463 CCyC que establece que en caso de silencio se lo tendrá por sometido al régimen de comunidad, la convención prematrimonial será de ordinario utilizada para optar por el régimen de separación de bienes, dado que optar por el supletorio no tiene mayor utilidad ya que no se puede hacer modificaciones, salvo que conjuntamente se otorgue para otro de los objetos previstos en el art. 446 CCyC.

La convención prematrimonial deberá otorgarse por ambos cónyuges y bajo la forma de escritura pública, y estará condicionada a la celebración del matrimonio válido. Se trata de una condición suspensiva, y a partir del acaecimiento del hecho del matrimonio solemne válido (celebración ante el oficial del registro civil) producirá sus efectos. Mientras no se celebre el matrimonio la convención prematrimonial podrá modificarse cuantas veces lo deseen las partes, o incluso distractarla.

El matrimonio declarado nulo impedirá la eficacia de la convención, sin perjuicio de ser aplicables las normas de los arts. 427 a 428 CCyC para el o los cónyuges de buena fe, y los actos celebrados por estos con terceros.

Asimismo el art. 448 CCyC establece que esta opción será oponible a terceros por su anotación al margen de la partida de matrimonio. Tal rogación de inscripción deberán hacerla las partes interesadas al momento de celebrar el matrimonio (art. 420 incs. i) y j) CCyC), no siendo ello responsabilidad del escribano autorizante por intervenir al momento del cumplimiento de la condición suspensiva, y por ende de cumplimiento imposible al momento del otorgamiento.

Debe notarse que no se trata de una inscripción constitutiva ni perfeccionante de la convención matrimonial, a diferencia de la celebración del matrimonio que requiere el acto formal constitutivo de tal estado de familia.

La opción tendrá plena eficacia entre partes desde la celebración del matrimonio válido, y será oponible a aquellos que tomaron conocimiento de tal convención, como ocurrirá por ejemplo cuando el o los cónyuges acrediten con la escritura de convención prematrimonial y el acta de matrimonio el cumplimiento de la condición, aun cuando no resulte de esta última la atestación al margen de la convención, al momento de adquirir bienes registrables, como inmuebles, cuotas sociales, automotores, etc.

La acreditación de la inscripción en el registro civil no es un requisito indispensable, ya que los cónyuges ya están sometidos al régimen de su elección aun a falta de esta registración, y lo podrán poner de manifiesto tanto en el documento de adquisición del bien registrable como en la registración, aun antes de la inscripción de la convención prematrimonial al margen de la partida de matrimonio.

Si bien el art. 420 CCyC regula entre los contenidos de la partida de matrimonio la manifestación de los cónyuges sobre la opción del régimen patrimonial, ello no impide ni prohíbe su posterior declaración y anotación.

Al momento de acreditar el régimen de opción, la anotación marginal puede ser útil para justificar su inalterabilidad ante una eventual modificación o distracto; pero su omisión ve justificada su innecesariedad cuando ambos comparecen e invocan la convención prematrimonial, o la declaración unilateral se realiza durante el trámite de reclamo por la omisión de asiento, o durante el término de expedición de la partida de matrimonio, ante la necesidad de dejar constancia de la opción. Esta circunstancia podrá integrarse posteriormente, incluso hasta el momento de la disposición del bien adquirido, como sucede en el caso de los bienes adquiridos durante al proceso de divorcio pero con posterioridad a la fecha de la disolución del matrimonio pero antes de dictarse la respectiva sentencia.

2.2. Convención matrimonial de cambio de régimen patrimonial matrimonial

El art. 449 CCyC permite a los cónyuges que se rigen por alguno de los dos regímenes patrimoniales, cambiar el mismo optando por el otro, con el solo requisito de otorgarlo por escritura pública y haber estado un año bajo el régimen anterior, sea este convencional o legal.

No establece límites a las veces que puede mutarse de régimen, y sólo debe contemplarse que no sea antes del año de la última opción.

La opción de cambio de régimen podrá realizarse tanto por matrimonios celebrados antes de la vigencia del nuevo código como los posteriores, y el plazo cuenta desde la celebración del mismo aun en el caso de los anteriores a la vigencia de este el 1/8/2015¹⁸.

La mutación del régimen, como en el caso anterior, requiere sólo para producir efecto frente a terceros, la inscripción al margen de la partida de matrimonio, la cual no es constitutiva y será oponible a quienes tomen conocimiento de ello.

El cambio del régimen de comunidad al de separación es una causal de extinción de la comunidad de gananciales (art. 475, inc. e), CCyC), provocando la indivisión postcomunitaria, que debe ser liquidada y partida, sin disolución del vínculo matrimonial (como también sucede en la separación judicial de bienes sin divorcio del arts. 477 y conc. CCyC).

Por ello la Jornada Notarial Argentina de 2012 y la Jornada Notarial Bonaerense de 2013¹⁹ han sido contestes en recomendar el asesoramiento de realizar al momento de la escritura pública de convención matrimonial de mutación de régimen patrimonial al de separación de bienes, el otorgar la escritura pública de partición y adjudicación de los bienes concluyendo la indivisión, y así quedando los bienes de carácter personal de cada uno (y evitando toda subrogación de lo recibido en caso de disposición de los bienes no partidos a la masa indivisa).

18 Conf. MEDINA, Graciela. "Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código", La Ley, 2012-E-2302. Kemelmajer de Carlucci, Aída. *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal Culzoni editores, Santa Fe, 2015.

19 REVISTA NOTARIAL, N° 972, año 2012, pág. 925; www.jnb.org.ar/despachos.

La escritura pública de opción o mutación de régimen parece aconsejable hacerla de modo separado y simultáneo a la de partición de bienes indivisos, ya que ambas se inscribirán en diferentes registros: la primera en el registro civil, y la segunda, en el de cada bien en particular: registro de la propiedad inmueble, dirección provincial de personas jurídicas, registro nacional de la propiedad automotor, etc.

La simultaneidad de los actos, y el hecho indicado de no ser la inscripción en el registro civil constitutiva, patentizan que no es necesaria la previa inscripción en este para luego inscribir la partición en los registros de bienes en particular, dado que el cambio de régimen ya operó el día de otorgamiento de la escritura pública respectiva y ser oponible a todos los terceros, organismos o registros que tomen conocimiento de ello por la rogación documental²⁰.

Los interesados directos para rogar la inscripción ante el registro civil de la mutación del régimen patrimonial son los propios interesados, pero entendemos además que también la tiene el escribano autorizante, en representación de ellos con causa no ya en un contrato de mandato, sino en el contrato de relación profesional que vincula al notario con sus requirentes, por lo cual no debe serle negada su intervención y rogación por el registro civil.

Asimismo en la provincia de Buenos Aires el art. 35, inc. 8), decreto-ley 9020/78, establece el deber del notario bonaerense de "...tramitar bajo su sola firma la inscripción en los registros públicos de los actos pasados en su protocolo...", y esa ley provincial debe ser cumplida por los escribanos bonaerenses como por el Registro Provincial de las Personas. Sin perjuicio de ello, ante la falta de regulación por este registro al respecto, aparece aconsejable que las partes autoricen al notario autorizante a solicitar y tramitar su toma de razón y a retirar la partida con la correspondiente anotación marginal, o las personas a ello autorizadas en el cuerpo de la escritura, hasta tanto dicten disposiciones administrativas al respecto.

3. RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL DE COMUNIDAD DE BIENES

El nuevo ordenamiento civil establece el régimen de comunidad con carácter supletorio (art. 463 CCyC) a falta de opción de los cónyuges o futuros cónyuges por el de separación de bienes, que se estructura en lo sustancial por las normas de interpretación del anterior único de ganancialidad regulado por la ley 17.711.

Se divide -como en el régimen anterior- en masas de bienes propios de cada uno de los cónyuges, de libre gestión por su titular (art. 469 CCyC), y gananciales de cada cónyuge, de gestión del titular pero que se encuentra limitada o restringida la enajenación o gravamen de ciertos bienes (art. 470 CCyC) o su divisibilidad (art. 471 CCyC), y en caso de cese de la comunidad tal masa se divide por mitades luego de cumplidas las medidas de liquidación de cargas y recompensas (arts. 498 CCyC y conc.)²¹.

En la esfera externa de la comunidad, se mantiene el principio de que el titular de cada masa de bienes gananciales responde con ellos frente a terceros sólo por sus deudas (art. 467, 1º primer párrafo, CCyC), que se extiende durante la indivisión postcomunitaria hasta la partición (arts. 486 y 487 CCyC).

En la esfera interna de la comunidad expresamente se establece el derecho de recompensa a la comunidad que solventó deudas personales de uno, y de la comunidad a estos cuando solventaron con bienes propios deudas de ellas; ambas recompensas a liquidarse al cese de la comunidad (art. 468 CCyC).

Como se señaló previamente, el art. 467, segundo párrafo, CCyC extiende el régimen de responsabilidad solidaria entre cónyuges bajo este régimen, también a las deudas por los gastos de conservación y mantenimiento de bienes gananciales de uno, que solventarán incluso con los bienes gananciales del otro.

3.1. Recompensas

En este régimen se consolida el principio de la calificación única del bien, al momento de la extinción de la comunidad, y excepcionalmente cuando se debe calificar la procedencia o improcedencia del asentimiento conyugal puro²²; con recompensas al liquidarse en la indivisión postcomunitaria.

Se detallan varios supuestos de recompensas, así pese a calificarse el bien de propio se deberá recompensa a la comunidad: 1) por los gastos solventados por esta por cargos de los bienes adquiridos por herencia, legado o donación (art. 464, inc. a) CCyC); 2) por el saldo de aportes de la comunidad en la permuta o reinversión de bienes propios (art. 464, inc. c) CCyC); 3) por las mejoras en bienes propios con aportes de la comunidad (art. 464, inc. j) CCyC); 4) por la adquisición durante la comunidad de partes indivisas en bienes en que ya existían partes propias (art. 464, inc. k); 5) por los gastos solventados por la comunidad para extinguir usufructos y otros gravámenes reales sobre bienes propios (art. 464, inc. l) CCyC); 6) los gastos solventados

20 Si bien en el *Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado*, (CLUSELLAS, Gabriel (Director), T. II, ed. Astrea - FEN, Buenos Aires, 2015) desarrollamos un proyecto sugerido de escritura pública de mutación de régimen y adjudicación por partición en la misma escritura de actos múltiples, parece ser más sencillo para su toma de razón separarlo como indicamos en el texto de este artículo para sus inscripciones independientes y no remitiendo información innecesaria en alguno de ellos.

21 Véase nuestro desarrollo sobre el particular en *Código Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado*, CLUSELLAS, Gabriel (Director), T. II, Ed. Astrea - FEN, Buenos Aires, 2015, págs. 443 y sgts. La reforma mantiene el criterio liminar de calificar de gananciales a los bienes creados o adquiridos a título oneroso durante la comunidad o comenzados a poseer durante ella, con exclusión de los casos del art. 464 CCyC (conf. art. 465 inc. a) CCyC).

22 No así del asentimiento en interés de la vivienda familiar, que se da con independencia de esta calificación de bienes propios y gananciales, y sólo se exige por la situación de hecho de vivienda.

para la adquisición de bienes necesarios para el trabajo o profesión de uno de los cónyuges, o de las ropas y objetos de uso personal si son de gran valor (art. 464 inc. m) CCyC); 7) las primas de seguros de las indemnizaciones recibidas por muerte del cónyuge (art. 465 *in fine* CCyC).

Del mismo modo la comunidad debe recompensa al cónyuge en caso de: 1) por el valor del ganado propio aportado cuando en las crías se ha mejorado el plantel (art. 464, inc. f); 2) por el valor de los aportes propios en la adquisición después de la comunidad por permuta o reinversión de bienes gananciales (art. 465, inc. c) CCyC); 3) las mejoras en bienes gananciales solventados con aportes propios de uno (art. 465, inc. m) CCyC); 4) las partes adquiridas de aportes propios cuando ya existían partes indivisas gananciales en el bien (art. 465, inc. n) CCyC); 5) la extinción de derechos o gravámenes reales sobre bienes gananciales con aportes propios (art. 465, inc. l) CCyC).

El nuevo sistema reafirma el concepto de calificación único, y resolviendo las diferencias aportadas en relación a bienes de una masa por el derecho de recompensa a liquidarse en el futuro (durante la indivisión hereditaria).

Por ello, al momento de calificar la procedencia del asentimiento conyugal no es relevante considerar quién abonó la hipoteca, o las mejoras aportadas por la comunidad o uno de los cónyuges, o la diferencia aportada en dinero en la permuta o reinversión de bienes de un carácter, dado que ello se resuelve por el crédito de recompensa, que no se liquida en ese momento sino con posterioridad, una vez extinguida la comunidad de bienes gananciales.

3.2. Calificación única del bien (teoría monista)

La reforma resuelve la cuestión planteada en doctrina sobre la calificación única del bien o mixta, optando por la primera, tanto se trate de la adquisición de partes indivisas durante la comunidad cuando ya se tenían partes indivisas propias (art. 464, inc. k) CCyC), como cuando se adquieren partes indivisas de un bien del que ya se tenían previamente partes indivisas gananciales por no haberse partido la indivisión postcomunitaria con respecto a este (art. 465, inc. n) CCyC), teniendo todo el bien el carácter de la primera adquisición, con un derecho de recompensa para la comunidad o para el excónyuge por el aporte realizado.

La calificación monista operará cuando las nuevas partes indivisas adquiridas completen o no el total del dominio del bien en cuestión²³.

La norma es de esencial trascendencia al calificar la procedencia del asentimiento conyugal²⁴ al momento de la disposición del bien, que permite su enajenación o gravamen; así como para determinar la no inclusión del bien en particular en el acervo del sucesorio del cónyuge no titular, en el que sólo se deberá considerar la recompensa debida a la comunidad extinta por causal de fallecimiento o presunción de fallecimiento.

La reforma cambia en la provincia de Buenos Aires, la doctrina de los bienes mixtos sostenida por la Suprema Corte provincial, y en consecuencia de los organismos de registro de bienes, debiendo aplicarse a los bienes de los cónyuges preexistentes la nueva regulación, en razón de calificarse el carácter del bien al momento de la extinción de la comunidad o excepcionalmente de considerar la procedencia del asentimiento conyugal del acto producido después de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial. No se trata de la aplicación del régimen temporal de la ley nueva (art. 7° primer párrafo, CCyC), sino de la aplicación actual de la ley vigente (nuevo código)²⁵.

3.3. Subrogación real: obligatoria conformidad del cónyuge

El art. 466, segundo párrafo, CCyC mantiene la *ratio legis* del art. 1246 del Código Civil derogado, clarificando que en caso de adquirirse un bien durante la comunidad con la inversión o reinversión de bienes propios por cualquiera de los cónyuges sin distinción, para que ello sea oponible a terceros se debe dejar constancia en el acto de adquisición de esa circunstancia: a)

23 Toma así la solución del plenario "Sanz" (CNCiv., en pleno: "Sanz, Gregorio O. s/ recurso contencioso administrativo 31723", 15/7/1992, REVISTA NOTARIAL N° 913, pág. 864), pero a diferencia de los argumentos de estos, la falta de remisión a otros institutos como el condominio, ratifica que no es necesario adquirir todas las partes indivisas restantes, como lo ha interpretado el informe final de la XXXIX Convención Notarial de la Capital Federal (2012), al analizar esta norma: "...ii) que se incorpora la doctrina del plenario 'Sanz', aún cuando las adquisiciones posteriores no contemplen la totalidad del bien", y la 38 Jornada Notarial Bonaerense (2013), concluyó: "6.1. El proyecto recoge la postura monista en la calificación de los bienes del matrimonio, en sentido amplio, aceptando que la adquisición de toda nueva parte indivisa (aún no completando el total) mantiene el carácter de la primera adquisición".

24 La cuestión es intrascendente en el asentimiento en interés de protección de la vivienda familiar, en la que lo relevante es la situación de hecho "vivienda".

25 La Orden de Servicio 45/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble provincial, prevé que: "...atento el derecho adquirido respecto del titular, en cuanto al carácter del bien y a la necesidad en su caso de requerir el asentimiento conyugal, y teniendo en cuenta el perjuicio que podría llegar a sufrir uno de los cónyuges, hasta que se expida la justicia al respecto de este punto, con relación a las partes indivisas gananciales de bienes mixtos registrados, se requerirá asentimiento del cónyuge (interpretación art. 7° CCC)". Si bien disintimos de la solución técnico-legal, dado que la calificación del bien del matrimonio no se hace al momento de su adquisición sino de la extinción de la comunidad o excepcionalmente antes al calificar la procedencia o no del asentimiento conyugal para la enajenación o gravamen sólo en bienes registrables y los casos enunciados en el art. 470 CCyC, lo que nos aparta de poder hablar de derecho adquirido y la aplicación del segundo párrafo del art. 7° CCyC; compartimos la preocupación y consideración en justicia particular, de ver frustrado el cónyuge no titular una expectativa jurídica con su consecuente protección que entendía tener al momento de la adquisición por la doctrina de los bienes mixtos sostenida por la Suprema Corte de Justicia provincial, que quizá lo indujo a no tomar otras prevenciones al momento de la adquisición del bien ante el asesoramiento jurídico recibido en base a ello, y poder sentirse agraviado en su buena fe ante la nueva ley que no pudo prever. Creemos que el juez no podrá apartarse del texto legal de aplicación actual prevalente, aunque consideremos más justa la calificación mixta de los bienes del matrimonio.

determinándose el origen, y b) prestando conformidad el otro cónyuge²⁶.

A diferencia del régimen anterior la conformidad del otro cónyuge ahora es obligatoria, y no meramente conveniente²⁷; y establece que en caso de no poder obtenerse o negarla este injustificadamente, el adquirente puede requerir declaración judicial al respecto que acreditará tales extremos²⁸.

3.4. Gestión de bienes en comunidad

Se mantiene la libre administración y disposición separada de los bienes propios, y de los gananciales no comprendidos en las normas de los arts. 470 y 471 CCyC; sin perjuicio de la protección de la vivienda familiar y los muebles del hogar que se rige por el régimen común e inderogable común a todos los regímenes y que excede la particularidad de este (arts. 456, 462 y conc. CCyC).

3.4.1. Asentimiento conyugal

Al igual que en el régimen derogado se mantiene la exigencia de requerir el asentimiento del otro cónyuge para que el titular enajene o grave bienes registrables (art. 470, inc. a) CCyC), y en los restantes incisos que aclaran la exigencia de tal requisito con relación a otros bienes patrimoniales prescindiendo de su calificación de registrables o no, siendo procedente por su sola enumeración legal: las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del art. 1824 CCyC; las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; y los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios. También requieren asentimiento en las promesas de los actos enumerados.

Se trata en este caso del asentimiento conyugal tradicional o que llamamos aquí puro, el que tiene por finalidad la protección de la expectativa futura de integrar la masa ganancial y recibir la mitad de la misma en caso de cese de la comunidad, fundada en la presunción legal de esfuerzos económicos de toda índole por los cónyuges durante la comunidad; diferenciándose clara y apropiadamente de los casos del art. 456 CCyC.

El asentimiento se sigue diferenciando del consentimiento, dado que no hay un acto de disposición del asintiente, ni se debe considerar que integre la capacidad del disponente, sino que se trata del permiso a disponer de estos bienes enunciados que así se ven liberados de su limitación o restricción en interés particular -que no afecta el de sus acreedores por la separación de masas-, por lo que subsiste la no exigencia de certificados de inhibiciones por el asintiente para las disposiciones de bienes registrables por el titular.

La parte final del art. 470 CCyC remite a la regulación del asentimiento en interés familiar en los arts. 456 a 459 CCyC para prestar este asentimiento, en el que aclaramos en el punto 1.2.1.1. del presente nuestra interpretación que la prohibición de otorgar poder para asentir de un cónyuge al otro sólo se limita al caso del asentimiento en protección de la vivienda familiar y no se extiende a los restantes supuestos de este art. 470 CCyC.

3.4.2. La cuestión del asentimiento conyugal en la cesión de boleto de compraventa inmobiliario

El texto legal extiende la exigencia del asentimiento a las promesas de contratos que requieran asentimiento conyugal bajo pena de nulidad. Dentro de esta norma, aunque podemos disentir o no en calificar al boleto de compraventa inmobiliaria como promesa, no nos cabe duda en la intención de la inclusión de esta exigencia al momento de su celebración, pero ello lleva a analizar su extensión a las cesiones del mismo.

Los derechos y acciones adquiridos por el boleto de compraventa son claramente gananciales, pero la cuestión radica en determinar si están comprendidos entre los que requieren asentimiento para su disposición o gravamen.

¿Es el boleto de compraventa de inmuebles, o mejor dicho sus derechos o prestaciones, un bien registrable? Ciertamente que el boleto de compraventa de inmuebles confiere a su adquirente no un derecho real de dominio del inmueble, sino el derecho creditorio o personal, a que le sea transmitido ese dominio. Ese es el principio general, por lo cual no le es aplicable la

26 MEDINA, Graciela. "Las grandes reformas al derecho de familia", en Rivera y Medina. *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 306: "...si bien, en principio, el carácter propio o ganancial es indiferente para los terceros por el sistema de separación de deudas, puede llegar a tener importancia si, después de disuelta la comunidad, se intentara disminuir la garantía de los acreedores, atribuyendo el carácter de propios a los bienes gananciales a fin de excluirlos de la partición".

27 La 38ª Jornada Notarial Bonaerense (2013) concluyó: "...6.3. En el supuesto de subrogación real, el Proyecto incorpora la exigencia de la conformidad del cónyuge, además de la circunstancia de la determinación del origen, para su oponibilidad a terceros". REVISTA NOTARIAL N° 973, pág 303.

28 El nuevo texto no ha cerrado la discusión sobre la posibilidad de que ambos cónyuges, sin intervención judicial, otorguen escritura complementaria, cumpliendo el consentimiento del cónyuge omitido. En una primera postura, ante la imposibilidad de probar el carácter del bien por prueba de confesión de los cónyuges frente a terceros, y ante la aplicación por analogía de la necesidad de intervención judicial cuando el cónyuge adquirente lo requiera, no se admite la escritura complementaria y se exige la solicitud de ambos ante el juez y la resolución judicial. Una segunda postura, sostiene su viabilidad ante la laguna del texto que solo exige tal recaudo cuando lo pide el adquirente, pero nada dice si el acto lo otorgan ambos (esta postura es la concluida por la XVIII Jornada Notarial Cordobesa -2015- y la 38ª Jornada Notarial Bonaerense -2013-). Posturas que auguran su debate en el futuro.

normativa de registraci3n de los derechos reales (art. 1893 CCyC).

El art. 1170 CCyC establece la protecci3n para el adquirente s3lo de inmuebles por boleto de compraventa, aun frente a acreedores particulares e individuales del titular registral cuando abon3 el veinticinco por ciento del precio, tiene fecha cierta y publicidad suficiente, sea registral o posesoria. Recoge la l3nea jurisprudencial al respecto y ampl3a el supuesto del art. 1185 bis CC derogado de oponibilidad frente al concurso del vendedor, que se trata en el nuevo art. 1171 CCyC.

La norma hace referencia a la publicidad registral, y la misma ley 26.994 ha modificado el art. 2º de la ley 17.801 admitiendo la registraci3n de documentos establecidos por otras leyes nacionales o provinciales (inc. c).

Para que un bien sea considerado registrable no es determinante que puede ser inscripto en alg3n registro, sino que la ley imponga su registro en forma obligatoria.

As3 explica GUSTAVO RULLANSKY, que con la vigencia del C3digo Civil y Comercial, la registraci3n de boletos de compraventa inmobiliaria "...s3lo resultar3 exigible en los supuestos de la venta de inmuebles fraccionados en lotes y a plazos (ley nacional 14.005, modificada por ley 23.266, 3nica ley que lo exige, y que establece una protecci3n espec3fica de mayor alcance que el art. 1170)"; para concluir: "El aspecto a considerar es si el C3digo Civil y Comercial dispone o no la anotaci3n de los boletos de compraventa. La respuesta negativa se impone en raz3n de carecer de toda norma al respecto, y solo mencionar su eventual oponibilidad en una situaci3n concreta -la del art3culo en comentario- posici3n que se sostiene aun m3s con las modificaciones de la ley registral, que tampoco los incluye"²⁹.

Sin perjuicio de que se establezcan tales registraciones a los fines de tal publicidad, ello no es suficiente para considerarlo un derecho registrable, por limitarse su efecto registral s3lo a la oponibilidad a los acreedores del titular del derecho registral, que se cumplir3 tambi3n por la publicidad posesoria, es decir, que la registral no es determinante ni caracterizar3 al bien.

Esta conclusi3n se ve reafirmada por el hecho de que si el bien puede ser registrable, esta situaci3n no es permanente sino temporal, como una medida cautelar, tal como lo regula el art. 7º de la Disposici3n T3cnica Registral Nº 2/2013 y la Orden de Servicio Nº 45/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble provincial al limitar su eficacia registral al plazo de prescripci3n del boleto (cinco a3os).

N3tese que admitir que las leyes locales determinen el car3cter de bien registrable o no, lleva al absurdo de: a) concluir que un bien podr3 ser registrable en una provincia y no en otra; y b) en consecuencia, se le deber3a aplicar todo el r3gimen especial de los bienes registrables, como es la eventual acci3n de reducci3n en caso de transmisi3n gratuita (art. 2458 CCyC) y eventualmente la posible exigencia para su transmisi3n gratuita de la forma escritura p3blica por aplicaci3n del art. 1552 CCyC. Sin duda que esta es una interpretaci3n absurda y disfuncional que no resiste an3lisis -de all3 el acierto de la citada opini3n de RULLANSKY de marcar el efecto de la registraci3n del boleto s3lo limitada a la publicidad del art. 1170 CCyC- y que s3lo se menciona para demostrar que no se puede considerar al derecho del comprador de inmueble por boleto de compraventa como un bien registrable.

Por ello, no siendo el derecho o prestaci3n que nacen del boleto de compraventa inmobiliaria un bien registrable, no es exigible el asentimiento conyugal para su cesi3n, salvo la excepci3n indicada.

El boleto de compraventa, m3s all3 de poder considerarse la promesa de transmisi3n formal del dominio, puede ser considerado el contrato de compraventa mismo, en tanto el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de la cosa inmueble y la otra a pagar el precio (art. 1123 CCyC), y all3 se exige en el art. 470 parte final el asentimiento, con la consecuente legitimaci3n activa del no asistente a la acci3n de nulidad en caso de omisi3n, pero que se confirma luego si se lo otorga con posterioridad.

Es decir, que si bien asentimiento conyugal se exige para obligarse a transmitir el derecho real de dominio por su titular registral, aun no se ha adquirido por el comprador por boleto -ahora cedente- ese derecho real. El art. 465, inc. a), CCyC califica como gananciales a los adquiridos o comenzados a poseer durante la comunidad, y el derecho real de dominio sobre el inmueble (objeto mediato) no se ha adquirido aun, sino el derecho a exigir su adquisici3n; pero mientras no se otorgue el t3tulo del derecho real al adquirente por boleto, este aun no tiene un derecho registrable, como se explic3.

El contrato de cesi3n de boleto en el caso, tanto en el art. 1614 CCyC -como en el r3gimen anterior- tiene por objeto un derecho que, como se vio, no es registrable y no se identifica con el objeto mediato de la prestaci3n objeto de ese derecho (el inmueble).

El art. 470 CCyC se refiere a la promesa (asimilable al boleto) de la disposici3n de bienes registrables, y no se refiere a sus cesiones futuras. Tal exigencia se limita para la promesa de disposici3n del derecho del primer transmitente (titular registral) quien en definitiva transmitir3 el derecho real (registrable) al cesionario que acredite la debida legitimaci3n y concatenaci3n de cesiones en su caso.

Lo contrario implica tener por objeto de cesi3n no a los derechos y acciones del boleto sino al inmueble mismo. La protecci3n al c3nyuge, que surge de la interpretaci3n aut3noma del subsistema del derecho de familia y matrimonial, debe interpretarse en concordancia con los restantes subsistemas que integran el sistema jur3dico en rec3proca integraci3n coherente; y cuando una norma establece restricciones o limitaciones al ejercicio de los derechos y a la libertad de las personas debe apreciarse en sentido estricto y no laxo, evitando recurrir a la analog3a.

²⁹ RULLANSKY, Gustavo. En *C3digo Civil y Comercial. Comentado, Anotado. Concordado*, T. IV, Clusellas, Gabriel (Director), p3gs. 286 y 287.

El asentimiento conyugal del art. 470 CCyC, al igual que el art 1277 CC derogado, es una restricción excepcional a la libre disposición de los derechos, por lo cual se exige cuando la ley lo impone claramente y no se puede aplicar por analogía.

Los cónyuges bajo régimen patrimonial de comunidad pueden administrar y disponer múltiples bienes no registrables libremente, con independencia de su valor, sin asentimiento de su cónyuge y esa es la regla, y sólo por excepción se puede limitar su derecho.

El exigir el asentimiento conyugal para disponer (ceder) derechos personales no registrables como los emergentes del boleto de compraventa inmobiliario, cuando la norma sólo se refiere a la promesa del titular registral, es de interpretación restringida, donde no se pueden aplicar las normas de la analogía. Es decir sólo debe prestar asentimiento el o la cónyuge del o la titular registral y no de los sucesivos cedentes.

La armónica integración del subsistema familiar debe contemplar la regulación del diferenciado asentimiento en interés familiar para disponer de la vivienda familiar previsto con carácter inderogable en el art. 456 CCyC. Como señalamos previamente, este artículo exige el asentimiento para disponer de la vivienda sin requerir el dominio sobre el inmueble, como ocurre en el caso del inmueble locado con destino de habitación familiar; y con más razón cabe añadir el inmueble sobre el que se tienen derechos personales a su posesión y acción para exigir su escrituración. En consecuencia, si el bien objeto del boleto de compraventa además constituye la sede de la vivienda familiar, su cesión -como acto de disposición de la vivienda familiar- requerirá el asentimiento del cónyuge en interés familiar (art. 456 CCyC) y no el asentimiento conyugal puro o tradicional de los supuestos del art. 470 CCyC.

Por ello, entendemos que si no se dan los supuestos de excepción antedichos, el principio es que no es exigible el asentimiento conyugal para la cesión del boleto de compraventa de inmuebles³⁰.

3.5. Prohibición de celebrar contratos entre cónyuges bajo régimen de comunidad

La prohibición de celebrar contratos entre cónyuges, impuesta por el agregado inc. d) al art. 1002 CCyC, se limita a los cónyuges entre sí bajo el régimen de comunidad y en interés propio, excluyendo a los contratos entre cónyuges bajo el régimen de separación o en los que uno intervenga en interés ajeno, y los expresamente permitidos en el orden jurídico vigente.

La norma general impuesta es un claro retroceso en la evolución de la materia y contraria a las recomendaciones de la mayoría de la doctrina, que lleva a una limitación mayor que el régimen derogado.

El hecho de haber limitado la prohibición sólo a los cónyuges con régimen de comunidad de bienes, dejando plena libertad contractual a los cónyuges bajo el régimen de separación de bienes, descarta el tradicional fundamento moral, porque se encontraba fundamento en evitar conflictos o divergencias en la convivencia familiar por cuestiones de intereses económicos que alteraran o perjudicaran la armonía deseable entre ellos.

Queda sólo como fundamento el patrimonial, en especial diríamos con respecto al derecho de los acreedores de los cónyuges cuidado en los arts. 449 *in fine* y 487 CCyC, por sobre el orden público del régimen patrimonial que puede ser libremente dejado de lado por la convención matrimonial de su mutación en separación de bienes. Sólo en este interés de terceros debemos ver el fundamento teleológico, y en consecuencia el prisma a través del cual analizaremos las excepciones en pos de la permisón de ciertos contratos ente ellos.

La primera y principal excepción es justamente la convención matrimonial de mutación del régimen de comunidad al de separación (art. 449 CCyC), que pese a la nulidad de toda otra convención matrimonial que la permitida (art. 447, que reitera las normas de los derogados arts. 1218 y 1219 CC), abre la puerta a que una vez hecha la opción los cónyuges entre sí bajo el nuevo régimen realicen todo tipo de contratos como la constitución o transmisión de usufructo, donaciones, ventas, etcétera, entre sí y en interés propio.

Asimismo el nuevo código, como el anterior art. 236 del Código Civil derogado, permite a los cónyuges celebrar un convenio antes de la disolución del vínculo matrimonial sujeto a su aprobación judicial (arts. 439 y 440 CCyC) conteniendo la regulación de la vida postdivorcio, entre ellos la fijación del derecho a percibir alimentos convencionales, dividir y partir bienes gananciales, pactar compensaciones económicas, atribuir el uso de la vivienda, fijando cánones por su uso, entre otros.

El art. 459 expresamente se refiere a la posibilidad del mandato entre cónyuges, aunque trata en particular la representación para el ejercicio de las facultades que el régimen patrimonial atribuye, y debemos entender comprendidos tanto sobre la masa ganancial como propia, con la limitación vista al asentimiento en interés familiar; pero el concepto de permisón del mandato se reafirma con la letra del art. 474 CCyC en la administración de los bienes gananciales que remite por defecto a las normas del mandato o de la gestión de negocios según el caso.

Asimismo la modificación al art. 27 de la ley 19.550, ahora ley general de sociedades, amplía la capacidad para integrar los cónyuges entre sí todas las sociedades al referir a todos los tipos y los no tipificados de la sección IV de la ley, ya sin importar si la responsabilidad solidaria puede implicar desplazamiento de una masa a la otra por el pago de deudas por uno de ellos con todo su patrimonio (propios y gananciales). La norma debe ser interpretada en sentido armónico y según la histórica del régimen anterior admitiendo la capacidad como supuesto de ex-

³⁰ Sin perjuicio de lo dicho, en caso de pretender inscribir esta cesión de boleto de compraventa inmobiliario en el Registro de la Propiedad Inmueble de nuestra provincia debe tener presente que el art. 5° de la Disposición Técnico Registral N° 2/2013 citada exige el asentimiento conyugal tanto para el boleto de compraventa como para sus cesiones. Por esta norma administrativa sería exigible en las cesiones de boletos por el hecho de estar inscripto el boleto causal de los derechos cedidos, pero lo será sólo a los efectos de su inscripción y consecuente publicidad por registración, pero que no será óbice para tener igualmente publicidad posesoria.

cepción al art. 1002, inc. d), CCyC que sólo impedirá la transmisión de cuotas, participaciones o acciones entre ellos.

La misma solución entendemos que cabe interpretar en todas las personas jurídicas reguladas en el nuevo código, con su remisión a la aplicación supletoria a esta Ley General de Sociedades, como los arts. 150 y 187 CCyC³¹, lo cual se debe extender a la integración del consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica.

Ante la norma del art. 471 CCyC que admite el caso de condominio entre cónyuges, debe admitirse tanto la posibilidad de constituir por contrato este condominio, su administración y liquidación, como los restantes supuestos de dominio que importan un dominio en participación, como la propiedad horizontal general y especial, conjuntos inmobiliarios, cementerios privados, tiempo compartido, y la cotitularidad de los restantes derechos reales desmembrados o de garantía. La posibilidad de copropiedad, en sentido extenso, entendemos que permite justificar la permisión de la cuenta corriente bancaria de titularidad de ambos cónyuges.

La genérica inhabilidad se refiere a hacerlo en interés propio, lo que también nos lleva a interpretar que pueden hacerlo entre sí cuando no existe este interés personal, como se había sostenido en el régimen anterior al admitir la posibilidad de celebrar contrato de fideicomiso entre cónyuges cuando uno ocupaba la posición de fiduciante, beneficiario o fideicomisario, y el otro la de fiduciario.

La nueva ley nos impone una revisión de la casuística a desarrollar en particular que excede los límites de este breve artículo; y así como lleva a determinar la prohibición de celebrar un mutuo entre cónyuges bajo este régimen; debemos dejar planteado el hecho de si, dado el fundamento acotado señalado, es lícito aplicar la inhabilidad en el comodato que un cónyuge dé al otro para que este ejerza la actividad comercial o profesional que es la única o prioritaria fuente de ingresos familiares, o se lo debe tener por permitido atento al deber legal de mutua colaboración del art. 455 CCyC.

3.6. Extinción de la comunidad: régimen supletorio de la indivisión postcomunitaria

El art. 475 CCyC enumera las causales de extinción de la comunidad de bienes, en las que cabe distinguir aquellas en las que también se extingue el vínculo matrimonial: muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges, nulidad del matrimonio putativo, y divorcio; de las que no se extingue el vínculo matrimonial: la separación judicial de bienes (siendo una de sus causas la separación de hecho) y la modificación del régimen patrimonial por convención.

Acaecida la causal, los bienes gananciales conforman la indivisión postcomunitaria hasta la partición y adjudicación a los cónyuges, excónyuges o herederos según el caso.

El art. 481 CCyC establece dos estatutos que regirán las relaciones patrimoniales durante el estado de comunidad tanto entre los comuneros como frente a terceros:

a) *Indivisión hereditaria*: se rigen por las normas de la comunidad o indivisión hereditaria, cuando hay confusión de ambas masas, el acervo del causante y la de los gananciales, que deben ser determinadas y liquidadas conjuntamente, en los casos de fallecimiento natural o presunto.

Asimismo se aplica este régimen si ya estando bajo el régimen especial de la indivisión postcomunitaria por otra de las causales, fallece alguno de ellos y pasa a regirse por la hereditaria.

La indivisión hereditaria por el art. 2325 CCyC se rige por el principio de que los actos de administración y disposición de los bienes de las masas requieren el consentimiento de todos los comuneros (unanimidad), y para disponer bienes registrables se requerirá la investidura de los sucesores *mortis causa* (arts. 2337 y 2338 CCyC). Como todos disponen, se impone la solicitud de certificado de inhibiciones por todos.

b) *Indivisión postcomunitaria*: se rigen por las normas especiales de la indivisión hereditaria (arts. 482 a 504 CCyC) cuando la extinción de la comunidad se produce por las restantes causales que acreditarán por sentencia de divorcio, de separación de bienes o de nulidad de matrimonio putativo, y escritura pública de convención matrimonial de mutación al régimen de separación.

El art. 482 CCyC prevé que a falta de acuerdo de los comuneros sobre la administración y disposición de los bienes indivisos, subsistirán las relativas al régimen de comunidad en tanto no se modifique por este artículo.

Frente a terceros los actos de administración y disposición seguirán apreciándose como si la comunidad de gananciales continuase. Es decir que para la venta de un inmueble ganancial de titularidad de uno solo de ellos, deberá este otorgar el acto de disposición por el titular y el otro prestar su asentimiento conyugal; sin perjuicio de que el precio percibido continuará en la indivisión mientras no sea partido y adjudicado (lo cual podrá hacerse en el mismo acto o por separado).

En cambio, entre partes, regirán las normas propias de la comunidad de bienes, como el deber de informar uno al otro los actos de administración extraordinaria con antelación suficiente para formular oposición (art. 482, segundo párrafo, CCyC), o solicitar las medidas protectorias de los bienes del art. 483 CCyC, así como computar las recompensas y cargas para su oportunidad, pero que no afectan los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

31 Conf. informe final de la 41° Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (junio 2015), Tema II: “Con unánime aceptación de los presentes, se sostuvo la plena capacidad de los cónyuges, cualquiera sea el régimen patrimonial del matrimonio adoptado, para constituir o participar en sociedades entre sí. Con ratificación incondicional a la prevalencia del art. 27 de la LGS por sobre el art. 1002 inc. d del CCyC, todo ello conforme art. 150 inc. a) del CCyC”.

Asimismo, frente a terceros, el pasivo y la responsabilidad por las deudas propias contraídas y la solidaridad por las deudas de la comunidad no cambia su régimen hasta la partición (art. 486 CCyC con remisión a los arts. 462 y 467 CCyC).

El régimen supletorio de la indivisión apunta a resguardar la seguridad de los terceros, que mantengan como garantía de sus créditos la masa de bienes propios y gananciales de titularidad de su deudor, por ello el art. 487 CCyC consagra el principio de integralidad del patrimonio del deudor, por el que no pueden verse perjudicados sus acreedores por la disolución de la comunidad.

La extinción de la comunidad por sí sola no da derecho a los acreedores de uno de los cónyuges a pretender agredir directamente la mitad de los bienes del otro; sino que deberán subrogarse en los derechos de su deudor en la indivisión para pedir la partición de la masa común, y sólo allí solicitar las medidas cautelares en garantía de la mitad de la masa líquida, que deberá apreciar el juez.

Por ello, la venta en el período de indivisión se registrará de igual modo que si lo hiciese durante la vigencia de la comunidad, no habiendo una verdadera codisposición por mantenerse el bien recibido en cambio en la indivisión postcomunitaria.

Bastará entonces con solicitar el certificado de inhibiciones por el titular y no por el no titular que asiente. Pero debe tenerse presente que si -como sucede en muchos casos- simultáneamente y en el mismo acto notarial se hace la partición y adjudicación del dinero o bien recibido en cambio, por este acto sí debe solicitarse informe de inhibiciones por el no titular. Obviamente también deberá solicitarse certificado de inhibiciones de ambos, si adjudican el bien y disponen en forma conjunta o simultánea.

4. RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES

El nuevo código crea un estatuto patrimonial alternativo y opcional, donde no hay bienes gananciales, y por ende, en principio todos los bienes son personales (como si fueren propios para el régimen supletorio) con la consecuencia lógica del art. 505 CCyC que manda que cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de los bienes de su titularidad y responde con ellos por las deudas por él contraídas.

Sólo se hace excepción para los supuestos que quedan comprendidos en el régimen común e inderogable de los arts. 454 a 462 CCyC comentado al inicio.

La disposición de los bienes registrales de titularidad de uno de los cónyuges bajo este régimen no requiere asentimiento conyugal, y sólo se exigirá el asentimiento en interés familiar (art. 456 CCyC) cuando constituya la situación fáctica de vivienda familiar, caso en que se prestará con los recaudos y forma de los arts. 457 y 458 CCyC.

Los cónyuges bajo el régimen de separación de bienes no se encuentran inhabilitados para contratar entre sí en interés propio, pudiendo incluso donar bienes entre sí, o celebrar contrato de mutuo como cualquier otro contrato.

Los arts. 506 y 508 CCyC prevén dos normas que se apartan de la absoluta separación de bienes, y demuestran la existencia de una comunidad de intereses:

a) El primero de ellos resuelve que en caso de duda sobre la titularidad exclusiva de uno de ellos sobre un bien se presume la participación por mitades, sin perjuicio de poder demostrar en instancia judicial la propiedad exclusiva dudosa.

b) El segundo refiere a la partición de bienes indivisos por cese del régimen o el vínculo matrimonial en condominio o copropiedad, que no se resuelve por las normas de la división de condominio sino por las de la comunidad hereditaria con la consecuente aplicación de las limitaciones por indivisión, atribución preferencial, licitación, entre otras normas de esta comunidad.

Demuestran estos artículos que no se trata de una absoluta división patrimonial, sino que se podrán considerar elementos propios del esfuerzo compartido o aportes comunes al momento de la extinción del régimen patrimonial por cualquier causal.

5. RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL

5.1. Pactos convivenciales

Los arts. 513 y 518 CCyC establecen para la unión conyugal un sistema de pactos que celebran los convivientes con amplia libertad en cuanto a su contenido patrimonial (art. 514 CCyC) y con la sola limitación de no lesionar el orden público, principio de igualdad entre ellos, ni sus derechos fundamentales (art. 515 CCyC).

Esta libertad que permite regular el régimen patrimonial según la voluntad de los convivientes, confeccionando uno a su medida e interés, puede ser modificado, rescindido o extinto sin limitación temporal como en las convenciones matrimoniales, y cesan con el cese de la convivencia (art. 516 CCyC); aunque en verdad las cláusulas relativas al modo de liquidación de cargas y recompensa, modo de división de los bienes, atribución de la vivienda, custodia de los hijos, compensaciones económicas, entre otras, sólo tendrán efecto a partir de ese momento.

Estos pactos deben ser hechos por escrito, y sólo a los efectos de publicidad a terceros -pero no como un requisito constitutivo-, deben inscribirse en el registro de uniones convivenciales (registro provincial de las personas) que sólo podrán hacerlo quienes hayan optado por una unión convivencial inscripta, y en el registro de cada bien registrable en particular incluido en el pacto o afectado a él en acto simultáneo o futuro (registro de la propiedad inmueble, dirección provincial de personas jurídicas, automotor, buques, aeronaves, etc.). Debe notarse en esta doble

inscripción para publicidad a terceros, que esta segunda es la única que podrán cumplir los miembros de las uniones convivenciales no inscriptas en el registro previsto en el art. 511 CCyC.

Entendemos que cuando el pacto incluya al momento de su celebración cláusulas que importen la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles (como si estableciese el requisito de asentimiento para disponer el inmueble de titularidad de uno de ellos) requerirá la forma de escritura pública por la aplicación de la norma del art. 1017³².

El pacto convivencial podrá celebrarse en cualquier momento de la unión convivencial, e incluso entendemos que no habiendo prohibición expresa, pueden celebrarlo antes de cumplidos los requisitos del reconocimiento de los efectos jurídicos de la unión convivencial, como un contrato bajo la condición suspensiva de cumplirse los mismos y con efectos sólo a partir del cumplimiento de tal condición, en analogía a las convenciones prematrimoniales.

5.2. Régimen supletorio patrimonial de la unión convivencial

A falta de pacto convivencial cada uno de los convivientes ejerce las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad (art. 518), con la sola restricción de las normas inderogables comunes a todos los regímenes patrimoniales familiares (arts. 519 a 522 CCyC con su remisión a los artículos en materia de matrimonio) equiparándose al régimen patrimonial de cónyuges bajo el de separación de bienes.

Pero se diferencia de este al momento de la disolución, en que los bienes se mantienen en el patrimonio que ingresaron, y no remite a las normas de la comunidad hereditaria; sino que el art. 528 CCyC, exige que el conviviente que alegue aportes efectivamente realizados deberá solicitarlo por los principios generales del enriquecimiento injustificado, la interposición de personas u otros que pudieren corresponder, como previamente lo resolvía la jurisprudencia en materia de concubinato (ahora unión convivencial), donde no se presume el aporte de los trabajos en el hogar, lo que resalta la importancia de la celebración de los pactos convivenciales para el momento del cese de la convivencia.

6. INCIDENCIA DE LOS REGÍMENES PATRIMONIALES FAMILIARES EN LA REDACCIÓN ESCRITURARIA

El art. 305, inc. b), CCyC mantiene en lo sustancial la prescripción del art. 1001 CC derogado, en cuanto a la exigencia de contener la escritura pública el estado de familia de los otorgantes, y recepta de modo expreso sólo la necesidad de dejar constancia del grado de nupcias y nombre del cónyuge cuando sea relevante para la naturaleza del acto³³, apartándose de la norma del art. 155, inc. b), del decreto-ley 9020/78, que lo requiere sin distinción, debiendo estarse a la ley federal posterior sobre la local que debe entenderse limitada por no poder imponer más condiciones que las exigidas por el Código Civil y Comercial.

Manteniendo el nuevo texto la misma norma que el derogado, no cambia su interpretación previa, por lo cual continúa determinándose el estado de familia por la declaración jurada efectuada por cada otorgante³⁴.

Como señalamos previamente, cuando el objeto del acto sea la constitución, modificación, transferencia o extinción de derechos reales sobre bienes registrables, o muebles indispensables de la vivienda, será necesario dejar constancia del estado de familia, que no sólo se limita al estado civil, sino también a las uniones convivenciales, que configuran familias de hecho constituidas por la sola situación fáctica cuando reúne los requisitos del art. 510 CCyC y se le reconocen los efectos jurídicos de la nueva legislación, con la única excepción de la relevancia de su inscripción en el supuesto de asentimiento en interés familiar.

La sola declaración, como en el régimen anterior, es suficiente para su incorporación en los datos manifestados por las partes sin necesidad de comprobar con partidas o certificados.

Al igual que en el régimen derogado, esta declaración en ciertas ocasiones debe estar acompañada por la futura acreditación documental al momento de disponer del bien objeto del acto, como ocurre con el excónyuge que adquiere un bien durante el proceso de divorcio y luego debe acreditar su divorcio con efecto retroactivo anterior a la adquisición.

En la escritura pública al adquirir un bien registrable, será relevante tal declaración de haber optado por el régimen de separación, expresando que es "cónyuge en XX nupcias bajo el régimen de separación", dado que si no lo hace, la presunción legal del art. 463 del régimen supletorio llevará al destinatario a calificarlo como ganancial³⁵.

El otorgante también podrá declarar que tiene una unión convivencial -que deberá reunir los requisitos del art. 510- y con quién, en la propia escritura pública, pero ello no es obligatorio, salvo que se trate de una unión convivencial inscripta que es la única a considerar relevante para la naturaleza del acto según el art. 305, inc. b), CCyC.

Como en los estados de familia tradicionales bastará la declaración sin necesidad de acreditar su inscripción al momento de su adquisición; pero a diferencia de ellos, debe tenerse pre-

32 En igual conclusión véase: ROVEDA y Giovanetti. En *Código Civil y Comercial*; T. III, Rivera y Medina (Directores), La Ley, 2014, pág. 274.

33 Conf. CNCiv., Sala F, 14/9/1995: "Molinaria, María de Paz c/ Registro de la Propiedad Inmueble 68/95 s/ Rec. Rep. Prop. Inmueble", eIDial, AEED6.

34 Conf. CNCiv., Sala A, 6/3/2007, "Plakir Sociedad Anónima c/ PSO s/ daños y perjuicios", LL online, AR/JUR/4484/2007; Sala B, 3/3/1978, "Ríos de Sevilla y otro s/ suc.", LL 1978-C-39.

35 El interesado podrá acreditar el régimen patrimonial contrario con la acreditación de la escritura pública de convención matrimonial o prematrimonial anterior, y partida de matrimonio, en su caso, por escritura rectificatoria, pero, en nuestro criterio, no será oponible a los eventuales embargantes del bien objeto del acto a rectificar.

Doctrina

sente que como la única unión convivencial que le confiere el derecho a prestar asentimiento con relación a la vivienda familiar es la inscripta, ello implica que la acción de nulidad correlativa sólo la tiene este y no los convivientes no inscriptos.

Pese a ello consideramos, si en la escritura de adquisición se declaró que era conviviente, pero sin inscripción, ello nos llevará a calificar tal situación, y se debería demostrar la no inscripción -prueba negativa que se torna diabólica por no haber un registro nacional unificado-, o el cese de la unión o la inexistencia de la situación fáctica de vivienda familiar, que como se vio, en principio basta con la declaración del titular, siempre que el tercer adquirente sea de buena fe.

El régimen patrimonial torna relevante el dejar constancia de ciertas situaciones jurídicas o actos relevantes para el régimen patrimonial, aun cuando requieran prueba posterior, como es la declaración en sentido positivo de la situación de hecho de estar separados de hecho previamente, lo cual será relevante ante la eventual sentencia de divorcio o separación judicial de bienes, en la que al juez se le reconoce expresamente el poder fijar el efecto retroactivo a la fecha de la separación de hecho (art. 480 CCyC), caso en que la constancia escrituraria y la sentencia posterior, son suficientes para tener al bien excluido de la comunidad de gananciales, dando una más simple solución a los llamados bienes gananciales anómalos.

En conclusión, el estado de familia, el grado de nupcias, y quién es el cónyuge o conviviente, será una declaración jurada de parte de modo asertivo y positivo, que cree determinada apariencia jurídica. Consideramos que la declaración de un estado tiene por excluidos a los restantes.

Apuntes para la práctica notarial acerca del Libro Primero, Título I, del Código Civil y Comercial

*Alicia Beatriz Rajmil
Luis Rogelio Llorens*

SUMARIO: I. Introducción. II. Capacidad. III. La persona menor de edad en el nuevo CCyC. IV. Restricciones a la capacidad de ejercicio de las personas en razón de sus circunstancias personales. V. Derechos personalísimos. VI. El nombre de las personas humanas. VII. Colofón.

I) INTRODUCCIÓN

El presente trabajo constituye un resumen de los puntos más novedosos para el notariado que surgen de los arts. 19 a 140 del nuevo código.

Entre ellos se destaca especialmente el régimen de capacidad jurídica de las personas. Cabe señalar, que si bien importa un cambio trascendente en relación a la normativa del código derogado, sus principios ya fueron incorporados a nuestro derecho positivo por la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos, aprobados por nuestro país. Ellos conforman, junto con la jurisprudencia, la actividad consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con los diferentes documentos emanados del Comité de los Derechos del Niño y del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad¹, un orden jurídico de efectiva vigencia en nuestro país que protege y garantiza el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales de todas las personas. La capacidad jurídica del ser humano, como principio general, adquiere centralidad en todos estos instrumentos.

Resulta novedosa asimismo, la inclusión de los derechos personalísimos en la nueva normativa, de entre ellos nos referiremos brevemente a las directivas anticipada por su indudable interés notarial.

Una acotada mención al régimen establecido sobre el nombre de las personas cierra el presente análisis.

II) CAPACIDAD

1. Antecedentes

Una breve reseña de la evolución del tema en nuestro derecho resulta pertinente para ubicarnos en el escenario jurídico a la entrada en vigencia del nuevo código.

El Código Civil argentino, en la redacción del Dr. DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD contenía un régimen de capacidad de las personas al que se lo puede calificar de rígido. Si bien partía de la regla general de capacidad de todas las personas, los declarados incapaces eran privados en forma absoluta del ejercicio de sus derechos y dicha regla se invertía para las personas menores de edad. Excluidos así de todo protagonismo en el ámbito jurídico,

1 Órganos de control de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) y de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

sólo podían ejercer sus derechos por medio de sus representantes legales, padres, tutores o curadores, quienes los sustituían en los actos de la vida civil, sin su participación, con muy escasas excepciones.

Los arts. 274 y 411, dejaban en claro que la persona menor de edad no tenía injerencia alguna en las cuestiones de su interés, era un "incapaz" hasta los 18 años². En materia de mayores "dementes", ellos se constituían en "incapaces absolutos", de acuerdo con el art. 54, sin que hubiera posibilidad de morigeración alguna, aun cuando se tratara de un caso de mera disminución de las facultades intelectuales.

Recién el decreto-ley 17.711 en el año 1968 introdujo la primera atenuación con la categoría de los inhabilitados, al agregar al Código Civil argentino el art. 152 bis, limitado a los casos de embriaguez habitual, uso de estupefacientes, prodigalidad y disminución en las facultades sin llegar a la demencia. Los así declarados, podían administrar por sí mismos sus bienes, salvo limitaciones determinadas en la sentencia, y para disponer de ellos requerían la conformidad del curador. Es decir que el juez designaba un curador para asistirlo en esta clase de actos, pero no para sustituirlo en el ejercicio de sus derechos, como en el caso de los declarados insanos.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño³ introdujo en el derecho argentino el concepto de autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos, de acuerdo a la evolución de las facultades del niño, en oposición al rígido sistema de incapacidad tabulada por la edad (art. 5°). Entre sus principios, resulta relevante en el tema que nos ocupa, el derecho del niño de expresar su opinión en todos los asuntos de su interés y a que esta sea tenida en cuenta de acuerdo a su desarrollo y madurez (art. 12).

Esta convención no sólo afectó al régimen de minoridad del Código Civil, sino también al de los mayores incapacitados en virtud de la remisión que efectuaba el art. 475 del mismo cuerpo.

En el año 2005 se sancionó la ley 26.061⁴, sobre protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, que recepta y profundiza los

2 Originariamente el Código Civil estableció la edad de veintidós años. El Decreto ley 1771 en el año 1968 bajó la edad a 21 años, y con posterioridad la ley 26.579 del año 2009 a dieciocho años.

3 Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20/11/1980. La República Argentina lo aprobó a través de la ley nacional 23.849, sancionada el 27/09/1990. Fue incorporada a nuestra Constitución Nacional en su reforma del año 1994 (art. 75, inc. 22), con jerarquía constitucional.

4 Sancionada el 28/09/2005.

principios de la CDN. Garantiza a las personas menores de edad *el ejercicio* y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos (art. 1º), y entre otros principios fundamentales, les reconoce el derecho a ser oído y “a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta” (arts. 2º, 3º, 24 y 27).

En el año 2008, por ley 26.378, fue aprobada por nuestro país la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)⁵. La convención en su primer artículo determina que las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo. Entre sus principios se señala: “...la autonomía individual incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas” (art. 3º).

De gran impacto en el régimen de capacidad resulta el art. 12 que obliga a los estados partes a adoptar “las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (...) Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial...”.

En el año 2010 se sanciona en nuestro país la ley 26.657⁶, sobre salud mental. Esta ley parte de la presunción de capacidad de todas las personas (art. 3º), se refiere al derecho del paciente a recibir el tratamiento que menos restrinja sus derechos y libertades, el derecho a ser acompañado por la persona a quien el paciente designe, a recibir o rechazar asistencia espiritual o religiosa, a ser informado de manera adecuada, a tomar decisiones relacionadas con su atención y tratamiento, a ser reconocido siempre como sujeto de derecho (art. 7º).

Pero quizás el art. 42 representó el avance más trascendente para el ámbito jurídico, al incorporar al Código Civil argentino el art. 152 ter que dispuso que: “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad

5 La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo fueron aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Fue ratificada por nuestro país el 21/5/2008 por ley 26.378. La ley 27.044, sancionada el 19 de noviembre de 2014, le otorgó jerarquía constitucional.

6 Ley 26.657. Derecho a la Protección de la Salud Mental. Sancionada el 25/11/2010.

deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible". Cabe afirmar que esta norma abrió la puerta, en materia de capacidad jurídica de las personas, a una joven jurisprudencia más flexible y respetuosa de la real aptitud de discernimiento de la persona para cada acto jurídico, a fin de promover su autonomía en la mayor medida posible. Sin restar importancia a la protección del tráfico negocial se comenzó a priorizar la protección de los intereses y de los derechos de la persona con discapacidad.

Este breve resumen demuestra que, quizás de manera dispersa y contradictoria, el régimen de capacidad de las personas, se encontraba ya modificado en nuestro país por un nuevo orden jurídico que, partiendo del principio general de capacidad de todas las personas, concepto que incluye tanto la llamada capacidad de derecho como la capacidad de ejercicio, reconoció a todo ser humano, más allá de sus circunstancias, el derecho a participar en las decisiones de su interés en la mayor medida posible y otorgó relevancia a la voluntad de las personas antes ignoradas por el derecho⁷. Este es el marco jurídico para la interpretación y aplicación del régimen de capacidad desplegado en el nuevo CCyC.

2. Capacidad en el CCyC. Generalidades

El nuevo CCyC en la Sección 1ª del Libro Primero, Título I, Capítulo 2, sienta los principios generales en materia de capacidad.

Luego de establecer en el art. 22 que toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos, en materia de capacidad de ejercicio el art. 23 sienta como regla general que: "Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial". Más allá de que las limitaciones pueden estar previstas en otras leyes especiales, no sólo en el Código, y de que toda sentencia judicial debe estar fundada en la ley, queda claro que la regla es la capacidad de ejercicio de todas las personas, y sus limitaciones deben estar expresamente previstas. Lo cual resulta acorde con los postulados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en tanto ellas no admiten *en ningún caso* que la persona menor de edad o sujeta a un régimen de protección sea privada de ejercer sus derechos por sí misma en la medida de que tenga aptitudes suficientes para ello y de los derechos a opinar, a ser oído y a que

7 CALÓ, Emanuele. *Bioética, nuevos derechos y autonomía de la voluntad*, Ediciones La Roca, pág 55.

su opinión sea, al menos, tenida en cuenta. Para estas normas superiores ya no existen “incapaces”, pues a *todas las personas* se les reconocen dichos derechos.

Sin embargo el art. 24 del mismo código contradice el principio general al catalogar en tres incisos a determinadas personas como “incapaces de ejercicio”⁸.

III) LA PERSONA MENOR DE EDAD EN EL NUEVO CCYC

1. Consideraciones previas

El marco jurídico de los derechos de niños, niñas y adolescentes está dado en primer lugar⁹ por nuestra Constitución Nacional y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN), las cuales diseñan, junto con las resoluciones y demás documentos emanados de los comités y los tribunales internacionales de derechos humanos, un sistema de protección de derechos respetuoso del protagonismo del menor de edad en sus propios intereses y del progresivo ejercicio de sus derechos. En consecuencia se han dictado leyes nacionales que receptan los paradigmas constitucionales y convencionales, que el nuevo código mantiene vigentes. Resulta de interés para este trabajo la ley nacional 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

La autonomía progresiva de la persona menor de edad para el ejercicio de sus derechos, así como su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, parecen ubicarse entre los temas que más impactan, y quizás más dudas y temores generan, en el ámbito notarial, ante el profundo cambio jurídico al que asistimos. Persiste en nuestro medio una solapada reticencia a reconocer, sin reparos, la participación del menor de edad en los actos notariales que involucren sus intereses.

Sin embargo, si bien estos postulados significan un cambio trascendente en relación a la normativa tradicional del código velezano, cabe afirmar que hace tiempo se encuentran incorporados a nuestro derecho positivo. En efecto, la CDN, instrumento internacional que se erige como portador

8 El art. 24 dispone que son incapaces de ejercicio: “a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2° de este Capítulo y; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión”.

9 Según la primacía normativa consagrada por la CN, arts. 31 y 75, inc. 22. También arts. 1° y 2° del CCyC.

del cambio más trascendente en la concepción jurídica de la infancia y adolescencia, va a cumplir en el mes de septiembre próximo, veinticinco años de vigencia en nuestro país, y 10 años de vigencia cumplirá en el mismo mes la ley 26.061.

Las nuevas normas, y su impacto en la legislación vigente, no fueron inadvertidas en el ámbito notarial. Ya en la XXXVI Jornada Notarial Bonaerense, celebrada en la ciudad de Necochea en noviembre del año 2009, se analizó la ley 26.061. Se recomendó entonces el estudio y difusión de la nueva normativa legal y se reconoció el derecho de las niñas, niños y adolescentes a opinar y a ser oídos en sede notarial. Sin embargo su tratamiento en la doctrina especializada fue limitado, aunque con la sanción del nuevo código, se advierte un renovado interés y preocupación sobre el tema.

Por otro lado cabe considerar que los nuevos paradigmas no irrumpen de manera inmediata en la ciencia jurídica, sino que se trata de un proceso de análisis, comprensión y aceptación que lleva su tiempo. Al respecto señala MARTÍNEZ ALCORTA que los paradigmas no se suceden unos a otros de manera lineal sino que suelen coexistir y confrontar en prolongados períodos hasta que uno de ellos se impone al otro, permitiendo así el avance de la ciencia¹⁰.

El código civil derogado, enmarcado en la dogmática jurídica decimonónica, negó a la persona menor de edad todo protagonismo, y en el afán de protegerla se la privó de voz y del ejercicio de sus derechos. La CDN significó un cambio sustancial en la consideración de la condición jurídica de la infancia ya que reconoció a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos, no solo en su titularidad sino también en su ejercicio. La ley 26.061 recogió y desarrolló sus postulados.

MIGUEL CILLERO BRUÑOL analiza que la convención es portadora e inspiración de una doctrina que considera al niño como un pleno sujeto de derecho, dejando atrás la imagen de niño objeto de representación, protección y control de los padres o del Estado¹¹.

Los derechos de la persona menor de edad y el ejercicio de su capaci-

10 MARTÍNEZ ALCORTA, Julio A. "Responsabilidad Civil de los equipos interdisciplinarios de salud mental". Infojus, 27 de mayo de 2015. Id Infojus: NV11382 (pág. 129). En un excelente análisis, sigue el autor en este aspecto los pensamientos de Thomas Kühn, epistemólogo estadounidense (1922-1996), creador de la noción de paradigma.

11 CILLERO BRUÑOL, Miguel. "Infancia, autonomía y derechos: Una cuestión de principios", *Revisa Infancia*, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, N° 234, también disponible on line en www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf. Al respecto cita a Bobbio, N. *Igualdad y Libertad*, Ed. Paidós, Barcelona, 1993, pág. 72 y sgts. "Por igualdad jurídica se entiende habitualmente la igualdad a ese particular atributo que

dad jurídica encuentran amplio tratamiento en el nuevo CCyC de la Nación, el cual se propone encuadrar sus disposiciones en lo normado por la CDN y la ley 26.061.

El escenario jurídico en el que se despliegan los derechos de la infancia, nos señala hoy un camino sin retorno ni medias tintas. Los actos notariales no son una excepción a las reglas vigentes en materia de derechos de las personas menores de edad, las que se deben incorporar en la práctica diaria sin reticencia ni temores.

Intentaremos pues, en este espacio acotado, señalar los aspectos más relevantes del tema desde la mirada notarial.

2. Pilares que sostienen el nuevo régimen en materia de minoridad

Resulta relevante, a fin de comprender los profundos cambios incorporados en el nuevo ordenamiento, referir aquí los principios que rigen el régimen de la responsabilidad parental, si bien su análisis no se incluye en este trabajo. El código los determina en el art. 639, y a ellos remite asimismo el art. 104 en materia de tutela. Ellos son: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva, conforme características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. Estos principios atraviesan a lo largo del código los diferentes supuestos en que se contemplan los derechos de la persona menor de edad. Veamos brevemente su significado.

