

Revista Notarial **980** **ENE** **ABR** Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires **2016**

Fundada el 1 de agosto de 1894 - Decana de América

Director

Eduardo Gabriel Clusellas

Comité de redacción y referato

Mariano Costanzo

Gastón R. di Castelnuovo

Elba 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. Voiscovich.

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 Sua-res, 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 Car-men Kíricos, 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 Ma-ría 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 Provin-cial de Personas Jurídicas

Presidente: Elina Inés Carreira.

Miembros: María Gimena Arias, Osvaldo Nata-lio Togni, María Alejandra Borelli, Dora Nancy Fiorentini, Diego Hernán Corral, Damián Fe-derico 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, Paula Mariana Morello, Marcelo Eduardo Ur-baneja, Verónica Estela Storti, Mariana Armen-dáriz, Alfredo C. Troilo Marcos, Ana Antonieta Lavecchia, Gabriela Alejandra Vaccaro, Milena García, Julio Sebastián Ugalde, Guillermo Bor-ges 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 Ro-mano, 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 Ca-rolina Méndez, Fernando Alfredo Villagarcía, Marcia Della Rosa, Cora Fidela Ocampo, Ma-ría Florencia Segura, Guillermo Aníbal Longhi, Miguel Queirolo, Martín Guerrieri, Marta Ca-talina Loidi, Pablo Alejandro Di Giano, Ma-ría 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 Dia-na, Néstor José Zaccardi, Omar Agustín Pia-ggio 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 Néliida Dómina.

Comisión de Préstamos y Turismo

Presidente: Juan Pedro Calou.

Miembros: Eugenia I. M. Bagnoli, Stella Maris Perdriel, Ciro Hernán Luques, María del Car-men Gaudino, Julián De Marco, Eugenio De Miguel, Daniel Cristian Franco, Pedro Abel Il-laregui 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 Dinet 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, Federico

Ricardo Gastaldi, Oscar Rodolfo

Leggeri, María Antonia Maggi, Hilda

Julia Manzanal, Luis Alberto Milani, Virginia Milani, Horacio Tiburcio Molina, Ana María Oneto, María Teresa Pellegrini, Eduardo Francisco Perrozzi, Jorge Alberto Pollono, Miguel Daniel Terán, 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 Goytisoló (†)

Aquiles Yorio (†)

Alberto Villalba Welsh (†)

Carlos Cossio (†)

Ángel Martínez Sarrión (†)

Mauro Cappelletti (†)

Manuel Fraga Iribarne (†)

Augusto Mario Morello (†)

Eduardo M. Favier Dubois (P) (†)

Jorge Horacio Alterini

Luis Moisset de Espanés

Félix A. Trigo Represas

Sedes:

Avda. 51 N° 435

(B1900AVI) La Plata

Calle Guido 1841

(C1119AAA) Buenos Aires

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>Rubén Compagnucci de Caso y Mariano Esper</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>Elena García Cima de Esteve</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 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 Ricci
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

Vacante

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 **980**

enero - abril 2016

EDITORIAL		15
DOCTRINA	Responsabilidad parental	17
	<i>Adriana N. Abella</i>	
	<i>Sebastián E. Sabene</i>	
	Liquidación y partición de la comunidad	49
	<i>Martha Rosa Piazza</i>	
	Agencia. Concesión. Franquicia	73
	<i>Adriana Copes</i>	
	El derecho internacional privado notarial en el Código Civil y Comercial de la Nación	95
	<i>Ricardo Javier Saucedo</i>	
	Personas jurídicas	155
	<i>Aldo Emilio Urbaneja</i>	

	Contratos asociativos	165
	<i>Aldo Emilio Urbaneja</i>	
	Modificaciones introducidas a la Ley 19.550	175
	<i>Aldo Emilio Urbaneja</i>	
JURISPRUDENCIA	NOTA A FALLO	189
	La fe pública notarial	
	<i>Comisión de Legislación y Jurisprudencia</i>	
INFORMACIONES	39 Jornada	233
	Notarial Bonaerense	

Editorial

Como director de esta publicación, quiero transmitir en primer lugar el verdadero honor que resulta para mí poder dar continuidad a esta importante y valiosa “saga” de revistas de características especiales que iniciamos en el número 976.

Junto al comité de redacción y referato, la primera aproximación a este tipo de estructura diferenciada la tuvimos cuando comenzamos con las ediciones dedicadas al 120 aniversario de la creación de Revista Notarial. En aquel momento, empezamos a delinear el esquema de los artículos y trabajos que pretendíamos incluir en cada una de las ediciones. Así, pudimos contar con el invaluable aporte de renombrados especialistas, autores de nota que trascienden las fronteras del universo notarial.

En esos tres números aniversario recogimos la doctrina de juristas de gran talla intelectual, como Luis Moisset de Espanés, Félix Alberto Trigo Represas y Eduardo Zannoni. Ellos, junto a otros destacados exponentes del derecho, contribuyeron en estos años a jerarquizar aún más nuestra Revista con sus aportes.

La ocasión fue propicia para reeditar aquellos trabajos que seleccionamos como de especial calidad e interés, algunos de los cuales fueron actualizados por los mismos autores, evidenciando la evolución de la doctrina y del pensamiento jurídico en los años transcurridos desde su primera versión y hasta la actual.

Hoy nos convoca otro hecho trascendente que nos obliga a alterar la dinámica y formato habitual de la Revista.

La puesta en vigencia en 2015 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación movilizó a todo el notariado a capacitarse, y una parte de los más destacados juristas vinculados con nuestra actividad participaron de una experiencia inédita en nuestro país y en el mundo, que fue la de analizar y comentar la totalidad del derecho civil y comercial desde la mirada notarial.

Este análisis integral de la materia, nos coloca ahora en un lugar inmejorable para volver a revisar su contenido a un año de la entrada en vigencia, contemplando no sólo la evolución de la jurisprudencia, sino también cuál ha sido la interpretación hecha por la doctrina y de qué modo el ejercicio profesional ha ido utilizando las distintas figuras en la práctica.

La idea de repensar y estudiar bajo nuevas luces lo escrito hace apenas

Editorial

un año, se fundamenta en la propia experiencia. A muchos de nosotros nos ha ocurrido que ante una temática determinada podemos luego de un tiempo encontrar terceras opiniones, descubrir nuevos matices, hallar otras visiones o confirmar ciertas sospechas, lo que nos conduce a prestar especial atención a la evolución de la doctrina, la jurisprudencia y la práctica cotidiana, y en consecuencia a reelaborar aquellos primeros análisis.

En el convencimiento de que nuestra Revista Notarial es un vehículo más que propicio para transitar este camino, hemos convocado para realizar este trabajo al grupo de autores que intervino en aquella labor formidable que fue la edición del Código Civil y Comercial de la Nación notarialmente comentado.

Es por eso que a partir de la edición del número 980 la Revista escapará del formato habitual y contará con una presencia dominante de doctrina calificada, que entiendo resultará de gran utilidad para los colegas y el mundo jurídico en general.

Como representante genuina y prestigiosa de la labor intelectual de la profesión, no caben dudas de que Revista Notarial continuará siendo un órgano jurídico de permanente consulta para los notarios, abogados y magistrados.

Así como desde un principio se constituyó en un valioso auxiliar del notariado, publicando las consultas, casos de jurisprudencia, legislación, doctrina e informaciones, también en este tiempo renovamos ese mismo compromiso con los lectores, acercando de manera periódica las principales alternativas vinculadas con el quehacer notarial.

Por eso nuestro desafío es mantener y mejorar aún más esta publicación que está celebrando 122 años de edición ininterrumpida y que ha sido considerada, a lo largo de su historia, entre las principales del país y del extranjero, tanto por su antigüedad como por su jerarquía.

Eduardo Gabriel Clusellas
Director

Responsabilidad parental

Titularidad. Ejercicio. Representación, delegación de ejercicio y gestión de los bienes del niño, niña o adolescente

*Adriana N. Abella
Sebastián E. Sabene*

SUMARIO: I. Introducción. II. Principios rectores. III. Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental. IV. Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores. V. El consentimiento del adolescente en los supuestos comprendidos en el art. 645 CCyC. VI. El derecho a la identidad de género. Supuesto omitido en el art. 645 CCyC. VII. Representación legal. Su acreditación. VIII. Acuerdos de delegación de ejercicio de la responsabilidad parental. IX. Acuerdo de ejercicio conjunto con el progenitor afín. X. Actos de disposición. XI. Rentas de los bienes del niño, niña o adolescente. XII. Responsabilidad parental y contratos. XIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de la *responsabilidad parental* en el Código Civil y Comercial del la Nación¹ es fiel reflejo del paradigma que se vislumbra en su contenido². Armoniza con el de *responsabilidad familiar* -plasmada en el art. 7º de la ley Nº 26.061³- y, en el plano internacional, con los modernos conceptos que se expresan en el Reglamento del Consejo Europeo Nº 2201/03 del 27/03/2003⁴, que se refiere a la competencia, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Recordemos que el Código Civil de VÉLEZ SANSFIELD, en su redacción originaria contempló el instituto de la *patria potestad*, entendiendo por tal al conjunto de derechos que la ley reconocía a los padres sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos -denominación que, por entonces, recibían los hijos matrimoniales-, en tanto fuesen menores de edad y no estuviesen emancipados. Este concepto sólo contemplaba la idea de prerrogativas en la figura de los padres, omitiendo toda referencia a sus deberes; y sólo protegía la situación de los hijos habidos como consecuencia de una unión matrimonial⁵.

II. PRINCIPIOS RECTORES

El art. 639 CCyC pronuncia tres principios generales que deben regir la interpretación de las normas sobre responsabilidad parental. Ellos son:

- 1 Con los lineamientos de la ley Nº 23.264 y en armonía con el derecho internacional. En los fundamentos del anteproyecto del CCyC, los autores advierten que cambiar la vieja denominación por la expresión “responsabilidad parental”, es revelador de un conjunto de deberes y derechos que deberán ejercer los progenitores con la finalidad de satisfacer el interés superior del niño, niña o adolescente, pues “el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico”.
- 2 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Lineamientos generales del derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-2, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 287.
- 3 Ley Nº 26.061, art. 7º: “Responsabilidad familiar. La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos...”.
- 4 Es también conocido como “Nuevo Bruselas II”.
- 5 Se nutría de la idea de la potestad paterna, heredada del derecho romano, que en las “Partidas” -otra de las fuentes consultadas por Vélez Sarsfield- era definida como: “...el poder que han los padres sobre los hijos”. Ver: partida 4ª, título 17, ley 1.

1) El interés superior del niño, en concreta recepción del art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño⁶; y según el art. 3º de la ley Nº 26.061, el interés superior de la niña, niño o adolescente como: "...la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley". Deberá respetarse su condición de sujeto de derecho, su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta; el respeto a su pleno desarrollo personal y su centro de vida, entre otros aspectos.

2) La autonomía progresiva, que se presenta como una consecuencia de la faz dinámica de la capacidad del sujeto, y por consiguiente lo faculta para tomar intervención en asuntos vinculados a su persona o a sus bienes, conforme a su madurez y a su desarrollo⁷.

3) El derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta de acuerdo a su edad y grado de madurez.

En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas los días 1º, 2 y 3 de octubre de 2015 en Bahía Blanca, se ha afirmado que: "...la incapacidad y las restricciones a la capacidad de ejercicio de las personas humanas tienen finalidad tuitiva y no resultan en una limitación a sus derechos fundamentales que pueda ser calificada de discriminatoria"⁸.

III. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Advertimos que se mantiene la distinción que existía en el código velezano, entre la titularidad y el ejercicio -de la entonces llamada "patria potestad"-.

Se ha sostenido que mientras la titularidad -entendida como el goce de los derechos y deberes emergentes del régimen- reposa sobre ambos progenitores -a menos que se haya extinguido el régimen o hayan sido privados de la responsabilidad parental, uno o ambos-, el ejercicio supone *ámbitos de*

6 Ver LLOVERAS, Nora; Orlandi, Olga; y Tavip, Gabriel. En: Kemelmajer de Carlucci, Aída y otras. *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014*, tomo IV, pág. 28. Desde la vigencia de esta convención, esta idea deja de ser un objetivo deseable para convertirse en un principio rector de observación obligatoria por quien aplica la ley al caso concreto.

7 MORENO, Natalia. "Ejercicio de los derechos de los menores de edad y adolescentes en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, abril de 2013, *La Ley*, pág. 35. En igual sentido: Muñiz, Javier N. "Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial: recepción en el orden interno de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal Culzoni, 2012-2, pág. 105.

8 Conclusiones de la comisión Nº 1, "Aspectos Generales", punto 5.

actuación práctica que puedan recaer sobre los dos o uno solo de ellos, o bien encontrarse distribuidos entre los progenitores⁹.

Ello se refleja en los nuevos textos legales con modificaciones en lo relativo a su ejercicio, y el art. 641 permite el siguiente esquema.

a. Progenitores que conviven

Sin distinguir si los hijos son matrimoniales o extramatrimoniales, cuando el niño, niña o adolescente convive con ambos progenitores, *el ejercicio corresponderá a ambos*, a menos que medie privación o suspensión de ejercicio de la responsabilidad parental, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 700 a 703 CCyC. Ello porque el ejercicio de la responsabilidad parental se apoya sólidamente en la convivencia con el hijo. Su proximidad con ellos determina un mayor contacto que coloca al progenitor en mejores condiciones de cumplir sus deberes y ejercer los derechos que el régimen le reconoce. Si ambos progenitores conviven con el niño, niña o adolescente, no existen motivos para formular distinciones: *la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental corresponden a ambos*.

Deben distinguirse dos modalidades que coexisten, tal y como ocurría en el régimen derogado.

1. Ejercicio indistinto

En principio, el ejercicio parental será indistinto, según la presunción del inc. a del art. 641, ya que los actos ejecutados por uno de los progenitores se presumen consentidos por el otro. De tal modo, en estos actos es suficiente, a los fines de la representación legal, la intervención de cualquiera de los progenitores, puesto que en ella se encuentra implícita la conformidad del otro progenitor. Si el otro progenitor no estuviere de acuerdo con la realización del acto, podrá manifestar expresamente su oposición, destruyendo de este modo la presunción, tal como lo contempla la última parte del inc. a. Cuando esto ocurra, corresponderá la intervención del juez de conformidad con lo normado en el art. 642.

2. Ejercicio conjunto

Excepcionalmente, la ley requiere el concurso de la voluntad expresa de ambos progenitores en los supuestos contemplados en el artículo 645.

⁹ ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*, tomo 2, N° 1266.

b. Progenitores que no conviven

Cuando haya cesado la convivencia entre los progenitores o bien cuando estos nunca hayan convivido, la situación debe encuadrarse en el inc. b del art. 641 y el ejercicio de la responsabilidad parental también corresponderá a ambos progenitores, solución normativa que se ajusta a los criterios de la moderna doctrina y jurisprudencia¹⁰. Es además acorde con el art. 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño, en virtud del cual se reconoce el derecho del hijo de mantener relaciones personales y contacto directo con los padres de modo regular. No parece lógico que el hijo “cargue” con las consecuencias disvaliosas del fracaso de la unión matrimonial o convivencial, o de la sencilla elección que hayan hecho sus padres unidos en matrimonio, de no convivir. Ambos, entonces, ejercen la responsabilidad parental¹¹.

También en este supuesto regirá la presunción de que los actos realizados por uno de los progenitores cuentan con el consentimiento del otro, a menos que éste se oponga expresamente o que se trate de alguno de los supuestos contemplados en el art. 645.

El nuevo ordenamiento, en estos casos, permite a los progenitores convenir -y a los jueces resolver- la atribución del ejercicio de la responsabilidad parental a uno solo de los progenitores o establecer “distintas modalidades”, siempre que se considere la mejor solución, apreciando adecuadamente el interés del niño, niña o adolescente. Esta atribución exclusiva a uno de los progenitores tiene carácter excepcional¹².

Fuera del supuesto de atribución exclusiva del ejercicio parental a uno de los progenitores, la posibilidad de establecer “distintas modalidades” se vincu-

10 Ver: FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel. “El ejercicio de la patria potestad en caso de separación”, LL, 1997-A-127. La norma antecedente (art. 264, segundo párrafo, incs. 2º y 5º *in fine*, Código Civil derogado) consagraba en estos supuestos que el ejercicio correspondía al que había obtenido legalmente la mal llamada “tenencia”, correspondiendo al otro progenitor un derecho a mantener adecuada comunicación y a supervisar la educación del hijo, que por entonces recibió el controvertido nombre de “régimen de visitas”. Por supuesto, el primer progenitor convivía con el hijo, mientras el segundo no. De modo que, en la letra del régimen anterior, mientras el primero tenía titularidad y ejercicio de la patria potestad, el segundo *parecía ser solamente titular*. Sin embargo, la doctrina más moderna, penetrando más allá de las palabras consagradas en aquella norma, identificó correctamente que ese derecho a mantener adecuada comunicación y a supervisar la educación del hijo *configuraba también un ejercicio de la patria potestad*. Por ello, con un criterio más ajustado a la realidad, consideraban que el progenitor que convivía con el hijo tenía un *ejercicio preponderante*, mientras el no conviviente, ostentaba un *ejercicio atenuado*.

11 SABENE, Sebastián. “Sobre la adecuada comunicación del menor con el progenitor no conviviente”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, año 2013, Nº 9, pág. 59 y sgts.

12 LLOVERAS, Nora. Ob. cit., pág. 49.

la con lo dispuesto en los arts. 650 y 655, ya que permiten a los progenitores celebrar un *plan de parentalidad* contemplando una modalidad específica de cuidado personal del hijo.

c. Muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación o suspensión de ejercicio de la responsabilidad parental de un progenitor

En los cuatro supuestos enunciados en el inc. c del art. 641 CCyC, existe *imposibilidad física o jurídica* de que uno de los progenitores ejerza la responsabilidad parental, razón por la cual forzosamente su ejercicio recaerá en el otro progenitor¹³. No obstante, no excluye la posibilidad de que, cuando exista una voluntad enderezada en tal sentido, se acuerde el ejercicio conjunto entre el progenitor ejercitante y el progenitor afín, en los términos del art. 675 CCyC.

d. Hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial jurídicamente establecido

La filiación requiere emplazamiento jurídico para gozar de los efectos propios. El hijo extramatrimonial es posible que tenga un solo vínculo jurídicamente establecido. El art. 641, en su inc. d establece que al existir un solo vínculo filial con emplazamiento jurídico, forzosamente el ejercicio de la responsabilidad parental recae sobre ese progenitor, ya que jurídicamente es el único que ostenta el referido estado de familia. Si, en cambio, durante la vigencia de la responsabilidad parental se promoviere la acción judicial y se declarara la filiación extramatrimonial, correspondería la aplicación del inc. e, que comentamos seguidamente.

e. Hijo extramatrimonial con doble vínculo filial jurídicamente establecido

El inc. e del art. 641 recepta el caso del hijo extramatrimonial con respecto al cual uno de los progenitores se emplazó objetiva o voluntariamente; y el otro, en cambio, fue declarado tal por sentencia judicial. Al igual que en el supuesto anterior, el ejercicio de la responsabilidad parental es atribuido al primero ya que se considera que, por la conducta revelada, es el que exteriorizó su voluntad de asumir el plexo de deberes y derechos que emergen del régimen de responsabilidad parental, en estricta valoración del interés del hijo,

13 En caso de muerte real o presunta de cualquiera de ellos, en atención al fin de la existencia de la persona humana, la imposibilidad es física. En cambio, cuando uno de ellos haya sido suspendido en el ejercicio de la responsabilidad parental o privado de ella, el fundamento es jurídico.

en principio, sería quien está en mejores condiciones de absorber su ejercicio. Sin embargo, la norma permite también en este supuesto que los progenitores *convengan, o que el juez resuelva el ejercicio conjunto o el establecimiento de distintas modalidades*. La solución es de toda lógica: si el vínculo entre los progenitores permite el funcionamiento de un ejercicio bilateral, entendemos que aunque la norma no lo autorice expresamente, también podrán pactar el *ejercicio indistinto*¹⁴.

Por supuesto, si ambos progenitores se hubieran emplazado voluntariamente en su filiación, no corresponde aplicar esta norma sino los incs. a o b, según convivan o no, respectivamente. Esta norma ha incurrido en la misma omisión que el art. 264 del Código Civil derogado, ya que no contempla solución para el caso -poco probable, pero posible al fin- de que ambos progenitores se hayan emplazado como consecuencia de una sentencia judicial. Compartimos la doctrina expresada en el régimen anterior, en el sentido de que corresponderá también aquí la aplicación de los incs. a o b, según corresponda¹⁵.

IV.- ACTOS QUE REQUIEREN EL CONSENTIMIENTO DE AMBOS PROGENITORES

El art. 645 CCyC -con claro antecedente en el art. 264 quáter del código derogado- contempla los supuestos en que es requerido el consentimiento de ambos progenitores para aquellos hijos con doble vínculo filial¹⁶. En estos supuestos no rige la presunción de conformidad que impera en el art. 641, incs. a y b, sino que estos actos constituyen una de sus excepciones.

Cuando uno de los progenitores no diese su consentimiento o se encontrare imposibilitado para hacerlo, el juez resolverá lo que resulte más conveniente para el interés familiar, considerando que por mandato del art. 639 deberá ponderar el interés superior del niño, su derecho a ser oído y su autonomía progresiva.

14 ABELLA, Adriana; Sabene, Sebastián E. En: Clusellas, Eduardo (director). *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, tomo 3, pág. 13.

15 ZANNONI, Eduardo. Ob. cit., tomo 2, N° 1298; Mazzinghi, Jorge Adolfo. *Tratado de Derecho de Familia*, tomo IV, Ed. La Ley, N° 791. Belluscio, Augusto. *Manual de Derecho de Familia*, tomo 2, N° 527.

16 Los vínculos filiatorios deberán haberse emplazado por alguna de las vías contempladas en los arts. 565, 566, 567, 568, 570, 582, 594 y conc. CCyC.

Los supuestos contemplados en el art. 645 son los siguientes:

a. Autorización para contraer matrimonio

En el régimen anterior, la autorización de los representantes legales para contraer matrimonio no estaba vinculada al impedimento matrimonial de falta de edad legal sino a la circunstancia de que, por razón de su edad, los menores fueran *incapaces*. Por tal motivo, se requería el asentimiento de ambos progenitores o la *venia supletoria* del juez (conf. arts. 168, 169, 170 y 264 quáter, inc. 1, Código Civil derogado). Ello no debía confundirse con la falta de edad legal para contraer matrimonio, que constituía un *impedimento* y que sólo podía ser *dispensado* por la autoridad judicial (arts. 166, inc. 5, y 167 del mismo código). Por consiguiente, podía distinguirse -aun cuando desde el año 2009 la edad núbil y la mayoría de edad coincidieron, por la sanción de las leyes N° 26.449 y N° 26.579- que la *falta de edad para contraer matrimonio* debía ser cubierta con una *dispensa*; mientras la *incapacidad* tenía que resolverse con la *autorización* de los progenitores o la *venia supletoria* del juez, en su caso.

El CCyC dispone otra solución. El inc. a del art. 645 exige consentimiento de ambos progenitores para autorizar “a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio”. Esta norma debe interpretarse en combinación con los arts. 403, inc. f, y 404, párrafos 1º a 3º. En orden al art. 403, inc. f, la *edad núbil* se adquiere a los *dieciocho años*, cualquiera sea el sexo del contrayente, siendo la falta de edad legal un *impedimento matrimonial dispensable*. Su *dispensa* está regulada en el artículo 404, cuyo primer párrafo distingue dos trechos temporales, a saber: a) cuando el pretenseo contrayente tuviere *entre trece y dieciséis años*, podrá contraer matrimonio “previa dispensa judicial”; y b) cuando tuviere *entre dieciséis y dieciocho años*, podrá hacerlo “con autorización de sus representantes legales”, o en su defecto con la correspondiente dispensa del juez.

El contrayente que tiene entre dieciséis y dieciocho años que obtiene la autorización de sus representantes legales para contraer matrimonio lo hará *prescindiendo de toda intervención del juez*, a diferencia de lo que ocurría en el régimen derogado, en que siempre la dispensa de este impedimento se apoyaba en un pronunciamiento judicial.

De la interpretación combinada de las normas mencionadas resulta que los progenitores que autorizan al hijo entre dieciséis y dieciocho años a contraer matrimonio ya no están cubriendo solamente una incapacidad, sino que también *están dispensando un impedimento matrimonial*, circunstancia novedosa en nuestra legislación ya que, como hemos dicho, hasta la entrada en vigencia de este código las dispensas matrimoniales siempre estuvieron comprendidas en la órbita de la función judicial.

La exigencia del concurso de la voluntad de ambos progenitores o la autorización supletoria del juez, en su caso -que en este supuesto, es una verdadera dispensa-, se justifican debido a que la celebración del matrimonio producirá la emancipación y la consecuente extinción de la responsabilidad parental (arg. arts. 27 y 699, inc. d, CCyC). Resulta lógico, en esa tesitura, que si el matrimonio del hijo producirá la extinción del régimen de titularidad de ambos progenitores, ambos deban consentirlo.

Si bien lo más frecuente en el régimen derogado era que la autorización de los progenitores para celebrar matrimonio se prestara en el mismo acto de celebración matrimonial, el art. 187, inc. 2, del código anterior contemplaba la posibilidad de acompañar la declaración auténtica de los representantes legales, en tal sentido, al presentar la solicitud inicial ante el registro de estado civil y capacidad de las personas competente. La opción era útil para los supuestos en que, por cualquier motivo, uno o ambos progenitores no estuvieran presentes en la celebración del matrimonio.

Aunque el nuevo código no haga expresa referencia a ello, resulta aplicable el art. 52 de la ley N° 26.413, en orden al cual los contrayentes deberán: "...presentarse provistos de la documentación necesaria ante la autoridad competente para celebrarlo, con la antelación que fije la reglamentación respectiva". Es imprescindible además que el oficial público cuente con la autorización escrita o el testimonio judicial para poner en marcha el procedimiento registral¹⁷. Toda dispensa debe ser conocida por el oficial con anterioridad al acto de celebración del matrimonio en el transcurso de las diligencias previas, puesto que sin ella no sería procedente que fije fecha de celebración del acto matrimonial¹⁸.

Creemos que se impone que la forma escrita sea *auténtica*¹⁹ y por ello deberá ser convenientemente *notarial*. La *escritura pública* dota de autenticidad y fecha cierta al acto, al margen de las garantías que le aporta su extensión en el protocolo²⁰.

b. Autorización para el ingreso a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad

El art. 645, inc. b, reproduce el texto del art. 264 quáter, inc. 3, del código derogado, con fundamento en que, con el ingreso del hijo a estas comunidades o fuerzas, se produce una desvinculación profunda entre los progenitores y el

17 Puede observarse que es el criterio adoptado en el instructivo anexo de la circular N° 1665/2015 del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Buenos Aires.

18 En tal orden de ideas, el art. 417 prescribe que: "...si de las diligencias previas no resulta probada la habilidad de los contrayentes (...) el oficial público debe suspender la celebración del matrimonio hasta que se pruebe la habilidad...".

19 Como lo hacía el art. 187, inc. 2, del código derogado.

20 ABELLA, Adriana. Ob. cit., págs. 30 y 31.

hijo, y el desplazamiento del ejercicio de la autoridad hacia quienes asumen la dirección de estos establecimientos²¹. Ello sin perjuicio de que en algunos supuestos este ingreso implica también el cese de la convivencia del hijo con sus progenitores, elemento de vital relevancia para el ejercicio de la responsabilidad parental.

c.- Autorización para salir de la República o cambiar de residencia permanente en el extranjero

La razón por la cual ambos progenitores deben consentir la salida del niño, niña o adolescente del territorio de la República es que, con tal egreso, el hijo queda sustraído de la jurisdicción de los jueces argentinos²².

A su vez, el Código Civil y Comercial incorpora la novedad de exigir el consentimiento dual para los supuestos en que el hijo cambie su residencia permanente en el extranjero. La ampliación de la norma parece positiva ya que, como se ha sostenido, no será igual la valoración de los progenitores o del juez en su caso, si el hijo saldrá del país por un período de vacaciones o si lo hará para mudar su residencia al exterior²³.

El consentimiento que exige esta norma será *tácito* si el menor egresa del país acompañado de ambos progenitores. Si, en cambio, el niño, niña o adolescente sale del país en compañía de un solo progenitor, será necesario el consentimiento *expreso* del otro. Y si lo hace sin ninguno de sus progenitores, se exigirá el consentimiento *expreso* de ambos.

d.- Autorización para estar en juicio

Esta exigencia -antes contemplada en el inc. 5 del art. 264 quáter del código derogado- sólo resultará de aplicación cuando el hijo no pueda actuar en juicio por sí. Por tal motivo, el art. 645, inc. d, debe ser interpretado en combinación con los arts. 677 a 680 CCyC, de acuerdo a los cuales: 1) los progenitores pueden representar al niño, niña o adolescente en juicio, puesto que son los representantes necesarios de estos; 2) cuando el hijo fuese adolescente -es decir, cuando tuviese entre trece y dieciocho años- se presume que tiene autonomía suficiente para intervenir en un proceso judicial conjuntamente con sus progenitores, o en forma autónoma, con asistencia letrada (arg. art. 677, 2º pá-

21 ZANNONI, Eduardo. Ob. cit., N° 1327.

22 El antecedente inmediato del art. 645, inc. c, CCyC es el art. 264 quáter, inc. 4, del código anterior.

23 LLOVERAS, Nora. Ob. cit., pág. 74.

rrafo, CCyC); 3) cuando el hijo fuese menor de trece años -niño o niña- en una interpretación combinada con el art. 26, tercer párrafo, CCyC, tendrá derecho a ser oído en el proceso judicial que lo concierne y a participar en las decisiones que se tomen sobre su persona, solución compatible, a su vez, con lo normado en el art. 639 del mismo Código; 4) el juez puede autorizar al adolescente a iniciar una acción civil contra un tercero cuando exista oposición de uno o ambos progenitores, con previa audiencia del oponente y del ministerio público (arg. art. 678 CCyC); 5) el hijo con grado de madurez suficiente, en tanto cuente con asistencia letrada, puede incoar acciones judiciales contra sus progenitores en resguardo de sus propios intereses, sin precisar autorización judicial (arg. art. 679 CCyC); 6) el hijo adolescente puede estar en juicio *sin autorización de sus progenitores cuando sea acusado criminalmente*, del mismo modo que tampoco precisa dicha autorización para reconocer hijos (arg. art. 680 CCyC).

e. Actos de administración de los bienes de los hijos

El art. 264 quáter, inc. 7, del código anterior exigía consentimiento de ambos padres para el ejercicio de actos de administración sobre los bienes del menor, salvo la delegación de administración que contemplaba su art. 294. Similar redacción presenta el art. 645, inc. e, considerando trascendente en la vida del hijo la administración de sus bienes, y exigiendo, por consecuencia, que para ello concorra la voluntad de ambos progenitores. El art. 685 parece colisionar con esta idea al establecer que la administración de los bienes del menor es común sólo cuando la responsabilidad parental sea ejercida por ambos progenitores. Sin embargo, no existe tal colisión. En primer lugar, porque el ejercicio parental también corresponde a ambos en los supuestos comprendidos en los incs. a y b del art. 641 ya que, como hemos visto, el nuevo código, aun cuando los progenitores no convivan, reconoce a ambos como ejercitantes del régimen parental.

Cuando, en estos casos, se haya atribuido el ejercicio a uno solo de ellos, no será necesario el consentimiento de ambos para otorgar el acto de administración ya que el inciso deja a salvo los supuestos en que: "...se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo".

Igual solución cabe aplicar en el inc. e ya que, aun cuando uno de los vínculos filiales se haya establecido por sentencia judicial y el ejercicio parental corresponda en principio al otro, lo que interesa a los fines de la administración es la titularidad del régimen, no su ejercicio.

En los supuestos del inc. c del art. 641, no será exigible el consentimiento de ambos progenitores puesto que uno de ellos se encuentra material o jurídicamente imposibilitado para hacerlo.

Doctrina

Por último, el inc. d no se encuentra alcanzado por el art. 645, que sólo se aplica a los hijos con doble vínculo filial.

Por consiguiente, en una interpretación sistemática de los arts. 645 y 685, se concluye que los actos de administración requieren el consentimiento de ambos progenitores, salvo los siguientes supuestos: a) muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión de su ejercicio; y b) hijo extramatrimonial con un solo vínculo filiatorio jurídicamente establecido²⁴.

V.- EL CONSENTIMIENTO DEL ADOLESCENTE EN LOS SUPUESTOS COMPRENDIDOS EN EL ART. 645 DEL CCYC

Concluye el art. 645 y dispone que: "...cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso".

Recordemos que es adolescente aquella persona menor de edad entre los trece y los dieciocho años (arg. art. 25, segundo párrafo, CCyC). Su intervención se justifica en función del principio de autonomía progresiva y de su derecho a ser oído.

El adolescente debe *consentir*, es decir, integra y conforma la voluntad negocial. Pero ello no implica que, en todo caso, deba comparecer al acto ya que en algunos supuestos tal comparecencia no será exigible.

Por ejemplo: si los progenitores pretenden, de común acuerdo, autorizar al adolescente a salir del país, será suficiente que comparezcan ellos y el adolescente consentirá en ocasión de su egreso.

VI. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO. SUPUESTO OMITIDO EN EL ART. 645 CCYC

La ley N° 26.994 no ha derogado la ley N° 26.743 de identidad de género. En esta norma se reconoce la prerrogativa de toda persona a ejercer su derecho a la identidad de género, que se traduce en la facultad de pedir la *rectificación registral* de la inscripción de su nacimiento cuando el sexo anunciado en el asiento registral no coincide con el sexo autopercebido, generando así la expedición de una nueva partida de nacimiento y un nuevo documento de identidad (art. 3º, ley N° 26.743).

24 ABELLA, Adriana. Ob. cit., pág. 28.

Cuando este derecho es ejercido por una persona que no ha alcanzado la mayoría de edad, el art. 5º de ley Nº 26.743 exige que la solicitud se lleve a cabo con intervención de “sus representantes legales”. La referencia plural autoriza a concluir que también aquí será necesario el consentimiento de ambos progenitores, sin perjuicio de la intervención del abogado del niño. En esta misma línea, el segundo párrafo del mismo artículo dispone que: “...cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”. En consecuencia, si un progenitor no consiente, se necesitará la autorización judicial supletoria. Consideramos que hubiese sido positiva su inclusión en el artículo en comentario y debe tenerse en cuenta que el ejercicio de este derecho también requiere la conformación del consentimiento conjunto de ambos progenitores²⁵. El art. 5º de esta ley contempla explícitamente la necesidad de que concurra la voluntad expresa del menor que pretende rectificar su género y/o nombre.

VII. REPRESENTACIÓN LEGAL. SU ACREDITACIÓN

Los progenitores son los representantes necesarios del niño, niña o adolescente, en orden a lo normado en el art. 101, inc. b, CCyC.

La acreditación de la filiación -sustento de la responsabilidad parental- es con las partidas, certificados o libretas expedidas por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, ya que estos son el medio idóneo para acreditar los nacimientos ocurridos en la República Argentina, y las filiaciones jurídicamente establecidas (art. 96, primer párrafo, CCyC; art. 23, ley Nº 26.413).

En función de lo normado por el art. 559 CCyC, los certificados o partidas de nacimiento deben expedirse de modo que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, o por técnicas de reproducción humana asistida, o si ha sido adoptada.

Cuando resulte necesario acreditar el ejercicio unilateral de la responsabilidad parental, deberá presentarse: a) el certificado de defunción del otro progenitor, cuando el motivo fuere su muerte real o presunta; b) el testimonio judicial

25 SABENE, Sebastián E. “Primeras reflexiones sobre el impacto de la ley 26.743 de Identidad de Género en el derecho registral de las personas”, SJA, 02/11/2013, pág. 3.

Doctrina

de la sentencia de privación o suspensión de ejercicio de la responsabilidad parental, para estos supuestos.

En el supuesto del hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial emplazado, se desprenderá esta circunstancia de su partida de nacimiento.

En el caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, corresponde el ejercicio de la responsabilidad parental al otro progenitor (art. 641, inc. e), en cuyo caso el progenitor deberá presentar el *testimonio judicial de la sentencia de filiación*, del que surgirá que el otro progenitor no se ha emplazado voluntariamente como tal.

Es prudente requerir la presentación de la partida actualizada toda vez que, desde la expedición de la última, pudo tener lugar la inscripción registral de un reconocimiento voluntario o emplazamiento judicial del otro progenitor, que encuadrarán la situación en otro supuesto de la norma, con diferentes soluciones.

VIII. ACUERDOS DE DELEGACIÓN DE EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

El CCyC incorpora la posibilidad de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en dos figuras que abordaremos, a saber: la *delegación de ejercicio de la responsabilidad parental a favor de un pariente* (art. 643) y la *delegación de ejercicio de la responsabilidad parental a favor del progenitor afín* (art. 674).

a. Delegación de ejercicio de la responsabilidad parental a favor de un pariente

Prescribe el art. 643: "Delegación del ejercicio. En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el art. 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido".

La norma se nutre de la experiencia de otros países, como Francia e Italia, que incorporaron el instituto con diversos alcances, resultando que esta solución sólo procederá en el interés del hijo y por razones suficientemente

justificadas. Se trata de una *situación excepcional* que hará ceder la regla del ejercicio parental de los progenitores en beneficio del interés del niño, niña o adolescente.

En orden al último párrafo de este artículo, la delegación de ejercicio es procedente cuando el hijo tenga doble vínculo filial establecido, o bien cuando sólo tenga un vínculo filiatorio con emplazamiento jurídico.

La figura reconoce dos limitaciones: una *subjetiva* y una *temporal*. En el primer sentido, la delegación de ejercicio de la responsabilidad parental sólo permite reconocer en la figura del *delegatario* a un *pariente*²⁶. El artículo menciona al "pariente" sin referirse específicamente a un tipo de parentesco. Cuando ello ocurre, por el art. 529, segundo párrafo, debe interpretarse que la expresión es comprensiva del parentesco *por naturaleza, por reproducción humana asistida y por adopción*, tanto en la línea recta como en la línea colateral. Por consiguiente, *se excluye el parentesco por afinidad*. Pensamos que tal es el alcance que debe conferirse a esta norma.

El delegatario del ejercicio parental no podrá ser pariente por afinidad del progenitor que delega, a menos -claro está- que ese delegatario sea a su vez pariente natural, por técnica de reproducción humana asistida o adoptivo del otro progenitor. Esto ocurrirá cuando los progenitores estén unidos en matrimonio (arg. arts. 529, 536 y conc., de este código). También queda excluida la adopción simple cuando quienes celebran el acuerdo de delegación no fueran adoptante y adoptado, puesto que en esta especie de adopción el parentesco sólo se genera entre ellos (arg. arts. 535, segundo párrafo, y 620, segundo párrafo, de este código). Siguiendo esta línea de interpretación serían parientes los indicados anteriormente, en línea recta, sin límite de grados, y en la línea colateral, hasta el cuarto grado.

En torno a la limitación temporal, constituyendo una situación de excepción, la norma le asigna *un plazo máximo de un año, que puede renovarse por un período más, con intervención judicial y por razones debidamente fundadas*. Y para la resolución judicial de la renovación del plazo de delegación, se deberá dar intervención a todas las partes involucradas.

Este acuerdo de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental debe concluirse por escrito ya que debe ser presentado para su homologación judicial. Las partes podrán optar por el instrumento privado o público. Consideramos conveniente su formalización por escritura pública toda vez que, con ella, el instrumento tendrá fecha cierta y un valor probatorio superior (arg. art. 296 CCyC), con la garantía de conservación y reproducción documental que aporta el protocolo notarial (arg. arts. 300 y 308 CCyC) y con la seguridad jurí-

26 Deberán considerarse entonces los arts. 529 a 536 CCyC.

dica que aporta al negocio jurídico la intervención del notario en ejercicio de su función. Cualquiera sea la forma escrita elegida, se impone su presentación al juez competente para su homologación.

En el trámite judicial de la homologación será ineludible la audiencia con el niño, niña o adolescente para que este pueda ser oído, su opinión ser considerada de acuerdo a su edad y grado de madurez y, de ese modo, apreciarse adecuadamente su interés superior. Cuando el hijo sea adolescente (entre trece y dieciocho años), es conveniente su comparecencia al acto, sobre la base de una aplicación análoga del art. 645, último párrafo, CCyC.

Como consecuencia de este acto, el progenitor que delega el ejercicio de la responsabilidad parental no se desprende de su titularidad y conserva el derecho de supervisar la crianza y educación del hijo de acuerdo a sus posibilidades.

b. Delegación de ejercicio de la responsabilidad parental a favor del progenitor afín

El art. 672 CCyC define al progenitor afín como el: "...cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente". El progenitor afín tiene con el progenitor del niño, niña o adolescente una unión matrimonial o convivencial.

El código recepta la realidad instalada de la conformación de familias ensambladas, dotándolas de efectos jurídicos específicamente contemplados. Sólo existirá parentesco entre el progenitor afín y el niño o adolescente, cuando aquel y el progenitor de éste último estuviesen unidos en matrimonio, ya que sólo este tipo de unión es susceptible de generar lazos parentales por afinidad (arg. art. 536 de este código).

En cambio, cuando exista entre ellos unión convivencial, no se presentará el vínculo parental indicado, *sin perjuicio de lo cual estaremos en presencia de un progenitor afín*. Se ha optado por no formular distinción, en este caso, puesto que aunque no exista parentesco es similar la función que el conviviente cumple en estas familias ensambladas²⁷.

Con lo dicho para la existencia de la figura del *progenitor afín*, será necesaria la concurrencia de cuatro requisitos, a saber: a) la existencia de una unión conyugal o convivencial; b) la convivencia entre los cónyuges o convivientes; c) que uno de los cónyuges o convivientes tenga uno o varios hijos que no hayan alcanzado la mayoría de edad; d) que el progenitor tenga a su cargo el cuidado personal de él o ellos.

27 MOLINA DE JUAN, Mariel F. "El parentesco en el Anteproyecto de Código Civil", JA, 2012-II-47.

En ese marco el art. 674 dice: "Delegación en el progenitor afín. El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que éste último asuma su ejercicio.

Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente".

La figura es de carácter *excepcional*, pudiendo recurrirse a ella cuando se verifique alguna de las circunstancias contempladas en la norma, que podemos dividir en dos: a) circunstancias vinculadas al progenitor que es cónyuge o conviviente del progenitor afín; y b) circunstancias vinculadas al otro progenitor.

En lo concerniente al progenitor que conviviendo con el afín y con el niño o adolescente conforma la familia ensamblada, será necesario que no esté en condiciones de ejercer la responsabilidad parental por tres posibles razones: la realización de un viaje, no exigiendo la norma que este obedezca a: a) motivos específicos, b) enfermedad, c) incapacidad transitoria. Asimismo, será menester que el otro progenitor se encuentre imposibilitado de asumir el ejercicio parental, o bien que ello no resulte conveniente a la luz de la apreciación del interés superior del niño, niña o adolescente.

Si se presentan las condiciones indicadas, podrá delegarse el ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor afín, considerando -como puede advertirse- que ninguno de los progenitores (naturales o adoptivos) se encuentre en condiciones de asumirlo.

Se consagra así el reconocimiento de los lazos a partir de la formación de la familia ensamblada y en consecuencia, no existiendo posibilidad de que la parentalidad sea ejercida por ningún progenitor, la figura del afín -que, aun en los casos en que no sea pariente constituye *familia*- aparece como una posible solución para que el niño, niña o adolescente no deba quebrar vínculos afectivos con el resto de su entorno familiar y social, guardando el debido respeto que constitucionalmente merece su *centro de vida*. Muy probablemente la utilización de otras figuras -como la tutela o la adopción- importaría perjuicio al menor, con impacto afectivo y social.

Por regla general, la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor afín requiere *homologación judicial*, con una sola excepción: *que esto sea consentido por el otro progenitor, es decir, por el que no es cónyuge o conviviente del progenitor afín*.

En las condiciones enunciadas tendríamos el siguiente esquema: el cónyuge o conviviente que es progenitor natural, por técnica de reproducción humana asistida o adoptivo del niño o adolescente revestirá la calidad de *delegante*, mientras el progenitor afín será *delegatario*. El otro progenitor intervendrá

consintiendo la delegación. No vemos obstáculo para que, en estos casos intervenga también como delegante. Si ambos progenitores pueden delegar el ejercicio parental en un pariente, no se identifican razones por las cuales no puedan conjuntamente otorgar el mismo acto a favor de un progenitor afín²⁸. El consentimiento del progenitor que no delega deberá ser prestado de *modo fehaciente*.

Por las mismas razones que hemos expuesto en el apartado anterior, es conveniente la instrumentación en escritura pública, caso en el cual el consentimiento del progenitor no delegante puede ser prestado en la misma escritura o por documento notarial autónomo.

Las diferencias entre esta figura y la delegación regulada en el art. 643 CCyC son:

1) Mientras en la delegación del art. 643 el delegatario tiene que ser pariente, en el caso del art. 674 efectivamente no lo es, como que ni el cónyuge ni el conviviente revisten esta calidad. El propio art. 643, al exigir el vínculo parental, deja a salvo el caso abrigado por el art. 674.

2) El art. 643 se refiere genéricamente a "razones suficientemente justificadas"; el art. 674, en cambio, se presenta más exigente, ya que no cualquier razón justifica la delegación en el progenitor afín, sino sólo aquella que obedece a un viaje, enfermedad o incapacidad transitoria del progenitor que tiene el cuidado personal del niño o adolescente, unido a la imposibilidad o inconveniencia de que el otro progenitor asuma el ejercicio de la responsabilidad parental.

3) En la delegación del art. 643, los delegantes deben ser necesariamente ambos progenitores; en la delegación del art. 674, en cambio, es suficiente con que delegue el progenitor que es cónyuge o conviviente del progenitor afín.

4) El art. 643 exige, en todos los casos, la homologación judicial de la delegación; *el artículo 674, en cambio, exime de la homologación a la delegación que cuenta con conformidad del progenitor no delegante.*

IX.- ACUERDO DE EJERCICIO CONJUNTO CON EL PROGENITOR AFÍN

El art. 675 CCyC contempla la posibilidad de que en ciertos supuestos el ejercicio de la responsabilidad parental no sea delegado al progenitor afín (como lo permite el art. 674) sino que se ejerza conjuntamente con él.

En tal sentido, dispone la norma referida: "Ejercicio conjunto con el progenitor afín. En caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente.

28 ABELLA, Adriana. Ob. cit., págs. 78 y sgts.

Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor.

Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial. También se extingue con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental”.

El ejercicio conjunto se logrará mediante la celebración de un acuerdo entre ambos (el progenitor que tiene a cargo el cuidado y el progenitor afín) que deberá ser judicialmente homologado. La solución de esta norma radica en consagrar el principio de realidad, que se ha instalado en el funcionamiento de la familia ensamblada, en el plano jurídico²⁹.

A nuestro criterio, al referirse a la muerte, el art. 675 comprende tanto la *muerte real* como la *muerte presunta* (ausencia con presunción de fallecimiento)³⁰.

Debe observarse que el ejercicio conjunto que se legisla es bien distinto del deber de colaboración que el art. 673 pone a cargo del progenitor afín. Aquí, este asume un rol con funciones más activas y, a diferencia de aquel supuesto, ejerce la responsabilidad parental. Por supuesto, ante cualquier desacuerdo entre el progenitor y el afín, debe predominar la opinión del primero.

El ejercicio conjunto se extingue por tres posibles causas: a) disolución del matrimonio entre el progenitor y el afín; b) cese de la unión convivencial entre ellos; c) recuperación de la capacidad plena del otro progenitor. En los dos primeros supuestos, la extinción se explica porque el cese de la convivencia excluye la posibilidad de continuar identificando una familia ensamblada, motivo por el cual el escenario ya no será el mismo que ha sido valorado para la homologación del acuerdo respectivo. En el último supuesto, porque -recuperando la plena capacidad el otro progenitor- ya no existen razones para que el ejercicio conjunto sea posible o conveniente.

Puede pensarse -por aplicación análoga- que también se extinguirá el ejercicio conjunto cuando reaparezca el otro progenitor, en caso de ausencia simple o ausencia con presunción de fallecimiento.

29 HERRERA, Marisa. En: Lorenzetti, Ricardo Luis. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo IV, Rubinzal Culzoni, pág. 465.

30 ABELLA, Adriana. Ob. cit., pág. 79.

X. ACTOS DE DISPOSICIÓN

Los progenitores no pueden celebrar actos que importen una alteración del patrimonio del hijo (niña, niño o adolescente) cualquiera sea sin la correspondiente autorización judicial, previo dictamen del ministerio público (art. 103, inc. a, CCyC).

No pueden en consecuencia, sin la autorización judicial, enajenar muebles o inmuebles, constituir o transferir derechos reales de bienes de sus hijos menores de edad, invertir o utilizar sumas de dinero depositadas a nombre de los hijos.

Es el juez quien tiene la facultad de valorar la conveniencia y razonabilidad de la operación en virtud de las circunstancias. Por tal motivo, principia el art. 692 CCyC disponiendo que: "...se necesita autorización judicial para disponer los bienes del hijo".

Asimismo, a diferencia del régimen derogado, los actos de disposición ya no requieren el consentimiento de ambos progenitores sino que su régimen se simplifica absorbiéndose con la autorización judicial que, de cualquier modo, no será concedida sin la previa audiencia de los progenitores con el Ministerio Público.

De acuerdo al último párrafo del mismo art. 692: "...los actos realizados sin autorización pueden ser declarados nulos si perjudican al hijo".

Surge de la norma que el acto podrá ser celebrado por los progenitores sin la autorización judicial; y el hijo menor, con edad y grado de madurez suficiente, o cuando llega a la mayoría de edad, podrá entablar la acción de nulidad siempre que le haya ocasionado un perjuicio que deberá ser probado. La acción procederá aun cuando hubiera prestado conformidad en el acto siendo menor.

En esta panorámica en materia de inmuebles, el acto de disposición de bienes del hijo bajo responsabilidad parental celebrado por los progenitores sin autorización judicial genera un título observable. Podrá sanearse cuando el menor llegue a la mayoría de edad ratificando el acto, o renunciando a la acción de nulidad³¹.

Quedan exceptuados los actos del menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión ya que, según el art. 30 CCyC el menor tiene la libre administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de ella y puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de autorización.

31 ABELLA, Adriana. Ob. cit., págs. 105 y 106.

XI. RENTAS DE LOS BIENES DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE

En el régimen del código derogado, la cuestión de las rentas del niño, niña o adolescente había sido objeto de una regulación distinta, que recibió el nombre de “usufructo”, planteando desde su denominación una cierta similitud con el nombrado derecho real, por cuanto los frutos de los bienes de los hijos eran de propiedad de los padres. Frente a esta regulación normativa, una corriente de opinión consideró que se trataba de un verdadero derecho real de usufructo, no sólo por su denominación sino porque, al legislar tal derecho real, el usufructo de los padres se encontraba especialmente contemplado en algunas de sus normas. Argumentaban que, aunque existieran supuestos en que se imponían soluciones distintas a las reguladas para el derecho real de usufructo, estas constituían excepciones que no justificaban poner en crisis la regla³².

En sentido contrario, se consideró que se trataba de una *institución propia del derecho de familia* que sólo compartía su denominación, y a la que sólo se aplicaban las normas del usufructo en forma subsidiaria, en tanto fueren compatibles con las normas sobre el régimen de la entonces llamada *patria potestad*³³. Este último pareció ser el criterio seguido en la jurisprudencia durante la vigencia del régimen anterior³⁴.

El Código Civil y Comercial se inclina por esta corriente, lo que no sólo puede evidenciarse en los textos de los arts. 697 y 698 -que ninguna mención formulan al derecho real de usufructo- sino también en las normas sobre usufructo, que ya no contemplan la referencia a la adquisición legal en los casos de bienes de hijos menores de edad como lo hacían los arts. 2812, inc. 3, y 2816 del código derogado.

32 SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, tomo III, N° 1503; Lafaille, Héctor. *Tratado de los Derechos Reales*, tomo II, N° 1338; Mariani de Vidal, Marina. *Curso de Derechos Reales*, tomo 3, pág. 22; Papaño, Ricardo y otros. *Derechos Reales*, tomo 1, N° 173.d; Areán, Beatriz. *Derechos Reales*, 6ª edición renovada y ampliada, tomo 2, pág. 722.

33 BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, tomo II, N° 833; Sabene, Sebastián E. “El llamado usufructo paterno, ¿es un derecho real de usufructo?”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Ed. La Ley, 2012-4, págs. 26 y sgts.

34 Se resolvió, en tal sentido, que: “Si bien en el art. 2816 del CC se incluye el usufructo paterno dentro del derecho real que lleva ese nombre, la realidad de la institución demuestra que ella difiere sustancialmente de aquel derecho real y que, por ende, se rige por normas legales propias que sólo podrán ser complementadas por las disposiciones relativas al derecho real de usufructo en la medida que éstas pueden ser de aplicación” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 26/10/2010, en autos “Galarza, Juan A. /T.F. 8839-I C/ Dirección General Impositiva”, Lexis N° 8/11136).

Aparecen como dos institutos independientes, sin ningún punto de conexión puesto que en el nuevo régimen, las rentas de los bienes de los hijos que no han alcanzado la mayoría de edad ya no pertenecen a los progenitores sino que son de propiedad de aquéllos. Por consiguiente, debe comprenderse que estos, en lo atinente a tales rentas, son administradores de bienes ajenos.

La solución no es la misma que la del código anterior. En el régimen velezano los progenitores hacían suyos los frutos pero debían administrarlos cumpliendo *cargas*. Aquí, administran bienes ajenos debiendo ajustarse a los arts. 697 y 698.

El art. 697 CCyC, luego de disponer que las rentas de los bienes del hijo corresponden a este, agrega que: "...los progenitores están obligados a preservarlas cuidando de que no se confundan con sus propios bienes". Y el art. 698 reconoce la facultad de los progenitores de utilizar las rentas de los bienes del hijo pero imponiendo la obligación de rendir cuentas cuando se trate de solventar los siguientes gastos: a) subsistencia y educación del hijo, cuando los progenitores no pueden asumir esta responsabilidad por incapacidad o dificultad económica; b) enfermedad del hijo y de la persona que lo haya instituido heredero; c) conservación del capital devengado durante la minoridad del hijo.

El art. 697 CCyC dispone, a su vez, que los progenitores sólo podrán disponer de las rentas de los menores con autorización judicial y por razones justificadas. Podría haberse evitado esta disposición si tenemos en cuenta que las rentas, siendo bienes de titularidad del niño o adolescente, se encontrarían alcanzadas por el art. 692 de este código³⁵.

XII.- RESPONSABILIDAD PARENTAL Y CONTRATOS

El Código Civil y Comercial organiza en distintas normas la actuación del hijo adolescente en la celebración de contratos. Proponemos su análisis del siguiente modo:

a. Contratos de trabajo

En orden al art. 683 CCyC se presume que el joven mayor de 16 años cuenta con la autorización de sus progenitores para todos los actos y contratos

35 Durante la vigencia del código derogado, un pronunciamiento plenario capitalino resolvió que: "Ni el usufructo legal, ni la facultad de administrar que los arts. 287 y 293 del Código Civil acuerdan a los padres, excluyen la intervención del ministerio de menores y el contralor de los jueces, cuando se trata de disponer los fondos de propiedad de los hijos" (CNCiv., en pleno, *in re* "Barlet, Esteban", 09/10/1933, LL, 14-1080; JA, 43-1141).

concernientes al empleo, profesión o industria, siempre que se cumplan las disposiciones legales pertinentes, o sea las relativas a la capacidad de las personas ley N° 26.061 y la ley de contrato de trabajo y leyes laborales especiales que rigen actividades específicas.

Los menores de 16 años sólo podrán ejercer trabajo o empleo con autorización expresa de sus padres ya que se impone una necesaria finalidad de protección hacia la persona menor de edad (arg. art. 681 CCyC). Cualquier convenio celebrado sin la autorización es nulo de nulidad relativa.