2.1. Interés superior del niño

La CDN establece en su art. 3º, párrafo primero, que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, como una consideración primordial, se atenderá al interés superior del niño. El Comité de los Derechos del Niño, órgano de interpretación y seguimiento de la convención, ha determinado que el interés superior del niño constituye uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño¹².

hace a todo miembro del grupo social, también del infante, un sujeto jurídico, es decir, un sujeto dotado de capacidad jurídica”.

12 Junto con el derecho a la no discriminación, a participar en los asuntos de su interés, y el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo. Así lo señala el comité en sus observaciones generales, por ejemplo en la N° 12 del año 2009.

Dicho comité en la Observación General N° 14¹³ desarrolla ampliamente el concepto. Sostiene que el interés superior del niño tiene como objetivo garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención y el desarrollo holístico del niño.

CILLERO BRUÑOL, señala que se trata siempre de la satisfacción de los derechos fundamentales del niño y que debe interpretarse en el sentido de que nunca se puede aducir un interés superior que se ubique por encima de la vigencia efectiva de sus derechos.¹⁴

La Ley 26.061 en su art. 3 define el concepto de *interés superior del niño* como la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías, y establece las pautas que deben respetarse en su determinación¹⁵. Posteriormente la misma norma deja en claro que este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde debe desempeñarse. Y agrega que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

2.2. La autonomía progresiva

El concepto de autonomía progresiva para el ejercicio de derechos configura el mayor impacto de la CDN en el régimen jurídico tradicional de minoridad, pues reconoce a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio de sus derechos conforme a otras pautas más flexibles, no sólo a la edad, que se vinculan con su madurez y desarrollo¹⁶. El art. 5° del tratado reconoce en la "evolución de las facultades del niño" la pauta habilitadora para ejercer derechos.

Se trata de un proceso evolutivo que va restringiendo la representación legal de los progenitores a medida que el hijo adquiere madurez para actuar por sí mismo. Así lo determina el nuevo CCyC.

13 Aprobada por el comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1º de febrero de 2013).

14 CILLERO BRUÑOL, Miguel. "Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios", www.iin.oea.org, consultado el 12/10/09.

15 Entre otras: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales (...)

16 RAJMIL, Alicia B. y TORRENS, María C. "Comentario a fallo: el interés superior del niño en relación a los derechos del paciente pediátrico. Sus implicancias en los ámbitos privados". 7/08/2014. MJ-DOC-6827-AR, MJD6827.

2.3. Derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez

Vinculado con la autonomía progresiva, el art. 12 de la CDN reconoce al niño el derecho a expresar su opinión y determina que ella deberá tenerse en cuenta en función de su "edad y madurez"¹⁷.

Este derecho constituye uno de los principios fundamentales de la convención, insoslayable a la hora de garantizar el efectivo respeto a los derechos de la infancia.

El Comité de los Derechos del Niño ha manifestado que: "El Comité hace hincapié en que el art. 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan"¹⁸.

La ley 26.061 lo recepta en sus arts. 2°, 3°, 19, 24 y 27, con mayor amplitud aun, con lo cual no cabe duda de que el derecho de la persona menor de edad a participar en los asuntos de su interés, se extiende a todos los ámbitos en los que se desenvuelve su vida.

3. Menor de edad y adolescente

El nuevo código mantiene el criterio vigente¹⁹ en cuanto considera menor de edad a la persona que no ha cumplido dieciocho años (art. 25). Pero deja de lado la clasificación entre menores impúberes y adultos del código velezano, supeditada a la edad de 14 años, para instaurar una nueva categoría: la persona adolescente, que es aquella que ha cumplido 13 años.

Cabe vincular la edad de trece años con el discernimiento según el art. 261 del mismo código, el cual considera que por debajo de esa edad la persona carece de discernimiento para los actos lícitos²⁰. Sin embargo, es ésta una ficción poco feliz de la ley, ya que el discernimiento no está supeditado a una edad determinada sino a la aptitud de cada uno para comprender el acto del que se trate. Varía en cada caso, tanto por las circunstancias y madurez de la persona como por la naturaleza y características propias del acto ante el cual debe manifestarse. La expresión final de la norma, "sin

17 El art. 12 de la CDN establece que los estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten y que dicha opinión deberá tenerse en cuenta en función de su edad y madurez.

18 Observación General N° 12 del año 2009, párr. 21.

19 Según ley 26.579 sancionada el 02/12/2009.

20 El art. 921 del código derogado con similar criterio disponía: "Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes...".

perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales”, permite aplicar a cada caso el análisis particular que corresponde, especialmente teniendo en consideración las disposiciones de la CDN y de la ley 26.061, que no remiten a una edad determinada para habilitar el derecho del niño a participar en las cuestiones de su interés, sino a su madurez y desarrollo.

La categoría de “adolescente” es utilizada en el nuevo código para reconocerle en determinados casos el ejercicio autónomo de sus derechos. (V.gr. arts. 26, 109, 596, 644, 645, 667, 677, 678, 680 y 682).

4.- El ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. Representación

El art. 26 resulta una pieza clave en el régimen jurídico que diseña el código en torno al ejercicio de los derechos por las personas menores de edad. De acuerdo a lo ya expuesto, sus disposiciones deben interpretarse de manera acorde con los postulados constitucionales y convencionales que rigen la materia y con las demás normas del propio código (arts. 1º y 2º CCyC). Brevemente lo analizaremos intentando una interpretación armónica de lo normado.

4.1. Representación. Inversión de la regla

El art. 26 comienza disponiendo que la *representación legal* es “el” medio en virtud del cual los menores de edad ejercen sus derechos. Sin embargo, esta aparente regla general, se flexibiliza con variadas excepciones que habilitan a la persona menor de edad para ejercer sus derechos en forma autónoma o con asistencia. *Cabe afirmar entonces que la representación legal no es la regla general, sino el medio válido para subsanar la falta de capacidad de ejercicio del niño, niña y adolescente cuando fuere necesario.*

El segundo párrafo de la norma dispone: “No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”. Se advierte aquí una clara inversión de la regla general de capacidad sostenida en el art. 23²¹, ya que se habilita la utilización de los criterios de edad y madurez suficiente, *sólo en los casos autorizados por la ley*. Pareciera perdurar, en estas disposiciones, el espíritu del código derogado, es decir que en materia de minoridad la incapacidad continúa siendo la regla general. Así se refleja en lo dispuesto en el art. 24, cuando declara a los menores de edad incapaces de ejercicio.

21 Art. 23 CCyC: “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”.

Sin embargo, acorde con el principio general del art. 23, la norma debería reconocer que la persona menor de edad puede ejercer sus derechos por sí misma, *con las excepciones previstas en la ley*.

Cabe tener presente que la interpretación adecuada de la norma nos remite al art. 5 de la CDN²² que reconoce al niño el ejercicio progresivo de sus derechos en consonancia con el desarrollo de sus facultades. *Se observa entonces, en materia de menores de edad, un permanente propósito de adecuación a las normas convencionales, que no siempre se alcanza cabalmente*. La doctrina y jurisprudencia deberán abordar estas contradicciones.

Por otro lado la representación legal de los menores de edad se encuentra limitada por los principios que rigen la responsabilidad parental según el art. 639 del código, que se citaron anteriormente.

El tercer párrafo del artículo dispone *que la persona menor de edad tiene derecho a ser oída* en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Entendemos que la norma en comentario no puede limitar la interpretación de disposiciones de superior jerarquía, por lo cual sin hesitaciones, podemos afirmar que el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta de acuerdo a su desarrollo y madurez, se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelve su vida, constituyendo en sí mismo un derecho cuyo ejercicio nunca le puede ser vedado. *Abarca tanto el ámbito patrimonial como extrapatrimonial*.

4.2. Edad y madurez suficiente

Los criterios de la edad y de la madurez suficiente se despliegan a lo largo del articulado del código para habilitar la actuación personal del menor de edad. El nuevo código determina casuísticamente los casos en los que la edad o la madurez, o ambas, permitirán el ejercicio autónomo de derechos y la escucha del niño. Las edades son fijadas en diversos artículos y sólo es una cuestión de constatación numérica biológica. El tema de la "madurez suficiente" el código no la define por lo que habrá que remitirse a las interpretaciones de los órganos de control de la CDN (Comité) y los lineamientos de la jurisprudencia internacional, como lo indica el nuevo código en los

22 Art. 5º CDN: "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

arts. 1º y 2º. Se deberá atender en todos los casos a la real aptitud para comprender el acto de que se trate.

Podemos observar entonces un criterio mixto, como lo señala GARCÍA MÉNDEZ²³, en el que coexisten la madurez suficiente cuyo parámetro es el discernimiento del niño, niña o adolescente para el caso concreto que señala la ley, con un sistema de presunciones de capacidad, establecidas a edades prefijadas.

A modo de ejemplo podemos señalar:

4.2.1. Casos en que la edad es tomada como criterio para habilitar el ejercicio de derechos

a) Competencia bioética: art. 26. Entre los trece y dieciséis años el adolescente decide por sí mismo en el caso de tratamientos no invasivos que no comprometan su salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física. En los casos en que así sea, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores. A partir de los dieciséis años, el adolescente es considerado un adulto para las decisiones sobre su salud.

b) Tutela: art. 109 incs. a) y c). En caso de conflicto de intereses entre representado y representante, o entre diferentes representados por el mismo representante, el adolescente puede actuar por sí con asistencia letrada. Dada esta situación el juez puede decidir que no es necesaria la designación de un tutor especial.

c) Matrimonio: art. 404. A partir de los dieciséis años la persona puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. A falta de ésta pueden hacerlo previa dispensa judicial.

d) Adopción: art. 617, inc. d). Reglas en el proceso de adopción: el pretenso adoptado mayor de 10 años debe prestar consentimiento expreso.

Art. 596. El adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a fin de conocer su origen, con asistencia letrada.

e) Responsabilidad parental: art. 644. Los progenitores adolescentes ejercen la responsabilidad parental de sus hijos.

Art. 645. Se requiere el consentimiento expreso del hijo adolescente

23 Ponencia por la reforma al Código Civil. Disponible online en http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/001_Emilio_Garcia_Mendez_Libro_1_Capacidad.pdf.

Doctrina

en los actos para los cuales es necesario el consentimiento expreso de ambos progenitores.

Art. 677. El adolescente puede intervenir en un proceso conjuntamente con sus representantes legales o de manera autónoma, con asistencia letrada.

Art. 680. El adolescente puede estar en juicio cuando sea acusado criminalmente y reconocer hijos.

Art. 682. El artículo se titula: "Contratos por servicios del hijo mayor *de 16 años*", si bien luego dispone que los progenitores no pueden hacer contratos por servicios a prestar por el hijo *adolescente*²⁴ o para que aprenda algún oficio sin su consentimiento. Aunque la prohibición del trabajo infantil se extiende hasta los 16 años²⁵, las excepciones a la regla ameritan la interpretación extensiva por debajo de esa edad.

4.2.2. Casos en que se combina edad y madurez suficiente para habilitar el ejercicio de derechos

a) Nombre

Art. 64. Permite al interesado *con edad y madurez* suficiente solicitar la adición del apellido de su otro progenitor.

Art 66. Permite a la persona *con edad y madurez suficiente*, cuyo nacimiento no fue inscripto, solicitar la inscripción del apellido que utiliza.

b) Matrimonio

Art. 404. Refiere a la dispensa judicial por falta de edad nupcial para contraer matrimonio. La decisión del juez debe tener en cuenta la *edad y grado de madurez alcanzado* referido especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial

c) Adopción: art. 596. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen, y puede acceder, cuando lo requiera al expediente judicial y a otra información que conste en los registros judiciales o administrativos.

Art. 608. Se requiere la intervención del niño, niña o adolescente, con carácter de parte y con asistencia letrada, en el proceso para declarar su situación de adoptabilidad.

Art. 617, inc. a). El pretense adoptado es parte en el proceso de adop-

24 A partir de los trece años según el art. 25 CCyC.

25 Ley 26.390/2008.

ción cuando cuenta con edad y grado de madurez suficiente, siempre con asistencia letrada.

Art. 627, inc. d) Adopción simple. El adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente puede solicitar que se mantenga el apellido de origen.

d) Responsabilidad parental.

Art. 661. El hijo con grado de madurez suficiente puede demandar al progenitor que falte a su obligación alimentaria, con asistencia letrada (no se menciona la edad).

Art. 679. El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y con asistencia letrada.

Art. 697. Cuando los progenitores dispongan de las rentas de los bienes del hijo, en los casos permitidos por la norma, el hijo puede pedir rendición de cuentas, si lo hace se presume su madurez.

Cuando los parámetros fijados refieren a la madurez suficiente, existe un control tal como el juez, las autoridades administrativas o los progenitores que deben asistir y asegurar la intervención del menor.

Cuando la norma señala la *edad* junto con la madurez, no se refiere a una edad fija y establecida por el ordenamiento jurídico vigente, sino a una pauta general a considerar con las demás circunstancias del caso, como un criterio de *razonabilidad*, al que también refiere el art. 3 del CCyC en cuanto a las decisiones judiciales.

4.2.3. Casos en los que el nuevo código contempla específicamente el derecho a ser oído

Además del art. 26, de modo enunciativo podemos señalar:

a) Procesos de familia.

Art. 707. Reconoce a las niñas, niños y adolescentes el derecho a ser oídos en todos los procesos que los afecten directamente, y a que su opinión sea tomada en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

b) Tutela.

Art. 104. Remite a los principios generales que rigen la responsabilidad parental, entre ellos el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 639 inc. c).

Art. 113. Para el discernimiento de la tutela y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe: a) oír previamente

al niño, niña o adolescente; b) tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez; decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.

Art. 117. Reconoce el derecho del menor de edad a ser oído por el tutor, en todas las cuestiones relativas al ejercicio de sus derechos patrimoniales:

c) Matrimonio. Art. 425, inc. a). El matrimonio celebrado con el impedimento establecido en el inciso f) del art. 403 (tener menos de dieciocho años), adolece de nulidad relativa, en cuyo caso puede ser demandada por el cónyuge que padece el impedimento y por los que en su representación podrían haberse opuesto. El juez debe oír al adolescente y, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, hacer lugar o no al pedido de nulidad.

d) Adopción. Art. 595, inc. f). Entre los principios que rigen la adopción se considera el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Art. 598. En caso de existir descendientes del adoptante, el juez debe oírlos y valorar su opinión de conformidad con su edad y grado de madurez.

Art. 626 inc. d). Se refiere a la determinación del apellido del adoptado, en caso de adopción plena, y determina que siempre el juez debe valorar especialmente su opinión, si cuenta con edad y grado de madurez suficiente.

Art. 635 inc. c). Adolece de nulidad relativa la adopción obtenida en violación al derecho del menor de edad de ser oído, cuando la solicite el propio adoptado. Entendemos que sería aplicable asimismo si no se ha recabado el consentimiento expreso del adoptado a partir de los diez años (art. 617, inc. d).

e) Responsabilidad parental. Art. 639 inc. c). Establece entre los principios que rigen la responsabilidad parental el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Art. 646 inc. c). Determina el derecho de los menores de edad a ser oídos, participar en su proceso educativo y en todo lo referente a sus derechos personalísimos, como un deber de los progenitores;

Art. 655. Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y sus modificaciones.

Art. 653 inc. c). En el supuesto excepcional en que el cuidado del hijo deba ser unipersonal, el juez ponderará la opinión del hijo.

4.3. Competencia bioética

Finalmente el art. 26 dedica tres párrafos a la participación de la persona menor de edad, por sí o con asistencia, en las decisiones referidas a su salud. El tema se vincula con la llamada competencia bioética, determinada por la real aptitud de comprensión del paciente con respecto al significado,

alcances y consecuencias de estas decisiones. Se vincula ciertamente con el consentimiento informado que debe prestar todo paciente ante el acto médico, luego de recibir información suficiente y adecuada. E igualmente cabe analizar estas pautas en relación a las directivas anticipadas, materia de indudable interés notarial, que se tratará más adelante.

El derecho del niño, niña y adolescente a participar en las decisiones concernientes a su salud, fue reconocido en el año 2009 por la ley 26.529, modificada por la 26.742, sobre "Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado". El decreto 1089/12 que la reglamenta, se expone detalladamente en el tema²⁶.

El art. 2º de esta ley, en el segundo párrafo de su inciso e), dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. No cabe duda entonces de que el niño no puede hoy ser ajeno a las decisiones que sobre su salud se adopten. Decidirá por sí mismo cuando su madurez se lo permita, pero aun cuando no fuere así, su opinión deberá siempre ser ponderada junto con la de sus representantes legales y demás circunstancias del caso, de manera coincidente con lo ya expresado en relación al derecho del niño a manifestar su opinión y a que ella sea tenida en cuenta en todos los ámbitos de su vida.

El artículo establece la presunción para los adolescentes (entre trece y dieciséis años) de que poseen aptitud para decidir por sí acerca de "aque- llos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan riesgo grave en su vida o integridad física".

Tratándose de situaciones de mayor riesgo, el consentimiento informado debe ser prestado con la asistencia (aquí aparece el término como contrapuesto a representación), de sus progenitores. En estos casos el adolescente conserva una importante competencia bioética, la cual si bien no es plena no admite que su voluntad se sustituya por la de sus representantes legales. De existir conflictos se resolverá sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico, teniendo en cuenta el interés superior del adolescente. En este caso deberá considerarse igualmente en forma armónica toda la legislación que conserva su vigencia en la materia.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado "como un

26 Ley 26.529. Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, historia clínica y consentimiento informado, sancionada: 21/10/2009, modificada por ley 26.742, sancionada el 09/05/2012. Decreto reglamentario 1089 del 5 de julio de 2012.

adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

5. Tutela

El viejo art. 377 del código velezano, definía a la tutela como un derecho que otorgaba la ley para gobernar la persona y los bienes del menor no sometido a patria potestad. En pos de protegerlo, el sujeto que se encontraba en tal situación, se convertía así en objeto sometido a la potestad omnímoda del tutor que gobernaba su vida. Otras normas ratificaban esta postura como el art. 411, cuando disponía que el tutor gestionaba y administraba sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad.

Los grandes cambios jurídicos operados en relación al reconocimiento y protección de los derechos de la infancia, que se han señalado, tornaron a estos artículos obsoletos e inadecuados. Su derogación tácita fue evidente debido a la vigencia de esta normativa jerárquicamente superior. El nuevo código introduce modificaciones al régimen de tutela en pos de su adecuación a las nuevas normas.

Así el art. 104 parte de considerar que el objetivo de la tutela es brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente cuando confluyan dos circunstancias: que no haya alcanzado la plenitud de su capacidad civil y que no exista persona que ejerza la responsabilidad parental. Mantiene su carácter de institución subsidiaria. La norma remite a los principios generales que rigen la responsabilidad parental, enumerados en el art. 639. Es decir que siempre deberá atenderse al interés superior del niño, promover su autonomía progresiva para el ejercicio de sus derechos y respetar su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

5.1. Tutela compartida. Un cambio trascendente

El art. 105 introduce un cambio sustancial al incorporar la posibilidad de que la tutela sea ejercida por una o más personas, de acuerdo a lo que resulte más beneficioso para el niño, niña o adolescente.

5.2. Tutor designado por los padres

El art. 106 del nuevo código, al igual que el código derogado (art. 383), reconoce el derecho de los padres de nombrar tutor o tutores a sus hijos menores de edad, por testamento o por escritura pública. Dispone que puede hacerlo cualquiera de los padres que no se encuentre privado

o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental²⁷. Esto plantea la posibilidad, admitida en el último párrafo del artículo, de que coexistan disposiciones separadas de ambos progenitores. En este caso se aplicarán conjuntamente si fueren compatibles, de lo contrario decidirá el juez lo más conveniente para el tutelado. Esta decisión, como todas las que se vinculan con la persona menor de edad, deberá atender a su interés superior y tener en cuenta su opinión.

La designación siempre deberá ser aprobada judicialmente.

El código derogado consideraba el nombramiento de tutor por los padres como un acto de última voluntad, ya sea por testamento o por simple escritura pública sin forma testamentaria, es decir que lo regulaba únicamente para que tuviere efecto después de la muerte de ambos progenitores²⁸. El art. 106 del CCyC no contiene esta previsión, por lo tanto, si no se recurre a la forma testamentaria, los progenitores pueden designar tutor para sus hijos menores, en previsión de la pérdida o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental por otras causas que no sea la propia muerte. Así, podrían otorgarla en previsión de la pérdida del discernimiento o de la capacidad, inclusive juntamente con la designación por caso de muerte de los progenitores, siempre por supuesto que se otorgue por escritura pública sin forma testamentaria.

5.2.1. Aspectos a tener en cuenta cuando la tutela se otorga en sede notarial

Cláusulas prohibidas. Modalidades e instrucciones.

Cuando se nombra tutor en sede notarial debe tenerse en cuenta que se tienen por no escritas las cláusulas siguientes: a) que eximan al tutor de hacer inventario, b) que lo autoricen a recibir los bienes sin cumplir ese requisito, o c) que lo liberen del deber de rendir cuentas. Al indicar que la cláusula se tiene por no escrita, el texto implica que la inclusión de alguna de estas cláusulas no anula el acto sino sólo la cláusula prohibida.

Por lo tanto, si se trata de cláusulas no incluidas dentro de la prohibición transcrita o dentro de otras prohibiciones legales, la designación puede estar sujeta a modalidades e incluir instrucciones, tanto relacionadas

27 El art. 383 del código anterior disponía que podía nombrar tutor para sus hijos menores, el padre mayor o menor de edad y la madre que no hubiera pasado a segundas nupcias, el que “últimamente muera de ambos”.

28 El artículo 383 CC disponía en su última parte que: “Pueden también nombrarlo por escritura pública, para que tenga efecto después de su fallecimiento”.

con la atención personal del tutelado como para el cuidado de los bienes. Si son varios los tutores designados, conforme con el art. 105 y conc. del nuevo código, el otorgante podría dejar asentadas sus instrucciones acerca del modo de ejercicio de la tutela plural. También podría designar tutores que reemplacen a los designados en primer lugar para el caso de imposibilidad de éstos de ejercer el cargo.

Asimismo es necesario tener en cuenta las personas que no pueden ser tutores según la prohibición del art. 110 del CCyC. Resulta relevante la inclusión, en el último inciso, de las personas que hubieran sido expresamente excluidas por los progenitores para ejercer dicha función.

5.3. Tutela dativa

El nuevo código elimina la tutela legal del código anterior²⁹. El art. 107 regula la tutela dativa, que es aquella que otorga el juez ante la ausencia de nombramiento efectuada por los padres o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de las personas designadas. Tiene un carácter subsidiario ya que se privilegia la elección efectuada por los progenitores, en cuyo caso, la función del juez se limita a aprobar dicho nombramiento y sólo por causas debidamente fundamentadas podrá designar a otra persona en el cargo.

Diferente es la labor judicial en la tutela dativa, en la cual el juez, con un amplio margen de apreciación, deberá elegir la persona más idónea para ejercer dicha función, si bien deberá fundar razonablemente los motivos que justifican tal designación. Esta elección no está condicionada por lazos de parentesco.

5.4. Representación legal

Ante el otorgamiento de actos notariales que involucren derechos patrimoniales de un menor sujeto a tutela, debemos considerar que el tutor es su representante legal (art. 117 CCyC), pero que el tutelado puede estar autorizado por ley o por el juez a actuar por sí mismo, y que en todos los casos debe ejercer su derecho a ser oído, de acuerdo a su desarrollo y madurez.

IV) RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD DE EJERCICIO DE LAS PERSONAS EN RAZÓN DE SUS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES³⁰

29 La tutela legal tenía lugar cuando los padres no hubieran nombrado tutor o cuando éste no pudiese asumir el cargo, en cuyo caso el juez debía designar un pariente del menor, de acuerdo a un orden de prelación establecido por la ley (art. 389 CC).

30 La nueva norma incluye luego del régimen de restricciones a la capacidad de ejercicio a causa de la menor edad, las correspondientes a las personas adolescentes (mayores de

1. Principios y reglas generales. La dignidad del riesgo

La normativa ha intentado amoldarse, sin lograrlo adecuadamente, a los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378 a la que se le ha conferido jerarquía constitucional según ley 27.044).

Ha mantenido la vigencia de la Ley de Salud Mental (26.657), con excepción de las disposiciones que se abolieron con la derogación del código velezano (arts. 152 ter y 482).

Lamentablemente, la nueva normativa ha perdido la oportunidad de separar de manera adecuada la situación de aquellas personas que se encuentran dentro de un régimen de restricción de su capacidad de ejercicio dispuesto por sentencia judicial, de aquellas otras que padecen deficiencias intelectuales que afectan su discernimiento, pero que no han sido sometidas a proceso alguno³¹. Según ZANNONI, "he aquí la fuente inicial de equívocos"³².

Así, por ejemplo, el art. 31 inc. a) reitera el principio de capacidad que emana del art. 23 de la nueva normativa (que se halla también en el art. 3° de la ley 26.657), pero al agregar "aún cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial" indica que se refiere al discernimiento y no a la capacidad.

El mismo art. 31, a continuación, sienta los principios de excepcionalidad de las restricciones de la capacidad de ejercicio y el de beneficencia ("se imponen siempre en beneficio de la persona", según el inc. b).

El art. 31 en su inc. c) reitera a la ley 26.657 en tanto dispone la debida intervención interdisciplinaria en materia de salud mental, punto en el que es dable aclarar que "interdisciplinario" implica mucho más que "multidisciplinario". "La multidisciplinaria (...) consiste en el abordaje del mismo objeto de estudio por diversas disciplinas (...) En cambio, en la interdisciplina, en lugar de yuxtaponerse esas miradas, se intersectan. Vale decir, sus conclusiones se funden en una sola, lo que requiere un nivel de diálogo, discusión y apertura entre los profesionales que permita que dicha parte del trabajo

trece años) y mayores de edad (mayores de diez años) en razón de discapacidad, y -a partir del art. 48- las restricciones por prodigalidad.

31 "Dado que la capacidad es asunto que maneja la ley, resulta desacertado emplear la expresión 'incapacidad natural' o 'incapacidad accidental', pues tratándose de sujetos que carecen de aptitudes psíquicas suficientes, ellos seguirán siendo capaces hasta que la ley, y no la naturaleza o el accidente, los declare incapaces" (CNCiv, Sala A, 20/9/60, LL, 101-232, y JA, 1961-III-118 (voto del Dr. Llambías).

32 ZANNONI, Eduardo. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, pág. 243.

se integre”³³.

El inc. d) refiere directamente a la dignidad de la persona en cuanto al derecho de recibir todo tipo de información, lo que constituye el soporte necesario para que ella participe en el proceso con la asistencia letrada que debe facilitarle el Estado, tal como lo dispone el inciso e).

Finalmente, el inciso f) en cuanto dispone que “...deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas a los derechos y libertades” ilumina todo el articulado de la nueva normativa en la materia. Es lo que la doctrina ha dado en llamar “*la dignidad del riesgo*” que implica “que la vida y la libertad indefectiblemente conllevan riesgo por lo que su existencia, la del riesgo, es condición necesaria para evitar la aniquilación de la libertad y de la subjetividad de la persona”³⁴.

Se trata de dar cabida a la libertad como esencia de la dignidad humana, según aquella vieja oración: “No te dí, Adán, ni un puesto determinado ni un aspecto propio ni función alguna que te fuera peculiar, con el fin de que aquel puesto, aquel aspecto, aquella función por los que te decidieras, los obtengas y conserves según tu deseo y designio (...) Podrás degenerar hacia las cosas inferiores que son los brutos; podrás –de acuerdo con la decisión de tu voluntad- regenerarte hacia las cosas superiores que son divinas”³⁵.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, siguiendo anteriores pronunciamientos, ha dicho recientemente “que nuestro sistema jurídico recoge una concepción antropológica que no admite la cosificación del ser humano y, por ende, rechaza su consideración en cualquier otra forma que no sea como persona, *lo que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación*”³⁶.

2. Alcances de la sentencia. Representación y asistencia

La redacción final del art. 32 CCyC permite al juez restringir la capacidad de ejercicio de personas determinadas, bajo las siguientes reglas:

33 MARTÍNEZ ALCORTA, Julio A. “Responsabilidad civil de los equipos interdisciplinarios de salud mental”, en INFOJUS, Doctrina, pág. 128, 27 de mayo de 2015, Id Infojus: NV11382.

34 SOSA, “Salud mental: lectura convencional de la revisión dispuesta por el art. 153 ter”, DJ 21/5/14, pág. 13, con cita de Gorbacz, “Dinámica de la aplicación de la ley 26.657 en Argentina en derecho y salud mental”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2013-I-157. Ver también: Villaverde, “Tutela procesal diferenciada de las personas con discapacidad para su reforma procesal”, Revista de Derecho Procesal, 2009-I-318.

35 PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Oratio de hominis dignitate*, citado por Fromm, *El miedo a la libertad*, 2° edición, 2000, 1° reimpresión 2002, Editorial Paidós, pág. 21.

36 Con fecha 07/07/2015, autos “D., M. A. s/ declaración de incapacidad”.

- debe tratarse de una persona mayor de 13 años.
- la persona debe padecer “una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”.

La adicción o la “alteración mental”³⁷ debe ser comprobada por un equipo interdisciplinario (arts. 31 y 37 *in fine*), el juez debe “garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso, entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna” (art. 35 CCyC) y permitir su intervención en el proceso (art. 36).

Las adicciones se asimilan a las deficiencias intelectuales. Por tanto, la categoría de “inhabilitados” sólo incluye a los pródigos (arts. 48, 49 y 50 CCyC). Así, los demás supuestos previstos en el derogado art. 152 bis (conf. ley 17.711), quedan subsumidos dentro del régimen general de restricciones a la capacidad de ejercicio que describe el art. 32 de la nueva norma.

La sentencia, conforme con el art. 37 CCyC, debe indicar el diagnóstico y el pronóstico, la época “en que la situación se manifestó”, los recursos de la persona y de su entorno, y el régimen “para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible”.

Este régimen, acorde con el art. 32 CCyC, debe determinar cuáles son las restricciones a la capacidad de ejercicio que a la persona se le imponen y sólo excepcionalmente el juez podrá declarar la “incapacidad”.

No estamos de acuerdo con esta última posibilidad, toda vez que por absoluta que sea la falta de discernimiento de la persona en cuestión, nunca debe perder el derecho a opinar sobre su persona y sus bienes y a que su opinión sea tenida en cuenta. El hecho de que no pueda hacerlo (cuestión de la naturaleza) no implica la pérdida del derecho a hacerlo (cuestión jurídica) cuando eventualmente pueda hacerlo. De allí que calificamos incorrecto mantener la categoría de “incapaz”.

De la lectura del art. 32 parece apropiado deducir que ante un régimen de “incapacidad” corresponde nombrar un “curador” y en los casos de restricciones a la capacidad de ejercicio el nombramiento de un régimen de

37 La CDPD en su art. 2° habla, a nuestro entender con mayor claridad, de “deficiencias mentales, intelectuales”. Una “alteración” entendida como “Cambiar la esencia o forma de algo” (según diccionario de la Real Academia Española) puede provocar en la persona que esta tenga una capacidad intelectual superior a lo común. Esto último, obviamente, no es causal de restricción a la capacidad de ejercicio.

apoyos, descripto en el art. 43.

Empero, esta interpretación no es acorde con lo dispuesto en el art. 101 inc. c). De su lectura resulta la admisión de la posibilidad de que los apoyos tengan "representación", la que no excluye un régimen de asistencia (art. 102).

Por ello entendemos -en la búsqueda de una interpretación armónica de los arts. 32, 43 y 101 CCyC- que la sentencia no necesita "declarar" a una persona "incapaz", sino establecer los actos que no puede realizar por sí misma y designar los apoyos pertinentes y, también sin declararla incapaz, puede disponer que en algunos actos sea representada por la misma persona que constituye el apoyo o por un curador³⁸.

Cabe advertir especialmente que tanto el régimen de apoyo como la curatela pueden estar integrados por distintas personas, con intervención conjunta o indistinta o con intervención en materias diferentes cada uno de ellos.

La nueva normativa no ha hecho referencia a que esos cargos puedan estar desempeñados por personas jurídicas³⁹. La omisión no debería ser interpretada como prohibición.

Seguramente, este nuevo régimen exige del notario el análisis detallado de la sentencia para poder calificar si el otorgante tiene o no la capacidad suficiente para otorgar el acto.

Consideramos útil para la determinación de las restricciones a la capacidad de ejercicio la utilización del nomenclador o protocolo diferencial elaborado y aprobado por la Organización Mundial de la Salud denominado "Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud" (CIF), mediante el cual se otorgan en nuestro país en sede administrativa los llamados "Certificados Únicos de Discapacidad" (CUD)⁴⁰. Creemos que en el futuro cercano será esta una herramienta imprescindible tanto para el dictado de la sentencia como para entender sus alcances.

3. Publicidad y efectos de la sentencia

El art. 39 dispone la inscripción de la sentencia en el Registro de Estado

38 Ver OLMO Juan Pablo. "Cuando la gente pide insania y los jueces dicen que no. Nuevas respuestas en materia de salud mental y capacidad", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, 2012-251.

39 Ver ZITO FONTÁN, Otilia del Carmen. "El ejercicio de la tutela por personas jurídicas en el derecho español", en Revista Notarial N° 959.

40 Ver LEIVA, Norma B. "La clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud como herramienta de diálogo interdisciplinario para la aplicación del art. 152 del Código Civil", en Revista Notarial N° 968, pág. 607.

Civil y Capacidad de las Personas, que se rige por las disposiciones de la ley 26.413, que sustituyó al decreto ley 8204/63. La publicidad se explicita mediante "constancia al margen del acta de nacimiento". Estas últimas normas disponen que "...sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes de fondo de la Nación, los actos mencionados en este capítulo no producirán efectos contra terceros sino desde la fecha de su inscripción en el Registro" (art. 89, ley 26.413).

Acorde con estas disposiciones, el art. 44 del nuevo código sanciona con nulidad "...los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a la inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas".

No aparece en el nuevo articulado la segunda parte del art. 473 del Código Civil anterior que, conforme con la ley 17.711, disponía que: "Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y a título oneroso". Frente al conflicto de intereses entre el tráfico jurídico y los derechos de la persona con discapacidad, el nuevo código da prevalencia -conforme con los nuevos paradigmas en materia de salud mental⁴¹- a estos últimos.

Cabe reconocer, empero, que dado que ni el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas ni el Registro Nacional de las Personas (que se rige por la Ley Nacional 17.671) poseen en la actualidad una base de datos accesible de manera inmediata para el público en general, se generará una importante fuente de inseguridad jurídica.

Resulta imperioso, entonces, la formación de esa base de datos, la que ha de tener la característica de su accesibilidad. Entretanto, en la práctica, resulta imposible la consulta de la partida de nacimiento de cada persona que otorga un acto jurídico, no sólo en sede notarial sino también en sede judicial, administrativa y privada⁴².

El nuevo régimen no innova mayormente con relación a la nulidad por falta de discernimiento de los actos anteriores a la inscripción de la sentencia (art. 45) ni con relación a los de la persona fallecida (art. 46 CCyC).

Sólo el inc. c) del art. 45 CCyC agrega la posibilidad de anulación de los actos a título gratuito anteriores al dictado de la sentencia. En oportunidad de efectuar un comentario anterior, dijimos que "...la norma en comentario

41 Igual opción efectúan, entre otros, los códigos de España (arts. 218, 1261, 1263 y art. 6° inc. 3); Italia (arts. 423 y 427) y Francia (493-2 y 502).

42 Aplicada la norma sin concesiones, debería requerirse la partida de nacimiento actualizada de cada otorgante de cada acto jurídico. Así, no sólo debería solicitarse en sede notarial, sino también para cualquier presentación judicial o bancaria (ej. cobrar un cheque) o administrativa (cualquier supuesto en el que una persona peticiona a las autoridades).

también facilita la acción en los supuestos de actos a título gratuito, lo que resulta indiscutible”⁴³.

Empero, existen opiniones encontradas, pues se ha dicho que “...no se entiende por qué el legislador ha decidido equiparar esas actuaciones negativas a los actos a título gratuito”⁴⁴.

Entendemos que cuando no se ha obtenido una sentencia posterior de restricción a la capacidad de ejercicio, es necesario probar la falta de discernimiento *en el momento* de la celebración del acto (art. 261 CCyC). Lo que el art. 45 postula es que si existe una sentencia posterior de restricción a la capacidad de ejercicio, la acción se facilita y resulta entonces suficiente probar la falta de discernimiento del otorgante *a la época* de la celebración del acto, tal como indica el inciso a). De allí que el art. 37 en el inc. b) requiere que la sentencia consigne la “época en que la situación se manifestó”.

Dado que los actos a título gratuito presentan una peligrosidad especial⁴⁵, no parece descabellado –según entendemos– que el legislador facilite la anulación de éstos si se otorgaron dentro de la “época en que la situación se manifestó”, sin necesidad de probar la falta de discernimiento *en el momento* de la celebración del acto, sea ostensible o no la deficiencia intelectual de la persona en cuestión. Por otro lado, quien se perjudica por la anulación, deja de tener una ganancia pero no sufre ningún perjuicio con relación a su situación anterior a la donación.

V) DERECHOS PERSONALÍSIMOS

1. Su inclusión en el nuevo ordenamiento

El Capítulo 3 del Libro Primero, Título I del Código Civil y Comercial de la Nación regula la protección de los derechos personalísimos. Esta inclusión da respuesta a la doctrina jurídica argentina que reiteradamente reclamó la sanción de un régimen ordenado de los derechos personalísimos.

43 *Código Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado*, Tomo I, Eduardo Gabriel Clusellas coordinador, Ed. Astrea-FEN, pág. 170.

44 TAIANA DE BRANDI. “¿Protección? de las personas con discapacidad y de la legítima en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, N° 10, pág. 30. Por “actuaciones negativas” la autora se refiere a la ostensibilidad de la enfermedad o la mala fe del cocontratante, esto es, a los incs. a) y b).

45 VON SAVIGNY, Friedrich Karl. *Sistema de Derecho Romano Actual*, 2ª edición. Libro II, Cap. III, Centro Editorial de Góngora, Madrid, pág. 147: “El peligro de la facultad de donar no consiste en la elección, acaso irreflexiva, del donatario a cuyo favor se constituye la donación, sino en la determinación misma en virtud de la cual el donante se priva voluntariamente de una parte de sus bienes que debería retener y aplicar a sus necesidades, ese peligro desaparece enteramente cuando se trata de una sucesión por causa de muerte...”.

A lo largo de diez artículos (arts. 51 a 61 CCyC) se regula especialmente la protección de los derechos catalogados por CIFUENTES⁴⁶ como derechos a la integridad espiritual. Se refieren entonces a: la intimidación, el honor, la imagen e identidad. Incluye también normas sobre disposición del propio cuerpo, consentimiento informado, investigaciones en salud, directivas anticipadas y destino del cadáver.

Se confirma así que el derecho privado debe responder hoy a los principios constitucionales y convencionales, así como a lo normado en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país, de acuerdo a la supremacía consagrada por la propia Constitución Nacional argentina (arts. 31 y 75, inc. 22).

2. Intervención notarial

Un aspecto trascendente de la actividad del notariado latino es su función social, que se vincula estrechamente con la protección de los derechos personalísimos. Tanto en la elaboración de documentos notariales como en el asesoramiento brindado a sus requirentes, el notario desarrolla una labor personalizada y trascendente para garantizar el respeto y el efectivo ejercicio de dichos derechos. Así, recepta, interpreta y encuadra legalmente la voluntad genuina de sus requirentes, protegiendo su derecho a la autodeterminación personal (art. 19 CN), para plasmar luego dicha voluntad, de manera fehaciente, en documentos auténticos y adecuados⁴⁷.

Por otro lado, el desarrollo vertiginoso de la tecnología requiere también de la actuación notarial para proteger derechos. Las redes sociales y otros medios informáticos, permiten hoy la publicación de expresiones agraviantes o difamatorias que pueden resultar efímeras pero suficientes para causar daños en la honra o reputación de una persona. Sin lugar a dudas, la intervención notarial resulta adecuada a fin de acreditar fehacientemente estas situaciones.

3. Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud

Entre los derechos personalísimos contemplados por el CCyC, el art. 59 regula el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. La norma sigue en líneas generales lo dispuesto por el art. 5° de la ley 26.529 modificada por la ley 26.742. Su análisis y comparación

46 CIFUENTES, Santos. *Derechos Personalísimos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1995, pág. 320.

47 Poderes, donaciones, fideicomisos, rentas vitalicias, actos de autoprotección, directivas anticipadas en salud, testamentos, son entre otros, instrumentos idóneos para garantizar el respeto a los derechos personalísimos de acuerdo a las circunstancias de cada uno.

entre ambas normativas vigentes, excede las posibilidades de este trabajo, pero cabe señalar la referencia expresa a las directivas anticipadas que se regulan en el art. siguiente (art. 60).

En efecto, el art. 59 define al consentimiento informado como la declaración de voluntad expresada por el propio paciente, luego de recibir la información adecuada y, en su último párrafo, admite su otorgamiento por terceras personas únicamente en el caso en que aquel se encuentre absolutamente imposibilitado para expresar su voluntad, al tiempo de la atención médica, y *no lo haya expresado anticipadamente*⁴⁸. Cabe afirmar pues, que la voluntad del paciente expresada en una directiva anticipada debe acatarse por encima de la opinión de su representante legal, parientes o allegados. Ante lo cual cobra especial relevancia acreditar dicha voluntad de modo fehaciente, de manera que su autenticidad y contenido no admitan la menor duda. El tema se vincula con los actos de autoprotección que se tratan en el siguiente ítem.

4. Actos de autoprotección o “directivas anticipadas”

4.1. Contenido del acto y supuestos de aplicación.

El nuevo código dedica el art. 60 a las “Directivas médicas anticipadas” y el art. 139 a las “Personas que pueden ser curadores”. Ambos hacen referencia a la designación del propio curador para la eventualidad de quedar incluida la persona en un régimen de restricción a la capacidad de ejercicio.

La redacción de los preceptos es exigua y oscura. Lamentamos que no se haya tenido en cuenta el proyecto que en el año 2012 redactó la Comisión de Autoprotección del Consejo Federal del Notariado Argentino y que tuvo estado parlamentario en la Cámara de Diputados de la Nación⁴⁹.

En cuanto al *contenido* del acto, el primero de los artículos, bajo referencia a cuestiones de salud, admite expresamente: a) anticipar directivas; b) conferir mandato; y c) designar a las personas que han de expresar el consentimiento informado y ejercer la curatela.

La conjunción “y” (“respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad) quita claridad a la disposición, ya que de no existir, resultaría nítido que las directivas de salud y el mandato se anticipan en previsión de

48 El consentimiento informado puede ser otorgado en este caso por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud (art. 59 CCyC *in fine*).

49 Proyecto 2707-D-2012.

la propia “incapacidad”⁵⁰. La conjunción parece indicar que las directivas y el mandato a los que se refiere pueden ser de salud “y” con cualquier otro objeto, “en previsión de la propia incapacidad”. De todas maneras, el reconocimiento expreso que efectúa esta frase de las directivas de salud no puede ser interpretado nunca como impeditivo de otros contenidos, toda vez que esa posibilidad está amparada por el art. 19 CN y especialmente en el art. 12.4 y conc. de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y reconocido reiteradamente por los más altos tribunales⁵¹.

Algo similar puede decirse de la posibilidad de la designación del propio curador que reitera el art. 139 CCyC. Sería absurdo entender que la admisión de la designación del propio curador lo sea con el único objeto de atender a la salud del disponente. La inclusión en el art. 139 CCyC (primer párrafo) junto con los supuestos siguientes de la posibilidad de designación de curador por los padres para los hijos con restricción a la capacidad de ejercicio (que no reconoce límites en cuanto a la materia en que ha de ocuparse el curador) elimina toda duda.

Por otro lado, de la remisión que efectúa el art. 138 CCyC al régimen de la tutela resulta que tal designación debe ser aprobada judicialmente (art. 106 CCyC) pero que el juez no puede designar para ese cargo a quienes “hubieran sido expresamente excluidos ... excepto que según el criterio del juez resulte beneficioso...” (inc. k del art. 110 CCyC).

Resulta indudable que esta normativa se aplica no sólo a los supuestos de “incapacidad” del art. 32 *in fine*, sino a todos los supuestos de restricción a la capacidad de ejercicio de manera parcial.

4.2. Capacidad del otorgante

El nuevo código ha optado por mantener la vigencia de las leyes 26.529 (Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud) y 26.742 (llamada de “muerte digna”).

Tanto el art. 60 del nuevo código como el art. 11 de la ley 26.529 exigen que las directivas anticipadas sean otorgadas por personas plenamente

50 Entendemos que no hace referencia a la declaración judicial de restricción a la capacidad de ejercicio sino a la mera pérdida del discernimiento necesario para tomar las decisiones por sí mismo.

51 “En efecto, esta Corte, en innumerables precedentes ha resaltado el valor de la autodeterminación de la persona humana con fundamento en el art. 19 de la CN, no sólo como límite a la injerencia del Estado en las decisiones concernientes a su plan de vida, sino también como ámbito soberano de este para la toma de decisiones libres vinculadas a sí mismo”. Corte Suprema de Justicia de la Nación “D., M. A. s/ declaración de incapacidad”, 07/07/2015.

capaces.

Una primera duda surge de la lectura del art. 26 del nuevo código con relación a las personas menores de edad. Entendemos que a partir de los dieciséis años se adquiere la plena capacidad para otorgar directivas anticipadas, aunque se generan dudas con relación a la categoría de trece a dieciséis años y a los menores de trece.

También surgen en cuanto a la posibilidad del otorgamiento de estos actos por personas con capacidad restringida (primera parte del art. 32) cuando el juez no ha restringido expresamente la capacidad para el otorgamiento de este tipo de actos.

El derecho de las personas menores de edad a expresar su opinión y a que esta sea tenida en cuenta de acuerdo a su desarrollo y madurez, tal como ya lo hemos afirmado, es reconocido con la amplitud suficiente para abarcar todos los asuntos de su interés, tanto en la CDN (art. 12) como en la ley 26.061 (arts. 2º, 3º, 19, 24 y 27). Por otra parte, el art. 2 inc. e) de la ley 26.529 admite la competencia bioética de los niños, niñas y adolescentes para la toma de decisión en materia de salud conforme con las disposiciones de la ley 26.061, esto es, cuando tienen el discernimiento necesario para ello.

Ante esta contradicción normativa, la respuesta debe encontrarse en la conocida distinción entre escrituras propiamente dichas (que tienen por contenido actos jurídicos conforme art. 299 CCyC) de las actas que, de acuerdo con el art. 310 del nuevo código, "...tienen por objeto la comprobación de hechos". Así, cuando la persona resulta "plenamente capaz" está en condiciones de otorgar un verdadero acto jurídico, obligatorio para el galeno a cargo, salvo que la disposición contenga la previsión de prácticas eutanásicas que resultan prohibidas, tanto por la nueva norma como por las leyes precedentemente citadas.

En cambio, cuando la capacidad o el discernimiento no son completos, el notario puede labrar acta en la que constata el hecho de la expresión de voluntad. Se cumple así con el derecho de toda persona, aun menor de edad o sujeta a un régimen de restricción a la capacidad de ejercicio, de opinar para que su opinión sea tenida en cuenta. Esa manifestación de voluntad no será de cumplimiento obligatorio, pues los destinatarios sólo tendrán la carga de atender al contenido de dicha manifestación y de soportarla adecuadamente.

El notario deberá distinguir claramente un supuesto del otro, esto es, si se trata del otorgamiento de una escritura o de la confección de un acta.

Al respecto, acerca de la obligatoriedad de las directivas anticipadas,

ha dicho nuestro máximo tribunal con relación a las leyes 26.529 y 26.742 que "... se reconoció a las personas que se hallan en esas situaciones límite, como forma de ejercer la autodeterminación, la posibilidad de rechazar tratamientos médicos o biológicos (...) estas previsiones consagradas por la legislación especial no resultan incompatibles con las normas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, promulgado por la ley 26.944"⁵². Así, el hecho de que el nuevo código no reproduzca la expresión "Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo"⁵³ contenida en el art. 11 de la ley 26.529, no ha de ser entendido en el sentido de que el nuevo código ha quitado ese efecto a las directivas anticipadas otorgadas por personas "plenamente capaces"⁵⁴.

4.3. La forma

El nuevo código no contiene referencia alguna acerca de la forma de las directivas anticipadas o actos de autoprotección. Sólo subsiste en la legislación el párrafo agregado al art. 11 de la ley 26.529 por la ley 26.742. Se refiere sólo a las directivas anticipadas de salud y dispone que "la declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá la presencia de dos testigos".

La trascendencia de la emisión de voluntad en un acto de autoprotección o directiva anticipada no sólo existe cuando se trata de temas de salud. La designación del propio curador, los deseos en lo atinente a los cuidados de la propia persona y de quiénes están autorizados para llevarlos a cabo, la administración del patrimonio y otras cuestiones más, también son extraordinariamente importantes.

Por ello, partiendo de que estas disposiciones están destinadas generalmente a personas, lugar y tiempo indeterminados, el instrumento adecuado es la escritura pública, dado que ella asegura su autenticidad, hace plena fe de las declaraciones que contiene, otorga fecha cierta y matricidad, protegiéndolo, así, ante la posibilidad de alteración o pérdida.

De todas maneras, en lo que atañe a la práctica notarial, no ha de olvidarse la vigencia de lo dispuesto en el art. 11 de la ley 26.529 conf. ley 26.742, ya transcripto. Él se refiere únicamente a cuestiones de salud, exige la presencia de dos testigos y el otorgamiento en sede judicial o ante

52 "D., M. A. s/ declaración de insania", 07/07/2015.

53 Sobre este párrafo ver de los autores "Directivas anticipadas de salud (art. 11 de la ley 26.529)", en LL, 2009 F, pág. 209.

54 En contra: LAFERRIERE y MUÑIZ. "Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial unificado", en Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año VII, N° 5 (junio 2015), págs. 147 y sgts.

escribano público.

Entendemos que “ante escribano público”, al referirse al otorgamiento del acto, hace referencia a “escritura pública” y no a una mera certificación de firmas. En el caso de la certificación de firmas el acto no se otorga ante el escribano sino que sólo se lo rubrica en presencia del notario. Este no interviene necesariamente en su autoría⁵⁵.

Para la ubicación de estas decisiones en tiempo oportuno funcionan desde hace ya una década los “Registros de Actos de Autoprotección” en los colegios notariales de las provincias argentinas, cuya información se centraliza en el Centro Nacional de Actos de Autoprotección que funciona en el Consejo Federal del Notariado Argentino.

En otra oportunidad consignamos que más allá de las consideraciones referidas a la importancia de la escritura pública en este tipo de actos, “por razones de elemental respeto a la persona humana, el incumplimiento de determinados recaudos o formalismos no debería impedir el acatamiento de actos de autoprotección cuya exteriorización libre, consciente e intencionada no abrigue dudas”⁵⁶.

Dicha aseveración cuenta ahora con el aval del reciente fallo ya citado, en el que nuestro tribunal superior afirmó ante la inexistencia de directivas anticipadas otorgadas por la persona en estado vegetativo persistente que “... corresponde examinar si pese a esas circunstancias es posible conocer cuál es la voluntad de M., A. D. respecto de esta cuestión”⁵⁷. Esto es, siempre hay que buscar la real voluntad del disponente. Por otro lado, el tribunal señala que, en el caso, la ausencia de directivas anticipadas formalizadas por escrito “no puede entenderse indicativa de voluntad alguna si se tiene en consideración que al momento del accidente⁵⁸ no solo no se encontraban vigentes las normas que aquí se examinan, sino que esa práctica no era habitual ni se hallaba tan difundida socialmente la posibilidad de hacerlo como ocurren en la actualidad”. De lo cual se desprende la mayor trascendencia que hoy debe darse a su otorgamiento o a su ausencia y su importancia a la hora de respetar la real voluntad de quien no puede expresarse.

El art. 60 CCyC establece que: “...esta declaración de voluntad puede

55 Dicho esto sin desconocer el contenido del decreto 1089/12, reglamentario de las leyes 26.529 y 26.742. Este decreto excede en mucho la función de un decreto reglamentario, incluye exigencias no previstas en la ley de fondo, a la que desvirtúa.

56 *Código Civil y Comercial, Comentado, Anotado y Concordado*, T. I, pág. 240.

57 “D., M. A. s/ declaración de insania”, 07/07/2015. Contrariamente a lo ocurrido en este caso, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires el 9/2/2005 (LL, 2005-B-267) no tuvo acreditado en los hechos, existencia de voluntad alguna de la causante.

58 El estado vegetativo del paciente en este caso data de más de veinte años.

ser libremente revocada en todo momento". Parece apropiado que en estos supuestos, en aras al respecto de la voluntad del paciente, cualquiera sea la forma, la decisión posterior revoque a la anterior.

Quizás, una redacción más apropiada del párrafo hubiera sido la siguiente: "El consentimiento informado posterior, cualquiera sea la forma, revoca la directiva anticipada anterior". De esta manera se aventaría la posibilidad de que una directiva anticipada otorgada con todas las formalidades y recaudos del caso, pudiera quedar desvirtuada por el testimonio de un pariente disconforme con ella, que asevere una supuesta voluntad posterior del otorgante.

4.4. *La subsistencia del mandato*

El art. 60 configura una excepción al art. 380 inc. h) que establece la extinción del poder por la pérdida de la capacidad exigida en el representado, toda vez que autoriza expresamente a conferir mandatos en previsión de la pérdida no sólo del discernimiento sino también de la capacidad⁵⁹.

VI) EL NOMBRE DE LAS PERSONAS HUMANAS

Son varias las novedades. Solamente resaltaremos algunas de ellas.

1. Posibilidad de llevar el primer apellido de uno cualquiera de los progenitores

Conforme con el art. 64 del CCyC "...el hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges (...) Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos"... e igual criterio determina para los hijos extramatrimoniales "...si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente. Si la segunda filiación se determina después los padres acuerdan el orden"... En caso de discrepancias, se recurre a la autoridad judicial quien debe decidir "según el interés superior del niño".

2. El apellido de los cónyuges

Conforme con el art. 67, "Cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición 'de' o sin ella".

La norma contiene también previsiones para los divorciados, las perso-

59 Conf. XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, octubre, 1995.

Doctrina

nas a las que su matrimonio se le ha declarado nulo y los viudos.

VII) COLOFÓN

El notariado, ya antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ha debido considerarlo. En efecto, ante la consulta por un testamento o una donación, por ejemplo, ha tenido que considerar que el testador o el donante, en su caso, seguramente podían fallecer con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva normativa. Atento a lo preceptuado por su art. 7º, la redacción de la documentación y el correspondiente asesoramiento debió efectuarse de manera acorde con las novedades.

Ello ha debido hacerlo cada uno de los integrantes del cuerpo notarial con escasa elaboración doctrinaria y carente, en absoluto, de jurisprudencia.

Por tal motivo, estamos esperanzados en que los presentes apuntes constituyan una herramienta útil para los notarios en actividad ante este enorme desafío.

Hipotecas. Especialidad en cuanto al crédito. Interpretación del monto en la extensión de la garantía

Rubén Augusto Lamber

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Esquema interpretativo. 3. La discusión en el código vellezano. 4. La invalidez por falta de especialidad en cuanto al crédito. 5. La validez de las hipotecas abiertas en la doctrina anterior al nuevo CCyC. 6. La interpretación del art. 2189 del nuevo CCyC. 7. Hipotecas de monto cierto y determinado. 7.1. El contenido de la reforma. 7.2. El alcance del art. 2193. 7.3. Los privilegios especiales en relación a la hipoteca. 8. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, vigente a partir del 1º de agosto de 2015, ha introducido nuevos institutos jurídicos, ha modificado otros, o ha dejado sin efecto los que consideraba inútiles en nuestras costumbres, pero al mismo tiempo, ha generado cuantiosos planteos interpretativos que la doctrina y la jurisprudencia a su tiempo deberán resolver.

Una de las tantas cuestiones que se presentan es con relación a las *hipotecas*, particularmente con relación al principio de especialidad en cuanto al crédito, dado que de la lectura de sus normas entienden algunos que, a partir de esta normativa, todas las hipotecas deben tener una estimación del monto total por el que se publicita la extensión de la garantía. Ello sin importar si se trata de hipotecas de monto cierto y determinado, o de las conocidas como hipotecas abiertas, o de máximo, para la cobertura de créditos condicionales, futuros o eventuales de monto indeterminado.

La consecuencia de esta interpretación es que el monto por el que se constituye debe incluir no sólo el capital, sino también intereses compensatorios, punitivos, costos y costas del juicio, o daños por el incumplimiento.

Toda suma que exceda al monto inscripto resulta quirografaria y pierde el privilegio especial que otorga la hipoteca.

A modo de ejemplo, y en tanto se entienden comprendidas todas las hipotecas de cualquier naturaleza, si se trata de un mutuo en el que el acreedor entrega en préstamo una suma de dinero cierta y determinada, deberá dejar previsto todas aquellas contingencias que pudieran acrecentar la deuda de capital, como intereses, costas, daños, etc., y por tanto, si se dieron cien mil pesos, quizá la estimación deberá prever un monto posible de cuatrocientos mil pesos, con la consiguiente carga de gastos que tendrá por ello el deudor.

Distinto es el caso de las hipotecas en que no hay monto determinado, como sucede en las que garantizan obligaciones de dar, hacer o no hacer, o sobre obligaciones todavía no nacidas por tratarse de créditos futuros o eventuales, y de monto indeterminado, por cuanto la incertidumbre es parte del cálculo estimativo y no hay certeza ninguna para prever su alcance.

En las hipotecas de monto fijo y determinado, en cambio, hay certeza no sólo en el monto, sino en los intereses que pactados en el mismo contrato pueden calcularse con poco riesgo de error (como las costas de juicio) y por tanto, parece injusto obligar a una determinación precisa en el acto constitutivo, ya que las estimaciones serán sobre bases serias y bajo control judicial en caso de ejecución.

En la lectura de las normas generales para derechos reales de garantía, el nuevo código plantea estas dudas a partir de la lectura del art. 2189, en

el que se hace expresa referencia al principio de "Especialidad en cuanto al crédito", estableciendo que "El monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero", que "...la especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen" y que "el crédito debe estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; mas en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, *de modo que cualquier suma excedente es quirograria*, sea por capital, intereses, costas, multas u otros conceptos".

Por su parte, el art. 2193 se diferencia en cuanto a los efectos, por cuanto se refiere expresamente a la "Extensión en cuanto al crédito", y en este aspecto señala que: "La garantía cubre el capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución, como así también los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento...".

Los partidarios de la estimación del monto máximo en todas las hipotecas entienden que la lectura de este artículo se debe hacer con referencia y en los límites al monto máximo fijado. Todo lo que excede al mismo es quirografario. Otros entendemos que se trata de una aplicación referida únicamente a las hipotecas abiertas o de máximo. Mientras que en las de monto cierto y determinado no hay estimación alguna en virtud de esa certeza en cuanto al capital, y la cobertura se extiende como privilegiada a intereses, costas y daños por la posibilidad de calcularlo en todos los casos a través de la publicidad de los intereses y del conocimiento genérico de las regulaciones normales. Todo ello queda avalado por la intervención judicial que limitará todo lo que exceda el valor del dinero, limitando intereses o cláusulas abusivas y regulando, por su parte, lo que pudiera resultar de costos, costas y daños.

2. ESQUEMA INTERPRETATIVO

El nuevo código incluye en el art. 2187 entre los créditos garantizables, tanto a los puros y simples, como los a plazo, los condicionales o los eventuales, o por obligaciones de dar, hacer o no hacer, con lo que está incluyendo los que son por monto cierto y determinado, como los que no lo son por estar pendiente su nacimiento al momento de la constitución de la hipoteca o, habiendo nacido, pueden resolverse (condición suspensiva o resolutoria) o no estar todavía determinado el monto por su indeterminación, como en los daños y perjuicios por incumplimiento o por estar pendiente en razón de su eventualidad.

Pero esta comprensión de todos los créditos no implica negar la sustancial diferencia entre dos tipos de hipotecas perfectamente diferenciadas,

como son las típicas -de monto cierto y determinado, que los españoles llaman de "tráfico"-, que se caracterizan por ser el crédito actual, de naturaleza dineraria y el plazo suspensivo cierto; y las de "seguridad", que conocemos mejor como abiertas o de máximo, que se caracterizan por ser de dar cosas que no sean dinero, de hacer o no hacer, o de monto indeterminado por ser créditos futuros o eventuales, etc.

En las primeras, el sustento causal es preciso, dado que se trata de un mutuo o un saldo de precio de una compraventa que determina con precisión la causa fuente y el monto; mientras que en las otras, lo único cierto y determinado es el monto de máximo establecido, con lo que se debilita la causa fuente y, por sobre todas las cosas, en el momento de la constitución, no existe una verdadera causal fundada en un contrato autónomo, y con ello quedaría incumplido el principio de especialidad.

En el código velezano, a través del art. 3109 se daban los mismos tipos de hipotecas señalados, y ellos fueron fuente de las grandes discusiones en la doctrina, porque si no se cumplía el principio de especialidad, la hipoteca era *nula de nulidad absoluta*.

Como la doctrina discrepó en su momento si el código velezano establecía el principio de especialidad con todo rigor, tanto con relación al objeto (inmueble gravado) como en cuanto al crédito (causa fuente y monto), es necesario cotejar las nuevas exigencias que resultan de los arts. 2188 y 2189 por cuanto la doctrina había generalizado una interpretación mayoritaria en cuanto al rigor de la especialidad con relación al objeto según el art. 3131 CC, que describía los cuatro requisitos que debe contener la escritura de hipoteca y la limitación de la nulidad en el supuesto del objeto conforme a lo determinado en el art. 3132 CC (una designación colectiva de los inmuebles que el deudor hipoteque no es bastante para dar a la constitución de la hipoteca la condición esencial de la especialidad del inmueble gravado), refrendado por el art. 3148 CC (la resultante del defecto de especialidad de una constitución hipotecaria puede ser opuesta tanto por terceros como por el deudor mismo). A contrario de tamaño rigor, cuando se trataba de la especialidad en cuanto al crédito, carecía de norma expresa, fuera de lo que establecía el inc. 2º del art. 3131 CC, y que –a diferencia de lo resuelto en el art. 3132 CC-, rechaza la anulación y permite complementar aquello que era desconocido, condicional, impreciso o indeterminado al momento de la constitución, salvo el monto, que era esencial para su validez ("La constitución de la hipoteca no se anulará por la falta de alguna de las designaciones prevenidas, siempre que se pueda venir en conocimiento positivo de la designación que falte", según art. 3133 CC).

Debemos desentrañar entonces qué exigencias regulan ahora el derecho de garantía hipotecaria que, por su carácter de disposiciones generales, comprende también la prenda y el anticresis, y si se limita a la especialidad en cuanto al crédito con la sola designación del monto máximo si este está extendido a todas las hipotecas o limitadas a las que deba estimarse el monto como dice el mismo art. 2189 desde su inicio, o si es necesario también definir debidamente y con qué alcance la causa fuente.

3. LA DISCUSIÓN EN EL CÓDIGO VELEZANO

La dificultad que presentaban las hipotecas atípicas, abiertas o de máximo nos hicieron, desde lo notarial, planificar escrituras en las que quedaba bien diferenciado el crédito de la hipoteca, con la intención de dar precisión tanto a la causa fuente como al monto fijado.

Así hemos caracterizado la fuente obligacional que sirve de base a la constitución del derecho real de hipoteca, convencidos por los serios argumentos de MARIO ANTONIO ZINNY (*Casos Notariales*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, págs. 91 y sgts.), haciendo asimismo distinción con la causa de la deuda.

En las hipotecas corrientes, la causa de la deuda es un contrato de mutuo o el saldo de precio de una compraventa, en las que entonces consideramos que puede ser una obligación condicional, eventual o futura, proveniente de una cuenta corriente, el incumplimiento contractual o la responsabilidad por daños por actos ilícitos, cuya satisfacción se garantiza con la hipoteca. En consecuencia “el contrato de hipoteca” es uno de los “contratos de garantía” que puede ser personal (como la fianza o caución personal) o puede ser real (como la hipoteca, la prenda y anticresis), tal como lo señala ALBERTO G. SPOTA (*Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Vol. I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, pág. 123).

Como dice ZINNY, entre el contrato de hipoteca y el derecho real de hipoteca hay tanta diferencia como entre la compraventa y el dominio. Prueba de ello es el conflictivo pacto de ejecutividad, que es de la naturaleza del contrato hipotecario, diferenciándose de la constitución del derecho real de hipoteca.