Se presume la autorización de los padres para que el hijo adolescente mayor de 16 años trabaje, ejerza una profesión o tenga un establecimiento comercial, industrial, y realice todo tipo de actos y contratos necesarios para el desarrollo de esa actividad. Los efectos de tales actos recaen sobre el patrimonio del hijo. En consecuencia podrá celebrar contratos de locación, arrendamiento, mandatos, seguros, etc. Los padres no podrán sufrir las consecuencias de la mala administración laboral o profesional de sus hijos.

b. Menor con título habilitante

El menor que cuente con título habilitante o profesión *puede ejercer libremente, sin autorización de los padres, la profesión que el título le habilita, aun teniendo menos de 16 años.*

c. Contratos con terceros en nombre de los hijos menores

Los progenitores pueden celebrar contratos con terceros en nombre de los hijos, en los límites de su administración. La celebración de contratos por parte de los progenitores en nombre de los hijos exige dar a éstos la debida participación e información.

Los progenitores no pueden celebrar contrato de prestación de servicios de sus hijos o destinados a que los adolescentes aprendan un oficio sin contar con la conformidad de ellos.

d. Administración de los bienes de los hijos bajo responsabilidad parental

En principio, los contratos deben ser celebrados por ambos progenitores, salvo los casos de delegación voluntaria de la administración a uno de ellos (art. 687) o designación de administrador por el juez (art. 688).

Si los bienes provienen de herencia, legado o donación, la administración es ejercida por los padres en común cuando ambos ejercen la responsabilidad parental (arts. 685 y 686, inc. a).

Cabe distinguir: 1) los bienes de los menores cuya administración está a cargo de los progenitores en forma conjunta, cuando ambos ostentan la titularidad de la responsabilidad parental, salvo los casos excepcionales de delegación voluntaria (art. 687) o de designación de administrador (art. 688); 2) los bienes en que la administración debe ser realizada de común acuerdo por ambos progenitores, más allá de quien tenga el cuidado personal del hijo, o que este cuidado responda al sistema compartido o unipersonal.

Los padres pueden realizar locaciones de los bienes de los hijos pero con el límite temporal que señala el art. 691, debiendo informar al hijo que cuenta con edad y grado de madurez suficiente según el art. 699, y realizar gastos de conservación, percibir frutos civiles y reinvertirlos, etc.

El contrato de locación de bienes de los hijos menores se encuentra dentro de los que pueden celebrar los progenitores sin necesidad de previa autorización judicial en virtud de lo analizado en los artículos anteriores. La conclusión de la locación no tiene lugar de pleno derecho, por la sola conclusión de la responsabilidad parental, sino que será el hijo, cuando llegue a la mayoría de edad, quien pedirá la rescisión anticipada.

Entendemos que la expresión “cuando la responsabilidad parental concluya” debe entenderse reducida al supuesto de extinción del régimen por la mayoría de edad del hijo, ya que las demás causales de exclusión no pueden ser previstas por quienes celebran un contrato durante la menor edad de aquél, y la interpretación amplia de las normas podría conducir a lesionar seriamente el tráfico negocial³⁶.

Están excluidos de esta libertad de contratación los actos celebrados con terceros que necesiten autorización judicial (en los términos del art. 692), los excluidos de la administración (art. 686) y los que obliguen al hijo a efectuar una prestación personal sin su consentimiento (arts. 681 y 682).

e. Contratos prohibidos

Ni con autorización judicial los progenitores pueden comprar por sí ni por persona interpuesta bienes de su hijo menor de edad bajo su responsabilidad; ni constituirse en cesionarios de créditos, derechos o acciones contra su hijo; ni hacer partición privada con su hijo de la herencia del progenitor fallecido, ni de la herencia en que sean con él coherederos o colegatarios; ni obligar a su hijo como fiadores o de terceros. La prohibición importa una incapacidad de derecho (art. 22 CCyC) o falta de legitimación.

El acto ejecutado en contrario a la norma será nulo de nulidad relativa.

36 ABELLA, Adriana. Ob. cit., pág. 104.

f. Contrato permitido entre progenitores y niños, niñas y adolescentes

Es válida la donación que realicen los padres a favor de los hijos. Si la donación es a una persona incapaz, la aceptación debe ser hecha por su representante legal; si la donación del tercero o representante es con cargo, se requiere autorización judicial.

Los hijos menores de edad pueden recibir donaciones de sus progenitores, aceptando en representación, cualquiera de ellos.

XIII. CONCLUSIONES

1. Los hijos matrimoniales como los extramatrimoniales menores de edad no emancipados por matrimonio, se encuentran amparados en la responsabilidad parental (arts. 25, 27 y 699, inc. c, de este código).
2. La emancipación provoca la extinción de la responsabilidad parental (arg. art. 699, inc. d), salvo lo dispuesto sobre los progenitores adolescentes en el art. 644.
3. Si el niño, niña o adolescente convive con ambos progenitores, *el ejercicio corresponderá a ambos*, a menos que medie privación o suspensión de ejercicio de la responsabilidad parental, según lo dispuesto en los arts. 700 a 703 CCyC, o que uno de los progenitores haya sido emplazado en el vínculo parental por sentencia judicial (art. 641, inc. e, CCyC). La atribución exclusiva a uno de los progenitores tiene carácter excepcional.
4. Si los progenitores no convivieren, *el ejercicio también corresponderá a ambos*, con las mismas excepciones apuntadas en la conclusión anterior, a las que cabe agregar los supuestos en que el progenitor no conviviente hubiera fallecido o se hubiera declarado su muerte presunta.
5. Excepcionalmente, la ley requiere el concurso de la voluntad expresa de ambos progenitores en los supuestos contemplados en el art. 645. En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar.
6. Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso.
7. Las niñas, niños y adolescentes pueden ejercer su derecho a opinar y ser oídos en sede judicial y notarial.

8. Los menores mayores de 13 años sin limitación alguna y sin autorización judicial previa, pueden reconocer hijos.
9. Se reafirma el ejercicio conjunto de la administración de los bienes de los hijos por los progenitores. Se entiende, asimismo, que la administración de los progenitores es independiente del sistema de ejercicio de la responsabilidad parental, que en general será conjunto y excepcionalmente unilateral (art. 641).
10. Si los bienes provienen del trabajo del joven menor de edad, conforman un patrimonio "profesional" cuya administración y disposición le corresponde al joven sin importar si trabaja con autorización o es mayor de 16 años.
11. Los progenitores pueden delegar a uno solo de ellos las facultades de administración de los bienes de sus hijos menores de común acuerdo.
12. Podría designarse a un tercero y hasta podría dividirse la administración entre un progenitor y un tercero si resulta conveniente y beneficioso para la administración, repercutiendo en la conservación de los bienes de los menores.

Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental

1. La delegación de ejercicio de la responsabilidad parental, reconoce en la figura del *delegatario* a un *pariente*. El progenitor que delega el ejercicio de la responsabilidad parental no pierde la titularidad.
2. Al imponerse la forma escrita, consideramos que la escritura pública resulta conveniente porque: a) el instrumento tiene fecha cierta y el valor probatorio de todo instrumento público (art. 296 CCyC); b) la intervención del notario -sin superponerse con la ineludible intervención judicial- dotará de autenticidad y seguridad jurídica al acto instrumentado; c) la facción protocolar del documento notarial garantiza la conservación documental y la posible expedición de segundas o ulteriores copias (arts. 300 y 308, CCyC).
3. Cuando el hijo sea adolescente (entre trece y dieciocho años) es conveniente su comparecencia al acto (en aplicación análoga del art. 645, último párrafo). Cualquiera sea la edad del hijo, este será citado ante el juez en ocasión de tramitar la homologación judicial del acuerdo.
4. La delegación de ejercicio de la responsabilidad parental representa una nueva incumbencia de la función notarial en dos sentidos: a) la posible intervención del notario en la celebración del acuerdo; y b) la intervención del delegatario en actos concernientes al niño, niña o adolescente.

5. Un *delegatario de ejercicio de la responsabilidad parental* que intervenga en actos concernientes al niño, niña o adolescente, deberá presentar el acuerdo y la sentencia homologatoria como documentación habilitante. Debe considerarse especialmente el límite temporal de la delegación. Como las cuestiones atinentes al ejercicio parental pueden sufrir modificaciones, aconsejamos la previa consulta al expediente judicial en el que se haya resuelto la homologación del acuerdo.

Otorgamiento de guarda

1. El otorgamiento de guarda a un pariente constituye una situación de excepción, una herramienta a la que sólo puede recurrirse en supuestos "de especial gravedad". El otorgamiento de la guarda a un pariente no debe ser considerado a los fines de la adopción (arg. art. 611, tercer párrafo, CCyC).
2. En una interpretación amplia es posible que los progenitores puedan convenir la delegación de la guarda a un pariente y someterla a homologación judicial.
3. Diferencias entre la delegación del ejercicio y el otorgamiento de la guarda a un pariente: a) la *delegación de ejercicio* es un acuerdo entre los progenitores y un pariente, sujeto a homologación judicial, el *otorgamiento de guarda a un pariente* aparece regulado como una decisión del juez; b) en la *delegación de ejercicio*, los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental sin perjuicio de su derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en la medida de sus posibilidades, en el *otorgamiento de guarda*, en cambio, los progenitores conservan la titularidad y el ejercicio parental, a excepción de las cuestiones atinentes al cuidado del niño, niña o adolescente, que son las que se encuentran desplazadas en cabeza del pariente temporariamente; c) el pariente al que se le otorgó la guarda, tiene sus funciones limitadas a los actos de la vida cotidiana del niño o adolescente. En cambio, en la delegación de ejercicio, el pariente delegatario asume el ejercicio integral del régimen parental, con un espectro más amplio que el del pariente guardador. *En ambos casos la homologación judicial se presenta como un recaudo insoslayable.*

Progenitor afín

1. El progenitor afín es el cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. Será necesaria la concurrencia de cuatro requisitos, a saber: a) la existencia de una

unión conyugal o convivencial; b) la convivencia entre los cónyuges o convivientes; c) que uno de los cónyuges o convivientes tenga uno o varios hijos que no hayan alcanzado la mayor edad; d) que el progenitor tenga a su cargo el cuidado personal de él o ellos.

2. El progenitor afín que invoque tal carácter deberá justificarlo con la siguiente documentación: a) la unión matrimonial o convivencial. En el primer caso, con el certificado de matrimonio o copia certificada del acta respectiva (arg. art. 423, primer párrafo, de este código; y art. 23, ley N° 26.413), o con la prueba supletoria o extraordinaria, en su caso (arg. art. 423, párrafos segundo a cuarto). Cuando se trate de una unión convivencial y esta se encuentre inscripta, con la documentación registral pertinente (arg. art. 511 de este código). Si la unión convivencial no estuviere inscripta, será una manifestación de parte (arg. art. 296, inc. b). La convivencia será, en todo caso, una manifestación de los cónyuges o convivientes, con los efectos probatorios recién señalados. La menor edad del hijo será justificada con su certificado de nacimiento (arts. 96 y 97 CCyC; y art. 23, ley N° 26.413).
3. El cuidado personal a cargo del cónyuge o conviviente progenitor se justificará con el testimonio de la resolución judicial pertinente, con el instrumento que contenga el acuerdo o, en los supuestos en que sea ejercido de hecho, con la manifestación del compareciente.

Delegación de la responsabilidad parental al progenitor afín

1. Es posible la *delegación de la responsabilidad parental* a favor del progenitor afín. Podrá recurrirse a ella cuando se verifique alguna de las circunstancias contempladas en la norma: a) las vinculadas al progenitor que es cónyuge o conviviente del progenitor afín; y b) las vinculadas al otro progenitor. El progenitor afín ejercerá la responsabilidad parental en forma *exclusiva*.
2. La delegación de ejercicio de responsabilidad parental y el convenio de ejercicio conjunto que involucran al progenitor afín son figuras concebidas en el ámbito de la convencionalidad, pese a la necesaria intervención judicial.
3. Aun frente a la libertad de formas, en todos estos supuestos, por la magnitud del acto celebrado y el despliegue de efectos jurídicos que produce, involucrando derechos de niños, niñas o adolescentes, *la intervención notarial aparece como conveniente elección para rodear al acto de seguridad jurídica y fe pública, instrumentándose en un docu-*

mento que, además, contará con la garantía de conservación documental que aporta el protocolo notarial.

4. En los supuestos *de delegación de ejercicio a favor del progenitor afín, el consentimiento del progenitor no delegante podrá ser prestado en la misma escritura o por documento notarial autónomo.*
5. En los casos *en que intervengan ambos progenitores y el afín, no es necesaria la homologación judicial, motivo por el cual el documento continente de este acto será documentación habilitante para justificar el carácter de la intervención en el otorgamiento de actos posteriores.*

Actos de disposición de los bienes de los hijos bajo responsabilidad parental

1. Los progenitores no pueden celebrar actos que importen una alteración del patrimonio del hijo (niña, niño o adolescente), cualquiera sea, sin la correspondiente autorización judicial, previo dictamen del Ministerio Público (art. 103, inc. a, CCyC).
2. La autorización judicial se requiere para enajenar muebles o inmuebles, constituir o transferir derechos reales de bienes de sus hijos menores de edad, invertir o utilizar sumas de dinero depositadas a nombre de los hijos. Los actos realizados por los progenitores, sin la autorización judicial, *pueden ser declarados nulos si perjudican al hijo. La nulidad sería relativa.* Es el juez quien tiene la facultad de valorar la conveniencia y razonabilidad de la operación en virtud de las circunstancias.
3. Quedan exceptuados los actos del menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión, ya que según el art. 30 del CCyC el menor tiene la libre administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de ella y puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de autorización.

La privación de la responsabilidad parental

1. Configura una sanción para el progenitor que incurre en alguna de las causales que enuncia el art. 700 CCyC.
2. El testimonio judicial de la sentencia que pronuncia la privación de la responsabilidad parental de uno de los progenitores conduce a arribar a las siguientes conclusiones: 1) el otro progenitor será el único que ejerce la responsabilidad parental (arg. art. 641, inc. c). 2) El progenitor privado no podrá tampoco administrar los bienes del niño, niña o adolescente (arg. art. 695). 3) El progenitor privado de la patria potestad

deberá prestar su consentimiento para los actos contemplados en el art. 645, a excepción del inc. e, por cuanto se refiere a la administración de los bienes del hijo, en consonancia con la norma que aquí comentamos.

3. Para los restantes actos, el progenitor privado deberá prestar su consentimiento -u obtenerse la autorización judicial supletoria- conforme surge del art. 645. Lo que torna exigible el consentimiento conjunto es la existencia de doble vínculo filial y que la sentencia que priva al progenitor de la responsabilidad parental no produce el desplazamiento del vínculo filiatorio.

Remoción de la administración

1. La remoción puede ser: a) de la administración de un solo progenitor del hijo con doble vínculo filial; y b) de ambos progenitores o del único progenitor. Removido uno de ellos, la administración corresponde al otro.
2. No existiendo otro progenitor que pueda asumir la administración de los bienes del hijo, debe designarse un tutor especial.
3. Cuando el compareciente invoque ser el único administrador de los bienes del hijo menor de edad deberá justificarlo con el testimonio judicial de la sentencia que ha resuelto la pérdida de la administración del otro progenitor.
4. Cuando el compareciente sea el tutor especial designado de conformidad con la última parte de este artículo, la documentación habilitante será el testimonio judicial de la resolución que lo ha designado tutor y del acta judicial de discernimiento del cargo.

Rentas de los bienes de los hijos

1. Las rentas de los bienes de los hijos pertenecen a ellos conforme el régimen parental. *Los progenitores sólo podrán disponer de las rentas de los menores con autorización judicial y por razones justificadas.*
2. En los negocios jurídicos en que se empleen sumas de dinero que constituyan rentas de bienes de un niño, niña o adolescente, sus progenitores actúan *gestionando el dinero ajeno, motivo por el cual deberán contar con la pertinente autorización judicial. La resolución testimoniada constituirá documentación habilitante.*
3. En negocios jurídicos que tengan por fin la producción de rentas de los bienes del hijo, debe concebirse que, en ocasión de percibir los pagos periódicos, los progenitores lo están haciendo en virtud de la representación legal que ejercen.

4. Se releva a los progenitores de la obtención de la autorización judicial cuando el empleo de las rentas de los bienes del niño o adolescente tuviese alguna de las finalidades que taxativamente enuncia el art. 698 CCyC.

Contratos

1. Se presume que el joven mayor de 16 años cuenta con la autorización de sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria, siempre que se cumplan las disposiciones legales pertinentes, o sea las relativas a la capacidad de las personas (ley N° 26.061 y la ley de contrato de trabajo y leyes laborales especiales que rigen actividades específicas).
2. Los menores de 16 años sólo podrán ejercer trabajo o empleo con autorización expresa de sus padres ya que se impone una necesaria finalidad de protección hacia la persona menor de edad. Cualquier convenio celebrado sin la autorización es nulo de nulidad relativa.
3. La administración de los progenitores es independiente del sistema de ejercicio de la responsabilidad parental, que en general será conjunto y excepcionalmente unilateral (art. 641).
4. En principio los contratos deben ser celebrados por ambos progenitores, salvo los casos de delegación voluntaria de la administración a uno de ellos (art. 687) o designación de administrador por el juez (art. 688).
5. Si los bienes provienen de herencia, legado o donación, la administración es ejercida por los padres en común cuando ambos ejercen la responsabilidad parental (arts. 685 y 686, inc. a).
6. El contrato de locación de bienes de los hijos menores se encuentra dentro de los que pueden celebrar los progenitores sin necesidad de previa autorización judicial en virtud de lo analizado en los artículos anteriores.
7. La conclusión de la locación no tiene lugar de pleno derecho por la sola conclusión de la responsabilidad parental, sino que será el hijo, cuando llegue a la mayoría de edad, quien pedirá la rescisión anticipada.
8. Están excluidos de la libertad de contratación los actos celebrados con tercero que necesiten autorización judicial (en los términos del art. 692), los excluidos de la administración (art. 686) y los que obliguen al hijo a efectuar una prestación personal sin su consentimiento (arts. 681 y 682).
9. Ni con autorización judicial los progenitores pueden comprar por sí ni por persona interpuesta bienes de su hijo menor de edad bajo su responsabilidad; ni constituirse en cesionarios de créditos, derechos o

Doctrina

acciones contra su hijo; ni hacer partición privada con su hijo de la herencia del progenitor fallecido, ni de la herencia en que sean con él coherederos o colegatarios; ni obligar a su hijo como fiadores o de terceros.

10. La prohibición pronunciada en el apartado anterior importa una incapacidad de derecho (art. 22 CCyC) o falta de legitimación. Por tanto, el acto ejecutado en contrario a la norma será nulo de nulidad relativa.
11. Los hijos menores de edad pueden recibir donaciones de sus progenitores, aceptando en su representación, cualquiera de ellos.

Liquidación y partición de la comunidad

Martha Rosa Piazza

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Liquidación. 3. Las relaciones patrimoniales de los cónyuges. 3.1. Los bienes propios adquiridos por subrogación real. 3.2. Las recompensas. 3.3. Monto, valuación y liquidación de las recompensas. 4. Partición de la comunidad. 4.1. Forma de la partición. 4.2. Liquidación simultánea de dos o más comunidades. Bigamia. 5. Régimen de separación de bienes. 5.1. Cláusulas escriturarias. 5.2. Prueba de la propiedad de los bienes. 5.3. Cláusulas escriturarias propuestas. 5.4. Cese del régimen y disolución del matrimonio. 6. Régimen legal del matrimonio celebrado en el extranjero. 6.1. Cláusulas escriturarias.

1. INTRODUCCIÓN

El propósito del análisis de los temas de la liquidación de la comunidad -la partición¹-, es abocarnos al particular enfoque del Notario, que desde su experiencia reflexiona sobre estos temas, después de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, el día 1º de agosto de 2015.

Este trabajo constituye una oportunidad para profundizar algunas cuestiones vinculadas con el fundamento y alcance del régimen patrimonial matrimonial de comunidad en la etapa de su liquidación (posterior a la disolución) y la de partición, el régimen de separación de bienes y el matrimonio celebrado en el extranjero, a través del análisis, la síntesis y el pensamiento crítico. Todo con un criterio permeable a las ideas y a los problemas actuales, que merecen interpretar lo acaecido desde la vigencia del nuevo ordenamiento legal, enriquecido con los aportes de jornadas, seminarios, nuevas interpretaciones doctrinarias y las resoluciones judiciales que se emitieron después de su sanción.

La convocatoria es plausible porque si bien en muchos aspectos el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación recepta lo propiciado por la doctrina, que en

1 Arts. 488 a 504. También el régimen de separación de bienes, arts. 505 a 508 CCyC.

muchos casos se ha visto reflejado en los pronunciamientos judiciales durante muchos años, en otras ocasiones se aparta con normas singulares y novedosas para algunos de los institutos del régimen patrimonial del matrimonio con un criterio regulatorio específico. Porque como acertadamente se sostiene: “El Código Civil y Comercial de la Nación no puede ser ajeno a la enorme evolución del derecho privado que se ha consolidado a lo largo de casi un siglo y medio de vigencia, por un lado, del Código Civil y, por otro del Código de Comercio”².

Se innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado y una comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el derecho privado. Nos encontramos ante cambios propios de la vigencia de un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, donde no sólo la norma ha cambiado, sino también lo que se espera de los notarios y de todos los profesionales del derecho.

2. LIQUIDACIÓN

Producida la disolución del régimen de comunidad³ comienza la liquidación de la comunidad (art. 488), para establecer la masa partible y la determinación de los bienes que le corresponderán a cada uno de los cónyuges, para precisar exactamente los bienes gananciales que quedan sometidos al proceso liquidatorio y las recompensas que pudieran corresponder.

En primer lugar se deberá establecer la naturaleza propia o ganancial de los bienes existentes al momento de la disolución de la comunidad⁴.

Los bienes propios no intervienen en la liquidación y partición por ser, al igual que en el sistema del código velezano, un régimen patrimonial de comunidad restringida compuesta solamente con los bienes gananciales, y no una comunidad universal donde se incluyen todos los bienes anteriores o posteriores al matrimonio por el régimen de comunidad, propios y gananciales.

2 ARMELLA, Cristina N. “Escrituras y Actas”, en *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 1, coordinado por Eduardo Gabriel Clusellas, pág. 757.

3 De acuerdo al art. 475, por muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges, por anulación del matrimonio putativo, por divorcio, por separación judicial de bienes o por modificación del régimen patrimonial convenido.

4 CIOLLI, María Laura. “Régimen Patrimonial de los Bienes en el matrimonio a la luz del nuevo Código Civil y Comercial”, publicado en *RCCyC*, 17/9/2015. Con relación a la regulación de los bienes propios y de los gananciales, la doctrina acertadamente considera: “En el Código Civil y Comercial, si bien existe el régimen de separación de bienes, en caso de optar por el de comunidad, el nuevo ordenamiento mejora y completa la enumeración de los bienes propios de cada uno de los cónyuges. De esa manera se diferencia de los bienes gananciales al no participar de la partición en caso de disolverse la sociedad conyugal y proceder a su liquidación”.

Una vez determinados los bienes gananciales el proceso liquidatorio prosigue con lo siguiente: a) confeccionar el inventario; b) realizar la valuación de los bienes; c) efectuar el reintegro de los bienes propios de cada uno de los cónyuges; d) establecer las recompensas; e) pagar las deudas; f) cobrar los créditos; g) deducir el pasivo definitivo; y h) por último se parten los bienes en principio por mitades, pero nada obsta a que sea en proporciones diferentes.

Las recompensas son cálculos matemáticos, jurídicos y contables anteriores a la partición para determinar los créditos y las deudas recíprocas que pueden existir entre cada cónyuge y la comunidad, relacionada con la gestión patrimonial de bienes propios y gananciales durante la vigencia del régimen de comunidad.

Para poder extinguir el régimen patrimonial de comunidad, con precisión se sostiene: "...es necesario hacer las cuentas que lleven a saldar beneficios y cargas entre los excónyuges y la comunidad que formaron hasta su extinción, mediante el correspondiente balance"⁵.

El cónyuge que con fondos gananciales solventó deudas personales debe recompensa a la comunidad y esta debe recompensa al cónyuge que a la inversa solventó con fondos propios deudas de la comunidad. Para su determinación se considera el beneficio o detrimento de la comunidad (art. 491 CCyC).

3. LAS RELACIONES PATRIMONIALES DE LOS CÓNYUGES

El sistema de comunidad en el derecho vigente diferencia las cargas (reguladas en el art. 489) de las obligaciones personales de los cónyuges (art. 490), para distinguir en esta etapa liquidatoria las obligaciones personales que pesan sobre los bienes propios, de las cargas que pesan sobre los bienes de la comunidad.

Son a cargo de la comunidad las obligaciones contraídas durante la comunidad: el sostenimiento del hogar, de los hijos comunes, de los hijos de alguno de ellos y los alimentos que cada uno de ellos debe dar; las donaciones de bienes gananciales realizadas a los hijos comunes sin ningún requisito y también de bienes propios "si están destinadas a su establecimiento y colocación". Por último, los gastos de conservación y reparación de los bienes propios y gananciales.

Son obligaciones personales de los cónyuges: a) las contraídas antes del comienzo de la comunidad, aunque se paguen después, que de ser con fondos gananciales dará lugar a recompensa; b) las obligaciones que gravan las herencias,

5 CAUSSE, Federico J. y Petti, Christian R. *Código Civil y Comercial, explicado*, tomo I, Editorial Estudio, pág. 220.

legados y donaciones de uno de los cónyuges, que pueden ser originadas durante la comunidad o con anterioridad; c) las obligaciones contraídas para adquirir o mejorar los bienes propios; y d) las obligaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual y de las sanciones legales. No se incluyen los gastos de conservación o reparación de los bienes propios que son cargas de la comunidad.

Cuando uno de los cónyuges que ya era propietario de una parte indivisa de un bien en calidad de propio adquiere durante la comunidad otras partes indivisas, aunque sea con dinero ganancial, el bien mantiene el carácter de la primera adquisición, por lo tanto es propio, sin perjuicio del derecho de recompensa a favor de la comunidad que consagra la calificación única o unicista de los bienes. En ese sentido se resolvió: "Si el cónyuge era dueño de una parte indivisa de una cosa con carácter propio y luego adquirió otra parte indivisa con dinero ganancial, debe concluirse que esa nueva porción también tiene carácter de propio"⁶.

La enajenación de un bien propio sin reinversión se presume que con lo percibido existió un beneficio para la comunidad, o sea que se utilizó el importe a su favor, salvo prueba en contrario. Por lo tanto, es suficiente que se acredite la venta del bien propio y el cobro del precio para que se presuma que, si no subsiste, se aplicó para el sostenimiento del hogar y de la familia.

3.1. Los bienes propios adquiridos por subrogación real

Para que sea oponible a terceros el carácter de propio de los bienes registrables adquiridos por inversión o reinversión de bienes propios (art. 466, segundo párrafo, CCyC), es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, se determine su origen y la conformidad del otro cónyuge.

Cuando no se puede obtener o el cónyuge niega la conformidad, el que adquiere un bien propio por subrogación real puede requerir la declaración judicial del carácter propio del bien, debiéndose tomar nota marginal en el título de adquisición. La cuestión se plantea cuando el cónyuge no prestó la conformidad por omisión. Al efecto el art. 466 *in fine* dispone: "El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición".

⁶ CCivCom. Pergamino, "C., M. B. c/ A., R. A. s/liquidación de sociedad conyugal", RCCyC, julio de 2015, 127-LLBA2015, 695.

MARCELA HAYDÉE TRANCHINI⁷ sostiene: “La última parte del artículo establece que omitida ‘la constancia’ se debe acudir a la vía judicial para la declaración del carácter propio del bien. Y tal constancia debe reunir los tres recaudos. De manera que, frente a una declaración indeterminada sobre el origen de la inversión o reinversión lleva a concluir que, a partir del 1º de agosto de 2015, no podrá subsanarse por vía de una escritura complementaria”. Agregando por último que es la posición del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, en la orden de servicio N° 45/2015⁸.

En definitiva, por todo lo expuesto, acertadamente se ha sostenido que el: “...adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición”⁹.