Mientras parte de la doctrina y de la jurisprudencia ha sostenido que el mismo es una exigencia tanto con relación a la cosa hipotecada (sobre la que no hay discusiones) como con respecto al *crédito*, algunos han sostenido que para este último caso no se extiende el principio de especialidad.

En esta última postura afirman JOSÉ LUIS PÉREZ LASALA y BENIGNO MARTÍNEZ VÁZQUEZ: “Adelantamos nuestra opinión adversa a la admisión del pretendido principio de especialidad del crédito, como formando parte del derecho real de hipoteca, por no existir texto alguno que lo consagre con carácter de tal y ser contrario a la flexibilidad que el codificador dio a la abundante gama de hipotecas admitidas en el art. 3109.” (“El principio de especialidad y la accesoriedad en la hipoteca”, ED 93, pág. 798).

Agregan estos autores que toda clase de obligaciones pueden ser aseguradas con hipoteca. Fundado en los arts. 518, 3109 y 3153 incluyen las obligaciones civiles y naturales: de dar (en dinero o en especie) de hacer o no hacer; actuales, eventuales o futuras; puras, condicionales o a término o de valor determinado o indeterminado. Seguidamente, luego de negar el principio de especialidad en cuanto al crédito, no hacen lo mismo con relación a la determinación de la obligación: “...la determinación del crédito no está fundada en ningún principio de especialidad, sino que surge como exigencia del carácter accesorio que la hipoteca tiene en nuestro derecho positivo” (Ob. cit., pág. 808). Y concluyen afirmando que tanto el monto de la obligación como la causa fuente servirán como elementos individualizadores, pero estos deberán ser factibles de determinación: “...si se trata de obligaciones de origen contractual no bastará afirmar que el contrato es su fuente; se necesitará indicar la naturaleza del contrato (3131). Si se trata de obligaciones cuasi contractuales no será suficiente referirse en abstracto al origen cuasi contractual, que es la causa fuente, si con tal designación no se puede determinar la obligación garantizada. Lo mismo cabe decir de las obligaciones derivadas de hechos ilícitos o directamente de la ley” (Ob. cit., pág. 809).

El principio de especialidad en cuanto al crédito, tanto como a la cosa preocupa, por cuanto, como dice RAYMUNDO SALVAT, “...faltando este requisito, la hipoteca sería nula. Pero es el caso que algunos autores entienden que el principio está cumplido con la enunciación del monto de la deuda garantizada, con lo que se da amplia acogida a las llamadas ‘hipotecas muy abiertas’, *hasta un determinado monto* pero en garantía de derechos personales o creditorios todavía no existentes (eventuales o futuros) cuyas *causas* fuentes no han sido todavía celebradas ni se celebran al momento de constituirse la garantía”, como lo señala ZINNY en la obra citada (*Casos Notariales*, págs. 99 y 100).

JORGE HORACIO ALTERINI, refiriéndose a las hipotecas abiertas en una disertación sobre la actividad bancaria, recogida por la Revista Notarial 868, analizaba la evolución jurisprudencial, con pronunciamientos por la validez como la sentencia del Superior Tribunal de Salta de marzo de 1979 y del tribunal supremo de la Provincia de Buenos Aires del mismo año, o por la

nulidad como la Cámara de Morón de 1980 o la de Mendoza, Sala III, del mismo año y se pronuncia por la insuficiencia del monto máximo, debiendo estar individualizada la obligación que se garantiza, sin perjuicio de que esta pueda ser eventual, condicional o futura, porque lo autorizaban los arts. 3109, 3153 y 3159 CC. Por tanto, estando establecido el monto, y siendo la obligación causal, por ejemplo una cuenta corriente bancaria, estaría cumplida la especialidad, fundado en la cuenta corriente comercial a la que el art. 786 del Código de Comercio autorizaba a garantizar sus saldos con hipoteca. Y respecto de la cuenta corriente bancaria, manifiesta: "... hay una conexión íntima entre las dos cuentas corrientes; que la cuenta corriente mercantil casi hace de la parte general de la cuenta corriente bancaria" (Conferencia y Revista Notarial N° 868 cits., pág. 616 y 617).

ZINNY rechaza esta casi igualación de las cuentas separando la *bancaria* porque -dice-: "carece de autonomía para jugar el papel de *causa* fuente del derecho garantizado por traducirse tan solo en el esquema contable o reflejo aritmético de las operaciones, operaciones éstas que se constituyen en la verdadera *causa* fuente de aquel y que, en tanto no celebradas, pueden determinarse mediante la enunciación especial de sus probables tipos; y que los asientos de la cuenta corriente bancaria son el mero esquema contable o reflejo aritmético de las operaciones, lo prueba el hecho de que dichos asientos, a diferencia de los de la cuenta corriente mercantil, no tienen efectos novatorios; de donde resulta, en definitiva y como queda dicho, que las operaciones reflejadas en la cuenta conservan su autonomía y la consiguiente aptitud para jugar el papel de *causa* fuente del derecho garantizado" (*Casos Notariales*, Ob. cit., pág. 99). Concluye aconsejando establecer la causa fuente verdadera, como en el caso de apertura de crédito celebrado con el banco, con indicación de fecha, partes, lugar de archivo y compromiso de entrega del banco (págs. 100 y 104).

GÓMEZ LEO, luego de reseñar las posturas sobre el efecto novatorio de la cuenta corriente bancaria admitida por SEGOVIA, RIVAROLA y MALAGARRIGA y rechazado por OBARRIO, HALPERIN, NOUGUÉS, GIRALDI y VILLEGAS, concluye afirmando que en realidad ni la cuenta corriente mercantil tiene verdadero efecto novatorio, sino una transformación de los créditos que ingresan en la cuenta en virtud de la *indivisibilidad* que es su característica esencial y fundamental. Como la misma no hace a la esencia de la cuenta corriente bancaria, el art. 774 del Código de Comercio le era inaplicable y por tanto la cuenta corriente bancaria no solo carecía de efecto novatorio como sostenía ZINNY, sino que veía considerablemente menguada la individualidad (FERNÁNDEZ RAYMUNDO L.; GÓMEZ LEO, OSVALDO R. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial*, T. III-D, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 279).

En consecuencia, fundar una hipoteca en la sola cuenta corriente bancaria puede ser motivo de ataques por considerarse que no existe la causa fuente de la obligación.

En cambio, la cuenta corriente mercantil es un verdadero contrato causal, independiente de los créditos y débitos que la forman, por cuanto una vez ingresados en la cuenta "...pierden su individualidad para convertirse en simples elementos del crédito eventual del saldo" conformando una indivisibilidad no como simple efecto, sino como característica esencial y fundamental del contrato (FERNÁNDEZ, GÓMEZ LEO. Ob. y Tº. cit., pág. 55).

Por ello tiene importancia distinguir en el exordio de la escritura, el contrato causal, que en materia bancaria puede ser el de "apertura de crédito" en cuenta corriente o no, y el de "descuento", aunque en nuestro caso, tratándose de una obligación de hacer, lo es el contrato de locación de obra con todos sus antecedentes y cláusulas que determinan si la misma se ha cumplido o no.

MARIO DE MAGALHAES define el contrato de "apertura de crédito" como el que celebra el cuenta correntista con un banco con el fin de que este último asuma el compromiso de poner a su disposición una suma precisa de dinero, autorizándolo a girarla en la cuenta corriente bancaria que tiene abierta en el banco a su nombre ("Hipotecas constituidas en resguardo de contratos de apertura de crédito y de adelantos transitorios en cuentas corrientes bancarias", ED Tº 154, pág. 837). Después de analizar este contrato al igual que el "descubierto bancario" (adelantos transitorios en cuenta corriente) concluye que: "es dable garantizar con hipoteca las obligaciones futuras o eventuales, que aún no existen y que incluso pueden no existir, *con la sola obligación de denunciar el tipo o naturaleza del contrato al cual va a acceder la garantía real* y fijando *una suma estimativa* como tope máximo de la garantía y, en su caso, *el plazo máximo de duración*". Y agrega: "Así, resulta insoslayable denunciar la naturaleza y tipo del contrato al cual accederá la garantía real. Pero entendemos de gran utilidad, y a los fines de su irrefutabilidad, transcribir textualmente el contenido del contrato de apertura de crédito o de cuenta corriente bancaria, en su caso (Ob. cit., pág. 841).

No obstante el celo puesto por el autor citado para mantener la precisa individualización de la causa fuente del crédito, consideramos que la sola agregación en la escritura de constitución de la hipoteca de la copia autenticada y demás documentación concurrente cumple sobradamente esa función, ya que tiene el carácter fedante de esa actuación, utilizada para la acreditación de la representación voluntaria o legal, como un avance de la ley 15.875, modificatoria del art. 1003 CC, a contrario de lo que decía su texto anterior, con exigencia de transcripción, circunstancia reforzada por

la posibilidad de expedir primeras o ulteriores copias, conteniendo la documentación incorporada al protocolo.

La fe pública está dada por la cita y actuación del escribano, con la guarda protocolar y no con la transcripción que nada agrega y que no es exigida por ley alguna implicando en cambio una actitud contraria a los progresos logrados.

No obstante, si el contrato causal fuera una cuenta corriente comercial, más que agregar o transcribir el contrato sería conveniente integrarlo en la propia escritura, regulando detalladamente sus condiciones de funcionamiento, intereses, mora, cesación, etc., al igual que los efectos que pudieran producir la prórroga de plazos o modificación de condiciones, frente al efecto novatorio del art. 775 del Código de Comercio y el asesoramiento que requieren sus otorgantes, quizá no preparados como las instituciones bancarias para la redacción de estos contratos, generalmente contenidos en cláusulas predispuestas exhaustivamente estudiadas, y sin el control de documentación y archivos que los bancos tenían, dando mayores garantías para la regularidad de su operatoria.

4. LA INVALIDEZ POR FALTA DE ESPECIALIDAD EN CUANTO AL CRÉDITO

El problema se planteaba a la luz del código velezano partiendo de la reducción del "sujeto" de la hipoteca a una suma de dinero. "Si la prestación es de otra naturaleza, *debe estimarse*" sostenía HÉCTOR LAFAILLE (*Derecho Civil, Tratado de Derechos Reales*, T. V, Vol. III, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1945, pág. 82) y en nota al pie número 97, hace expresa referencia del carácter condicional de esos créditos que no torna de por sí la determinación en dinero. Con cita de SEGOVIA, recuerda que en esta categoría se comprenden aquellas deudas que todavía no existen, pero que pueden surgir "*ex post facto*".

La "estimación" propia de estos créditos indeterminados tanto en su naturaleza como en su valor, pone en juego el principio de especialidad que no reúne los requisitos exigidos en cuanto a la causa fuente, como sucede con la cuenta corriente bancaria, que en su momento JULIO CÉSAR RIVERA descalificara para acreditar la especialidad, por cuanto el contrato subyacente podía ser el depósito de dinero, el préstamo, la apertura de crédito, el descuento de letras de cambio o el depósito de valores, sosteniendo que la mentada cuenta no constituye un contrato autónomo y los asientos en ella no importan novación. Concluye en que la cuenta corriente bancaria no es susceptible de ser objeto de la garantía hipotecaria por no satisfacer el principio de especialidad y accesoriedad de la hipoteca.

Ratificando esta conclusión señala que esta sería una *hipoteca abierta*, “reñida con nuestro sistema, ya que se permitiría al banco *incorporar cualquier operación* –mutuo, descuento, apertura de crédito, libranza de cheques atendidos por el Banco sin autorización previa para girar sin provisión de fondos, intereses devengados por cualquiera de estos créditos, etc.- y todas ellas estarían garantizadas con la hipoteca por el solo hecho de un asiento contable” (RIVERA, JULIO CÉSAR. “Contratos bancarios con garantía real”, LL, 1980-B, págs. 854 y 863).

En igual sentido, se pronunciaban ADROGUÉ, AMUY y GUTIÉRREZ ZALDÍVAR sobre la consideración de no responder al principio de especialidad en cuanto al crédito aquellas hipotecas que por su carácter de inciertas en cuanto a obligaciones futuras o eventuales, donde no queda precisado ni el objeto de la prestación ni la extensión o magnitud de las mismas, resultando insuficiente las cláusulas genéricas relativas a las obligaciones pasadas, presentes o futuras entre las partes. Por eso, la cláusula de garantía general hipotecaria *no es válida* en nuestro derecho (ADROGUÉ, MANUEL; AMUY, JUAN CARLOS; y GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, ÁLVARO. “Notas relativas a las hipotecas de seguridad en el Derecho Argentino”, en LL, 1980-B, pág. 948).

Recuerdan los autores lo resuelto en las Séptimas Jornadas de Derecho Civil, Buenos Aires, 1979, en las que concretamente se resolvió que la especialidad en cuanto al crédito no se limita al deber de expresarla en una suma de dinero cierta y determinada, o en su caso, manifestar el *valor estimativo* en el acto de constitución del gravamen, sin que requiera la constancia de la *causa fuente*, entidad (objeto de la prestación) de la obligación garantizada.

ADROGUÉ, AMUY y GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, anticipan un problema de futuro como es la posibilidad de considerar dentro de la garantía, en estas hipotecas que llaman siguiendo la doctrina española de “seguridad” o “abiertas”, a diferencia de las de “tráfico” o “típicas”, el tema de los intereses. “Un aspecto delicado referido a las hipotecas de máximo, *por falta de norma expresa que resuelva el problema*, es el atinente a si los intereses están comprendidos o excluidos del monto máximo de la responsabilidad hipotecaria” (Ob. cit., pág. 965).

Seguidamente plantean otro problema de futuro, como es el de la determinación del monto a ejecutar, dada la incertidumbre inicial en la que el crédito puede no haber nacido todavía, e incluso, no nacer nunca. “Debe tenerse en cuenta que para poder hacer valer el crédito hipotecario –en la hipoteca de seguridad- *deberá el acreedor probar que efectivamente es titular de un crédito* y que, además, *dicho crédito es aquél a que se refiere la convención hipotecaria*”. (No es por sí título ejecutivo, toda vez que no acredite de modo fehaciente la existencia, vencimiento y exigibilidad de la

deuda (Ob. cit., pág. 968 y nota 96 con cita de lo resuelto por la Dirección General de Registro y Notariado de España).

Como puede apreciarse con estas citas y jurisprudencia que las respalda, el tema de discusión es el de la validez de las hipotecas abiertas y su problemática. La conclusión para esta postura es que no sólo se requiere para cumplir con la especialidad en cuanto al crédito (el monto máximo de la garantía), sino la enunciación precisa de la causa fuente de la obligación garantizada.

5. LA VALIDEZ DE LAS HIPOTECAS ABIERTAS EN LA DOCTRINA ANTERIOR AL NUEVO CCYC

La realidad, que no es doctrina de juristas sino fermento de seguridad en las transacciones económicas, ha movido a los autores a justificar su validez en razón de la evolución de las operatorias. “La estabilidad, junto con el proceso de bancarización de la economía, ha impulsado a los bancos a celebrar con sus clientes relaciones más estables y abarcadoras, en cuyo contexto se gestan y desarrollan diversas y múltiples operaciones por las cuales se vehiculiza la asistencia crediticia. Esta modalidad de contratación sucesiva y variada torna *antifuncional* y *onerosa* la constitución de garantías singulares para cada una de las operaciones concertadas. Lo óptimo en estas circunstancias es disponer de garantías globales y permanentes, con márgenes técnicos de cobertura suficientes”. (GÓMEZ, JORGE ARTURO. “La Hipoteca abierta como garantía de las operaciones bancarias”. Diario LL, 15 de noviembre de 1999, Año LXIII, Nº 218, págs. 1 y sgts.).

Clarifica el autor la confusión sobre los principios de especialidad, accesoriedad y responsabilidad hipotecaria, haciendo perfecta distinción entre las hipotecas típicas, de monto cierto y determinado, y las atípicas que amparan obligaciones futuras, eventuales, condicionales e inciertas, resolviendo la cuestión en estos términos: “*La exigencia de individualizar en el acto de constitución la causa y demás elementos del crédito está referida sólo a las hipotecas típicas, es decir aquellas que desde su origen garantizan una obligación cierta y determinada, pero no respecto a las hipotecas que amparan obligaciones condicionales, eventuales o futuras*” (Ob. cit., pág. 2, col. 4).

Luego de señalar como justificativo el art. 3133 CC para validar el acto insuficiente en su comienzo para conocimiento de la causa, acreditándolo por cualquier medio *a posteriori*, expresa que el único límite para el principio de especialidad es el establecimiento del monto máximo, que respalda tanto al deudor como a los terceros. (Ob. cit., pág. 3, col. 4).

Se refiere finalmente al tema de los intereses, planteando los distintos enfoques relativos a si el monto máximo de la cobertura comprende únicamente el capital o si también incluye los intereses adeudados, y citando un fallo que comenta, sostiene que la Cámara de Apelaciones de Neuquén los admitió como garantizados por la hipoteca abierta, aunque sumados al capital excedan el monto por el cual aquella se constituyó. (Ob. cit., pág. 4, col. 2).

PÉREZ LASALA y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, en el artículo ya citado, rechazan la aplicación del principio de especialidad con relación al crédito, y la única nulidad aceptable lo es en cuanto al verdadero principio que resulta de la determinación del inmueble gravado. Sólo esta insuficiencia sería motivo de nulidad en atención a lo establecido por el artículo 3132 y 3148 del CC, mientras que el establecimiento del monto y la causa fuente sólo son exigibles como elementos individualizados de la obligación garantizada. Es el resultado del principio de accesoriedad de la hipoteca en cuanto al crédito, dado que no la hay cuando se pretende garantizar cualquier obligación o cuando se intenta crear el gravamen con prescindencia de "toda obligación" (Ob. cit., pág. 808, col. 2).

Diferencia claramente el trato que corresponde con relación a las hipotecas típicas que con respecto a las de valor indeterminado y señalan: "Lo que resulta inaceptable es pretender sin norma legal alguna que lo autorice y con un rigorismo esquemático, extender el modo de precisar la obligación principal en la hipoteca típica por crédito dinerario, a todas las otras formas atípicas de hipotecas autorizadas expresamente por la ley, mutilando su naturaleza propia, o simplemente restando validez legal por vía de derogación lisa y llana de normas vigentes. Tal ocurre con el sector de la doctrina que exige, conjunta e ineludiblemente, la expresión de la causa-fuente y del objeto de la prestación, como condición esencial para que la hipoteca tenga validez" (Ob. cit., pág. 809, col. 1 y 2).

Comparte MARIO O. ARRAGA PENIDO estas conclusiones sobre la validez de las hipotecas abiertas y profundiza en el tema de la causa fuente, para descartarla como expresión contenida en el acto constitutivo apoyado en el principio de presunción de la causa que resultaba del art. 500 del CC agregando: "...no resulta imprescindible que provenga de una fuente contractual, ya que podría acceder inclusive a un reconocimiento incausado, en tanto se acredite la existencia de la obligación, toda vez que la causa fuente es presumida (art. 500 CC) a pesar de que no esté expresada la obligación en él" ("La Hipoteca abierta por créditos indeterminados y el Proyecto de Código Civil de 1998", en diario de JA del 8 de noviembre de 2000, Nº 6219, pág. 22, col. 1).

Justifica el autor este avance de la doctrina en razón de no estar comprometido ni el principio de especialidad ni el de accesoriedad, sin que les pueda caber por este motivo la grave sanción de nulidad (Ob. cit., pág. 23 col. 2) y consiente en la revisión de los conceptos negativos. Extiende así la interpretación causal tanto de la cuenta corriente comercial como de la bancaria, recogiendo la previsión normativa del entonces vigente Código de Comercio, cuando en el art. 786 establecía que el saldo puede ser garantido con hipoteca, fianza o prenda, según la convención celebrada entre las partes, y con respecto a la cuenta corriente bancaria es un hecho generador de derecho creditorio: "es uno de los contratos consensuales, bilaterales, típicos, conmutativos, no formales, normativos, de ejecución continuada y autónomos, que revisten mayor importancia dentro de la actividad financiera" (Ob. cit., pág. 26, col. 1).

En el análisis que hace del proyecto de reformas de la legislación civil y comercial de 1998, valora el reconocimiento que hace el art. 2093, párrafo tercero, de las hipotecas abiertas por créditos indeterminados, "lo que constituye una notable innovación, requerida por las modernas necesidades crediticias" (Ob. cit., pág. 28, col. 2).

En la referida norma queda claro el cumplimiento del principio de especialidad en cuanto al crédito, sea que la causa exista al tiempo de su constitución o posteriormente, siempre que el instrumento la indicación del monto máximo garantizado en todo concepto – por lo que se incluyen los intereses y las costas-, que la garantía que se constituye es de máximo y el plazo a que se sujeta no puede exceder de diez (10) años" (Ob. cit., pág. 32, col. 2).

6. LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 2189 DEL NUEVO CCYC

De la lectura precedente, que resume las distintas discusiones a que dieran lugar las hipotecas abiertas, de seguridad, de máximo o atípicas, puede extraerse una interesante conclusión: el nuevo código legitima las mismas toda vez que limita el principio de especialidad en cuanto al crédito, en los requisitos allí establecidos, y dejando de lado la especialidad en cuanto al inmueble, que se atenúa en el rigor determinante de nulidad de los arts. 3132 y 3148 del CC, por cuanto el art. 2188 si bien exige que el objeto debe ser actual y estar individualizado adecuadamente en el contrato constitutivo, cuestión casi superada con las exigencias registrales que para dar publicidad establecen los datos esenciales del inmueble, permite a través del art.

2190 superar los defectos de especialidad, declarando válida la constitución de la garantía aunque falte alguna de las especificaciones del objeto.

En cuanto al crédito, también protegido por el art. 2190, tiene una expresa referencia en el art. 2189 que comentamos, al único requisito necesario, cual es el del monto de la garantía o gravamen y su estimación en dinero.

Marca también la norma, la diferencia de naturaleza, en tanto se refiere a la estimación, a las hipotecas abiertas, como resulta de la doctrina y jurisprudencia antes desarrollada, por cuanto la hipoteca típica o de monto cierto y determinado no tiene estimación alguna. Cuando alguien entrega por un mutuo una suma de dinero o queda adeudando el saldo de precio por la compra de un inmueble, negocios causales perfectamente individualizados, no hace estimación alguna y marca la diferencia con las de valor indeterminado.

Queda superada la exigencia de la relación causal en las hipotecas abiertas o de máximo, con la expresión del segundo párrafo, cuando expresa que: "La especialidad queda cumplida por la expresión del monto máximo del gravamen".

También quedan superados los inconvenientes de créditos inexistentes al momento de la constitución, sea porque son futuros, eventuales, o porque siendo condicionales, si lo son bajo condición suspensiva no nacen hasta el cumplimiento de la condición y si lo son bajo condición resolutoria, a pesar de haber nacido, pueden resolverse posteriormente por el efecto de la misma. Hay una perfecta separación entre la hipoteca constituida en tales condiciones, a diferencia de las típicas en que nacen simultáneamente con la constitución, sea que el contrato esté integrado en la misma escritura o lo sea en documento separado pero debidamente relacionado.

En estas hipotecas atípicas o abiertas -como dice el párrafo siguiente del artículo- "El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente, mas en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto", aclaración que no era necesaria si se refería a hipotecas típicas.

Pero vamos a suponer que la pretensión del legislador fuera la de incluir en esta norma ambas hipotecas y que la estimación estuviera referida a los intereses, costas y daños que pudieran resultar del incumplimiento en una hipoteca típica, en cuyo caso se estaría aplicando el criterio de máximo para cubrir todo, como en las abiertas. Si así fuera, ¿qué razón tiene el párrafo siguiente a la expresión de que el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, cuando señala: "... de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas u otros conceptos"?

La hipoteca típica o de monto cierto o determinado, en modo alguno podría no tener cubierto el capital, dado que él es el monto de su propia constitución y lo que podía discutirse era la cobertura de los demás rubros.

En cambio, en la hipoteca abierta, el capital puede resultar de tal modo gravoso que exceda en mucho al monto de máximo, como podría ser en el incumplimiento de una obligación de hacer o en la que garantiza los daños y perjuicios por un accidente, o cualquier otra de valor indeterminado.

Solamente a las hipotecas abiertas puede aplicarse el criterio de que si excede el monto máximo, el capital que lo exceda, será quirografario.

También resulta incongruente pensar que el último párrafo del artículo se está refiriendo a las hipotecas típicas, por cuanto ninguna limitación más que la convención de las partes puede impedir que excedan los diez años desde el acto constitutivo.

Ya el mismo código, en materia de hipotecas, establece la duración de la inscripción por el término de veinte años si antes no se renueva.

¿Qué sentido tiene establecer que: “El acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantía se sujeta, *que no puede exceder de diez años*, contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantía subsiste en garantía de los créditos nacidos durante su vigencia”?

No solamente sorprende pensar en que una hipoteca de valor cierto y determinado que nace con su misma constitución pueda limitarse a diez años, sino más aun que vencido el plazo subsista la garantía de los créditos nacidos durante su vigencia.

¿No es que el crédito es cierto y determinado y que ello resulta de la hipoteca típica? ¿Y qué créditos pueden nacer durante su vigencia que no sean aquellos que resultan de una hipoteca abierta en la que se garantizan los que sucesivamente en el tiempo van alimentando una cuenta corriente, o una operatoria bancaria garantizada con una extensión como la que pretendía validar ARRAGA PENIDO en medio de la complejidad financiera? “El movimiento derivado directa o indirectamente del uso de cheques, comisiones y gastos, alquiler de cajas de seguridad, servicios de cobranza por cuentas de terceros para el pago de impuestos, tasas, contribuciones y aportes, resúmenes de tarjetas de crédito, truncamiento de cheques, avales (arts. 1.1, 1.44, 2.4, 4.4., 5.6, Circular OPASI-2-229 de reglamentación de la cuenta corriente bancaria, con vigencia a partir del 1/3/2000, Comunicación “A” 3075 del Banco Central de la República Argentina) o *de adelantos sin cobertura, cartas de crédito, operaciones de prefinanciación de exportaciones o financiación de importaciones, descuento de documentos, créditos otorgados o a acordarse en adelante* entre otros y que refleja la cuenta corriente, es unitario y por tanto, completamente indivisible” (Ob. cit., pág. 26, col. 1 y 2).

Únicamente en tamaña instancia financiera, propia de la operatoria de hipotecas abiertas o de máximo, puede comprenderse tanto la limitación en el tiempo para poner fin a la incertidumbre de cuentas que van evolucionando paulatinamente, como el respaldo dado a las operaciones celebradas en el mismo, aun después de su vencimiento.

Respaldando esta operatoria dice ARRAGA PENIDO: "Es más, si se está indicando en el acto constitutivo que la hipoteca cubre todas las obligaciones y deudas que existan con la entidad financiera, no puede haber duda de que la referencia es concreta, porque tales operaciones a concertar no pueden ser otras que las delimitadas por la señalada ley financiera que las gobierna" (Ob. cit., pág. 27, col. 2).

Indudablemente el art. 2189 se está refiriendo única y exclusivamente a las hipotecas atípicas -de máximo, abiertas o de seguridad- y en tal caso, la limitación al monto de garantía establecida deja fuera de ella todo excedente que pasa a ser quirografario.

Se define también a través de esta norma el cuestionamiento sobre los intereses devengados y no pagados, estableciendo que en la medida que excedan el monto de máximo, pasan a ser quirografarios, pero no aquellos otros que se devengan con motivo de una hipoteca de monto cierto y determinado, en las que la extensión del crédito resulta del art. 2193 CCyC.

7. HIPOTECAS DE MONTO CIERTO Y DETERMINADO

Del desarrollo que diéramos a las hipotecas, en particular con relación a las clásicas y típicas de monto cierto y determinado, y las que a contrario presentan una incertidumbre, sea en su nacimiento y permanencia, como en el monto indeterminado, y que se denominaran abiertas, de máximo o de seguridad, sólo éstas últimas fueron materia de evolución en la doctrina y en la jurisprudencia para su justificación y validez plena.

Fueron estas hipotecas las que necesitaron del aporte doctrinario para acreditar que no eran nulas, en unos casos justificando su especialidad mediante la acreditación de la causa fuente y monto máximo o por el desconocimiento de que se tratara de una exigencia esencial para tenerlas como válidas y oponibles a terceros.

Poco a poco se fue sentando el criterio de que las mismas podían carecer de una causa fuente actual, en el momento de la constitución de la hipoteca, sea porque la condicionalidad -si lo era bajo condición suspensiva-, les daba nacimiento en el momento futuro de su cumplimiento, o porque estando creadas con la constitución bajo condición resolutoria podían perder entidad si la misma resolvía sus efectos.

La otra forma que la alejaba de la causa fuente era la causa futura o eventual, donde prácticamente no existía la mentada causa, sino que podía señalarse con el mismo grado de incertidumbre que tenía el monto cuando se trataba de obligaciones de dar, hacer o no hacer, dado que dependía del resultado de los actos humanos y la forma de su ejecución. La indemnización del daño por incumplimiento o la garantía por lo que pudiera resultar de hechos ilícitos u otras relaciones jurídicas de determinación futura quedaron justificadas únicamente en la sola determinación del máximo de garantía que permitiría la cobertura hipotecaria. Ni que decir de operatorias bancarias o comerciales que se suceden a través del tiempo hasta llegar a un cierre de una cuenta corriente bancaria o comercial como única determinación por el saldo pendiente, y que el nuevo código legitima ahora a través de los arts. 1407 y 1439, para que el saldo deudor pueda ser garantizado con hipoteca.

Toda la discusión a la fecha fue con estas hipotecas, desde su validez hasta el efecto del monto de cobertura o el tiempo en que se pudiera sostener la incertidumbre, materia ésta que claramente resuelve, como ya se sostuviera, con el último párrafo del art. 2189 CCyC, cuando las admite hasta diez años, pero extendiendo la cobertura en todas aquellas causadas en el período referido para su ejecución fuera del mismo.

7.1. El contenido de la reforma

De lo expuesto resulta entonces que solamente las hipotecas abiertas eran motivo de tratamiento especial, por cuando las típicas o de monto cierto y determinado no ofrecían ningún inconveniente ni en la causa fuente que siempre tenían y tienen un negocio jurídico causal (mutuo, saldo de precio, etc.) y un monto que no necesita de estimación alguna, por cuanto es el del contrato que le sirve de base.

Regular entonces ambas en conjunto, con todas las diferencias apuntadas y sin dar ninguna justificación, parece totalmente contrario a las reglas de interpretación que el mismo legislador estableció.

El principio de la buena fe (que marca el art. 9º para el ejercicio de los derechos, avalado por el art. 961 para la celebración de los contratos, tanto en su interpretación como en su ejecución) establece las diferencias de tratamiento separado entre dos hipotecas de contenido sustancialmente diferentes, no solamente por lo que formalmente esté establecido en el contrato hipotecario (unión de crédito y garantía) sino a sus consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos: las que garantizan el monto cierto y determinado, en que el capital está expresamente comprendido en la garantía desde su constitución, diferenciado de las abiertas, en que todo es incierto desde su constitución, que prácticamente desconoce la certeza

sobre el nacimiento de la causa fuente, como en cuanto al monto resultante al que se extiende la garantía al momento de su ejecución.

No pueden considerarse iguales una y otra, por más que no se diga expresamente en las disposiciones generales que merecen tratamiento igualitario.

Y no pueden serlo, porque la propia enunciación del art. 2189, "Especialidad en cuanto al crédito", muestra la diferencia porque sólo desde la falta de la especialidad precisa de las hipotecas de monto cierto y determinado, sin objeciones en su causa fuente y monto, resulta la palmaria diferencia con las hipotecas abiertas que, como ya se dijo, deben estimarse porque no hay ninguna certeza en el monto o en el nacimiento y eficacia inicial, cosa que no ocurre con las típicas.

Parece inapropiado decir que en una hipoteca típica la especialidad queda cumplida con la expresión máxima del gravamen, cuando lo tiene indudablemente y sin vacilación en el acto constitutivo.

Y más inapropiado parece ser el párrafo siguiente del art. 2189 cuando señala que el crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen *o puede nacer posteriormente*, cuando en las típicas lo está por su propia naturaleza y salvo algún dato secundario sin trascendencia para la certeza de la constitución que podría ser completado, por defecto de la especialidad, cuando falte alguna de las especificaciones del objeto o del crédito, siempre que se la pueda integrar de acuerdo al conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo, como dice en forma genérica el art. 2190, pero sin perder de vista la existencia plena de la causa fuente que nace con la garantía. Por el contrario, de lo que se trata en este artículo es de la diversidad de supuestos en las hipotecas abiertas, en que lo que se va a individualizar es nada menos que el valor real que resulte en definitiva de la incertidumbre inicial o el tipo de causa fuente que la justifica.

Por tanto, que el gravamen constituye el máximo de la garantía sólo puede interpretarse como aplicable únicamente a estas hipotecas de máximo, abiertas o de seguridad, único caso, además de los antes señalados, en que el capital podría superar al monto máximo fijado en el contrato hipotecario, dado que en las hipotecas típicas ya lo está con la propia constitución.

Decir que es quirografaria toda suma que lo exceda no puede en las hipotecas típicas justificar que se incluya el capital, cuando este es el monto que inicialmente ha conformado la garantía.

Es razonable decirlo en las hipotecas abiertas, donde se desconoce tanto en la incertidumbre sobre la existencia de la obligación como del monto al que la misma pueda elevarse y, en medio de esa incertidumbre, es razonable extenderla en una previsión inicial, teniendo en cuenta un capital estimado, así como lo que pudiera resultar sobre intereses, costas, multas u otros conceptos.

Esa es la única interpretación posible, hecha sobre la base de la buena fe y el realismo de las palabras utilizadas, de sus finalidades, así como de los principios y valores jurídicos a que se refiere el art. 2º CCyC y teniendo especialmente en cuenta: “Los usos, prácticas y costumbres” como vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos o en situaciones no regladas, siempre que no sean contrarias a derecho, como dice el art. 1º CCyC.

7.2. El alcance del art. 2193

Cuando la norma referida establece la “extensión en cuanto al crédito”, parece en abierta contradicción con las limitaciones establecidas por el art. 2189 CCyC, por cuanto a diferencia de un monto estimado nos enfrentamos ante un monto cierto y determinado, en cuyo caso es por demás razonable y propio de la legislación antecedente, como de la doctrina y jurisprudencia firme, que la garantía se extienda no sólo al capital adeudado, conocido por su inserción en el contrato hipotecario, los intereses posteriores a su constitución, que resultan del mismo acuerdo celebrado así como los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento.

Ya se analizaba en la obra de SALVAT el tema de los intereses estableciendo en la nota Nº 385 de la obra, que: “El pacto sobre intereses que contenga la escritura hipotecaria puede versar sobre los compensatorios, como sobre los moratorios y aun los punitivos (art. 1197), siempre que lo elevado de la tasa fijada no los convierta en usurarios y como tales, por la inmoralidad que implican, ser reprobados y sancionados con la nulidad del pacto (953). Lo mismo ocurrirá si se conviniera la acumulación de intereses que importe el anatocismo prohibido por el art. 623” (*Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, Tomo IV, con la actualización de MANUEL J. ARGANARAZ, Ed. TEA, Buenos Aires, 1960, pág. 186).

En igual sentido se ha pronunciado el nuevo código a través de los arts. 767, sobre intereses compensatorios; 768, sobre moratorios; 769, sobre punitivos; y 770, sobre anatocismo; y en particular, con el art. 771 CCyC cuando establece las facultades judiciales para reducir intereses, cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación (nuestro comentario a estos artículos puede verse en el *Código Civil y Comercial, Comentado, Anotado y Concordado* bajo la coordinación de EDUARDO GABRIEL CLUSELLAS, Tomo 3, Ed. Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, págs. 275 a 284).

Esta cobertura de la garantía no necesita en la realidad de estimación alguna, por cuanto tiene su tasa establecida en el contrato pero, por sobre todas las cosas, su limitación por los jueces en caso de ejecución.

En cuanto a los daños y costas, al igual que los intereses, ya estaban cubiertos por la garantía conforme al art. 3111 CC, y con referencia al derecho francés se trataba el tema de su publicidad. “En el derecho francés se exige la inscripción en el registro del importe de los gastos una vez realizados, pero eso es la consecuencia del sistema de liquidación que en el procedimiento francés se sigue (...) En nuestro derecho, ese requisito no es necesario pues la ley no lo exige y considera extendida a los gastos, a título de accesorios del crédito, la garantía de este último” (SALVAT, RAYMUNDO. Ob. y tº cit., pág. 189, nota 392).

En cuanto a los intereses, con cita de MACHADO, se sostiene que: “también se cumplirá la especificación del monto *cuando se indique la manera de determinarlo con certidumbre*, como sería si se expresara que se debe el capital de tanto y los intereses de tales años al tanto por ciento de cuanto, pues en estos casos, solo restaría hacer la liquidación de ellos” (SALVAT, RAYMUNDO. Ob. y tº cit., pág. 187, nota 386).

Como en el nuevo código no se establece límite alguno en las hipotecas típicas o de monto fijo o determinado, es perfectamente aplicable la reflexión final de SALVAT, cuando señala que estos casos son accesorios de la obligación principal y en este carácter quedan incluidos en la garantía hipotecaria (Ob. cit., pág. 186).

La única limitación normativa es la del segundo párrafo del art. 2193, cuando establece que: “Los intereses, daños y costas anteriores a la constitución de la garantía quedan comprendidos en su cobertura sólo en caso de haberse previsto y determinado expresamente en la convención”.

Es un respaldo de seguridad para evitar la mala fe del que pretende ampliar indebidamente la garantía, que concuerda con el tratamiento de los privilegios especiales en materia de hipotecas.

7.3. Los privilegios especiales en relación a la hipoteca

Contradiendo aquel principio que resulta del art. 2189 con relación a las hipotecas abiertas, en que la garantía se limita al máximo establecido en el contrato constitutivo, resultando quirografaria cualquier suma que lo exceda, ya en el código velezano, se establecía en el art. 3936 que: “La hipoteca garantiza a más del principal, los intereses o rentas debidas de dos años, y los que corran durante el juicio de ejecución hasta el efectivo pago”.

Siguiendo esta corriente, el art. 2582 CCyC establece que tienen *privilegio especial* los bienes que en cada caso se indica: “...e. los créditos *garan-*

tizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante.

La norma no se refiere solamente al capital por cuanto en el artículo siguiente, referido a su extensión, si bien lo limita al capital en principio, establece seguidamente las excepciones y para el caso de la hipoteca no solamente lo amplía a los intereses correspondientes a los dos años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio (art. 1583, inc. b), sino también a las costas correspondientes a las ejecuciones hipotecarias (art. 2583, inc. c).

8. CONCLUSIÓN

Llegamos así a la conclusión de que el nuevo código trata en forma totalmente diferenciada las hipotecas típicas de las abiertas, único caso este en que se debe estimar el monto máximo al que se extiende la garantía.

En las hipotecas de monto cierto y determinado, siguiendo la corriente legislativa anterior, así como la doctrina y la jurisprudencia firme para este tipo de actos, la misma se extiende en los términos del art. 2193, comprendiendo además del capital que resulta publicitado al inscribir el contrato hipotecario, también a los intereses, daños y costas posteriores a su constitución, salvo que se hubiera pactado expresamente los que fueran anteriores, en cuyo caso deben estar determinados y previstos en la convención.

En cuanto a las hipotecas abiertas, como bien lo señala el art. 2189, la extensión de la garantía por cualquiera de los conceptos señalados, incluso por excedente de la deuda de capital del monto registrado, tienen cobertura únicamente hasta ese monto, y el resto resulta quirografario.

Para que los intereses, costas y daños que resulten de una hipoteca abierta estén cubiertos por la garantía hipotecaria, no deben superar el monto máximo, por el que se constituyera la hipoteca. En cambio, en las de monto cierto y determinado, no sólo se extienden a intereses, daños y costas, sino que conservan el privilegio especial de los acreedores hipotecarios.

Queda claro entonces que la reforma ha dado solución a los problemas que se plantearan en la legislación anterior, resolviendo el tema de la especialidad con la sola limitación al monto estimado en cuanto al crédito, pero convalidando con ello la eficacia de las hipotecas abiertas y sus distintas modalidades, en particular, con el gran desarrollo de los negocios financieros y bancarios, con la consiguiente economía de gastos y seguridades implementadas.

Doctrina

Donde no había conflicto, como en las hipotecas de monto cierto y determinado, dejó vigentes los principios desarrollados en la doctrina, en jurisprudencia y en la legislación precedente, dando el debido reconocimiento en virtud de la existencia cierta de un negocio causal y un monto que forma parte del mismo, ratificado con el sustento de los privilegios que no los limita al capital de la hipoteca, sino que los extiende a los intereses correspondientes a los dos años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio y a las costas de estos créditos.

Responde así a una jurisprudencia antigua que perdurará en el tiempo, respaldada entonces en el art. 3152 CC y ahora en el art. 2193 CCyC, y que ya por el año 1952 afirmara un fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala D, del 7/7/1952, que entre otros fundamentos estableciera: "El privilegio hipotecario tiene extensión no sólo respecto del capital, sino también de los intereses, costas y gastos de la ejecución, que como accesorios del crédito principal participan de las seguridades constituidas a favor del mismo" (LL 67.326).

Moneda de curso legal y extranjera

Rubén Augusto Lamber

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Evolución histórica.* 3. *Naturaleza jurídica del dinero.*
4. *Análisis del art. 765 CCyC.* 5. *Primer fallo de Cámara sobre moneda extranjera.*

1. INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Civil y Comercial nos obliga a replantear temas tan urticantes como lo son las “obligaciones de dar sumas de dinero” y como las de “dar cantidades de cosas”, estas últimas casi ignoradas en la nueva legislación, pero existentes por la sola remisión que se hace a ellas al tratarse de obligaciones en las que se estipulara dar moneda que no sea de curso legal en la República (art. 765 CCyC).

En todo caso, lo no regulado tiene recepción a través de los usos y costumbres derivados de la vieja legislación, y desde esta óptica podemos considerar a nivel interpretativo los efectos de aquellas obligaciones de dar cosas que consten de número, peso o medida (art. 606 CC). Las dos últimas expresiones están referidas a cosas materiales sólidas, como el trigo, el maíz, etc., que no se cuentan por grano sino por peso, y de cosas líquidas, que se individualizarán por litros o sus múltiplos, mientras que el número es afín con la moneda, teniendo como tales, a las que no son de curso legal (moneda extranjera).

Al hablar de moneda debemos señalar la diferencia con la expresión “dinero” y para ello recurrimos a Busso, que siguiendo a Nussbaum, señala que el “dinero” tiene un alcance abstracto. Para señalar los cuerpos materiales que sirven como instrumento concreto de intercambio, se utilizan las expresiones “moneda”, “signo monetario”, “especie monetaria” “pieza monetaria” o “billete”, reservada esta última exclusivamente para la moneda papel (Busso, Eduardo, *Código Civil Anotado*, tomo IV, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1958, pág. 211).

Concretamente el dinero comprende tanto la pieza de metal, como un trozo de papel, pero mientras la primera, si es de oro o plata, tiene un valor intrínseco, que es el del metal que lo conforma, la de papel tiene un valor representativo, pudiendo diferenciarse la “moneda de papel” que descansa en la obligación de reembolso o conversión a metal que asume el emisor (poder público), del “papel moneda”, sin respaldo de conversión, que vale simbólicamente por la confianza que merezca según el cuidado del emisor en mantener su equivalencia o la desvalorización que resulta de la excesiva emisión, acompañada por la falta de respaldo

En cuanto a la “moneda extranjera”, señala Busso, no es dinero fuera de los límites de su soberanía, y por ello se lo considera como mercadería (pág. citada), aunque puede tener el carácter de dar sumas de dinero si así se lo atribuye normativamente, como sucediera con la ley 23.928 del año 1991,

que modificara los artículos 617, 619 y 623 del Código Civil velezano, ratificado con la ley 25.561, hasta la actual reforma del Código Civil y Comercial.

La moneda deja de ser entonces obligación de dar suma de dinero, y retorna al criterio de dar cantidades de cosas.

En mérito a ello, y ante la futura interpretación de las nuevas normas, conviene recordar los arts. 607 y 608 CC, por cuanto, como dice el primero de ellos, el deudor debe dar, en lugar y tiempo propio, *una cantidad correspondiente al objeto de la obligación, de la misma especie y calidad*, que concuerda con la referida actualmente a las obligaciones de dar dinero, cuando en el art. 766 se establece que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, y con los actuales principios de identidad, integridad, puntualidad y localización del pago (art. 867 CCyC), y en particular la de no dar el deudor, ni recibir el acreedor una prestación distinta a la debida (art. 868 CCyC).

Debe recordarse también que si la obligación (art. 608 CC) tuviere por objeto restituir cantidades de cosas recibidas, el acreedor tiene derecho a exigir del deudor moroso otra igual cantidad de la misma especie y calidad con *los perjuicios e intereses, o su valor según el valor corriente en el lugar y día de vencimiento de la obligación*.

Con cita de SAVIGNY, Luis DE GÁSPERI, diferencia con relación al dinero, el valor nominal del valor metálico y del valor corriente (*Tratado de Derecho Civil*, Tomo II, Obligaciones en general, Ed. Tea, Buenos Aires, 1964, pág. 538).

Define el "valor nominal" como el atribuido a cada pieza de moneda por voluntad del estado emisor que, según su forma, puede serlo por la simple amonedación o por una notificación pública hecha por ley (pág. citada). Se lo llama también "valor externo" o "valor legal" que "connota la idea de que el valor nominal supone una prescripción legislativa en virtud de la cual los súbditos de un Estado deben tener este valor por verdadero en sus relaciones jurídicas..." (pág. 539).

"Valor metálico", en cambio, es el atribuido a la moneda en consideración, al peso de plata u oro puro que entre en ella (pág. 540) y "valor corriente" es el que la opinión pública atribuye a una cierta especie de moneda (pág. 542).

Si partimos del principio establecido por DE GÁSPERI, de que el dinero es una cantidad (pág. 543) difícil es establecer la sutil diferencia que pudiera resultar de las obligaciones de dar cantidades de cosas de las de dar sumas de dinero, y sólo el oportunismo legislativo según las circunstancias predominantes los diferencia cuando se trata de cosas (trigo, vino, etc.) calculadas por peso o medida, de la moneda de curso legal, o la moneda extranjera, que confiere a su dueño el poder de adquirir riqueza.

Diferenciadas hoy en el art. 765 como obligación de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, *al momento de constitución de la obligación*, si se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas, y el deudor *puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal*.

De lo expresado resulta que, si se trata de moneda de curso legal, y ante la imposibilidad de indexar sus valores salvo supuestos excepcionales de deudas de valor, el criterio para utilizar es el del nominalismo, es decir, que se debe tanta cantidad de la moneda de curso legal como se hubiera establecido en el acto constitutivo, aunque deberá diferenciarse las obligaciones de restituir de las que resultan de la transferencia de derechos reales, que pueden estar sujetas a convenios especiales.

En tanto, cuando se trata de moneda extranjera, equiparable a la mercadería, pero con la particularidad de que lo es como moneda y no de otra especie, al aplicar las reglas de las obligaciones de dar cantidades de cosas, nos encontramos con la duda, ante la alternativa normativa de dar el equivalente, de si el mismo es al momento de la constitución o al momento de pago, en cuyo caso, estaríamos apelando al valor corriente.

Remitiendo la cuestión al art. 610 CC debemos recordar que cuando la obligación tuviese por fin constituir o transferir derechos reales, y la cosa ya individualizada se perdiese (semejante a la prohibición de la circulación de esa moneda en el país) o se deteriorase en su totalidad por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho para exigir igual cantidad de la misma especie y calidad, con más los perjuicios e intereses, o para disolver la obligación con indemnización de perjuicios e intereses.

Parece ser que el tratamiento de estas obligaciones difiere de las de dar sumas de dinero, porque en estas circunstancias el cálculo de valor se aproxima al "valor corriente", o sea el del momento de pago, y no al valor nominal pactado en la constitución de la obligación.

Al efecto sostiene SALVAT que si resultare imposible la entrega por el deudor de la misma especie y calidad de la cosa debida, el acreedor tendría en tal caso que conformarse con el pago del valor de la cosa, con los daños e intereses calculados en la forma común (SALVAT, RAYMUNDO L. *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones en General*, Tomo I, Ed. TEA, Buenos Aires, 1963, pág. 375).

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Siguiendo los pasos de la lenta organización institucional del país, la moneda pasó por distintos períodos, desde su inexistencia total como moneda de curso legal, en cuyo caso circulaban libremente monedas extranjeras de oro o plata, sin que norma alguna fijara su valor ni estableciera cuáles tenían curso legal.

Después de la Constitución de 1853, comenzó a organizarse un sistema monetario propio y por la ley N° 32 del 21/5/1863 se atribuye curso legal al papel moneda de Buenos Aires. No obstante por ley N° 71 del 26/10/1863 se dió curso legal a monedas de oro extranjeras, al tiempo que se sanciona el Código Civil (Busso, Ob. y T^o cit., pág. 215).

Por ley 733 del 23/9/1875 se creó el “peso fuerte” en monedas de oro y se establece la forma de acuñación y equivalencias con monedas extranjeras. Sus múltiplos son el medio colón, el colón y el doble colón, que eran de cinco, diez y veinte pesos fuertes, respectivamente.

Tenemos entonces moneda metálica, con valor instrínseco, pero como circulaban billetes emitidos por el Banco Nacional y por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, se dictó la ley 773 para legalizar esas emisiones, pero al mismo tiempo, autorizando a los bancos a suspender la conversión de sus billetes.

Con la ley 974 del 16/9/1879 se crea el “peso plata”, para circular juntamente con el peso oro y el peso papel de curso legal. Se autorizó a cancelar las obligaciones con la consigna de que el acreedor reciba la misma cantidad absoluta de oro o plata que representa la obligación al tiempo de sanción de la ley. No se considera el valor nominal, sino que las deudas pecuniarias corresponden al valor metálico de la moneda pactada.

El 5/11/1881 se dictó la ley 1130, bajo la unidad monetaria de oro o plata, disponiéndose su acuñación y el carácter forzoso en toda la Nación y prohibió la circulación legal de monedas extranjeras de oro o plata. Cuando en los contratos se hubiere estipulado moneda extranjera en el exterior para cumplirse en el país, debía exigirse en moneda nacional por su equivalente.

Hasta aquí, el sistema monetario no generaba conflictos mayores, por cuanto todas estas monedas, nacionales o extranjeras, tenían un valor intrínseco, como ya se señalara, por su contenido metálico, hasta que la ley 1734 del 15/10/1885 dispuso la inconvertibilidad de los billetes emitidos por los bancos autorizados. Pero se regulan las obligaciones contraídas en pesos moneda nacional oro, para ser pagados en billetes inconvertibles, con lo que desapareció la garantía del valor metálico y se estableció que las pactadas en moneda especial (diríamos hoy moneda extranjera) debían cancelarse teniendo en cuenta el valor de esos billetes *en plaza, el día de vencimiento*, con lo que estaríamos asignando al supuesto, el *valor corriente*.

Sin embargo, con la falta de conversión del billete, por más curso forzoso que la ley haya establecido para su circulación, cae el valor nominal mismo, a contrario de lo que sucede con el valor metálico, tal como sucediera con los *asignes* o *mandats* en Francia, en la época de la revolución de 1789, que perdiera todo valor en poco tiempo, mientras desaparecía la moneda metálica, preservada para asegurar riqueza, como sucede hoy mismo con el recurso de ahorrar en moneda extranjera, ante su mayor estabilidad, y no ya por la garantía metálica (DE GÁSPERI. Ob. y T^o cit., pág. 543).

Ante estos peligros y las consiguientes crisis económicas, en 1899 se dictó la ley 3871 por la que se dispone que se convertía la emisión fiduciaria de curso legal que estaba circulando, en moneda nacional de oro, es decir, moneda papel, que podía convertirse en metálico al valor dispuesto, una vez organizada la forma de hacer efectiva la conversión, dificultada por la falta de oro, y la fijación de una relación de equivalencia que de ser aplicable a las relaciones entre particulares es inferior en la cantidad necesaria para adquirir el oro, salvo que se interpretara que esa relación está limitada a las relaciones de conversión que la caja cumplía, sin afectar a los particulares (Busso. Ob. cit., pág. 217).

En medio de estas disputas, entre la letra fría de la ley y la realidad económica cambiante, llegamos a la gran crisis provocada por la guerra de 1914, desapareciendo la posibilidad de conversión con los consiguientes efectos devaluatorios de los billetes.

Por la ley 9478 del 8/8/1914 se acordó una prórroga de treinta días para el cumplimiento de las obligaciones de dar sumas de dinero, y las pagaderas a oro quedarían prorrogadas por tiempo indefinido. Perdió toda efectividad la Caja de Conversión (ley 9481) y se generalizó la prórroga autorizando al Poder Ejecutivo a suspender el término de treinta días en forma sucesiva (ley 9506 del 30/9/1914) para, finalmente, disponer la prórroga *sine die* por el poder ejecutivo hasta nueva disposición.

Se recuperó la conversión en un corto plazo que abarcó desde el 25 de agosto de 1927 hasta el 16 de diciembre de 1929 en que desapareció definitivamente la conversión, con la consiguiente inestabilidad en el valor de la moneda.

En 1935 se produjo la explosión regulatoria del sistema monetario argentino, con la creación del Banco Central (ley 12.155), sanción de la ley de bancos (12.156), creación del Instituto Movilizador de Inversiones bancarias (ley 12.157) y modificación de las leyes orgánicas del Banco Nación -ley 12.158- e Hipotecario -ley 12.159- , culminando con la ley 12.160 que otorgó al Banco Central funciones monetarias; desapareció la Caja de Conversión cuyo oro pasó al Central y este se ocupó de la emisión de billetes -ley 12.160-, todas del 28/3/1935.

Comenzaron entonces las disputas entre particulares para defenderse del grave daño que les causó el impropio tratamiento del estado en materia de política monetaria, y ante la debilidad del billete se establecieron cláusulas de pago en oro o en moneda de oro, o en pesos oro, como moneda de cuenta. Esto generó un conflicto legal por cuanto el cumplimiento de la obligación, no puede serlo sino en la moneda de curso legal, no obstante lo cual, se giró la solución a la implementación de una cláusula “valor oro”, cuya aceptación se fundó en no negar el medio de pago a los billetes de curso legal, sino de establecer la cantidad que se necesitaba de los mismos para hacer efectivo el valor que resulte del patrón de valores.

Ratificando este concepto, Busso señala que “...la cláusula oro constituye un recurso difundido en todo el mundo para asegurar la estabilidad de las transacciones, y que su supresión podría significar un grave quebranto a los intereses comerciales en juego” (Ob. y Tº cit., pág. 238, ítem 215).

En esta lucha que continúa hasta los momentos actuales, lo que se trató de defender es el “valor corriente”, antes que la precariedad generada por el nominalismo, aprovechado por el estado para hacerse de contribuciones de los particulares, no regladas por ley alguna. Como sostuviera DE GÁSPERI, siguiendo a SAVIGNY, “ningún poseedor de oro está obligado a venderlo contra entrega de billetes, a la paridad del artículo 7º de la ley 3871, dentro de un régimen de libertad civil y política” (Ob. y Tº cit., pág. 572).

Hoy podríamos decir en la misma forma, que nadie está obligado a cambiar los dólares que guardara para preservarse de los errores de la política económica, y menos dejar de garantizar sus transacciones en la forma que mejor le convenga a sus intereses, más cuando ellos no representan otra cosa que mantener la equidad entre lo dado y lo recibido.

Viejos fallos citados por DE GÁSPERI (Ob. cit., págs. 586 y 587) dan fundadas razones a las conclusiones precedentes, como aquél que establece que tratándose de una obligación convenida en moneda extranjera y en la que el actor exige la cantidad necesaria de moneda argentina para adquirir el total de dólares del crédito, la conversión debe hacerse *al tipo de cambio del día de pago* (Sala B, 9/8/1961, JA 1962-I, pág. 119).

En otro se declaró la validez de los contratos en moneda extranjera, estableciendo que la indemnización de que se trataba debía ser abonada en la divisa convenida (LL, t. 93, pág. 53).

Como conclusión, BORDA, como Juez de la Cámara Civil de la Capital (Sala A) dijo que sólo el congreso puede fijar el valor del signo monetario. En consecuencia, los tribunales no pueden reconocer la existencia de una depreciación monetaria, *sin que ello impida que cuando se trate de apreciar los daños y perjuicios emergentes de un incumplimiento contractual o de un*

acto ilícito, se tengan en cuenta los valores actuales y no los del momento de la mora o del acto ilícito. (LL, t. 98, pág. 437).

Esta lucha por obtener la restitución al valor corriente, no se logra en materia de obligaciones de dar sumas de dinero conforme a la definición de mutuo del Código Civil Velezano, que en el art. 2240 preveía la de devolver igual cantidad de dinero conforme al sistema nominalístico porque la igualdad en el número no lo es en el valor.

JORGE MOSSET ITURRASPE afirmaba que "...la doctrina y jurisprudencia modernas, tanto nacionales como extranjeras, habida cuenta de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, desde el tiempo de la entrega al de la restitución, que conduce a que el dinero devuelto tenga un valor de cambio inferior al prestado, coinciden en que, en rigor, se conviene que el mutuario debe restituir, no la misma cantidad de dinero que obtuvo en préstamo, sino una cantidad de dinero que, al tiempo de la restitución, corresponda como poder adquisitivo, al dinero recibido al tiempo del mutuo (*Indexación, abuso y desindexación*, Ed. Rubinzal-Culzoni, págs. 47 y 48, Santa Fe, 1982).

La nueva política iniciada a partir de 1946 produjo la nacionalización del Banco Central (decreto ley 8503 del 25/3/1946 y la sanción de su carta orgánica (decreto ley 14.957 del 24/5/46 ratificada por ley 12.962 del 21/3/47), así como la reforma de la carta orgánica por ley 13.571 del 23/9/49 disponiendo para la institución una reserva del veinticinco por ciento en oro y divisa de la emisión y circulación.

Con la revolución de 1955, se trató de establecer cierta estabilidad, especialmente con el primer gobierno constitucional posterior a esta, pero el quiebre político de los golpes militares recrudeció la inestabilidad económica, y se alcanzó el grado máximo de desequilibrio con el famoso "Rodrigazo" en junio de 1975, en que, amén de la notable devaluación, se resolvió indexar como remedio ante hechos extraordinarios e imprevisibles.

Comenzó entonces una nueva etapa en nuestra historia económica, en que se utilizaron formas de reajustes para el momento de pago, con el consiguiente desequilibrio tanto en la elaboración de los índices, como en la aplicación separada en los distintos sectores de la sociedad y se llegó así a la famosa circular 1050, que como dice MOSSET ITURRASPE, no es un índice de actualización sino de ganancia. "Se echa mano -hasta con la Circular, como con el dólar y otros como el costo de vida- a índices extraños a la situación económica de las partes, que no contemplan su realidad económica-financiera" (Ob. cit., pág. 49).

Se pasó entonces de la indexación al abuso, de tal modo que la indexación torna inconstitucional por la seria lesión al derecho de propiedad. Lo grafica VÍCTOR E. JORTACK, en la citada obra de MOSSET, explicitando a modo

de una demanda, la situación de quien era propietario de una vivienda al momento de tratar el crédito, habiendo realizado un mutuo por un valor inferior al de realización en el mercado de su propiedad. Y al cabo de catorce meses de sacrificios para abonar en término las cuotas, que han cubierto hasta el noventa y uno por ciento de sus ingresos, a la fecha el saldo de la deuda es mayor que el valor de realización de la garantía. Lo que indica que se ha avanzado sobre la propiedad produciendo un despojo no sólo de la vivienda, sino de una porción no comprometida de los sueldos, y del patrimonio restante, dado el saldo que indica el banco (MOSSET-JORTACK. Ob. cit., pág. 188).

Llegamos así, entre indexaciones, abuso, reajuste de contratos, desindexación, etc., al año 1991 en que se resolvió reformar los arts. 617, 619 y 623 del Código Civil velezano con la ley 23.928 de "Convertibilidad del Austral" en una relación de paridad con el dólar estadounidense de diez mil australes por cada dólar. En el art. 7º se establece el principio nominalista por el cual el deudor de una obligación de dar una suma determinada de australes cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. Seguidamente se eliminó toda posibilidad de actualización monetaria, indexación de precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1 de abril de 1991.

Al modificar el art. 617 del CC, se dio el carácter de obligación de dar sumas de dinero a las que se constituyan en moneda que no sea de curso legal en la república y en la reforma del art. 619 CC se estableció que si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento.

La letra de la ley, ajena a la realidad social, no ha servido para resolver los problemas económicos que en gran parte generaba el propio estado por el uso desmedido de sus reservas y al tiempo, se caería en una nueva crisis mucho más grave ahora, que se trató de resolver con la sanción de la ley 25.561 y decreto 214/04, cuyo desarrollo, particularmente con relación a la creación del coeficiente de estabilización de referencia generado por la injusticia de la pesificación, tratamos en *La escritura pública*, Tomo II, Capítulo X, págs. 193 y sgts., Ed. FEN, La Plata, 2003.

3.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DINERO

Partiendo de la realidad actual, en que prácticamente han desaparecido

las monedas de oro o plata, sustituidas por billetes que carecen de conversión, pero que tienen un valor legal impuesto por el mismo estado emisor, podemos decir genéricamente que son cosas de creación ideal. Como dice BORDA "...se toma un signo cualquiera al que se le atribuye la función de servir de unidad, se le da un nombre, independiente de sus cualidades y se lo lanza a la circulación, ya íntegro, ya subdividido en múltiplos o submúltiplos, para que cumpla esa tarea de medir los valores" (BORDA, GUILLERMO A. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones*. Tomo I, pág. 317, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965).

Como tales son cosas *fungibles*, como lo señala la nota al art. 616 del CC por cuanto "...las piezas de moneda tomadas aisladamente no son susceptibles de ser distinguidas", y son "*consumibles*" por cuanto, aunque perduren materialmente, para quien las dio es un gasto que no permite recuperarlo en su materialidad.

Coincidentemente con el art. 2324 CC, el art. 232 CCyC dice que "...son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad".

En cuanto a las cosas consumibles que el art. 2325 CC definía, son ahora -conforme al art. 231 CCyC- "aquellas cuya existencia termina con el primer uso".

Estos caracteres parecen contrarrestar la remisión que hace el art. 616 CC a las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, sólo determinadas por su especie y sobre las obligaciones de dar cantidades de cosas, para las obligaciones de dar sumas de dinero.

No obstante, el criterio no está referido a la contradicción con las cosas no fungibles, sino al principio de que el género nunca perece, y por tanto, antes de la individualización de la moneda con que va a pagarse, no puede excusarse el incumplimiento invocando, el caso fortuito o fuerza mayor. (CAZEAUX-TRIGO REPRESAS. *Derecho de las Obligaciones*, Tomo I, Ed. Platense, Buenos Aires, 1969, pág. 566).

Este principio queda ratificado por el art. 763 CCyC cuando expresa que antes de la individualización de la cosa debida, el caso fortuito no libera al deudor. Es decir, que respeta el principio que en las obligaciones de género nunca perece.

En cuanto a las obligaciones de dar cantidades de cosas, sostiene GALLI que "...se aplicará todo el régimen en cuanto lo permitan las particularidades de la situación, tratándose de obligaciones en moneda extranjera (art. 617) o después de producida la individualización (arts. 610 a 615)" (SALVAT, RAYMUNDO L. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General*, Tomo I, ítem 445 c, Ed.Tea. Buenos Aires, 1963, pág. 393).

Aunque el nuevo código ha suprimido el capítulo dedicado a las obligaciones de dar cantidades de cosas, no obstante las tiene en cuenta al referirse a la moneda extranjera en el art. 765 CCyC, razón por la cual no podemos ignorar la regulación del código velezano contenida en los arts. 606 a 615, que tienen no sólo el valor de doctrina caracterizada, sino que se debe considerar desde los usos y costumbres que son vinculantes como fuentes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no reguladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho (art. 1º CCyC).

La regulación que ahora tenemos tiene un efecto distinto según se trate de moneda de curso forzoso y legal, de la otra, que como moneda extranjera que es, no tiene ya, superada la especial consideración que le diera al art. 617 CC la ley 23.928, el carácter de suma de dinero, sino que se debe considerar como de dar cantidades de cosas.

4.- ANÁLISIS DEL ART. 765 CCYC

Este artículo, dividido en su tratamiento por dos obligaciones distintas, merece un especial análisis ante la alternativa que resulta del pago en moneda de curso legal y la moneda extranjera, dado que la opción puede significar importantes diferencias en perjuicio o a favor de alguna de las partes.

El primer párrafo de la norma, regulando el primer supuesto, como obligaciones de dar sumas de dinero, establece que “La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de la constitución de la obligación”. En esta primera parte estamos en presencia de la única moneda que es medio de pago en todas las obligaciones contraídas en el país, con carácter forzoso y dentro de un régimen nominalista, si es que se trata de una deuda pecuniaria, en que el objeto es el dinero. En tal sentido sostenía BORDA que: “El nominalismo es hoy principio de vigencia universal. Se expresa diciendo que un peso, vale siempre un peso; en otras palabras, que existiendo una deuda de dinero, se ha de pagar siempre la suma o cantidad que aparezca como debida, aunque la moneda en la cual esa suma se expresa haya sufrido variaciones en su valor”. Y agrega: “Los jueces no pueden corregir esas fluctuaciones, por más que esa corrección consultaría las exigencias de la justicia conmutativa” (GUILLERMO A. BORDA. Ob. y Tº cit., pág. 319).