Los cónyuges, para eludir a los acreedores de uno de ellos, pueden pretender atribuir el carácter de propios a bienes gananciales. Con relación a los terceros la prueba es de orden público con un límite establecido: no es suficiente la confesión de las partes para acreditar el carácter del bien. Por lo tanto esta: “...confesión no tiene efectos *erga omnes*, es decir, no es válida para los terceros”¹⁰.

Los terceros pueden oponerse al carácter propio de los bienes adquiridos por subrogación real, por haberse efectuado la mentada declaración en fraude a sus derechos. En el nuevo ordenamiento legal la declaración podrá ser declarada inoponible, de acuerdo a la facultad que tiene todo acreedor para solicitarlo contra los actos del deudor en fraude de sus derechos (art. 338) con los requisitos para su procedencia (art. 339). Como acertadamente se sostuvo: “De esta manera si hubiera una acción fraudulenta por parte de los cónyuges, tendiente a excluir intencionalmente el bien de la posibilidad de cobro mediante la declaración insincera de su carácter propio en cabeza del cónyuge no deudor, el acreedor conservará la acción para tornar aquel acto inoponible”¹¹.

Cabe destacar que la necesidad de la constancia en la escritura de adquisición del empleo de fondos propios es sólo frente a terceros y no entre los cónyuges. El Código Civil y Comercial de la Nación, siguiendo la línea del

7 Integrante de la Asesoría Notarial Personalizada del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

8 Cuaderno de apuntes notariales, N° 126, junio de 2015, FEN, pág. 10.

9 NALLAR, Florencia. “El régimen patrimonial del matrimonio”, Ed. Cathedra, pág. 159.

10 CONVERSE, Juan Manuel. *Incidencias del Código Civil y Comercial. Procesos civiles*, Ed. Hammurabi-José Luis Depalma Editor, pág. 205.

11 FALBO, Santiago. Ponencia de la 39 Jornada Notarial Bonaerense realizada en Mar del Plata, del 25 al 28 de noviembre de 2015, correspondiente al tema 7: “Matrimonio. Punto 8. 4. 2.: Oponibilidad a terceros del carácter propio de los bienes adquiridos por subrogación real”.

desarrollo doctrinario y receptando lo reconocido por la jurisprudencia, dispone que toda prueba es admisible para acreditar el carácter de propio de los fondos empleados en la adquisición, entre los cónyuges y a los efectos de la liquidación de la sociedad conyugal.

En el comentario del fallo “M., S. E., c/ J., J.O. s/ liquidación de sociedad conyugal”, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, se reitera: “De todo lo anterior puede colegirse que actualmente y frente a terceros, la exigencia prevista en el art. 466 del nuevo ordenamiento resulta de orden público, mientras que entre los cónyuges y sus herederos, la prueba del carácter propio, se puede demostrar con cualquier medio”¹².

En el mismo sentido se sostiene que tiene importancia después: “...de disuelta la comunidad, tratando de eludir a los acreedores, atribuyendo el carácter de propios a los bienes gananciales. Se trata de una presunción *iuris tantum* que, por ende, puede desvirtuarse tanto por los propios cónyuges como por terceros”¹³.

3.2. Las recompensas

En un régimen de comunidad lo que se persigue es la restitución de lo que proviene del patrimonio de uno de los cónyuges en beneficio del otro y viceversa, cuando con bienes propios se efectuaron erogaciones en un bien ganancial o, a la inversa, cuando con fondos gananciales se efectuaron erogaciones en los bienes propios de uno u otro cónyuge.

En el proceso liquidatorio se considera no sólo la erogación efectuada, sino acertadamente el provecho que pudo haber provocado. Regulado en el art. 491 CCyC se refiere a las recompensas que debe hacer la comunidad al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio del propio cónyuge o el cónyuge a la comunidad si existió un beneficio en perjuicio del haber de la comunidad.

Los supuestos que pueden presentarse en el ejercicio de la función notarial de los mentados beneficios o detrimentos son los siguientes:

a) Redención de derechos reales

Cuando se redime una servidumbre o un derecho real que grava un bien propio. El caso habitual en el tráfico jurídico es una hipoteca que grava un bien propio de uno de los cónyuges y se cancela con dinero ganancial.

12 FILLIA, Laura Evangelina y Roveda, Eduardo G. Publicado en DFyP el 7/10/2015, cita online AR/DOC/3205/2015.

13 CONVERSE, Juan Manuel (h). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Procesos civiles*, Hammurabi-José Luis Depalma Editor, pág. 205.

Es necesario asesorar sobre la conveniencia, cuando se otorgue una escritura de cancelación de una hipoteca que grava un bien propio y el deudor es de estado civil casado, de determinar el origen de los fondos. Si fueran propios, la acreditación de tal circunstancia será realizada con más facilidad con el otorgamiento de la escritura que en oportunidad de la liquidación de la comunidad, por cualquier causa que fuera (no solamente el divorcio o el cambio de régimen patrimonial de comunidad por el de separación de bienes, sino también por fallecimiento de uno de los cónyuges).

b) Las mejoras efectuadas en bienes propios

Cuando se realizan con fondos gananciales, da derecho a recompensa a favor de la comunidad; y, a la inversa, cuando en los bienes gananciales se efectúan mejoras con fondos propios de uno de los cónyuges, da derecho de recompensa a favor del cónyuge.

c) Participaciones societarias

Las acciones de una sociedad anónima o las cuotas sociales de uno de los cónyuges pueden adquirir mayor valor por causa de utilidades devengadas durante el matrimonio con el sistema patrimonial de comunidad y que no fueron distribuidas entre los socios, pasando a incrementar el capital social. Si este capital social es de carácter propio, el incremento mantendrá el carácter de propio pero generará una recompensa a favor de la comunidad.

De esta manera el referido art. 491 del derecho vigente dispone los casos de recompensas, que corresponde a lo sostenido por la doctrina ante la ausencia de una enunciación de cuándo resultaban aquellas aplicables¹⁴.

La prueba del derecho de recompensa le corresponde a quien lo invoque (art. 492) y puede hacerse por cualquier medio. Es atribuido a ambos cónyuges, quienes deberán denunciar concretamente el crédito y aportar los elementos de convicción correspondientes.

Los cónyuges tienen la posibilidad de declarar por escritura pública las manifestaciones que consideren necesarias sobre las recompensas, como un medio de preconstituir la prueba sobre el carácter de los bienes de la comunidad¹⁵.

14 Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; Herrera, Marisa; Lloveras, Nora, directoras. *Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014*, tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, págs. 845 y sgts.

15 En CLUSELLAS, Eduardo Gabriel. *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 2, pág. 530. Con relación a los modelos de cláusulas escriturarias del tema: nos remitimos a los proyectos de nuestra autoría, en base a modelos de la Dra. Cristi-

3.3. Monto, valuación y liquidación de las recompensas

La recompensa puede beneficiar o perjudicar a la comunidad. En el proceso liquidatorio se considera no sólo la erogación efectuada, sino acertadamente el provecho que pudo haber provocado. Es una novedad del nuevo ordenamiento legal (art. 493 CCyC) la solución para los casos en que exista una diferencia entre el valor que representó la erogación de la recompensa y el provecho devengado al cónyuge o a la comunidad al día de su extinción: se tomará en cuenta el menor valor apreciado a valores constantes. Cuando la erogación no arrojó ningún beneficio, el monto que se toma en cuenta es el valor de la erogación.

Se formula un doble sistema de valuación de los bienes que originan las recompensas, con criterios y tiempos diferentes. Se considera que los bienes se valúan según su estado al día de la extinción del régimen de comunidad y según su valor al tiempo de la liquidación. Por lo tanto, la norma se adapta a la real situación de un proceso de liquidación de una comunidad porque se beneficia o perjudica según su estado de los bienes al día de la disolución.

Las recompensas adeudadas por uno o ambos cónyuges a la comunidad, o la comunidad a uno o ambos cónyuges, son sobre determinado valor de los bienes. De la liquidación de la masa indivisa de la comunidad puede resultar un crédito de esta contra uno o ambos cónyuges, o de estos contra la comunidad.

Cuando en la liquidación se forman lotes desiguales los cónyuges pueden compensar la diferencia de valores con bienes propios que no integran la masa ganancial partible. Los créditos que pueden tener uno o ambos de los cónyuges contra la comunidad o a la inversa no generan intereses anteriores a la liquidación.

4. PARTICIÓN DE LA COMUNIDAD

El derecho a pedir la partición una vez disuelta la comunidad puede ser solicitado en todo tiempo, excepto disposición legal en contrario (art. 496 CCyC). Es un derecho imprescriptible e irrenunciable similar al del código velezano,

na Armella de las escrituras siguientes: a) Régimen de comunidad. Manifestación de la utilización de dinero propio de un cónyuge, en un bien ganancial de otro cónyuge; b) Régimen de comunidad. Manifestación de la utilización de dinero propio de un cónyuge, en un bien ganancial que es el titular de dominio; c) Régimen de comunidad. Manifestación de la utilización de dinero ganancial de un cónyuge, en un bien propio del otro cónyuge; y d) Régimen de comunidad. Recibo por el pago de una suma dineraria propia de un cónyuge, efectuado al otro cónyuge.

con importantes reformas al establecer la atribución preferencial de determinados bienes y de la vivienda ocupada al tiempo de extinción de la comunidad.

La división de los bienes gananciales al igual que en el derogado Código Civil es por partes iguales, sin consideración al monto de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, estando facultados a efectuar adjudicaciones en proporciones distintas. Se entiende en el mismo sentido que las conclusiones de la 39 Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 25 al 28 de noviembre de 2015), en cuanto a que: "...no es necesario respetar la igualdad de las hijuelas"¹⁶.

Si la disolución acaece por muerte de uno de los cónyuges, la masa a liquidar estará integrada por todos los bienes propios del causante y los bienes gananciales de la comunidad, independientemente de quien sea el titular de los bienes y sin perjuicio del derecho del supérstite sobre la mitad de los gananciales.

Se consagra la atribución especial (art. 499 del derecho vigente) de los bienes amparados por la propiedad intelectual o artística, los bienes de uso relacionados con su actividad profesional, del establecimiento comercial, industrial o agropecuario adquirido o formado por quien lo solicita, exigiendo la norma que constituya una unidad económica o la vivienda que ocupaba. Las atribuciones establecidas no se determinan por la culpa del otro, no importa una indemnización económica a favor de uno de los cónyuges ni una excepción a la partición de la comunidad, sino una preferencia a favor de un cónyuge en los supuestos enumerados en la norma.

Entre las atribuciones especiales se encuentra la propiedad intelectual o artística, la de determinados bienes de uso a uno de los cónyuges, las cuales tienen por fin evitar el perjuicio personal al no poder desarrollar su actividad profesional, artística, comercial o agropecuaria, en especial cuando es la fuente de sus ingresos, independientemente de la existencia de hijos. También se incluye la vivienda que ocupaba el cónyuge al tiempo de la extinción de la comunidad, sin exigir que haya sido la residencia habitual de los esposos, o que haya sido adquirida o construida por el mismo cónyuge.

Esta atribución preferencial de la vivienda, conjuntamente con las disposiciones comunes a todos los regímenes patrimoniales, consagran la protección de la familia.

Si el bien adjudicado a uno de los cónyuges tiene un valor superior a la parte que le corresponde en la partición, deberá pagar en dinero al otro cónyuge

16 Publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, pág. 45.

o a sus herederos la diferencia resultante. Se prevé la facultad del juez para conceder plazos para el pago, ofreciendo garantías suficientes. Además: "Necesariamente este artículo debe ser interpretado en forma integral y congruente con lo que dispone la norma contenida en el párr. último del artículo 2332 respecto a la oposición del cónyuge a que se incluya ese bien en la partición"¹⁷.

4.1. Forma de la partición

Si están presentes y son plenamente capaces, de acuerdo al art. 2369 CCyC, pueden realizar la partición en la forma y por el acto que por unanimidad los copartícipes juzguen conveniente. Al respecto, la norma reproduce el art. 3462 del código velezano. Además, al estar extinguida la comunidad, han cesado las normas imperativas que regulaban el régimen patrimonial. Por lo tanto, entre cónyuges renace la libertad contractual que los faculta a poder dividirse y adjudicarse los bienes de la forma que resuelvan de común acuerdo¹⁸.

Se hace el inventario y el avalúo (art. 500 del mismo ordenamiento legal) en la forma prescripta para la partición de las herencias y, de acuerdo con el art. 2365 CCyC: "La partición puede ser solicitada en todo tiempo después de aprobados el inventario y avalúo de los bienes". La partición puede ser total o parcial (art. 2369) cuando una parte de los bienes no es susceptible de partición y el resto de los bienes permanecen en estado de indivisión.

Se entiende en el mismo sentido que las conclusiones de la 39 Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 25 al 28 de noviembre de 2015), en cuanto a que: "Las partes capaces, de acuerdo y sin terceros que se opongan, pueden partir en forma privada, sea total o parcialmente"¹⁹. Sin embargo, el art. 438 dispone que la petición de divorcio debe: "...ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición".

La partición judicial está consagrada en el art. 2371 CCyC, cuando hay incapaces; personas con capacidad restringida o ausentes; cuando existen terceros que se opongan a que se haga privadamente, fundados en un interés legítimo; o cuando están presentes y plenamente capaces pero no acuerdan en hacerla privadamente.

17 GARRIDO CORDOBERA, Lidia; Borda, Alejandro Alferillo, Pascual; directores. *Código Civil y Comercial Comentado, "Régimen patrimonial del matrimonio"*, Editorial Astrea, pág. 563.

18 Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; Herrera, Marisa; Lloveras, Nora; directoras. *Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014*, tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 866.

19 Publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, pág. 45.

Los cónyuges pueden llevar a cabo la partición de los gananciales por cambio de régimen de comunidad al de separación de bienes. Esa partición la otorgan ambos cónyuges de acuerdo a lo que ambos han convenido, no requiere homologación judicial y debe otorgarse por escritura pública.

Sostenemos la corriente de opinión que considera que los cónyuges en la demanda de divorcio o en la petición conjunta podrán requerir que la propuesta reguladora no sea presentada. Además podrán solicitar que se apruebe la partición una vez finalizado el juicio de divorcio, y la podrán llevar a cabo los cónyuges privadamente por escritura pública en la forma que por unanimidad resuelvan.

Los gastos relacionados con el inventario y la división de los bienes son a cargo de los cónyuges. En el supuesto de que exista responsabilidad de cada uno de los cónyuges, una vez realizada la partición, pero por deudas anteriores, estará a cargo de cada uno de los cónyuges, que responderá con sus bienes propios y con la porción adjudicada de gananciales.

Como todo cambio legislativo importa una colisión temporal de las normas, uno de los temas que merece ser destacado es advertir cómo se resolvió después de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación en un juicio de divorcio por petición conjunta, de fecha anterior al primero de agosto de 2015²⁰.

Se hizo lugar a la petición de los cónyuges en atención a los valores que consideran, en primer lugar, la autonomía de la voluntad y la libertad individual. Los efectos son al día de la petición conjunta (art. 480 CCyC). Esta norma, al igual que el art. 1306 del código velezano, dispone la extinción de la comunidad “con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges”, con los alcances y efectos establecidos por el art. 2437 del derecho vigente²¹. Además se homologa lo que las partes acordaron con relación a la liquidación de los bienes gananciales y la atribución de la vivienda.

Es de advertir que la separación de hecho sin voluntad de unirse configura una causal objetiva de exclusión hereditaria entre los cónyuges, independientemente de las causas que llevaron a dicha separación de hecho. En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, del 1º al 3 de octubre de 2015) en la comisión Nº 7, punto I, se resolvió por mayoría que: “*De lege lata*. La separación de hecho sin voluntad de unirse configura una causal objetiva

20 CFlia, Córdoba, 1ª Nom., “N., C. A. - F., P.A. s/ divorcio vincular - no contencioso”, LLC, noviembre de 2015, 1160-DJ 23/12/2015.

21 Art. 2437. Divorcio, separación de hecho y cese de la convivencia resultante de una decisión judicial. El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges.

de exclusión hereditaria entre cónyuges. Resultan absolutamente irrelevantes las causas que llevaron a dicha separación de hecho. Esta causal incluida en el artículo 2437 CCyC, es coherente con el régimen de divorcio incausado²². La minoría en contra, propuso *de lege ferenda*: “Es necesario modificar el art. 2437 del CCyC y establecer que, en principio, la vocación hereditaria entre los cónyuges se mantiene en el supuesto de separación de hecho, y que sólo la pierde el cónyuge que ha asumido una voluntad claramente contraria a la unión matrimonial”.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación rige para las situaciones que nacieron después de su entrada en vigencia y también las consecuencias de situaciones que no se encontraban concluidas o terminadas al 1° de agosto de 2015. Conforme a ello: “Si toda ley posterior deroga a la anterior, porque se considera que se adapta con mayor justeza y/o precisión a la problemática actual que nos aqueja y además va acompañando con su desenvolvimiento la modificación de las costumbres de la comunidad donde fue dictada, lo que enjugaría el concepto de evolución de la normativa jurídica acorde a los cambios sociológicos habidos, lógico resulta concluir que será la nueva ley la aplicable al caso”²³.

4.2. Liquidación simultánea de dos o más comunidades. Bigamia

Cuando coexisten la liquidación de más de una comunidad a cargo de una misma persona y se necesita liquidar los bienes de un segundo matrimonio por el sistema patrimonial de comunidad sin haber liquidado la comunidad anterior, debe llevarse a cabo simultáneamente la liquidación de todas las comunidades. Se admite toda clase de pruebas para determinar a cuál de las comunidades pertenecen los bienes. Solamente en caso de duda se atribuyen de acuerdo a la duración de cada comunidad.

En el supuesto de personas casadas en segundas o posteriores nupcias, puede presentarse que a la fecha de la disolución de la segunda comunidad, la primera no se haya liquidado, lo que provocará que ambas deban liquidarse en forma simultánea (art. 503 CCyC).

En el caso de bigamia de dos matrimonios bajo el régimen de comunidad de bienes, si hay buena fe del segundo cónyuge, como regla general el primer

22 Por la afirmativa (mayoría): Guilisasti, Ferrer, Gutiérrez Dalla Fontana, Moreyra, Di Lella, Loyarte, Iglesias, Lloveras, Orlandi, Pellegrini, Duprat, Torres, Caparelli, Peracca, Vega, Zabalza, Gagliardi, Krasnow.

23 CNCiv., sala J, 24/8/2015, “P. M. ,F. c/ G.,M. R. s/ divorcio”, El Derecho Web, www.elderecho.com.ar.

cónyuge tiene derecho a la mitad de los gananciales hasta la disolución de su matrimonio. Es decir que el cónyuge primero e inocente hasta que no se disuelva el matrimonio, tiene derecho sobre los gananciales producidos por su cónyuge como si la unión inválida no se hubiera producido.

El segundo cónyuge inocente tiene derecho a la mitad de la masa ganancial formada por él y el bígamo hasta la notificación de la demanda de nulidad. Se requiere la declaración de nulidad del segundo matrimonio para proceder a la liquidación en la forma expresada.

El art. 504 del mismo ordenamiento legal exige la buena fe del segundo cónyuge y la declaración de nulidad del segundo matrimonio. Si el régimen patrimonial del primer matrimonio es de separación de bienes, no existen bienes gananciales y la correlativa partición, por lo tanto no es de aplicación el referido artículo por haber contraído un segundo matrimonio.

5. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

Es la novedad más importante que se ha introducido en el régimen patrimonial del matrimonio: cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de los bienes personales por él adquiridos, sin ninguna participación del otro cónyuge de los bienes generados en el momento de la disolución del régimen patrimonial por la causa que fuere, y cada uno responde por sus deudas.

No debemos confundir el régimen patrimonial del matrimonio de separación de bienes establecido en el art. 505 CCyC, con la separación judicial de los bienes en el régimen de comunidad, dispuesta por el art. 477 del mismo ordenamiento legal, como una causal judicial extraordinaria de extinción de la comunidad. Caso en el cual los cónyuges pueden mantener su matrimonio plenamente vigente, y separado judicialmente de bienes por las causales siguientes: a) si la mala administración de su cónyuge sobre los bienes gananciales de su propiedad pone en peligro la expectativa sobre los mismos en el momento de la disolución y partición de la comunidad, b) el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge, c) si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse, y d) si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges se designa como curador del otro a un tercero.

En nuestro país no existen antecedentes sobre él. Sin embargo, en el curso de los últimos cuarenta años, era un reclamo de la doctrina mayoritaria.

Así se refiere que la opinión a su favor se basa en que es el régimen patrimonial: "...que mejor se acomoda a la plena capacidad de la mujer y a la igualdad de aptitudes de los esposos para producir bienes sin colaboración del uno al otro, razón por la que ha cobrado mucho prestigio en el derecho

extranjero”²⁴.

Con relación a la existencia de posiciones opuestas se señala: “Dentro de los autores que entienden que el régimen de separación de bienes no se acerca a nuestras costumbres y no se ajusta a la realidad social argentina, encontramos que ven en el régimen de separación de bienes un posible núcleo generador de ‘despojo y desamparo a las esposas’ o de ‘desigualdad jurídica de los cónyuges’”²⁵.

Existe independencia de gestión y de deudas de cada uno de los cónyuges, donde la libertad no se limita al hecho de decidir casarse o no, de permanecer casados o divorciarse, se extiende a la opción del régimen patrimonial y de poder mutarlo.

La regulación en el derogado Código Civil era un régimen patrimonial único -el de comunidad denominado sociedad conyugal-, imperativo, forzoso e inmutable. Como consecuencia de ello se sostuvo la necesidad de que los cónyuges puedan optar por otro régimen patrimonial si lo consideran más apropiado. Corresponde a una completa independencia patrimonial entre los esposos, que conservan la propiedad y administración de sus bienes personales adquiridos con anterioridad al matrimonio o con posterioridad. Al disolverse el matrimonio, no hay partición alguna y permanecen en el patrimonio de cada cónyuge los bienes que ha adquirido durante el matrimonio con el régimen de separación de bienes.

La opción por el régimen de separación de bienes es una facultad que tienen los futuros contrayentes antes de la celebración del matrimonio para optar por este régimen patrimonial si lo consideran más apropiado y luego de la celebración del matrimonio de poder mutar cuantas veces lo consideren oportuno, cumpliendo los requisitos que exige el art. 449: “...después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública”.

En nuestro país el régimen legal supletorio es el de comunidad a diferencia de Italia, que con el Código Civil y Comercial unificado del año 1942 estableció

24 NALLAR, Florencia. *El régimen patrimonial del matrimonio*, Ed. Cathedra, pág. 150. Si bien considera que es un régimen que presenta injusticias.

25 SALIERNO, Karina Vanesa. “Derechos y deberes del cónyuge bajo el régimen de separación de bienes”, ponencia presentada en la 39 Jornada Notarial Bonaerense, llevada a cabo del 25 al 28 de noviembre 2015 en la ciudad de Mar del Plata. Corresponde al tema 7.

que el régimen supletorio legal es el de separación de bienes, lo que en su momento provocó una fuerte resistencia de la sociedad²⁶.

En el régimen patrimonial de separación de bienes, de acuerdo al art. 505 CCyC, cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales, con la excepción que establece el art. 456 del mismo ordenamiento, al exigir el asentimiento del otro cónyuge para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, de los muebles indispensables de ésta o para trasladarlos fuera de ella. Además la responsabilidad solidaria por las obligaciones contraídas para las necesidades ordinarias del hogar, el sostenimiento y la educación de los hijos, de acuerdo al art. 461 CCyC, en disposiciones comunes a los regímenes patrimoniales del matrimonio.

Como respuesta al interrogante de cuál es el significado en el nuevo ordenamiento legal, la reforma en el régimen patrimonial y la posibilidad de optar por el de separación de bienes, se considera: "La norma consagra, como muchas otras del Código la vigencia de la autonomía de la voluntad de quienes mantuvieron una comunidad de vida, promoviendo que ese principio de libertad se traduzca en la autorregulación en el modo de distribuir los bienes indivisos de quienes estuvieron sometidos al régimen de separación de bienes"²⁷.

Al respecto, en la 39 Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, del 25 al 28 de noviembre de 2015) se concluyó: "El régimen de separación de bienes está fundado en el reconocimiento de dos órbitas absolutamente independientes cuya administración y disposición corresponden a cada titular. Las ganancias obtenidas durante el matrimonio y los bienes adquiridos por los cónyuges a título oneroso no se comparten y sólo favorecen a quien generó los recursos, o al adquirente de los bienes"²⁸.

Responde a los requerimientos del principio de autonomía de la voluntad, que está consagrado en el Código Civil y Comercial, reflejado especialmente en esta facultad de elección del régimen patrimonial del matrimonio.

26 SALIERNO, Karina Vanesa. Ob. cit. Con relación al origen, se señala que lo tuvo: "...en el derecho romano, en el matrimonio *sine manu*, se desarrolló también en los países del *common law*, y actualmente es reconocido en los derechos que admiten la libertad de elección por parte de los esposos, en algunos casos, con carácter opcional y en otros, como Cataluña, Grecia, Austria, como régimen legal básico".

27 LORENZETTI, Ricardo Luis, director. *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, De Lorenzo, Miguel Federico y Lorenzetti, Pablo, coordinadores; Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 276.

28 *Conclusiones*, publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 39 Jornada Notarial Bonaerense, Mar del Plata, del 25 al 28 de noviembre de 2015, pág. 43.

5.1. Cláusulas escriturarias

Convención matrimonial de opción del régimen de separación de bienes, anterior a la celebración del matrimonio

ESCRITURA NÚMERO... CONVENCIÓN MATRIMONIAL. ADOPCIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES, CON INVENTARIO DE LOS BIENES²⁹

COMPARECEN los Señores A y B (datos personales). Intervienen por sí y EXPRESAN: PRIMERO: Que contraerán matrimonio en primeras nupcias el..., en esta ciudad de..., Partido de..., Provincia de... SEGUNDO: Que han resuelto de común acuerdo celebrar la presente convención matrimonial, de conformidad a lo dispuesto por el art. 446 del Código Civil y Comercial de la Nación. TERCERO: El cónyuge A es titular dominial de los siguientes bienes: a) Inmuebles: (enumerarlos). Los dominios constan inscriptos... (detallar cómo le corresponde y además si están gravados con derechos reales de garantía, si pesan medidas cautelares, etc). b) Muebles:... No tiene deudas sobre su patrimonio, ni obligación alguna de prestar alimentos. El cónyuge B es titular de los siguientes bienes muebles:... Los dominios constan inscriptos (si son bienes muebles registrables) a nombre de... (detallar si están gravados con derechos reales de garantía, o si pesan medidas cautelares, etc). Tiene las siguientes deudas: (especificarlas) y está obligado a prestar alimentos a su padre (detalle completo) y a sus dos hijos menores de edad (detalle completo y además incluir toda circunstancia que pueda influir en el activo o pasivo de cualquiera de los cónyuges). 1º OPCIÓN: Los bienes muebles se detallan en el inventario que firmado por las partes se agrega a esta escritura. 2º OPCIÓN: (continuación) Anexar además de determinados bienes la tasación correspondiente (por ejemplo, cuadros, obras de arte, etc.). CUARTO: Que optan por el régimen de separación de bienes establecido por el art. 505 del Código Civil y Comercial de la Nación, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones comunes a todos los regímenes patrimoniales del matrimonio dispuestas por los arts. 454 a 462 del citado Código Civil y Comercial de la Nación. QUINTO: Los comparecientes manifiestan que en el momento de la celebración del matrimonio solicitarán la inscripción de la presente escritura por nota marginal en la correspondiente acta de matrimonio. SEXTO: Esta es la voluntad de los comparecientes, los

29 Puede otorgarse sin inventario o sin mencionar bienes. En ese supuesto se omite la cláusula tercera.

que no tienen ninguna reserva ni reclamo al respecto. LEO esta escritura a los comparecientes, quienes la otorgan y en prueba de conformidad firman, ante mí, doy fe.

5.2. Prueba de la propiedad de los bienes

Cada uno de los cónyuges puede demostrar la propiedad exclusiva de los bienes por todos los medios de prueba, tanto respecto al otro cónyuge como de terceros. Si los cónyuges demandan la división de condominio, los jueces tienen la facultad de denegarla cuando resulta comprometido el interés familiar.

Si no se puede demostrar la propiedad exclusiva de ninguno de los cónyuges, el bien pertenecerá a ambos en condominio y por partes iguales. “La idea comunitaria ingresa al régimen al establecerse que si no se puede acreditar la propiedad exclusiva, se presume que el bien pertenece a ambos cónyuges por mitades”³⁰.

Hay autores que brindan propuestas para resolver los inconvenientes sobre la prueba de la propiedad de los bienes que presenta este régimen patrimonial: la confección de un inventario antes de la celebración del matrimonio o la fijación de pautas con relación a los bienes³¹.

Por nuestra parte creemos necesario que cuando los cónyuges utilicen dinero personal de un cónyuge en los bienes del otro, se hagan pagos entre ellos, se realicen obras o se utilicen sumas de dinero de consideración durante el matrimonio, que por escritura pública y de común acuerdo otorguen las correspondientes manifestaciones de sus relaciones económicas, para evitar que al momento del cambio de régimen o de la disolución del matrimonio por divorcio o por fallecimiento de uno de los cónyuges, aparezcan imprecisiones o cuestionamientos, que en ese momento va a ser más difícil dilucidar.

Los cónyuges casados que adopten el régimen de separación de bienes tienen la posibilidad de otorgar también por escritura pública las declaraciones que consideren necesarias sobre la propiedad de los bienes como medio para evitar la existencia de bienes de propiedad exclusiva indeterminada.

30 ZANNONI, Eduardo A.; Mariani de Vidal, Marina; Zunino, Jorge; Shina, Fernando; Ramos, Gloria; directores. *Código Civil y Comercial Comentado*, Editorial Astrea, pág. 169.

31 NALLAR, Florencia. Ob. cit., pág. 159.

5.3. Cláusulas escriturarias propuestas

a) Régimen de separación de bienes. Manifestación de la utilización de dinero personal del cónyuge A en un bien personal del otro cónyuge, B

COMPARECEN los cónyuges A y B (datos personales y acreditación de estar casados bajo el régimen de separación de bienes). INTERVIENEN por sí y EXPRESAN: PRIMERO: El Sr. B es titular de dominio exclusivo del siguiente bien personal: un local comercial edificado en... nomenclatura catastral:... Que le correspondió por compra que hiciera..., según escritura de fecha... número..., folio... pasada ante el escribano... SEGUNDO: El Sr. B está llevando a cabo en el inmueble la construcción de cien metros cubiertos destinados a oficinas, de acuerdo al plano de obra que se agrega a la presente. A cuyo efecto ha recibido de su cónyuge A, la suma de pesos..., mediante la transferencia de la cuenta corriente de A, número... transacción..., a la cuenta corriente de B... por cuya entrega le otorga por la presente eficaz recibo. TERCERO: El cónyuge A expresa que el dinero personal entregado al cónyuge B, le corresponde por la venta de un lote de terreno propio, ubicado en..., según escritura número... fecha..., folio..., pasada ante..., que en fotocopia certificada por el citado notario agrego a la presente. Que hubo el inmueble siendo de estado civil soltero por compra que hiciera a..., según escritura número... fecha..., folio..., pasada ante... CUARTO: El cónyuge B confirma la procedencia del dinero entregado por el cónyuge A, por constarle. QUINTO: En este estado los comparecientes aclaran que efectúan esta manifestación para preconstituir la prueba acerca del derecho de la propiedad de los bienes de los cónyuges. LEO esta escritura a los requirentes, quienes en prueba de conformidad la otorgan y firman por ante mí, doy fe.

b) Régimen de separación de bienes. Manifestación de la utilización de dinero personal del cónyuge B, en un bien personal del otro cónyuge, A

COMPARECEN los cónyuges A y B (datos personales y acreditación de estar casados bajo el régimen de separación de bienes). INTERVIENEN por sí y EXPRESAN: PRIMERO: El Sr. A, es titular de dominio exclusivo del siguiente bien personal: una unidad funcional ubicada en... nomenclatura catastral:..., que lo adquirió por compra en la suma de..., habiendo abonado la suma de... con un saldo de precio... garantizado con derecho real de hipoteca en primer lugar y grado por el plazo de... Que le correspondió por compra que hiciera siendo de estado civil soltero según escritura número... fecha..., folio...,

pasada ante..., que en fotocopia certificada por el citado Notario agrego a la presente. SEGUNDO: Que en el día de la fecha A ha procedido a abonar el referido saldo de precio. A cuyo efecto ha recibido de su cónyuge B, la suma de pesos..., mediante la entrega del plazo fijo... transferido a su nombre, que procedió a cobrarlo en la citada institución bancaria, por cuya entrega le otorga por la presente eficaz recibo. TERCERO: El cónyuge B expresa que el dinero entregado al cónyuge A es personal y proviene del ejercicio de la profesión de..., siendo del mismo estado civil, que acredita con las correspondientes declaraciones juradas del impuesto a las ganancias que en fotocopia certificada agrego. CUARTO: El cónyuge A confirma la procedencia del dinero entregado por el cónyuge B, por constarle. QUINTO: En este estado los comparecientes aclaran que efectúan esta manifestación para preconstituir la prueba acerca del derecho de la propiedad de los bienes de los cónyuges. LEO esta escritura a los requirentes, quienes en prueba de conformidad la otorgan y firman por ante mí, doy fe.

c) Régimen de separación de bienes. Recibo por el pago de una suma dineraria personal

COMPARECEN los cónyuges A y B (datos personales y acreditación de estar casados bajo el régimen de separación de bienes). INTERVIENEN por sí y EXPRESAN: PRIMERO: Los cónyuges A y B manifiestan que por escritura (datos completos) se instrumentó la preconstitución de la prueba de la entrega de una suma dineraria personal de A, la que fuera utilizada por B para la construcción de un local comercial, en el inmueble personal (datos correspondientes). SEGUNDO: Que por escritura simultánea que antecede se transmitió el dominio a título de venta del referido inmueble, procediendo B a restituir dicha suma a su cónyuge en este acto, por cuya entrega de la suma de pesos... otorga A a B eficaz recibo por este medio. TERCERO: A expresa que no tiene nada más que reclamar bajo ningún concepto derivado de la inversión de una suma personal en un bien personal de su cónyuge. LEO esta escritura a los comparecientes, quienes en prueba de conformidad otorgan y firman por ante mí, doy fe.

d) Régimen de separación de bienes. Manifestación de la utilización de dinero personal de un cónyuge A, en un bien de su propiedad

COMPARECEN los cónyuges A y B (datos personales y acreditación de estar casados bajo el régimen de separación de bienes). INTERVIENEN por sí y EXPRESAN: PRIMERO: El cónyuge A es titular de dominio exclusivo del

siguiente bien personal: un lote de terreno ubicado en... nomenclatura catastral... Que le correspondió siendo del mismo estado civil, por... SEGUNDO: El cónyuge A está realizando en el inmueble la construcción de una vivienda de trescientos metros cuadrados de acuerdo al plano de obra que se agrega a la presente. Que la totalidad de las sumas de dinero que la construcción demande estimados en la suma de pesos..., es dinero personal de A. TERCE-RO: El cónyuge A manifiesta que el dinero personal que utiliza en la referida construcción que le corresponde por la venta de un lote de terreno propio, ubicado en..., según escritura número..., fecha..., folio..., pasada ante..., que en fotocopia autenticada del primer testimonio³² para el vendedor, agrego a la presente. Que le correspondió siendo de estado civil soltero por compra que hiciera a..., según escritura número..., fecha..., folio..., pasada ante... CUAR-TO: El cónyuge B confirma la procedencia del dinero del cónyuge A, por constarle. QUINTO: En este estado los comparecientes aclaran que efectúan esta manifestación para preconstituir la prueba acerca del derecho de la propiedad de los bienes de los cónyuges. LEO esta escritura a los requirentes, quienes en prueba de conformidad la otorgan y firman por ante mí, doy fe.

5.4. Cese del régimen y disolución del matrimonio

Los cónyuges tienen la posibilidad de mutar de común acuerdo del régimen de separación de bienes y pasarse al régimen de comunidad o de éste al de separación de bienes.

Nos enrolamos en la conclusión de la 39 Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, del 25 al 28 de noviembre de 2015): "La mutación del régimen de comunidad de ganancias al de separación de bienes genera la extinción de la comunidad. Aconsejamos liquidar y partir los bienes en forma simultánea, o pactar el régimen de administración y disposición de los bienes, en estado de división postcomunitaria"³³.

Se requiere que los cónyuges otorguen la escritura pública de cese del régimen de separación de bienes y la opción por el régimen de comunidad y se inscriba en el Registro correspondiente³⁴.

32 También denominada primera copia.

33 *Conclusiones*, publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 39 Jornada Notarial Bonaerense, Mar del Plata, del 25 al 28 de noviembre de 2015, pág. 43.

34 CLUSELLAS, Eduardo Gabriel, coordinador. *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 2, pág. 569. Con relación a los modelos de cláusulas escriturarias de las escrituras siguientes de: a) Cese del régimen de separación de bienes y adopción del régimen de comunidad; b) Cese del régimen patrimonial de comunidad y adopción del régimen de separación de bienes, con inventario de los bienes; y c) Cese del régimen

La partición debe ser judicial (art. 2371 CCyC) cuando uno de los copartícipes sea incapaz, con capacidad restringida o ausente, cuando terceros fundados en un interés legítimo se opongan a que se haga privadamente y, por último, cuando son plenamente capaces y no acuerdan de hacerla privadamente.

6. RÉGIMEN LEGAL DEL MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO

A los efectos de una primera aproximación al tema sobre las cuestiones que se relacionan con los matrimonios celebrados en otros países de personas humanas extranjeras o de nacionalidad argentina, que posteriormente se radican en nuestro país y establecen aquí su domicilio. El domicilio conyugal efectivo o el domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado es el que determina la jurisdicción aplicable a las acciones de validez, nulidad y disolución del matrimonio y también los efectos del mismo. Pero el actor podrá optar por los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado que puede ser en otro país, aunque el domicilio conyugal hubiera sido en la República Argentina, de acuerdo al art. 2621 CCyC³⁵.

La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma de su existencia, la validez del acto y la ausencia de impedimentos, según lo dispuesto por el art. 2622 del mismo ordenamiento legal, se rigen por el derecho del lugar de su celebración: "aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen".

Igual que en la codificación velezana: a) el derecho aplicable a la disolución del matrimonio, el divorcio y las otras causales de disolución del matrimonio se rigen por el derecho del último domicilio conyugal efectivo; y b) todas las relaciones personales de los cónyuges, es decir las que no inciden directamente sobre el régimen de los bienes del matrimonio, se rigen por el derecho del domicilio conyugal efectivo (art. 2624 CCyC).

Los efectos patrimoniales del matrimonio, también al igual que en el Código Civil velezano, se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal. Las convenciones matrimoniales que otorguen con anterioridad a la celebración del matrimonio se rigen por la ley del primer domicilio conyugal y las posteriores

patrimonial de comunidad y adopción del régimen de separación de bienes (sin inventario), nos remitimos a los modelos de escrituras de nuestra autoría.

35 Art. 2621. Jurisdicción: Las acciones de validez, nulidad y disolución del matrimonio, así como las referentes a los efectos del matrimonio, deben interponerse ante los jueces del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado. Se entiende por domicilio conyugal efectivo el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges.

también por el derecho del domicilio conyugal al momento de la celebración, de acuerdo al art. 2625 CCyC³⁶.

En los matrimonios celebrados en el extranjero, el régimen de bienes que se aplica es el del primer domicilio conyugal, que regula las convenciones matrimoniales, los regímenes patrimoniales del matrimonio, las disposiciones comunes de los mismos, los bienes de los cónyuges, su gestión y administración, la liquidación y partición de los bienes, aunque hayan mudado su domicilio a la República Argentina.

Por lo tanto se ha conservado del derogado Código Civil el “domicilio conyugal” para la designación del derecho aplicable a los efectos personales del matrimonio y el primer domicilio conyugal para regular el régimen de bienes. Es decir que el cambio del domicilio conyugal a la República Argentina no altera la ley aplicable para regular el régimen patrimonial del matrimonio, ya sean los adquiridos antes o después del mentado cambio de domicilio. Pero en atención a los principios y valores que consideran preponderante la autonomía y la libertad individual, los cónyuges que cambian su domicilio a nuestro país tienen ahora la posibilidad de optar por instrumento público por la aplicación del derecho argentino, de acuerdo a lo dispuesto por el mentado art. 2625 CCyC, en la parte final³⁷.

La disposición es plausible, la opción no se encontraba prevista en el derogado Código Civil y la solución obtenida de ella es además de gran utilidad. Con relación a las reformas que se adoptan se sostiene: “Si se dicta una nueva ley, es porque quienes tienen a su cargo la responsabilidad legislativa, presuponen que ofrece una solución más justa que la anterior. Con ello se avanza hacia la evolución del ordenamiento jurídico en su conjunto”³⁸.

Los cónyuges, siempre que hayan mudado su domicilio a la República Argentina, pueden optar por la aplicación del derecho argentino al régimen patrimonial del matrimonio, especialmente al régimen patrimonial de separación de bienes del matrimonio, incluso aunque en el país de celebración del

36 Art. 2625. Efectos patrimoniales del matrimonio. Las convenciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes. Las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal; las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración. En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal. Todo ello, excepto en lo que, siendo de estricto carácter real, está prohibido por la ley de situación de los bienes...

37 Art. 2625 *in fine*: 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 los terceros.

38 “C. G. J. s/ Información Sumaria”, Juzgado Nacional en lo Civil N° 8, 13/8/2015 (sentencia no firme), publicado en DJ 16/03/2016, 87.

matrimonio no lo prevea. En el mismo sentido se concluyó en la 39 Jornada Notarial Bonaerense (celebrada en Mar del Plata, del 25 al 28 de noviembre de 2015): “En los casos de matrimonios celebrados en el extranjero los cónyuges que opten por sujetarse al régimen legal argentino, también podrán otorgar estas convenciones, aun cuando la ley foránea no lo contemple (art. 2625, última parte)”³⁹.

Si bien en la legislación comparada se acepta el régimen de separación de bienes, con excepción de Bolivia, Cuba y algún estado de México⁴⁰, en el país de origen puede estar regulado de manera diferente que en el Código Civil y Comercial de la Nación. Por ejemplo, solamente facultan a optar por un régimen patrimonial antes de la celebración del matrimonio, o sólo una vez después de la celebración, o requerir la resolución judicial que lo apruebe, la publicación de edictos, etc.

6.1. Cláusulas escriturarias

*Modelo de escritura de opción de la aplicación de la ley argentina y simultánea. Opción por el régimen patrimonial de separación de bienes*⁴¹

COMPARECEN los señores A y B (datos personales). Intervienen por sí y EXPRESAN: PRIMERO: Que contrajeron matrimonio en primeras nupcias el..., en..., Bolivia. Que establecieron su primer domicilio conyugal bajo el régimen de comunidad previsto en dicho país. SEGUNDO: Que el día..., mes..., año..., ingresaron a la República Argentina, fijando su domicilio en..., República Argentina, que mantienen desde entonces. TERCERO: Que de común acuerdo OPTAN POR LA APLICACIÓN DEL DERECHO ARGENTINO, al régimen patrimonial matrimonial, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2625, tercer párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación. CUARTO: Que por aplicación del derecho argentino optan por el régimen de separación de bienes establecido por el art. 505 del mismo ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones comunes a todos los regímenes patrimoniales del matrimonio que disponen los arts. 454 a 462 del Código Civil y Comercial de la Nación. QUINTO:

39 *Conclusiones*, publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 39 Jornada Notarial Bonaerense, Mar del Plata, del 25 al 28 de noviembre de 2015, pág. 42.

40 MEDINA, Graciela. “El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial”, *Derecho de Familia y las Personas*, 1/11/12.

41 Ver VIZCARRA, Rodolfo. “Cambio de ley aplicable al régimen patrimonial del matrimonio. Una nueva incumbencia notarial”, ponencia presentada en la 39 Jornada Notarial Bonaerense, celebrada en Mar del Plata, correspondiente al tema 7.

Doctrina

Que se ha cumplido el plazo de un año de la aplicación del régimen patrimonial, establecido por el art. 449 del mismo ordenamiento, para la modificación del régimen patrimonial del matrimonio. Que no existen deudas pendientes por el mantenimiento de los hijos comunes, por el sostenimiento del hogar, ni por cargas comunes. No existe pasivo alguno ya que se han abonado la totalidad de las deudas personales de cada cónyuge y que la presente modificación del régimen patrimonial no perjudica a los terceros, sin perjuicio de la facultad que les otorga el art. 449 *in fine* del Código Civil y Comercial de la Nación. Que no están inhibidos para disponer de sus bienes. Que los bienes gananciales están ubicados en la República Argentina y son los siguientes: Los dominios constan inscriptos a nombre de... y a nombre de... Que se procederá a liquidar, partir y adjudicar, dentro del plazo de... a contar de la fecha referida. SEXTO: Los comparecientes manifiestan que se obligan a requerir judicialmente la inscripción de la presente escritura, por nota marginal en el Registro de las Personas en el libro de extraña jurisdicción de acuerdo a la Ley 14.078 de la Provincia de Buenos Aires⁴². Esta es la voluntad de los comparecientes, los que no tienen ninguna reserva ni reclamo al respecto. ATESTACIONES NOTARIALES: (de estilo. Además agregar los datos de la partida del matrimonio celebrado en el extranjero y la fotocopia autenticada, con la correspondiente legalización). LEO esta escritura a los comparecientes, quienes la otorgan y en prueba de conformidad firman, ante mí, doy fe.

42 Es de advertir en el ámbito de la provincia de Buenos Aires la vigencia de la ley N° 14.078 del Registro de las Personas (con las modificaciones introducidas por la ley N° 14.595 y N° 14.748) que establece en el título VIII, capítulo único, arts. 103 a 109, la regulación de los documentos de extraña jurisdicción. En particular, la existencia (de acuerdo al art. 104) de libros especiales que a tal efecto habilite el responsable de cada registro y el art. 105 que dispone que sólo se modificarán las inscripciones asentadas por orden judicial.

Agencia. Concesión. Franquicia.

A un año de la sanción del CCyC

Adriana Copes

SUMARIO: 1. Palabras iniciales. 2. Vigencia del derecho comercial. 3. Fuentes del nuevo articulado que los comentaristas destacan. 4. Tipicidad legal. Valoración integral. Ecuación económica. 5. Marco normativo de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas. 6. Concesión. Breve actualización. 7. Tiempos-plazos de los contratos. Problemática de su vigencia/extinción. 7.1 Imperatividad o supletoriedad de los plazos (mínimos) legales. 7.2. Valoración legal de la conducta de las partes. 7.3. Preaviso-indemnización. 8. Palabras finales. 9. Bibliografía consultada.

1. PALABRAS INICIALES¹

En esta impronta tan humana por la que cargamos de simbolismo el mero transcurso del tiempo, nuevamente el coordinador del CCyC notarialmente comentado² nos interpela y convoca a preguntarnos y reflexionar: ¿qué significa el próximo 1° de agosto? Y a partir de tal disparador nuestra cámara interna empieza un rápido *travelling* y el *flashback* resultante nos deposita sin escalas en la primavera del año 2014, cuando varios asumimos el fatal compromiso de entregar, en los meses subsiguientes, razonables comentarios sobre diversos artículos del nuevo CCyC.

1 Bienvenido Vicente Morales, nacido durante la elaboración de este aporte, a quien va dedicado renovando el desafío de transitar el derecho como expresión de fe en el individuo.

2 CLUSELLAS, Eduardo Gabriel. Coordinador de *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, Astrea-FEN, 2015.

Doctrina

Hoy, tiempo después, atravesado el duelo por el entrañable DALMACIO VÉLEZ SARRSFIELD y la zozobra por tan trascendental debut legislativo, tenemos como telón de fondo un vertiginoso cóctel sociopolítico al que aparentemente los argentinos no somos aún capaces de renunciar. Hemos aquí tratando de afrontar este nuevo peldaño: mensurar los aciertos y desaciertos no sólo del nuevo CCyC, sino de los comentarios ensayados a su respecto. Como decía una vieja canción: "...es la vida que me alcanza...".

Partimos entonces por compartir que el inicial comentario de los capítulos 17 a 19 del CCyC, fue elaborado:

- teniendo como premisa intentar un puente entre el derecho anterior y las nuevas normas, cuya aparición -aunque fuese ponderable- supone un nítido impacto social, constituyendo por ende su atenuación un obvio requerimiento de preservación de la seguridad jurídica;

- considerando además, como fuera extensamente analizado, que en realidad la norma viva es aquella para bien o para mal internalizada, aprehendida por los sujetos, en un proceso a todas luces aún en ciernes, respecto del reciente CCyC;

- cumpliendo la autoimpuesta consigna de apuntar datos contemporáneos, innovaciones que no cesan, nuevos paradigmas (como análisis económico del derecho -AED-, economía del bienestar, responsabilidad social empresarial -RSE-), alcance actual del concepto empresa, tecnologías más avanzadas que las reales posibilidades distributivas, conflictividad social, incidencia ambiental, a fin de permitirle al futuro lector contextualizar el advenimiento de la nueva legislación;

- intentando, en particular, delinear los presupuestos negociales, la finalidad económica de los tres institutos, la caracterización de los contratantes, a la luz de principios comerciales que rigen la materia; pero sin invadir ni superponer apreciaciones sobre, verbigracia: principios generales de contratación, valoración de la conducta de las partes o forma; pues la dinámica del trabajo encarado asignaba su análisis a otros comentaristas;

- propendiendo entonces a coadyuvar en el desafío que supone para el colega afrontar la formulación inicial de tales contratos o asesorar en su desarrollo o finalización de la forma más objetiva, cuasi-aséptica posible, en pos de tan menester armonización, respecto de un articulado detallista, didáctico, en muchos supuestos, pero simultáneamente opaco y mosaiquista. Como todos sabemos, inevitablemente las supuestas nuevas soluciones conllevan en germen nuevos problemas.

Por lo que, próximo a cumplirse un año de vigencia del nuevo ordenamiento, intentamos ahora acercar al lector un panorama de los recientes comenta-

rios y de la jurisprudencia suscitados respecto de los contratos de agencia³, concesión⁴ y franquicia⁵; cuya primordial riqueza consiste en hallarse enfocados en el estudio y/o en la aplicación de las nuevas normas sancionadas: panorama que proponemos transitar a partir de ciertos ejes temáticos.

2. VIGENCIA DEL DERECHO COMERCIAL

Hemos destacado, guiados por el maestro ALEGRÍA⁶, que: “La sanción de un Código Civil y Comercial, no implica la desaparición del derecho mercantil, ni la pérdida de ese carácter de las instituciones entre las cuales están los contratos ahora estudiados”.

Dicho camino ha sido refrendado por la jurisprudencia al sostener que: “La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación que unificó la materia civil y la comercial no tuvo, ni podría haber tenido, entidad para alterar, desde un punto de vista ontológico, las sustancias de esas materias (...) pues (...) la autonomía del derecho comercial se mantiene en diversos ámbitos”.

Tal es lo dicho en diciembre de 2015 por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos “Ediciones Colihue S.R.L. c/ Centro Automotores S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, en tren de decidir un conflicto de competencia allegado a su conocimiento, entendiendo que: “Siendo la actora y una de las codemandadas personas jurídicas que explotan haciendas especializadas por razón de su objeto netamente mercantil, los actos realizados por ellas deben ser comprendidos dentro de la órbita de competencia de los tribunales comerciales, a pesar de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial”. Sin perjuicio de que diversos actos celebrados por las partes con terceros, *podieren no revestir esa naturaleza comercial* respecto de aquellos.

Y concluyendo en afirmar que: “...la autonomía del derecho comercial se mantiene en diversos ámbitos y (...) la entrada en vigencia del citado código no se ha visto reflejada en una alteración de la competencia que a estos tribunales ha sido asignada (...) forzoso es concluir que el conflicto suscitado en autos en orden a determinar el juez habilitado para conocer el caso, debe ser resuelto (...) asignando la causa al Juzgado Comercial nro. 15 de este Fuero”.

De similar tenor es el pronunciamiento recaído a los pocos días de la entrada en vigencia del actual CCyC, en autos “Romero Oneto, Eduardo

3 Capítulo 17, arts. 1479 y sgts.

4 Capítulo 18, arts. 1502 y sgts.

5 Capítulo 19, arts. 1512 y sgts.

6 Ver *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 5, Astrea-FEN, 2015, comentario al art. 1479, pág. 283 y cita 3.

José c/ Automilenio S.A. s/ cumplimiento de contrato”, en los cuales la Sala F de la misma Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dirimió el conflicto de competencia suscitado a raíz de la reclamación por defectos en el sistema “GPS” de un auto cero kilómetro, estableciendo que: “Al haber atribuido el actor en su demanda a la accionada, responsabilidad de naturaleza contractual por incumplimiento del contrato, a raíz de la falla del GPS de su automóvil 0 km, es competente la justicia en lo comercial (...) en aquellas cuestiones regidas por leyes mercantiles”.

3. FUENTES DEL NUEVO ARTICULADO QUE LOS COMENTARISTAS DESTACAN

Como por ejemplo la Ley de Agencia Española Nº 12 de 1992, que implementa la Directiva de la Comunidad Económica Europea Nº 86/653, la cual al analizar el actual art. 1479 CCyC (contrato agencia), citan MARÍA VALENTINA AICEGA y OSVALDO R. GÓMEZ LEO, comentaristas del tomo VII: “Contratos en particular”, de la colección *CCyC Comentado. Tratado exegético*, elaborado bajo la Dirección General de JORGE H. ALTERINI y la coordinación de IGNACIO E. ALTERINI⁷. Quienes, al analizar la figura de la concesión, remiten a los Reglamentos Europeos Nº 67/67, 91/72, 1983/83, 1984/84; ley belga 27/07/1961; Código de Comercio alemán; ley francesa Nº 91-593 del 25 de junio de 1991; regulación estadounidense de 1956 y sus posteriores desarrollos estaduales; y ley brasilera del 28 de noviembre de 1979. Considerando, al estudiar la figura franquicia, normativas de UNIDROIT, leyes estaduales de Estados Unidos y reglamentos de la ex Comunidad Económica Europea Nº 4087/88, 556/89 y 2349/84.

En tanto que el *CCyC de la Nación Comentado. Orientado a Contadores*, realizado bajo la dirección de JOSÉ MARÍA CURÁ⁸, señala también como inspiración del actual art. 1479 -agencia-, al Código Civil italiano de 1942.

Por su parte, JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ y MAXIMILIANO RAFAEL CALDERÓN, cuyo análisis acerca de estos contratos *sub exámine*, integran el tomo VII del *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, bajo la coordinación de MIGUEL FEDERICO DE LORENZO y PABLO LORENZETTI⁹; citan además los arts. L-1341-1 a L-1341-6 del Código de Comercio francés.

7 Thomson Reuters–La Ley, Buenos Aires, 2015.

8 Thomson Reuters–La Ley, Buenos Aires, 2014.

9 Rubinzal Culzoni, 1° edición, Santa Fe, 2015.

A su vez, FRANCISCO JUNYENT BAS y MARÍA CECILIA RODRÍGUEZ LEGUIZAMÓN, al estudiar el concepto de agencia en el tomo IV del *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, bajo la dirección de los Dres. JULIO CÉSAR RIVERA y GRACIELA MEDINA¹⁰, relacionan el Código de Comercio colombiano, la ley N° 4886/1995 de Brasil y la Directiva N° 86/653/CEE del 18/12/1988 del Consejo de las Comunidades Europeas. Y, al referirse a franquicia, agregan leyes estatales estadounidenses, como la de Kentucky, Nebraska, Michigan, Utah y Texas; reglamentos de la ex Comunidad Económica Europea CEE N° 4087/88, 556/89 y 2349/ 84; ley modelo sobre divulgación de la información en materia de franquicia de UNIDROIT (Roma, 2007); anteproyecto de ley de contratos de distribución elaborada por la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia de España en diciembre de 2005, publicada en el boletín del Ministerio de Justicia en febrero de 2006.