Distinto sería el supuesto de las deudas de valor, como las de alimentos, indemnizaciones por daños y perjuicios, etc., pero no es un problema de la moneda en sí, sino del objeto de la obligación, sujeto a variables contempladas expresamente según los casos. Como dice GUSTAVO BOSSERT con relación a la obligación de alimentos, no obstante que esta tiene entidad eco-

nómica, el derecho y la obligación alimentaria correlativas no tienen un objeto o finalidad de esa índole; es decir, no se pretende satisfacer un interés de naturaleza patrimonial sino que, fundado el vínculo obligacional alimentario en la relación de familia, su finalidad es permitir al alimentista, cónyuge o pariente, satisfacer sus necesidades materiales y espirituales. En definitiva, tiene carácter asistencial (*Régimen jurídico de los alimentos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 3).

Volviendo al nominalismo de las obligaciones de dar sumas de dinero, el gran riesgo que genera la necesidad de mantener normativamente un sistema estable, produce grandes desequilibrios económicos difíciles de subsanar, tal como resultara de la relación de antecedentes históricos del punto 2 de este trabajo, dado que a la desvalorización de la moneda, le siguen sistemas de indexación por índices que no conforman a todas las partes involucradas, y terminan en ciertos casos con grave daño para la parte más débil, como sucediera con la "Circular 1050" referida.

Por ello, superada la etapa de las cláusulas oro por falta de estas monedas, se trató de encontrar cierta estabilidad en otras monedas que, para el caso y atento a la legislación vigente, no son de curso forzoso.

Privando en el país, la contratación en dólares estadounidenses con este fin, debemos diferenciar bien el uso de esta moneda como cláusula de estabilización, como simple moneda de cuenta, para pagar el equivalente en moneda de curso forzoso conforme a la cotización al día de pago, porque estando prohibida la indexación, tal inclusión perjudicaría la relación contractual.

Por ello, parece sensato el tratamiento que se da en el párrafo siguiente del artículo que comentamos, tomando la moneda extranjera como "mercadería" y no como suma cierta de dinero que caracteriza la compraventa. Por tal razón hemos preferido caracterizar como permuta el contrato en que se entrega una cosa a cambio de moneda extranjera, no tomada ya como una cláusula de estabilización, sino como la cosa que se da a cambio, cualquiera sea el valor que la misma tenga.

Sin embargo, una opción que da este artículo en su segundo párrafo, genera dudas interpretativas que vamos a tratar de desentrañar.

El segundo párrafo del art. 765 CCyC dice: "Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse de dar cantidades de cosas, y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal."

El artículo está diferenciando la entrega de moneda extranjera, como la de dar cantidades de cosas, con lo que debemos entender que está equiparando la misma a una mercadería.

En tal caso, debemos diferenciar si esa mercadería, llamada moneda extranjera, se da para restituir o como contraprestación de otra cosa. En el primer supuesto, los arts. 759 a 761 CCyC regulan los supuestos de dar para restituir, y el primero de ellos establece expresamente que el deudor debe entregar la cosa (mercadería=moneda extranjera) al acreedor quien por su parte puede exigirla.

En tal sentido, el tipo contractual afin es el mutuo, en el que, según el art. 1525 CCyC, el mutuante se compromete a entregar en propiedad al mutuario, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie (la especie podrá ser dólares estadounidenses, euros, etc., y la cantidad la que se estableciera y que se caracterizan en las obligaciones de dar cantidades de cosas, por el número, a diferencia de las que lo son por peso o medida según su naturaleza: trigo, vino, etc.).

Si en cambio se hubiere establecido que se daría la "moneda extranjera= mercadería", en pago de otra cosa mueble o inmueble, estaríamos frente a una verdadera permuta, cosa por cosa. El art. 1172 lo define como permuta "...si las partes se obligan recíprocamente a transferirse el dominio de cosas que no son dinero".

Se plantea aquí un interrogante con relación a la expresión "dinero" dado que siendo una expresión abstracta que se materializa en las monedas como cosas concretas, bien pueden incluirse como tales las monedas de curso forzoso de las monedas que no lo tienen más que en el país de origen, que las emite atribuyéndole un determinado valor.

No obstante, con lo que no existiría mayor confusión, sería con las monedas de oro o plata extranjeras, que tienen un valor intrínseco, por su contenido metálico. Pero al desaparecer estas, las únicas monedas que quedan en circulación en el mundo, son las fiduciarias, que tienen el valor asignado por cada estado emisor, y ninguno por su contenido material.

Si pudiéramos considerar dinero a todo tipo de moneda extranjera, es decir aquella cuyo valor está representado por el valor asignado por cada estado emisor, incluyendo la que tiene curso forzoso en la república, en el supuesto planteado podríamos decir que se trata de una compraventa, dado que la definición que da el art. 1123 CCyC es la de considerar tal tipo contractual "...si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de un cosa y la otra a pagar un precio en dinero".

Sin embargo, al excluir el art. 765 a la moneda extranjera de las obligaciones de dar dinero, e incluirlos entre las de dar cantidades de cosas, no queda más remedio que aceptar la calificación de "mercadería", que más encuadra en la norma.

Si a esto se redujera el párrafo transcrito, y atento al principio que en el pago se debe respetar el principio establecido en el art. 865 como cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación, así como el objeto del pago, que a tenor de lo dicho por el art. 867, debe reunir los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización, ningún problema se plantearía porque se daría la misma cosa recibida, concordante con los principios del mutuo o de la permuta ya señalados, salvo que de común acuerdo resolvieran modificar la prestación, como regla del principio de la autonomía de la voluntad.

Pero hete aquí que el legislador ha introducido una opción a favor del deudor, para que éste se libere de su obligación "dando el equivalente en moneda de curso legal".

¿Puede el legislador cambiar la naturaleza del contrato equiparando "mercadería=moneda extranjera" a moneda de curso legal? ¿No estaría dando razón a los que interpretan que la moneda extranjera es también dinero?

En tal caso, desaparece la discusión en la calificación "venta" o "permuta" cuando se entregara moneda extranjera, porque el deudor, si puede dar moneda de curso legal, es porque se permite la equivalencia y esta es también dinero.

Pero más grave es la interpretación de la equivalencia, por cuanto la cotización oficial de la moneda extranjera difiere sustancialmente de la cotización que la referida moneda tiene en otros países, y si en el nuestro pudiera resultar ilegal tomarlas como válidas, se estaría destruyendo el efecto de los mercados sin ningún provecho para nosotros, por cuanto ellos seguirán actuando tal como resulta de las transacciones internacionales.

Es peligroso aceptar, como ya lo sostuviéramos en el comentario a este artículo en el *Código Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado*, bajo la Coordinación de Eduardo Clusellas (Ed. Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015) porque si el deudor obra de mala fe, acogiéndose a esta opción, manifestando que no tiene ni puede conseguir los dólares o la moneda que se hubiere pactado se beneficiaría destruyendo el principio que estableciera el mismo código en el art. 9º.

Rescatamos de una reciente publicación del diario La Nación de Buenos Aires, en una separata del domingo 30 de agosto de 2015, al cumplirse el mes de la vigencia, las palabras de JORGE HORACIO ALTERINI, cuando se le pregunta qué principio esencial elegiría del nuevo código, y responde con toda elocuencia: "Sin duda optaría por el principio de buena fe recibido como directiva general por el artículo 9 del Código Civil y Comercial, que por cierto tiene antecedentes lejanos, pero ello no desvanece la importancia de su expresa proclamación". Y remitiéndose a los romanos cuyas comunidades debían organizarse sobre la base de la concurrencia de los objetivos de vivir

honestamente, del no dañar a los demás y del dar a cada uno lo suyo, rescata las ideas de "rectitud y honradez" (publicación citada, pág. 3).

Al celebrarse la operación en moneda extranjera, se tuvo en cuenta preservar el valor, y si de la venta de un inmueble se trata, seguramente la necesidad para los supuestos de reemplazo de vivienda, o de cualquier otro negocio legítimo, sería contar con esa moneda. Sabemos que en el mercado, la cotización oficial difiere sustancialmente y basta verlo en las publicaciones de los diarios, para que no queden dudas.

Fue por ello que se modificó el proyecto originario, cuando se había establecido que el deudor podía liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal, *de conformidad con la cotización oficial*.

Tanta incidencia política tenía el tema, que esta expresión fue insertada por el propio poder ejecutivo, modificando el texto originario del proyecto, afortunadamente abortado en la redacción definitiva por la gravedad que la misma tenía.

Pero aun sin esa remisión a la cotización oficial, nos queda, para el supuesto de que las partes nada hayan pactado, cuál debe ser el punto de referencia para establecer la equivalencia.

Desde ya que la interpretación debe ser de cada caso particular, porque si del mismo contrato resulta el destino de esa moneda para otra operación, o si el comprador ha asegurado tener disponible la mentada moneda, o de alguna manera hubiera tomado conocimiento del destino que dará al dinero el vendedor, como podría serlo utilizar el dinero para la operación de un familiar en los Estados Unidos, la mala fe de cambiar el pago a efectuar, por la moneda de curso legal a cotización oficial, estaría poniendo de resalto la mala fe de quien así aprovecha la opción.

En tal caso, serán los jueces los que deberán resolver el conflicto, no ya estableciendo una variable por equidad, sino contemplando la lesión que causa la conducta del deudor.

En su tiempo, sostenía BORDA que: "La cuestión se complica cuando se instaure oficialmente el sistema de control de cambios, con distintos tipos de cambio. ¿A qué tipo ha de liquidarse la deuda? Desde luego, si la obligación encaja claramente dentro de alguna de las categorías del sistema, debe admitirse el tipo de cambio correspondiente; de lo contrario, el Juez resolverá el problema con criterio circunstancial y teniendo en cuenta el principio del *favor debitoris*" (Ob. y T^o cit., pág. 337).

Para evitar estos conflictos, lo aconsejable es dejar previsto en el contrato la inaplicabilidad de la opción por renuncia que de ella haga el deudor, y el acuerdo de una cotización en un mercado extranjero.

La renuncia a la opción no dejaría más recurso que el cumplimiento en la moneda pactada, que es el principio esencial de identidad de pago.

Los autores en general han convalidado esta posibilidad, por cuanto no se trata de una cuestión de orden público. MÁXIMO БОМЧИЛ, en la misma publicación del diario La Nación del 30 de agosto de 2015, ha dicho que en principio todas las normas del Código Civil y Comercial que regulan las obligaciones y los contratos son supletorias y no imperativas. Se funda en los arts. 958 sobre libertad de contratación y 962 sobre el carácter de las normas legales, donde expresamente dice que las relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto resulte su carácter indisponible. Y como ratificación de esta interpretación recuerda la norma expresa del art. 944 CCyC que admite la renuncia a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y sólo afecta intereses privados, en tanto la misma norma analizada no establece carácter imperativo, sino meramente supletorio cuando dice que el deudor *puede desobligarse* dando el equivalente en moneda de curso legal y *no que debe hacerlo*. (БОМЧИЛ, MÁXIMO. “Las normas sobre obligaciones en moneda extranjera son supletorias y no imperativas”, pág. 6).

Concluye el autor con la recomendación de pactar en los contratos como obligación alternativa a elección del acreedor (art. 780 CCyC) el pago en pesos a un tipo de cambio que le permita al acreedor la compra de la cantidad de moneda extranjera adeudada en una plaza del exterior donde tal adquisición no esté restringida.

La jurisprudencia más reciente, antes de la reforma, ha convalidado estos acuerdos y así lo desarrollamos en el comentario al mentado artículo, en el Código Civil y Comercial antes relacionado, con el objeto de evitar el abuso de derecho y la mala fe de la parte que debiendo pagar en dólares y teniéndolos a su disposición, lo niega para beneficiarse con una cotización que en ciertos momentos lo beneficia ostensiblemente.

Es que la cotización oficial es también discutible, por no ser la única, y resulta dudosa a pesar de que a fines de 2001 y principios de 2002, al dejar atrás el tipo de cambio fijo de la convertibilidad que regía desde 1991, el gobierno creó el mercado único y libre de cambios, estableciendo que el tipo de cambio “resultará del libre juego de la oferta y la demanda”, como señala JOSÉ ALFREDO NOGUEIRA en un artículo publicado en el diario La Nación de Buenos Aires, el 1 de setiembre de 2015 en la sección “Comercio Exterior”. Dice el autor citado que los funcionarios de turno le sumaron el ya característico “toque vernáculo” a las políticas, cambiando su objetivo original. Y así, tras el anuncio de que el valor del peso flotaría libremente, se impuso un estricto control de las operaciones cambiarias que deberían realizarse sólo en un mercado de cambios que nunca fue único ni libre. Al mismo tiempo se dispuso que el Banco Central interviniera en el mercado para evitar una

exagerada devaluación del peso aunque muy pronto resultó evidente que el ente monetario actuó para cumplir ese objetivo con impericia y falta de profesionalidad. Agrega el autor, que a partir del 2011, ya con un tipo de cambio atrasado, comienza la pérdida de reservas y una escalada de la inflación, razón por la cual el gobierno recurre a otra medida extrema como “el cepo cambiario”, que se fue agravando a medida que la situación empeoraba.

Entre sus críticas a la política económica cambiaria, cita la restricción a la salida de dólares del país, que terminó limitando el ingreso de capitales, haciendo que las discusiones sobre la elección del sistema de tipo de cambio fijo o flotante, o si es necesario un mercado desdoblado, ya no tiene sentido ni vigencia alguna en el mundo.

Lo concreto es que todo lo que proviene de una cotización digitada desde las políticas de gobierno, buenas o malas para el país, no responden a la realidad que los particulares pretenden dar a sus acuerdos privados y que generan situaciones de desequilibrios.

En estos trances, los jueces han tratado de poner el equilibrio que demanda su intervención en las controversias privadas, donde por un lado se alega la imposibilidad de conseguir la moneda de pago pactada en razón de las normas de la AFIP o del Banco Central, olvidando que la situación económico-financiera del país hace dudoso pensar que no pudieron prever, particularmente cuando se dio la opción al acreedor de percibir la cantidad de pesos necesarios para adquirir los dólares recibidos, por ejemplo en un mutuo, en la cantidad necesaria y suficiente para adquirir esa moneda extranjera en las plazas de Montevideo (Uruguay), New York o Zurich (CNCiv., Sala E, 30-5-13; LL, 2013, E 500).

Preguntamos entonces: ¿es acaso obrar de buena fe conocer y regular esta circunstancia y después invocar una norma como la actual, que le permite al deudor pagar al cambio oficial? (LAMBER, RUBÉN A. En *Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado*, bajo la Coordinación de EDUARDO GABRIEL CLUSELLAS, Tomo 3, Ed. Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, pág. 267).

En otro fallo que citamos en la misma obra se estableció que el deudor deberá abonar la deuda en la moneda pactada como condición esencial del contrato realizado. Se deberá respetar el acuerdo para el caso hipotético en que una norma futura desautorice o prohíba la tenencia o comercialización de dólares estadounidenses billetes para una eventual conversión del monto de la hipoteca o del préstamo en pesos. Se tomará como base: a) cotización dólar turista para pasajes; o b) la cotización del dólar billete, tipo vendedor, en el mercado libre de cambios, ya que el préstamo hipotecario es en dólares estadounidenses billetes y de no existir mercado libre de cambios el monto de la hipoteca o del préstamo en pesos, será por la cantidad nece-

saría de pesos para adquirir Bonos Externos de la República Argentina, que negociados en la plaza de New York, Estados Unidos de Norteamérica, o Montevideo, República Oriental del Uruguay, a elección del acreedor, con su producido neto permitan obtener la suma de dólares comprometidos.

El fallo desestima los argumentos del deudor de inexistencia de bonos externos de la República Argentina (BONEX) para la época de celebrarse el mutuo, por cuanto cualquier bono emitido por la República Argentina que cotice en los mercados internacionales, responde a dichas características.

Concluimos en la obra citada, que la nutrida jurisprudencia sobre este tema se pronuncia por la plena validez de toda cláusula que prevea cualquier modalidad para restablecer el equilibrio económico en la prestación, cuando ella no pueda cumplirse en la moneda pactada y de esta manera, deja inaplicable el último párrafo del art. 765, que da una solución única para el caso de falta de previsión, que en definitiva, tampoco sería aplicable, salvo conformidad de partes. (Ob. cit., págs. 268 y 269).

Como ya se anticipara, es una norma supletoria y no imperativa, y la opción normativa puede ser renunciada por las partes al celebrar el contrato, para respetar a ultranza en primer lugar el pago en la moneda pactada, o como dice el artículo 766 CCyC: "El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada", cuya valoración crítica hacemos, dado que, al establecer el mismo legislador que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, no hace mas que confirmar la regla de respetar no sólo la autonomía de la voluntad, cuando se ha pactado una solución, sino de hacer mantener el equilibrio de la prestación, ante el posible daño de una cotización ajena a los mercados (LAMBER, RUBÉN A. Ob. cit., pág. 273).

Ya entrado en vigencia el nuevo código, en su primer mes de vida, tenemos el primer fallo sobre la materia que comentamos seguidamente.

5. PRIMER FALLO DE CÁMARA SOBRE MONEDA EXTRANJERA

La Cámara Civil, Sala F, de la Capital Federal ha tenido el privilegio (por la valoración que merece la sentencia) o la carga (si se considera el esfuerzo y la responsabilidad de afrontar una primera interpretación) de resolver uno de los temas vinculados a la moneda extranjera que estamos tratando, en autos "F.M.R. c/ A., C.A. y otros s/ Consignación" (expte. Nº 79776/2012); "LT. y otros c/ F., M. R. s/ ejecución Hipotecaria" (expte. Nº 76280/2012), fechado en el mes de agosto de 2015.

Integran la misma los doctores Galmarini, Posse Saguier y Zannoni, y en el sorteo resultó ese orden de votación.

Afloran en ella, situaciones que ya hemos considerado y que en este supuesto se plantean con motivo de una hipoteca constituida el 15 de febrero de 2012 por la suma de U\$S 37.900 pagaderos en 36 cuotas mensuales y consecutivas de U\$S 1356, con un interés del dieciséis por ciento anual sobre saldos.

Luego del pago de las primeras seis cuotas, la parte deudora alegó la imposibilidad de obtener los dólares necesarios para los pagos siguientes, y por tal motivo ofrece dar moneda de curso legal equivalente a la suma de U\$S 1356 conforme a la cotización oficial del día anterior a la fecha de pago.

La parte acreedora rechaza el ofrecimiento desconociendo la existencia de disposición legal alguna posterior a la celebración del contrato, que configure un extremo de fuerza mayor o hecho del soberano que impida a la actora cumplir el mutuo en los términos pactados. Ofrece a cambio, abonar en moneda de curso legal, pero a la cotización del procedimiento denominado "contado con liquidación".

Aparece aquí uno de los primeros problemas que resulta de la realidad económica argentina, cual es la diversidad de cotizaciones y la manifiesta diversidad de valores que no permiten ni recibir a cambio la misma moneda entregada, ni el valor que le permitiría adquirirla conforme a las cotizaciones que resultan de un mercado que el gobierno desconoce.

Dado que en la primera instancia, el reclamo de la deudora fue rechazado, en los agravios de la apelación señala como factor definitorio de su conducta, la imposibilidad de conseguir los dólares por el denominado "cepo cambiario", y alega por ello, la "fuerza mayor".

El acreedor demandado, resalta en su contestación que la deudora conocía muy bien los riesgos del pago en moneda extranjera, "declarando haber ponderado con el debido asesoramiento y conocimiento, las condiciones del mercado financiero y sus eventuales riesgos", renunciando a la teoría de la imprevisión para la revisión del contrato hipotecario.

Correspondiendo el primer voto al Dr. José Luis Galmarini, partimos de la valoración que hace de las normas aplicables, desde su propia conciencia real, que va de la objetividad en la interpretación que traduce su vivencia de justicia y de orden, porque no se deja abrumar por la alegada imposibilidad de conseguir los dólares la deudora, y reconoce la responsabilidad de quien pacta en una situación de conocimiento de la realidad económica asumiendo riesgos.

Si lo aceptara, da paso al abuso de derecho o a la mala fe, por cuanto luego demostrará en su argumentación que "existen otras operaciones de tipo cambiarias y bursátiles que habilitan a los particulares, a través de la adquisición de determinados bonos, que canjeados posibilitan la adquisición

de los dólares estadounidenses necesarios para cancelar la obligación asumida”, con cita de valiosa jurisprudencia.

Hace con ello justicia, pero al mismo tiempo respalda el orden del sistema jurídico, al priorizar en estas cuestiones la autonomía de la voluntad, con lo que se cumplen principios de valoración jurídica, desde la justicia al orden, como lo sostuvo CARLOS COSSIO, quien afirmara, que con esta guía vivencial o realidad motora es con la que el juez al desplegar su interpretación del caso mediante la ley escoge, dentro de las distintas posibilidades de la ley, la especie dentro del género normativo; o decide, también con esa guía que él vivencia, sobre la aplicabilidad o no aplicabilidad de una ley según que traduzca o no el sentido vivenciado del caso de cuya comprensión se trata” (*El Derecho en el Derecho Judicial*”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967, págs. 173/174).

Se rechaza así la demanda por consignación en la forma ofrecida por la deudora, y se da curso a la ejecución hipotecaria, procediendo el juzgador, en esa búsqueda constante de justicia, en disminuir los excesivos intereses pactados al 16% anual sobre saldos, y reduciéndolo al 6% anual, dado que “no corresponde admitir cualquier tasa de interés por el solo hecho de que se encuentre estipulada por las partes”.

No considera una cuestión que advertimos de la lectura, seguramente por no haber sido planteada por las partes, como es el pago de la primera cuota de capital e intereses, en forma anticipada, dado que se está cobrando un interés por un dinero no utilizado, cuando el interés es la indemnización por ese uso.

Desde ese punto de vista, que no fue materia de tratamiento, considero que la práctica de pago anticipado de la primera cuota de capital, y más aún de los intereses correspondientes, es francamente abusiva y contraria a la buena fe contractual.

Por análogas razones a las invocadas en su voto por el Dr. José Luis Galmarini, votaron en el mismo sentido los doctores Fernando Posse Saguier y Eduardo A. Zannoni.

El fallo respeta una corriente interpretativa de estas cuestiones desarrollada a través de la doctrina y jurisprudencia de los Tribunales y que SALVAT respaldaba, sin dejar de valorar a la moneda de curso legal, que debe ser la nacional, por cuanto es uno de los símbolos de la soberanía del país, pero no al punto de declarar su obligatoriedad o la prohibición del pacto en contrario, manifestando que “las partes pueden, a pesar de este principio, estipular que el pago de una obligación se verifique en moneda extranjera: esa clase de obligaciones no quedarán regidas por los principios y las reglas de las obligaciones de dar sumas de dinero sino por las referentes a las obligaciones de dar cantidades de cosas; sería el mismo caso de una obligación de entregar cien kilos de trigo” (*Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General*, Tº 1, Ed. Tea, Buenos Aires, 1963, págs. 407 y 408).

La donación con transmisión de dominio y entrega de posesión aplazadas

Solución a algunas dificultades que presenta la práctica de las donaciones en el nuevo Código Civil y Comercial

*Gastón R. di Castelnuovo
Luis Rogelio Llorens*

SUMARIO: I. Introducción. I.a. Los nuevos criterios vinculados con el alcance de la acción de reducción. I.b. La cuasi imposibilidad de disponer por diez años. I.c. La imposibilidad de aceptar la oferta de donación luego del fallecimiento del donante. I.d. La caducidad del derecho de reversión a los diez años. II. Consideración de la donación con transmisión de dominio y entrega de posesión aplazadas como posible solución a los inconvenientes apuntados. III. Colofón. IV. Esquema de escritura de donación con transmisión de dominio y entrega de posesión aplazadas.

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación incorporó algunas dificultades a la práctica notarial de las donaciones. Las resumimos así:

I.a. Los nuevos criterios vinculados con el alcance de la acción de reducción

Durante la vigencia del Código Civil redactado por DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD se produjo un profundo debate doctrinario y jurisprudencial en torno al alcance que el art. 3955 de dicho texto normativo confería a la acción de reducción en protección de los herederos legitimarios.

Sobre el tema *-brevitatis causa-* sólo diremos que se plantearon tres posiciones: para unos, el texto del mencionado artículo confería a todos los legitimarios perjudicados por una donación el derecho de recuperar lo donado de quien lo tuviera en su poder. Para una segunda posición esa acción era siempre personal y sólo respondía por lo donado el donatario y los subadquirentes que la hubieran adquirido de mala fe o a título gratuito. Finalmente, la tercera y más numerosa posición -aunque a nuestro criterio con menos fundamento-, entendía que si la donación se había efectuado a un legitimario, la acción era personal; mientras que si la donación se había efectuado a una persona que no revestía el carácter de legitimario, la acción tenía carácter real y podía ser perseguido el tercer adquirente, independientemente del carácter de su adquisición y de su buena o mala fe.

Esta problemática se origina por la tensión existente entre la protección del tráfico jurídico y la protección de la legítima, cuestión que las normas deben resolver.

Indudablemente, el legislador responsable de la sanción del nuevo código tuvo en cuenta esta tensión e introdujo lo que en los fundamentos llamó una "solución", que obra en los siguientes artículos:

Art. 2457.- Derechos reales constituidos por el donatario. La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o sus sucesores.

Art. 2458.- Acción reipersecutoria. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima.

Art. 2459.- Prescripción adquisitiva. La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901.

El art. 1901 permite unir las sucesivas posesiones, por lo que el plazo de prescripción se computa desde que el donante entregó la posesión al donatario.

Por otro lado, también corre la prescripción de la acción de reducción desde la muerte del donante (art. 2554) por el plazo genérico de cinco años previsto en el art. 2560, por lo que, de fallecer el donante antes de los cinco años de otorgada la donación, éste último plazo resultará más breve que el previsto en el art. 2459.

No tiene este trabajo entre sus objetivos valorar el criterio utilizado por el legislador para la sanción de la solución elegida¹. Tampoco es este el lugar para imaginar mejores soluciones ni introducimos en la espinosa y compleja problemática de la aplicación de la ley en el tiempo (art. 7º CCyC). En esta instancia, estando ya sancionadas y vigentes las normas mencionadas, es momento de aplicarlas de la mejor manera posible.

Sólo intentaremos advertir algunas dificultades en la práctica de la contratación de donaciones bajo el nuevo régimen para intentar luego hallar alguna solución dentro del ámbito de la actual normativa.

I.b. La cuasi imposibilidad de disponer por diez años

Es una consecuencia grave que ha de dificultar el otorgamiento de donaciones, para lo cual intentaremos *in fine* efectuar aportes que contribuyan a solucionarla.

La nueva normativa no prohíbe concretamente que el donatario enajene o grave lo donado. Sin embargo, en los hechos, ello se va a ver dificultado en extremo, pues sea el donatario legitimario o no, el subadquirente va a correr el riesgo de que el donante fallezca dentro del plazo de los diez años posteriores al otorgamiento de la donación y de sufrir reclamos de algún heredero legitimario perjudicado en su legítima por la donación que sirve de título a su adquisición².

Lo grave de la situación se origina en la imposibilidad de prever los avatares de la vida de donante y donatario, y también del entorno familiar durante el mencionado plazo.

1 Esto no quiere decir otra cosa que la expresada, lo que no implica en modo alguno que no tengamos una opinión y que ella sea por demás crítica. Al respecto, remitimos a lo dicho en el *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, bajo la coordinación de Eduardo G. Clusellas, editorial Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, arts. 1542 y sgts., y arts. 2457 y sgts.; pág. 372 y sgts., y 391 y sgts.

2 Recordamos que, conforme con el nuevo art. 1552, deben ser otorgadas en escritura pública, bajo forma solemne, no sólo las donaciones de inmuebles y de prestaciones periódicas o vitalicias, sino también las de muebles registrables. Cabrá dilucidar en el futuro si la acción que emana del art. 2458 ya transcrito puede o no ser ejercida contra subadquirentes de automotores en atención a que en el régimen de estos bienes la inscripción es constitutiva (decreto ley N° 6582/58, ratificado por la ley N° 14.467).

Vigente el régimen anterior, la mayoría de las donaciones se instrumentaban como adelanto de herencia a los hijos con reserva o constitución de usufructo a favor de los donantes. Ante una emergencia familiar y ante la necesidad de disponer de lo donado, un acuerdo familiar permitía concluir con el dominio desmembrado y facilitar la enajenación o el gravamen³, solución que no se vislumbra posible dentro el nuevo régimen, pues el donatario, aunque sea hijo del donante, no saneará su título hasta diez años después de otorgado.

I.c. La imposibilidad de aceptar la oferta de donación luego del fallecimiento del donante

El art. 1795 del código velezano permitía que el donatario aceptara la donación luego del fallecimiento del donante. Se entendía que quien quería donar, *a fortiori*, quería legar.

Esta posibilidad fue escasamente utilizada durante largas décadas. Sin embargo, a partir de fines de los años ochenta se hizo uso (y también abuso) de esta herramienta⁴.

Ella ha desaparecido de la actual normativa. Es decir que el nuevo ordenamiento no trae una norma de excepción como la vigente en el Código Civil y el contrato de donación queda sujeto a los principios generales en cuanto a la formación del consentimiento. Sin que fuera ello necesario, con el fin de reafirmar el concepto y con indiscutible ánimo docente, el nuevo legislador ha agregado una frase final al art. 1545 que dice: "Aceptación (...) Debe producirse en vida del donante y del donatario"⁵.

3 En el caso del gravamen, de conformidad con lo dispuesto en el art. 19 del decreto ley N° 17.801/68, resultaba también posible (y aún resulta) mantener el dominio desmembrado y que el usufructuario cediera su rango a favor de un acreedor hipotecario.

4 LLORENS, Luis Rogelio. "Errónea instrumentación: poder irrevocable o *post mortem* para donar", Revista Notarial N° 874 (mayo-junio de 1984), pág. 765 y sgts. Gattari, Carlos Nicolás. "Donación por instrumento separado", Revista del Notariado N° 797 (septiembre-octubre de 1984), pág. 1295 y sgts.

5 Aprovechamos aquí para ahondar brevemente en la afirmación que acabamos de hacer ("Sin que fuera ello necesario..."). Recurrimos nuevamente para ello a lo dicho en el *Código Civil y Comercial...* cit. al comentar el art. 1545 : "...en algunos ámbitos académicos hemos escuchado afirmar que, ya en el marco del nuevo Cód. Civ. y Com. (esto es oferta y aceptación otorgadas vigente ya el nuevo régimen), lo único que la norma exige es que el donante 'esté vivo' al momento de la aceptación, y nada se agrega respecto de su capacidad y de su discernimiento. No podemos compartir esta opinión que, además, nos resulta inadmisibles. El legislador se ha referido a la vida del donante pero una referencia tan incidental no puede invocarse para interpretar la norma del modo que se pretende. Estas palabras (por otra parte innecesarias, como varias veces lo expresamos) no pueden ser interpretadas literalmente. No puede sino entenderse que se aplican ahora a la donación los principios generales que rigen la oferta y la aceptación

Por lo tanto, si bien podrán continuar efectuándose ofertas de donación (como las de cualquier otro contrato), ya no será posible aceptarlas después del fallecimiento, incapacidad o pérdida de discernimiento del donante. Quizá resulte abundante, pero tampoco podrá recurrirse a esta figura para evitar el efecto negativo de la "imperfección" del título por el plazo de diez años a partir de la posesión del donatario o de cualquier subadquirente.

Todo esto en nada impide que continúen otorgándose donaciones, como de hecho está ocurriendo, pues se trata de un legítimo derecho de donante y donatario.

I.d. La caducidad del derecho de reversión a los diez años

Otra herramienta útil para la protección del entorno familiar resulta del derecho de reversión que actualmente está previsto en el art. 1566 CCyC: "En la donación se puede convenir la reversión de las cosas donadas, sujetando el contrato a la condición resolutoria de que el donatario, o el donatario y su cónyuge y sus descendientes, o el donatario sin hijos, fallezcan antes que el donante...".

Recordemos que la reversión constituye entonces la aniquilación retroactiva de la donación, prevista en una cláusula accidental de reversibilidad, y constituye una hipótesis de resolución automática. Su utilidad resulta evidente⁶.

contractual, con una única excepción en materia de Fundaciones, caso en el cual no sólo la oferta puede ser aceptada luego de la muerte del donante sino que el preliminar de donación es exigible. Queda claro que rige aquí lo dispuesto por el art. 976 del Cód. Civ. y Com. Dicho agregado puede compararse con lo dispuesto por el art. 1796, al que ya nos hemos referido, expresando que sólo tiene también ese carácter docente, pues de no haberlo incluido el Codificador no otra podía ser la solución de acuerdo con los principios generales de la formación del contrato, ante la falta de otra norma de excepción que hubiera previsto el supuesto de muerte del donatario, como lo hace el art. 1795 con respecto a la del donante. Por otra parte, la referencia a la vida del donatario no hace más que reforzar esta interpretación. De no existir esa mención, ¿podría acaso haberse entendido que la aceptación podría producirse ya fallecido el donatario? En nada cambia esta afirmación el hecho de que para solicitar que se tenga por inexistente el acto será necesario probar en sede judicial la incapacidad o la falta de discernimiento del donante al tiempo de la aceptación. Y hablamos (ante la existencia de decisiones judiciales que confunden en esta materia las cosas) de inexistencia y no de nulidad pues no se trataría de un vicio genético sino de que el contrato no llegó a formarse". Para citar sólo un ejemplo de esas decisiones recordamos la dictada en autos "Reyna de Calcaterra, María E. c/ AMIA Comunidad de Buenos Aires y otro", CNC, Sala H, del 22/8/2002, LL, 5/8/2002, que mereció un comentario de los autores en Revista Notarial, N° 943, págs. 977 a 986.

6 SALVAT, Raymundo. *Fuentes de las obligaciones*, n° 1675, citado por López de Zavalía, Fernando J. *Teoría de los contratos*, tomo 2, Víctor P. de Zavalía S.A. editor, Buenos Aires, 2006, pág. 716: "Si muere el donatario (o el donatario y tales herederos) mientras yo viva,

Este derecho de reversión, como ha quedado dicho, es especialmente recomendable en los supuestos de donación a favor de hijos que tienen descendencia o están casados, pues el donante ha preferido a los primeros pero puede no querer que los bienes sean recibidos en caso de fallecimiento de ellos por sus herederos, a quienes no aprecia, por ejemplo, y también puede querer que sólo algunos de esos herederos queden beneficiados. Desde ya, su voluntad tiene un límite constituido por el hecho de que el donatario fallezca antes que él. Se trata entonces de evitar que, ante el fallecimiento del hijo, los bienes sean administrados por la nuera o el yerno, o estos reciban parte de los bienes del donante que -de no haberse instrumentado la donación- heredarían sólo los nietos.

Al convenir la reversión resulta que quien adquiere el dominio se encuentra sujeto a una condición resolutoria que origina un dominio imperfecto hasta que la condición se cumple o hasta que su cumplimiento se torne imposible (por fallecimiento del donante antes que las otras personas involucradas en la donación).

Sin embargo, conforme con el art. 1965 de la nueva normativa: “Las condiciones resolutorias impuestas al dominio se deben entender limitadas al término de diez años (...) Si los diez años transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido. El plazo se computa desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto”.

Por tanto, si el donante sobrevive diez años a la donación, pierde esta protección, lo que también torna desaconsejable la donación en determinados supuestos⁷.

II. CONSIDERACIÓN DE LA DONACIÓN CON TRANSMISIÓN DE DOMINIO Y ENTREGA DE POSESIÓN APLAZADAS COMO POSIBLE SOLUCIÓN A LOS INCONVENIENTES APUNTADOS

Para ello cabe diferenciar lo que la doctrina denomina “actos *mortis causa*” de los llamados “actos *in diem mortis dilati*”.

quede sin efecto la donación, retorne a mis manos la atribución que he verificado; y así lo quiero porque si entre mi persona y la del donatario he preferido la del donatario, entre las personas de los herederos (o de tales herederos) del donatario, y la mía, prefiero la mía”.

⁷ Creemos que constituye un error no haber exceptuado de este régimen limitativo al derecho de reversión. Resulta evidente que la cláusula pierde así gran parte de la utilidad a la que nos hemos referido.

Para CIFUENTES: "...en los actos *mortis causa*, la muerte constituye un presupuesto esencial para el efecto del acto; más que significar una condición que suspende los efectos del negocio, los determina sin retroactividad"⁸.

El ejemplo más importante es el testamento que se caracteriza por su libre revocabilidad al sólo arbitrio del testador⁹, pero la categoría no se agota en él. Otros ejemplos, que se caracterizan todos por su revocabilidad, surgen de la ley N° 24.193 relativa a trasplantes de órganos, la designación de tutores o curadores para los hijos menores o incapaces (arts. 106 y 139 CCyC) o las disposiciones relativas a las exequias (art. 61 CCyC).

El hecho de que se trate de un acto *mortis causa* no implica, *per se*, que requiera forma testamentaria pues ninguno de los últimos ejemplos la tienen como exigencia *sine qua non*.

El mismo autor define a los actos *in diem mortis dilati*: "...en los cuales la muerte es solamente el punto de referencia para la producción de los efectos del negocio jurídico, ya sea que se la inserte en la relación jurídica como un plazo incierto, o que la muerte de una persona o su supervivencia sea considerada como el acontecimiento futuro e incierto que torna condicional el derecho"¹⁰. El autor ejemplifica con el contrato de seguro de vida.

Según GUASTAVINO: "...en los actos *mortis causa* (...) el evento de la muerte es el punto de origen y de individualización de la situación misma regulada. Mientras ese evento no acontezca, no existe un derecho condicional a favor del futuro beneficiario; cuanto más existe un derecho eventual (...) Por el contrario, en los actos *in diem mortis dilati* el evento de la muerte sirve como punto de referencia de los efectos, y el deceso constituye el momento cronológico inicial de eficacia del negocio jurídico. El evento de la muerte puede insertarse en la relación como término de un plazo incierto, o la muerte de una tercera persona, o su supervivencia, en cierta época, puede ser considerada como el acontecimiento futuro e incierto que torna condicional el derecho. Los actos jurídicos que han introducido estas modalidades en la relación son actos *in diem mortis dilati*, pero no *mortis causa*"¹¹.

8 CIFUENTES, Santos. *Negocio Jurídico*, ed. Astrea, 2º, edición, Buenos Aires, 2004, pág. 312.

9 "Art. 2511. Revocabilidad. El testamento es revocable a voluntad del testador y no confiere a los instituidos derecho alguno hasta la apertura de la sucesión. La facultad de revocar el testamento o modificar sus disposiciones es irrenunciable e irrestringible."

10 Ob. cit. pág. 312.

11 GUASTAVINO, Elias P. *Pactos sobre Herencias Futuras*, Ediar SAECI y F, Buenos Aires, 1968, págs. 43 y 44. Sobre este tema ver: *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 5, Eduardo Gabriel Clusellas coordinador, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, págs. 455 y sgts. Ver también: Belluscio, Augusto C. "Pacto sobre herencia futura, donación de exigibilidad diferida y obligación de procurar prestación de tercero", LL,

Por nuestra parte agregamos que los actos *in diem mortis dilati* se caracterizan por imperar en ellos el principio de que los pactos tienen efectos vinculantes entre las partes (art. 959) y sólo puede ser extinguido por rescisión bilateral (art. 1076) en el caso de los contratos a título gratuito. En cambio, en los contratos a título oneroso también cabría la posibilidad de que en el contrato se prevea la rescisión unilateral (art. 1077).

Si bien de la nueva normativa no resultan disposiciones como las previstas en los arts. 1790¹² y 1802¹³ del código de VÉLEZ SANSFIELD, lo que resulta sorprendente, afirmamos que la previsión de una rescisión unilateral en un contrato de donación continúa siendo una disposición prohibida pues -fundamentalmente- le quitaría su diferenciación del acto testamentario (arts. 2511 y sgts. CCyC). Fundamentalmente la distinción entre donación y legado.

A ello apunta el actual art. 1546 cuando afirma que: “Están prohibidas las donaciones hechas bajo la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante”.

La clave para interpretar correctamente estas disposiciones pasa por comprender qué se entiende por “efecto” del contrato o “efecto”, en particular, de la donación. El efecto del contrato es su poder vinculante entre las partes (art. 959) y el efecto propio de la donación es la obligación de transferir el dominio de la cosa y no la transferencia misma (art. 1542).

La donación no es un contrato real que exija la transmisión del dominio para su eficacia. Así lo dice el art. 1542 cuando dispone: “...se obliga a transferir...”. Por su parte, el art. 1555 prevé la constitución en mora para la entrega de la cosa¹⁴.

1981-D-336. Muy especialmente: CSJN, 18/4/1997, “Kodama, María c/ Ferrari, Osvaldo A. y otro”, ED, 173-387.

- 12 “Si alguno prometiere bienes gratuitamente, con la condición de no producir efecto la promesa sino después de su fallecimiento, tal declaración será nula como contrato, y valdrá sólo como testamento, si está hecha con las formalidades de estos actos jurídicos.”
- 13 “No podrá, sin embargo, bajo pena de nulidad de la donación, subordinarla a una condición suspensiva o resolutoria, que le deje directa o indirectamente el poder de revocarla, de neutralizar o de restringir sus efectos.”
- 14 Sorprende también en este punto que el nuevo CCyC, al referirse a las donaciones de cosas muebles no registrables y de títulos al portador, en el art. 1555 utilice las palabras: “...deben hacerse por la tradición del objeto donado”, lo que parece indicar que las donaciones manuales son de carácter real. Creemos que el nuevo legislador ha estado errado y que esta exigencia de la entrega de la cosa no ha querido modificar el sistema imperante en el Código Civil, en el que la tradición de la cosa constituye sólo una modalidad aplicable a las donaciones manuales. Ver al respecto lo que hemos dicho en el *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado* antes citado, al comentar este artículo.

Son lícitos tanto la condición como el plazo y el cargo, dentro del régimen general de estas modalidades. En materia de donaciones sólo está prohibida especialmente la condición, tal como ya señaláramos, en el art. 1546.

La normativa sólo exige como efecto del contrato de donación su efecto vinculante entre las partes que sólo puede verse extinguido por la rescisión bilateral. Por tanto, nada impide que alguien se obligue a transmitir gratuitamente la propiedad de una cosa y a que ella sea entregada al donatario el día de su propio fallecimiento.

Nada lo impide, por un lado, porque se trata de un plazo incierto (el fallecimiento del donante ha de ocurrir algún día inevitablemente) y no una condición, y por otro, porque los efectos propios del contrato (el efecto vinculante) no se encuentran ni condicionados ni aplazados. Sólo está aplazado el cumplimiento.

Por ello también cabe destacar que en caso de fallecimiento del donatario antes que el del donante, el derecho a adquirir la propiedad se transmite a los herederos del donatario como cualquier otro derecho, pues no se trata de condicionar los efectos (la transmisión de la propiedad) a la supervivencia del donatario al donante¹⁵.

III. COLOFÓN

En el supuesto de una donación, por naturaleza irrevocable al solo arbitrio del donante, en la que se ha postergado la entrega de la cosa al donatario hasta el tiempo del fallecimiento del donante, el donatario podrá tomar posesión de la cosa donada (art. 1924 CCyC) y convertirse así en propietario. Acreditado este extremo podrá también -en el caso de ser heredero- abrir la sucesión y demostrar que no existen herederos legitimarios que puedan reclamar¹⁶. De tal manera podrá así “sanear” el título.

En caso de necesidades imprevistas o necesidades familiares impensadas, antes del fallecimiento del donante, ambas partes podrán distractar la donación por rescisión bilateral, pues el cumplimiento del contrato no se encuentra agotado (no se ha entregado la posesión)¹⁷.

15 De igual manera, en el supuesto de que se hubiese fijado, por ejemplo, un plazo cierto de tres años y el donante falleciese dentro de ese plazo, los herederos del donante están obligados a entregar la cosa al vencimiento del plazo. También si la condición lícita se cumpliera luego de la muerte del donante.

16 “El proceso sucesorio tiene por objeto identificar a los sucesores...” (art. 2335 CCyC).

17 Ver: DI CASTELNUOVO, Gastón R. “El distracto. Medio inadecuado para bonificar títulos que emanan de una donación”, Revista Notarial, N° 919, págs. 497 a 580. Al respecto, remitimos también a lo dicho por el Dr. Fernando J. López de Zavalía, en Revista Notarial, N° 926, págs. 73 a 83, especialmente en cuanto a su respuesta a nuestra

IV. ESQUEMA DE ESCRITURA DE DONACIÓN CON TRANSMISIÓN DE DOMINIO Y ENTREGA DE POSESIÓN APLAZADAS

TRES MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO. DONACIÓN CON TRANSMISIÓN DE DOMINIO Y ENTREGA DE POSESIÓN APLAZADAS. Giovanni PEYRANI a Renato PEYRANI. En la ciudad y partido de..., Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el... de junio de dos mil dieciséis, ante mí ..., Notario Titular del registro uno, COMPARECEN quienes se identificaron y expresan sus datos así: Giovanni (Gio) Peyrani, italiano, nacido el 23 de febrero de 1953, documento nacional de identidad 91.111.111, CUIT 20-1111111-1, viudo de sus únicas nupcias con Giulia Gianello, domiciliado en Almirante Brown 947, de la ciudad y partido de Morón, en adelante también “la donante”; y Renato Peyrani, argentino, nacido el 6 de diciembre de 1980, documento nacional de identidad 11.111.111, CUIT 20-1111111-9, casado en primeras nupcias con Sofía Rossi, hijo de Giovanni (Gio) Peyrani y de Giulia Gianello, domiciliado en Atacama 572 de la ciudad y partido de Ituzaingó, de esta provincia, en adelante también “la donataria”. INTERVIENEN por sí y DICEN que: PRIMERO: Giovanni (Gio) Peyrani DONA a su único¹⁸ hijo Renato Peyrani EL INMUEBLE... SEGUNDO: La donante¹⁹ declara que: a) se obliga irrevocable-

pregunta: ¿Hasta qué oportunidad es posible que un contrato sea borrado de la escena jurídica mediante la emanación de un segundo negocio que merezca ser calificado como “distracto”?, su parecer en cuanto al “futuro disponible” y sus conclusiones. En cuanto al supuesto al que nos referimos, debe quedar claro que, tal como lo dice el maestro tucumano: “...puesto que es posible una renuncia al crédito por la entrega de la cosa que el donatario tiene contra el donante, *a fortiori* no debe descartarse esa posibilidad”.

- 18 En el marco del código velezano, entendíamos que esta declaración hacía a la buena fe del tercero que eventualmente adquiriera el inmueble al donatario.
- 19 En caso de pluralidad de donantes es imprescindible indicar si el vencimiento del plazo por la muerte de uno de los donantes hace nacer la obligación de entrega de la cosa por la totalidad, sólo por la parte del donante o que sólo nace la obligación de entrega a la muerte de todos los donantes.

mente²⁰ a entregar la posesión del inmueble, sujeto al plazo suspensivo²¹ de su fallecimiento, a la donataria o a quienes resulten sus sucesores universales²² o particulares²³; b) faculta²⁴ a la donataria o a quienes resulten sus sucesores, a tomar posesión del inmueble a partir de su fallecimiento; c) El presente instrumento es título suficiente para la transmisión de la propiedad y el dominio, lo que ha de ocurrir cuando el donatario tome la posesión una vez vencido el plazo precedentemente consignado. Agrega que no tiene otros herederos forzosos. TERCERO: La donataria agradece a la donante su liberalidad. CONSTANCIAS NOTARIALES: I) TÍTULO: El inmueble pertenece a la donante por compra que, siendo de igual estado civil, hizo a...²⁵ II) REGISTRACIONES: (...) III) INFORME

-
- 20 Se podría afirmar que la referencia a la irrevocabilidad es redundante pues es propio de la donación que sea irrevocable al solo arbitrio de una de las partes, tal como ya lo hemos comentado. Se incluye en el texto pues remarca la diferencia de este acto con una disposición de última voluntad que requeriría forma testamentaria. Por otro lado, la mención a “irrevocabilidad” remite a una retractación unilateral: “Esta cláusula debe estar claramente establecida, pues -ante la existencia de duda al respecto - dará a entender que se está ante una donación *mortis causa* prohibida” (*Código Civil y Comercial...* cit. pág. 457). CNCiv., Sala E, 21/12/1981, ED, 99-498. Ello *no impide la rescisión bilateral*, por lo que en vida del donante ambas partes podrían rescindir el contrato sin publicitarlo y el donante disponer libremente del dominio. No sería necesario esperar diez años ni cinco a partir de la muerte del donante.
- 21 El fallecimiento de una persona es un plazo incierto y no una condición suspensiva por lo que no se ve afectado por el art. 1546. La aceptación se produce en vida de donante y donatario, aun cuando la transferencia de la propiedad se puede producir después de la muerte del donatario a quienes resulten ser sus sucesores universales o particulares. El donante “se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta lo acepta”.
- 22 Ratifica que no es una condición sino un plazo pues no sujeta la obligación a la sobrevivencia del donatario al donante.
- 23 Al tratarse de un acto a título gratuito podría eliminarse la posibilidad de ceder los derechos a título singular siempre que se reúnan las condiciones exigidas por el art. 1972 CCyC.
- 24 Con la toma de la posesión se completarán el título y el modo necesarios para la transmisión del dominio (art. 1892 CCyC). Según el art. 1924 CCyC. “Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. Debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes...”. Por tanto, los actos materiales pueden ser sólo del donatario, pero deben contar con la conformidad del donante (“una parte entrega una cosa a otra”). Vigente el código de antaño, se ha dicho: “Es usual que las partes manifiesten ante el escribano que en ese acto se hace tradición (...) Esas cláusulas carecen, por sí, de valor traditivo. Ello no significa negarles todo interés, pues lo cobran en estos casos: a) si después se cumplen los actos materiales en manera unilateral (art. 2379) pues la declaración anterior puede funcionar como el ‘asentimiento’ requerido por el texto...” (López de Zavalía, Fernando J. *Derechos Reales*, tomo 2, Zavalía Editor, pág. 95).
- 25 Se cumple con lo dispuesto en el art. 1551 CCyC. Por un lado se acredita “el dominio al tiempo de contratar” con la mención al título y al informe de dominio. Por el otro se cumple porque el acto no disminuye hasta su fallecimiento el patrimonio del donante por lo que éste sigue contando: “con (...) medios suficientes para su subsistencia”.

CATASTRAL: (...) IV) INFORME REGISTRAL²⁶: Informe... del... El donante no está inhibido. El dominio consta actualmente a su nombre, no reconoce gravámenes, restricciones ni interdicciones. V) IMPUESTO A LA TRANSMISIÓN GRATUITA DE BIENES: (Una de las posibilidades): De acuerdo con lo dispuesto por la resolución normativa N° 91/10, tengo a la vista la constancia... y el formulario R-550G, expedidos el... del corriente por la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (Arba) y el comprobante del pago realizado el ... por \$... en la sucursal... local (5023) del BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, terminal..., transacción..., que en fotocopia agrego. VI) LEO....

26 “Informe” y no “certificado” pues el acto no tiene aún vocación registral pues la ley N° 17.801 en el art. 2º establece que tienen vocación registral los documentos que: “a) Los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles...”, y en el art. 3º: “Para que los documentos mencionados en el artículo anterior puedan ser inscriptos o anotados, deberán reunir los siguientes requisitos (...) c) (...) sirviendo *inmediatamente* de título al dominio, derecho real o asiento practicable”. Como antecedente de jurisprudencia administrativa sobre el punto, el registro de la propiedad de nuestra provincia no admitió la inscripción de escrituras de compraventa en las que el otorgamiento de la posesión se supeditaba a la acreditación de los fondos en la cuenta bancaria del vendedor. Estos casos ocurrieron en época de restricción a la disposición de dinero depositado en bancos, el que sólo se liberaba en determinados casos, entre los cuales se encontraba la adquisición de inmuebles. El supuesto es distinto al de inmuebles usurpados, locados o entregados en comodato, casos que no implican que no se pueda entregar la posesión reconociendo que ella no es un hecho sino el ánimo de dueño o comportamiento como titular del derecho real, como lo aclara el art. 1909 CCyC, que la posesión puede encontrarse en poder de quien no es el propietario. Es posible que el vendedor ceda el derecho a reivindicar en su caso. Entendemos que si hay contrato de donación (oferta y aceptación) sin entrega de posesión y por tanto, sin transmisión dominial, el acto no tiene vocación registral. Sólo podrá requerirse una vez acreditado el vencimiento del plazo (fallecimiento del donante) y la toma de posesión por el donatario.

Cambio de ley aplicable al régimen patrimonial del

Una nueva incumbencia notarial

Rodolfo Vizcarra

“En el supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino.”

Parte pertinente del art. 2625 CCyC

SUMARIO. I. Introducción. II. Los casos. Principales problemas. III. Régimen del Código Civil y Comercial de la Nación. IV. Antecedentes del cambio de ley aplicable. V. Cambio implícito de régimen patrimonial del matrimonio por cambio de ley aplicable. VI. Publicidad del cambio de ley aplicable. VII. Reconocimiento internacional del acto notarial. VIII. ¿Cambio tácito de estatuto? IX. Modelo de escritura de opción de aplicación de ley argentina y simultánea opción por régimen patrimonial de separación de bienes. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) consagra en su Libro II, Título II, la posibilidad de la opción por un régimen patrimonial del

* Trabajo galardonado con el primer premio en el marco de la 39 Jornada Notarial Bonaerense, realizada en Mar del Plata entre el 25 y el 28 de noviembre de 2015. Corresponde al tema 7.

matrimonio distinto al régimen supletorio de comunidad. En efecto, los futuros cónyuges, así como los cónyuges consumados, podrán optar por el régimen de separación de bienes. Dicha opción deberá efectuarse en determinada oportunidad, con ciertos requisitos y limitaciones que impone el derecho interno argentino¹.

Ahora bien, esta no es la única nueva opción que habilita el CCyC en relación al régimen de bienes del matrimonio, sino que en su Libro VI, consagra otra libertad hasta ahora desconocida para nuestro ordenamiento jurídico y con efectos que proyectan un vasto campo de aplicación, motivando un robusto debate en el derecho comparado e internacional referente a las numerosas variables que deben ser tenidas en cuenta por los cónyuges, los juristas y, especialmente, el notario. Esta es la posibilidad de cambiar el derecho aplicable al régimen patrimonial del matrimonio extranjero², optando por la aplicación del estatuto argentino. Ello, a su vez, puede (y suele) implicar un cambio del régimen patrimonial del matrimonio, como se verá más adelante.

Esta nueva posibilidad genera una sustancial incumbencia del notariado argentino, ya que dicha opción debe “constar en instrumento público”, debe tener efectos registrales internacionales e implica una necesaria solución a un problema que sin dudas se volverá frecuente en la labor del notario argentino: la cuestión de la inmutabilidad del estatuto patrimonial del matrimonio extranjero.

Finalmente, nos parece importante advertir que los problemas que pueden suscitarse por cambio de estatuto del régimen patrimonial del matrimonio son sumamente numerosos y un tratamiento acabado que contemple las múltiples hipótesis y aristas requeriría una obra mucho más extensa que el presente artículo. Este modesto trabajo, sólo se propone resaltar las cuestiones capitales que merecen ser tenidas en cuenta por el notario argentino en su quehacer cotidiano y sobre las cuales entendemos que aun no se ha puesto el foco.

II. LOS CASOS. PRINCIPALES PROBLEMAS

Como herramienta ilustrativa y punto de partida, tomaremos un caso referencial bastante usual:

“Una pareja (de cualquier nacionalidad) casada en Bolivia, y con primer domicilio conyugal allí, detenta un régimen de sociedad conyugal inmutable,

1 Arts. 446, 449 y conc. CCyC.

2 A los efectos exclusivamente patrimoniales, entendemos aquí por matrimonio extranjero a aquel cuyo primer domicilio conyugal no se encuentra situado en territorio argentino.

tal como existía en el régimen del Código Civil argentino hoy derogado. Luego dicha pareja muda su domicilio a la República Argentina y, tras varios años de arraigo en el país, entienden que el régimen de sociedad conyugal no les resulta conveniente y pretenden cambiar al régimen de separación previsto en los arts. 505 y sgts. del CCyC. Los cónyuges interesados en el cambio de régimen consultan a su escribano sobre la posibilidad de instrumentar la escritura de cambio de régimen prevista en el art. 449 CCyC”.

Ante tal situación el notario debe preguntarse: 1º) ¿cuál es la ley aplicable al cambio de régimen patrimonial del matrimonio?; 2º) si el cambio de régimen patrimonial no está permitido por el derecho aplicable, ¿los cónyuges podrán igualmente cambiar el derecho aplicable al régimen de bienes?; 3º) ¿se reconocerá este cambio en el extranjero?; y 4º) en cualquier caso, ¿cuáles son las formalidades y efectos registrales que debe tener el cambio de derecho aplicable en el plano internacional?

III. RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Concretamente, el art. 2625 del CCyC regula lo relativo al derecho aplicable a los regímenes disponibles sobre los bienes de los cónyuges, sus efectos, su mutabilidad o inmutabilidad³, la extensión de la autonomía de la voluntad y en general, todo lo relativo a la ley aplicable a la sección analítica del régimen patrimonial del matrimonio. Manteniendo coherencia con el régimen contractual prioriza la autonomía de la voluntad y determina que la ley aplicable a las convenciones prematrimoniales se regirán por el primer domicilio conyugal y aquellas celebradas entre cónyuges se regirán por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración.

Luego ratifica el criterio preexistente y supletorio determinando que, “... en defecto de convenciones matrimoniales, *el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal*”. El artículo continúa con la clásica excepción real: “Todo ello, excepto en lo que siendo de estricto carácter real,

3 Ver G. DROZ George A. L. *Répertoire international Dalloz*, Vº *Régimes matrimoniaux*, 1998, nº 130 y sgts.; Batiffol, H. y Lagarde, P. *Droit international privé*, nº 630; Wiederkehr G. “*Problèmes de actualité en matière de droit international privé des régimes matrimoniaux*”, 18 de mayo de 1988, “*Travaux du comité français de droit international privé*”, 1987-1988, Ed. CNRS, 1989, págs. 223 y sgts. Está consensuado en doctrina y jurisprudencia (abundante en el extranjero) que a la mutabilidad o inmutabilidad del régimen patrimonial del matrimonio se le aplica la misma ley que a la sección analítica del régimen de bienes del matrimonio.

está prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes”⁴. Hasta aquí no hay mayores innovaciones ni cambios de rumbo: se ratifica el principio general que ya contenía el Código Civil⁵ y los tratados de Montevideo⁶. Aquí estimamos oportuno comentar que, a pesar de que desde hace más de cien años nuestro derecho adoptó y continuó ratificando la regla de que la ley aplicable al régimen patrimonial del matrimonio es la del primer domicilio conyugal, aun hoy observamos que los notarios no siempre tenemos del todo presente esta regla ni sus implicancias⁷.

4 En GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, editorial Abeledo Perrot, décima edición actualizada por Perugini Zanetti, Alicia M., Buenos Aires, 2009, pág 393. Aquí no debemos incurrir en el grave y común error de entender que todo asunto relacionado con derechos reales excluye la aplicación del derecho extranjero. Ello sólo ocurrirá en relación a los aspectos prohibitivos de “estricto” carácter real. Werner Goldschmidt con total claridad ilustra que, conciente del método analítico, el estricto carácter real abarca la disponibilidad abierta o cerrada de derechos reales, los efectos del derecho real y el modo de adquisición (tradición, accesión, apropiación, etc.), entre otros aspectos, pero no el título que da causa al acto dispositivo del derecho real (compraventa, donación, legado, etc.). Así detalla: “Si, por ejemplo, se declara que la propiedad sobre un inmueble se rige por el derecho del país de su situación, se desea establecer que este derecho señalará qué extensión tiene el derecho de propiedad y cuáles son los modos de adquirirlo, verbigracia, si hace falta entrega de posesión, si ésta se presume habiendo escritura pública y, sobre todo, si es necesaria una inscripción en el Registro de la Propiedad y qué alcance reviste. La norma no concierne, en cambio, a las capacidades de derecho y de hecho para llevar a efecto contratos dispositivos, y menos aun causales. Tampoco enfoca la forma del contrato dispositivo; pero ya sabemos que la ley de la situación indicará la necesidad o la exención de una forma. *La norma no se refiere en absoluto, por último, al contrato causal, por ejemplo, la compraventa*, en virtud del cual el enajenante está obligado a realizar el modo” (el resaltado es nuestro).

5 Art. 163 Código Civil argentino, hoy derogado.

6 Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940: “Art. 16. - 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”. “Art. 17. - El cambio de domicilio no altera la ley competente para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio”.

7 Por ejemplo, es usual que se desoiga el derecho aplicable cuando nos referimos a asentimiento conyugal. En este sentido, se sostiene que: “...cada vez que un notario, registro inmobiliario o registro automotor, efectúen una disposición o gravamen de un inmueble o mueble registrable deberán preguntarse por el derecho aplicable al régimen de bienes, o sea, dónde estuvo el primer domicilio conyugal, antes de mencionar el asentimiento según los términos del artículo 1277 del Código Civil, porque tanto exigirlo cuando no corresponde, como no exigirlo cuando se debiera, serán mala práctica profesional...”. Con el Código Civil la postura territorialista encontraba cierto basamento en el art. 10, el que W. Goldschmidt diagnosticó con “elefantiasis” por la notable y desmedida desestimación del método analítico. Esta postura perdió fuerza con la reforma del art. 163 del Código Civil. Feliz y finalmente, dicho régimen supuestamente exorbitante del art. 10 del CC no halla recepción ni equivalencia en el nuevo CCyC. Sin perjuicio de ello, debemos dejar aclarado que el asentimiento conyugal requerido para la disposición de la vivienda familiar sí se rige por la *lex rei sitae* conf. art. 2599 CCyC (normas de policía). Cita de GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*.

Entonces, este principio importa que la mutabilidad del régimen patrimonial del matrimonio y las condiciones de su procedencia, se regirán por el derecho del primer domicilio conyugal. Por ello, *si la ley del primer domicilio conyugal consagra la inmutabilidad del régimen patrimonial del matrimonio*⁸, *cualquier convención de cambio de régimen celebrada por los esposos será nula*⁹ conforme tal derecho; a *contrario sensu*, si el derecho aplicable permite el cambio de régimen, tal cambio será válido, pero siempre deberá efectuarse en los términos del derecho aplicable, independientemente del domicilio conyugal actual¹⁰, del lugar de celebración y de la nacionalidad de las partes.

Tan es así que si un matrimonio francés domiciliado en Argentina desea cambiar de régimen patrimonial del matrimonio, no bastará con la simple convención del art. 449, sino que dicho acuerdo se regirá por el derecho francés, el que deberá ser aplicado por el notario argentino. En este caso, luego de la instrumentación, el notario deberá cumplir con las publicaciones de edictos que manda el derecho aplicable y, eventualmente, un juez argentino deberá homologar dicho acuerdo, conforme manda el derecho aplicable francés, en consonancia con las normas argentinas de jurisdicción internacional e incluso procurando la observancia de las normas imperativas de aplicación inmediata francesas, de acuerdo con el nuevo art. 2599 CCyC.

Por lo tanto, si el derecho del primer domicilio conyugal no permite el cambio de régimen, el posterior cambio de domicilio por sí solo no habilita tal cambio. El matrimonio boliviano del ejemplo se hallaría “encerrado” en el régimen de sociedad conyugal. Este es el llamado problema de la *permanence du rattachement*¹¹ o inmutabilidad del estatuto. Y decimos que es un problema porque lo es tanto en la faz normológica como en la sociológica y dikelógica, ya que en muchos casos mantiene al matrimonio ligado a un régimen con el cual ya ha perdido todo tipo de contacto, no se adapta a sus necesidades, a su

-Colaboración de J. D. Paladino-, pág 456. Editorial Abeledo Perrot. Décima edición actualizada por Perugini Zanetti, Alicia M. Buenos Aires, 2009.

8 Tal como lo hacía el derecho argentino hasta el 1º de agosto de 2015.

9 Para ser precisos, si la consecuencia de la inobservancia es la nulidad, la inexistencia u otros efectos dependen del derecho aplicable conforme al derecho internacional privado argentino; es decir, el del primer domicilio conyugal. En tal caso, el acto también será nulo para el ordenamiento jurídico argentino, pero no por regulación material y directa de este, sino por aplicación indirecta del derecho extranjero mediante norma de conflicto (art. 2625, segundo párrafo).

10 Ya en el derogado Código Civil argentino se sostenía que: “...el cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio” (art. 163 CC).

11 REVILLARD, Mariel. *Droit International Privé et Communautaire. Pratique Notariale*, editorial Defrénois, séptima edición, N° 388, París, 2010, pág. 204.

modo de vida ni tiene relación con su idiosincracia. Simplemente corresponde al primer domicilio conyugal. Y el problema, como veremos, aun persistirá en casos en los que el derecho del nuevo domicilio conyugal admita el cambio del estatuto, ya que aun así, podremos tener inconvenientes para lograr el reconocimiento internacional de tal mutación de la ley llamada a regir los bienes del matrimonio. Ello, lejos de morigerarse, se agrava cuando adicionamos la cuestión sucesoria, la que generalizadamente se regirá por el domicilio del causante y/o por el lugar de situación de los bienes, con los inconvenientes propios de la falta de coincidencia del derecho aplicable a ambos aspectos: el régimen patrimonial y el sucesorio.

Para dar una parcial y razonable solución a esta situación, el mentado art. 2625 contiene un tercer párrafo, que reza: "En el supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino. El ejercicio de esta facultad no debe afectar los derechos de terceros".

Aquí entonces tenemos una innovación en la letra de nuestro derecho: el derecho aplicable al régimen de bienes es un estatuto mutable, a opción de los cónyuges, y siempre que hayan mudado su domicilio a la república. Ello no importa necesariamente un cambio del régimen patrimonial del matrimonio, sólo regula el cambio de estatuto, es decir, de la ley aplicable. En el ejemplo dado, el matrimonio boliviano podrá elegir regirse por el derecho argentino, pero si a eso sólo se limita su opción, no tendrá mayores efectos en el plano patrimonial. Pasarán de la sociedad conyugal boliviana al régimen de comunidad argentino. Pero claro que, una vez regidos por el derecho argentino, podrán hacer uso de la opción del art. 449 CCyC y mutar al régimen de separación.

Por lo expuesto, notamos que en la mayoría de las hipótesis previsibles la escritura de cambio de ley aplicable (art. 2625) será simultánea a aquella del cambio de régimen patrimonial del matrimonio (art. 449).

IV. ANTECEDENTES DEL CAMBIO DE LEY APLICABLE

El principio de mutabilidad del estatuto del régimen patrimonial del matrimonio que inspira el tercer párrafo del art. 2625 tiene su antecedente principal de derecho comparado en el artículo sexto de la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales del 14 de marzo de 1978: "Art. 6.- Los cónyuges podrán, durante el matrimonio, someter su régimen matrimonial a una ley interna distinta de la que era aplicable hasta entonces. Los cónyuges sólo podrán designar una de las leyes siguientes: 1. la ley de un Estado del que uno de los cónyuges tenga la nacionalidad en el momento de

dicha designación; 2. la ley del Estado en cuyo territorio uno de los cónyuges tenga su residencia habitual en el momento de dicha designación. La ley así designada se aplica al conjunto de sus bienes. Sin embargo, hayan procedido o no los cónyuges a la designación prevista por los párrafos precedentes o por el art. 3, podrán designar, en lo que concierne a los inmuebles o a algunos de entre ellos, la ley del lugar en que dichos inmuebles estuvieren situados. Podrán igualmente prever que los inmuebles que se adquieran con posterioridad quedarán sometidos a la ley del lugar de su situación.”¹²

De tal fuente, la *lege ferenda* pasó al proyecto de WERNER GOLDSCHMIDT de Código de Derecho Internacional Privado de 1974 y al proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 del Ministerio de Justicia de la Nación. No debemos olvidar, que ya en el tratado de Montevideo sobre derecho civil de 1889 la ley aplicable no era mutable pero sí elegible por los futuros cónyuges antes de la celebración del matrimonio.

V. CAMBIO IMPLÍCITO DE RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO POR CAMBIO DE LEY APLICABLE

Como ya se ha visto, una cosa es cambiar el régimen de bienes del matrimonio y otra distinta es que cambie el derecho estatal que regula al mismo. Ahora bien, debemos tener presente que *un cambio de ley aplicable puede generar automáticamente un cambio de régimen patrimonial del matrimonio*. Por ejemplo, si a un matrimonio que se ha casado bajo la ley inglesa se le aplica supletoriamente un régimen de separación de bienes, al optar por la aplicación del derecho argentino, sin más, se le aplicará el régimen supletorio de comunidad. En tal caso, la simple opción de ley aplicable acarrea un cambio de régimen patrimonial.

Pero notamos que para el cambio de ley aplicable no existen las limitaciones previstas en el art. 449 del CCyC, tal como el año mínimo de duración del régimen de bienes preexistente. Entonces nos preguntamos: ¿podemos cambiar de ley aplicable al régimen de bienes cuando todavía no transcurrió el año previsto en el art. 449. Buscando una interpretación armónica de los arts. 449 y 2625 entendemos que la opción por aplicación del derecho argentino puede hacerse en cualquier momento, aun cuando no haya transcurrido el año y aun cuando dicha opción acarree un cambio tácito de régimen. Pero el cambio de ley aplicable no podrá ir acompañado por la opción de cambio de régi-

12 Países ratificantes a la fecha: Francia, Luxemburgo y Países Bajos.

men (art. 449) cuando el régimen patrimonial anterior (aun extranjero) no haya cumplido un año. En este mismo sentido, cuando la opción de ley aplicable (art. 2625) acarrea un cambio de régimen y los contratantes, pudiendo hacerlo, no acuerden en simultáneo la opción de cambio de régimen (art. 449), también tendrán que esperar un año para cambiar al régimen de separación ya que se les aplicará, desde el cambio de estatuto, el régimen argentino en forma plena. De esta manera entendemos que se armoniza la finalidad¹³ que esgrimen ambas normas. Se mantiene la restricción de la mutabilidad errante del régimen patrimonial del matrimonio prevista en el art. 449 y se posibilita la adaptación del derecho aplicable a las reglas del domicilio conyugal actual cuando así lo acuerden ambos cónyuges¹⁴.

VI. PUBLICIDAD DEL CAMBIO DE LEY APLICABLE

Entendemos que el cambio de régimen patrimonial del matrimonio extranjero así como el cambio de ley aplicable se anotan marginalmente en el *acta de matrimonio del lugar en donde ésta se asiente* (en el extranjero) y en la sección de "extraña jurisdicción" o "anexo civil" del *domicilio actual de los cónyuges* y de las jurisdicciones *donde se pretenda hacer valer* dicho cambio¹⁵. En caso de que el matrimonio no se halle inscripto en los libros locales de extraña jurisdicción, concluimos en que no es necesaria la ulterior publicidad del cambio de estatuto ya que en cuanto a terceros, dicho matrimonio ni siquiera se halla inscripto localmente y el cambio de estatuto les resultaría inocuo. Por ello no existe, en tal caso, posibilidad de información errónea por parte del registro civil, ya que ni siquiera tendría registrada la partida de matrimonio original.

En cuanto a los bienes inmuebles, deberá anotarse en las correspondientes matrículas del lugar de situación cuando hayan actos partitivos o en los que el cambio de régimen tenga vocación registral según las reglas de cada registro.¹⁶ En tal caso, por aplicación del art. 2667 segundo párrafo del CCyC

13 Conf. arts. 1º y 2º CCyC.

14 REVILLARD, Mariel. Ob. cit., pág. 171. Esta solución también es conteste con la doctrina mayormente observada en Europa, que sostiene una clara independencia entre los recaudos propios del cambio de ley aplicable y aquellos del cambio del régimen matrimonial. Por ejemplo, para el derecho francés, el cambio de ley aplicable no requiere mayores requisitos que nuestro art. 2625 (acuerdo por escritura pública); pero para el cambio de régimen matrimonial exige la homologación judicial del acuerdo (también por escritura pública) de los cónyuges cuando hay oposición de terceros.

15 Solución semejante contiene el derecho francés: *Code de Procédure Civile*, arts. 1303 y 1304.

16 Conforme al art. 36 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, 1940.

(anterior art. 1211 CC) entendemos que el acta notarial extranjera que instrumenta el cambio deberá, previa legalización y traducción (si corresponden), ser protocolizada en un registro notarial de la jurisdicción del registro inmobiliario en cuestión, para que luego el notario local pueda rogar su inscripción dando cumplimiento a los recaudos fiscales correspondientes. Si el caso es inverso, y el acto autorizado por el notario argentino tiene vocación registral en el extranjero, éste deberá procurar o hacer procurar la registración en el extranjero, tal como ocurre actualmente con las escrituras interprovinciales o de extraña jurisdicción (*mutatis mutandi*).

En todo caso, el cambio de régimen de bienes o de ley aplicable al mismo será oponible frente a aquellos que conozcan por otros medios dicho cambio o cuando los cónyuges hayan declarado tal modificación en los actos que celebren con terceros. Ello surge de los arts. 448, 1893, 2649 y conc. del CCyC. En este sentido, el art. 1397-6 del *Code de Procédure Civile* francés regla: ... *en l'absence d'accomplissement de ces formalités (de publicidad), le changement de régime matrimonial est opposable aux tiers si dans les actes passés avec eux, les époux ont déclaré avoir modifié leur régime matrimonial.*

Sobre la registración del régimen de bienes de los matrimonios extranjeros que se arraigan en la Argentina se ha sostenido que: "En materia de capitulaciones, sería deseable crear un registro que -sin afectar la validez de las convenciones matrimoniales- ampare a los terceros al permitirles conocerlas. En orden a esta protección habrían de inscribirse también todos los regímenes de bienes regulados por un derecho extranjero de los matrimonios domiciliados en la Argentina. Es decir, siempre que no les sea aplicable el régimen legal argentino. En este aspecto, podría servir de modelo el 'Registro de Regímenes de Bienes en el Matrimonio' del Código Civil Alemán (Enneccerus: Kipp Wolf, *Derecho Civil*, T. IV, Bosch, pág. 286)"¹⁷.

VII. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DEL ACTO NOTARIAL

Para analizar la cuestión del reconocimiento en el extranjero, debemos distinguir dos cuestiones: a) el reconocimiento del cambio de régimen matrimonial; y b) el reconocimiento del cambio de ley aplicable al régimen patrimonial del matrimonio.

En el primer caso, está claro que si el derecho aplicable (del primer domicilio conyugal) permite la mutación de régimen, ello ocurre de conformidad con dicho derecho aplicable y se da cumplimiento a los recaudos formales y

¹⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. Ob. cit., pág. 454.

registrales¹⁸. Dicho cambio de régimen deberá ser reconocido en el Estado del primer domicilio conyugal, así como en cualquier otro sistema jurídico relevante para el caso y que tenga una norma de conflicto coincidente (que aplique la ley del primer domicilio conyugal). Es decir, deberá reconocerse en el lugar donde se celebra el cambio de régimen, en el domicilio actual de los cónyuges y en los lugares donde tenga bienes el matrimonio.

En la misma línea, si el derecho aplicable no permite el cambio de régimen, el acuerdo de opción será nulo para el derecho aplicable (si esta es la consecuencia que tal derecho le atribuye) y derivadamente nulo para el derecho argentino, por aplicación del derecho extranjero mediante norma de conflicto. Por lo cual, en términos estrictos no estaríamos siquiera hablando de reconocimiento, ya que para que el mismo opere debe haber un acto que sea considerado válido en al menos un ordenamiento jurídico.

Distintas son las soluciones al problema que plantea la cuestión relativa al reconocimiento internacional del cambio de ley aplicable al régimen de bienes del matrimonio. Si la ley aplicable originaria habilita el cambio de estatuto en términos semejantes a nuestro art. 2625, dicho cambio deberá ser reconocido por el derecho originariamente aplicable y podrá surtir efectos en relación a todo el patrimonio de los cónyuges. Pero si dicho derecho de origen (el boliviano en nuestro ejemplo), no recepta la mutabilidad de la ley aplicable, dicho cambio será válido y tendrá plenos efectos en la Argentina (art. 2625) y en todos los sistemas que toleren el cambio de ley aplicable¹⁹, pero, en principio, no será reconocido por el derecho originalmente llamado a regular el régimen de bienes del matrimonio. En este caso, el derecho boliviano no reconocerá el cambio de ley aplicable y mantendrá el régimen de sociedad conyugal para todos los bienes que se hallen en su órbita de eficacia (principalmente bienes sitios en Bolivia).

VIII. ¿CAMBIO TÁCITO DE ESTATUTO?

Si el matrimonio extranjero realiza la opción del art. 449 y opta expresamente por la aplicación del derecho argentino, ¿podemos entender que hay

18 Debemos aclarar que el incumplimiento de recaudos registrales o de publicidad en general no acarreará un obstáculo en el reconocimiento, sino una inoponibilidad a terceros, salvo registros constitutivos y otras particularidades del derecho extranjero.

19 Todos los países miembros de la Convención de La Haya de 1978 y próximamente todos los países de la Unión Europea a los que se les aplique el Reglamento Roma IV, entre otros.

una opción tácita por la aplicación de este último derecho?

No debemos dejar de resaltar que para nuestro nuevo régimen de mutabilidad del estatuto que rige los bienes de los cónyuges *la causa para dicho cambio no radica en el cambio de domicilio, sino que la misma opera por el acuerdo de los miembros de la unión matrimonial*. El cambio de domicilio es un requisito, un presupuesto, para que dicho acuerdo pueda celebrarse y surtir los efectos deseados. Pero de ninguna manera debe entenderse que el cambio de estatutos es automático, como ocurre con el estatuto que rige la capacidad de las personas humanas (art. 2616 CCyC). Por ello, lo que debemos preguntarnos cuando nos planteamos la posibilidad de un cambio tácito de ley aplicable es si en el caso, existe un acuerdo tácito de opción por aplicación del derecho argentino.

El 28 de enero de 2015, la Corte de Casación Francesa se pronunció a favor de la elección tácita de los cónyuges por la aplicación de la ley francesa en un caso en que la pareja casada en Afganistán en 1974 había migrado a Francia tres años después, en donde consolidaron su familia, ejercieron sus profesiones, adquieren la nacionalidad francesa y compraron un inmueble. Concretamente, y en un fallo con disidencias, la corte indicó que por las circunstancias obrantes en la causa debe entender que los contrayentes "... han manifestado su voluntad de someter su régimen matrimonial al régimen legal francés"²⁰.

Consideramos que existe la posibilidad de que la elección de derecho aplicable opere en forma tácita, pero para que ello ocurra, la opción debe surgir de forma clara e indubitable del acto y el mismo debe pasar en instrumento público. El caso más usual estaría dado por un matrimonio extranjero que opta por el régimen de separación, indicando expresamente que lo hace en los términos del art. 449 del CCyC. Creemos que para que el cambio de estatuto opere en forma tácita, debe estar expresa la mención de la fuente legal argentina²¹, ya que de lo contrario debe interpretarse que el matrimonio extranjero está optando por un régimen de separación de bienes del derecho aplicable extranjero.

IX. MODELO DE ESCRITURA DE OPCIÓN DE APLICACIÓN DE LEY ARGENTINA Y SIMULTÁNEA OPCIÓN POR RÉGIMEN PATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES

20 *Cour de Cassation, chambre civile 1, Audience publique du mercredi 28 janvier 2015, N° de pourvoi, 14-11273: "...la cour d'appel en a souverainement déduit, par motifs propres et adoptés, qu'ils avaient manifesté leur volonté de soumettre leur régime matrimonial au régime légal français"* (<http://www.legifrance.gouv.fr/>).

21 Esto configura el milenarísimo instituto de la *professio iuris*, o expresión del derecho que se le debe aplicar a la relación.

A continuación presentamos una propuesta de partes pertinentes de una escritura de opción por aplicación del derecho argentino al régimen patrimonial del matrimonio en los términos del art. 2625 CCyC y una simultánea elección del régimen de separación de bienes del art. 449 CCyC. El texto sugerido toma como presupuesto el caso del matrimonio boliviano planteado como guía en este trabajo.

ESCRITURA NÚMERO ... OPCIÓN POR APLICACIÓN DEL DERECHO ARGENTINO AL RÉGIMEN DE BIENES DEL MATRIMONIO y MODIFICACIÓN DE RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO.- En la Ciudad y Partido de la Plata ... *(No se presentan particularidades en el encabezamiento, comparecencia ni intervención de las partes)* Requieren que dé forma notarial a sus declaraciones que interpreto y redacto en los capítulos siguientes: CAPÍTULO I. OPCIÓN POR APLICACIÓN DEL DERECHO ARGENTINO AL RÉGIMEN DE BIENES DEL MATRIMONIO. PRIMERO: los comparecientes declaran que el 01 de mayo de 1985 se casaron entre sí, en sus primeras nupcias, en la Ciudad de Sucre, Departamento de Chuquisaca, actualmente Estado Plurinacional de Bolivia, estableciendo en dicho lugar su primer domicilio conyugal y adoptando para su unión el régimen de bienes de la sociedad conyugal en los términos y extensión atribuida por el derecho boliviano. Continúan indicando que en el año 1992 mudaron su domicilio conyugal a la República Argentina, donde se encuentran asentados desde aquel entonces²². SEGUNDO: los comparecientes, de común acuerdo, optan por la aplicación de la ley argentina al régimen patrimonial de su matrimonio, conforme al art. 2625 tercer párrafo, del CCyC. TERCERO: CAPÍTULO II. PRIMERO: por aplicación del derecho argentino y en los términos del art. 449 del CCyC, los cónyuges requirentes convienen la elección del régimen de separación de bienes, previsto en el art. 505 y subsiguientes del CCyC. SEGUNDO: que por el cambio de régimen operado, acuerdan que los bienes gananciales del matrimonio quedan en estado de indivisión postcomunitaria, cuya administración y disposición se registrará por lo dispuesto en los arts. 482 y concordantes del CCyC hasta su partición, aun para los bienes sitios en el extranjero.- CAPÍTULO III. DISPOSICIONES COMUNES. PRIMERO: los

22 Entendemos que, en estos casos, debe acreditarse un domicilio en la Argentina y la existencia del matrimonio para dar cumplimiento a lo exigido por el art. 2625. Bien puede relacionarse en las constancias notariales, aunque también entendemos que puede dejarse establecido en la comparecencia por razones de economía instrumental. No es necesario que el primer domicilio conyugal sea acreditado en este acto, ya que cualquiera fuere el mismo, se está desestimando el estatuto original y adoptando (mediante aplicación de una norma unilateral) el estatuto patrio. Consideramos que no es necesario que el matrimonio se halle judicialmente reconocido en la Argentina ni inscripto en los libros de extraña jurisdicción de los registros locales de las personas.

requerentes declaran aceptar que el cambio de estatuto aquí operado puede no ser reconocido ni surtir efectos en el extranjero. SEGUNDO: los requerentes asumen la carga de inscribir la presente en los correspondientes registros de estado civil²³ y patrimoniales del extranjero, así como cualquier otra medida de publicidad que deba tener lugar fuera de la Argentina, relevando al autorizante de tal gestión. TERCERO: Los cónyuges requerentes se comprometen a realizar las gestiones administrativas y judiciales necesarias para procurar la correspondiente inscripción marginal en el acta de matrimonio transcrita en el Libro de "Extraña Jurisdicción" del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, donde se halla inscripto su matrimonio²⁴. CONSTANCIAS NOTARIALES: A) de los DNI de los comparecientes surge que se hallan domiciliados en la Argentina. B) Con el correspondiente certificado de matrimonio se acredita la celebración de la unión. El mismo se exhibe en original legalizado²⁵ y en copia certificada se agrega a la presente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTMERE SIGLER, MARÍA ISABEL. "Régimen Patrimonial del Matrimonio en el Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial", 39 Convención Notarial, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 31 de octubre, 1º al 2 de noviembre de 2012, Tema 1.
- BASSET, ÚRSULA CRISTINA. "Modificaciones al régimen económico del matrimonio en el proyecto", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial, vol. 2012-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2013.
- BOGGIANO, ANTONIO. *Derecho Internacional Privado. Teoría General. Derecho Procesal Civil Internacional. Derecho Civil Internacional*, Tomo I, Editorial Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.
- BUERES, ALBERTO J. *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concor-*

23 Deberá realizarse la anotación marginal en el acta de matrimonio de origen.

24 Tomamos como presupuesto que el matrimonio extranjero se halla inscripto en el Registro de las Personas, en el Libro de Extraña Jurisdicción, en el caso de la Provincia de Buenos Aires (ver título VIII de la ley N° 14.078 de la provincia de Buenos Aires, reglamentado por decreto N° 2047/2011). En tal caso, el cambio de régimen debe inscribirse al margen de la anotación principal de extraña jurisdicción. Dicha inscripción requiere la intervención judicial en la provincia de Buenos Aires, por ello no puede estar a cargo del escribano. En este ejemplo no tenemos efectos reales de vocación registral inmobiliaria, razón por la cual la presente no se inscribe en dicho registro inmobiliario.

25 El documento deberá estar adecuadamente legalizado y/o apostillado. En el caso de Bolivia, a la fecha no ha ratificado la Convención de La Haya de 1961 sobre supresión de legalizaciones de documentos públicos extranjeros (apostilla de La Haya), por lo que deberá procederse a la legalización por reglamento consular.

Congresos y Jornadas

- dado*, dirigido por Alberto J. Bueres, Hammurabi, Buenos Aires, 2014.
- CALÓ, EMANUELE. *La planificación patrimonial internacional del derecho de familia y de sucesiones*, Fundación Editora Notarial, La Plata, 2014.
- GOLDSCHMIDT, WERNER. *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, Editorial Abeledo Perrot, décima edición actualizada por Perugini Zanetti, Alicia M., Buenos Aires, 2009.
- REVILLARD, MARIEL. *Droit international privé et communautaire. Pratique notariale*, 7^e ed., Editorial Defrénois, París, 2010.
- RIVERA, JULIO CÉSAR. *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- RAUCENTL y LELEUY. *Les régimes matrimoniaux: les droits et devoirs des époux*, Bruselas, Larcier, 1997.
- VAQUERO LÓPEZ, C. "Anuario español de derecho internacional privado", VI, Iprolex, Madrid, 2006.

La sociedad anónima unipersonal en la ley general de sociedades*

Gabriela Gullo
Matías Lamonega

SUMARIO. I. Introducción. II. Antecedentes. III. Su recepción en el derecho comparado. IV. Regulación en la LGS. V. Consideraciones finales. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizaremos una de las tantas reformas introducidas por la ley N° 26.994, que en materia de “derecho mercantil” configura una de las innovaciones más esperadas: la denominada *sociedad unipersonal* o *sociedad de un solo socio*.

En rigor de verdad, el reconocimiento legal y su consecuente regulación son los que constituyen las novedades, ya que tanto doctrinaria como jurisprudencialmente es una discusión de larga data la recepción de la misma en el ordenamiento jurídico y la forma en la que finalmente se llevaría a cabo.

Esta posibilidad de que una sola persona -sea humana o jurídica- esté legitimada a desarrollar actividades a través de una estructura jurídica que no

* Trabajo galardonado con el segundo premio en el marco de la 39 Jornada Notarial Bonaerense, realizada en Mar del Plata entre el 25 y el 28 de noviembre de 2015. Corresponde al tema 3.

involucre su patrimonio personal ha sido un tema discutido hasta el cansancio, existiendo siempre posiciones disímiles entre los autores. Entre las ya conocidas doctrinas negatorias de la posibilidad de un empresario individual de responsabilidad limitada, se destacan aquellos que sostienen una perspectiva clásica al referir que la sociedad es un contrato y por consecuencia requiere como mínimo de dos contrayentes. Por otro lado, otros autores adhieren a la teoría tradicional francesa de que el patrimonio es universal y único que pertenece a un solo titular, por lo tanto no puede existir más de un patrimonio, ya que al dar nacimiento a patrimonios de afectación se menosprecia el concepto de patrimonio elaborado por la doctrina francesa, que fue seguida por el propio VÉLEZ SANSFIELD.

Asimismo, es dable destacar que las concepciones anteriormente referidas se encuentran en la actualidad superadas. El debate acerca de la incorporación de las sociedades de un solo socio se acrecentaba a medida que se conocían proyectos legislativos que trataban el tema -finalmente nunca incorporado-, los antecedentes y las regulaciones del derecho comparado, la existencia de sentencias judiciales o de actos administrativos.

Sin adentrarnos en el análisis profundo de la temática, celebramos la incorporación de las sociedades anónimas unipersonales -en adelante, SAU- en la ley 19.550 -ley general de sociedades en lo sucesivo-, no obstante exponer nuestras discrepancias con la forma en la que finalmente se regularon. Igualmente y parafraseando a ANTONIO MACHADO podemos decir que “se hace camino al andar”, y es por ello que depositamos nuestra confianza en que la incorporación nos traerá más soluciones que dificultades, aunque dejamos sentado nuestros reparos al respecto.

II. ANTECEDENTES

Como sostuvimos preliminarmente, la idea de incorporar dentro de nuestro régimen legal a las sociedades de un solo socio u otros mecanismos a través de los cuales el empresario individual pudiese recurrir a organizaciones que le posibilitaran afectar parcialmente su patrimonio a la actividad comercial y limitar su responsabilidad, resulta algo que en el derecho comparado y en nuestro país se ha presentado con diversas acepciones desde hace largo tiempo.

Como cita VÍTOLO, doctrinariamente, la Comisión de Sociedades y Empresas Comerciales del Instituto de Derecho Comercial confió a WALDEMAR ARECHA la redacción de un anteproyecto para regular la empresa individual de responsabilidad limitada. ARECHA agrupó los diez puntos principales del sistema normativo bajo un título denominado “Empresa individual de responsabilidad

limitada”, tratándose en un debate público en 1943. Otros proyectos fueron los elaborados por ESTEBAN LAMADRID y por MIGUEL A. LANCELOTTI, asesor de la Cámara de Comercio.

Asimismo, desde el punto de vista legislativo, deben destacarse las iniciativas del año 1940 originadas por M. OSCAR ROSITO sobre “Empresa unipersonal de responsabilidad limitada”, que en veintiséis artículos seguía los lineamientos de la ley 11.645 que el congreso nunca trató. También existió otro proyecto presentado por FELIPE GÓMEZ DEL JUNCO que obtuvo media sanción del Senado en 1949, pero que nunca fue considerado por la Cámara de Diputados. Además, en 1989 se redactó un proyecto legislativo que propugnaba la creación de un régimen legal especial para la empresa individual de responsabilidad limitada, obteniendo un dictamen favorable de la Comisión de Legislación General del Congreso, proyecto que finalmente no prosperó.

Cabe destacar asimismo que tanto el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial sancionado por la ley 24.032 -vetado por decreto N° 2719/91- como los posteriores proyectos contemplaban la posibilidad de constitución de sociedades de un solo socio bajo los tipos de sociedades de responsabilidad limitada y sociedades anónimas, entre los cuales se destacan: el anteproyecto elaborado por la comisión creada por resolución N° 465/91 del Ministerio de Justicia; el proyecto de código unificado aprobado por la Cámara de Diputados en 1993 y nunca tratado por el Senado; el proyecto de código civil unificado redactado por la comisión creada por decreto N° 468/92; el proyecto de la comisión creada por decreto N° 685/95; y el anteproyecto de reforma a la ley de sociedades redactado por la comisión creada por resolución MJDH N°112/02¹.

III. SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

En este punto, desarrollaremos la recepción de las sociedades unipersonales (SU) o empresa individual de responsabilidad limitada (EIRL) en el derecho comparado. Cabe destacar que hasta la puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, nuestro país resultaba uno de los pocos países de Latinoamérica que no había regulado la sociedad unipersonal o la EIRL.

En Paraguay, por ejemplo, la “Ley del Comerciante” N° 1034/83, receptó a la empresa individual de responsabilidad limitada, otorgándole los siguientes caracteres:

- Toda persona física capaz de comerciar podrá establecer empresas in-

1 VÍTOLO, Daniel R. “La sociedad unipersonal. Idas y venidas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Derecho Privado, año 1, n° 2, págs. 165 a 193.

dividuales de responsabilidad limitada, asignándoles un capital determinado.

- Los bienes que formen el capital constituirán un patrimonio separado o independiente de los demás bienes pertenecientes a la persona física y estos a su vez deberán responder por las obligaciones de las empresas respectivas.

- Se llama "De responsabilidad limitada" porque el capital con el que se constituyó la empresa limita la responsabilidad de esta. En caso de dolo, fraude o incumplimiento de las disposiciones ordenadas en esta ley, el responsable de la empresa responderá ilimitadamente con los demás bienes de su patrimonio (art. 15, ley del comerciante).

Asimismo, en Panamá se legisló sobre las EIRL por la ley N° 24 de 1966, y se las limitó a las personas físicas. Exige además que se constituya por escritura pública con inventario de bienes aportados. Dispone también que las obligaciones contraídas por la EIRL son soportadas por su patrimonio que responde frente a terceros pero hasta su agotamiento, y su titular no contrae deudas que afecten su restante patrimonio aunque la limitación de la responsabilidad no es oponible en caso de fraude o de utilización de la empresa con fines ilícitos².

En rigor de verdad, los países que han legislado sobre las EIRL en sus diferentes acepciones son: Panamá -conforme se referenció anteriormente-, Costa Rica, El Salvador, Venezuela, Perú, Brasil y Chile. El caso de Uruguay resulta distinto, ya que se exigían dos socios al menos para constituir una sociedad, pero el decreto N° 355/1990 dispuso que la totalidad del capital accionario de las sociedades anónimas puede pertenecer a una sola persona física o jurídica, por lo que en los hechos recepta la sociedad anónima devenida en sociedad unipersonal por la concentración de acciones en una sola mano.

En efecto, Perú en 1976, Costa Rica en 1961 y Brasil incorporaron a la EIRL basada en la personalidad; El Salvador en 1970, y luego en 2009 modificó su Código de Comercio permitiendo a las empresas de responsabilidad limitada (ERL) sin personalidad; Panamá en 1966 y Paraguay en 1983, República Dominicana en 2008 y Venezuela en 2003, se basaron en el patrimonio de afectación. Colombia en 1955, por ley N° 222 reguló la empresa individual de responsabilidad limitada como patrimonio de afectación, aunque lo dotó de personalidad con el registro de la misma y en 2008 creó también la sociedad simplificada -SAS- permitiendo constituir la unipersonalmente. Chile en el año 2003 ha legislado sobre la empresa individual de responsabilidad limitada con personalidad jurídica pero como patrimonio de afectación. Por ello, como bien sostiene MARZORATI, existen dos modelos de recepción bien diferenciados:

2 MARZORATI, Osvaldo. "La sociedad unipersonal, la corporación y la legislación comparada", LL, 18/02/2015.

aquellos que le otorgan personalidad y además lo consideran un patrimonio de afectación, y aquellos que sólo la crearon como un patrimonio de afectación.

Por otra parte, en el año 2011 Brasil sancionó la ley N° 12.441 mediante la cual creó la empresa individual de responsabilidad limitada (EIRELI), constituida por una persona natural con un capital mínimo de 72.400 reales y prohibiendo que la persona física participe en más de una EIRELI. Permite el referido texto la adquisición o la concentración en un socio de todo el capital de una sociedad limitada, modificando su estatuto bajo el régimen de EIRELI, disponiendo que el socio sólo responda con su capital comprometido del pasivo de la sociedad, sin que se confunda con el patrimonio de su empresa, salvo caso de abuso de la personalidad jurídica aplicable a todos los tipos societarios y caracterizados por el desvío de la finalidad de la empresa o por la confusión patrimonial, previa decisión judicial que pueda extender los efectos de ciertas relaciones obligacionales a los bienes particulares de los socios o de los administradores de esa persona jurídica.

Por su parte, Portugal en 1986 dictó el decreto ley N° 248-86, que instituyó el establecimiento individual de responsabilidad limitada. La constitución del establecimiento se debe realizar por escritura pública e inscribirse en el registro público de comercio, siendo eficaz frente a terceros a partir de la publicación. Pero el principio de limitación de la responsabilidad tiene una limitación extrema, ya que se dispone que los acreedores por obligaciones ajenas a la explotación del establecimiento sólo pueden embargar al establecimiento como unidad y siempre que prueben la insuficiencia de otros bienes del deudor.

Párrafo aparte merece la recepción de las sociedades unipersonales en el *common law*. En este sentido, cabe destacar que la limitación de la responsabilidad fue un privilegio que se dio por el acto de la incorporación de una figura jurídica, la *corporation*, cuya principal razón era posibilitar la limitación de la responsabilidad al negocio emprendido si la regla era la no responsabilidad, que se castigaba con la prisión por deudas cuando una persona no podía solventarlas, lo que explica cuál era el riesgo del emprendedor -sostiene MARZORATI-. Es por ello que se permite que la *corporation* esté formada por una persona física o jurídica, sirviendo tanto para aislar la responsabilidad del único socio o del conjunto de socios. A decir verdad, la *corporation* es más que una sociedad, es una figura amplia que comprende a todo emprendimiento que dé nacimiento a una entidad legal diferente del que la incorporó, pero que incluye tanto a las sociedades cerradas -unipersonales o no-, y a las mismas *corporations* que acuden al mercado de capitales para financiar sus proyectos de inversión, o a simples asociaciones sin fines de lucro. La característica fundamental es la limitación de la responsabilidad como rasgo esencial y tipificante, porque su objeto no tie-

ne que ser único, las formas son flexibles y la *corporation* puede tener o no fin de lucro y darse su propia organización. Vale decir entonces, que la limitación de la responsabilidad no es sólo para las grandes empresas, sino que es una forma de emprendimiento apta para que los empresarios individuales cuenten con una herramienta que en el resto del mundo sólo pueden disponer mediante recursos indirectos, como los prestanombres.

La regulación de las *corporations* trajo alivio al pequeño empresario, porque en caso de no constituir una *corporation*, la responsabilidad del empresario o de una asociación de dos empresarios -no incorporados- constituye un *partnership* y esta figura o la del comerciante individual tienen responsabilidad limitada. En los Estados Unidos y en el mundo del *common law* se legislaron dos categorías bien diferenciadas: la de aquellos entes que gozaban de la limitación de responsabilidad por imperio del rey, luego del parlamento; y la de aquellos como la *partnership*, en los que sus miembros respondían con todos sus bienes. De lo cual se desprende que la distinción se basa en la limitación o no de la responsabilidad, que es la única tipología caracterizante³.

Más de un siglo después, para solucionar el problema de las *partnerships* empleadas por los pequeños comerciantes o emprendimientos familiares, el legislador americano creó en 1983 las *limited partnerships*, similares a las en comandita, con dos tipos de socios; y las *limited liability partnerships companies*, en las que todos los socios tenían responsabilidad limitada -tomada del derecho europeo-, destinada a proteger y aislar la responsabilidad de los pequeños empresarios y las sociedades cuentapropistas sobre las que recaía la responsabilidad ilimitada que les permitía sobrellevar el fracaso de sus pequeños emprendimientos además de que, como beneficio, tenían transparencia fiscal, ya que si los resultados de la explotación se atribuían directamente a los socios, la personería jurídica de ambas *partnerships* era transparente. Finalmente en el año 1992 se creó la *limited liability company act* una figura similar a la sociedad de responsabilidad limitada europea (SRL), con dos o más miembros -según cada estado-, administradas por un gerente, y respecto de los cuales los miembros no respondían por sus obligaciones y responsabilidades más allá del capital invertido, salvo disposición en contrario pactada.

La flexibilidad de la *corporation* es admirable, ya que comprende tanto las fundaciones, como buena parte de las asociaciones civiles o sociedades de ese carácter. La distinción primordial pasa por si tiene fines de lucro o no, pero ambas son *corporations* y en ambos casos la limitación de la responsabilidad existe desde la fecha de su registración regular.

3 Ibidem, pág. 4.

IV. REGULACIÓN EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Que a efectos de adentrarnos en la forma en que finalmente se receptaron las SAU en nuestro Código Civil y Comercial unificado, corresponde citar el nuevo texto del art. 1° de la LGS, que establece: “Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal”⁴.

En efecto, de la definición citada *ut supra* se desprenden las diferencias que contiene con el texto anterior, las cuales son:

- Obviamente, se elimina el requisito de la pluralidad de socios para conformar la sociedad comercial;

- Se incorpora la tipificación de la sociedad unipersonal como anónima, por lo que nos encontramos con la SAU, tal como se determina en el art. 164 LGS referido a las sociedades anónimas. En el mismo se establece que: “La denominación social puede incluir el nombre de una o más personas de existencia visible y debe contener la expresión ‘sociedad anónima’, su abreviatura o la sigla. En caso de sociedad anónima unipersonal deberá contener la expresión ‘sociedad anónima unipersonal’, su abreviatura o la sigla SAU”. Por lo que se determina que el único tipo permitido para constituir una SAU es la sociedad anónima.

- Se prevé en el último párrafo que la SAU no podrá constituirse por otra sociedad anónima unipersonal.

Asimismo, como características especiales, se puede determinar que la sociedad unipersonal sólo puede ser constituida por instrumento público y por acto único, conforme a lo que establece el art. 165 LGS, y el capital social debe estar integrado totalmente en el acto constitutivo tal como establecen los arts. 11, inc. 4°; 186, inc. 3°; y 187 LGS.

En este sentido, es dable destacar que la reducción a uno del número de socios de las sociedades anónimas no conforma una causal de disolución. Para transformarse en SAU debe: cambiar la denominación social por la expresión “Sociedad anónima unipersonal” o su abreviatura “SAU”, y adecuar su estatuto social conforme a lo establecido en el art. 299, inc. 7°, de fiscalización estatal permanente, correspondiendo designar sindicatura plural integrada por número impar, con un mínimo de tres integrantes. De lo antedicho se desprende que

4 Nótese en este sentido, que el art. 1° de la ley de sociedades comerciales establecía que: “Habrá sociedad cuando dos o más personas en forma organizada y conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas”.

las sociedades anónimas pueden entrar y salir libremente de la unipersonalidad con la sola condición de ajustar su denominación social conforme a la situación en que se encuentre y cumplir con lo establecido en el art. 299, es decir, contar con directorio plural de no menos de tres integrantes y comisión fiscalizadora conformada como mínimo por tres síndicos.

Otra novedad que incorpora la reforma -ley 26.994-, es el art. 94 bis, al cual no podemos dejar de formularle nuestra crítica. Establece el citado que las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en caso de que durante el plazo de vigencia el número de socios quedara reducido a uno y no se decidiera disolverla, transformarla o recomponer la pluralidad en el término de tres (3) meses, quedarán transformadas "de pleno derecho" en sociedades anónimas.

Que de un primer análisis de la normativa citada se desprende que la intención del legislador *-prima facie-* sería la de velar por la continuidad de la empresa y, por consiguiente, mantener la fuente de trabajo y producción. En este sentido, a nuestro entender se presenta cierto grado de incertidumbre en cuanto a qué pasará con aquellas sociedades que no cita el referido artículo, a saber: las sociedades colectivas y las de responsabilidad limitada. En rigor de verdad, a tenor de lo establecido en el cuerpo legal, las sociedades que no estén contempladas en el art. 94 bis y reduzcan a uno el número de sus socios, seguirán funcionando sin alteración del tipo social adoptado originalmente. El citado artículo podría resultar discordante con lo establecido en el art. 1° LGS que establece que la sociedad unipersonal sólo podrá constituirse bajo el tipo de sociedad anónima, aunque la interpretación que creemos correcta es que el art. 1° se refiere a la constitución de las sociedades anónimas unipersonales y el art. 94 bis se refiere a la unipersonalidad sobreviniente.

En este sentido, se podría calificar a la referida unipersonalidad como: a) *originaria* o, b) *derivada*.

a) La primera, es admitida sólo para las sociedades anónimas conforme prevé el art. 1° LGS, por lo que en los restantes tipos sociales -a saber: sociedad colectiva, en comandita simple o por acciones y de responsabilidad limitada-, quedarían inmersas en la denominada "atipicidad societaria", no produciendo los efectos propios de su tipo y regida por lo establecido en la sección IV de la LGS denominada: "De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos".

En este sentido, puede arribarse a una conclusión que no parece ser la deseada por el legislador⁵, que sería que el ordenamiento societario también

5 MOLINA SANDOVAL, Carlos. "Sociedades anónimas unipersonales", LL, 09/12/2014, pág. 2.

admite la unipersonalidad en las sociedades innominadas (simples o residuales), ya que de lo contrario no se habría previsto el régimen de los arts. 21 y sgts. Ello trae aparejadas las consecuencias previstas en la referida sección IV, siendo el contrato social -unipersonal- oponible frente a terceros que lo conocieron y puede ser oponible frente a los administradores de las sociedades innominadas -art. 22 LGS-; puede fijar reglas de representación, administración y demás -art. 23, primer párrafo, LGS-; puede tener bienes registrables a su nombre -art. 2, segundo párrafo, LGS- y son esencialmente subsanables. Que la mentada subsanación podría consistir en incorporar un nuevo socio -obteniendo la pluralidad subjetiva- o transformar el tipo societario en una sociedad anónima -art. 1º, segundo párrafo, LGS-. Empero, la sociedad puede actuar como una sociedad unipersonal innominada, con responsabilidad solidaria -art. 24 LGS-. En el caso de las sociedades innominadas que originariamente posean uno de los tipos que limiten su responsabilidad, esta última resulta a las claras más gravosa. Más aun, en el caso de que a una sociedad innominada se incorpore un nuevo socio, la responsabilidad podría ser mancomunada (y no solidaria, art. 24 LGS).

b) En el caso de la unipersonalidad derivada, la cuestión no parece tan sencilla, máxime cuando la misma sucede forzosamente (herencia de participaciones societarias) o de manera voluntaria (por adquisición de dichas participaciones). En el presente, resulta de aplicación el art. 94 bis referenciado en párrafos anteriores, en el cual -tal como se adelantó- no se incluye a las sociedades colectivas ni a las de responsabilidad limitada. En este último punto cabe hacer unas referencias, ya que una sociedad de las citadas devenidas en unipersonales no entran en un proceso de disolución ni tienen -como preveía el art. 94, inc. 8º, anterior a la reforma de la ley 26.994- un plazo de tres meses para remover la unipersonalidad (más allá de su responsabilidad solidaria como socio único). En realidad, si una sociedad no anónima deviene en unipersonal y de alguna manera no implica esto una causal de disolución, no se podría aplicar el art. 100 LGS, que determina que las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. Dicha resolución deberá tomarse antes de cancelar la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. Asimismo, la misma ley determina que en caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad. En rigor de verdad, resultaría aplicable el art. 17 LGS que sujeta a estas sociedades al régimen de las innominadas, en las que la responsabilidad deviene como simplemente mancomunada -art. 24 LGS-.

Entendemos entonces que una sociedad colectiva o de responsabilidad limitada devenida en unipersonal podrá subsanar su defecto aplicando el art. 25 LGS que regula la subsanación. Explícitamente señala que en el caso de sociedades unipersonales: "...la omisión de requisitos tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales, pueden subsanarse a iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier tiempo durante el plazo de duración previsto en el contrato. A falta de acuerdo unánime de los socios, la subsanación puede ser ordenada judicialmente en procedimiento sumarísimo. En caso necesario, el juez puede suplir la falta de acuerdo, sin imponer mayor responsabilidad a los socios que la consentan". Por lógica consecuencia, la solución se encuentra fácilmente ya que no existe posibilidad de que en una sociedad unipersonal no exista acuerdo unánime de los socios. El único socio, así, podrá incorporar un nuevo socio (de acuerdo al tipo social adoptado originalmente) o transformar la sociedad en anónima cumpliendo con los recaudos establecidos para la misma. En caso de que la sociedad devenga en unipersonal por razones ajenas a la voluntad (fallecimiento de un socio) o cuando exista exclusión societaria -art. 93 LGS-, la solución pareciera ser la misma.

Siguiendo con el análisis del art. 94 bis LGS, el mismo incorpora un concepto novedoso que es "la transformación de pleno derecho" de las sociedades de otros tipos -se excluyen aquí las recientemente explicadas sociedades colectivas y de responsabilidad limitada- en una sociedad anónima unipersonal. Si bien el referido artículo otorga un plazo de tres meses para la subsanación de la unipersonalidad en el tipo elegido por los socios e impone a su vencimiento esta solución legal forzosa, no se determina cuáles son las soluciones previstas. En este caso, entendemos que existen diversas soluciones como: la enajenación de una participación societaria para evitar la unipersonalidad, la decisión del socio único de proceder a disolver y liquidar la sociedad (arts. 101 y sgts. LGS), la transformación voluntaria de la sociedad conforme al art. 74 LGS o la fusión con otra/s sociedad/es -art. 82 LGS-. A decir verdad, la transformación "automática", vale decir sin que sea menester el cumplimiento de los requisitos previstos para el instituto, no altera el tipo social originariamente adoptado, por lo que si la sociedad no se disuelve ni altera sus derechos y obligaciones, podemos concluir en que sigue siendo la misma sociedad pero devenida en unipersonal, lo que modifica su ropaje societario. No parece adecuada esta inclusión de la transformación de pleno derecho, ya que es la misma ley la que regula el procedimiento de transformación específicamente, que de por sí resulta complejo y con exigencias documentales precisas, por lo que en este punto debería haberse indicado que la transformación debería haber sido ordenada por ley bajo apercibimiento de sanción. Cabe resaltar aquí una importante diferencia con la "vieja" ley de sociedades comerciales, ya

que el artículo en análisis no establece la responsabilidad solidaria del único socio durante el plazo de tres meses que tiene para proveer a la solución o hasta que opere de pleno derecho la transformación. Durante ese plazo, el socio único tendrá la responsabilidad del tipo societario elegido primariamente sin que se presuma la solidaridad u otro tipo de ampliación de la responsabilidad.

V. CONSIDERACIONES FINALES

A modo de conclusión, podemos observar que la incorporación de la sociedad anónima unipersonal en la ley general de sociedades da lugar a un gran debate en cuanto a la forma en la cual fue finalmente regulada. Sostienen muchos autores que lamentablemente la estructuración de la misma caería en una incongruencia con sus propósitos originales en cuanto a que, por su instrumentación, estiman que no se constituirá como aquella herramienta útil a la micro o pequeña empresa que idearon sus autores, y que debería haber venido a reemplazar o dar reconocimiento legal a las prácticas societarias condenadas por los organismos de control⁶. Esta postura la sostienen en razón de que, al analizar la estructura de las SAU, se puede advertir en primer lugar, que al quedar inmersas en las pautas del art. 299 LGS, este nuevo tipo societario debe cumplir con los recaudos de: mantener un directorio plural con no menos de tres directores titulares -art. 255 LGS- e integrar un órgano de control interno (comisión fiscalizadora de tres miembros -art. 284°, segundo párrafo, LGS-). Consecuentemente aducen estos autores que los microcomerciantes o pequeños empresarios continuarán constituyendo sociedades anónimas recurriendo a la ya conocida figura del “prestanombre” en sus partes razonables que luego se transmiten al único y verdadero “socio”, evitando de esta manera los costos organizativos y el riguroso control que tienen las SAU tal como fueron incorporadas en la actualidad. Argumentan, asimismo, que la nueva figura sólo será útil para las grandes empresas extranjeras que no desean tener un socio local para constituir filiales y con ello evitar responsabilidades de la matriz si en algún momento se retiran del país.

En nuestra opinión, los requisitos impuestos por aplicación del nuevo in-

6 Por ejemplo, el resonado caso “Fracchia Raymond S.R.L.” de la Inspección General de Justicia -entre muchos otros-. La Sala “E” de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial confirmó con fecha 3 de mayo de 2005 la resolución de la Inspección General de Justicia (IGJ) que denegó la inscripción del acto constitutivo y contrato social de “Fracchia Raymond S.R.L.” hasta tanto se recompusiera la llamada “pluralidad sustancial de socios”. La IGJ reiteró así el criterio sustentado en anteriores precedentes del organismo (“Jassler S.A.”, “Bosques Verdes S.A.”, “Vitamina Group S.A.”, “ES.PE.VER S.A.”, “Tierras y Haciendas S.A.”, “Screw Argentina S.A.” y “Coca-Cola Femsa S.A.”).

ciso del art. 299 LGS resultan *-prima facie-*, desmedidos para aquel pequeño y mediano empresario que pretende sólo limitar su responsabilidad en una actividad comercial. En rigor de verdad, al imponer como requisito la designación de un directorio plural y una sindicatura colegiada en número impar, que constituyen requisitos de pluralidad en una sociedad de composición accionaría individual, resulta por lo menos un tanto excesivo. En este sentido, se podría haber permitido un directorio unipersonal que podría coincidir o no con el socio único, o ser en su caso, un tercero. Igualmente podría haberse regulado el régimen de fiscalización, admitiendo la unipersonalidad en el mismo o en su caso, mejor aun sería haber admitido una auditoría externa independiente. Entendemos asimismo que la recepción de la sociedad unipersonal en los términos en que finalmente fue regulada dio por finalizado el interés del comerciante individual en este tipo de sociedades. Conforme ello, podemos concluir que el socio único deberá estar acompañado por dos administradores más y controlado por una sindicatura plural, por lo que compartimos que en la praxis esta novedad será utilizada solamente por sociedades de gran envergadura para establecer filiales.

En un sentido contrario, sostienen algunos autores⁷ que la recepción de la sociedad unipersonal en el nuevo Código Civil y Comercial resulta acertada. Destacan así que el refuerzo en los controles societarios hacia este tipo de sociedades resulta adecuado, teniendo en consideración los variados fraudes de distinta naturaleza que se han generado a lo largo del tiempo. Arguyen asimismo que la incorporación parte del presupuesto de que la unipersonalidad en la sociedad será utilizada para actividades fraudulentas. En este punto, no podemos dejar de considerar que nos parece exagerada dicha generalización. Si lo que se pretende mediante la normativa de rito es evitar la utilización de estas sociedades para actividades ilícitas, nuestra legislación actual ya posee los mecanismos necesarios para afrontar dichas situaciones. Vale decir que para las sociedades comerciales rige el art. 54 *in fine* LGS que recepta la teoría del *"disregard of legal entity"*, y en general, el art. 144 CCyC que amplía la aplicación del instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica a todas las personas jurídicas.

Por otro lado debemos hacer referencia al tipo social propuesto para las sociedades unipersonales, y esto reviste importancia a la hora de reflexionar sobre la incorporación de las mismas en la LGS. Desde nuestra idea, el tipo de sociedad anónima no resulta el correcto para la unipersonalidad. Sostenemos -y en este sentido coincidimos con el Dr. VÍTOLO-, que se debería haber restrin-

7 BARBIERI, Pablo Carlos. "Las sociedades unipersonales en el Código Civil y Comercial", www.infojus.gov.ar 15/04/2015.

gido la constitución de sociedades unipersonales a la utilización del tipo de las sociedades de responsabilidad limitada. Cabe destacar que esta elección no es antojadiza, sino que la basamos en que el tipo de SRL otorga a la sociedad una mayor transparencia en su actuación y en relación con los terceros, dado que al efectuarse una transmisión de las cuotas sociales representativas del capital social, importaría una modificación del contrato social -y por consiguiente cambio del único socio-, y requeriría de la publicación e inscripción registral en la jurisdicción que corresponda. Por lo que, en su actuar en el mercado, el tercero conocerá quién sería el real y actual titular del capital social. Demás está decir que esto no ocurre en el caso de la sociedad anónima, donde las modificaciones en las participaciones accionarias no importan modificación alguna del estatuto social, quedando registrada la modificación en la titularidad accionaria sólo en el libro de registro de acciones que lleva la propia sociedad, al que no tiene libre acceso el tercero.

Teniendo en consideración lo expuesto en el presente trabajo no podemos dejar de manifestar en primer término que elogiamos la incorporación de las sociedades comerciales de un solo socio, reconociendo normativamente *-prima facie-* una nueva concepción que el pequeño y mediano empresario le han otorgado a la sociedad comercial, vale decir, limitar su responsabilidad. No obstante ello, no estamos de acuerdo con la forma en que finalmente se regularon por los fundamentos expuestos a lo largo del presente. Asimismo, entendemos que se intentó adaptar a una sociedad de un socio único a una ley que desde su sanción y con sus posteriores modificaciones reguló en forma casi excluyente a las sociedades que tienen dos o más personas como socios, por lo que encontramos cierta incongruencia en el articulado. Es por ello que creemos que la regulación legal de las sociedades unipersonales debe hacerse mediante mecanismos específicos, legislarse responsablemente y dentro de una reforma integral que debería llevarse a cabo en nuestro régimen societario.

Asimismo esperamos que la interpretación jurisprudencial del nuevo texto legal, pueda suplir, de alguna manera, los desaciertos del legislador a la hora de regular a este tipo de sociedades, por las cuales se bregaba por su incorporación desde hace mucho tiempo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO, LUCAS H. S. "Aspectos trascendentales del tratamiento de las sociedades unipersonales en el proyecto de incorporación a nuestro ordenamiento", LL, DJ 13/11/2013, 101.
- ACEVEDO, LUCAS H. S. "La sociedad unipersonal en la Ley General de Sociedades", LL, DJ 03/02/2015.

Congresos y Jornadas

- ANAYA, JAIME L. y ALEGRÍA, HÉCTOR. *Derecho Comercial Doctrinas Esenciales, Sociedades Comerciales*, 1ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- BARBIERI, PABLO CARLOS. "Las sociedades unipersonales en el Código Civil y Comercial", www.infojus.gov.ar, 15/04/2015.
- BENSEÑOR, NORBERTO RAFAEL. *Reforma del Código Civil y Comercial. Unificación Legislativa. Régimen Societario. Principales Características*, Buenos Aires, 2012.
- GRISPO, JORGE DANIEL. "La Ley General de Sociedades y las sociedades unipersonales", LL, 13/11/2014, 1.
- MARZORATI, OSVALDO. "La sociedad unipersonal, la corporación y la legislación comparada", LL, 18/2/2015.
- MOLINA SANDOVAL, CARLOS A. "Sociedades anónimas unipersonales", LL, 09/12/2014, 1.
- RADRESA, EMILIO. *Sociedades irregulares*, Buenos Aires, Depalma, 1977.
- ROITMAN, HORACIO. *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y Anotada*, 2º edición actualizada y ampliada, La Ley, 2011.
- VERÓN, ALBERTO VÍCTOR. *Tratado de las Sociedades Comerciales y otros entes asociativos*, editorial La Ley S.A.E., Buenos Aires, 2012.
- VÍTOLO, DANIEL ROQUE. "La sociedad unipersonal. Idas y venidas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *Derecho Privado*, año 1, n° 2, págs. 165 a 193.

Derechos reales de garantía en moneda extranjera*

Andrés Martínez (h)

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El tratamiento de las obligaciones en moneda extranjera en el tiempo. 3. El dinero. 4. La especialidad en cuanto al monto del gravamen de los derechos reales de garantía. 5. Tesis negatoria: los derechos reales de garantía no pueden constituirse exclusivamente en moneda extranjera. 6. Tesis que afirma la validez de las hipotecas constituidas en moneda extranjera. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

“El lector deberá seguir estas páginas con la convicción de que el dinero no es más ni menos que lo que él, o ella, siempre pensaron que era: lo que se da o se recibe generalmente por la compra o la venta de artículos, servicios u otras cosas”.

GALBRAITH, JOHN KENNETH**.

* Trabajo galardonado con el tercer premio en el marco de la 39 Jornada Notarial Bonaerense, realizada en Mar del Plata entre el 25 y el 28 de noviembre de 2015. Corresponde al tema 14.

El objeto del presente es tratar un tema breve de una importante trascendencia, que fue el centro de interesantes debates doctrinarios hace algunos años, que había dejado de serlo con la sanción de la ley N° 23.928 (la llamada “Ley de Convertibilidad”) y que -entendemos- con el texto del nuevo Código Civil y Comercial volverá a presentar interpretaciones dispares¹.

La idea del trabajo es analizar la posibilidad de constituir derechos reales de garantía en moneda extranjera sin indicar su equivalencia en moneda nacional bajo el régimen del Código Civil y Comercial de la Nación.

El art. 2189 del Código Civil y Comercial de la Nación (que reconoce su antecesor en el art. 3109 del código de VÉLEZ) ubicado en el capítulo 1 del título XII del libro cuarto, donde se establecen las disposiciones comunes a los derechos reales de garantía (hipoteca, anticresis y prenda), establece: “Especialidad en cuanto al crédito. El monto de la garantía o gravamen *debe estimarse en dinero...*” (el destacado nos pertenece).

A efectos de determinar la posibilidad de realizar este tipo de garantías en moneda extranjera, cabe preguntarse entonces si ésta es o no dinero. Se han elaborado en doctrina distintas teorías que van desde la equiparación de los conceptos de dinero y de moneda hasta establecer claras diferencias entre ellos². Dependiendo de la postura que se tome en relación a estas definiciones se aceptará o no la constitución de estos derechos reales de garantía en moneda extranjera.

Para intentar dilucidar si es dinero o no, deberemos analizar algunos artículos del Código Civil y Comercial que se refieren a la moneda extranjera, en especial el art. 675, aunque intentando mantener siempre el foco en el objeto de este trabajo y sin desviarnos hacia el tentador análisis de si las obligaciones en moneda extranjera pueden ser canceladas en moneda nacional o no, ni al tipo de cambio que debería recurrirse. Para ello es menester tener siempre en claro la diferencia que existe entre el crédito (derecho personal) y la garantía que lo accede (derecho real).

Asimismo, es conveniente aclarar que la conclusión a la que arribemos respecto del carácter dinerario o no de la moneda extranjera traerá aparejadas otras consecuencias, como por ejemplo calificar como compraventa o permuta una operación en la que se intercambie una cosa por una suma de moneda extranjera, entre otras.

1 De hecho, el puntapié inicial del presente se dio en el marco de una discusión mantenida con el abogado Leandro S. Picado, docente de la Universidad Nacional del Sur de la materia de derechos reales, quien sostuvo fervientemente la imposibilidad de constituir derechos reales de garantía en moneda extranjera.

2 Conf. FLAH, Lily R.; Smayevsky, Miriam; y Gurfinkel De Wendy, Lilian. “Hipoteca en moneda extranjera: especialidad y aplicación de la ley 23.928”, LL, 1992-B-1179.

A efectos de ser fieles con el lector y reconociendo la falta de imparcialidad en la que nos encontramos, adelantaremos que nuestra postura y el propósito que nos empuja a redactar el presente es intentar desterrar la tesis que sostiene que no pueden constituirse los derechos reales de garantía en moneda extranjera sin consignar un monto en moneda nacional.

2. EL TRATAMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA EN EL TIEMPO

El texto original del art. 617 del Código Civil redactado por VÉLEZ SANSFIELD decía: “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas”.

En un principio, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria hacían una interpretación literal de la norma y consideraban que la moneda extranjera no era dinero. Sin embargo, en muchas oportunidades esta calificación llevaba a conclusiones jurídicamente impecables pero que, desde el punto de vista de la realidad económica, llevaban a soluciones injustas. Por ello, sobre todo a partir de mediados de la década de 1980, se fue instalando en la doctrina y en la jurisprudencia la aceptación del carácter dinerario de la moneda extranjera³.

Luego, con la sanción de la ley N° 23.928, se positivizó el criterio doctrinario y jurisprudencial que venía siendo tendencia, quedando el art. 617 del código redactado de la siguiente manera: “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”.

El anteproyecto de Código Civil y Comercial proponía continuar considerando a las obligaciones de dar moneda que no sea de curso legal en la república como obligaciones de dar sumas de dinero. En los fundamentos, la comisión redactora sostuvo que en relación a las obligaciones de dar dinero: “...se mantiene el sistema nominalista, así como la equiparación entre la moneda nacional y la moneda extranjera. Se trata de la derivación necesaria, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (‘López, Antonio Manuel c/ Explotación Pesquera de la Patagonia S.A.’, fallos: 315:1209), de ‘un proceso de estabilización de la economía’”⁴.

3 Conf. PAOLANTONIO, Martín E. “Las obligaciones en moneda extranjera en el proyecto de código civil”, Lecciones y Ensayos, N° 90, 2012, pág. 203.

4 “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, pág. 106, disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> (consultado por última vez el 30/09/2015).

Sin embargo, el poder ejecutivo nacional modificó el art. 765 antes de enviarlo al congreso⁵. Este último finalmente sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación mediante la ley N° 26.994, con el siguiente texto del artículo: “Art. 765.- Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”.

En consecuencia, la solución que brinda el nuevo código, pese a remitir a una categoría de obligaciones que no se encuentra regulada en el Código Civil y Comercial (las obligaciones de dar cantidades de cosas)⁶, es similar a la que establecía el Código Civil redactado originalmente por VÉLEZ SANSFIELD, lo que importa un resurgimiento de los debates en torno a la calidad dineraria o no de la moneda extranjera.

3. EL DINERO

3.1. Definición

No existe una definición legal del vocablo “dinero”. Se ha sostenido que el concepto “...se configura por las pautas sociales vigentes; es exógeno en sí a la ley, como lo son, verbigracia, los conceptos de ‘finca’ o de ‘libro’”⁷. Además se ha dicho que son dinero “...aquellas cosas que en el comercio se entregan y se reciben, no como lo que físicamente representan, sino como fracción equivalente o múltiplo de una unidad ideal”⁸.

5 Existe una diferencia entre las modificaciones propuestas por el Poder Ejecutivo nacional y el texto definitivo del artículo, pues la propuesta incluía al final del artículo la frase “de conformidad con la cotización oficial”, frase que fue finalmente eliminada por el Congreso.

6 Conf. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. “Comentario a los arts. 765 y 766”, en Rivera, Julio César; Medina, Graciela (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2014, pág. 92. Según Esper, el artículo ha querido referirse a las obligaciones de género (ver Esper, Mariano. “Comentario al art. 1172”, en Rivera y Medina (dir.). Ob. cit., t. V, pág. 903).

7 OLIVERA, Julio H. G. “El dinero y las categorías monetarias”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2001-2, pág. 16.

8 ALSINA, Jorge Bustamante. “Las obligaciones de dar sumas de dinero después de la ley 23.928”, LL, 1991-C-1029, citando a Nussbaum, Arthur. *Teoría jurídica del dinero*, Madrid,

En lo que afortunadamente hay consenso es en las funciones económicas: a) *medio de cambio*, pues es un artículo que los compradores entregan a los vendedores cuando quieren comprar bienes y servicios; b) *unidad de cuenta*, pues es el patrón que utilizan los individuos para marcar los precios y registrar las deudas; y c) *depósito de valor*, al ser un artículo que pueden utilizar los individuos para transferir poder adquisitivo del presente al futuro.

A estas funciones se suele agregar una función jurídica: el *poder cancelatorio* del dinero, es decir, que el deudor no puede negarse a recibir el pago en dicho dinero.

3.2. Curso legal y curso forzoso

Los conceptos difieren entre sí. Una moneda tiene curso legal cuando "...el acreedor no puede rehusarse jurídicamente a recibirla en pago si le es ofrecida por el deudor en cumplimiento de su obligación"⁹.

Por otra parte, el curso forzoso sería el curso legal aplicado al papel moneda inconvertible, es decir, si una moneda tiene este curso, "...el instituto de emisión queda dispensado de reembolsar los billetes a la vista"¹⁰.

Cabe aclarar que no existe una definición legal para ninguno de estos dos conceptos, por lo que tampoco existe unanimidad en las definiciones brindadas¹¹.

4. LA ESPECIALIDAD EN CUANTO AL MONTO DEL GRAVAMEN DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA

El requisito de la especialidad en cuanto al monto del gravamen¹² es un requisito esencial de los derechos reales de garantía. Si esta falta, ni el deudor,

1929, pág. 12.

9 LÓPEZ CABANA, Roberto M. "Ley de convertibilidad y contratación de locaciones en moneda extranjera", LL, 1992-A-681.

10 *Ibíd.*, pág. 681.

11 Ver MARIANI DE VIDAL, Marina. "Sobre las 'cláusulas de reajuste' en los contratos hipotecarios, mutuos hipotecarios en oro o en moneda extranjera. ¿Vuelta a las hipotecas tácitas?", LL, 144-462 (nota 29). Verbigracia, Mariani de Vidal define al curso legal como la certificación que realiza el Estado del valor nominal de cada pieza y al curso forzoso como la obligación de los particulares y del Estado de aceptar la moneda como medio de pago.

12 Si bien el art. 2189 CCyC se refiere en su título a la "especialidad en cuanto al crédito", la terminología correcta debería ser "especialidad en cuanto al monto del gravamen o de la garantía" como surge del cuerpo del artículo.

ni el propietario no deudor¹³, ni otros acreedores del constituyente pueden conocer el monto hasta el que la cosa gravada responde.

Desde el punto de vista del acreedor el monto "...fija un límite a su expectativa de resarcimiento determinada por la realización de lo gravado"¹⁴.

Si del conjunto de las enunciaciones del contrato no es posible determinar el monto de la garantía, la constitución del derecho real de garantía será nula, de nulidad absoluta¹⁵.

A continuación analizaremos tanto la postura que sostiene que la especialidad no se cumple si el monto del gravamen se expresa en moneda extranjera, como la que afirma lo contrario.