Y finalmente HUGO O. LLOBERA¹¹ analizando el contrato de concesión, menciona la ley belga del 27 de julio de 1961, el Código de Comercio alemán, la ley francesa N° 91-593 del 25 de junio de 1991, y, nuevamente, la ley estadounidense de 1956 y posteriores desarrollos; destacando además la labor de la Comisión de la ley de Brasil N° 6792 del 28 de noviembre de 1979, conocida como “Ley Ferrari”, a la que destaca como importante antecedente.

4. TIPICIDAD LEGAL. VALORACIÓN INTEGRAL. ECUACIÓN ECONÓMICA

Hemos destacado la tipicidad de estas figuras consagrada por el vigente CCyC: “...ahora receptado legislativamente el Contrato de Agencia (o Concesión o Franquicia), pero ya conocido y utilizado desde años en nuestro país y existiendo abundante jurisprudencia al respecto (tipicidad social), reviste entonces la categoría de contrato típico y nominado (...) si bien comprende diferentes prestaciones constitutivas del objeto de diversas obligaciones a que las partes se comprometen. (...) sería inadecuado (...) pretender visualizar este instituto, sólo como una sumatoria de diversos contratos. Reiteramos la apreciación integral (...) desalentando su desgüace fragmentario; pues tratándose de contratos de larga duración, resulta el enfoque completo, más adecuado para valorar la conducta de las partes y

10 Thomson Reuters–La Ley, FEYDE -Fondo Editorial de Derecho y Economía-.

11 LLOBERA, Hugo O. H. “La tipicidad legal del contrato de concesión. Alcances y regulación en el CCyC”, publicado en RCCyC, 5/2/2016, cita *on line*, AR/DOC/95/2016.

su ajuste a la finalidad económica que las alienta^{12 13 14}.

Enfoque tenido en cuenta también por reciente jurisprudencia, al entender que la especialidad comercial y empresarial que tipifica al contrato de agencia actualmente normado, lo exorbita del derecho laboral:

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los 15 días del mes de septiembre del año 2015, la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores vocales, doctoras Alejandra Barroso y Gabriela B. Calaccio, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: Ibañez Ibañez, María Aurora c/ Tatele S.A. y otro s/ Despido indirecto por falta de registración o consignación errónea de datos en recibo de haberes (Expte. Nro.: 27904, Año: 2011), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes. De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Gabriela B. Calaccio, dijo (...) la cuestión se centra en determinar si medió entre las partes en conflicto relación laboral, y con ello un contrato de trabajo (...) la actora invoca una relación laboral con las demandadas, y éstas una comercial, a partir de la firma del contrato de subagencia (...) expresamente reconocido por las partes (...) del análisis de la documental acompañada por la propia actora, surge que la relación se desarrolló conforme las pautas allí contenidas (...) la accionante (...) contaba con una organización empresarial...

Agencia. Es un contrato que implica también una actividad personal, pero en este caso independiente, de un intermediario que en tal carácter promueve o concluye para otros actos u operaciones de comercio (...) el

12 Ver *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 5, pág. 296.

13 Ver asimismo comentario al art. 1502 en Héctor CHOMER y Jorge Silvio Sicoli, *CCyC de la Nación Comentado*, directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, tomo IV, libro 3°, arts. 1251–1881, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación (fecha de catalogación: 17/07/2015, primera edición, diciembre de 2015, editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires. Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: infojus.gob.ar): “Ha señalado Lorenzetti (Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado*, pág. 74), para definir sus caracteres, que este contrato excede el mero acuerdo individual entre concedente y concesionario, para acercarse en su naturaleza a un vínculo múltiple que une a este en forma simultánea a toda la red y en cuyo centro se halla el concedente, quien habitualmente, a partir de una organización autocrática, planifica la conducta del resto de los integrantes del sistema a quienes controla y subordina”.

14 LLOBERA, Hugo O. H. Ob. cit.: “No se trata de una sumatoria de diversos contratos, sino de la combinación de elementos que se integran conformando una figura autónoma”.

contrato de agencia (...) pone en cabeza del agente la obligación (...) de impulsar o fomentar la posibilidad de transacciones por parte del empresario. Es un verdadero creador de vínculos entre el productor y el adquirente final de los bienes que ofrece...

(...) Resulta ilustrativo, también, la circunstancia de la licencia comercial a nombre de la accionante y su inscripción impositiva y en ingresos brutos...

(...) propongo al Acuerdo, desestimar el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia.

(...) la Dra. Alejandra Barroso, dijo: voy a adherir a los fundamentos y solución propiciada en el voto que antecede, agregando mis razones (...) Destaco que en orden al contrato de agencia, el mismo ha sido regulado recientemente como contrato nominado en el CCyC de la Nación, en el Capítulo 17 del Título IV del Libro Tercero, arts. 1479 a 1501, lo cual constituye una novedad ... En el aspecto que aquí interesa, la actividad del agente debe conllevar una organización empresarial (en los términos del art. 5 de la LCT)¹⁵.

(...) El CCyC destaca justamente la nota de autonomía en este tipo de contratos. En ese sentido el agente actúa por riesgo propio, corriendo con todos los costos de su organización empresarial y de su gestión de intermediación...

(...) el agente de comercio, crea su propia organización de ventas distinta de la del principal, a quien complementa en este aspecto; debe rendir cuentas y poseer una sede propia, organizando a su propio riesgo la colocación de los productos y para ello montará locales, puede tomar personal si lo necesita y coordina en este aspecto las actividades y los medios para promover los negocios en nombre y por cuenta de otro...

(...) corresponde estar a los términos del contrato que calificó la relación jurídica habida entre las partes como un contrato de agencia de naturaleza comercial...

(...) Se entiende que el agente es independiente cuando corre con todos los gastos, asume los riesgos de su empresa y tiene su propia oficina instalada, es decir que tiene su propia organización de ventas distinta de la del empresario de quien recibe los encargos (...) se considera demostrada la condición de agente, cuando éste posee una organización de ventas distinta de la del comerciante (...) se encuentra implícito que el agente

15 Ley de contrato de trabajo, título I, "Disposiciones Generales", art. 5º: "Empresa-Empresario: A los fines de esta ley, se entiende como 'empresa' la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos".

se desenvuelve de acuerdo a las directivas que se le impartan; sin embargo, cabe mencionar que individualizan a un agente autónomo circunstancias como la obligación de hacerse cargo de los gastos de su gestión, tener una oficina instalada (...) creación de su propia organización de ventas, ajena a la del principal, poseyendo una sede propia, organizando a su propio riesgo la colocación de productos ajenos y montando un local, asumiendo así el carácter de empresario por razón de la organización creada por él, coordinando las actividades y los medios aptos para promover los negocios...

(...) considero que el vínculo que unió a las partes ha sido un contrato de agencia...

(...) Por lo expuesto, esta Sala I de la Cámara RESUELVE: (...) Rechazar el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia.

Valorizan también los comentaristas: "La función económica que caracteriza el contrato de agencia, es precisamente, fidelizar la clientela ya existente y captar nuevos mercados¹⁶. (...) el objeto negocial (...) de concesión comercial (...) antes que las compraventas sucesivas de vehículos o repuestos (...) es su comercialización (...) resulta parcial circunscribir la figura al segmento exclusivo de la compraventa de bienes, toda vez que la concesionaria no los adquiere para sí, sino para facilitar su adquisición por parte de los particulares, sin perder la condición de intermediaria, de eslabón de un desarrollo comercial del que procura, al igual que la concedente, la obtención de un beneficio económico"¹⁷.

Y señalan que se trata la franquicia: "...de uno de los contratos más complejos que conoce el derecho privado. Y cuando decimos complejo no nos referimos a que es difícil o incomprensible, sino que está compuesto por una serie de relaciones contractuales contenidas en un mismo plexo de acuerdo de voluntades, articulados uno junto al otro, e indisolublemente unidos"¹⁸.

16 MARCOTULLIO, Jorge A. Comentario al art. 1479, capítulo 17, "Agencia", *CCyC de la Nación Comentado. Orientado a Contadores*, realizado bajo la dirección de José María Curá, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2014.

17 MÍGUEZ, Isabel. Comentario al capítulo 18, "Concesión", *CCyC de la Nación Comentado. Orientado a Contadores*, realizado bajo la dirección de José María Curá, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2014.

18 DASSO, Ariel G. Comentario al capítulo 19, "Franquicia", *CCyC de la Nación Comentado. Orientado a Contadores*, realizado bajo la dirección de José María Curá, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2014.

Avanzando nuevamente la justicia comercial, al sostener no sólo una visión integral sino dinámica, que aprecie el desarrollo de las prestaciones mutuamente comprometidas. Expresando que: “Se trata de efectuar una valoración dinámica del contrato -y no estática como pretende la recurrente-, en tanto que debe de examinarse la actividad inherente al desarrollo del negocio en la consecución de un objetivo común: lograr un mayor número de operaciones de venta de rodados e incrementar los beneficios, colaborando de modo integrado, en un contexto donde no cabe omitir, entre otros extremos, los condicionamientos que conciernen al ámbito donde se desarrolla la actividad del concesionario del mercado”^{19 20}.

5. MARCO NORMATIVO DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR ADHESIÓN A CLÁUSULAS PREDISPUESITAS

Ya al comentar el art. 1479²¹ remitíamos a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas.

Reparemos ahora en la sistemática que el nuevo CCyC nos plantea en el libro tercero, “Derechos Personales”; título II, “Contratos en general”; capítulo 3, “Formación del consentimiento”; sección 2ª, “Celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas”. A cuyo respecto sostienen ACQUARONE, COSOLA y ROCA que, en verdad, la expresión contratos celebrados por adhesión no alude a una tipología contractual, sino a una modalidad del

19 “Lorena Automotores S.A. c/ Renault Argentina S.A. y otro s/ Ordinario”, Garibotto - Machin, Cámara Comercial, C., ficha N° 000068413, 2015-07-17.

20 En el mismo sentido, al comentar el art. 1503 en Héctor CHOMER y Jorge Silvio Sícoli, *CCyC de la Nación Comentado*, directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, tomo IV, libro 3º, arts. 1251-1881, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación (fecha de catalogación: 17/07/2015, primera edición, diciembre de 2015, editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires. Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: infojus.gob.ar): “Se ha señalado que hay que distinguir entre el sinalagma genético y el sinalagma funcional del contrato en cuestión, pues una cosa es la realidad fáctica implícita al momento de su celebración y otra bien distinta es la que puede verificarse durante su desarrollo, siendo que este tipo de vínculo importa un contrato de tracto sucesivo”.

21 *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 5, Astrea-FEN, 2015, parágrafo 6.

consentimiento^{22 23}. Lo cual nos retrotrae a su vez al libro primero; título IV, "Hechos y Actos Jurídicos"; cuyos comentaristas ABELLA y REGIS, señalan que: "El acto jurídico, como acto de autonomía privada, permite a los individuos regular sus propios intereses, dentro de los límites autorizados por el ordenamiento a fin de crear, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas..."²⁴. Afirmando luego que: "...todo acto debe tener necesariamente una forma, un hecho exterior por el cual la voluntad se manifiesta"²⁵.

Siendo entonces el contrato aquel *acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento*²⁶, entienden sus glosadores que la expresión *manifiestan su consentimiento* alude a *la autonomía de la voluntad como fuente del contrato*²⁷. Lo que nos conduce a su vez a la libertad de contratación, postulada por el art. 958 del vigente CCyC que, como todo derecho, encuentra su límite en las normas que reglamentan su ejercicio, pues el bien jurídico tutelado "libertad" ha de armonizarse con el mismo alcance de ejercicio por todos los sujetos y/o con el adecuado equilibrio protectivo respecto de otros paradigmas socialmente valiosos.

Es así que nuevamente ACQUARONE, COSOLA y ROCA vienen en nuestro auxilio, al sostener que uno de los motivos que pueden: "...llevar al legislador a imponer una restricción a la autonomía de la voluntad es la existencia de una simetría en la paridad de los sujetos que intervienen en la celebración del contrato (...) en la medida que el legislador visualice que (...) la aptitud negocial de las partes se encuentra desequilibrada, procura restablecer tal equilibrio mediante el mecanismo de las restricciones a la autonomía de la voluntad"²⁸. Y citan como ejemplo los contratos celebrados por adhesión regulados por el art. 988 y conc. CCyC.

22 *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 3, Astrea-FEN, 2015, pág. 724.

23 En contra MARZORATI, Osvaldo, en "Necesidad de modificaciones al nuevo Código en materia contractual", publicado en *La Ley*, 7/4/2016, cita on line AR/DOC/525/2016: "...quienes afirman que el contrato de adhesión no es una forma de contratar sino una modalidad del consentimiento, me parece equivoco hablar de consentimiento, porque en realidad el adherente, al no discutir acepta obligarse a todos los términos...". Ver nota 6.

24 *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 3, Astrea-FEN, 2015, pág. 667.

25 *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 1, Astrea-FEN, 2015, pág. 80.

26 Art. 957 CCyC.

27 *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 3, Astrea-FEN, 2015, pág. 675.

28 *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 3, Astrea-FEN, 2015, pág. 676.

Hemos sostenido también, que ninguna de las tres figuras son: "... contratos de consumo, sino de contratos de empresa, celebrados entre sujetos empresarios"²⁹.

En coincidencia con los comentaristas del art. 984 CCyC, cuando indican que: "...hay una gradación menor de (...) la autonomía de la voluntad y de la libertad de la fijación del contenido en atención a la desigualdad de quien no tiene otra posibilidad más que adherir a condiciones generales. Se diferencia de la regla general, pero no se trata de contratos de consumo. El campo de aplicación son los contratos que no son de consumo y que presentan situaciones de adhesión como ocurre entre las pequeñas y medianas empresas y los grandes operadores de mercado".

Otros autores han abordado también el análisis de los contratos de comercialización *sub exámine*, bajo la impronta de aquellos celebrados por adhesión.

Destacando que: "...en el moderno derecho de los contratos la disparidad no es un fenómeno exclusivo de las relaciones de consumo: también se da en las relaciones entre empresarios"³⁰.

Como por ejemplo RUBÍN³¹, quien bajo el título: *La comercialización ante el derecho: La colaboración entre desiguales*, sostiene que: "...en estos tiempos (...) no se concibe que una gran empresa haga llegar directamente sus productos o servicios al consumidor. Para ello recurre a otros empresarios, en general, de menor porte económico...", aunque reconoce también casos en los cuales el distribuidor, agente o concesionario, desde el punto de vista económico-financiero, es tan importante (o más) que el fabricante.

Explica que: "...a tales contratos usualmente se llega por adhesión a cláusulas predispuestas (...) generalmente (...) se confeccionan reglamentos válidos para el conjunto de agentes, distribuidores o concesionarios (...) como (...) los reglamentos que dictan los fabricantes en el mercado automotor para las empresas integrantes de su red de comercialización". Y menciona el antecedente de la Comunidad Europea, que en el año 2002 aprobó el Reglamento Comunitario para la Distribución de Automóviles, fijando mínimos inderogables a los que deben someterse todos los contratos.

29 *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 5, Astrea-FEN, 2015, pág. 286.

30 MÍGUEZ, Isabel. Ob. cit.

31 RUBÍN, Miguel E. "Cláusulas y prácticas abusivas en los contratos de comercialización antes y después de sancionado el Código Civil y Comercial", 06/08/2015, por ed. Microjuris.com, Argentina, cita: MJ-DOC-7331-AR|MJD7331, <https://aldiaargentina.microjuris.com/2015/08/06/clausulas-y-practicas-abusivas-en-los-contratos-de-comercializacion-antes-y-despues-de-sancionado-el-codigo-civil-y-comercial/>

Doctrina

Destaca que: "...no se trata de poner a las dos partes en paridad absoluta porque se entiende que, en una red de comercialización, el fabricante debe reservarse la jefatura de su organización (...) De otro modo, las políticas de comercialización quedarían sujetas a deliberación entre el fabricante y sus comercializadores...".

Menciona que: "...tal desigualdad muchas veces engendra abusos de la parte poderosa en perjuicio de la débil (...) y que (...) cuando esas actitudes ilegítimas se dan a través del mismo contrato, hablamos de 'cláusulas abusivas' (...) pero cuando se manifiestan por medio de (...) comportamientos del principal, estamos ante lo que se ha dado en llamar las 'prácticas abusivas'...".

Concluyendo que: "...una estipulación contractual solo es abusiva cuando la posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes se traduce en un perjuicio efectivo a la parte más débil...", con base en el fallo CNCom, Sala D, 21/6/2012, "Yacoplast S.A. c/ Molinos Río de la Plata S.A.", MJJ74974, que dictaminara: "La existencia de un abuso de posición dominante no puede inferirse de la sola presencia de cláusulas que garantizan derechos exclusivos a una de las partes".

Puesto que: "...los contratos celebrados por adhesión a cláusulas pre-dispuestas no siempre generan abusos (...) se ha decidido que las cláusulas abusivas no son tales hasta que las atribuciones desmesuradas sean ejercidas porque hasta entonces el daño solo sería potencial".

Y menciona como pilares interpretativos el art. 1061 del vigente CCyC y el criterio de razonabilidad introducido por el art. 961 CCyC, a la par de la buena fe ya conocida en nuestro derecho.

Destacando que: "Lo 'razonablemente previsible' encuentra como contrapartida a las denominadas 'cláusulas sorpresivas' (...) cuyas (...) raíces dogmáticas se hallan en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales UNIDROIT (...) la cláusula es sorpresiva no solo cuando es inesperada. Además de anormal para el contrato de que se trate, debe acentuar la inequidad (desequilibrio) entre las partes".

Finalmente recordemos que si bien bajo la hermenéutica de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas pre-dispuestas, la prevalencia de las cláusulas particulares normada por el art. 986 *in fine* pareciera no merecer reproche cuando beneficia al no predisponente; en el caso especial de los contratos organizativos o marco que estudiamos, el predisponente organiza una red de comercialización, contratando con numerosos agentes, concesionarios o franquiciados; a quienes si bien individualmente pudiere convenirles la obtención de ventajas preferenciales, su dispar otorgamiento por

el principal necesariamente ocasionaría perjuicios al resto de los vinculados a la red, llegando incluso a constituir incumplimiento de parte de aquél³².

En tal sentido, se ha dicho que: "...desde una óptica económica, el contrato de concesión no debe ser interpretado como un acuerdo individual entre concedente y concesionario, sino como un 'vínculo múltiple' que une al concesionario en forma simultánea a toda la red instaurada por aquél, siendo la terminal quien fija las condiciones (...) no sólo en su beneficio, sino también del conjunto de concesionarios, quienes para hacer frente a la competencia deben tener una actitud común (...) es imperioso que los concesionarios cuenten con la garantía de igualdad que debe primar en el trato comercial dispensado por la concedente a todos y a cada uno de los miembros de la red de comercialización"^{33 34}.

6. CONCESIÓN. BREVE ACTUALIZACIÓN

Sólo teniendo presente el vertiginoso desarrollo tecnológico y la diversidad sociocultural en la que los contratantes interactúan³⁵, podremos adecuar los textos aun³⁶ recientes a innovaciones que permanentemente los ponen a prueba.

"Redefinen el negocio": así titulan las noticias el anuncio de una automotriz próxima a lanzar en el mercado local un nuevo modelo dotado de conexiones *on line*, facilitadoras de sistema de emergencias y ayuda al automovilista, como punta de lanza de una redefinición de su industria.

32 *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 5, Astrea-FEN, 2015, pág. 287.

33 Comentario al Capítulo 18, Concesión, por Isabel Míguez, *CCyC de la Nación Comentado. Orientado a Contadores*, realizado bajo la dirección de José María Curá, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2014.

34 Ver también comentario al art. 1505. Obligaciones del concesionario: Es común que todas estas cuestiones queden contempladas en el "Reglamento de Concesionarios" que en general los concedentes preparan como anexos a los contratos de concesión y que se imponen obligatoriamente. Comentario al art. 1502 CCyC, Héctor Chomer y Jorge Silvio Sicoli, *CCyC de la Nación Comentado*, directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, tomo IV; L°3°. Arts 1251 – 1881. Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, fecha de catalogación: 17/07/2015, 1ra. edición - diciembre 2015, Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: infojus.gob.ar

35 *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 5, Astrea-FEN, 2015, pág. 288.

36 Clarín, 12/05/2016, pág. 26.

Bajo el *slogan* “Somos una compañía de movilidad, no sólo vendemos autos”, la empresa de proyección internacional busca además diversificarse participando en el negocio de vehículos de alquiler con chofer (tipo Uber o Lyft); o sin chofer, mediante un sistema de autos compartidos, ya lanzado en EEUU y en Brasil, posibilitando a quien tiene un rodado detenido (verbigracia, por razones de viaje o salud), la opción de obtener una renta alquilándolo a otra persona.

Interesante desafío resultará enmarcar contractualmente tales supuestos, que no obstante el art. 1502 CCyC -concesión-, previsoramente parece comprender cuando alude a *prestar servicios*.

Pues bien, ¿quién organizará un sistema de asistencia *on line* las veinticuatro horas, los trescientos sesenta y cinco días del año? ¿El mismo concesionario que comercializó el vehículo? ¿La concedente automotriz? Servicio cuya prestación efectiva seguramente será a su vez tercerizada, quedando en manos por ejemplo de alguna aseguradora, de una empresa de seguridad o de salud. ¿Dependerá de la índole de la emergencia?

¿Y quien asumirá gestionar la locación vehicular de rodados de terceros? ¿Bajo qué ropaje contractual se concretará tal desarrollo? ¿Como contrato conexo al de concesión?

Como vemos, nuevas inquietudes se suman a otras ya esbozadas como la referida a la retribución, que también el art. 1502 exige.

Comencemos por decir que la impronta de contratos colaborativos, reglamentarios o acuerdos marco³⁷ -aplicable a la lectura de las tres figuras de comercialización que venimos analizando-, no se plasma plenamente en la nueva normativa, la cual al reglar figuras socialmente tipificadas no logra abstraerse totalmente del molde contractual netamente conmutativo de la contratación clásica. Va de suyo que tratándose de contratos de empresa, la obtención de rentabilidad es prácticamente ontológica, es su razón de ser. No derivándose de ello necesariamente que sea el cocontratante quien deba contraprestarla. Aunque sí generar las condiciones (verbigracia, acción es igual a asignar zona exclusiva / omisión: no invadir dicha zona o rubro), para que tal rentabilidad sea obtenida.

Y esto vale para ambos contratantes, pues el incumplimiento de las varias obligaciones asumidas; cuya debida diligencia es precisamente la ex-

37 Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado, tomo 5, Astrea-FEN, 2015, pág. 295.

pericia en el área de que se trate³⁸, ocasiona una disminución o incluso supresión lisa y llana de rentabilidad para la contraparte (verbigracia resolución intempestiva).

Si bien se ha dicho que el contrato de concesión es aquel: "...típicamente mercantil 'de empresa' en el cual ambas partes obtienen una ventaja económica (...) el concesionario el plus valor percibido de un tercero por sobre el precio de compra del producto enajenado, importe que es precisamente el objetivo económico perseguido por el concedente..."³⁹.

Considera el legislador necesario reforzar la onerosidad de los institutos, puntualizando en cada uno de ellos el elemento retributivo (arts. 1479 y conc., 1502 y conc., 1512 y conc).

En este orden de ideas, destacan CHOMER y SÍCOLI al comentar los arts. 1504 y 1507 CCyC⁴⁰, que una de las primordiales obligaciones del concedente es el suministro de mercaderías al concesionario; "...provisión se puede concretar transmitiendo el dominio de los bienes, o entregándolos para que el concesionario los venda y luego rinda cuentas de (...) lo comercializado"; siendo esta modalidad la más difundida, conforme la cual *el concesionario actúa a nombre propio pero por cuenta ajena*.

38 MOLLEDA, José A. En Revista de Derecho Mercantil, Madrid, mayo de 1963, pág. 367; comentario al art. 1502 en Chomer Héctor y Jorge Silvio Sicoli, *CCyC de la Nación Comentado*, directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, tomo IV, libro 3º, arts. 1251-1881, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación (fecha de catalogación: 17/07/2015, primera edición, diciembre de 2015, editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: infojus.gob.ar): "Al buen hombre de negocios se le exige una diligencia superior a aquella del buen comerciante o buen padre de familia, porque se le exige además un soporte técnico profesional propio de la disciplina involucrada".

39 JUNYENT BAS, Francisco; y Rodríguez Leguizamón, María Cecilia. Comentario al art. 1507 CCyC, tomo IV, del *CCyC de la Nación Comentado*, bajo la dirección de Julio César Rivera y Graciela Medina, Thomson Reuters-La Ley, FEYDE -Fondo Editorial de Derecho y Economía-.

40 CHOMER, Héctor; y Sicoli, Jorge Silvio. *CCyC de la Nación Comentado*, directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, tomo IV, libro 3º, arts. 1251-1881, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación (fecha de catalogación: 17/07/2015, primera edición, diciembre de 2015, editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: infojus.gob.ar), comentario al capítulo 18, "Concesión".

Distinguen así entre el esquema básico por el cual el concedente vende el producto al concesionario, quien lo adquiere para revenderlo a su vez al tercero consumidor, siendo en tal caso su retribución la diferencia entre el precio de compra y el de venta; de aquellos supuestos más habituales en los que el concedente simplemente le remite la mercadería al concesionario sin que éste la adquiera en propiedad, para que una vez concretada la venta de tales productos al tercero consumidor retenga su margen y entregue el remanente al principal, rindiéndole cuentas. Modalidad que será la única posible en el caso de prestación de servicios por el concesionario, tal como el propio art. 1502 admite.

Se describen luego los tres procedimientos prácticos más habituales para mensurar la retribución del concesionario: por comisión, por margen de venta o por cantidades fijas⁴¹.

7. TIEMPOS-PLAZOS DE LOS CONTRATOS. PROBLEMÁTICA DE SU VIGENCIA/EXTINCIÓN

Finalmente llegamos a la *vedette* de los temas, aquella que ningún comentarista puede soslayar y, por lo visto, tampoco resolver. Pues si la práctica profesional indica la inconveniencia de confundir la redacción de un contrato con la formulación de una demanda o una reconvenición, la misma contraindicación adolece promediar la casuística jurisprudencial para elevar a norma general el mix resultante⁴². Pues la pretendida paz -entendida

41 CHOMER, Héctor y Sícoli, Jorge Silvio. *CCyC de la Nación Comentado*, directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, tomo IV, libro 3º, arts. 1251-1881, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación (fecha de catalogación: 17/07/2015, primera edición, diciembre de 2015, editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: infojus.gob.ar), comentario al capítulo 18, "Concesión": "Retribución por comisión: (...) la retribución está sujeta a que la venta se haga efectiva y corresponde a un porcentaje del precio o valor previamente determinado (...) Tiende a incentivar el empeño del concesionario, pues a mayor volumen de ventas corresponderá una mayor retribución. / Retribución por margen de venta (...) el concesionario revendió la unidad, aunque esta modalidad (...) no es la más difundida. Retribución por cantidades fijas (...) tampoco es muy (...) difundida porque parece prescindir del efectivo desarrollo empresarial. También puede contemplarse un sistema mixto (...) que combine algunos de los mecanismos antes señalados". En el mismo sentido: Aicega, María Valentina; y Gómez Leo, Osvaldo R. *Comentaristas del tomo VII: "Contratos en particular"*, de la colección *CCyC Comentado. Tratado exegético*, elaborado bajo la dirección general de Alterini Jorge H. y la coordinación de Alterini Ignacio E., Thompson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015.

42 PITA, Enrique M. y Pita, Juan M. "Resolución y Rescisión de los contratos de distribución tipificados en el CCyC", publicado en *RCCyC*, 5/2/2016, cita *on line* AR/DOC/23/2016.

como ausencia de conflicto-, ni siquiera inicialmente ha llegado a plasmarse, muy por el contrario.

Y nuevamente intentamos reconocer diversos ejes sobre los que transita el debate doctrinario, como por ejemplo:

7.1. Imperatividad o supletoriedad de los plazos (mínimos) legales

Sosteniendo VILLANUEVA⁴³ que: "...antes de la entrada en vigencia de las nuevas normas, la doctrina y la jurisprudencia admitían la validez de los plazos de duración de estos contratos que hubieran sido fijados por las partes (...) Esto ha cambiado con el nuevo Código (...) en lo que respecta a los plazos, ya no son las partes quienes los fijan (...) de ello se ocupa ahora el nuevo Código, que ha introducido plazos mínimos que las partes deben respetar (...) sin que se nos presente claro por qué ha distinguido (...) por un lado regulando al contrato de agencia y por otro a los demás (...) ¿Podría ese plazo mínimo ser soslayado por la vía de incluir (...) una cláusula que habilitara a rescindir en forma unilateral e incausada? (...) la (...) respuesta depende de la concepción que se tenga -supletoria o imperativa- de las normas".