5. TESIS NEGATORIA: LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA NO PUEDEN CONSTITUIRSE EXCLUSIVAMENTE EN MONEDA EXTRANJERA

Los que sostienen esta postura afirman que, siguiendo lo establecido en el art. 675 del Código Civil y Comercial, se entiende al dinero como la moneda nacional de curso legal y forzoso, razón por la cual no podrían constituirse derechos reales de garantía directamente en moneda extranjera¹⁶, sino que habría que hacer constar en la escritura su equivalente en moneda nacional.

Muchos han sostenido que el dinero es "cantidad de cosas" y es la moneda nacional de curso forzoso que cuenta con eficacia liberatoria¹⁷.

Esta postura ha contado con el apoyo de autorizada doctrina¹⁸, incluso de uno de los autores del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, la DRA. HIGHTON, quien teniendo en cuenta la redacción original del art. 617 del

13 Sea un tercero que constituye la garantía o quien adquiere el bien gravado (conf. art. 2199 CCyC).

14 CAUSSE, Jorge R. "Mutuo en moneda extranjera (Especialidad crediticia y registración)", LL, 1988-E-494.

15 Arts. 386 y 1884 CCyC.

16 Conf. SAUCEDO, Ricardo Javier. "Comentario al art. 2189", en Rivera, Julio César y Medina, Graciela (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. V, La Ley, Buenos Aires, 2014, pág. 814.

17 Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge. "El precio en la compraventa inmobiliaria", Revista del Notariado, N° 744, AR/DOC/6537/2011. Ver también Bono, Gustavo A. y Puerta de Chacón, Alicia. "La garantía real de máximo frente al principio de especialidad en el Proyecto de Código", AR/DOC/4997/2012.

18 Entre otros LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II-A, 5ª edición, Lexis Nexis, 2005, pág. 180; y, aparentemente, Borda, Guillermo A. *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, 6ª edición actualizada, Perrot, Buenos Aires, 1989, págs. 383 y 392. Decimos aparentemente pues hay cierta contradicción cuando, en relación al precio de la compraventa, manifiesta que mientras se estipule en dinero "no importa que sea moneda nacional o extranjera" (Borda, Guillermo A. *Tratado de derecho civil argentino. Contratos*, t. I, 14ª edición actualizada, Perrot, Buenos Aires, 1989).

Código Civil, ha sostenido que: "...la moneda extranjera no es dinero. El dinero es la moneda corriente" o de curso legal, y la moneda extranjera no lo tiene¹⁹.

Agrega esta autora que la ubicación metodológica del art. 617 en el capítulo que trataba las obligaciones de dar sumas de dinero -situación que se repite con el art. 765 del Código Civil y Comercial-, no importaba considerarlas como tales cuando el codificador las excluyó expresamente de este tratamiento²⁰. Aclara, asimismo, que el hecho de que la obligación en moneda extranjera sea válida y fácilmente liquidable a efectos de una ejecución no modifica los principios de fondo en materia hipotecaria²¹.

En sintonía con lo que se viene mencionando, también se ha dicho que si el monto del gravamen no se expresa en moneda nacional no se cumple la finalidad de la especialidad puesto que no se puede conocer con exactitud por qué monto está afectado el inmueble²².

La postura que estamos analizando fue adoptada por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal en base al decreto N° 2080/80, que en su art. 125 establecía: "...no se registrará documento que constituya derecho real de hipoteca si no se consignare su valor en pesos argentinos". La norma fue declarada inconstitucional por la Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil²³ y, posteriormente, el decreto N° 628/91 modificó el art.125, posibilitando la constitución de hipotecas en moneda extranjera sin hacer constar su valor en moneda nacional.

Quienes sostengan esta tesis seguramente afirmarán también que el art. 772 del Código Civil y Comercial²⁴ diferencia la moneda extranjera sin curso legal del dinero, pues si el legislador hubiera considerado que son sinónimos, no habría hecho alusión a la posibilidad de establecer la deuda en moneda sin curso legal.

Cabe aclarar que, quienes se aferren a esta tesis, deberán afirmar que el intercambio de una cosa por una cantidad de moneda extranjera no es una compraventa (pues el art. 1123 del Código Civil y Comercial exige que el precio

19 HIGHTON, Elena I. "Hipoteca en moneda extranjera (Que es 'moneda', pero no es 'dinero')", JA, 1988-IV-394. En el mismo sentido: Mariani de Vidal, Marina. "Sobre las 'cláusulas de reajuste' en los contratos hipotecarios, mutuos hipotecarios en oro o en moneda extranjera. ¿Vuelta a las hipotecas tácitas?", LL, 144-465.

20 *Ibíd.*, pág. 394..

21 *Ibíd.*, pág. 396.

22 Conf. MARIANI DE VIDAL, Marina. *Ob. cit.*, pág. 465.

23 CNCiv, Sala A, "Santamarina, M.A.", LL, 1988-E-488 (con voto en disidencia de la Dra. Luaces, que se inclinó por la tesis negatoria).

24 "Artículo 772.- Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección".

sea en dinero), sino una permuta²⁵.

6. TESIS QUE AFIRMA LA VALIDEZ DE LAS HIPOTECAS CONSTITUIDAS EN MONEDA EXTRANJERA

Esta postura tomó mucha fuerza en los años anteriores a la reforma introducida al art. 617 del Código Civil por la ley N° 23.928, sobre todo a partir de un artículo de JORGE HORACIO ALTERINI²⁶. Los argumentos que han sostenido los adeptos a esta tesis son varios. Por un lado, se encuentra la ubicación metodológica de las obligaciones contraídas en moneda extranjera en el parágrafo 6º de la sección primera del capítulo tercero del libro tercero del código civil y comercial, correspondiente a las obligaciones de dar dinero²⁷.

Asimismo, podríamos entender que en la norma los vocablos dinero y moneda se utilizan como sinónimos, más aun cuando el artículo establece que la obligación es de dar dinero si el deudor debe una cierta cantidad de moneda, sin importar que esta tenga o no curso legal. Luego agrega que si la moneda no tiene curso legal, la obligación debe ser considerada como de dar cantidades de cosas. Al respecto se ha dicho que: "...desde una interpretación exegética, el vocablo 'considerarse' equivale simplemente a estimar, a tratar como"²⁸. En consecuencia, quienes abonan esta concepción afirman que las obligaciones de dar moneda extranjera *son* obligaciones de dar dinero (naturaleza jurídica de la obligación), pero en relación a sus *efectos* deben considerarse como obligaciones de dar cantidades de cosas.

Yendo un poco más lejos, podríamos agregar que cuando la ley N° 23.928, al modificar el art. 617 del Código Civil, le dio a la moneda extranjera el carácter de dinero, no le otorgó curso legal ni forzoso. Entendemos que esto echa por tierra el argumento de que una moneda para ser dinero debe tener obligatoriamente curso legal.

Incluso algunos, desde una óptica práctica y fáctica, han sostenido además que: "...nadie puede negar que el dólar, el franco y el yen, son dinero (...)

25 La moneda extranjera tampoco podría ser objeto de contratos de locación (conf. art. 1187 CCyC) ni del contrato oneroso de renta vitalicia (conf. art. 1602 CCyC).

26 Conf. ALTERINI, Jorge Horacio. "Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca", LL, 1987-E-873.

27 Conf. PAPAÑO, Ricardo José. "Hipoteca en moneda extranjera. Incidencia de la llamada ley de convertibilidad del austral", LL, 1991-C-976.

28 *Ibid.* Citando el despacho mayoritario de la comisión que trató el tema II, "Registración de los derechos reales de garantía de créditos en moneda extranjera" en el VII Congreso Nacional de Derecho Registral (Córdoba, 1988).

en nuestro país nos resulta familiar hacer operaciones en dólar”²⁹.

Asimismo creemos que en la realidad mercantil, la moneda extranjera (y en particular el dólar en nuestro país) recibe el mismo trato que la moneda nacional, permitiéndose incluso en los bancos locales los depósitos, las cajas de ahorro y los plazos fijos en dólares³⁰.

Otro argumento que se ha utilizado a efectos de sostener la calidad dineraria de la moneda extranjera es que, de considerar a esta una cosa y no dinero, debería caracterizarse al contrato por el que se intercambian cosas por moneda extranjera como una permuta, lo que chocaría con la real intención del “vendedor”, quien espera recibir en pago la moneda prometida y ser tratado como un acreedor dinerario³¹.

Quienes se enrolan en esta teoría también han sostenido que la falta de curso legal de algunas clases de dinero no significa que la moneda extranjera deje de ser un medio de cambio de uso general y que sirva a efectos de extinguir obligaciones monetarias³². Por ello se sostiene que dinero puede ser tanto la moneda con curso legal en el país, como la que no lo tiene³³.

Otro fuerte argumento coadyuvante a sostener esta postura de admisión de la validez de derechos reales de garantía así constituidos es que, en caso de expresar el monto en moneda extranjera -incluso si no la consideráramos dinero- por aplicación del art. 2190³⁴ del Código Civil y Comercial de la Nación que admite la validez de estos derechos reales de garantía aunque falte alguna especificación en relación al crédito, el derecho sería válido pues la conversión de moneda extranjera a moneda nacional de curso legal es fácilmente determinable³⁵. De esta manera se cumple con la premisa de seguridad que el principio de especialidad persigue³⁶ y no se realiza una “...restricción que, a esta altura

29 SALERNO, Marcelo Urbano. “Consideraciones sobre la reforma monetaria”, LL, 1991-C-972.

30 Conf. BOGGIANO, Antonio. “¿Australes o dólares? (condena a pagar dólares sin derecho de sustitución por australes)”, LL, 1986-E-953.

31 *Ibid.*, pág. 955. En el mismo sentido: Alterini, Jorge Horacio. *Ob. cit.*, pág. 878.

32 Conf. OLIVERA, Julio H. G. *Ob. cit.*, pág. 16.

33 CNCiv, Sala C, 21/06/1990, “Ustariz de López Goitia, Lucía, suc.”, LL, 1992-B-15.

34 “Artículo 2190.- Defectos en la especialidad. La constitución de la garantía es válida aunque falte alguna de las especificaciones del objeto o del crédito, siempre que se la pueda integrar de acuerdo al conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo”. Reconoce su fuente en el art. 3133 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

35 Las comisiones asesoras de Legislación y de Comunicaciones del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires han recomendado considerar válidas las hipotecas en moneda extranjera basándose en este fundamento. Ver ficha conceptual en: <http://www.colescba.org.ar/static/servicios/comunidad/codigo/archivos/fc05v2-Hipoteca.pdf> (consultado por última vez el 30/09/2015).

36 Conf. CNCiv, Sala A, “Santamarina...” *cit.* (voto de la mayoría).

de los tiempos, deviene absolutamente formal y alejada de una realidad comercial que no puede ser ignorada³⁷.

Más aun, al pactarse con carácter de esencial³⁸ el cumplimiento en la moneda extranjera pactada, el acreedor no podría negarse a recibir el pago en esa moneda, por lo que para estos casos esa moneda tendría un efecto análogo al curso legal³⁹.

En relación a la interpretación que podría dársele al art. 772 del Código Civil y Comercial, cabe aclarar que el texto del artículo se promulgó igual que el texto proyectado originalmente por la comisión en un anteproyecto que consideraba expresamente el carácter dinerario de la moneda extranjera, por lo que entendemos que no debería interpretarse el término "dinero" como excluyente del de "moneda extranjera".

7. CONCLUSIONES

No se nos escapa que la modificación realizada al art. 765 del Código Civil y Comercial por el poder ejecutivo nacional y seguida en sustancia por el legislador a la hora de aprobar el código, responde a una cuestión de política económica estatal tendiente a volver menos atractiva la contratación en moneda extranjera.

Tampoco podemos dejar de mencionar que en épocas de inflación y desvalorización de la moneda nacional, con una prohibición legal de indexar las deudas vigentes, es natural que los ciudadanos y, más aun los acreedores, busquen resguardar el valor de sus créditos acudiendo para ello a la contratación en moneda extranjera.

El Código Civil y Comercial nos da afortunadamente una gran ayuda al momento de interpretar sus disposiciones: establece en el art. 2° que: "...la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el

37 CNCiv, Sala F, 03/08/1990, "Rastelli de Verna, A. c. González de Abdala, A.", LL, 1991-B-331.

38 En este sentido ver: KELMEMAJER DE CARLUCCI, Aída y Puerta de Chacón, Alicia. "Hipoteca en moneda extranjera", JA, 1991-III-782. Si la moneda no es esencial y no tiene otra justificación que prevalerse de los efectos de la depreciación de la moneda nacional, la hipoteca podría ser nula por aplicación de la prohibición de indexar o actualizar las sumas del art. 7° de la ley N° 23.298.

39 En este sentido se ha expresado también NUTA, Ana R. en Mariani de Vidal, Marina y Nuta, Ana R. (relatoras). Mesa redonda: "La hipoteca en moneda extranjera", Revista del Notariado, N° 824, Buenos Aires, enero-marzo de 1991, pág. 141.

ordenamiento”.

Por esta razón, creemos que la mejor interpretación de la norma debe realizarse prescindiendo de la intención del legislador y poniendo el foco en las palabras y en la finalidad de los artículos que hemos analizado a lo largo del presente trabajo. Creemos, sin lugar a dudas, que la finalidad del principio de especialidad que recepta el art. 2189 se cumple sin problemas con la enunciación del monto en moneda extranjera, con el plus de que se recepta de esta manera una solución acorde a la realidad negocial del país.

La interpretación contraria, permitiría constituir los derechos reales de garantía sólo en una moneda que en muchos casos no puede cumplir con las funciones de unidad de cuenta y depósito de valor, por lo que en la práctica dejaría de ser moneda, condenaría a estos derechos a un seguro desuetudo, con el consecuente menoscabo que ello traería para el crédito, la circulación de la riqueza y la economía en general.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, JORGE HORACIO. “Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca”, LL, 1987-E-873.
- BOGGIANO, ANTONIO. “¿Australes o dólares? (condena a pagar dólares sin derecho de sustitución por australes)”, LL, 1986-E-953.
- BONO, GUSTAVO A. y PUERTA DE CHACÓN, ALICIA. “La garantía real de máximo frente al principio de especialidad en el Proyecto de Código”, AR/DOC/4997/2012.
- BORDA, GUILLERMO A. *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, 6ª edición actualizada, Perrot, Buenos Aires, 1989.
- BORDA, GUILLERMO A. *Tratado de derecho civil argentino. Contratos*, t. I, 14ª edición actualizada, Perrot, Buenos Aires, 1989.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE. “Las obligaciones de dar sumas de dinero después de la ley 23.928”, LL, 1991-C-1029.
- CAUSSE, JORGE R. “Mutuo en moneda extranjera (Especialidad crediticia y registración)”, LL, 1988-E-488.
- COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H. “Comentario a los arts. 765 y 766”, en RIVERA, JULIO CÉSAR, MEDINA, GRACIELA (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2014.
- ESPER, MARIANO. “Comentario al art. 1172” en RIVERA, JULIO CÉSAR y MEDINA, GRACIELA (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. V, La Ley, Buenos Aires, 2014.
- FLAH, LILY R.; SMAYEVSKY, MIRIAM; y GURFINKEL DE WENDY, LILIAN. “Hipoteca en moneda extranjera: especialidad y aplicación de la ley 23.928”, LL, 1992-B-1179.
- HIGHTON, ELENA I. “Hipoteca en moneda extranjera (Que es ‘moneda’, pero no es ‘dinero’)”, JA, 1988-IV-392.

Congresos y Jornadas

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA y PUERTA DE CHACÓN, ALICIA. "Hipoteca en moneda extranjera", JA, 1991-III-781.
- LLAMBIÁS, JORGE JOAQUÍN. *Tratado de derecho Civil. Obligaciones*, t. II-A, 5ª edición, Lexis Nexis, 2005.
- LÓPEZ CABANA, ROBERTO M. "Ley de convertibilidad y contratación de locaciones en moneda extranjera", LL, 1992-A-681.
- MARIANI DE VIDAL, MARINA y NUTA, ANA R. (relatoras). Mesa redonda: "La hipoteca en moneda extranjera", Revista del Notariado, N° 824, Buenos Aires, enero-marzo de 1991, pág. 141.
- MARIANI DE VIDAL, MARINA. "Sobre las 'cláusulas de reajuste' en los contratos hipotecarios, mutuos hipotecarios en oro o en moneda extranjera. ¿Vuelta a las hipotecas tácitas?", LL, 144-455.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE. "El precio en la compraventa inmobiliaria", Revista del Notariado, N° 744, AR/DOC/6537/2011.
- OLIVERA, JULIO H. G. "El dinero y las categorías monetarias", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2001-2.
- PAOLANTONIO, MARTIN E. "Las obligaciones en moneda extranjera en el proyecto de código civil", *Lecciones y Ensayos*, N° 90, 2012.
- PAPAÑO, RICARDO JOSÉ. "Hipoteca en moneda extranjera. Incidencia de la llamada ley de convertibilidad del austral", LL, 1991-C-976.
- SALERNO, MARCELO URBANO. "Consideraciones sobre la reforma monetaria", LL, 1991-C-970.
- SAUCEDO, RICARDO JAVIER. "Comentario al art. 2189" en RIVERA, JULIO CÉSAR y MEDINA, GRACIELA (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. V, La Ley, Buenos Aires, 2014.

Gestación por sustitución*

Abstención legal y ambigüedades constructivas

Horacio Teitelbaum

SUMARIO. 1. Fundamentación de la ponencia. 2. Introducción. 3. Consentimiento y revocación. 4. Modelo de contrato. 5. Regulación y conclusión. 6. Contrato de gestación por sustitución. Escritura pública. 7. Bibliografía.

1. FUNDAMENTACIÓN DE LA PONENCIA

Contribuir en la difusión y divulgación de una posibilidad con arreglo a derecho que confiera esperanzas para la creación de familias en el marco de la legalidad, igualdad, y seguridad. Evitar la intermediación comercial y lucrativa de asociaciones ilícitas o individuos que especulen con situaciones de extrema sensibilidad. Proponer en la faz pragmática un modelo de contrato de gestación por sustitución y concientizar acerca de una regulación específica.

“La negación es un buen comienzo, la aceptación un excelente avance”
(LUIS DE LANDA).

1.- La versión definitiva del Código Civil y Comercial de la Nación -CCyC- eliminó el art. 562 del proyecto del poder ejecutivo nacional redactado por

* Trabajo galardonado con el cuarto premio en el marco de la 39 Jornada Notarial Bonaerense, realizada en Mar del Plata entre el 25 y el 28 de noviembre de 2015. Corresponde al tema 5.

la comisión de reformas designada por decreto presidencial N° 191-2011, dentro del contexto del libro segundo sobre "Relaciones de Familia" y del capítulo V sobre "Filiación". El mismo regulaba la gestación por sustitución. Se mantienen en los fundamentos del nuevo código las razones de tal posibilidad y en el cuerpo normativo los demás artículos que se integraban con la figura proyectada. La cointegración de las leyes subsistentes y el avance jurisprudencial, doctrinario y social constituyen puentes de articulación para amalgamar estas ambigüedades.

2.- La postura inicial fue permitir la gestación por sustitución; la definitiva no fue prohibirla, sino abstenerse. En el amplio abanico de la autonomía de la voluntad y de los derechos consagrados a nivel supranacional, constitucional, jurisprudencial y doctrinario, existen las condiciones de tipicidad social hasta la sanción de una ley específica para instrumentar contratos en esta materia.

3.- El contrato por escritura pública, en atención a las manifestaciones que se recaban de las partes (determinantes para fundar la voluntad procreacional), están protegidas por las bondades de la eficacia probatoria del instrumento público que hacen a la plena fe.

4.- Resulta relevante que el contrato contenga las bases que cimientan su celebración a fin de evitar cuestionamientos, como asimismo prever las distintas fases, derechos y obligaciones de las partes, siendo lo primordial el interés superior del niño por nacer.

5.- El consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) expresado en el documento del centro de salud interviniente y su posterior protocolización o certificación ante autoridad sanitaria (arts. 560 y 561 CCyC) plasma parcialmente el elemento volitivo de quienes se someten a este tratamiento. Las cláusulas predispuestas redactadas en tal instrumento mencionan un proyecto parental conjunto o el vínculo filial predeterminado por los pacientes que es incompleto. Al tratar sobre cuestiones totalmente personales de la vida íntima y privada es susceptible de ser complementado por escritura pública en acuerdo libre, posterior y previo a la concepción del embarazo por parte de los comitentes en un contrato de gestación por sustitución. Conforme a la normativa vigente, la revocación del consentimiento puede expresarse hasta antes de la implantación o anidamiento del embrión o concepción en la persona. En las TRHA, la fecundación es extracorpórea, *in vitro*, luego procede la transferencia embrionaria y, por último, al cabo de cinco o seis días, se verifica la implantación, concepción o anidamiento. En el período entre la transferencia y la concepción puede resultar la revocación, modificación o complemento de la voluntad procreacional.

6.- Pueden requerir la celebración del contrato personas plenamente

capaces que manifiesten ser casadas, en unión convivencial, solas o estériles y que tramiten sus tratamientos de TRHA y quieran revocar, modificar o complementar su voluntad procreacional en protección de su privacidad y derechos personalísimos.

7.- La registración y regulación específica a nivel nacional de TRHA, de donantes de óvulos, de esperma y mujeres gestantes por sustitución, favorecerá el control de la consanguinidad inadvertida, la no discriminación y el cuidado de la salud, evitando el turismo reproductivo y la intermediación innecesaria e inescrupulosa.

2. INTRODUCCIÓN

En los comienzos del siglo XXI, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de nuestro país -CCyC- recepta avances en sintonía con las leyes jerárquicas que nos rigen. Tratados de derechos humanos, Constitución Nacional, leyes y jurisprudencia en el plano nacional coinciden en la igualdad, la inclusión, la no discriminación, el derecho a fundar una familia y a gozar de un acceso a los beneficios del progreso científico¹. El impacto de la realidad ha conducido a reconocer situaciones fácticas a nivel familiar y social que no pueden soslayarse. Las uniones convivenciales, las familias ensambladas, las madres adolescentes, la protección de derechos personalísimos y la filiación y la adopción en sus nuevas categorías generadas por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), y la adopción de integración. El art. 14 bis de la Constitución Nacional otorga protección integral de la familia, concepto sociológico en constante evolución y la cual, frente a la ausencia de definición, se construye en función de los propios planes de vida de los individuos. A su vez la ley N° 26.862, de acceso *integral* a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción asistida, enuncia ampliamente y garantiza a los beneficiarios la utilización de estos procedimientos a toda persona mayor de edad a condición de prestar el consentimiento previo, informado y libre según la ley de derechos del paciente. En su art. 2º, al definir las TRHA, se incluyen las técnicas para la consecución del embarazo, las de alta o baja complejidad, sean con o sin donación de gametos y/o embriones.

La Comisión Internacional de Derechos Humanos (tribunal de justicia regional para los estados parte de la Convención Americana), en un trascen-

1 Constitución Nacional, arts. 14 bis, 16, 20, 75 inc. 22. Ley N° 26.618 de matrimonio igualitario, ley N° 26.743 de identidad de género, ley N° 26.862 de reproducción médicamente asistida, ley N° 24.515 de creación del INADI. Jurisprudencia internacional y nacional que tratan sobre las TRHA, gestación por sustitución e inscripciones en el registro civil y capacidad de las personas relacionadas con estas situaciones.

dente caso sobre este tema como lo es “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, en un meduloso fallo sentó el principio del acceso universal, integral, igualitario e inclusivo a las TRHA, el derecho a la vida privada y a la libertad reproductiva, y se pronunció sobre la personalidad jurídica del embrión recién con la implantación en el seno materno al concebirse el embarazo². Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS), dentro de su definición de salud, describe que la imposibilidad de procrear por cualquier motivo afecta la salud psíquica, por cuanto la restricción a las TRHA ocasiona un perjuicio y un daño a la misma.

En el plano de la legislación de fondo nacional, se eliminó el proyectado art. 562 que regulaba la gestación por sustitución, adoptándose una explícita postura abstencionista, sin llegar a la prohibición. La estructura diseñada en sus orígenes permite, no obstante, ser armonizada con el resto del articulado sobre el uso de las TRHA mediante una configuración contractual que potencie la autonomía de la voluntad y el principio de buena fe³. En conse-

2 “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”, 28/11/2013, considerandos 186 a 188: “Cómo debe interpretarse el término concepción. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe concepción (...) al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ‘ser humano’, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (...) el término concepción no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer (...) sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada ‘Gonadotropina Coriónica’ que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación...”.

3 Art. 562 previsto según el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la comisión de reformas designada por decreto presidencial N° 191/2011: “Artículo 562. Gestación por Sustitución El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial se acredita que: se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; la gestante no ha aportado sus gametos; la gestante no ha recibido retribución; la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces; la gestante ha dado a luz, al menos un (1) hijo propio; los centros de salud no pue-

cuencia, es viable la celebración de un acuerdo que exprese los derechos y obligaciones del o de los comitente/s (es decir, quienes desean ser padres) y la gestante (esto es la madre que llevará el embarazo) a partir de la estructura y contenido del citado art. 562 suprimido a último momento.

3.- CONSENTIMIENTO Y REVOCACIÓN

El consentimiento previo, informado y libre es la manifestación de un paciente que solicita y presta conformidad para someterse a cierta práctica médica, habiendo sido asesorado respecto a riesgos y consecuencias para su salud y su vida⁴. Se ha dicho que entre sus requisitos de validez se cuentan que sea personal, consciente e informado, actual, manifiesto, libre, gratuito, solicitado o requerido, recepticio, específico, obligatorio y revocable. La ley de los derechos del paciente lo define en cuanto a su forma explícita y a su contenido y se reproduce en esencia en los arts. 59 y 575 CCyC⁵. Por su parte, los arts. 560 y 561 del citado código también lo prescriben para las TRHA aludiendo a su exigencia para los centros de salud intervinientes y remiten a los requisitos previstos en las disposiciones especiales, agregando la protocolización del mismo ante escribano público o certificación ante autoridad sanitaria.

En el siguiente (art. 562), el cual reemplaza al eliminado de gestación por sustitución, se asocia el concepto de voluntad procreacional al exteriorizado en el consentimiento previo informado y libre que precede en el articulado. Este elemento social afectivo que expresa el profundo deseo de querer ser padre, en las TRHA permite distinguir los componentes biológicos (quien da

den proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

- 4 Leyes que exigen el consentimiento previo, informado y libre: ley N° 17.132, ley nacional de ejercicio de la medicina, odontología y actividades similares (obligatorio para operaciones de carácter mutilante); ley N° 24.193 de trasplante de órganos y tejidos; ley N° 26.130 de régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica; ley N° 26.529 y su modificatoria sobre derechos del paciente.
- 5 Art. 59: “Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud, emitida por el paciente luego de recibir información clara, precisa y adecuada respecto a: su estado de salud, el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos, los beneficios esperados, riesgos, molestias y efectos adversos previsibles, procedimientos alternativos comparados con el propuesto, el derecho a rechazar tratamientos por enfermedades incurables, a recibir cuidados paliativos”. Art. 575: determinación de la filiación en las técnicas de reproducción asistida derivada del consentimiento previo, informado y libre, CCyC.

a luz), genéticos (quien o quienes aportan el ADN) y volitivos (quien o quienes se disponen socialmente a cumplir los roles materno y paterno).

En la filiación por naturaleza prevalecen los componentes genéticos y biológicos; en la filiación por adopción, el volitivo; y en la filiación por TRHA existen los tres elementos: genético -de alguno de los que quieren ser padres-, más el biológico -de los donantes de óvulos o espermatozoides-, y el expresado en la voluntad procreacional⁶.

En general, los centros de salud redactan para sus pacientes de TRHA documentos con consentimientos de cláusulas predisuestas que son firmados al iniciarse los tratamientos y que deben renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones. Las declaraciones que avanzan sobre las razones que llevan a los pacientes a optar por estas prácticas son del exclusivo ámbito de sus derechos personalísimos, pertenecientes a su intimidad y no están contemplados en el contenido de las normas que reglamentan el consentimiento⁷. En el mejor de los casos son *parciales* y pueden ser complementadas en el posible posterior acuerdo de gestación por sustitución ante escribano público. Justamente al permitirse la revocación del consentimiento hasta antes de la implantación del o de los embriones, la cual se produce luego de la transferencia embrionaria y coincide con el anidamiento o concepción del embarazo cuando se comprueba el mismo, puede entonces en ese período cambiarse o aclararse en qué consiste la totalidad de la parentalidad voluntaria, pilar del proyecto familiar. En general, el escrito suscripto ante la clínica de fertilización suele contener menciones acerca del proyecto de parentalidad conjunto o de la determinación del vínculo filial por los firmantes. Sin embargo, estas declaraciones son incompletas, puesto que la parentalidad en su conjunto incluye y se integra con la íntima y personal decisión de ser padres por quien tal vez no interviene en la firma del consentimiento en el centro de salud, pero sí se expresa en la posterior escritura pública. El contrato de gestación por sustitución ante escribano público recepta el vínculo filial que pasará a estar determinado al producirse el nacimiento, al acreditarse el contrato y al rogarse su inscripción.

6 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; Herrera, Marisa; y Lamm, Eleonora. "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", *La Ley*, 20/9/2010.

7 Arts. 52 y 1770 CCyC: "Art. 52. Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...". "Art. 1770. Protección a la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades...".

4. MODELO DE CONTRATO

El contrato es prácticamente un manifiesto de entendimiento entre los llamados comitentes de la maternidad subrogada (un individuo, o una pareja heterosexual u homosexual) y la mujer gestante, quien en forma altruista por razones de índole afectiva, humanitaria o social dispone de su propio cuerpo sin ocasionar una disminución permanente de su integridad y es requerida para el mejoramiento de la salud⁸ de otra persona (conforme arts. 17 y 56 y 1004 CCyC). Se funda en la buena fe se citan los antecedentes que llevan a las partes a comprometerse por tratarse de un contrato inno- minado y atípico, y se anticipa para que quede indubitable cuáles son los principios jurídicos que robustecen sus cláusulas. Además, como elemento constitutivo se establece una *compensación económica resarcitoria*⁹ a favor de la gestante, lo cual no implica carencia de altruismo sino un digno y justo reconocimiento a quien por lucro cesante y modificaciones en su vida personal, preparación médica, traslados y cuidados personales especiales, realiza un acto de abnegación. Se acomoda el acuerdo a lo previsto por el art. 562 proyectado suplantándose el requisito judicial en virtud de la autonomía de

-
- 8 “Art.17. Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”. “Art. 56. Actos de disposición sobre el propio cuerpo. Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, moral o buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable”. “Art. 1004. Objetos prohibidos. No pueden ser objeto de los contratos (...) Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56”.
- 9 Compensación resarcitoria. La justicia mendocina avaló un alquiler de vientre. El pasado 28/1/2015 la justicia avaló que los padres del bebé son los oriundos bonaerenses. El juez Carlos Neirotti del primer juzgado de familia, sentencia 714-15, “A. V. por medida autosatisfactiva”. Quien elaboró la sentencia reconoció la voluntad procreacional, la voluntad de ser padres manifestada en un contrato que se firmó con una mujer mendocina, que manifestó haber gestado y tenido al hijo de la pareja y añadió que si bien el contrato no tenía previsto que se lucre, no lo encontraba reñido con la moral y que debería estar remunerado el servicio de gestación (“Un Fallo inédito en Argentina avala un caso de alquiler de vientres en Mendoza”, Diario Los Andes, 31/7/15).

la voluntad y de la plena capacidad que revisten las partes del contrato. En cuanto a la registración de la filiación, esta podría ser solicitada exhibiendo el testimonio de la escritura ante las autoridades del Registro Civil y Capacidad de las Personas¹⁰ sin exigirse orden judicial, cuando se sancione una ley especial en la materia.

La vocación hereditaria, puesto que biológicamente madre sería quien ha dado a luz, el/la cónyuge o conviviente de quien no ha aportado su material genético, puede solicitar la adopción de integración plena o simple junto al progenitor biológico con los requisitos previstos por ley¹¹. De tratarse de proyecto unipersonal el o la comitente, o si fuera el caso quienes no han aportado sus óvulos o espermia por esterilidad, deberán solicitar la decisión judicial para ser considerados como únicos padres y descartar derechos sucesorios. También se atiende el evento de fallecimiento de los comitentes o la gestante, y hasta se prevee el nombramiento de tutor¹².

5. REGULACIÓN Y CONCLUSIÓN

Aspiramos a una ley específica que enmarque todo el difícil y complejo proceso de las TRHA, comenzando por la incierta naturaleza de los embriones críopreservados, la investigación con los mismos¹³, el derecho a la identidad, el contrato de gestación por sustitución, los registros nacionales

10 Tribunal contencioso administrativo y tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 18 de diciembre de 2014, “B. F. M. y otros c/ GCBA s/ amparo”, expediente N° A 12698-2014/0: “1.- No hay objeción en inscribir la copaternidad o comaternidad de un matrimonio igualitario para casos que se susciten en Argentina como aquellos de gestación por sustitución en el extranjero y se deja asentado expresamente que se trata de una cuestión meramente registral, no de una cuestión compleja de familia y por lo tanto no requiere autorización judicial. 2.- Se reconoce el derecho a la comaternidad y copaternidad registral igualitaria, el derecho a la no discriminación y el derecho a la identidad, todos con la primordial directriz del interés superior del niño”.

11 Adopción de integración, arts. 630 a 637 CCyC.

12 Expediente “Rabinovich, Ricardo David s/ medidas precautorias”, expediente N° 45.882/93, juzgado nacional de primera instancia en lo civil N° 56; y sentencia de la sala I, cámara nacional de apelaciones en lo civil, 3/12/99. El fallo protege cualquier indicio de vida humana. Consideró como vida humana a los embriones congelados y ordena al gobierno de la ciudad confeccionar un censo respecto de los embriones no implantados existentes y su identificación, y prohíbe cualquier acción que implique destrucción o experimentación.

13 LAMM, Eleonora. “El status del embrión *in vitro* y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos”, obra citada en bibliografía. Art. 2279 CCyC: “Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante (...) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561”.

de donantes de óvulos y espermias y por qué no en un futuro, de madres gestantes. De este modo se facilitará el control y disuasión de grupos que especulan y actúan en la clandestinidad abusando de la sensibilidad de las personas¹⁴ que persiguen el sueño y abrigan la esperanza de formar una familia. Las TRHA y la gestación por sustitución invitan a concretar lo que es negado por condiciones de infertilidad orgánica, estructural o social, de personas solas, y de parejas de un mismo sexo o con anomalías genéticas.

Así como se permite sin cuestionamientos la donación de espermia y de óvulos, y la adopción para personas solas, el matrimonio igualitario, el reconocimiento de la identidad de género, y las TRHA, llegará el tiempo en que nuestra sociedad recepte y acepte legalmente en forma expresa la donación de la capacidad de gestar y el contrato de maternidad subrogada y de esta manera muchas más personas se atreverán a cristalizar sus proyectos de vida familiar.

Un niño deseado y amado tiene potencialmente mejores recursos emocionales para progresar en la vida y contribuir a la sociedad.

Concluimos simplemente recreando a CALDERÓN DE LA BARCA en su obra *La Vida es Sueño*:

“¿Que es la vida? ¿Un frenesí? ¿Qué es la vida?, ¿Una ilusión, una sombra, una ficción?, y el mayor bien es pequeño, que toda la vida es sueño, y los sueños, sueños son.”

6.- CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. ESCRITURA PÚBLICA

Entre XX, en adelante el/los comitente/s, y ZZ, en adelante la GESTANTE, celebran el presente contrato de GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, que se regirá por las siguientes cláusulas, principios y fundamentos: 1- Que optan por la forma de escritura pública puesto que desean que todas sus manifestaciones

14 “Hasta nunca”, diario Los Andes, Mendoza, 20/8/15: cerró Argentina Maternity luego de un escándalo de alquiler de vientres en Mendoza. La misma empresa no inscripta que logró a su favor un fallo de una pareja de Buenos Aires utilizando, según la nota, mujeres reclutadas de zonas vulnerables de Godoy Cruz, Mendoza y que, según el fiscal, pone en tela de juicio el lucro con seres humanos y el delito de trata de blancas con fines reproductivos. Destaca que la empresa ofrece servicios “desinteresados” por \$ 400.000 (cuatrocientos mil pesos) y a cambio ofrece una madre subrogante. La Dra. Fabiana Quaini, reconocida abogada de derecho internacional de familia, declara en la nota que si bien en nuestro país hay un vacío legal, no existe contrato legal de por medio ni marco jurídico, y que si lleva profesionalmente casos de subrogación entre familiares o amistades comprobables que quieren hacer de la sustitución de vientres algo altruista y sin fines de lucro.

que se vierten en este instrumento público sean completamente preservadas en cuanto a su exactitud y en presencia del escribano público aquí autorizante, y protegidas por la doctrina de los actos propios, ya que siendo completamente capaces, en pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad se obligan al presente contrato el cual integra el derecho de propiedad de las partes conforme artículo 965 Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC). 2- Considerando que los criterios que los movilizan son: a) Que habida cuenta de que en nuestro derecho la gestación por sustitución no está legalmente prevista, ni prohibida, no obstante la jurisprudencia y el marco normativo que la circunda y el proyecto de reforma al Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la comisión de reformas designada por decreto presidencial Nº 191/2011, art. 562, la posiciona como potencial figura legal y conforme al precepto constitucional sobre lo que no está expresamente prohibido está permitido, y los derechos constitucionales y supraconstitucionales de protección de la familia, no discriminación, interés superior del niño; b) Que la legislación comparada ya la permiten expresamente en forma amplia en Rusia, Ucrania, México (Estado de Sinaloa) Estados Unidos de Norteamérica (estados de Texas, Florida, Illinois, Utah, Virginia, Ohio, California y New Hampshire), y en forma amplia condicionada al altruismo en Grecia, Brasil, Canadá, Sudáfrica, Reino Unido, Australia, México; c) Que las técnicas de reproducción humana asistida han avanzado notablemente al punto de contemplarse en la ley 26.862 de reproducción médicamente asistida y decreto Nº 956/13 sobre acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida, coberturas de obras sociales; d) Que el Código Civil y Comercial de la Nación, Libro II: "Relaciones de Familia", Título V: "Filiación", Capítulo 2: "Reglas Generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida", contempla explícitamente la temática; e) Que el concepto de familia ha evolucionado conectándose no sólo con el vínculo biológico sino también pasando a ser considerada la creada por análoga relación de socioafectividad en el contexto legal de las leyes de matrimonio igualitario Nº 26.618, ley de identidad de género, creación por ley del INADI, derechos internacionales del niño, sumado a que se ha instalado en nuestra sociedad que la monoparentalidad, copaternidad y comaternidad, y la adopción de integración a favor del conviviente o cónyuge del padre biológico *-progenitor afín-*, es posible y se basa en el derecho a la libertad y a recibir del Estado protección y respeto, en congruencia con los valores humanos de igualdad, no discriminación, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la intimidad personal y familiar, y en función del valor humanitario que se procuran por la amistad que los une, resuelven: A) En sintonía y complementando el consentimiento previo, informado y libre, suscripto ante el centro de salud respectivo, que el/los comitente/s, aportará/n su mate-

rial genético para la gestación por sustitución que será llevada por la gestante por medio de una donación de óvulos y/o con el semen del comitente/s (o donación de esperma anónimo, o ambos óvulos y esperma según los casos). Así, al no existir vínculo genético del *nascitorum*, persona por nacer, con la gestante, ésta renuncia a los derechos filiatorios sobre el niño/a/os/as, y el/los comitente/s se compromete/n al bienestar y educación del niño ya que goza/n de capacidad y solvencia suficiente para proveer un ambiente estable al nacido y la gestante así también lo entiende conveniente. B) La gestante acepta pura y simplemente que se le transfieran los embriones respectivos y se obliga a entregar el/los nacido/s a los comitente/s inmediatamente al dar a luz, dado que el hijo nace por exclusiva decisión de el/los comitente/s, causa eficiente e insustituible de este contrato, siendo en consecuencia que la filiación corresponde a quien/es desea/n ser padre/s y ha/n resuelto llevar adelante este proyecto de parentalidad *consentido*, de gestación por sustitución. C) La gestante, reconoce que el elemento central y determinante es la voluntad de ser padre del/ de los comitente/s, por lo que el vínculo filial queda determinado por la *voluntad* procreacional exclusiva y excluyente de el/los padre/s, puesto que el aporte genético proviene únicamente del/de los comitente/s y la respectiva donación anónima de óvulos (o esperma o ambos). Además reconoce que el motivo que la lleva a participar de este proyecto es totalmente altruista, lo cual no descarta una compensación razonable por gastos por tratamientos psicológicos, lucro cesante, controles, cuidados, asesoramiento, alimentación, vestimenta, viáticos, obra social, atención extra de sus propios hijos, y tratamiento postparto, todo lo cual no implica de ninguna manera explotación ni enriquecimiento, ya que todo ha sido discutido y aclarado en forma pormenorizada. Agrega el/los comitente/s soltero/s, que no tiene intención de entablar una unión homosexual o heterosexual, o que son infértiles o que están en unión convivencial o matrimonio, tiene/n derecho a procrear, y al carecer de las condiciones necesarias para hacerlo, se ubica/n en la denominada franja de infertilidad estructural/médica, y es la razón por la cual la gestante ha elegido ayudarlo/s. D) El/Los comitente/s se hará/n cargo de todos los gastos vinculados directa o indirectamente de este proyecto, la *gestante* conserva sus derechos sobre su propio cuerpo, su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad y autonomía, ya que este acuerdo se basa en la buena fe, buena voluntad y confianza mutua para cuidarse y cuidar el embarazo, y se obliga a concluir su relación subrogada por sustitución respecto del/de los niño/s al ocurrir el nacimiento, momento en el cual se obliga a suscribir toda la documentación necesaria para formalizar si fuera el caso la adopción plena o simple de integración a favor del conviviente o cónyuge del padre-madre biológico (persona con la cual constituye una unión convivencial de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente y con la cual comparte un proyecto de vida en

común -acredita la unión o celebración de matrimonio o manifiesta estar soltero/a sin unión convivencial registrada-). E) La gestante acepta que se pueda solicitar en forma provisoria la inscripción antes del nacimiento a nombre de los comitentes, y que una vez ocurrido el nacimiento se peticione a las autoridades registrales o judiciales en su caso, la inscripción sólo a nombre de el/de los comitentes renunciando a sus derechos maternales, asumiendo el/los comitente/s plenamente los derechos y obligaciones de la responsabilidad parental de el/los nacido/s. Asimismo, reconoce la gestante que en primer orden se encuentran los intereses *superiores* del niño por nacer, el cual una vez ocurrido el nacimiento estarán protegidos por diversas normas a nivel nacional e internacional. Presta absoluta conformidad a la adopción *de integración* -si fuera el caso- a favor del conviviente/cónyuge del padre/madre biológico. En consecuencia, por las normas previstas en materia de adopción de integración simple o plena, la gestante que dará a luz, si bien debe ser escuchada para el proceso de adopción, deja aquí plasmada su bien deliberada voluntad, libre de vicios y con total y pleno discernimiento. Queda explicitado que el/la adoptante no requerirá estar inscripto/a previamente en el registro de adoptantes, no se le aplicarán las prohibiciones en materia de guarda de hecho, y no se le exigirá declaración judicial de la situación de adoptabilidad, ni la previa guarda con fines de adopción en virtud de las leyes de adopción de integración vigentes según arts. 619 a 637 CCyC. F) Ambos, gestante y comitente/s, reconocen la superioridad de los derechos del/de los niño/s y su bienestar, y el entorno socioambiental y educativo que brindara/n el/los comitente/s para su desarrollo integral. La gestante subraya que este acuerdo es posible merced a su buena salud física y psíquica, la ausencia de necesidades económicas que la condicionen, que es la primera vez que se somete a un proceso de gestación por sustitución, que ya tiene descendencia con dos hijos propios, y que su consentimiento es pleno, no es pasible de explotación ni lesión y que decide con óptimo conocimiento del proceso de gestación por sustitución y sus etapas, riesgos y consecuencias, confiando en la idoneidad y aptitud del/de los comitente/s para la finalidad de su proyecto familiar. G) Queda establecido que este contrato una vez que tenga principio de ejecución no podrá ser rescindido ni podrán arrepentirse las partes en razón de las singularidades que inviste. En caso de fallecimiento de el/los comitente/s antes del nacimiento, el/los nacido/s será hijo del fallecido comitente/s, nombrándose en este acto *tutor* a... -o al conviviente o cónyuge también comitente-, siendo que no habrá vínculo alguno con la gestante. A su vez, en el supuesto antedicho, ocurrido el nacimiento, el/los comitente/s presentará/n este contrato a las autoridades judiciales para su homologación a fin de obtener la partida de nacimiento expedida exclusivamente a nombre del comitente sobreviviente y la sentencia de adopción de integración. En caso de fallecimiento de la gestante, este acuerdo podrá ser presentado para corroborar la situación del recién nacido y concluir al fin aquí expresa-

do en este contrato de común acuerdo. La gestante otorga poder especial irrevocable, por un plazo de 5 años, a favor de el/los comitente/s y/o su conviviente/cónyuge a fin de realizar todos los trámites judiciales o administrativos tendientes al cumplimiento de este contrato, incluso la petición de adopción a partir de los 45 días de ocurrido el nacimiento, sin perjuicio de ratificarlo personalmente si así se lo solicitare, y asimismo ratificar todo el presente contrato si fuera necesario antes de la implantación de el/los embrión/embriones, con facultades para peticionar, recurrir, apelar, suscribir instrumentos públicos, privados, formular declaraciones juradas, autorizaciones para salir del país, tratamientos médicos, expedición de partidas, y todo lo que directa e indirectamente sea vinculado a este proceso de gestación por sustitución. Presta la gestante su conformidad también para que el/los comitente/s o el/los nacido/s, atento el derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida, puedan obtener información relativa a sus datos médicos cuando sean relevantes para la salud del nacido, y para que se revele su identidad como gestante a petición del/de los nacidos, para el conocimiento de los orígenes de los interesados.

NOTA: Se propone un esquema amplio que puede ser utilizado por un comitente soltero hombre o mujer, pareja casada o en unión convivencial registrada o no, matrimonio infértil, todo referido a situaciones en que la gestante sólo aporta su cuerpo y el material genético es total o parcialmente del o de los comitente/s o de terceros donantes, técnicas combinadas con una ovodonación o donación de espermatozoides o ambas.

7. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, MARÍA DE LAS NIEVES. "La concepción de los seres humanos no coincide con la implantación uterina", en Forum Libertas.com, Diario Digital, 13/6/2014.

Comisión Asesora en Técnicas de Reproducción Humana Asistida. "Recomendaciones y guías para la implementación de un programa integral de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Sistema de Salud Argentino".

"El status del embrión *in vitro* y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos", publicado en suplemento especial nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, "Familia", "Filiación y Responsabilidad parental", La Ley, 20/5/2015.

Ficha técnica: "Artavia, Murillo y otros (fertilización *in vitro*) vs. Costa Rica".

HERRERA, MARISA y LAMM, ELEONORA. "¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución", ed. Microjuris.com, Argentina, 19/12/2012.

HERRERA, MARISA. "La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar", en www.infojus.gov.ar, 29/12/2014.

Congresos y Jornadas

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA; HERRERA, MARISA; y LAMM, ELEONORA. "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", La Ley, 20/9/2010.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA; HERRERA MARISA; y LAMM ELEONORA. "La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación", La Ley, 8/8/2011.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA; LAMM, ELEONORA; y HERRERA MARISA. "Regulación de la gestación por sustitución", La Ley, 10/9/2012.

"Menores, interés superior del niño, copaternidad, comaternidad, maternidad subrogada, derecho a la identidad", El Derecho, Universidad Católica Argentina. Tribunal contencioso administrativo y tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 18/12/2014, "B. F. M. y otros c/ GCBA s/ amparo", expediente N° A 12.698-2014-0.

No discriminen mi título II*

María Silvana Fiorentino

SUMARIO. I. Ponencias. II. Introducción. III. El contrato y sus disposiciones generales. III.1. Los tres pilares estructurales de la teoría del contrato. IV. El contrato de donación. IV.1. La celebración del contrato de donación entre ausentes. V. La problemática del art. 1545 del código vigente. V.1. Las ofertas de donación anteriores al nuevo código. V.2. Las ofertas de donación posteriores al nuevo código. VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

I. PONENCIAS

1.- El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha establecido como regla general para la conclusión de los contratos y en especial para la perfección de los contratos entre ausentes, la teoría de la recepción a fin de *aggiornarse* con las legislaciones modernas.

2.- El vigente art. 1545, al exigir que la aceptación de la oferta se produzca en vida del donante y del donatario, ha provocado un cambio radical en nuestro derecho positivo, en franca oposición a lo establecido en el antiguo código velezano.

3.- El plexo normativo actual induce a pensar que al momento de aceptar la donación ambas partes deberán encontrarse vivas y ser capaces.

4.- La escritura pública representa la forma jurídica más apropiada e indubitable para constatar la recepción de la aceptación a cargo del donante.

5.- El nuevo ordenamiento jurídico no debe vulnerar los derechos de los particulares garantizados por nuestra Constitución Nacional, so pena de atacar sus normas por inconstitucionalidad o por inaplicabilidad de la ley.

6.- El donatario que aún no ha aceptado una donación tiene a su favor un derecho adquirido "en expectativa", de carácter patrimonial, amparado por el

* Trabajo galardonado con el cuarto premio en el marco de la 39 Jornada Notarial Bonaerense, realizada en Mar del Plata entre el 25 y el 28 de noviembre de 2015. Corresponde al tema 9.

Congresos y Jornadas

art. 17 de la ley suprema y el art. 965 del citado código.

7.- La obligación de disposición del donante ya se consumó al momento de otorgar la escritura de oferta de donación y por ello ésta puede aceptarse válidamente aplicando la ley vigente al momento de su celebración.

8.- Las nuevas escrituras de ofertas de donación deberían prever que una vez aceptadas por el donatario, el contrato pueda perfeccionarse aplicando la teoría de la expedición o del envío, o bien la teoría de la declaración o "agnición".

II. INTRODUCCIÓN

Corría el año 2003 cuando se desarrolló en esta misma ciudad de Mar del Plata la XXXIII Jornada Notarial Bonaerense, en donde tuvimos la oportunidad de realizar un ensayo académico basado en un tema álgido para el notariado nacional: las donaciones.

En esa instancia, y junto a nuestra inolvidable colega y amiga MARÍA CECILIA BAZET, nos propusimos acercar diferentes posiciones de la doctrina y de la jurisprudencia acerca de la interpretación del tan temido art. 3955 del código velezano, marco legal que nos había proporcionado herramientas para el análisis del mismo.

Ahora bien, casi doce años después de acaecido tal hecho, la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación nos entusiasma nuevamente para desentrañar las implicancias jurídicas a la luz de esta nueva legislación, en relación a una de las modalidades del mencionado contrato, denominada por la doctrina como "donación por instrumento separado" o "donación sujeta a posterior aceptación". El objetivo del presente trabajo radica no sólo en el estudio del instituto en sí mismo y de las posiciones doctrinarias actuales al respecto, sino también en el hecho de proporcionar sugerencias prácticas a fin de evitar consecuencias no deseadas por las partes intervinientes.

III. EL CONTRATO Y SUS DISPOSICIONES GENERALES

No es nuestra intención realizar un estudio pormenorizado de los principios generales de la teoría del contrato, sino simplemente resumir en algunos párrafos las normas y los conceptos jurídicos fundamentales a fin de enmarcar el desarrollo del tema en cuestión.

El art. 957 del Código Civil y Comercial de la Nación define al contrato como: "...el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones

jurídicas patrimoniales”.

La doctrina clásica nacional ha considerado como elementos estructurales o constitutivos del contrato al consentimiento o acuerdo de voluntades; al objeto que deberá ser lícito, posible, determinado o determinable; y susceptible de valor económico, y a la causa, enmarcada y ajustada a derecho.

En cuanto al consentimiento podríamos decir que el mismo resulta imprescindible para la concreción del contrato, es su esencia, su raíz. Esa voluntad común debe manifestarse por medio de declaraciones o comportamientos de las partes dirigidos hacia un fin, o sea que debe estar provista de “*animus contractual*” para producir determinados efectos y ser ejercida con discernimiento, intención y libertad.

Resulta oportuno recodar que tanto la capacidad como la forma son presupuestos del consentimiento y no elementos independientes. La forma, entendida como la exteriorización de la voluntad, puede manifestarse de una manera expresa ya sea en forma oral, por escrito, por signos inequívocos; o tácitamente, a través de la ejecución de un hecho material; e incluso en algunos supuestos excepcionales, podría interpretarse por medio del silencio.

Si bien el art. 1015 del nuevo Código Civil y Comercial establece la libertad de formas, a veces la misma ley puede imponer, en virtud de la importancia de determinados actos jurídicos, que esa exteriorización del consentimiento de las partes se efectúe de un modo predeterminado.

En cuanto a la formación del consentimiento contractual podríamos decir que el mismo requiere de la conjunción de una oferta y su aceptación, temas que serán desarrollados a continuación.

III.1. Los tres pilares estructurales de la teoría del contrato

El art. 958 del Código Civil y Comercial de la Nación establece la: “Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

De esta manera se recepta en nuestro derecho positivo en forma expresa a uno de los tres principios rectores sobre los que se ha construido el ordenamiento jurídico de los contratos, junto con la buena fe y el de la relatividad de los contratos.

Generalmente, la autonomía de la voluntad es entendida como la facultad de las partes para “autorreglarse”; no sólo para decidir contratar o no, sino además con quien hacerlo y para fijar su contenido y/o forma, salvo algunos casos en los cuales la ley misma les impone alguna solemnidad determinada.

Este precepto legal, doctrinario y jurisprudencial que tiene su fundamento

en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional y se encuentra protegido por el art. 17 del mismo ordenamiento jurídico, no es absoluto, ya que la libertad de contratar debe respetar los límites legales enunciados precedentemente, como la propia ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Asimismo, en virtud del poder de policía estatal, el art. 14 de la Carta Magna establece que el derecho de contratar se ejerce “conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio”.

Los efectos vinculantes del contrato han sido plasmados en el art. 959 del nuevo código al establecer que: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos que la ley lo prevé”.

Sin embargo, existen límites impuestos por la propia ley, ejercidos a través de los institutos de la lesión subjetiva y de la imprevisión, el principio de la buena fe y la teoría del abuso del derecho, a los cuales se ha agregado recientemente la elaborada doctrina “de la emergencia” emanada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con el objeto de proteger el interés público.

En cuanto a la buena fe, la misma se encuentra regulada en el art. 961 del nuevo código, al decir: “Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”.

Evidenciamos de esta manera que la buena fe debe existir no sólo al comienzo de la existencia del contrato, sino que debe mantenerse hasta su culminación. Del texto citado se desprende que el legislador ha adoptado un concepto amplio de la buena fe, entendida tanto como la “buena fe creencia” o subjetiva, como la “buena fe del contratante leal” u objetiva.

IV. EL CONTRATO DE DONACIÓN

El art. 1542 define al contrato de donación al establecer que: “Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta lo acepta”.

Acertadamente el nuevo código ha reunido en el mismo articulado la voluntad de los dos sujetos otorgantes (donante y donatario), dejando de lado de esta manera las dudas existentes acerca de su naturaleza jurídica, adhiriéndose a la teoría del contrato, en franca distinción de la antigua legislación velezana que

lo categorizaba como un acto jurídico bilateral con trascendencia contractual.

En virtud de la nueva legislación todos los contratos son consensuales y la donación no es su excepción. Actualmente ha desaparecido la categoría de contratos reales, lo que ha provocado que los contratos que exigían la *"datio rei"* (como el mutuo, el comodato y el depósito, entre otros) a partir de ahora sigan funcionando como contratos consensuales.

Por su parte, el art. 966 del nuevo ordenamiento legal establece que: "Los contratos son unilaterales cuando una de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta quede obligada. Son bilaterales cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra...". Al respecto la doctrina nacional clasifica al contrato como unilateral cuando al momento de su perfeccionamiento sólo nacen obligaciones hacia una sola de las partes intervinientes. Siguiendo este pensamiento parece claro entender que en el supuesto de una donación estamos en presencia de un contrato unilateral; todo ello respetando la opinión de otros juristas que se siguen adhiriendo a la teoría de contrato bilateral.

Resulta oportuno aclarar que el art. 967 del reciente código unificado ha formalizado otra distinción importante al decir que: "Los contratos son a título oneroso cuando las ventajas que procuran a una de las partes les son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra. Son a título gratuito cuando aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, independientemente de toda prestación a su cargo". A través de los años siempre se ha asociado al contrato de donación con la idea de gratuidad, de anticipo de herencia, aunque podría eventualmente ser oneroso, como resultaría en el caso de las donaciones con cargo o remunerativas. Por su parte los juristas especializados se han encargado de marcar una diferencia entre el concepto de gratuidad con el de liberalidad, siendo este último el anteriormente adoptado por nuestro Código Civil en el art. 1791, clasificación que terminó siendo de poca injerencia práctica. Lo cierto es que cuando estamos en presencia de un contrato de donación en principio el donatario no queda obligado a efectivizar contraprestación alguna, salvo, eventualmente, a prestar alimentos al donante en los casos previstos por la ley, o a cumplir el cargo impuesto, pero aun acaecido alguno de estos supuestos los mismos no alcanzarían para ser tenidos en cuenta como una verdadera contraprestación, en el sentido de obtención de una ventaja para la contraparte, es decir para el donante. Asimismo el art. 1543, norma de aplicación subsidiaria, apoya la categorización de contrato gratuito al permitir aplicar sus normas a los demás actos jurídicos con tales características.

En cuanto a su forma, el art. 1552 prescribe que: "Deben ser hechas en escritura pública, bajo pena de nulidad, las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias".

En otras palabras, podríamos afirmar que estamos en presencia de uno de los pocos contratos revestidos de solemnidad absoluta cuando el objeto de la prestación consiste en alguno de los supuestos mencionados y, consecuentemente, su eventual omisión provocaría la nulidad del acto jurídico, imposible de conversión formal.

IV.1. La celebración del contrato de donación entre ausentes

En el quehacer cotidiano profesional a veces se presentan situaciones de urgencia o ausencia que impiden la celebración del contrato de donación en un mismo momento. Es por ello que nuestra legislación sabiamente ha permitido desdoblar temporalmente el otorgamiento del consentimiento otorgado por cada una de las partes: el del donante por medio de una "oferta de donación" y posteriormente la del donatario mediante su "aceptación". A este tipo de contratación la doctrina especializada ha denominado "donación sujeta a posterior aceptación" o "donación por instrumento separado".

Esta regulación legal ha resultado de gran utilidad práctica para el notariado nacional, pues al momento de otorgar la escritura pública de la oferta de donación no se requiere la solicitud de certificados (obligación que sí deberá cumplirse al momento de su aceptación en virtud de la transferencia del dominio); y para los contratantes, quienes de esta forma han tenido a su disposición una herramienta jurídica para eludir los eventuales problemas causados, por ejemplo, por una enfermedad grave del donante y/o un viaje imprevisto del donatario.

Ahora bien, el mayor problema que debe enfrentar esta modalidad de contratación es precisar el momento en que se ha perfeccionado el contrato. Sabido es que las partes pueden utilizar diferentes medios a tal fin, como por ejemplo un agente, nuncio o mensajero, quien asume el rol de intermediario pero sin un mandato representativo. En este caso, para la mayoría de los autores nacionales, el consentimiento se considera formado cuando el destinatario de la oferta manifiesta al agente su aceptación.

Otra forma es por medio de la correspondencia epistolar. Al respecto, se han elaborado cuatro teorías, a saber: 1) teoría de la declaración o "agnición": se considera formado el consentimiento cuando el destinatario de la oferta acepta exteriorizando su voluntad a tal fin; 2) teoría de la expedición, emisión o envío: justamente se entiende perfeccionado el consentimiento cuando la declaración de aceptación es enviada al oferente; 3) teoría de la recepción: el acuerdo de voluntades se forma cuando el proponente recibe el documento portante de la aceptación ya declarada; 4) teoría de la información o "recogimiento": necesita el efectivo conocimiento del oferente de la aceptación para

concretar el acuerdo de voluntades.

Cabe recordar que el sistema adoptado anteriormente por el Código Civil para el tráfico jurídico era de tipo mixto, basado primordialmente en la teoría de la emisión, con algunas morigeraciones para sus consecuencias, aplicando la teoría de la información.

Sin embargo, con relación a la caducidad de la oferta por muerte o incapacidad del proponente, se tomaba en cuenta el conocimiento de la aceptación (art. 1149 CC), regla que no era aplicable a la oferta de donación (art. 1795 CC). Asimismo, con respecto a la retractación de la aceptación, esta podía efectuarse válidamente antes de que ella hubiera llegado a conocimiento del proponente (art. 1155 CC), utilizando la teoría de la información.

Por su parte, el nuevo art. 971 del Código Civil y Comercial de la Nación ha establecido que: "Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo".

De su simple lectura se observa que se ha abandonado la teoría de la emisión de la aceptación que regía con la anterior codificación, estableciendo actualmente como regla general para la conclusión del contrato la teoría de la recepción. La intención del codificador ha sido *aggiornarse* con las legislaciones modernas y en especial con lo reglado en Convención de Viena de compraventa de mercaderías del año 1980, ratificada por ley N° 22.765, imprimiéndole algunos matices particulares. Pero sabemos que toda regla tiene sus excepciones y es la misma norma la que proporciona una vía de escape al permitir que la propia conducta de las partes pueda considerarse suficiente para demostrar la existencia de un contrato, aplicando en estos supuestos la teoría de la declaración o "agnición".

IV.1.1. La oferta de donación

El art. 972 define a la oferta como: "...la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada".

Si bien esta norma se encuentra regulada en el título II, capítulo 3, atinente a la formación del consentimiento contractual, por los principios generales del derecho ella resulta aplicable a la oferta de donación.

Asimismo, de su citada definición se desprende que constituye un acto unilateral proveniente del donante y recepticio, ya que el mismo está dirigido a una persona determinada o determinable, introduciendo de esta manera una innovación moderna dentro del articulado del reciente Código Civil y Comercial de la Nación. Podríamos agregar que la oferta es un acto jurídico vinculante, al

decir “con la intención de obligarse”, y autosuficiente.

Cabe recordar que en el anterior texto legal existía una norma específica (el art. 1793 CC) que permitía al donante revocar su oferta de donación, en forma expresa o tácita, ya sea vendiendo la cosa a un tercero o donándola a otra persona, siempre y cuando todavía no hubiere sido aceptada por el donatario.

El nuevo ordenamiento jurídico ha optado por evitar la sobreabundancia de artículos, por lo que entonces debemos entender que a falta de una regulación puntual al respecto, y por ser la donación un contrato, se le deben aplicar las reglas generales sobre la formación del consentimiento y especialmente las de retractación o revocación de la oferta.

En tal sentido, el art. 975 actual establece: “La oferta dirigida a una persona determinada puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta”.

Con estas palabras se ha introducido en nuestro derecho positivo una significativa modificación al precedente criterio adoptado por VÉLEZ SANSFIELD, pues actualmente la revocación o retractación de la oferta debe llegar a su destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta, acortando los tiempos para agilizar el tráfico jurídico.

Por su parte, el art. 976 actual regula la caducidad de la oferta, estableciendo su momento y efectos frente a la muerte o incapacidad de alguna de las partes: “La oferta caduca cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación. El que aceptó la oferta ignorando la muerte o incapacidad del oferente, y que a consecuencia de su aceptación ha hecho gastos o sufrido pérdidas, tiene derecho a reclamar su reparación”.

Nuevamente notamos una gran diferencia con el código velezano, pues se ha adoptado la denominada “teoría de la recepción o aceptación” a efectos de lograr una coherencia con el resto del articulado, cuyos efectos serán explicados a continuación.

IV.1.2.-La aceptación de donación

La aceptación, al igual que la oferta, consiste en una declaración unilateral de voluntad, recepticia, destinada al oferente y dirigida a la celebración del contrato. En principio se le pueden aplicar las mismas modalidades que rigen para la oferta, salvo que el oferente haya impuesto una forma determinada (como por ejemplo un plazo de aceptación), en virtud del principio de la libertad contractual.

El art. 978 del Código Civil y Comercial de la Nación reza: “Aceptación. Para que el contrato se concluya, la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta. Cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace

al manifestar su aceptación no vale como tal, sino que importa la propuesta de un nuevo contrato, pero las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante". La norma es muy clara al establecer que la conformidad expresada por el aceptante debe ser plena, pues cualquier modificación podría ser considerada una contraoferta.

Por su parte, el art. 980 del citado cuerpo legal establece una distinción entre los momentos en los cuales se considera perfeccionado el contrato: "Perfeccionamiento. La aceptación perfecciona el contrato: a) entre presentes, cuando es manifestada, b) entre ausentes, si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta".

Con relación a la retractación de la aceptación, acorde a lo normado en el nuevo art. 981 del Código Civil y Comercial, ella es permitida si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que ella; y el art. 983 del citado cuerpo legal considera que: "...la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra cuando ésta la conoce o debió conocerla, trátase de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil". Evidentemente, estamos en presencia de una norma de carácter meramente enunciativo, en cuanto a la forma de efectivizar la recepción de la oferta, que deja librada a las partes una interpretación con amplio criterio.

En virtud de lo expuesto podemos afirmar que se ha producido un cambio radical en nuestro derecho positivo, con consecuencias que se detallarán a continuación.

V. LA PROBLEMÁTICA DEL ART. 1545 DEL CÓDIGO VIGENTE

El actual art. 1545 del Código Civil y Comercial establece que: "La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto a la forma de las donaciones. Debe producirse en vida del donante y del donatario".

Se observa que el codificador ha establecido un régimen drásticamente contrario al adoptado anteriormente por el código velezano, que en su art. 1795 permitía al donatario aceptarla aun después de acaecida la muerte o incapacidad del donante, configurando una excepción que se apartaba de la regla general de la aceptación de los contratos; en otras palabras, actualmente se ha modificado el momento en que puede aceptarse una oferta de donación.

En cuanto a la expresión "en vida del donatario", cabe puntualizar que estamos analizando alguna de las donaciones que deben ser hechas bajo la forma de escritura pública, por ello no cabrían dudas de que al momento de otorgar

la escritura de aceptación el sujeto interviniente (donatario) obviamente se encontrará vivo y con habilidad suficiente, calificación que efectuará el notario en virtud de las operaciones de ejercicio.

Ahora bien, con respecto a la frase “en vida del donante” se nos presentan algunas dudas al evaluar si además de estar vivo se necesita la plena capacidad del mismo. Si analizamos lo establecido en el art. 976 del actual código que establece que la muerte o incapacidad de las partes antes de la recepción de la aceptación provoca la caducidad de la oferta, y lo dispuesto en el art. 980 del mismo plexo normativo que determina que el contrato se considera perfeccionado entre ausentes cuando la aceptación es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la misma, deberíamos responder en forma afirmativa.

Pero el mayor problema introducido por la nueva legislación lo constituye el saber con exactitud el momento en el cual el contrato de donación, bajo la modalidad entre ausentes, se encuentra perfeccionado a fin de producir sus plenos efectos jurídicos. Como se ha expresado *ut supra* actualmente se requiere que la aceptación de la donación sea recibida, comunicada y/o notificada al donante durante el plazo de vigencia de la misma, pudiendo utilizarse cualquiera de los medios enunciados en el art. 983 del nuevo Código Civil y Comercial, ya citados precedentemente. No caben dudas de que la forma más apropiada e indubitable para considerar recepcionada una aceptación de donación sería el otorgamiento de una escritura pública en la cual el donante manifieste que ya le ha sido comunicado el acto notarial oportunamente celebrado por el donatario.

V.1. Las ofertas de donación anteriores al nuevo código

En virtud de lo expuesto, se plantea un desafío jurídico con relación a las ofertas de donación pendientes de aceptación cuando el oferente-donante hubiere hipotéticamente fallecido o sobrevenido incapaz, con la consecuencia fáctica de ser imposible para éste la recepción de la aceptación del donatario. El interrogante radica en definir si se le aplica o no a esta situación jurídica la nueva normativa vigente.

El art. 7º del nuevo código (art. 3º CC) establece: “Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables

al consumidor en las relaciones de consumo”.

De su lectura se desprende que el legislador ha mantenido como regla general la teoría de la aplicación inmediata de la nueva ley, siguiendo la doctrina del jurista francés PAUL ROUBIER, basada en la idea de que toda ley nueva es mejor que la sustituida. Ahora bien, el citado autor oportunamente había expresado que el efecto inmediato de la ley justamente no era absoluto y que, como toda regla, admitía excepciones. De hecho el citado artículo en su párrafo tercero establece una específica con relación a las nuevas leyes supletorias, las cuales no se aplican a los contratos en curso de ejecución, con excepción a las normas más favorables al consumidor. Asimismo, el citado jurista había puesto en claro oportunamente que las nuevas leyes no deberían aplicarse a los efectos de los contratos, que éstos deberían regirse por el derecho vigente al tiempo de su celebración y consecuentemente no podrían ser alterados o modificados por una ley supletoria posterior; posición jurídica que ha sido apoyada por numerosos y reconocidos autores nacionales y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Si bien el actual código no ha definido expresamente el significado de las leyes supletorias o imperativas, la doctrina ha sido quien ha considerado que las primeras se aplican a los contratos, y son justamente supletorias a la voluntad de las partes, en concordancia al actual art. 962 del citado cuerpo legal; y que las segundas, en marcada oposición a las primeras, constituyen un límite a esa libertad contractual porque generalmente están asociadas al orden público y por ello no pueden modificarse y/o evitarse.

Resulta oportuno destacar que el citado art. 7º establece que la ley inmediata se aplica solamente a las “consecuencias” y no a las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes.

Lo cierto es que con relación a una oferta de donación aún pendiente de aceptación podríamos afirmar que el donatario tiene a su favor un derecho adquirido “en expectativa” de carácter patrimonial en virtud del art. 17 de la Constitución Nacional, y sujeto a resolución en el supuesto de que el donante revocase su voluntad dentro de los plazos legales o eventualmente convenidos. Ahora bien, si consideramos que eventualmente el donante ha fallecido o devenido incapaz sería técnicamente imposible la revocación unilateral de su acto, y consecuentemente el donatario ya tendría consolidado su derecho adquirido a fin de poder finalizar con la transmisión del derecho real de dominio del objeto donado. Es decir que el donatario podría válidamente aceptar la oferta de donación preexistente.

Además, a nuestro entender, no cabe duda alguna de que la obligación de disposición del donante ya se consumó y sólo está pendiente de aceptación y por ello el contrato se debe regir por la ley anterior, es decir, la del momento

de su celebración.

Asimismo, como se ha destacado en varias oportunidades, una ley, aún de efectos inmediatos, no debería vulnerar los derechos amparados por nuestra ley suprema, so pena de atacarse por inconstitucionalidad o inaplicabilidad de la ley.

V.2. Las ofertas de donación posteriores al nuevo código

Con respecto a las ofertas de donación otorgadas a partir del 1º de agosto de 2015 la problemática planteada por el art. 1545 del actual código resulta más fácil de resolver.

Si tenemos en cuenta el plexo normativo y, como se ha expresado anteriormente que uno de los pilares de la teoría del contrato lo constituye la autonomía de la voluntad que permite a cualquiera de las partes convenir diferentes modalidades mientras no estén prohibidas por la ley, el orden público, la moral y/o las buenas costumbres (art. 958); que los contratos se rigen por leyes supletorias a la voluntad de las partes (art. 962); que con relación a la prelación normativa se ha establecido que las leyes de los particulares sólo están limitadas por las leyes imperativas (art. 963); que actualmente se permite prever al proponente que el plazo de vigencia de una oferta comience a correr en forma diferente a lo normado (art. 974, párrafo 4º); que el acto jurídico formalizado mediante la oferta de donación exterioriza la libre voluntad del donante y la facultad de disponer de sus bienes, lo cual se encuentra ampliamente garantizado por nuestra Constitución Nacional (arts. 14 y 19); no se observa ningún inconveniente en sugerir al futuro donante que al momento del otorgamiento de la citada escritura de oferta de donación manifieste, a título de previsión, que el contrato de donación podrá perfeccionarse aplicando la teoría de la declaración o “agnición” o la teoría de la expedición o del envío, a fin de evitar posteriormente la comprobación de su capacidad y existencia exigidas actualmente por el código para exteriorizar la recepción de la aceptación.

Ahora bien, siguiendo con el análisis de este tema, ya se había adelantado que el nuevo art. 975 ha introducido en nuestra legislación una significativa innovación con relación al límite temporal dentro del cual se podría retractar o revocar una oferta, y que el art. 974 de la citada normativa permite que una oferta pueda ser revocable o irrevocable, fijando como regla que la oferta con plazo estipulado es irrevocable, “...pues obliga por todo el término, salvo que sea revocable y se la retracte”. Si consideramos que el contrato de donación es por naturaleza esencialmente irrevocable, “donar y retener no vale”, resultaría apropiado que al otorgar la escritura de oferta de donación el donante-oferente expresara su voluntad en forma irrevocable, como actualmente estipula la ley con relación a las donaciones a favor de fundaciones (art. 197), y relevara al donatario de la obligación de comunicarle su futura aceptación; o bien determi-

nara un plazo para la aceptación de la oferta, vigente el cual le sería imposible retractarse. De esta manera, al formalizar el donatario su aceptación dentro de ese plazo, se aseguraría la vigencia de la oferta y consecuentemente carecería de interés práctico la imposición legal de la recepción de la aceptación.

VI. CONCLUSIÓN

El vigente ordenamiento legal constituye un trascendental desafío para los profesionales del derecho quienes deberemos sortear nuevos conflictos interpretativos y no amedrentarnos al brindar soluciones, pero siempre en aras del bienestar de toda la comunidad.

Resultará de suma utilidad y ventaja proteger principalmente dos imprescindibles valores: 1) el de la seguridad jurídica, pues el donatario tiene en su patrimonio desde el momento del otorgamiento de la oferta de donación un derecho adquirido "en expectativa", protegido por las garantías constitucionales; y 2) el de la justicia, ya que situaciones de inequidad podrían derivar en un aumento de litigiosidad.

Por todo ello, y aun más que nunca, debemos bregar y defender la bondad de los títulos, evitando que los mismos sean atacados por supuestas observabilidades con fundamento legal dudoso. Recordemos que con buen criterio y desde larga data se ha denominado a los notarios latinos "Jueces de la Paz".

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARMELLA, CRISTINA NOEMÍ. "El contrato de donación y sus vicisitudes en el Código Civil y Comercial", LL, suplemento especial nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, "Contratos en particular", 21/04/2015.
- DE ÁNGELI, HUMBERTA PILAR. "Breves consideraciones sobre algunos aspectos de las donaciones de inmuebles en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación".
- DI CASTELNUOVO, GASTÓN. "La circulación de los valores debe ser todo un postulado de la ley", Ponencia presentada ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.
- ETCHEGARAY, NATALIO P. "Donación a herederos legitimarios en el Código Civil y Comercial", Revista del Notariado, Nº 916, abril-junio de 2014, págs. 31 a 37.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. "El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme", LL, 22/04/2015.
- RIVERA, JULIO CÉSAR. "Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones jurídicas

Congresos y Jornadas

preexistentes y a los procesos judiciales en trámite. Algunas propuestas”, LL, 17/06/2015.

RIVERA, JULIO CÉSAR y MEDINA, GRACIELA (directores). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario*, La Ley, Buenos Aires, 2014.

ZUVILIVIA, MARINA C. “Incidencia del *animus donandi* en la no caducidad de la oferta de donación”, Jornada Notarial Argentina, Mendoza, 29 al 31 de agosto de 2012, tema III: la legítima, convenciones matrimoniales y matrimonio celebrado por instrumento notarial.

La adquisición legal del derecho real del subadquirente

Karina Vanesa Salierno

SUMARIO. *I. La teoría del título y modo. II. La adquisición legal del derecho real. III. La buena fe como principio general. IV. Los principios generales y sus aplicaciones en casos particulares. V. Las adquisiciones a non domino, una exclusión justa. VI. Bibliografía consultada.*

I. LA TEORÍA DEL TÍTULO Y MODO

Adquisición de los derechos reales

La adquisición de los derechos reales puede ser originaria o derivada. La distinción radica en que en la primera el adquirente obtiene el objeto del derecho real por sí mismo sin la intervención de otro del cual lo recibe, como sucede en la adquisición por prescripción adquisitiva larga o usucapión; y en la segunda se visualizan las figuras del *tradens* y *accipiens*. La adquisición derivada puede provenir de actos entre vivos o *mortis causa*. Las adquisiciones derivadas *mortis causa* son reguladas por las reglas de

* Trabajo galardonado con el primer premio de la Editorial Astrea compartido en el marco de la 39 Jornada Notarial Bonaerense, realizada en Mar del Plata entre el 25 y el 28 de noviembre de 2015. Corresponde al tema 1.

la sucesión del libro V. En las adquisiciones derivadas entre vivos se aplica el principio del derecho romano *nemo plus juris* consagrado en el art. 399 (libro I, parte general, título V: “Transmisión de los derechos”) y supone la existencia de una doble causa de adquisición, título y modo, excepto en el caso de los derechos reales que no se ejercen por la posesión, que requieren sólo de la causa fuente o título, más la inscripción registral. Para que se configure la adquisición derivada de un derecho real el art. 1892 requiere la concurrencia del título y modo suficientes¹. El artículo sigue los lineamientos del código velezano, el que en la nota al art. 577 criticaba el sistema consensual francés de adquisición de los derechos reales y seguía a FREITAS en la teoría del título y modo, quien veía en la tradición la fuerza de oponibilidad *erga omnes* del derecho real. Asimismo se ratifica que las partes deben ser capaces y deben encontrarse legitimadas para la transferencia y adquisición del derecho real.

Título suficiente

El título suficiente es el *acto jurídico causal*² revestido de las formalidades legales exigidas que emana de un disponente capaz y legitimado al efecto que tiene como fin inmediato la constitución, transferencia, modificación o extinción de un derecho real. De la misma definición de título suficiente se pueden construir por oposición los conceptos de justo título (falta

1 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Tecnos S.A., Vol. II, Madrid, 1983, págs. 648 y 649: “...es necesaria, pues, la yuxtaposición de dos elementos en algo que se puede considerar como un supuesto completo de formación sucesiva: el contrato antecedente y el traspaso posesorio. Solo la yuxtaposición de ambos elementos, cuando ambos actos jurídicos existen y son válidos, determina la transmisión. Si únicamente ha existido el primero, habrá entre las partes una simple relación con puro valor obligacional. Se ha existido *traditio*, pero no habrá existido una verdadera transmisión de la propiedad, de modo que el tridente sigue siendo propietario, el accipiente no habrá llegado a serlo nunca y el primero podrá ejercitar una acción real reivindicatoria, tanto frente a los posibles poseedores” (subadquirientes de este).

2 Para comprender esto nada mejor que la lectura del siguiente párrafo de las Pandekten de Regelsberg (t. I, párrafo 167) que tomo de la obra de Capitán (*De la Cause des Obligations*, 2º ed. París, 1924, pág. 180): “¿Existe acto jurídico sin causa? El acto jurídico no es un fin en sí mismo. Se lo realiza o concluye en miras a un fin determinado, querido por las partes, y es a ese fin que se designa con el nombre de causa. El desplazamiento de valores producido por los actos jurídicos más importantes, transferencia de un bien, creación, extinción de una obligación, no es un fin en sí mismo sino solamente el medio de alcanzar un fin. Por ejemplo, se transfiere la propiedad para efectuar una donación, un préstamo, para extinguir una deuda (*causa donandi, causa credendi, causa solvendi*). Ese fin que determina el desplazamiento de valor, constituye su causa”.

de capacidad y/o legitimación) y título putativo. El justo título está definido en el art. 1902 como aquel que cumple con las formalidades de forma, pero que fue otorgado por quien no es capaz o no está legitimado para transmitir o constituir el derecho real de que se trate. Agrega el artículo que la buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella, y en materia de inmuebles requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales.

Modo suficiente

Asimismo, el artículo establece los modos suficientes de adquirir los derechos reales y presenta tres casos: la tradición posesoria, la inscripción registral y el primer uso. La tradición posesoria está consagrada como principio general para todos los derechos reales que se ejercen por la posesión, la inscripción registral sólo para los casos legalmente previstos y el primer uso reservado exclusivamente para la adquisición de la servidumbre positiva.

La posesión cumple una doble función: configura el modo suficiente de adquisición del derecho real y es reconocida como publicidad suficiente en pie de igualdad con la publicidad registral a los efectos de la oponibilidad del derecho real, conforme lo establece el art. 1893. Esta es la base normativa donde se ratifican con claridad los caracteres del sistema argentino de adquisición de derechos reales: es un sistema declarativo porque el derecho real nace extra registralmente con la coexistencia de título suficiente y modo suficiente y la inscripción registral le otorga oponibilidad *erga omnes*. La publicidad registral es la publicidad jurídica o cognoscibilidad que se obtiene por medio de un órgano específico denominado registro como actividad idónea para cumplir con el fin último que es la seguridad jurídica.

La oponibilidad

La registración ningún efecto produce sobre la bondad o eficacia intrínseca del título que se inscribe, sobre el nacimiento o constitución del derecho. Las condiciones, la eficacia o la irregularidades del acto, permanecen intactas en su origen, pese a la inscripción. El sistema registral argentino es no convalidante porque no subsana ni sana los vicios de los que adolecieron los documentos que llegan a su registración. El derecho real nacido extra registralmente es oponible a los que participaron en el acto y aquellas personas que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real. El sistema declarativo no convalidante descarta la fe pública registral

y lleva en su seno la patología de la inexactitud registral. Aun en su función de publicidad de la mutación real inmobiliaria, la registración no posee una virtualidad monopolizante ya que coexiste con otros medios de publicidad de igual o mayor rango, como son la publicidad cartular y la posesoria³.

II. LA ADQUISICIÓN LEGAL DEL DERECHO REAL

El art. 1894 CCyC establece una forma distinta de adquisición de ciertos derechos reales, que no requieren la concurrencia de título y modo suficientes como venimos analizando, sino que es la ley misma la causa de su adquisición. Esta categoría no surgía expresamente del código velezano, pero los autores la reconocían en los supuestos de condominio de accesorios de dos o más heredades que pertenecían a diversos propietarios, por confusión de límites en el derecho real de usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos bajo su patria potestad, y en el derecho real de habitación del cónyuge supérstite (arts. 2710, 2746, 287, 2816 y 3573 bis CC). El artículo en estudio omite toda referencia al usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos sujetos a patria potestad, porque es una figura que se elimina del Código Civil y Comercial de la Nación, aun cuando se fija la administración de los bienes del hijo menor a cargo de ambos padres (arts. 685, 694, 695 y 696 CCyC) y el derecho a la utilización de sus rentas sin autorización judicial pero con obligación de rendir cuentas en determinados casos. También se omite el caso de la servidumbre forzosa que expresamente reconoce fuente legal (art. 2166 CCyC) en el caso de la servidumbre de tránsito a favor de inmuebles carentes de comunicación suficiente con la vía pública, de acueducto si resulta necesaria para la explotación económica establecida en el dominante o para la población y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulte perjuicio grave para el sirviente o que, de existir, sea canalizada subterráneamente o en cañerías.

El artículo en estudio consagra los siguientes casos en los que los derechos reales se adquieren por el mero efecto de la ley:

1. Condominio con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles.
2. Condominio de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso.
3. Condominio que se origina en la accesión de cosas muebles inseparables.

³ CNac.Com., Sala A, 15/7/2008, "Atlantic Sound S.A v. Varela Darío A. y otros", AP, 1/1040675.

4. Derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente supérstite.
5. Derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe.

Condominio

En los casos de condominio es necesario destacar la opinión de GATTI en el sentido de que la adquisición del derecho real de condominio no es de origen legal sino que es la ley la que decreta el efecto de tal situación jurídica real cual es la indivisión forzosa perpetua. No hay causa legal en la adquisición del derecho real sino que el derecho real nace con título y modo pero se consolida por reconocimiento legal. Asimismo para HIGHTON la ley no es la causa inmediata de la adquisición en estos casos, sino que le da efectos jurídicos a determinados hechos, es decir que es fuente mediata ante ciertos hechos que son presupuestos necesarios para el nacimiento del derecho y ello ocurre con todos los modos de adquisición. Se trata de los supuestos contemplados en los arts. 2004 y 2007, que son casos de condominio por indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles que pertenecen a diversos propietarios, y el que recae sobre muros, cercos y fosos en los casos de cerramiento forzoso. Aquí se evidencian supuestos en los que, de verificarse las condiciones de hecho, la ley le otorga efectos jurídicos específicos fundados en el beneficio de su imposición.

Derecho real de habitación viudal

El derecho real de habitación del cónyuge supérstite fue consagrado por la ley N° 20.798 que modificó el código de VÉLEZ incorporando el art. 3573 bis, configurando una iniciativa que no contaba con sustento de doctrina previa ni antecedentes en el derecho comparado. El art. 2383 del Código Civil y Comercial de la Nación consagra este derecho al cónyuge supérstite en forma vitalicia y gratuita y de pleno derecho, conforme la causa de su adquisición que venimos analizando. Establece que este derecho se ejerce sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal y con la única limitación de no encontrarse en condominio al momento de la apertura de la sucesión. Este derecho tiene carácter asistencial ya que el cónyuge obtiene un beneficio directamente de la cosa sin intermediación alguna. Constituye asimismo un desmembramiento del dominio que es necesario exteriorizar para el conocimiento de los herederos o legatarios y de los terceros interesados. Configura un derecho propio del cónyuge que podrá ser ejercido o no hasta el momento mismo de la

partición. No opera de pleno derecho sino a partir de la manifestación del cónyuge en el expediente sucesorio, momento en el cual su derecho será oponible a los herederos y/o legatarios y desde su inscripción registral será oponible a los terceros interesados, pero no será oponible a los acreedores del causante y a todas aquellas personas a cuyo favor se impongan cargas en la sucesión. El cónyuge podrá realizar todo tipo de actos materiales para efectivizar su derecho sobre el inmueble, el cual es vitalicio y gratuito. Conforme el art. 2160 CCyC el derecho real de habitación no es transmisible por acto entre vivos ni por causa de muerte, y el habitador no puede constituir derechos reales o personales sobre las cosas. Quien tiene un derecho de habitación es realmente usuario de todo o en parte de la casa sobre la cual ese derecho se ha constituido, según que el cónyuge la ocupe en todo o en una parte material. El habitador tiene derecho a usar y gozar de los muebles indispensables de la casa porque son los objetos accesorios del inmueble para cuya comodidad han sido establecidos y porque el derecho de habitación no es un simple alojamiento personal, sino un derecho real de uso y goce de todos los accesorios del fundo. MOISSET DE ESPANÉS reconoció el carácter tuitivo de esta figura y entendió que el objeto del derecho real es el “hogar conyugal” por lo cual la protección debería incluir asimismo a los muebles que forman el ajuar de la casa o lo que denomina “inmuebles por accesión moral”⁴.

En materia de uniones convivenciales, cabe destacar que se le reconoce el derecho real al conviviente supérstite pero se lo limita al plazo de dos años y se exige para su reconocimiento que éste no tenga los medios suficientes para su subsistencia, circunstancia que justifica únicamente el reconocimiento del derecho real de habitación durante el plazo mencionado.

III. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO GENERAL

Derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe

El último caso contemplado en el artículo en estudio es el de los derechos de los adquirentes o subadquirentes de buena fe, y esta disposición nos lleva directamente al análisis en conjunto con el art. 392 que reproduce el texto del art. 1051 del código de VÉLEZ modificado por la ley N° 17.711 con una importante incorporación: la expresa exclusión de las adquisiciones a *non domino*. El art. 392 se encuentra ubicado en el libro primero, título IV,

4 MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite (Protección de bienes muebles)”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pág. 9.

“Hechos y actos jurídicos”; capítulo 9, “Ineficacia de los actos jurídicos”; Sección 4º, “Efectos de la nulidad”; y establece cuáles son los efectos de la nulidad del acto respecto de terceros en cosas registrables.

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

En primer lugar, el efecto general de la nulidad está regulado por los arts. 390 y 391, tanto entre las partes como respecto de terceros. Se regula exclusivamente la nulidad absoluta o relativa, clasificación que se funda en el interés protegido, según sea general, basado en el orden público, la moral y las buenas costumbres; o el particular, cuya base es la protección de ciertas personas en cuyo beneficio se establece la nulidad relativa. La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se encontraban antes del acto declarado nulo, debiendo las partes restituirse recíprocamente lo que hubieran recibido cuando el acto ha producido total o parcialmente sus efectos propios. El art. 392 supera la distinción del acto nulo y anulable que había introducido la ley Nº 17.711 al art. 1051 que generó diversas interpretaciones con relación a la ostensibilidad⁵ del vicio, refiriéndose exclusivamente al acto nulo como especie de ineficacia originaria del acto jurídico, conforme la clasificación de las nulidades del art. 386 en absolutas y relativas.

En segundo lugar, la condición de subadquirente se refiere al sucesor particular del adquirente del derecho real o personal en virtud de un acto posterior al acto nulo, protección del tercero que abarca tanto al subadquirente de derechos reales como al de derechos personales sobre cosas muebles o inmuebles, y exige que sea de buena fe y a título oneroso.

¿Por qué la declaración de nulidad de un acto jurídico puede carecer de eficacia reipersecutoria contra terceros de buena fe y a título oneroso? Porque la invalidez es inoponible respecto de esos terceros, que escapan por

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

ello a los efectos de la nulidad. Dicha protección responde a la opción del legislador a favor de la seguridad del tráfico negocial frente a la seguridad estática del derecho real de titular de dominio. El aspecto social del derecho de la propiedad, representado en este caso por el interés colectivo de la seguridad de las transacciones, impone el criterio expuesto⁶. La apariencia jurídica, como principio consagrado por nuestra legislación es, para algunos, fundamento más que suficiente para lograr la protección del tercero. Así, autores como MOSSET ITURRASPE veían en el art. 1051 la consagración de este principio, que pone a salvo al subadquirente de buena fe y a título oneroso de cualquier vicisitud que pueda afectar al acto anterior a su adquisición⁷.

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

6 “García, María A. Martínez de c/ Simón, Juan M. y otros”, Cámara Civil Segunda de la Capital, agosto de 1944, JA, año 1945, II, pág. 651.

7 DE HOZ, Marcelo A. “Adquisiciones a non domino”, disertación pronunciada por el autor durante la sesión pública de la Academia Nacional del Notariado, celebrada el lunes 5 de diciembre de 2005, Revista del Notariado, N° 884, 21/6/06, pág. 101.

para establecer la realidad de la situación que se le pone a su consideración. Por ello, en tales casos, habrá que investigar la medida en que fue o no culpable de su error o de su ignorancia quien alega haber obrado de buena fe. Es allí cuando se llega a la distinción entre la buena fe simple y la buena fe calificada.

Ahora bien este resguardo a la protección del subadquirente trae como requisito la configuración de tal en el negocio mencionado, y en consecuencia deberá cumplir con los estándares de buena fe, que para el caso no se limitan a la buena fe objetiva ni a la buena fe registral sino que su actuación responderá a una conjunción de diligencias tendientes a configurar la *optimus fides*, es decir, una íntima convicción de obrar conforme a derecho. Esta buena fe requerida para la viabilidad de la protección legal es entonces una buena fe subjetiva-objetiva, creencia-diligencia, dinámica y práctica que tiene como uno de los elementos fundamentales el estudio de los antecedentes cartulares, registrales y posesorios. Es irrelevante para el caso que la nulidad sea absoluta o relativa, en cualquier caso el tercero estará protegido siempre que el vicio no sea ostensible. Por ello, para autores como DÍEZ PICAZO, una de las oportunidades en que la buena fe se aplica es aquella en la que la "buena fe significa confianza en una situación jurídica, que permite, en un negocio jurídico de disposición, creer al atributario en la legitimación y poder del disponente"⁸. "La seguridad de las transacciones exige que una adquisición en apariencia regular no pueda ser controvertida; el adquirente que haya adoptado todas las precauciones no debe ser inquietado"⁹.

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

8 DÍEZ-PICAZO, Luis y Ponce de León, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1983. pág. 137.

9 MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de derecho civil, "Parte II"*, volumen IV, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954., pág. 118.

entrará en escena la reivindicación del inmueble¹⁰.

El art. 1725 establece la regla de valoración de la conducta en materia de responsabilidad y eleva las diligencias de la conducta comercial cuando se exige una confianza especial según la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. El escribano es el profesional del derecho que debe velar por la seguridad de las transacciones y, en este quehacer, el estudio de los antecedentes es una de las más importantes tareas a la hora de certificar la firmeza de un título.

Conforme la definición del I Congreso del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires en 1948: "El notario latino es el profesional de derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales y expidiendo las copias que den fe de su contenido".

El notario en su doble condición de experto en derecho y funcionario público, antes de proceder a la autorización de la escritura, efectuará las calificaciones del caso y como legitimador formal primigenio rechazará aquellos requerimientos en los que advierta vicios o defectos que comprometan *a posteriori* la eficacia del documento y su contenido, so pena de responder por su impericia o negligencia frente a los requirentes y terceros ajenos al acto por igual¹¹. El estudio de títulos tiene una doble finalidad: en primer lugar, descartar la existencia de vicios ostensibles que hagan vulnerable la adquisición del requirente y, en segundo lugar, una vez identificado el vicio, lograr su neutralización mediante las técnicas de subsanación notarial.

La jurisprudencia ha adherido a esta posición y considera conveniente u obligatoria la realización del estudio de títulos, ya sea como deber funcional o como obligación legal implícita, ambas en cabeza del notario por delegación del interesado, por ser el medio idóneo para configurar la buena fe del subadquirente de buena fe¹². También la doctrina entendió que el estudio de títulos se requería con la finalidad de que de ellos surgiera la legitimidad

10 ZINNY, Mario Antonio. *Bonsenbiante*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, págs. 255 y 264.

11 SAUCEDO, Ricardo J. "Los títulos perfectos y las donaciones inmobiliarias", SJA, 15/2/2006, JA, 2006-I-92.

12 CNCiv., Sala F, "Trevisán, José v. Zimmer, José Monfasani, Juan v. Zanardi de Ferraris, Margarita", 3/11/1978, ED, 83-524; "Sigfrido SA, en Erdmann del Carril, Elisa M. E. y otros v. Lozada Mario del" 27/8/1979, ED, 87-252; "Marciats, Juan suc. y otra v. N. N. Álvarez Jonte", 4072/76, del 14/11/1978, LL, 1979-D-101; CNCom., Sala D, "Álvarez, Julio R. s/ Concurso", 26/5/1980, JA, 1981-II-613; y Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Inverfin SA Compañía Financiera v. Provincia de Buenos Aires", 11/12/1986, ED, 124-423.

de los antecedentes del bien adquirido¹³.

IV. LOS PRINCIPIOS GENERALES Y SUS APLICACIONES EN CASOS PARTICULARES

Régimen patrimonial del matrimonio

El art. 480 que regula el momento de la extinción de la comunidad por anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes, deja a salvo los derechos de los terceros de buena fe a título oneroso.

Compraventa

El art. 1138 referido a los gastos de entrega de la cosa, establece que son a cargo del vendedor, entre otros, los del estudio de título y sus antecedentes y el art. 1166, que regula los pactos de la compraventa de cosas registrables, establece que para que sean oponibles a los terceros interesados dichos pactos deberán resultar de los documentos inscriptos en el registro correspondiente o si de otro modo el tercero ha tenido conocimiento efectivo.

Justo título

El art. 1902, que define el justo título para la prescripción breve, establece expresamente que cuando se trata de cosas registrables, la buena fe exigida como uno de las condiciones para configurar el justo título requiere el examen previo de la documentación y de las constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinentes establecidos en el respectivo régimen especial. Dentro de los actos de verificación pertinentes en materia de inmuebles, tiene especial relevancia la publicidad posesoria.

13 GUASTAVINO, Elías. "La protección a terceros adquirentes de inmuebles", JA, sección "Doctrina", 1973, pág. 104. Trigo Represas, Félix A. "La nulidad de los actos jurídicos y los terceros adquirentes de inmuebles", Revista del Notariado, N° 821, pág. 1427. Alterini, Jorge H. "Estudio de títulos", LL, 1981-B-858.

Presunción de buena fe

Conforme el art. 1919 la relación de poder se presume de buena fe, a menos que exista prueba en contrario, y se presume la mala fe, entre otros casos, cuando el título es de nulidad manifiesta, por lo cual si el vicio surge patente del acto (ostensible) el adquirente será considerado de mala fe.

Dominio imperfecto

Los arts. 1967 y 1969 en materia de dominio revocable establecen la importancia de la publicidad cartular con relación al efecto retroactivo o no de la revocación del dominio de cosas registrables, ya que salvo pacto en contrario plasmado en el texto escriturario, la revocación del dominio tendrá efecto retroactivo, por lo cual el revocante readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos de administración y disposición realizados por el titular de dominio resuelto.

Condición resolutoria

En este tema debemos tener presente que en el capítulo 7 del título IV del libro I de "Parte General", en materia de condiciones resolutorias, el art. 346 establece el principio contrario, es decir, salvo que del título surja lo contrario, la condición no opera retroactivamente.

Dominio fiduciario

El art. 1688, que regula sobre los actos de disposición y gravamen del titular fiduciario, establece que las limitaciones a las facultades dispositivas que no tengan publicidad cartular o registral no serán oponibles a los terceros interesados de buena fe. El contrato de fideicomiso que se refiera a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público, debe celebrarse por escritura pública. Por lo cual es de la escritura pública de donde surgirán las limitaciones a las facultades dispositivas del fiduciario, las que deberán transcribirse en la escritura de transferencia de dominio fiduciario y en todas las escrituras subsiguientes y tendrán asimismo publicidad registral.

Conjuntos inmobiliarios

El art. 2080 establece que toda limitación o restricción establecida por el reglamento, ya sea por limitaciones edilicias, por creación de derechos reales de servidumbre, por restricciones al dominio, por reglas de convivencia, por condiciones y pautas para el ejercicio de los derechos de uso y goce de los espacios comunes por terceros, por régimen de invitados y admisión de usuarios, por transmisión de unidades y sanciones, deberán ser transcritas en todas las escrituras traslativas del derecho real de propiedad horizontal. Agrega que el reglamento es parte integrante de los títulos de propiedad y se presume *iure et de iure* conocido por todo propietario del conjunto inmobiliario.

Todas estas aplicaciones particulares de los principios generales que venimos analizando nos hacen reflexionar acerca de la trascendencia de la publicidad cartular, posesoria y registral en materia de adquisición, constitución, transferencia o modificación de derechos reales sobre inmuebles y en particular la proyección e importancia del estudio de los antecedentes registrales, catastrales, cartulares, administrativos y judiciales a los efectos de coadyuvar a la configuración de la buena fe del tercero cuya adquisición en dichos términos tiene expresa causa legal.

V. LAS ADQUISICIONES A *NON DOMINO*, UNA EXCLUSIÓN JUSTA

El art. 1051 no hacía referencia a las adquisiciones a *non domino*, es decir aquellas en las que no había participación del verdadero titular del derecho. Fue ALSINA ATIENZA¹⁴ quien en el año 1968 recomendó la inclusión de un párrafo seguido al reformado 1051 que establecía: "Esta excepción no es aplicable si el acto anulado ha sido realizado sin la intervención alguna del titular del derecho o consistiera en actos dolosos de terceros". Finalmente la no inclusión de este párrafo en la reforma inició una ardua discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca de la procedencia o no de la acción reivindicatoria contra el subadquirente de buena fe y a título oneroso en una adquisición a *non domino* y la naturaleza jurídica de este acto de adquisición.

El art. 392 CCyC excluye expresamente de la protección a los casos de falta de autoría o falta de intervención del titular del derecho y recepta la evolución de la doctrina y la jurisprudencia en este sentido, ya que sin estar

14 ALSINA ATIENZA, Dalmiro. "Los derechos reales en la reforma del Código Civil", JA, 1969-470/471, N° 81, nota 91.

expresamente contemplada la exclusión en el art. 1051 del código velezano se justificaba su inaplicabilidad en virtud de diversas construcciones doctrinarias por juzgarse que se trataba de un caso de inexistencia o de inoponibilidad o de invalidez absoluta no comprendida en la tutela consagrada por la norma¹⁵. La doctrina y la jurisprudencia¹⁶ argentina se mostró contraria a sacrificar la seguridad estática en aquellos casos en los que no había participado el verdadero titular de dominio¹⁷. La posición del titular del dominio quedaba vigorizada frente al tercero de buena fe que adquirió a título oneroso cuando el primero no había sido partícipe del acto de enajenación. Las situaciones comprendidas en esta hipótesis son casos de sustituciones de personas, escrituras materialmente falsificadas, utilización de poderes apócrifos, inválidos o revocados, personerías inexistentes o ineficaces, y demás situaciones que se caracterizan por la falta de autoría o participación del verdadero dueño del inmueble en el acto transmisorio¹⁸. De esta manera, la transmisión operada sobre la base de actos falsos o adulterados no puede quedar legitimada en cabeza de ese tercero el cual sufrirá sin más los efectos propios de la nulidad. En concordancia con todo lo expuesto, expresamente el art. 2260 CCyC establece los alcances de la acción reivindicatoria, la paraliza frente al subadquirentes de buena fe y a título oneroso, excepto si el acto se realiza sin la intervención del titular del derecho. Se simplifican las soluciones consagradas en los arts. 2775, 2776, 2777 y 2778 del Código Civil, es decir que la improcedencia de la acción reivindicatoria no obedece a la configuración del acto de adquisición a *non domino* como inexistente o inoponible, o por una interpretación legal, sino que se trata de un acto nulo en donde la adquisición legal del derecho real del tercer adqui-

15 ALTERINI, Jorge. "El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible", JA, 1971-634. Alsina Añiza, Dalmiro. Ob. cit., JA, 1969-457. Llambías, Jorge, J. *Tratado de Derecho Civil*, "Parte General", t. II, pág. 583; Borda, Guillermo. *La reforma del Código Civil*, pág. 161; entre otros.

16 CCiv. y Com., Bahía Blanca, sala 2, 6/12/2007, "San Martín, Ana M. v. Carro, Anahí", AP, 1/70041735.

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

18 DE HOZ, Marcelo A. Ob. cit.

rente de buena fe y a título oneroso se paraliza frente al expreso texto de los arts. 392 y 2260 CCyC.

Entendemos que la adquisición a *non domino* no configura un acto inexistente, ya que la categoría de inexistencia conforme lo explica ZANNONI¹⁹ no es aplicable dentro de la teoría general de la ineficacia del acto, sino que se aplica en otro plano, que es el plano del ser y no en el plano del deber ser en donde se analizan las ineficacias dentro de las cuales tenemos a la nulidad. Analizar la ineficacia supone la existencia del acto, que como tal deviene ineficaz en virtud de un vicio congénito enquistado en alguno de los elementos del acto jurídico o bien por una causa sobreviniente al mismo. Tampoco configura un acto inoponible, ya que esta es ajena a la configuración de un vicio congénito, porque se refiere exclusivamente a imposibilidad de producir el acto sus *efectos*²⁰ plenos frente a determinadas personas. La procedencia de la acción reivindicatoria en las adquisiciones a *non domino* está prevista expresamente por el art. 2260 y es esta acción la que provoca la nulidad del acto de transferencia a *non domino*. Si precisamente la reivindicación se sustenta en el hecho afirmado por el reivindicante de que él no otorgó el acto, su derecho a poseer está directa e inmediatamente afectado por el acto de terceros. Este será nulo como consecuencia de la reivindicación triunfante.

El tercer adquirente en la medida que pueda probar su buena fe, es decir que no ha conocido o podido conocer la falta de derecho en su relación posesoria a través de las constancias registrales y de los exámenes previos de la documentación legitimante, en el caso de sustitución de personas por ejemplo, sólo podrá ampararse en la prescripción breve para consolidar su derecho. La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años a partir de la inscripción del justo título (art. 1898). La inscripción del justo título y la posesión del tercer adquirente de buena fe son dos medios idóneos y suficientes para publicitar su derecho *erga omnes* y principalmente frente al verdadero propietario que es contra quien va a adquirir. El justo título para usucapir posibilita la adquisición de un inmueble en tanto se sumen buena fe y posesión decenal. En su versión más pura²¹ es un acto jurídico que tiene por finalidad transmitir el derecho real de que se trate, revestido de las formalidades exigidas por la ley,

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

20 MARTÍNEZ RUIZ, Roberto. "Distinción entre acto nulo y acto inoponible", JA, 1943-IV-335.

21 ALTERINI, Jorge H. Ob. cit.

pero sin consideración de quien emana. La prescripción corta procura la plena oponibilidad del derecho real adquirido. "Precisamente el vicio resultante de la falta de todo derecho de propiedad en el autor de la transmisión, es lo que la prescripción tiene por objeto cubrir"²².

Podemos concluir que esta protección que resguarda la adquisición del derecho del subadquirente de buena fe frente a una posible acción de nulidad tiene ahora expresa causa legal. Los arts. 1894 y 392 consagran el principio de abstracción en miras de la protección del tráfico jurídico inmobiliario, es decir que la ley en cierta forma independiza la adquisición de este especial tercero del acto antecedente. Entendemos que el art. 1894 va más allá del art. 392 cuando amplía la protección al adquirente de buena fe por lo cual la protección de este adquirente no encuentra otra justificación más que la suma de su voluntad de adquirir, su posesión y su buena fe. Según los hermanos MAZEAUD, allí la adquisición de la propiedad se produce por virtud de la ley: es una adquisición *lege*²³. El art. 392 establece que el segundo negocio dispositivo es perfectamente válido a punto tal que se abstrae del primero, existe, es válido y eficaz, permitiendo así al tercero legitimar su derecho y bonificar su título reingresándolo al tráfico jurídico negocial, pero exige para permitir su protección que este tenga la íntima convicción de estar actuando conforme a derecho y que su actuar sea activamente diligente, lo que involucra al notario como operador del derecho, quien deberá mediante el correspondiente estudio de títulos verificar los antecedentes cartulares, registrales, administrativos y posesorios a los efectos de garantizar la bondad del título del tercero. La estructura de las normas y su fundamento conducen a pensar que la intención del legislador fue radicar directamente la propiedad de los bienes, estableciendo una excepción evidente al sistema de título y modo, pero basada dicha determinación en la necesidad de amparar la buena fe exenta de culpa.

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

"Renunciar al deber funcional de la realización del estudio de títulos, el cual constituye uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el notariado de tipo latino, significa, en consecuencia desnaturalizarlo y abrir las

22 Nota al art. 4010 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

23 MAZEAUD, Henri, León y Jean. Ob. cit., pág. 119.

puertas a la inseguridad jurídica, llevando a la irremediable y lógica aparición del seguro de títulos.”²⁴

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- BORDA, GUILLERMO A. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Contratos*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.
- BUERES, ALBERTO J. *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, tomos 1 y 2, Ed. Hammurabi, 2014.
- BUERES, ALBERTO J.; CAUSSE, FEDERICO; y PETTIS, CHRISTIAN. *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derechos Reales*, Ed. Hammurabi, 2015.
- ETCHEGARAY, NATALIO PEDRO. “Esquemas de Técnica Notarial”, Ed. Colección Esquemas del Instituto Argentino de Cultura Notarial.
- ETCHEGARAY, NATALIO PEDRO. *Escrituras y actas notariales. Examen exegético de una escritura tipo*, 2ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998.
- GATTARI, CARLOS NICOLÁS. *Práctica Notarial*, Ed. Depalma, Buenos Aires.
- GATTARI, CARLOS NICOLÁS. *Manual de Derecho Notarial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992.
- GATTARI, CARLOS NICOLÁS. *Vocabulario jurídico notarial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998.
- GURFINKEL DE WENDY, LILIAN N. (directora). “Summa de Derechos Reales”, varios tomos, Abeledo-Perrot, 2012.
- HIGHTON, ELENA A. (directora) y VITALE, ANGÉLICA. (coordinadora). *La función notarial en la comunidad globalizada*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005.
- Jornadas Notariales Argentinas, 1944-2008, FEN, primera edición, 2010.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO. *Teoría de los contratos*, tomo I, “Parte General”, Ed. Víctor P. de Zavallá, Buenos Aires, 1984.
- LLAMBÍAS, JORGE J. y ALTERINI, ATILIO A. *Código Civil anotado*, tomo III-A, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- NERI, ARGENTINO I. *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, Ed. Depalma, volumen 2, “Instrumentos”; volumen 3, “Escrituras y Actas”; volumen 4, “Protocolo. Títulos”.
- NUÑEZ LAGOS, RAFAEL. “Los esquemas conceptuales del instrumento público”, Uni-

24 XVIII Jornada Notarial Argentina, Salta, 2 al 7 de noviembre de 1980, “Tema II: Estudio de Títulos. Cláusulas de títulos perfectos. Buena Fe y diligencia del adquirente a título oneroso. Responsabilidad”, despacho 2, minoría redactada por Alberto Villalba Welsh, Elisa Alabes de Colombo y Gabriel Barat.

Congresos y Jornadas

versidad Notarial Argentina, La Plata, 1967.

PELOSI, CARLOS A. *El documento notarial*, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997.

RIVERA, JULIO CÉSAR y MEDINA, GRACIELA (directores). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, varios tomos, La Ley, 2014.

ZAVALA, GASTÓN. "Nulidades instrumentales", en ARMELLA, CRISTINA. *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, tomo 3, Ad hoc, Buenos Aires, 1998, págs. 121 a 181.

ZAVALA, GASTÓN. "Ineficacia y subsanaciones en el documento notarial", en *Revista Notarial*, Nº 943, 2002, págs. 755 a 781.

ZAVALA, GASTÓN. "Subsanación de los documentos notariales" en ARMELLA, CRISTINA. *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, tomo 3, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, págs. 219 a 239.

ZANNONI, EDUARDO A. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, 1986.

El artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación*

Mariela Gatti

SUMARIO. 1. *Introducción.* 2. *Alcance.* 2.1. *Funcionarios públicos.* 2.2. *Personas comprendidas.* 2.3. *Supuestos no contemplados.* 2.4. *El interés personal.* 3. *Efectos.* 3.1. *Carácter de la invalidez.* 3.2. *Invalidez del instrumento o del acto.* 3.3. *Conversión.* 4. *Conclusión.* 5. *Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN

El título IV del libro primero del Código Civil y Comercial de la Nación contiene las disposiciones relativas a los "Hechos y Actos Jurídicos", y dentro de estos últimos (capítulo 5), en su sección 4º, se ocupa específicamente de los "instrumentos públicos". Luego de enunciarlos y establecer sus requisitos (arts. 289 y 290 respectivamente) determina, bajo el subtítulo "Prohibiciones", que: "Es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados".

La nueva norma del derecho de fondo tiene su fuente en el art. 985 del Código Civil velezano (derogado por la ley N° 26.994), y en el inc. c) del art. 268 del proyecto de unificación del año 1998. En el primero, el acto otorgado era

* Trabajo galardonado con el primer premio de la Editorial Astrea compartido, en el marco de la 39 Jornada Notarial Bonaerense, realizada en Mar del Plata entre el 25 y el 28 de noviembre de 2015. Corresponde al tema 2.

de “ningún valor” si se encontraban personalmente interesados el funcionario público autorizante o sus parientes hasta el cuarto grado; mientras que el derecho proyectado de 1998 exigía que dichos sujetos no fueran parte en el instrumento como recaudo de validez del mismo, y alcanzaba a la intervención en representación de terceros y al segundo grado de afinidad.

Más allá de las diferencias en cuanto a la extensión de la prohibición, la existencia de estas normas tanto en el ámbito nacional como en el derecho comparado, pretende la actuación imparcial y objetiva del funcionario público estableciendo un criterio de justicia que garantice la equidistancia entre las partes otorgantes del acto, la igualdad en el resguardo de los derechos y el cumplimiento de los deberes que se encuentren comprometidos.

La directiva subyacente es precisa: es el oficial público, en el ejercicio de sus funciones, quien debe analizar la situación concreta y determinar la imposibilidad de intervenir siempre que considere que su imparcialidad se pueda ver afectada por las circunstancias del caso.

2. ALCANCE

Sin perjuicio de establecer un principio genérico tendiente a dirigir la correcta conducta del funcionario público, y más allá de la valoración personal que queda reservada a la conciencia del sujeto y que determinará su comportamiento, la norma jurídica debe necesariamente regular situaciones determinadas para imponerles consecuencias. En ese orden de ideas, el art. 291 exige la presencia del “interés personal” como supuesto de hecho, esto es, como condición esencial para que se produzca el efecto jurídico previsto.

En virtud de que la comprobación del presupuesto puede concluir en la declaración judicial de nulidad del instrumento, la interpretación debe ser restrictiva y es necesario delimitar su ámbito de atribución, es decir, precisar las circunstancias objetivas que habilitan su aplicación.

2.1. Funcionarios públicos

El art. 289 del nuevo ordenamiento civil y comercial contiene la enunciación de los instrumentos públicos, mencionando en sus dos primeros incisos a las escrituras públicas, sus copias o testimonios, y a los instrumentos, en sentido genérico, que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes.

A semejanza del art. 979 del código sustituido, se incluyen en esa catego-

ría todos aquellos instrumentos emanados de los agentes en quienes el estado delega la fe pública, obligando a tener por ciertos y auténticos determinados hechos documentados por su sola afirmación, mientras no sean argüidos de falsos y declarados tales en sentido firme (conforme doctrina del fallo de Cámara Nacional Civil en pleno, "Cock, Guillermo", 5/10/48, JA, 1949-I-443).

Si bien no existen dudas sobre la aplicación de las denominadas "prohibiciones" a las escrituras públicas y, en consecuencia, a los escribanos, la interpretación integrada de ambos preceptos (arts. 289 y 291 CCyC) permite inferir que abarcan también a los instrumentos extendidos por funcionarios públicos, excediendo a los notariales e incluyendo a aquellos de origen judicial y administrativo (siempre que reúnan los recaudos legales necesarios).

Por otra parte, el citado art. 289 diferencia a las escrituras y a sus testimonios de los restantes instrumentos extendidos por los funcionarios públicos que reúnan los recaudos legales. De la enunciación contenida en la norma puede deducirse que el art. 291 alcanza también a los documentos (en sentido amplio) en los que el notario intervenga en ejercicio de su función y que no sean escrituras públicas.

2.2. Personas comprendidas

Utilizando un criterio de aplicación objetivo, la norma en exégesis extiende la ineficacia a aquellos instrumentos en que se encuentren comprometidos intereses personales del cónyuge del conviviente y de los determinados parientes del funcionario autorizante.

En razón del afecto presumido que une a esas personas con el oficial público y por las consecuencias jurídicas que se derivan de sus vínculos legales, el codificador los ha equiparado otorgando igual valor a los instrumentos en que intervengan unos y otros siempre que se encuentren personalmente interesados.

Cónyuge

A diferencia del código sustituido, la nueva normativa contempla expresamente al cónyuge del funcionario público. La inclusión resulta lógica y ajustada a derecho y venía siendo sostenida en doctrina y en jurisprudencia a pesar de que VÉLEZ SANSFIELD no lo había incorporado expresamente.

No pueden plantearse dudas sobre su aplicación al caso en que se haya optado por el régimen matrimonial de separación de bienes, ya que si bien el funcionario no está patrimonialmente involucrado, el interés personal y directo

Congresos y Jornadas

de su cónyuge es el que configura el supuesto de hecho requerido.

Parentesco por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida

La nueva ley, al igual que el Código Civil de 1871, incluye dentro de las personas cuyo interés afecta al instrumento, a los parientes del oficial autorizante hasta el cuarto grado.

El concepto de parentesco adoptado por el Código Civil y Comercial lo caracteriza como el vínculo jurídico existente entre personas que descienden de un tronco común sin distinguir el origen. Aclara que, cuando tal distinción no es expresa, las disposiciones se aplican "...sólo al parentesco por naturaleza, por métodos de reproducción humana asistida y por adopción, sea en línea recta o colateral".

En definitiva, y sin perjuicio de lo establecido para la adopción simple, de integración y por afinidad, las prohibiciones contenidas en el art. 291 alcanzan en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos y tatarabuelos; en línea descendente a los hijos, nietos, bisnietos y tataranietos; y en línea colateral a los hermanos tíos y primos, tanto si el vínculo con el oficial público es bilateral o unilateral (conf. art. 534).

Adopción

En todos los casos de adopción la prohibición incluye a adoptante y adoptado, ya que se crea una relación de parentesco entre ellos.

En el supuesto de *adopción plena*, la norma no abarca a los parientes biológicos del adoptado (con las excepciones que surgen del art. 621), porque dejan de tener vínculo jurídico con él y por lo tanto con el funcionario autorizante del documento.

En el caso de *adopción simple*, no será aplicable a la familia de origen del adoptado respecto del adoptante, ni a la de este respecto de aquel, en virtud de que no existe nexo legal entre ellos.

Para la *adopción de integración*, que es la que une al adoptado con el cónyuge o conviviente de uno de sus progenitores de origen, el oficial público deberá tener en cuenta el alcance de la sentencia de adopción, ya que: "...si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena"; pero si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen puede que subsistan relaciones legales con uno o varios parientes de la familia de origen, o que se hayan creado vínculos jurídicos con uno o varios parientes de la familia del adoptante (conf. arts. 630, 631 y 621

CCyC).

Debe dejarse aclarado que las facultades judiciales emanadas del art. 621 y citadas en el apartado anterior son aplicables a *todos* los casos de adopción. Debe atenderse fundamentalmente al interés superior del niño, niña o adolescente, debe ser más conveniente para el adoptado, instado por las partes y con motivos fundados.

Afinidad

El parentesco por afinidad es el que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge (art. 536 CCyC).

En razón de que VÉLEZ SANSFIELD no había incluido expresamente al cónyuge, la doctrina y la jurisprudencia entendían que a los fines de interpretar la afinidad ambos cónyuges eran considerados como si fueran una misma persona, y como la ley no distinguía, el antiguo art. 985 se extendía por analogía al cuarto grado de los parientes afines, lo que resultaba un tanto excesivo.

El nuevo código recorta las prohibiciones para esta clase de parentesco y las limita al segundo grado, adoptando el criterio de la mayoría de las legislaciones comparadas.

La prohibición establecida por el art. 291 alcanzará, en consecuencia, a los instrumentos en que se encuentren involucrados personalmente intereses de los padres y hermanos del cónyuge del funcionario público, en línea colateral; en línea ascendente, a sus padres y abuelos; y a sus hijos y nietos unilaterales, en línea descendente.

Por otra parte, la redacción del último párrafo del el citado art. 536 no deja dudas respecto de la exclusión de la aplicación de las prohibiciones a las familias de cada uno de los cónyuges entre sí (afines de los afines): “El parentesco por afinidad no crea vínculo jurídico alguno entre los parientes de uno de los cónyuges y los parientes del otro”.

Por último, el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y por ende el parentesco por afinidad, no quedando alcanzados ni el excónyuge ni sus parientes por la prohibición del art. 291 del nuevo código.

Conviviente

Las uniones convivenciales han sido expresamente reguladas por la nueva legislación civil. Como consecuencia de ello, y a efectos de garantizar la perseguida imparcialidad del funcionario público en el ejercicio de su ministerio, el artículo en análisis incluye expresamente al conviviente entre las personas cuyo interés afecta al instrumento en el que intervienen.

Ahora bien, para que el vínculo afectivo de dos personas del mismo o de diferente sexo que conviven y comparten un proyecto de vida común alcance relevancia jurídica, se exige: que ambos convivientes sean mayores de edad; que no sean parientes en cualquier grado en línea recta (naturales, por adopción o afines), y hasta el segundo grado de colateralidad (hermanos y tíos); que no tengan impedimento para contraer matrimonio ni simultáneamente otra convivencia registrada; y que mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años (arts. 509 y 510 CCyC).

En virtud de que las nulidades deben ser de interpretación restrictiva y declaradas judicialmente, de la interpretación de las normas analizadas surge que quien pretenda la invalidez del instrumento deberá probar, además del interés del supuesto conviviente, que se reúnen todos los requisitos enunciados para que se configure el vínculo. En tal sentido, no debe dejarse de lado que la unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba y que la inscripción en el registro respectivo es prueba suficiente (pero no requisito) de su existencia (conf. art. 512 CCyC).

2.3. Supuestos no contemplados

A pesar de los análisis doctrinarios y jurisprudenciales realizados respecto de la aplicación del antiguo art. 985 del código sustituido, la ley no recoge expresamente algunos supuestos en que los límites establecidos resultan al menos imprecisos. Debido a la imposibilidad material de consignar la extensa casuística que puede abarcar, enunciaremos sólo los dos casos que contemplaban los antecedentes del artículo analizado.

Personas jurídicas

La norma derogada (art. 985 CC) establecía la validez del acto otorgado cuando el interés personal tenía origen en la participación en sociedades anónimas o en el desempeño como gerentes o directores de ellas.

El art. 291 del nuevo ordenamiento no realiza distinción alguna, por lo que debe inferirse que, tratándose de personas distintas al funcionario público -su cónyuge, conviviente o parientes-, la prohibición no es aplicable a los instrumentos en los que el interés se circunscribe a la participación o representación de personas jurídicas. Va de suyo que, en cualquier caso, podrá probarse la existencia del interés personal directo de los sujetos involucrados, abriendo así la posibilidad de ser alcanzados por los efectos de la norma.

Representación de terceros

El art. 268 del proyecto de unificación de 1998 exigía, como recaudo de validez del instrumento, que el funcionario autorizante no interviniera en representación de terceros.

La inaplicabilidad de las prohibiciones reconoce el mismo argumento que para el caso de las personas jurídicas en virtud de que la nueva ley no lo contempla expresamente.

Incluso en el caso de existir contrato de mandato, el interés personal del funcionario, de su cónyuge, de su conviviente o de su pariente, deberá ser probado cuando cualquiera de ellos actúe en representación de terceras personas de lo que se desprende que la actuación en tales caracteres no estaría prohibida.

A los efectos de ampliar el concepto, pueden citarse algunas de las conclusiones que resultaron de la XXXI Jornada Notarial Argentina llevada a cabo en la ciudad de Córdoba del 7 al 9 de agosto de 2014, que se dedicó a las prohibiciones del art. 985 del código velezano (tema III): "La salvedad comprendida en la última parte del art. 985 debe extenderse a todas las personas jurídicas, en razón de su personalidad diferenciada.

Debe descartarse la intervención del notario en los actos de instrumentación fiduciaria en los que él mismo o sus parientes en el cuarto grado, intervengan directamente en su calidad de fiduciantes, beneficiarios, fideicomisarios, pero únicamente respecto del o los bienes que se le deban transmitir. Si el fideicomiso incluye otros bienes que serán transmitidos a terceras personas, la imparcialidad del notario no se vería afectada".

En el acto unilateral de apoderamiento no rige la prohibición para los casos en los que el pariente del notario sea designado apoderado, cuando no estuviera personalmente interesado.

La prohibición alcanza tanto al titular del registro notarial como al adscrito en igual medida, y a ambos recíprocamente.

2.4. El interés personal

Como se dijo, las pautas objetivas para la determinación de los sujetos y de los instrumentos que se encuentran alcanzados por las prohibiciones del art. 291, ceden frente al supuesto de hecho que determina la razón de su existencia, esto es: lo que puede dar origen a la nulidad del instrumento es el "interés personal" del funcionario o de las personas expresamente contempladas.

De esta manera, será el oficial público el que deberá evaluar si se en-

cuentra comprometido algún interés que afecte su imparcialidad y, en todo caso, la validez o invalidez del instrumento dependerá de una decisión judicial instada por quien pretenda un perjuicio que derive de esa circunstancia.

La doctrina ha tratado de delimitar el concepto de “interés personal” sosteniendo que debe ser “directo, económico, objetivo y con virtualidad suficiente como para afectar la imparcialidad del oficial autorizante”¹.

La XXXI Jornada Notarial Argentina llevada a cabo en la ciudad de Córdoba del 7 al 9 de agosto de 2014 concluyó, en relación al art. 985 del código velezano, que: “La norma exige un interés personal, que deberá ser relevante e inmediato para que opere la invalidez”.

También se ha dicho que: “Debe ser 1. Directo: Debe ser consecuencia inmediata y necesaria de causa a efecto (art. 520, Código Civil). Debe derivar de un hecho que acostumbra a suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901, Código Civil). 2. Económico: No es exclusivo pero debe ser suficiente para que potencialmente desvíe la imparcialidad del escribano. 3. Objetivo: Se insiste en aplicar un criterio objetivo, excluyendo afectos o estimas ya que cualquier apreciación subjetiva puede afectar la mayoría de los actos jurídicos. Debe ser imputable a su autor (art. 903, Código Civil)”².

La aplicación de las consecuencias previstas en el art. 291 del Código Civil y Comercial dependerá, en definitiva, de la apreciación judicial. La letra de la ley sólo exige que los sujetos comprendidos se encuentren personalmente interesados, sin que se establezca ninguna característica determinada. Lo que no generará discrepancia es la necesidad de que dicho supuesto deba tener la virtualidad suficiente para afectar la imparcialidad que protege la norma.

3. EFECTOS

3.1. Carácter de la invalidez

La nueva legislación civil determina que los actos: “...son ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas” (art. 382 CCyC). El concepto de ineficacia es abarcativo del de invalidez o nulidad, y del de inoponibilidad, pero no se agota con ellos. Un acto ineficaz es aquel que no tiene los efectos propios que la ley le asigna por causas in-

1 ARMELLA, Cristina. “Comentario al art. 985”, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis Doctrinario y Judicial*, “Parte General. Obligaciones”, tomo 2 C, arts. 979 a 1065, pág. 30.

2 BACA MARTÍNEZ, Eloísa; Condoleo, Néstor y Gonzalía, María Victoria. “Poderes a favor de parientes del escribano”, *Revista del Notariado* N° 894, pág. 145.

herentes a su estructura o incluso por causas ajenas. Así, pueden incluirse en esta categoría los actos sujetos a condición, la resolución, la caducidad y la rescisión, entre otros

En una somera aproximación puede decirse que la nulidad es un vicio que también priva al acto de sus efectos propios, tiene origen en el nacimiento del mismo y pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes de la declaración, incluso entre las partes otorgantes. En cambio, la inoponibilidad hace que el acto carezca de sus consecuencias particulares respecto de determinados terceros.

Una vez identificadas las categorías de ineficacia, el nuevo código se ocupa de la distinción entre nulidades absolutas o relativas y totales o parciales. Cabe resaltar que se ha eliminado, con acertado criterio, la discutida diferenciación entre actos nulos y anulables. Los fundamentos del anteproyecto explican acabadamente tal supresión, concluyendo que: "no existen motivos serios para defender la relevancia ontológica de la clasificación"³.

Dentro de los actos inválidos, el carácter absoluto o relativo se basa en el interés fundamentalmente protegido, ya se trate del general (integrado por el orden público, la moral y las buenas costumbres) o particular (es decir, en protección del interés de determinadas personas).

De acuerdo a lo expuesto, deviene incuestionable que el incumplimiento de lo establecido en el art. 291 configura un vicio sancionado con nulidad absoluta ("es de ningún valor"). Ello se desprende, como expresaran LUIS MOISSET DE ESPANÉS y JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ, de que: "...todo lo atañedero a la forma instrumental, particularmente instrumento público, es materia de orden público (...) Lo importante, sin embargo, no es la manera en que se presenta el vicio, pues cuando hay defectos de forma, sea el acto nulo o anulable, esté o no de manifiesto el defecto, la consecuencia es la nulidad absoluta, que lo torna inconfirmable...".

Esta determinación resulta de trascendental importancia ya que la nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte (si es manifiesta en el momento de dictar sentencia); puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado (excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho); y no puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción (art. 387 CCyC). En cambio, la nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece, es confirmable de acuerdo a lo establecido en los arts. 393 y siguientes, y la acción es prescriptible.

En definitiva, los instrumentos autorizados por un funcionario público en

3 Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, págs. 477 y 478.

asuntos en que él, su cónyuge, su conviviente o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados, serán *nulos de nulidad absoluta*. En tanto no se demuestren los presupuestos de hecho que configuran el vicio, el instrumento es válido. Cuando se pruebe y declare en sede judicial que se vulneraron las prohibiciones establecidas en el art. 291, habiéndose afectado la imparcialidad del funcionario, el instrumento resultará inconfirmable por razones de orden público, conforme a lo normado en los arts. 386 y 387.

El efecto principal de la nulidad será el de volver las cosas al mismo estado en que se hallaban antes de la declaración judicial en tal sentido, y obligará a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido en cumplimiento de lo instrumentado (art. 390 CCyC).

3.2. Invalidez del instrumento o del acto

Más allá de todas las consideraciones anteriores, el análisis del art. 291 del Código Civil y Comercial nos ha llevado a plantearnos si la configuración de los presupuestos fácticos que la norma establece conlleva a la nulidad absoluta del instrumento público o del acto en él contenido.

Este interrogante surge en virtud de la redacción del precepto en relación a sus antecedentes. En efecto, el antiguo art. 985 del código velezano determinaba que eran de ningún valor *los actos* autorizados en contravención a la prohibición. Sin perjuicio de las soluciones que pudieran asignarse, la consecuencia de la conducta prevista era la nulidad del acto en que el interés personal se encontraba involucrado.

En el mismo sentido, el art. 291 del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión de Reformas (decreto N° 191/2011), también se refería a *los actos*, reemplazándose luego por *los instrumentos* en el texto del proyecto definitivo y en concordancia con el inc. c) del art. 268 del derecho propuesto del año 1998.

En este orden de ideas, y al menos en principio, tal sustitución no parece casual, por lo que resulta interesante realizar una breve distinción a simple modo de observación.

Nulidades instrumentales

Podemos comenzar diciendo que la voluntad debe exteriorizarse por algún modo perceptible para que el acto produzca efectos. En el ámbito del derecho, esa exteriorización se traduce en la *forma* que constituye uno de los elementos esenciales del acto jurídico.