Interrogante que también se plantea DI CHIAZZA⁴⁴, quien intenta resolverlo remitiéndose a las pautas generales de interpretación y específicamente lo dispuesto por el art. 958 del CCyC⁴⁵, al que si bien antecede el viejo art. 1197 del código velezano⁴⁶ hoy derogado, no puede considerárselo aisladamente por los propios parámetros que el precepto impone, uno de los

Recomendable y exhaustivo desarrollo de los distintos supuestos en los tres institutos: "Debe ponderarse como positiva la tipificación de esas modalidades contractuales (...) extendida jurisprudencia cuyas conclusiones han sido parcialmente receptadas en el nuevo ordenamiento. Sin embargo (...) deficiencias regulatorias no resultan (...) compatibles con el propósito de establecer reglas claras en este dinámico sector de la actividad empresarial (...) la cuestión de los plazos en los diversos contratos (...) ha sido regulada en forma confusa y contradictoria, defecto que se verifica especialmente a propósito del contrato de franquicia (...) dificultades hermenéuticas sin que (...) se advierta la justificación de la diversidad de criterios adoptados...".

43 VILLANUEVA, Julia. "Los plazos de duración y de preaviso en los contratos de distribución comercial", publicado en RCCyC, 05/02/2016, cita *on line*, AR/DOC/24/2016.

44 DI CHIAZZA, Iván G. "Concesión y Distribución en el CCyC. Problemática del plazo de duración y de preaviso por rescisión unilateral", publicado en La Ley, 4/12/2014, cita *on line*, AR/DOC/3886/2014.

45 Art. 958 CCyC: "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".

46 Art. 1197 CC: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

cuales es la ley, reconduciéndonos entonces a lo dispuesto por el art. 962⁴⁷ actualmente vigente, abriendo nuevamente el abanico de dudas y contradicciones en punto a los tres contratos *sub examine*.

En tanto que es taxativo MARZORATI⁴⁸ al entender que: "...el art. 1506 es de carácter imperativo al establecer el plazo mínimo de la concesión en cuatro años...".

7.2. Valoración legal de la conducta de las partes

Cabe apuntar que esa "lectura legislativa" del hacer de las partes, ofrece matices entre las tres figuras examinadas.

En cuanto respecta a la agencia, si bien admite la fijación contractual de un plazo determinado, la continuidad de la vinculación al vencimiento transforma ese contrato en un supuesto de agencia por tiempo indeterminado⁴⁹. Pero al regular el plazo de la concesión, parece admitir que a su término puedan las partes fijar explícitamente un nuevo lapso para continuar vinculadas, logrando así escapar a la fatal indeterminación⁵⁰.

En tanto que en el caso de la franquicia, hallándose próximo el vencimiento del plazo de que se trate, la parte que no desee continuar vinculada (por dos anualidades sucesivas o indeterminadamente, en su caso), podrá evitarlo anoticiando previamente al cocontratante su intención de cesar la relación⁵¹.

Preguntándose la doctrina cómo armonizar dicha colección de conductas legalmente tasadas, resultando asimismo arduo desentrañar la sistemática de su imposición.

47 Art. 962 CCyC: "Carácter de las normas legales. Las normas legales 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".

48 MARZORATI, Osvaldo. "Necesidad de modificaciones al nuevo Código en materia contractual", publicado en La Ley, 7/4/2016, cita *on line*, AR/DOC/525/2016.

49 Art. 1491. "Plazo: Excepto pacto en contrario, se entiende que el contrato de agencia se celebra por tiempo indeterminado. La continuación de la relación con posterioridad al vencimiento de un contrato de agencia con plazo determinado, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado".

50 Art. 1506: "Plazos: El plazo del contrato de concesión (...) La continuación de la relación después de vencido el plazo determinado por el contrato o por la ley, sin especificarse antes el nuevo plazo, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado".

51 Art. 1516 (franquicia): "Plazo: Es aplicable el artículo 1506, primer párrafo. (...) un plazo inferior puede ser pactado (...) Al vencimiento del plazo, el contrato se entiende prorrogado tácitamente por plazos sucesivos de un año, excepto expresa denuncia de una de las partes antes de cada vencimiento con treinta días de antelación. A la segunda renovación, se transforma en contrato por tiempo indeterminado".

Para HEREDIA⁵²: "...la regla es clara, cuando las partes continúan ejecutando un contrato de agencia por plazo determinado después de la fecha de su vencimiento, se transforma en un contrato por tiempo indeterminado (...) pero merece precisiones para no caer en equívocos interpretativos (...) no entra en este supuesto (...) la hipótesis por la cual las partes contratantes hayan previsto expresamente la renovación automática del contrato por otro período determinado de tiempo (...) la renovación o prórroga del contrato no lo transforma en contrato de tiempo indeterminado, sino que seguirá siendo de plazo determinado.

De ahí que con razón se haya sostenido en Francia frente a un texto similar al del art. 1491⁵³ (...) que la disposición no es imperativa y que sólo establece una simple presunción. En España (...) se opina del mismo modo (...) presunción que admite prueba en contrario".

Entendimiento en el que coincide VILLANUEVA⁵⁴, quien en cuanto a la problemática relativa a la continuidad de la vinculación entre las partes una vez fenecido el plazo originario (contractualmente pactado o legalmente impuesto), sostiene que si los contratantes no desean quedar cooptados por una relación de plazo indeterminado por imperativo legal, deberán ser especialmente cautos, absteniéndose de realizar acto alguno que induzca a interpretar que el contrato continúa admitiendo además la posibilidad para las partes de fijar libremente la extensión de un nuevo lapso de vinculación, sin necesidad de atenerse a los mínimos legales, que regirían sólo inicialmente.

Agregando nuevamente HEREDIA⁵⁵ que: "...la extinción unilateral *ante tempus* por cualquiera de las partes de un contrato con plazo determinado, constituye un claro incumplimiento contractual. Y ello sólo puede ser salvado cuando (...) esté autorizado por una cláusula especial que así lo habilite, siempre que no se la califique como abusiva...". Lo que nos conduce a la problemática siguiente:

7.3. Preaviso–Indemnización

Pues va de suyo que el enfoque que se adopte respecto de la vigencia o extensión temporal de cada uno de estos contratos, así como de los supuestos de extinción en sus diversas variantes (al vencimiento su hubiere plazo inicialmente fijado y/o posteriormente prorrogado o los distintos ca-

52 HEREDIA, Pablo D. "El Contrato de agencia en el CCyC de la Nación", publicado en RCCyC, 5/2/2016, cita *on line*, AR/DOC/4561/2015.

53 Art. 1491 CCyC: "Plazo. Excepto pacto en contrario, se entiende que el contrato de agencia se celebra por tiempo indeterminado. La continuación de la relación con posterioridad al vencimiento de un contrato de agencia con plazo determinado, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado".

54 VILLANUEVA, Julia. Ob. cit.

55 HEREDIA, Pablo D. Ob. cit.

sos de desvinculación anticipada) incidirán en el instituto del preaviso y en la exigibilidad de indemnización en caso de su omisión total o parcial (verbigracia, por no haber respetado los meses de anticipación legalmente impuestos)⁵⁶; desembocando entonces en la agotadora casuística resultante de combinar las diversas variables de uno y otro instituto. Algunos de cuyos ejemplos podrá el lector apreciar en los aportes bibliográficos sugeridos.

8. PALABRAS FINALES

¿Será entonces este primer cumpleaños del CCyC motivo de celebración? Aunque quizá es muy temprano para aventurarlo, no lo es para valorar el nivel de compromiso de toda la comunidad jurídica, que con incansable personalidad y creatividad cotidianamente acomete la formidable tarea de aliviar la vigencia del nuevo CCyC.

9. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

CCyC Comentado - Tratado exegético, elaborado bajo la dirección general de ALTERINI, JORGE H. y la coordinación de ALTERINI, IGNACIO E., Thomson Reuters–La Ley, Buenos Aires, 2015.

CCyC de la Nación, analizado, comparado y concordado, Dirección Dr. ALBERTO BUERES, HAMMURABI, JOSÉ LUIS DEPALMA – Editor, Bs. As, 2014.

56 Comentario al art. 1508 sobre “Rescisión de contratos por tiempo indeterminado: Preaviso y consecuencias de la rescisión son temáticas que (...) tuvieron su evolución y tratamiento en la doctrina legal y judicial, y ahora se encuentran plasmadas en el Código como una facultad implícita en los contratos de larga duración, en forma general en el art. 1077 CCyC, y en particular en las normas en estudio...”. Comentario al art. 1516 sobre plazo: “El plazo de duración en los contratos de comercialización (...) ha sido objeto de un amplio debate doctrinario y jurisprudencial que, a falta de legislación concreta, ha dado lugar en los hechos a situaciones que, por lo general, colocaron a la parte más débil (...) en un estado de indefinición en cuanto a la duración del vínculo, el cual recién encontraba cierto grado de certeza cuando estos acudían a los estrados judiciales”. Comentario al art. 1502 CCyC, Chomer, Héctor y Sícoli, Jorge Silvio. *CCyC de la Nación Comentado*, directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, tomo IV, libro 3º, arts. 1251–1881, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación (fecha de catalogación: 17/07/2015, primera edición, diciembre de 2015, editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, CP 1041AFF, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: infojus.gob.ar).

- CCyC Comentado*, Anotado y Concordado, Coordinador Dr. NOT. EDUARDO GABRIEL CLUSELLAS, Astrea – FEN, 2015
- CCyC de la Nación Comentado* – Orientado a Contadores, Dirección Dr. JOSÉ MARÍA CURÁ, Thomson Reuters – La Ley, Bs As, 2014
- CCyC de la Nación Comentado*, bajo la coordinación de los Dres. MIGUEL FEDERICO DE LORENZO Y PABLO LORENZETTI; RUBINZAL CULZONI, 1º Edición, Santa Fe, 2015
- CCyC de la Nación Comentado*, Directores, DRES. MARISA HERRERA, GUSTAVO CARAMELO, SEBASTIÁN PICASSO, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, Fecha de catalogación: 17/07/2015, 1º edición - diciembre 2015, Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A. Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: infojus.gob.ar
- CCyC de la Nación Comentado*, bajo la dirección de los DRES. JULIO CÉSAR RIVERA Y GRACIELA MEDINA, THOMSON REUTERS – La Ley, FEYDE – Fondo Editorial de Derecho y Economía
- El contrato de agencia en el Código Civil y Comercial de la Nación*; JULIANO AMARILLA GHEZZI, PUBLICADO en: DJ10/02/2016, 15; Cita Online: AR/DOC/3943/2015
- La autonomía de la voluntad en los contratos de comercialización del Código Civil y Comercial*; IVÁN G. DI CHIAZZA; 26-feb-2015; Cita: MJ-DOC-7090-AR I MJD7090
- Concesión y distribución en el Código Civil y Comercial. Problemática del plazo de duración y de preaviso por rescisión unilateral*; IVÁN G. DI CHIAZZA; Publicado en: LA LEY 04/12/2014, 04/12/2014, 1; Cita Online: AR/DOC/3886/2014
- Contrato de franquicia en el nuevo Código*; IVÁN G. DI CHIAZZA; Publicado en: LA LEY 04/06/2015, 04/06/2015, 1; Cita Online: AR/DOC/482/2015
- Contratos de distribución en el nuevo Código Civil y Comercial: agencia, concesión comercial y franquicia*; EDUARDO L GREGORINI CLUSELLAS y LEONARDO RAFAEL GREGORINI; 23 – 09 – 2015, Publicado: SJA 2015/09/23-3 ; JA 2015-III; Citar ABELEDO PERROT Nº: AP/DOC/852/2015
- El contrato de agencia en el Código Civil y Comercial de la Nación*; PABLO D. HEREDIA; Publicado en: RCCyC 2016 (febrero), 05/02/2016, 3; Cita Online: AR/DOC/4561/2015
- La tipicidad legal del contrato de concesión. Alcances y regulación en el Código Civil y Comercial*; HUGO OSCAR H. LLOBERA; Publicado en: RCCyC 2016 (febrero), 05/02/2016, 131; Cita Online: AR/DOC/95/2016
- El contrato de concesión en el Código Civil y Comercial*; JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ Y MAXIMILIANO RAFAEL CALDERÓN; Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril); 21/04/2015, 341; Cita Online: AR/DOC/1029/2015
- Contrato de franquicia comercial*: OSVALDO MARZORATI; Publicado en: RCCyC 2016 (febrero), 05/02/2016, 52; Cita Online: AR/DOC/4595/2015
- Necesidad de modificaciones al nuevo Código en materia contractual*; OSVALDO MARZORATI; Publicado en: LA LEY 07/04/2016, 07/04/2016, 1; Cita Online: AR/DOC/525/2016
- Incidencia de algunos contratos de la nueva normativa civil y comercial en materia labo-*

Doctrina

ral; SILVANA M. PÉREZ TALAMONTI; 11-abr-2016; Cita: MJ-DOC-9832-AR I MJD9832
Resolución y rescisión de los contratos de distribución tipificados en el Código Civil y Comercial (agencia, concesión y franquicia); Autores: ENRIQUE MÁXIMO PITA y JUAN MARTÍN PITA; Publicado en: RCCyC 2016 (febrero), 05/02/2016, 160; Cita Online: AR/DOC/23/2016
Los plazos de duración y de preaviso en los contratos de distribución comercial; JULIA VILLANUEVA; Publicado en: RCCyC 2016 (febrero), 05/02/2016, 174; Cita Online: AR/DOC/24/2016.

El derecho internacional privado notarial en el Código Civil y Comercial de la Nación

Ricardo Javier Saucedo

SUMARIO: I. Introducción. II. Las reglas generales. II.1. Las fuentes normativas del derecho internacional privado notarial. II.2. La injerencia de la autonomía de la voluntad en toda la materia. II.3. El notario frente al derecho extranjero. II.4. Las excepciones a la aplicación del derecho extranjero. II.5. La competencia notarial internacional. II.6. La admisión de documentos notariales autorizados en el extranjero. III. Las reglas especiales. III.1. La capacidad de las personas humanas. III.2. La capacidad de las personas jurídicas. III.3. El régimen patrimonial matrimonial. III.4. La forma de los actos jurídicos. III.5. Los testamentos otorgados en el extranjero. III.6. Los poderes internacionales. III.7. Los contratos internacionales. III.8. Los derechos reales.

I. INTRODUCCIÓN

Definimos al derecho internacional privado notarial como el derecho internacional privado creado por y para los notarios que intervienen en la instrumentación y/o reconocimiento y aplicación de los actos y hechos jurídicos que integran relaciones de derecho con elementos o contactos extranjeros relevantes¹.

1 Conf. PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, Alicia M. "Derecho Internacional Privado Notarial", en Armella, Cristina N., directora; Esper, Mariano, invitado; *Summa Notarial, Registral e Inmobiliaria*, tomo IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013 págs. 5059 y sgts.; Saucedo, Ricardo J. *Régimen del notariado en el Mercosur*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1998, pág. 85; y Saucedo, Ricardo J. "Documentos extranjeros" en Armella, Cristina N., directora, *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, tomo II, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, págs. 453 y 454.

Como se trata de una rama o desprendimiento del derecho internacional privado ha de tener como objetos de conocimiento los comunes a ella (jurisdicción internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros²), aunque adaptados a las particularidades que supone el ejercicio de la función notarial.

En consecuencia, se compone de tres temas o ejes centrales como son: la competencia notarial internacional; la ley aplicable al acto notarial, en su forma y contenido; y la circulación, reconocimiento y eficacia internacionales de los documentos emitidos por estos oficiales públicos. Todo ello analizado desde una doble perspectiva, como son el rol activo y pasivo.

En el primero, el escribano está en trance de autorizar un documento que tiene que hacerse valer allende las fronteras del territorio de la República Argentina, supuesto en el cual debe plantearse si tiene competencia internacional para actuar en el caso, qué leyes debe aplicar a los distintos aspectos de fondo y forma del acto en cuestión, y qué recaudos deberá cumplir el resultado de su intervención para que sea aceptado en suelo extranjero.

En el segundo, en cambio, será receptor o destinatario de la pieza escrita autorizada por un colega de extraña jurisdicción, por lo que deberá interrogarse por los tres aspectos antes señalados: ¿tiene el emisor del documento competencia internacional para autorizar la pieza escrita? ¿Aplicó correctamente la ley pertinente a los distintos aspectos de fondo y forma del acto revestido de la cobertura externa notarial? ¿Se han cumplido en el documento todos los recaudos de rigor para su plena eficacia extraterritorial?

Si bien es cierto que la normativa de derecho internacional privado está dictada pensando en conflictos que deben resolverse en sede judicial, ello no obsta para aplicar estas soluciones al ámbito notarial, adaptándolas en lo que resulte necesario a las particularidades del ejercicio de dicha función.

El nuevo código presenta en el título IV de su último libro (el sexto), en apenas setenta y ocho artículos, todo lo referente a la problemática del derecho internacional privado.

Así, se presentan en tres capítulos sucesivos las disposiciones generales sobre el derecho aplicable (arts. 2594 a 2600), el régimen de la jurisdicción internacional (arts. 2601 a 2612) y las soluciones para casos especiales relacionados

2 Conf. PARDO, Alberto J. *Derecho Internacional Privado. Parte general*, Ghersi Editor, Buenos Aires, 1988, pág. 9. Quien describe al derecho internacional privado como la disciplina que: "...procede al estudio de las situaciones jurídicas de derecho privado, cuando éstas, en virtud de sus sujetos, objeto y forma, toman elementos extranjeros, se expanden sobre el dominio de dos o más estados, y se asientan en una jurisdicción internacionalmente competente, cuyo sistema jurídico determina el derecho aplicable a las mismas y la forma de hacerlo mediante una sentencia susceptible de ser extraterritorializada".

estrictamente con el derecho privado con nexos foráneos, denominado parte especial (arts. 2613 a 2671).

La metodología seguida por el legislador es criticable por varios motivos, entre los que cabe destacar:

a) La ubicación de estas soluciones en el libro final del código, rotulado “Disposiciones comunes a los derechos reales y personales”, cuando en verdad se trata de una materia que excede la clásica división de los derechos subjetivos (verbigracia, abarcando cuestiones propias del derecho de familia, como el matrimonio, las uniones convivenciales, los alimentos, la filiación, etc.³).

b) La falta de exhaustividad a la hora de legislar sobre este tópico toda vez que, amén de las disposiciones contenidas en el mentado título final, habrá que compulsar otras soluciones consagradas en el mismo cuerpo normativo (verbigracia, las directivas en materia de personas jurídicas -arts. 147 y 150-) y en su legislación complementaria (las leyes N° 19.550, 20.094, 17.285 y 24.522) que, por cierto, conspiran contra la proclamada unificación.

c) El nuevo cuerpo legal se ha circunscripto, al regular en la parte especial (capítulo 3) del título IV de su libro sexto, diversas figuras relacionadas estrictamente con el derecho privado dejando sin embargo sin tratar otros asuntos inherentes a la materia.

Con lo cual, hay aspectos relevantes del derecho internacional privado que no han merecido soluciones expresas (especialmente los que se relacionan con el derecho administrativo y penal).

d) En cuanto a la tercera temática de la disciplina (el reconocimiento y la ejecución de sentencias, laudos, actos administrativos y notariales extranjeros) si bien no está totalmente ausente (los arts. 2611 y 2612 aluden respectivamente a la cooperación internacional y a la asistencia procesal internacional), hubiera sido mejor contar con una regulación precisa y detallada, como está dispuesto en las fuentes de inspiración de la propuesta⁴.

De todas maneras, con independencia de las críticas y objeciones apuntadas, lo cierto es que el nuevo cuerpo legal tiene entre sus méritos el de hacer más y mejor visible para los operadores jurídicos argentinos y foráneos, las reglas de derecho internacional privado de fuente interna, superando la atomización y dispersión que se evidenciaba en el código velezano⁵.

3 Conf. ALTERINI, Jorge H.; y Alterini, Ignacio E. *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, tomo XI, La Ley, Buenos Aires, 2015, págs. 940 y 941.

4 En especial, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003.

5 Como señala FERNÁNDEZ ARROYO, Diego F.: “...aunque el producto final no sea el ideal, la posibilidad de contar con una sistematización era una vieja y legítima aspiración que no se podía dejar pasar” (en Rivera, Julio C.; y Medina, Graciela, directores, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo VI, La Ley, Buenos Aires, 2014, pág. 774).

Además, las soluciones consagradas no implican una ruptura o cambio sustancial respecto del régimen precedente. Por el contrario, en muchos casos no hacen otra cosa que uniformar el derecho internacional privado de fuente interna con el de origen convencional (verbigracia, los tratados de Montevideo, las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado -CIDIP-, las convenciones de La Haya, etc.), que ya había sido ratificado por nuestro país, de modo que es dudosa la posibilidad de que se verifiquen disputas por la sucesión temporal de regímenes jurídicos⁶.

Ahora bien, más allá de las luces y sombras del flamante código, es evidente que las reglas que contiene el título con que culmina no están diseñadas para los casos notariales, sino más bien para los supuestos en que existan conflictos que deban ser resueltos por un tercero a cuyo dictamen se sometan voluntariamente los litigantes (magistrados, árbitros).

No obstante ello, algunas de esas soluciones tienen influencia directa sobre el ejercicio de la función que nos es propia por delegación del estado (verbigracia, capacidad de las personas humanas y jurídicas, forma de los actos y contratos internacionales, adquisición y transmisión de derechos reales, testamentos otorgados en el extranjero). O, lo que es lo mismo, tienen como destinatario a un operador jurídico específico, como es el notario.

Esto justifica el presente aporte, donde hemos de analizar aquellas directivas que sean de interés para el desempeño de la función notarial, sin por ello perder la visión de conjunto, común a toda rama del mundo jurídico⁷.

II. LAS REGLAS GENERALES

II.1. Las fuentes normativas del derecho internacional privado notarial

Nuestra disciplina cuenta, al igual que la rama general de la que se deriva o desprende, con dos fuentes normativas, a saber:

a) El derecho internacional privado notarial de origen convencional, que supone la suscripción y ratificación de un tratado con otros estados para regular esta problemática y que por ende se aplica a aquellos casos que se verifiquen entre dichas partes.

6 Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 176.

7 Remitimos al lector a nuestro aporte en CLUSELLAS, Eduardo G., coordinador, *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 8, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, págs. 771 a 1039).

b) El derecho internacional privado notarial de fuente interna, que rige en aquellos casos donde no existen los mentados acuerdos⁸.

Así, el art. 2594 del nuevo código da una clara prelación a los tratados y convenciones internacionales por sobre las directivas previstas en su parte final: "... las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones vigentes de aplicación en el caso, y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas de derecho internacional privado argentino de fuente interna"⁹.

Esto así, en un todo de acuerdo con la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22) y con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que indica a las claras la superioridad de los acuerdos internacionales por sobre el derecho interno¹⁰.

Por excepción, en caso de existir lagunas u omisiones en el derecho de fuente convencional, el notario podría integrarlas acudiendo al derecho de factura interna, en tanto ello sirva para dar al caso una solución más justa y acorde con los principios generales de la materia.

Otro tanto puede suceder cuando la carencia normativa se verifique en el frente interno, de modo que puede suplirse la omisión acudiendo, por ejemplo, a las directrices de origen convencional que más y mejor se adapten al caso planteado¹¹.

En rigor, cabe suponer que serán las reglas del CCyC las que se apliquen en subsidio frente a omisiones de tratados de larga data (en especial, los de Montevideo de 1889 y 1940), y no a la inversa, dado que en el primer texto citado están consagradas las soluciones más modernas para los temas allí regulados.

II.2. La injerencia de la autonomía de la voluntad en toda la materia

Subyace en todos los artículos del nuevo código la posibilidad de pactar por acuerdo previo de partes el derecho que se aplicará a una relación jurídica con

8 En este sentido señala DREYZIN DE KLOR, Adriana (en Lorenzetti, Ricardo L., director, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo XI, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 487) que el derecho internacional privado autónomo, es decir, el consagrado en el nuevo código se aplica de manera subsidiaria, es decir, cuando el caso no queda captado por un tratado proveniente de fuente internacional.

9 En el mismo sentido se expiden los arts. 1º y 2º de la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II) de Montevideo, de 1979, aprobada por la ley N° 22.921.

10 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7/6/1992, "Ekmekdjian, Miguel A. v. Sofovich, Gerardo y o/s.", LL, 992-C-540; 7/7/1993, "Fibraca Constructora S.C.A. v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", ED-154-615.

11 Conf. BOGGIANO, Antonio. *Curso de Derecho Internacional Privado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, págs. 93 y 94.

elementos foráneos de relevancia, la que se expande también en lo referente a la elección del foro donde habrán de ventilarse los conflictos derivados del incumplimiento de aquella (conf. arts. 2601, 2605, 2606, 2607 y conc.).

Esto así hasta alcanzar su máximo esplendor en materia de contratos internacionales, donde el legislador se limita a brindar soluciones para el caso en que los particulares no hayan pactado el régimen jurídico al que se someterán y la autoridad que habrá de expedirse en caso de disputas.

En efecto, del art. 2651 CCyC se deriva la admisión por igual de la autonomía conflictual y de la de índole material, a la hora de celebrar los convenios internacionales entre los particulares e, incluso, entre estos y el estado.

En el primer caso se permite a las partes escoger el derecho que habrá de regir el negocio, apartándose de la elección neutral, objetiva y *a priori* que en subsidio realice el legislador. En el segundo supuesto, los propios interesados incorporan las reglas jurídicas a las que habrá de sujetarse el contrato, sea que se atengan a la normativa vigente en un estado determinado, sea que escojan los principios, usos y costumbres del comercio internacional.

En rigor de verdad, las directivas planteadas en el CCyC dan por supuesta esta opción, por lo que a renglón seguido se encargan de disponer en qué casos ello no es procedente por la materia (verbigracia, adopciones internacionales, contratos de consumo, responsabilidad por ilícitos) o por los resultados que ello produce en el caso concreto (verbigracia, fraude a la ley, afectar el orden público internacional o la aplicación de normas directas de observancia ineludible).

Esto determinará de parte de los notarios la necesidad de profundizar en el estudio del derecho comparado y el conocimiento de los usos y costumbres que rigen el comercio y los negocios internacionales, de manera de asesorar a los requerientes en torno a las distintas opciones o alternativas que tienen a su alcance al momento de concertar un negocio de esta índole.

La interconexión global entre los distintos sujetos de derecho acorta las distancias y fomenta por igual el desplazamiento de personas, bienes y servicios, generándose así el sustrato o materia sobre la cual habrá de entender a la postre el derecho internacional privado notarial.

II.3. El notario frente al derecho extranjero

El derecho foráneo, por regla, es el que ha sido dictado por una autoridad que no pertenece a nuestro ordenamiento jurídico ni está sujeta a nuestro sistema, y tampoco está destinado a regir en el medio local. Este puede ser visualizado en su esencia o naturaleza como derecho o como un hecho.

La primera solución plantea distintas variantes. Así, puede que se lo considere como tal, es decir, derecho aunque sea ajeno (tesis de la extranjería), o bien, como normativa inicialmente foránea, pero que se nacionaliza a partir de su aplicación

e incorporación a una sentencia judicial, acto notarial o administrativo (tesis de la nacionalización del derecho extranjero).

Si es hecho, también se presentan diversas alternativas: es un simple hecho equivalente a otros tantos que interactúan en el mundo jurídico o bien puede tratarse de un hecho con caracteres propios, es decir, un hecho notorio.

En cuanto a la manera en cómo se lo hace valer en un proceso judicial, en sede notarial o administrativa, influyen obviamente las dos caracterizaciones que anteceden. Esto es: si se lo acredita como derecho o como un hecho.

Si se lo determina y aplica como tal, rige el principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho). En consecuencia, el operador jurídico del caso (juez, notario, oficial o encargado de registros públicos) debería aplicarlo de oficio.