En el marco de la teoría general de las nulidades, la invalidez formal o instrumental incide o afecta el continente del negocio jurídico. Sin embargo, esa afectación no necesariamente anula el contenido, ni le traslada el vicio que invalida el instrumento. Los efectos del acto dependerán de la función que la ley le asigne a la forma para la perfección y eficacia *erga omnes* y/o entre las partes.

En efecto, en algunos casos la ley impone determinadas formalidades para otorgar validez, de modo tal que si no se cumple acabadamente con ellas la nulidad se refleja en el acto, y éste se convierte en nulo. En otros casos, la inobservancia de las normas formales no implica la nulidad del negocio contenido. Si la forma del acto se establece y conviene con la finalidad de probar la existencia y contenido de la voluntad sin ser requerida para valer, su incumplimiento dejará a salvo el acto y este será plenamente válido y eficaz.

El art. 284 del nuevo ordenamiento recepta el principio de libertad de formas facultando a la partes para optar por la que consideren más conveniente, e incluso pactar una "más exigente" que la prevista por la ley. El artículo siguiente determina que: "El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, *excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad*" (el destacado nos pertenece). De estos preceptos se desprende la diferencia entre forma para valer y forma para probar, y entre actos formales solemnes y no solemnes dependiendo de que la observancia de las formalidades determine o no la validez acto.

De acuerdo a lo expuesto, si nos ajustamos a la letra de la ley, el incumplimiento de las prohibiciones establecidas por el art. 291 conduciría a la nulidad del instrumento que por ser formal debería, en principio, afectar el continente del negocio jurídico y no su contenido, excepto que la forma instrumento público sea impuesta por la ley en los términos del art. 285.

En todos los casos, la resolución judicial que declare la invalidez del instrumento por haber comprobado la existencia del interés personal que le sirve de presupuesto a la norma establecerá también el alcance de la nulidad y su incidencia en el negocio jurídico subyacente.

3.3. Conversión

La doctrina civilista argentina ha discutido sobre la naturaleza jurídica de las prohibiciones del antiguo art. 985 del código velezano que se reflejan en el actual art. 291. Se ha dicho que se trata de una incapacidad del funcionario de incompetencia en razón de las personas o de incompatibilidad para ejercer su

función.

La principal finalidad práctica de establecer la naturaleza jurídica radicaba en la posibilidad de aplicar el instituto de la conversión que permitía transformar un instrumento público nulo en otro instrumento sucedáneo al frustrado, equiparado al privado, cumpliendo esencialmente con los fines probatorios que las partes tuvieron en vista al otorgar el primero. Como el Código Civil derogado no contenía ninguna norma general en materia de conversión, para que fuera posible que ese fenómeno jurídico operara, la nulidad debía provenir de la incompetencia del funcionario o de defectos de forma del instrumento (conf. art. 987 CC).

La nueva legislación incorpora, en el art. 384, la conversión en sentido genérico: "El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad".

Para que el instituto pueda aplicarse al instrumento nulo derivado de las prohibiciones del art. 291, deben reunirse dos requisitos: en primer lugar, debe tener los elementos de forma y sustancia necesarios para producir los efectos de otro instrumento (requisito objetivo), y debe también probarse que los otorgantes hubieran querido ese otro instrumento de haber previsto la invalidez (requisito subjetivo). Además, la conversión será viable siempre que se trate de instrumentos que no contengan actos jurídicos formales solemnes.

4. CONCLUSIÓN

La reforma del Código Civil y Comercial conserva el principio rector que dirige la actuación imparcial de los funcionarios públicos en ejercicio de sus atribuciones.

La ley pretende que los agentes en quienes delega la fe pública se encuentren ajenos a las percepciones, argumentos y lenguaje basados en el punto de vista del sujeto, y por tanto influidos por los intereses y deseos particulares del mismo. Para ello, requiere que sus representantes adopten una perspectiva intersubjetiva, no prejuiciada y verificable por la sociedad en virtud de que los instrumentos emanados de ellos son válidos por sí mismos.

El nuevo art. 291, al igual que en la legislación sustituida, deja en la conciencia ética del funcionario la estimación sobre la posibilidad de que su interés personal o el de sus vínculos afectivos se encuentre involucrado, indicando que debe abstenerse de intervenir si considera que su objetividad se ve afectada.

El instrumento nulo supone una discordancia entre la actuación del funcionario público y la obligación que el ordenamiento jurídico le impone, lo que se traduce en una discrepancia entre el instrumento realmente otorgado y el

previsto legalmente. Sin embargo, no necesariamente el vicio del instrumento incide directamente en la validez del negocio contenido en él. La nulidad del continente no debe redundar inevitablemente en el contenido.

En cualquier caso, la existencia de parcialidad debe ser evaluada y probada judicialmente, por lo que el acto es considerado válido hasta que un pronunciamiento judicial declare lo contrario.

La extensión de la prohibición al interés de determinadas personas que la legislación sustituida no contemplaba es consecuencia de la interpretación doctrinaria y judicial del sentido que el codificador pretendió darle a la norma.

Si bien no puede restringirse el ámbito de aplicación del precepto a la estricta letra de la ley, tampoco se debe admitir por la aplicación de un criterio extensivo que cualquier acto autorizado por un funcionario en que intervenga alguna clase de "afecto" o vínculo se considere potencialmente inválido, por ello se establece un límite objetivo al grado de vinculación entre los sujetos comprendidos.

En el ejercicio de sus funciones, el oficial público debe actuar con imparcialidad y en consideración del interés público, dentro de parámetros objetivos, sin consideraciones particulares a favor o en contra de persona o personas determinadas. Este es el sentido que debe darse a las prohibiciones establecidas por el art. 291 del nuevo Código Civil y Comercial.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA, ADRIANA N. "Comentario a los arts. 248 a 298", en *Código Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado*, tomo I, Editorial Astrea-FEN, 2015.
- ARMELLA, CRISTINA. "Comentario al art. 309", en *Código Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado*, tomo I, Editorial Astrea-FEN, 2015.
- ARMELLA, CRISTINA. "Comentario al art. 985", en *Código Civil y normas complementarias. Análisis Doctrinario y Judicial*, "Parte General. Obligaciones", tomo 2 C, arts. 979 a 1065.
- BACA MARTÍNEZ, ELOÍSA. "Poderes a favor de parientes del escribano", *Revista del Notariado*, N° 894.
- BENAVENTE, MARÍA ISABEL. "Comentario a los arts. 257 a 288 y 382 a 397", en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª edición, Infojus, 2015.
- BENSEÑOR, NORBERTO RAFAEL. "El art. 985 del Código Civil Argentino", Seminario Laureano Arturo Moreira, mayo de 2001, *Revista del Notariado* N° 938.
- BORDA, GUILLERMO J. *Tratado de Derecho Civil*, "Parte general", tomo II.
- CARMINIO CASTAGNO, JOSÉ CARLOS "El art. 985 del Código Civil Argentino", *Revista del Notariado* N° 859, págs. 25 y sgts.
- CONDOLEO, NÉSTOR. "Poderes a favor de parientes del escribano", *Revista del Notariado*

Congresos y Jornadas

N° 894.

COSOLA, SEBASTIÁN JUSTO. "Comentario a los arts. 284 a 319", en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo I, Editorial La Ley, 2015.

FALBO, MARCELO N. "Comentario a los arts. 382 a 400", en *Código Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado*, tomo I, Editorial Astrea-FEN, 2015.

GONZALÍA, MARÍA VICTORIA. "Poderes a favor de parientes del escribano", *Revista del Notariado*, N° 894.

LAMBER, RUBÉN AUGUSTO. *La escritura pública*, tomo I, FEN, 2003.

MALICKI, ANAHÍ. "Comentario a los arts. 382 a 397", en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo I, Editorial La Ley, 2015.

MARIANI DE VIDAL, MARINA. *Curso de Derechos Reales*, tomo 2, Ed. Zavallá.

PELOSI, CARLOS A. *El Documento Notarial*, Editorial Astrea, 1987.

PELOSI, CARLOS A. "El art. 985 del Código Civil Argentino", *Revista del Notariado* N° 888.

REGIS, ARIEL. "Comentario a los arts. 248 a 298", en *Código Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado*, tomo I, Editorial Astrea-FEN, 2015.

ZANNONI, EDUARDO A. *Derecho Civil. Derecho de Familia*, tomo I.

Un nuevo derecho real sale a la superficie*

*Elda Fernández Cossini
Mariana Hefling
Bárbara Ríos
Gonzalo Matías Vásquez*

*“No es la especie más fuerte la que sobrevive, ni la
más inteligente, sino la que responde mejor al cambio”.*
CHARLES DARWIN.

SUMARIO. I. Ponencias. II. Introducción. III. Conceptualización y características. IV. Diferencias con figuras afines. V. Aspectos registrales. VI. Sus antecedentes y su aplicación en el derecho comparado. VII. Conclusión. VIII. Bibliografía.

* Trabajo galardonado con el segundo premio de la Editorial Astrea compartido, en el marco de la 39 Jornada Notarial Bonaerense, realizada en Mar del Plata entre el 25 y el 28 de noviembre de 2015. Corresponde al tema 14.

I. PONENCIAS

El derecho real de superficie incorporado al Código Civil y Comercial de la Nación constituye una importante innovación que se materializa en un desmembramiento del derecho de dominio no contemplado por VÉLEZ.

El titular del dominio puede constituir derecho real de superficie en cualquiera de sus dos modalidades permitiendo al superficiario: a) realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido, en cuyo caso es derecho real *sobre cosa ajena*; como también permitir que: b) se constituya el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad (propiedad superficiaria), en cuyo caso se trata de derecho real *sobre cosa propia*.

De una u otra manera daría nacimiento a una coexistencia de derechos:

1) derecho del superficiario y 2) derecho del titular del suelo, por lo que el dominio va a sufrir un desmembramiento, convirtiéndose en imperfecto.

El titular de la propiedad superficiaria puede someterla al régimen de la propiedad horizontal. En principio, y si las partes nada dicen, no se requerirá el consentimiento del titular de dominio del inmueble para hacerlo, salvo que se hubiera pactado expresamente lo contrario.

Se recomienda incorporar, al constituir el derecho real de superficie, alguna cláusula de garantía o depósito que salvaguarde los derechos del titular del suelo y que prevenga que el superficiario descuide o abandone la cosa cuando el plazo esté cerca de su vencimiento.

Cuando el derecho de superficie es oneroso, y a fin de garantizar frente al silencio normativo el derecho al cobro de la contraprestación por parte del titular de dominio del inmueble frente al resto de los acreedores del superficiario, se recomienda constituir simultáneamente al derecho real de superficie un derecho real de garantía hipotecaria en primer grado sobre la propiedad superficiaria en favor del primero.

II. INTRODUCCIÓN

El notariado bonaerense vuelve a convocarse en su encuentro académico más importante, en esta oportunidad con el desafío de situarnos frente a un momento histórico, como es la reforma de la legislación privada argentina.

Ya pasada la fecha de entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Co-

mercial de la Nación, y siendo los escribanos los primeros operadores del derecho llamados a aplicarlo, resta ahora la difícil pero motivadora tarea de analizar y estudiar los principales cambios introducidos por la reforma, en miras del interés no sólo de los involucrados en el campo del derecho sino de la comunidad toda.

La reforma genera importantes cambios en el paradigma del derecho privado argentino. Varios son los institutos que se crean, modifican y extinguen, incorporándose además nuevos principios, muchos ya consagrados por la doctrina y por la jurisprudencia.

Dentro de estas innovaciones nos encontramos con el tema que nos ocupa en el presente trabajo, cual es la creación de un nuevo derecho real denominado de superficie, que si bien ya existía como ley incorporada al código de VÉLEZ, se limitaba sólo a la forestación.

El legislador viene de esta forma a introducir un nuevo instituto ya utilizado y reconocido por el derecho comparado y que, a nuestro entender, el desarrollo de la sociedad y las nuevas formas de urbanización, sumado a la necesidad de incentivar la actividad económica nacional, resulta un acierto de la reforma.

Este nuevo derecho se asienta sobre dos grandes pilares. El primero es el de la autonomía de la voluntad, jerarquizada por el reformador en comparación al código velezano; el segundo, la ruptura con el principio del código de VÉLEZ en cuanto al carácter absoluto del derecho de dominio, que sólo en contadas ocasiones y como excepción podía ser desmembrado.

III. CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERÍSTICAS

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

A partir de esta definición se extraen como sus elementos más importantes los siguientes.

1. Temporalidad

Congresos y Jornadas

Es por definición temporario, es decir, está destinado a durar por un cierto tiempo convenido por las partes. A fin de garantizar ese carácter esencial de la temporalidad es que el art. 2117 CCyC establece sus máximos: 70 años si la superficie es utilizada para construcciones y 50 años si es destinada para plantaciones o forestaciones. Está permitida la prórroga en el plazo, pero esta podría perjudicar a terceros que ostenten derechos que se consolidarían al extinguirse la superficie. Por ello, si bien el plazo originariamente convenido por las partes puede ser prorrogado por estas, en ningún caso las sucesivas prórrogas (si las hubiere) pueden superar los máximos legales establecidos, ya que en materia de derechos reales en general y en el de superficie en particular, están en juego intereses que van más allá de los meramente personales. La fijación de plazos máximos diferenciados para la construcción por una parte (70 años) y la plantación y forestación por la otra (50 años) obedece a los distintos tiempos de vida útil y amortización para actividades tan diversas.

2. Modalidades

El titular del dominio puede constituir derecho real de superficie en cualquiera de sus dos modalidades permitiendo al superficiario: a) realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido, en cuyo caso es derecho real *sobre cosa ajena* como también permitir que: b) se constituya el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad (propiedad superficiaria), en cuyo caso se trata de derecho real *sobre cosa propia*.

De una u otra manera daría nacimiento a una coexistencia de derechos: 1) derecho del superficiario y 2) derecho del titular del suelo, por lo que el dominio va a sufrir un desmembramiento convirtiéndose en imperfecto.

Según el art. 1913 CCyC no puede existir más de un derecho de superficie o cualquier otro derecho real que sean excluyentes entre sí sobre la misma parte material del inmueble por aplicación del principio de concurrencia.

3. Emplazamiento

Puede constituirse sobre la totalidad del inmueble o sólo en una parte determinada del mismo, sobre el suelo o rasante, el vuelo o el subsuelo, lo

que admitiría el carácter tridimensional del derecho¹.

Se entiende por suelo el sitio o solar no edificado y que geométricamente sería un plano que se ubica en la capa térrea; el vuelo es el espacio aéreo que existe sobre el suelo; y el subsuelo vendría a constituir no un antónimo del vuelo, sino un espacio cuya caracterología resulta similar pero ubicada en el plano subterráneo.

El vuelo y el subsuelo, juntamente con la rasante, son dimensiones autónomas del inmueble y cada de una de ellas sirve de asiento a la constitución de este derecho real.

En cualquier caso, el titular dominial podrá dividir materialmente el inmueble y aprovecharlo de distintas maneras, sea en forma directa o constituyendo diversos derechos reales sobre cada una de las partes del fundo².

Cabe destacar que según el art. 2116 segundo párrafo del código, la afectación al derecho de superficie no sólo puede recaer sobre la parte del inmueble destinada a construir, forestar o plantar sino también extenderse a otras partes materiales del mismo siempre que sean de utilidad al ejercicio del derecho superficiario.

4. Legitimación

Se encuentran legitimados para constituir derecho de superficie las personas físicas titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal. Para este último caso, se requerirá la conformidad de todos los propietarios de las unidades que formen parte del edificio.

Respecto de las personas jurídicas, el código nada dice, por lo que entendemos que si no hay norma que lo limite es válida su legitimación.

5. Facultades del superficiario

Las facultades otorgadas al superficiario según la interpretación conjunta de los arts. 2114 y 2120 del Código Civil y Comercial son muy amplias: puede usar, gozar y disponer de la cosa material y jurídicamente, como también gravarla con derecho real de garantía y afectar la superficie construida bajo el régimen de propiedad horizontal.

Según lo dispuesto en los arts. 2213 y 2206 del código pueden consti-

1 CAUSSE, Jorge R. "El derecho de superficie", Academia Nacional del Notariado, LXIX Seminario Teórico - Práctico Laureano Arturo Moreira, pág. 82.

2 ZAVALA, Gastón Augusto. "Derecho real de superficie", Revista Notarial N° 936.

tuirse sobre el de superficie dos derechos reales de garantía: la hipoteca y la anticresis, los que podrán recaer sobre: a) el derecho de construir, plantar o forestar; o b) sobre la propiedad superficiaria. En el primer caso sería sobre cosa ajena y en el segundo, sobre cosa propia.

El superficiario también puede someter la construcción al régimen de propiedad horizontal como lo dispone el art. 2120 segundo párrafo del código. Al respecto es importante aclarar que en principio y aun si nada se dice al respecto, el superficiario puede someter lo construido al régimen de la propiedad horizontal sin autorización del titular del inmueble, la que se requerirá sólo cuando así se hubiera acordado expresamente.

6. Modo de adquisición

Al respecto el código distingue entre la constitución del derecho de superficie y su transmisión.

- Por *actos entre vivos*: tanto la constitución como la transmisión pueden realizarse por contrato gratuito u oneroso. En este último caso la contraprestación podrá consistir, por ejemplo, en la adjudicación a favor del titular del dominio del inmueble de unidades construidas o a construir.

- Por *causa de muerte*: no puede constituirse derecho de superficie por causa de muerte. Sólo podrá transmitirse un derecho superficiario constituido en vida del causante, por lo que entendemos, como lo hace la mayoría de la doctrina, que no puede constituirse el derecho por testamento.

- No puede adquirirse por *usucapión*. Sin embargo se admite la prescripción breve a efectos de sanear el justo título.

En cualquier caso, y cuando el derecho se constituya en forma onerosa, surge la pregunta sobre la manera de garantizar los derechos del titular de dominio del inmueble frente al resto de los acreedores del superficiario por el pago del monto debido en concepto de la superficie, teniendo en cuenta especialmente la eliminación del privilegio sobre saldo de precio que contemplaba el código velezano. Consideramos como una posible solución a este inconveniente la constitución simultánea al derecho real de superficie de un derecho real de garantía hipotecaria en primer grado sobre la propiedad superficiaria en favor del titular de dominio del inmueble, para asegurar sus derechos al cobro.

7. Extinción

El derecho de superficie se extingue por:

a) *Renuncia*: debe ser expresa e instrumentada en escritura pública para su inscripción.

b) *Vencimiento del plazo*: produce de pleno derecho la extinción.

c) *Cumplimiento de una condición resolutoria*.

d) *Consolidación*: se produce por la confusión en una misma persona de la calidad de titular de dominio del inmueble y de superficiario.

e) *No uso* durante 10 años en el caso de superficie para construir o 5 años para los casos de superficies de plantar o forestar.

f) *Destrucción de la propiedad superficiaria*: en principio el derecho se extingue por destrucción de la propiedad superficiaria, salvo que el beneficiario del derecho construya nuevamente dentro del plazo de 6 años para las superficies de construcción o 3 para las superficies de plantar o forestar.

Cuando el derecho de superficie se extingue por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Si el derecho de superficie, en cambio, se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, tanto los derechos reales como los personales constituidos por el superficiario continúan vigentes en cabeza de este último y gravan a la cosa como si la extinción no se hubiere producido.

Creemos recomendable incorporar, al constituir el derecho real de superficie, alguna cláusula de garantía o depósito que salvaguarde los derechos del titular del suelo y que prevenga que el superficiario descuide o abandone la cosa cuando el plazo esté cerca de su vencimiento, como las que por estilo se utilizan por ejemplo en materia de derecho administrativo para los casos de contrato de concesión.

8. Indemnización al superficiario

Producida la extinción, el titular de dominio del inmueble debe indemnizar al superficiario, por cuanto al hacer suyo lo plantado, forestado o construido se produce una mejora patrimonial en su favor.

Por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, queda a criterio de las partes pactar al momento de la constitución del derecho esta indemnización y la forma en que debe llevarse a cabo, como así también el monto de la misma.

También pueden los contratantes eximir al titular de dominio del inmueble del pago de la indemnización o estipular algún tipo de compensación para el superficiario. A efectos de calcular esta indemnización resulta conveniente tener en cuenta el valor fijado por las partes al momento de constituir el derecho o posteriormente.

Para el caso en que las partes no hubieran previsto monto alguno, la norma fija parámetros objetivos destinados a valorar la indemnización cuantificando los valores incorporados por el superficiario durante los dos últimos años.

IV. DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES

A fin de caracterizar correctamente a este nuevo derecho real, cabe diferenciarlo de algunas figuras jurídicas que pueden resultar afines.

Usufructo

Tienen en común que ambos son derechos reales de uso y goce sobre una cosa de propiedad ajena.

Se diferencian en que mientras que el usufructo tiene como plazo máximo la muerte del usufructuario (indeterminado en el tiempo) el derecho de superficie estará sujeto al plazo que pacten las partes y, en su defecto, al máximo establecido por la ley.

Su principal diferencia radica en que mientras que el derecho de usufructo es de carácter personal y no puede gravarse, el superficiario puede constituir derechos reales sobre el objeto afectado.

El usufructo se extingue con el fallecimiento del beneficiario y no se transmite *mortis causa*, como sí ocurre con la superficie.

Locación

La primera diferencia estriba en que mientras que la locación se constituye en un contrato, la superficie es un derecho real autónomo.

En el caso de la locación además el locatario no es dueño de las mejoras introducidas en la cosa ajena como sí lo es el superficiario, quien cuenta con un derecho de dominio distinto al del dueño del suelo por el tiempo que dura la afectación.

Enfiteusis

Ambos son derechos reales. Pero mientras que en la enfiteusis el beneficiario no se encuentra limitado en el ejercicio de sus derechos sobre la cosa ajena, en la superficie el superficiario sólo puede ejercer su derecho limitado al objeto para el que se hubiera afectado (forestar, plantar o construir).

Por último la enfiteusis sólo puede ser onerosa, debiendo abonar al dueño de la cosa un canon, mientras que el derecho de superficie puede ser de naturaleza gratuito.

V. ASPECTOS REGISTRALES

Frente a la creación de nuevos derechos reales en el Código Civil y Comercial, se plantea como duda la forma cómo los mismos deberán ser registrados a efectos de darles publicidad a terceros en los registros respectivos.

Encontrándose el derecho real de superficie dentro de esta nueva categoría de institutos, debemos analizar los aspectos relacionados a su registración.

Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires

Al respecto se expidió expresamente la orden de servicios interna publicada por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires.

Comienza su texto por reconocer la creación de este nuevo derecho real temporario constituido sobre inmueble ajeno, creándose así una coexistencia entre el derecho del superficiario con la propiedad separada del titular del suelo, conforme lo establece el art. 2115 *in fine* CCyC.

Para ello se establece que el derecho de superficie deberá ser rogado mediante los códigos registrales que se generen al efecto.

Teniendo en cuenta las amplias facultades que tiene el superficiario conforme se establece en el art. 2120 del mismo cuerpo legal, el registro procederá a calificar:

1. La constitución del derecho debe hacerse por escritura pública cuando el mismo recaiga sobre bienes inmuebles.
2. En dicha escritura deberá hacerse constar el plazo de duración del derecho para darle efectiva publicidad, siempre que el mismo haya sido convenido por las partes conforme los arts. 2117 y 2125 del código. De no

pactarse plazo, regirán los máximos establecidos por ley.

3. Puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada del mismo, sobre el espacio aéreo o sobre el subsuelo o sobre construcciones existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal sobre una unidad determinada que surja del mismo.

4. Cuando el derecho de superficie se constituya sobre la totalidad del inmueble no se requerirá plano de mensura para delimitar al mismo. En cambio, cuando el derecho se constituya sobre una parte del inmueble, el registro de la propiedad se inclinó por la postura defendida por agrimensores en cuanto a la necesidad de exigir plano para su constitución. Al respecto cabe aclarar que el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que bastaría con presentar croquis para delimitar la parte afectada, sin necesidad de un plano, como se aplica respecto a otros derechos reales como el usufructo.

5. Puede constituirlo el titular de derecho real de dominio sobre el terreno, condóminos o consorcistas en propiedad horizontal.

6. Los actos jurídicos que realice el superficiario deberán celebrarse dentro del plazo de vigencia del derecho de superficie sin necesidad del consentimiento del titular de dominio del terreno.

7. En caso de que en el asiento registral se hiciera constar que el superficiario no puede afectar al régimen de propiedad horizontal sin consentimiento del titular de dominio del lote, por así haberse pactado, se observarán los documentos que no cuenten con la expresa autorización de este último.

Una vez calificado el instrumento, el procedimiento de registración se inicia con la anotación de la afectación a superficie en la parte superior (descripción del inmueble) de la matrícula del bien objeto del derecho, donde se dejará constancia de la apertura de matrículas de "Superficie A" (SA), utilizando hasta la confección de las mismas las planillas "A" existentes con la rectificación "SA".

Se deberá abrir una matrícula "SA" distinta de la correspondiente al inmueble para cada derecho de superficie constituido sobre este último, es decir que si el inmueble estuviera afectado por distintos derechos de superficie, cada uno de ellos originará la apertura de una matrícula "SA" independiente.

Cuando el derecho de superficie abarca a todo el bien, en la matrícula "SA" no se necesitará consignar nuevamente los datos de individualización del inmueble. En cambio, si el derecho de superficie se constituye sobre una parte del inmueble, se deberá realizar la designación de la parte sobre

la que recae conforme al plano realizado.

En el rubro a) de la matrícula "SA" se inscribirá la titularidad sobre el derecho de superficie. Los gravámenes, medidas cautelares, cancelaciones y certificaciones referentes al derecho real de superficie en cambio, se inscribirán en los rubros b), c) y d) de la matrícula.

Es importante mencionar que los pedidos de publicidad que recaigan sobre inmuebles afectados a derecho real de superficie serán expedidos con la información de las constancias que surjan en la totalidad de las matrículas "A", "SA", "SPHB", "SPHA". Es decir, por ejemplo, que si se solicita un informe de dominio por el número de matrícula correspondiente al inmueble "madre" se informarán además las matrículas abiertas en ocasión de inscribirse el derecho de superficie.

Cuando el superficiario afectare su derecho a propiedad horizontal, se generarán matrículas "PHB" por las unidades creadas y "PHA" para cada una de las mismas.

En cuanto a la extinción del derecho de superficie, la misma deberá ser rogada expresamente por parte interesada una vez operada por cualquiera de las causales que establece la ley para ser cancelado registralmente.

Al operarse los plazos máximos legales, y aunque el texto de la norma manifiesta que la extinción se realiza de pleno derecho, los mismos no serán objeto de calificación registral, siendo necesario rogar la extinción del derecho registralmente. Operada la extinción, sea por vencimiento del plazo legal o convencional, el titular de dominio hace suyo lo construido, plantado o forestado libre de derechos reales o personales que afectaban a la propiedad superficiaria.

Si la extinción del derecho en cambio opera antes del cumplimiento del plazo del derecho (sea el pactado por las partes o el máximo legal), los derechos reales constituidos sobre la propiedad superficiaria continúan vigentes en cabeza del superficiario hasta la expiración del plazo de vigencia del mismo, conforme lo establece el art. 2125 del código.

Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Fue coincidente en su regulación con el registro de la propiedad de la provincia en cuanto a la necesidad de la realización de un plano de mensura cuando el derecho se constituya sobre una parte del inmueble para su registración, y en lo relativo a la necesidad de rogar la cancelación expresa del derecho una vez extinguido por cualquier causa que fuera.

Sin embargo se dispuso que en el caso del Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires existirán dos tipos de

Congresos y Jornadas

matrículas distintos dependiendo de si el derecho de superficie recae sobre todo el bien ("ST", por superficie total) o sobre una parte del mismo ("SP", por superficie parcial), solicitando la confección de los planos respectivos, en el caso de parcialidad.

VI. SUS ANTECEDENTES Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La figura tiene su origen en el derecho romano.

El Código Civil sin embargo no la contemplaba, explicando VÉLEZ en la nota al art. 2503 las razones por las cuales no lo incorporó a nuestra legislación ya que lo consideraba, junto a la enfiteusis, como derechos que generarían conflictos al confundirse los límites y los alcances de los derechos del titular de dominio y el superficiario.

En el año 2001 se sancionó la ley N° 25.509 de explotación forestal que entre su articulado preveía la figura de la superficie, pero limitada a la actividad de forestar.

En el análisis de los casos de derecho comparado, la aplicación de este derecho viene relacionada a procesos de planeamientos urbanísticos.

En el año 2003, Brasil incorporó a su Código Civil el derecho real de superficie, en base a un proyecto de urbanización de distintas zonas del país vecino. En dicho país se utiliza la figura para aplicarla a regularización dominial, otorgando el estado al ocupante de la tierra un derecho real de superficie por el plazo de 20 años, vencido el cual el superficiario puede consolidar el dominio a su favor si el titular dominial no se opone.

En Alemania, este derecho fue introducido por una ordenanza del año 1919, y fue aplicado como una solución para la reconstrucción de las ciudades luego de las guerras mundiales. La gran diferencia que presenta el derecho de superficie en Alemania respecto al incorporado en nuestra legislación, es que en dicho país puede ser perpetuo, debido a que fue creado para tierras que eran de propiedad del estado, por lo que la perpetuidad no generaba conflicto entre partes.

En otros países, como en Francia, el derecho de superficie se utiliza para la construcción de monumentos.

VII. CONCLUSIÓN

Ante la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, dos son las posturas que pueden adoptarse. La primera, pesimista

y conservadora, se inclina por criticar los cambios introducidos sin reconocer las bondades e innovaciones producidas. La segunda, optimista, que se inclina por reconocer los beneficios del cambio analizando y estudiando los institutos introducidos y reformados, buscando y aprovechando las nuevas incumbencias notariales, sin dejar de efectuar las críticas constructivas que como todo nuevo cuerpo normativo el código admite.

De entre las dos opciones nos inclinamos por la segunda, en este caso particular refiriéndonos al derecho de superficie como una nueva figura que bien aplicada puede coadyuvar a generar soluciones a situaciones jurídicas ya existentes, beneficiando no sólo al titular de dominio del inmueble, sino también al superficiario. La misma crea nuevas posibilidades negociales en las que la actuación conjunta de todos los operadores del derecho, y en especial del notario, que debe tener una participación activa, comprometiéndose en su estudio y difusión al efectuar su asesoramiento e instrumentación.

Como analizamos en el presente trabajo, vemos positiva la incorporación de este nuevo derecho real a nuestro ordenamiento legal con los alcances establecidos, no por ello desconociendo las dificultades y dudas que plantea, las que confiamos en que la práctica comercial irá encauzando con el tiempo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ABREUT DE BEGHER, LILIANA. "Comentarios sobre el derecho real de superficie", *Revista Derecho Privado*, "Reformas del Código Civil IV. Derechos Reales", año II, Nº 5, Ed. Infojus.
- ALTERINI, JORGE HORACIO. "Superficie Forestal", *Revista del Notariado*, Nº 873, anuario del Departamento de Derecho Privado.
- CAUSSE JORGE R. "El Derecho de Superficie", *Academia Nacional del Notariado*, LXIX Seminario Teórico - Práctico Laureano Arturo Moreira.
- CORNA, PABLO M. y FOSSASECA, CARLOS A. "Comentario al Título VIII del Libro Cuarto del Proyecto de Código Civil", *Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina. Dirección Provincial del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, orden de servicio interna Nº 45/2015.
- FLAH, LILY R. y SMAYEVSKY, MIRIAM. "Derecho de Superficie. Restricciones y límites del dominio", *LL*, 1988-C, 705.

Congresos y Jornadas

GARFUNKEL DE WENDY, LILIAN N. "Superficie", *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Julio César Rivera (director), Graciela Medina (coordinadora), Ed. Abeledo Perrot, capítulo LI.

GARFUNKEL DE WENDY, LILIAN N. "Superficie", *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Julio César Rivera y Graciela Medina (directores), Mariano Esper (coordinador), Ed. La Ley, título VII.

MEZZA, LILIANA. "Derecho de Superficie. Antecedentes y Situación Actual", trabajo presentado en la XXV Jornada Notarial Argentina, Mendoza, año 2000.

PICASSO, SERGIO RAÚL y VAINI, RAFAEL ENRIQUE. "Derecho de Superficie", trabajo presentado en la XXV Jornada Notarial Argentina, Mendoza, año 2000.

ZAVALA, GASTÓN AUGUSTO. "Derecho Real de Superficie", *Revista Notarial* N° 936.

Las técnicas de fecundación humana asistida como

Una nueva incumbencia notarial cercana a la bioética

Marcela Viviana Spina

SUMARIO. I. Ponencias. II. Fundamentos. III. Prohibiciones. IV. El consentimiento informado en la TRHA y la voluntad procreacional. V. Bibliografía.

*“Nunca, como hoy (...) ha sido tan necesaria la conciencia moral del hombre, porque el peligro no viene ni del progreso ni de la ciencia, que, bien utilizados, podrán (...) resolver muchos de los graves problemas que afligen a la humanidad (...) El verdadero peligro está en el hombre, que dispone de instrumentos cada vez más poderosos, capaces de llevar tanto a la ruina como a las más altas conquistas”**.*

* Trabajo galardonado con el segundo premio de la Editorial Astrea, compartido, en el marco de la 39 Jornada Notarial Bonaerense, realizada en Mar del Plata entre el 25 y el 28 de noviembre de 2015. Corresponde al tema 5.

Congresos y Jornadas

I. PONENCIAS

1.- Los documentos notariales son herramientas jurídicas idóneas para plasmar la voluntad sobre derechos personalísimos y decisiones autorreferentes sobre el propio cuerpo, el cadáver, consentimientos informados, directivas anticipadas de salud, poderes preventivos, actos de autoprotección (unilaterales) y convenios reguladores de derechos extrapatrimoniales. De tal modo, pueden constituir los usos, prácticas y costumbres que junto con las leyes y los principios regulen tales materias.

2.- Junto a la normada protocolización de los consentimientos previos, informados y libres que expresan la voluntad procreacional receptados en el art. 561 CCyC, el notariado puede tener una incumbencia de mayor transcendencia emparentada con la bioética, consistente en asesorar y redactar en escritura pública que verdaderos convenios reguladores que incluyan el consentimiento informado, que declaren la voluntad procreacional y que expresen las decisiones bioéticas de los intervinientes en relación a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), estableciendo sus deberes y derechos a fin de otorgar seguridad jurídica y minimizar las posibilidades de conflicto.

II. FUNDAMENTOS

Doctrinariamente se reclamaba la actualización del derecho civil, en especial en materia de familia. En primer lugar para aceptar la constitucionalización del derecho privado y la incorporación de los tratados de derechos humanos y, en segundo, para permitir más autonomía de la voluntad y aceptar las nuevas realidades sociales y de familia^{1 2}.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC) trata de asir las nuevas realidades tecnológicas, de información, sociales y de familia, que demanda la sociedad globalizada del siglo XXI. Es completamente *antropocéntrico*, quiere erigirse en la libertad y autonomía del hombre, para reconocerle su más absoluta *dignidad*. Adquieren valor otros bienes, además de las cosas materiales, dando fundamento a los derechos personalísimos y a numerosas formas de regularlos, de hacerlos valer y de lograr su cumplimiento obligatorio para la sociedad en su conjunto.

1 Véase SPINA, Marcela Viviana. "Derecho de Familia Modelo siglo XXI. Especial consideración de los Derechos de los Ancianos", en 37 Jornada Notarial Bonaerense, Junín, 2011.

2 Ley N° 26.061, de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes; ley N° 26.618, de matrimonio igualitario; y ley N° 26.743, de identidad de género.

Por eso se encuentra mucho más cerca de la “bioética”. “La bioética como saber o práctica interdisciplinaria nació casi con la globalización para servir como puente reflexivo entre el ser y deber ser, entre hechos y valores. Y el Derecho enfrenta el desafío de regular esa libertad frente a nuevas ataduras, problemas y dilemas”³. Por estas cuestiones todo lo que tenga que ver con la bioética y con los avances de la ciencia está siempre abierto a nuevas modificaciones.

El ciudadano (también paciente en muchos artículos del libro I del código) tiene ahora un amplio margen de libertad para ejercer su autonomía decidiendo jurídicamente y con carácter personalísimo la forma de amar, de reproducirse (antes procrear), de vincularse intersubjetivamente y de morir⁴.

Nueva fuente de filiación: técnicas de reproducción humana asistida

El CCyC reconoce el derecho humano a la procreación, a formar una familia, a decidir tener hijos o no tenerlos, a la salud sexual y reproductiva y a acceder a los avances científicos y tecnológicos, sin discriminación. Tal derecho ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (fecundación *in vitro*)”⁵, que impedía el uso de estas técnicas por el peligro en la manipulación de embriones. El fallo decide que los estados americanos deben regular las técnicas y realizarlas bajo los debidos controles oficiales.

En ese marco, el nuevo CCyC, innova ingresando un nuevo tipo de “filiación” por técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA). Dicha regulación viene a llenar un vacío legislativo para una práctica que se realizaba en el país desde hace aproximadamente treinta años. El primer caso de fecundación *in vitro* en la Argentina data de 1986. El segundo gran invento en la materia fue el ICSI (inyección de un espermatozoide dentro del óvulo). El primer bebé concebido a través de esta técnica en el mundo nació en el 1992 en Bélgica. En la Argentina, el ICSI debutó con éxito en el año 1994. El tercer eslabón importante fue la crioconservación de óvulos y embriones, que se aplica desde 1997. Es importante el número de nacidos en Argentina gracias a TRHA complejas⁶.

El nuevo código, contiene sólo una regulación básica que deberá complementarse con una ley especial, que hoy, vigente el CCyC, aún es una promesa. Se complementa con la ley N° 26.862 y su decreto reglamentario N° 956/2013 de acceso a las TRHA, que apuntan más a la cobertura de los tratamientos que

3 TAU, José María. “Amar y morir bajo las normas del nuevo Código”, en www.eldia.com.

4 *Ibidem*.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica s/ Fecundación *in vitro*”, 20/12/12, <http://www.corteidh.org.cr/casos.cfm>.

6 Información extraída del diario Página 12 en internet.

a regular la misma. Existe un proyecto de ley que lleva el número 0581-D-2014 y 4058-D-2014 que tiene media sanción en la cámara de diputados. Queda prevista así una triple normativa.

La regulación o falta de regulación planteará muchas dudas para los operadores jurídicos. En definitiva, ante los casos concretos, deberán decidir los jueces a través de decisiones fundadas (art. 3º), a las que el CCyC es muy propenso. Existe ya profusa jurisprudencia en torno a estos temas que es imposible incluir en el presente trabajo limitándonos a algunas menciones en temas concretos.

Nueva regulación: pautas principales

El CCyC reconoce a las TRHA como una nueva fuente de filiación junto con la filiación por naturaleza y la adopción. Se consagra la igualdad de todos los tipos de filiaciones y también la necesidad del doble vínculo filial, sólo se admitirán dos filiaciones sin importar el sexo de los progenitores (art. 558). Parte de la doctrina entiende que solamente hay otra fuente distinta a la naturaleza, en caso de utilización de material heterólogo, o sea, cuando se utiliza uno o ambos gametos (óvulos o espermatozoides) donados por otras personas, en cuyo caso la fuente de la filiación es la *voluntad procreacional*.

Se incorpora este nuevo concepto *la voluntad procreacional* que no es más que la decisión de tener un hijo utilizando las TRHA independientemente del material utilizado. "No es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su crianza, por ello contiene el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial"⁷.

El CCyC la consagra de esta forma: "Los nacidos por las TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su *consentimiento previo, informado y libre* en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos" (el destacado nos pertenece).

Son inadmisibles las acciones de filiación: impugnación o reclamación por o contra quien prestó el consentimiento previo, informado y libre.

El otro elemento caracterizante de la regulación es el anonimato de las donaciones y la posibilidad de conocimiento de tales datos sólo bajo determinadas circunstancias, en consonancia con el derecho a la identidad en temas de salud, o más amplio, previa autorización judicial.

Justamente sobre el consentimiento y sus implicancias versará el presente trabajo.

7 GIL DOMÍNGUEZ, Herrera y Fama. *Derecho Constitucional de Familia*, tomo II, Ediar, 2006, págs. 833 y sgts.

La recepción legal es amplia. Esta apertura deriva en el reconocimiento implícito de las prácticas de baja y alta complejidad, las cuales se encuentran definidas en el decreto N° 956/2013 (boletín oficial del 23/7/2013) que reglamenta la ley N° 26.862: “Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación *in vitro*; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos... (art. 2°)”.

La regulación en materia de fertilización asistida hace algunas opciones bioéticas: admite las técnicas de reproducción asistida heteróloga, únicamente con material genético “donado” en forma altruista, únicamente se pueden reparar los gastos, se prohíbe la experimentación con los embriones y se decide el anonimato de los datos de los donantes. Admite que pueda realizarla una persona sola, matrimonios o convivientes, sin importar si se trata de integrantes de igual o de distinto sexo.

Resta otro montón de opciones bioéticas a tomar por cada paciente a través de decisiones personalísimas, que quedan plasmadas en el consentimiento informado.

La doctrina no es pacífica. La que podríamos llamar clásica, no acepta la forma de regulación de las TRHA⁸, otros aplauden la incorporación al CCyC⁹, y un tercer grupo, valora la recepción de un avance tecnológico, que de hecho se utiliza, y hace algunas observaciones a la regulación avizorando posibilidades de conflicto¹⁰.

-
- 8 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. “Técnicas de reproducción humana asistida y el proyecto de Código”, *La Ley*, 23/08/2012. Sambrizzi, Eduardo A. “Apuntes sobre la Filiación en el anteproyecto de reformas a los Códigos Civil y Comercial”, *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, año IV, N° 6, julio 2012, pág. 129. Perrino, Jorge O. “Filiación. Anteproyecto de Código Civil”, *LL*, 2012-A-580. Belluscio, Augusto C. “La filiación en el Código Civil y Comercial”, *JA*, 27/5/2015. Mizrahi, Mauricio Luis. “Observaciones al Proyecto en materia de Filiación”, *Derecho de familia y de las personas*, julio 2012, 124.
- 9 FAMA. “Comentario al proyecto de Código”, en Rivera-Medina (directores), pág. 419. Kemelmajer de Carlucci-Herrera-Lamm. “Filiación derivada de la reproducción asistida”, *LL*, 2012-E-1257. Rodríguez Iturburu, Mariana. “La determinación de la filiación en TRHA. La voluntad procreacional y el consentimiento informado”, *LL*, 2015-C.
- 10 BASSET, Úrsula. “El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida”, *LL*, 14/7/2015. González Magaña, Ignacio. “La tácita inclusión de la gestación por subrogación en el nuevo CCCN. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule”, *DFyP*, 3/11/2014, 181. Krasnow, Adriana. “A un paso de concretarse el reconocimiento

En principio, la nueva regulación que surge del código se aplicaría a los casos de técnicas de reproducción asistida realizados antes de su vigencia, por aplicación del art. 7° CCyC y por el art. 9° de la ley N° 26.994 que dispuso como normas transitorias, cláusula tercera: “Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta” (corresponde al capítulo 2 del título V del libro segundo del CCyC). Así lo ha decidido la jurisprudencia: “Las suscripciones de los consentimientos informados para la realización del tratamiento son tomados como el consentimiento del art. 561 para atribuirle la paternidad a quien ha fallecido en un accidente aéreo” (“C., G. J. s/ Información Sumaria”, Juzgado Nacional en lo Civil N° 8, 13/08/2015, sentencia no firme)¹¹.

El proyecto originario del decreto N° 191/2011 regulaba también la gestación por subrogación (conocida como alquiler de vientres) y exigía la autorización judicial¹². Por ser uno de los temas que involucraba más dilemas éticos y jurídicos fue eliminado del proyecto que en definitiva fue aprobado como ley N° 26.994. En consecuencia ante la falta de regulación quedó en una posición abstencionista, aunque tampoco la prohibió. Seguramente seguirán produciéndose conflictos, ya que la práctica se realiza en la Argentina y en definitiva quedará sujeta a resolución judicial. Ya existen dos precedentes^{13 14} y un proyecto de ley de fecha 13/08/2015 (expedientes 2574-S-2015).

pleno en la dimensión normológica de las técnicas de reproducción humana asistida”, ADLA, 2014-34-3, DFyP, 9/3/2015.

11 SAMBRIZZI, Eduardo A. “Un emplazamiento filiatorio no reclamado, con fundamento en la voluntad procreacional”, ED, 264, 1/09/2015, N° 13.802. Condena rotundamente el fallo en comentario.

12 Con fecha 13 de agosto de 2015 se presentó en el senado un proyecto de ley, expediente 2475-S-2015.

13 “A. V. O., A. C. G. y J. J. F. s/medida autosatisfactiva. Acción declarativa de filiación”, sentencia del 29 de julio de 2015. 1° Juzgado de familia, Mendoza, magistrado Neirotti. Id. Infojus FA 15190015. Se admitió la subrogación de vientre y se declaró válido el convenio. Se inscribió el niño directamente a nombre de los comitentes con voluntad procreacional.

14 GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio. Ob. cit.

El otro tema que fue eliminado del proyecto originario es la posibilidad de fertilización *post mortem*. Se preveía su prohibición, pero como excepción se admitía en caso de decisión expresa en el consentimiento informado o en un testamento y hasta un año posterior al fallecimiento. En tal sentido, el art. 2279 inc. c) reconoce como heredero: a los que hayan nacido después de la muerte mediante TRHA, con los requisitos previstos en el art. 561. El proyecto de ley prevé como uno de los temas a regular a través de un convenio entre la pareja que accede a las TRHA que será lo que suceda con los embriones en caso de fallecimiento, divorcio, separación o nulidad del matrimonio. Quiere decir que todavía puede pactarse la posibilidad de una TRHA realizada después del fallecimiento o la inclusión en una cláusula testamentaria. Existe un antecedente jurisprudencial¹⁵.

III. PROHIBICIONES¹⁶

La única prohibición que surge del CCyC es la alteración genética de embriones, pero a través de los siguientes artículos podemos deducir las prácticas reñidas con la moral y las buenas costumbres. Art. 57: "Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia". Derechos sobre el propio cuerpo, art. 17: "Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales".

Del proyecto de ley con media sanción surge la prohibición de comercialización de embriones o gametos, investigaciones sobre embriones para elección de rasgos fenotípicos de los aportantes. Admite el diagnóstico genético preimplantatorio. Deja a criterio médico el número de ovocitos a fecundar y de embriones a implantar.

15 Tribunal de familia N° 3, Morón, 21/11/2111: "G. A. P." RDF, 2012-III-119, con nota de La Torre, Nadia Uman. Se admitió la utilización *post mortem*. El fallecido había dado su consentimiento y no lo revocó durante su enfermedad.

16 LAFERRIERE, Nicolás. "El nuevo Código Civil y Comercial y la bioética", "Doctrina", El Derecho, 21/08/2015, N° 13.795.

IV. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN TRHA Y LA VOLUNTAD PROCREACIONAL¹⁷

Naturaleza jurídica

Ante decisiones de tanta complejidad, el derecho debe complementarse con la bioética, que colabora con aquel cumpliendo un rol fundamental. El reconocimiento de los derechos del paciente importa el respeto de la dignidad y autodeterminación de los mismos. Se dice que el paciente es soberano. El consentimiento informado en estos casos, siguiendo a RODRÍGUEZ ITURBURU, viene impuesto para promover la autonomía individual y estimular la toma de una decisión racional. Las personas tienen derecho a tener sus propios puntos de vista, a tomar sus propias decisiones y a realizar acciones basadas en los valores y creencias propias¹⁸.

El consentimiento informado es un acto jurídico que al poner en ejercicio derechos personalísimos -como el derecho a la vida, a la integridad psicofísica, a la dignidad, a la libertad, al cuidado del propio cuerpo-, trasciende la esfera civil e ingresa en la esfera constitucional¹⁹. Corresponde al usuario de TRHA tomar sus decisiones personalísimas.

Siguiendo a ÚRSULA BASSET, consideramos la complejidad que se presenta cuando trata de determinarse la naturaleza jurídica de este consentimiento. Involucra pautas del derecho a la salud y pautas del derecho civil, en especial de filiación. "Está en la tensión de una encrucijada: de una parte, responde a los principios generales de los actos médicos (porque hay prácticas médicas involucradas en el proceso reproductivo). De otra parte, el nuevo Código hace pender de ese consentimiento médico la existencia de un nuevo ser humano, las modalidades en que será concebido y así un espectro de derechos y posibilidades futuras, un estado de familia y derechos personalísimos (identidad, nombre, derechos sobre el propio cuerpo) y patrimoniales"²⁰.

La ley N° 26.529 (boletín oficial del 20/11/2009) de derechos del paciente, reformada por la ley N° 26.742 (boletín oficial del 24/05/2012), regula el consentimiento informado y en el art. 5° lo define como: "...la declaración de voluntad

17 Veáse CLUSELLAS, Eduardo Gabriel (coordinador). *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, Editorial Astrea-FEN, pág. 711 en adelante.

18 RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana. "La determinación de la filial en las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial. La voluntad procreacional y el consentimiento informado", Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, "Familia: Filiación y Responsabilidad Parental", La Ley- 2015-C, 20/5/2015, pág. 67, cita online AR/DOC/1325/2015.

19 GARCÍA GARNICA, María del Carmen. "El consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales. (Su tratamiento en el ordenamiento jurídico español)", en Revista Responsabilidad Civil y Seguros, año 5, N° 2, La Ley, Buenos Aires, marzo-abril 2003, págs. 1 y sgts. Krasnow, Adriana. Ob. cit.

20 BASSET, Úrsula C. Ob. cit.

suficiente efectuada por el paciente, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: 'a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados'''. La obligatoriedad del consentimiento informado surge expresamente del art. 6º y el mismo debe reunir las características impuestas por la resolución N° 561/2014 de la Superintendencia de Servicios de Salud.

El art. 59 CCyC regula el consentimiento informado y ratifica su obligatoriedad al determinar que ninguna persona puede ser sometida a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

El art. 560 establece la misma obligación para el centro de salud que inter venga en las TRHA. El consentimiento previo, informado y libre en este supuesto, tiene características propias por las consecuencias que derivan de su aplicación en la determinación del vínculo filial. En este consentimiento se expresa y asume la voluntad procreacional a través de las TRHA, que debe renovarse para cada tratamiento y puede revocarse libremente hasta que no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

Aunque nos cueste bastante asimilarlo, siguiendo a ÚRSULA BASSET, estamos frente a un contrato o más bien varios contratos conexos, los consentimientos prestados que expresan la voluntad contractual de procrear un hijo y asumir la filiación del mismo. Creemos que no cabría exactamente en la definición de contrato del art. 957 CCyC, porque si bien se trata de un acto jurídico en que las partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas, en este caso, no todas esas relaciones serían de contenido *patrimonial*.

Se trata por un lado de un tratamiento médico para solucionar un problema de infertilidad o satisfacer el deseo de procreación, una relación de consumo con el centro médico que promete una obligación de medios: utilizar todas las técnicas a su alcance, con un contenido netamente económico. Podría involucrar la voluntad procreacional de dos personas que deciden intentar tener un hijo, incluyendo su material genético propio o también ajeno. Podría incluso involucrar la donación altruista de material genético de otra persona.

Los consentimientos son varios y señalamos a modo de ejemplo: el de los donantes, que deben conocer que implica la posibilidad de engendrar hijos ajenos, las molestias, trastornos y consecuencias adversas del tratamiento, y además tomar conocimiento del carácter en principio anónimo de la donación y de la posibilidad de conocimiento de los datos en determinadas circunstancias con autorización

judicial, el de la paciente, para aceptar el tratamiento y querer tener un hijo; el del marido o la pareja para autorizar el tratamiento, para utilizar su material genético o para asumir irrevocablemente la paternidad, aunque no responda a la verdad biológica. Estos últimos deben actualizarse ante cada implantación o fertilización, también para cambiar el destino de los embriones o prorrogar su conservación. Por último, para el de una mujer sola que decide congelar sus óvulos para utilizarlos más adelante y así extender su posibilidad de fertilidad, o de cualquier persona, que ante una enfermedad que pueda afectar su fertilidad puede solicitar la crioconservación para el futuro de su material genético.

La enumeración de estos “consentimientos” permite advertir la complejidad de la materia y los problemas hermenéuticos que se derivarán de la aplicación de las tres normas regulatorias de las técnicas que por momentos se superponen o bien dejan lagunas^{21 22}.

No se exige el consentimiento del marido. Parecería más importante disponer la vivienda familiar que tener un hijo, que por presunción legal será hijo del cónyuge. El estado debería preverlo y el centro de salud prevenir en estos casos. Si bien de los fundamentos del anteproyecto decreto N° 191/2011 surge que se ha seguido a la ley española N° 14/2006, no exige como ésta el asentimiento del marido y la necesidad de asesoramiento jurídico y ético.

No está prevista la subsanación posterior en caso de falta de consentimiento previo o de subsanación de un consentimiento viciado.

Los consentimientos son esencialmente revocables hasta la concepción en el útero o la implantación de embriones. Por ello es necesario un segundo consentimiento para la implantación de embriones, para evitar conflictos sobre embriones en casos de crisis de pareja²³. En caso de no haber acuerdo, ¿se aplicaría la solución contractual, respetando lo que se estableció en el consentimiento originario?

21 Por su orden temporal, ley N° 26.862 y su decreto reglamentario N° 656/2013. Código Civil y Comercial de la Nación y proyecto de ley de fertilización asistida con media sanción de diputados 581 y 4058-D- 2014 del 12 de noviembre de 2014, de convertirse en ley.

22 LAFERRIERE, Jorge Nicolás. “Análisis integral de la media sanción sobre técnicas reproductivas”, *La Ley*, 4/2/2015, AR/DOC/4720/2014.

23 CNCiv., Sala J, “P. A. c/ S. A. C. s/ medidas precautorias”, 13/09/2011. Con comentarios de: Pastore, Analía. “Disolución matrimonial y un conflicto de estos tiempos: ¿qué hacemos con los embriones crioconservados?”, ED-240, 50. Arias de Ronchietto, Catalina Elsa; Basset, Úrsula C.; y Lafferriere, Jorge Nicolás. “Importante fallo judicial defensor de la dignidad personal de los embriones congelados”, ED-245-72. En esta editorial se publicaron también los siguientes comentarios *La Ley* 2011-E, 442 con nota de Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora; “La obligación de ser padre impuesta por un tribunal”; Ghersi, Carlos A. “El derecho personalísimo a ser padre”, *La Ley*, 26/10/2011, 1. Jáuregui, Rodolfo G. “La concepción y la responsabilidad parental”. Carranza, Gustavo. “El derecho a ser madre”. Arias de Ronchietto, Catalina Elsa; Berti García Milagros; Nassazi Ruano, Fernando. “Los concebidos crioconservados son hijos de sus padres y pacientes de sus médicos”, *DFyP*, 2011 (diciembre), 220. Krasnow, Adriana N. “Cuando la respuesta parental no se corresponde con la voluntad parental”, *JA*, 30/11/2011, 35.

La ley británica de 1991, pionera en la materia, prohíbe la continuidad del tratamiento si no hay consentimiento de ambos. En caso de conflicto quedará abierta la vía judicial.

El consentimiento debe ser recabado por el centro de salud que realiza el tratamiento, que es parte interesada, sobre todo en deslindar sus responsabilidades. Además tiene la superioridad que le confiere el conocimiento científico frente a la otra parte vulnerable, por su situación de progenitor de deseo de tener un hijo y su infertilidad.

Forma y prueba

El consentimiento debe ser *previo, informado y libre*. No hay mayores exigencias, no lo regulan las leyes especiales. Ningún comentarista del CCyC da mayores precisiones, únicamente se requiere como requisito *ad probationem* su protocolización ante escribano público o certificación ante autoridad sanitaria correspondiente. A falta de requisitos, los mismos son impuestos por los institutos médicos, por el asesoramiento legal privado y por las decisiones bioéticas de los interesados. Deberá cumplir los requisitos de todo acto jurídico otorgado con libertad, discernimiento y voluntad (art. 260), sin los vicios de dolo, error o violencia. Este consentimiento como disposición de derechos personalísimos y sobre el propio cuerpo no puede ser contrario a la ley, a la moral y a las buenas costumbres. No puede ser suplido por terceros (arts. 55 y 56). Es esencialmente revocable.

El nacimiento, más el consentimiento previo, informado y libre protocolizado, son causa fuente de la filiación y se inscriben en el registro del estado civil y capacidad de las personas y provocan el emplazamiento. Es la primera vez que la filiación se disocia del dato biológico. Cuando se inscribe un nacimiento deberá acompañarse un legajo base con los datos del tratamiento, aunque del certificado no debe surgir elemento alguno. Hemos tomado conocimiento de que los registros civiles están exigiendo la protocolización.

“Más allá de lo que dispongan las normativas especiales, el Proyecto prevé que el consentimiento prestado en el centro médico (documento sanitario) debe ser protocolizado ante escribano público e inscripto en el correspondiente Registro Civil, luego del nacimiento del niño, apuntando así a brindar seguridad jurídica y mayores garantías a los usuarios de estas técnicas, los así nacidos y los terceros. Sólo reunidos todos esos requisitos, la voluntad procreacional expresada a través del consentimiento será fuente determinante de la filiación”²⁴. El decreto

24 FAMÁ, María Victoria. “Comentario al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012”, en Rivera, Julio César (director) y Medina, Graciela (coordinadora), capítulo XVI, “Filiación”, Abeledo Perrot, pág. 419.

Nº 956/2013, reglamentario de la ley Nº 26.862 de "Acceso integral a las TRHA", en el art. 7º establece que el consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad, y que se aplican en lo pertinente la ley Nº 26.529, de derechos del paciente, y Nº 25.326, de protección de los datos personales (en este caso datos sensibles).

Los requisitos formales son más estrictos que en el consentimiento informado médico. El legislador exige la protocolización del instrumento ante escribano público o la certificación ante la autoridad sanitaria.

Siguiendo a ARGENTINO I. NERI, podemos decir que: "...protocolizar es incorporar al protocolo el instrumento a través de su transcripción, y para otros, protocolización es acción y efecto de incorporar el instrumento a través de meras enunciaciones del mismo, que en lugar de ser transcrito ha de quedar tan solo agregado". Este autor afirma que cualquier persona puede presentarse ante escribano público, ya sea para conservar un instrumento privado, o sea para darle fecha cierta y solicitar que lo agregue a su registro²⁵. Las leyes que regulan la actividad del notariado de la Provincia de Buenos Aires -decreto ley Nº 9020/1978- y de la Ciudad de Buenos Aires -ley Nº 404- se refieren a la protocolización de documentos: el primero, en el art. 162; y la ley Nº 404, en los arts. 89 y 90.

Se discute si la protocolización es una verdadera "escritura" en sentido material o si, por el contrario, se trata de las llamadas "escrituras-actas", escritura por su forma y acta por su contenido. Al respecto, RUBÉN A. LAMBER describe las diferencias entre la escritura y el acta: "Se trata de la distinción entre las escrituras públicas, en que las partes concurren para otorgar un acto o negocio jurídico, donde la voluntad para declarar, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones *es sustancial*, y las actas, en que el requerimiento se formula con relación a la comprobación documental de hechos que el escribano percibe por sus sentidos"²⁶. Consideramos, luego de lo expuesto, que lo más adecuado, para brindar seguridad jurídica al consentimiento médico para la aplicación de TRHA es el otorgamiento de una "escritura pública", en sentido material y formal, cuyo contenido debe ser la manifestación inequívoca de los otorgantes de someterse a las TRHA, expresar la voluntad procreacional de asumir el vínculo filial de acuerdo al CCyC y otorgar un verdadero acuerdo regulatorio que contenga las decisiones personalísimas de los intervinientes y prevenga las posibilidades de conflicto. Los otorgantes deberían, por ejemplo, establecer: la decisión de recepción de material heterólogo, la cantidad de transferencias de embriones o el número de ovocitos a inseminar, el destino de los embriones crioconservados en caso de divorcio, separación de

25 NERI, Argentino I. *Tratado teórico Práctico de Derecho Notarial*, tomo IV, Depalma, 1970, 147.

26 LAMBER, Rubén A. *La escritura pública*, tomo I, FEN, La Plata, 2004, págs. 132 y sgts.

hecho, nulidad del matrimonio o muerte de uno de ellos, plazo de conservación de embriones (máximo previsto 10 años) y su posibilidad de prórroga (por 5 años); el destino para el caso de cese de la conservación, optar entre que sean utilizados por otra persona o pareja, que sean donados para la investigación o cesar la crioconservación al momento de ocurrir alguno de estos supuestos. Muchas de estas alternativas a convenir surgen del proyecto de ley relacionado. Téngase en cuenta que aún no fue sancionado, por lo que hoy podrán o no incluirse libremente por decisión de los interesados²⁷.

La escritura pública goza de fe pública y garantiza fecha cierta, autenticidad, guarda, reproducción, conservación y certeza. El nuevo CCyC cuando se refiere a los instrumentos públicos notariales, no los impone casi para ningún acto, más vale los otorga en todo caso como una alternativa, sin embargo, les confiere la misma fuerza obligatoria, valor probatorio y eficacia convictiva que en el antiguo sistema jurídico²⁸.

En esta escritura, luego de la declaración que constituye un acto jurídico, se procederá a la transcripción del instrumento de consentimiento médico informado cuyo original quedará agregado al protocolo. Consideramos que esta es la interpretación de la voluntad del codificador, que quiso rodear de formalidades para brindar seguridad jurídica a esta forma de filiación y por la que debería expedirse la ley especial y su reglamentación.

El usuario de las TRHA debería ser el interesado en solicitar la escritura o la simple protocolización, máxime cuando deja en un centro autorizado embriones viables para tener nuevos hijos, aunque cualquiera de las partes podría solicitarla mediante la transcripción del consentimiento informado o simplemente su incorporación al protocolo. En tal caso estaríamos ante una "escritura-acta", con las mismas características de una simple protocolización de instrumento privado y con sus mismos efectos. Creemos que en este caso se cumpliría con la letra de la norma, pero no con la intención del legislador.

Corresponde a las personas actuar prudente y responsablemente, valorizar sus decisiones personalísimas, recurrir al asesoramiento profesional de un tercero imparcial cuando se trata de elecciones de tanta trascendencia y exigir la documentación con máximo valor probatorio, sobre todo cuando se es la parte más débil en la relación por carecer del conocimiento técnico, sumado a la situación de vulnerabilidad producto del sufrimiento físico y psicológico que significa tener que recurrir a un tratamiento de fertilización asistida. Frente a una materia relacionada

27 Puede consultarse "Aplicación Práctica. Proyecto de escrituras" en *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, Clusellas, Eduardo Gabriel (coordinador), tomo II, pág. 726.

28 VENTURA, Gabriel B. "El valor probatorio de los instrumentos públicos en el Código Civil y Comercial", *La Ley*, 11/08/2015, cita online: AR/DOC/2529/2015.

Congresos y Jornadas

con la bioética es necesaria la intervención interdisciplinaria y el asesoramiento legal junto al consejo médico. El notariado puede realizar este asesoramiento.

Sin dudas el CCyC incluye un derecho nuevo, la recepción de un avance médico y tecnológico de gran impacto social que las leyes deben regular. En definitiva, el objetivo final del presente ha sido la reflexión sobre la autonomía de la voluntad para otorgar convenios o acuerdos bilaterales (de los que el consentimiento del art. 561 es un ejemplo) que regulen materias extrapatrimoniales relacionadas con derechos personalísimos, de acuerdo a los principios que surgen del CCyC. Analizar sus características, sus límites y su fuerza obligatoria, se trata de una materia tan incipiente y novedosa que impide obtener conclusiones definitivas.

V. BIBLIOGRAFÍA

Se indican solamente las obras más importantes consultadas, los artículos publicados en revistas especializadas, legislación y jurisprudencia resultan de las notas a pie de página.

LORENZETTI, RICARDO LUIS (director). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, tomos I y III, Rubinzal-Culzoni Editores.

RIVERA, JULIO CÉSAR y MEDINA, GRACIELA (directores); ESPER, MARIANO (coordinador). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo II, La Ley, 2014.

BUERES, ALBERTO J. (dirección). *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, tomo 1, Hammurabi, José Luis Depalma Editor.

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo II, Libro Segundo, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. CONCORDADO, COMENTADO Y COMPARADO CON LOS CÓDIGOS CIVIL DE VÉLEZ SARSFIELD Y DE COMERCIO, TOMO I, LA LEY, 2014, ARTS. 1º Y 956.

CLUSELLAS, EDUARDO GABRIEL (coordinador). *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, "Modelos de redacción sugeridos", tomos I y II, Editorial Astrea-FEN, 2015.

LAMBER, RUBÉN A. *La Escritura Pública*, tomo I, FEN, La Plata, 2004, págs. 132 y sgts.

NERI, ARGENTINO I. *Tratado teórico práctico de Derecho Notarial*, tomo IV, Depalma, 1970, pág. 147.