Para ello, partirá de sus normas de derecho internacional privado, sean estas directas o indirectas, y determinará cuál es el derecho que habrá de regir en los distintos aspectos que presente el caso traído a solución. Luego, recabará información sobre su existencia, vigencia y contenido y lo aplicará en el caso concreto¹².

A lo sumo, las partes interesadas podrán secundar su actuación haciendo por su cuenta lo propio, de manera de facilitar su determinación y aplicación efectivas.

En cambio, si el derecho foráneo es un simple hecho, el funcionario o profesional actuante no tiene porqué conocer de su existencia y contenido, ni realizar investigación oficiosa alguna en la materia. Quedará así a cargo de las partes su justificación para lograr su aplicación en el asunto presentado.

No obstante, si se visualiza al derecho extranjero como un hecho notorio, la cuestión cambia sustancialmente.

En rigor, lo notorio no es aquello que sea necesariamente de conocimiento público, común y generalizado, pero sí es un hecho sobre el que cualquiera se puede informar de manera fidedigna en determinadas circunstancias¹³.

Por ende, en esta tesitura del derecho extranjero como hecho notorio, el operador jurídico debe investigarlo y aplicarlo oficiosamente, sin perjuicio de que las partes puedan colaborar coadyuvando a la producción de la prueba de su existencia, vigencia y contenido.

Ahora bien, considerado el derecho extranjero como un hecho notorio a cuyo conocimiento efectivo puede acceder cualquier interesado (magistrado, notario, funcionario, abogado, simple particular) con la debida diligencia, se postula entonces que para la solución de un caso con elementos foráneos de relevancia,

12 La primera operación no se verificará si las partes hubieran determinado de antemano el derecho aplicable al caso, aplicando la autonomía de la voluntad según lo indicado en el apartado anterior.

13 Conf. GATTARI, Carlos N. "La ley extranjera como hecho notorio", ED-36-914 y en especial su tesis "El juez, el notario y la ley extranjera", Editora Platense, La Plata, 1973, pág. 83.

el profesional del caso debe imitar la posible solución (verbigracia, sentencia, documento notarial, acto administrativo) que hubiera dictado su par en las mismas circunstancias.

Así, en términos del precursor de esta tesis, WERNER GOLDSCHMIDT, existe una marcada diferencia entre el derecho propio y el derecho extranjero. Colaboramos con el derecho propio; somos, en cierto modo, sus arquitectos. El derecho extranjero, en cambio, es constituido por los habitantes espirituales del país extranjero, con respecto a él somos meros fotógrafos¹⁴.

Por ende, lo que se propone no es imitar el derecho positivo que rige en el país en cuestión (que por las normas de conflicto ha sido convocado para resolver el caso), sino la aplicación que de este harán, con mayor grado de probabilidad, sus propios operadores jurídicos.

El nuevo texto legal en su art. 2595, siguiendo normativa ya vigente en nuestro medio¹⁵, acoge la tesis del uso jurídico antes expuesta¹⁶.

En efecto, se dispone en el inc. a) del precepto citado que si resulta aplicable al caso en análisis el derecho extranjero, el juez establecerá su contenido y deberá interpretarlo tal como lo harían los jueces del estado al que ese derecho pertenece¹⁷.

En rigor, corresponde ampliar la directiva de modo tal que abarque no sólo a los magistrados, sino a todos los operadores jurídicos por igual (entre ellos, los notarios).

14 Conf. GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*, Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 138.

15 Así, el art. 2º de la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II), aprobada por ley Nº 22.921 dispone que: "...los jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada". También, el art. 1º del convenio celebrado con la República Oriental del Uruguay sobre aplicación e información del derecho extranjero y aprobado por la ley Nº 22.411 que dispone que: "...los jueces y autoridades de las Partes, cuando así lo determinen sus normas de conflicto, estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece".

16 Conf. SOTO, Alfredo M. En Alterini, Jorge H., director, *Código Civil y Comercial...* cit., tomo IX, pág. 942.

17 El inc. b) del precepto de marras se refiere al caso de covigencia de distintos ordenamientos jurídicos en el estado cuyo derecho se determine como aplicable (así, países que adopten la forma federal, coexistiendo normas de origen local y otras de corte nacional, como sucede en los Estados Unidos de Norteamérica o en México).

Para esta hipótesis se dispone que habrá que someterse a las reglas vigentes en el estado al cual pertenece la norma que se haya reputado como aplicable al caso concreto.

En defectos de ellas, corresponderá inclinarse por el sistema jurídico que presente los vínculos más estrechos con la relación o acto de que se trate (verbigracia, ley de la residencia efectiva de la persona, aunque ella no tenga las notas de permanencia; la ley que se relacione con la prestación característica del contrato, etc.).

El precepto mentado no se expide en torno a la naturaleza del derecho foráneo, lo que a nuestro entender no obsta a su caracterización como hecho notorio, atento a los postulados de la tesis del uso jurídico a que antes se hizo mención.

Por eso, sin perjuicio de la gestión oficiosa del profesional del derecho actuante, las partes interesadas pueden alegar y probar la existencia de las normas ajenas que se invocan y consideran como aplicables al caso concreto.

En caso de imposibilidad de determinar el contenido preciso de las normas foráneas, por excepción y a efectos de evitar la denegación de justicia (o el rechazo del requerimiento para la actuación de un oficial público competente), se aplicará en subsidio el derecho argentino.

En suma, así como el juez debe tratar de imitar la sentencia que dictaría su par si el caso se hubiera ventilado en la jurisdicción cuyo derecho resulte aplicable al caso, otro tanto ha de acontecer con el notario que en estas lides debe emitir un documento formalmente válido y eficaz tal cual lo haría su colega foráneo en iguales circunstancias.

En cuanto a la cantidad de derecho foráneo aplicable al caso se expide de modo expreso el art. 2596 del nuevo código, que acepta el reenvío en toda su extensión.

Por ende, y en consonancia con la admisión de la tesis del uso jurídico antes expuesta, la determinación del derecho extranjero como aplicable lo es sin restricciones ni condicionamientos, incluyendo por igual sus normas de origen interno, como así también las de derecho internacional privado, que pueden remitir a nuestro propio derecho o al de un tercer país.

En el primer caso, se entiende que la remisión es al derecho privado argentino interno, pues de otra manera no podría darse una solución efectiva al caso planteado (esto es: el derecho argentino remite por ejemplo al derecho español; este, por sus normas indirectas, lo devuelve al derecho argentino y así sucesivamente).

En el segundo supuesto, en cambio, la remisión sería al orden jurídico de un tercer país, que a su vez puede aceptar el reenvío o bien girarlo a otro sistema en virtud de sus normas indirectas.

De todas maneras, no se trata de prohijar para esta última hipótesis una remisión *ad infinitum*, pues como repara WERNER GOLDSCHMIDT, el juez siempre interrumpe la cadena en algún lugar¹⁸.

Otro tanto hará el notario, pues de otro modo habrá denegación de justicia o rechazo del requerimiento para la actuación del escribano, yendo todo ello en desmedro del correcto desempeño de ambas funciones públicas¹⁹.

18 GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado...* cit., pág. 141.

19 Cabe apuntar que la autonomía de la voluntad puede acotar la solución indicada. En efecto, si los particulares indican el derecho aplicable de un estado sin más precisiones,

II.4. Las excepciones a la aplicación del derecho extranjero

Cabe reparar en tres supuestos en que la determinación del derecho aplicable al caso debe ser exceptuada, a saber:

a) Cuando se haya procedido con fraude a la ley (art. 2598 CCyC)

Esto es, cuando en los hechos se haya asumido una conducta cuyo pretendido resultado sea evitar la aplicación del derecho (sea este el propio del juzgador o notario actuante, o el de otro estado) que hubiera correspondido para resolver un caso con elementos extranjeros de relevancia.

Esto así, por la manipulación de los puntos de conexión de las normas indirectas de derecho internacional privado, de manera de asegurarse que a futuro no se aplique a un caso concreto una norma que se juzga disvaliosa a los intereses de quien perpetra la maniobra.

También puede pergeñarse a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad, pactando la sujeción de un negocio o relación jurídica internacional al régimen jurídico de un determinado estado, si ello se hace con el fin de evitar la aplicación de normas imperativas y de observancia insoslayable.

En fin, puede obtenerse el mismo resultado con el sometimiento del caso a una determinada jurisdicción internacional o con la intervención de un notario foráneo, en el entendimiento de que el magistrado o escribano elegidos aplicarán su derecho internacional privado y, en su caso, su derecho interno o el de otro estado (reenvío mediante) que se ajuste a los intereses de las partes involucradas.

Es decir que en este caso no se verifica la maniobra respecto del punto de conexión de la norma indirecta, sino que se hace lo propio respecto de los preceptos que se refieren a la jurisdicción internacional.

En todos los casos, verificada la maniobra deshonestada explicada, el resultado es el mismo: la aplicación lisa y llana del derecho que se pretendió evitar. Ello es así, a menos que el propio legislador tolere alguna de las conductas descriptas con el fin de privilegiar otros aspectos que se juzgan de igual o mayor relevancia.

Así, en materia de validez y eficacia de los matrimonios, se los sujeta a la ley del lugar de su celebración, concediendo que los contrayentes acudan en estas

debe entenderse que se refieren al derecho privado interno del país escogido, salvo que expresamente se disponga lo contrario (verbigracia, que se involucre a toda la normativa foránea, incluidas sus normas indirectas que pueden remitir a un tercer sistema). Conf. SOTO, Alfredo M. Ob. cit. En rigor, no es usual que esto último suceda en la práctica, ya que el pacto sobre derecho aplicable tiene como objetivo determinar de modo certero al momento de celebrar el negocio, cuál será el derecho que habrá de regir las consecuencias de su eventual incumplimiento.

lides a oficiales públicos que no sean los de su domicilio, para no sujetarse a las reglas que allí imperan (conf. art. 2622 CCyC).

Esto así con el fin de no generar connubios claudicantes y, en su caso, afectar la filiación de los descendientes de esas uniones.

b) Cuando se pretenda eludir normas internacionalmente imperativas (art. 2599 CCyC)

Se las designa también como normas de policía o de aplicación inmediata y apriorística.

Son disposiciones que establecen la aplicación del derecho del juzgador o funcionario actuante en el caso, son de carácter especial, prescinden de los contactos o vínculos fórneos que pueda presentar el asunto, están previstas exclusivamente en el derecho de fuente interna y se fundamentan en la protección al interés nacional, el orden público (interno e internacional) y la cohesión del sistema jurídico del operador jurídico que entiende en el caso.

En este sentido remarca ANTONIO BOGGIANO que: "...los fundamentos que puedan justificar tal exclusivismo del derecho material propio radican en la consideración del carácter insustituible de ciertas normas materiales internas para proteger determinados intereses nacionales. Se trata de una concepción de orden público que considera determinadas normas internas absolutamente necesarias para salvaguardar dichos intereses. Tal necesidad justifica su exclusividad y, consiguientemente, la exclusión inflexible de cualquier normativa diferente..."²⁰.

Así, a modo de ejemplo, tenemos el art. 2622 del nuevo código en torno a los impedimentos matrimoniales que impiden la admisión de un connubio celebrado en el extranjero afectándolos (verbigracia, falta de edad nupcial, el parentesco en grado prohibido, la subsistencia de un vínculo matrimonial anterior o el conyugicidio).

c) Cuando se atenta contra el orden público internacional (art. 2600 CCyC)

El orden público, en general, se identifica con lo más valioso de un régimen jurídico. Se lo puede dividir, según la función que cumpla, en interno e internacional. El primero es el conjunto de principios y disposiciones respecto de las cuales no

20 BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, pág. 141.

opera la autonomía de la voluntad de las partes, lo que significa la imposibilidad de disponer en sentido contrario a ellos (conf. art. 12 del nuevo código).

El orden público internacional, en cambio, tiene otro cometido: juega en los casos con elementos extranjeros y sirve de barrera o freno a la importación de derecho extranjero, convocado por las normas directas e indirectas de derecho internacional privado (o por la autonomía de la voluntad), para la resolución de esos casos. Ello así, por considerar que ese derecho foráneo atenta contra las instituciones y principios esenciales de nuestro sistema jurídico (conf. art. 2600 CCyC).

Deben ser concebidos como un conjunto de principios que pueden o no estar receptados legislativamente, pero que son la base del derecho propio.

Frente a un caso con elementos extranjeros, el operador jurídico debe determinar, en primer lugar, el derecho que corresponde aplicar a la relación; y *a posteriori*, cotejar la solución resultante para saber si se contrapone con su orden público internacional.

Si existe tal conflicto, habrá que descartar el derecho foráneo inicialmente convocado, o bien lo adaptará al régimen del funcionario actuante.

Así será si la aplicación del derecho ajeno afecta el régimen de capacidad progresiva de los niños y niñas, o superpone los intereses de los padres, tutores o curadores por sobre los de sus representados; o si prescribe diferencias entre los matrimonios entre personas de igual o distinto sexo; o si no reconoce el derecho a la tutela de la vivienda familiar en el caso de uniones convivenciales inscriptas, y la necesidad del conviviente no titular de participar y dar su acuerdo en el acto de disposición de tal bien, etc.

En suma, como destaca ADRIANA DREYZIN DE KLOR, se trata: "...de los principios y valores deducidos de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos incorporados con jerarquía equivalente a la Carta Magna"²¹.

II.5. La competencia notarial internacional

La competencia notarial puede estudiarse desde dos grandes perspectivas, como son la interna y la internacional.

En el primer caso se consideran las reglas y premisas que delimitan el ejercicio defectivo de la actividad notarial cuando se trata de asuntos que están totalmente sujetos al derecho argentino, porque el resultado de la actuación del oficial público se hará valer dentro de las fronteras de nuestro territorio sin que exista conexión alguna con elementos o aspectos foráneos. Esta categoría, a su vez, se escinde en distintas dimensiones, aunque no exista acuerdo en nuestro medio en torno a cuáles son ellas. Así, para una primera tesis, la competencia notarial inter-

21 En LORENZETTI, Ricardo L., director, *Código Civil y Comercial...* cit., tomo XI, pág. 509.

na es doble, a saber: material y espacial²². Una segunda posición añade, a los dos parámetros que anteceden, la dimensión personal²³. Finalmente, el criterio más amplio -al que adherimos- considera que son cuatro las categorías de la competencia notarial interna, a saber: material, territorial, personal y temporal²⁴.

La otra figura a considerar es la competencia notarial internacional que es la aptitud del escribano para intervenir en la instrumentación, autorización y calificación de actos que tengan contactos con elementos extranjeros. Ella sirve para saber cuándo son competentes los notarios argentinos y cuándo los extranjeros. Y, una vez determinada la intervención del notariado local, entrarán a regir las reglas de competencia interna por razón de la materia, del territorio, de las personas y del tiempo, contenidas en las fuentes legislativas vernáculas.

La competencia notarial internacional puede, a su vez, dividirse en activa y pasiva. En la primera se evalúa la aptitud internacional del oficial público notarial para emitir documentos con eficacia extraterritorial desde el punto de vista del autorizante. En la segunda, en cambio, se atiende a la misma temática, pero desde la óptica del receptor del documento foráneo.

A diferencia de lo que sucede con la jurisdicción internacional, que puede ser concurrente o excluyente (conf. art. 2601 y sgts. CCyC), la competencia notarial internacional, desde la perspectiva del derecho internacional privado notarial argentino, siempre es concurrente en favor de los notarios locales y de los extranjeros por igual²⁵.

Esto implica afirmar que el escribano puede intervenir en la instrumentación, autorización y reconocimiento de actos notariales con elementos extranjeros, en la medida en que exista una conexión razonable con él.

Y ese vínculo o contacto de relevancia es, ni más ni menos que el requerimiento realizado por persona capaz que solicite la intervención del funcionario en un asunto lícito y jurídicamente posible, para el cual éste también sea internamente competente.

22 Conf. CARMINIO CASTAGNO, José C. "Teoría general del acto notarial", Revista del Notariado, N° 727, págs. 37 y sgts.; y Zinny, Mario A. *El acto notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1990, págs. 58 y sgts.

23 Conf. PELOSI, Carlos A. *El documento notarial*, Astrea, Buenos Aires, 1980, pág. 147.

24 Conf. GATTARI, Carlos N. *Manual de derecho notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1992, págs. 319 y sgts.; Siri, Francisco J. En Armella, Cristina N., directora, *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, tomo I, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, págs. 247 y sgts. y Abella, Adriana N. *Derecho notarial*, Zavallía, Buenos Aires, 2005, págs. 59 y sgts.

25 Dejamos a salvo las soluciones de derecho interno en materia de defensas o barreras de jurisdicción, aunque a nuestro entender, ellas no comprometen la competencia notarial sino la circulación del documento. Además, porque las reglas de competencia internacional no pueden emanar de leyes locales, sino de la legislación nacional, de carácter interno o de convenciones internacionales (las que, aclaramos, no existen en nuestro medio).

El requerimiento, por tanto, será suficiente para justificar la competencia notarial internacional activa (si se trata de autorizar un documento con perspectivas de ser utilizado en el extranjero) y pasiva (si se trata de calificar y emplear un documento extendido por otro)²⁶.

II.6. La admisión de documentos notariales autorizados en el extranjero

Respecto de un documento notarial extranjero, previo a admitirse su utilización y eficacia en nuestro medio, deben considerarse en general, su origen o procedencia (aspecto regido por las legalizaciones y autenticaciones consulares y diplomáticas); la correcta determinación y aplicación que haya cumplido el autorizante de la ley que corresponda a su forma y a su contenido; la competencia notarial internacional de su autor; la no afectación del orden público internacional del receptor; su estabilidad y su comprensión.

Los consideramos brevemente por separado.

a) Respecto de la autenticidad internacional del documento que circula, debe verificarse que se hayan cumplido las exigencias de rigor previstas por el derecho de fuente interna del país desde donde se ha emitido la pieza escrita y a continuación las legalizaciones y autenticaciones que le brindan eficacia extraterritorial.

La legalización, en un documento público o privado autenticado, es un acto administrativo que consiste en la atestación o certificación que realiza un ente o autoridad competente y jerárquicamente superior al autorizante o emisor del instrumento y perteneciente al mismo ordenamiento jurídico, por el cual se afirma su existencia material, en el que lucen estampados firma y sello que coinciden con los registrados, como pertenecientes a un oficial público determinado que al momento de autorizarlo está en ejercicio de su función.

Por regla, esta atestación no juzga sobre el contenido de la pieza escrita y solamente se expide en torno a su autenticidad externa (verbigracia, firma, sello, soporte material auténtico donde se extendió el instrumento, competencia temporal del funcionario que lo emitió, etc.), salvo que expresamente se disponga lo contrario.

Ello implica, por ende, que no debe presumirse necesariamente la legalidad del contenido por el solo hecho de que el documento se presente debidamente legalizado.

Se la debe distinguir de la autenticación que, pese a tener un objetivo común como es certificar la autenticidad externa del documento (operando sobre los elementos ya destacados: firma, sello, soporte material), es emitida por organismos

26 Conf. SAUCEDO, Ricardo J. "La competencia notarial en el derecho vigente y en el proyectado", JA, 2/7/2014, pág. 6 y sgts.

o entidades que pertenecen a un ordenamiento jurídico diferente al del autor o emisor del instrumento²⁷.

Ahora bien, habrá que atender al país de procedencia del documento para saber qué cadena de legalizaciones y autenticaciones internacionales deberá lucir.

Así, si el país emisor del documento ha adherido al régimen de la Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961 que suprime la legalización²⁸ de los documentos públicos extranjeros²⁹, habrá que controlar que el instrumento del caso cuente con la acotación o apostilla (en soporte papel o digital) prevista por el tratado y que cumpla con los requisitos formales previstos en el modelo anexo a aquella³⁰.

27 Señala Werner GOLDSCHMIDT (*Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, tomo III, Ejea, Buenos Aires, 1954, págs. 120 y 121; *Derecho Internacional Privado... cit.*, pág. 456) que: "...sería muy conveniente utilizar, con rigor, la voz autenticar, si el funcionario de un país certifica la autenticidad de un documento procedente de otro; y el vocablo legalizar si un funcionario superior de un país asegura la autenticidad de la firma de una autoridad connacional subordinada..."

Pese a coincidir con el maestro, advertimos que las convenciones internacionales suelen utilizar los términos "legalizar" y "autenticar" como sinónimos, sin respetar la mentada distinción.

28 En rigor, el objetivo del convenio es la supresión de la autenticación consular por parte del funcionario destacado por el país receptor en el estado donde se extiende el documento público (judicial, notarial o administrativo), de modo que la acotación de marras se erija en el último eslabón de la cadena de legalizaciones (conf. arts. 2º y 9º).

29 Su régimen se extiende también a los instrumentos privados con firmas autenticadas, constancia de inscripción en registros públicos o con certificación o atestación de fechas (conf. art. 1º).

30 Nuestro país ha adherido al régimen por la ley N° 23.458, con vigencia a partir del 18 de febrero de 1988.

Advertimos que la autoridad de aplicación de la convención en Argentina es el Departamento de Legalizaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de nuestro país.

Sin embargo, por sendos convenios celebrados con los veinticuatro colegios de escribanos de la República Argentina y el Consejo Federal del Notariado Argentino, con fechas 2 de julio de 1997 y 2 de septiembre de 2003, se ha delegado en dichos organismos la posibilidad de legalizar con apostilla, descentralizando así la labor de nuestra Cancillería y agilizando la aplicación del sistema.

Ello no implica modificar la autoridad de aplicación en nuestro medio, de manera tal que en caso de intervenir los citados colegios, lo harán por delegación (y en representación) de la Cancillería.

Se reproducen a continuación, todos los países que han ratificado o adherido a dicha convención a la fecha de este estudio: Albania, Alemania, Andorra, Antigua y Barbuda, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaijón, Bahamas, Bahrein, Barbados, Belarus, Bélgica, Bécica, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brunei Darussalam, Bulgaria, Burundí, Cabo Verde, China, Chipre, Colombia, Corea (República de), Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Fiyi, Finlandia, Francia, Georgia, Granada, Grecia, Honduras, Hungría, India, Irlanda, Islandia, Islas Cooks, Islas Marshall, Israel, Italia, Japón, Kazakistán, Kirguistán, Lesotho, Letonia, Liberia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malawi, Malta, Mauricio, México, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Namibia, Nicaragua, Niue, Noruega, Nueva Zelanda, Omán,

Si el país desde donde se deriva el documento notarial no está vinculado al convenio citado, habrá que atender a la existencia de otro tratado que disponga un régimen especial.

Esto es lo que sucede con la vecina República Federativa del Brasil, que por acuerdo del 16 de octubre de 2003 establece un régimen simplificado de legalizaciones en la circulación de documentos con nuestro país.

En concreto, los documentos que se emitan en ambos países, para ser auténticos en el otro, deberán lucir la legalización de la cancillería respectiva sin más aditamentos.

Esto así, hasta el 14 de agosto de 2016, fecha en la cual entrará en vigor el régimen de legalizaciones con apostillas para dicho país, lo que tornaría improcedente el régimen antes expuesto.

Destacamos también que respecto de la República de Chile, también comenzará a regir el sistema de legalizaciones con apostillas a partir del 30 de agosto de 2016.

Respecto de Bolivia, hay que ajustarse a lo dispuesto por los arts. 3º y 4º del Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889, que exige para la eficacia extraterritorial de los documentos notariales que se presenten debidamente autenticados por el cónsul del país receptor del instrumento en cuestión³¹.

En los demás casos, a falta de convenciones internacionales, habrá que ajustarse al reglamento consular argentino que en su art. 229 (texto ordenado según decreto N° 1629/01) dispone que bastará con que la pieza escrita extendida en extraña demarcación cuente con la autenticación del cónsul argentino destacado en ese estado para que sea reputada como auténtica en nuestro medio. Ello así, en tanto y en cuanto nuestro cónsul haya utilizado para formalizar su intervención los folios de seguridad numerados, con filigranas y demás dispositivos de seguridad que le suministra nuestra cancillería.

b) Respecto del control de la ley aplicable a los documentos notariales extranjeros en su forma y contenido, sin perjuicio de regir en nuestro medio la presunción de legalidad *ius tantom* de ellos si se presentan debidamente legalizados,

Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña, República Checa, República Dominicana, República de Moldova, Rumania, Rusia, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y The Grenadines, Samoa, San Marino, Santo Tomé y Príncipe, Serbia, Seychelles, Swaziland, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Surinam, Tonga, Trinidad y Tobago, Turquía, Ucrania, Uruguay, Uzbekistán, Vanuatu y Venezuela.

A esta nómina habrá que agregar a Brasil y Chile según lo que se indica el parte principal.

Para una actualización permanente del tema consultar la página de la *web* de la Conferencia de La Haya: www.hcch.net.

31 Destacamos que como Colombia, Perú, Paraguay y Uruguay han adherido al régimen de la apostilla, han perdido eficacia las soluciones de los Tratados de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 y 1940, que sobre este tema requerían de la autenticación consular.

destacamos la conveniencia de efectuarlo, recurriendo para ello al estudio del derecho que debió tener en cuenta el emisor al momento de autorizarlos.

c) Otro tanto cabe hacer respecto de la competencia internacional de su autor, aunque en el derecho internacional privado notarial, como ya se dijo, la incumbencia de los escribanos para entender en asuntos con elementos extranjeros relevantes es siempre concurrente y basta con que se verifique el requerimiento para justificar la actuación de cualquiera de ellos.

d) El documento notarial, una vez autorizado, adquiere firmeza y estabilidad en el sentido de que no puede ser modificado o alterado en su esencia o contenido por autoridad superior o distinta al oficial público y a sus otorgantes.

Es un efecto equivalente al de la cosa juzgada en el derecho procesal, sin que esto implique asimilar el juez al notario.

La analogía apuntada, sin embargo, tiene su razón de ser. Así como el juez no puede enmendar, alterar o agregar aspectos a una sentencia que ha sido consentida por las partes del proceso, el notario no puede introducir nuevas cláusulas en el documento que modifiquen o tergiversen su sentido, significado o alcances del negocio o hecho en él contenidos.

Esto así, salvo que exista un contradocumento que le reste eficacia en todo o en parte (conf. art. 298 CCyC).

De modo que si ello no ocurre, el documento notarial y su contenido deben considerarse definitivos e inmutables, salvo impugnación posterior por causas formales (nulidad, irregularidad o falsedad) o sustanciales (fraude, simulación, lesión, etc.). Todo ello ha de aplicarse por igual a los documentos notariales extranjeros.

Así, ellos gozan de la presunción de estabilidad y firmeza, si se presentan debidamente legalizados, hasta tanto se pruebe lo contrario.

A título de ejemplo, la presentación en nuestro medio de un poder notarial autorizado en el extranjero hace suponer su plena vigencia, siempre que de su contenido no surja su caducidad (por vencimiento del plazo expresamente establecido en él), o de otras circunstancias que lleguen a conocimiento del receptor (muerte del poderdante, revocación del poder).

e) El notario argentino debe verificar que el contenido de los documentos extranjeros no comprometa su propio orden público internacional. Los recaudos formales que dichos instrumentos presenten, aunque sean distintos a los vigentes en nuestro medio, no afectan por esa sola circunstancia el orden público internacional, salvo cuando la ley expresamente lo disponga (como sucede con el art. 4º de la ley N° 25.506, en torno a los documentos electrónicos).

f) Respecto de los documentos extranjeros que estén redactados en otro idioma, corresponderá como paso previo a su empleo, su traducción por traductor público o intérprete de nuestra demarcación, que será responsable de su actuación. La única excepción que proponemos para esta regla será el caso en que el

documento haya sido traducido a nuestro idioma en su país de origen y el notario que lo recibe conozca la lengua en que él fue originariamente redactado.

Esto así, pues con dicho conocimiento pueden efectuar todos y cada uno de los controles antes mencionados.

No obstante ello, la traducción efectuada por profesional de extraña jurisdicción deberá presentar las legalizaciones de rigor para su plena eficacia en nuestro medio.

III. LAS REGLAS ESPECIALES

III.1. La capacidad de las personas humanas

III.1.1. Los puntos de conexión domicilio y residencia

El nuevo código suministra una calificación autárquica de lo que se entiende por domicilio, de modo de evitar los posibles desacuerdos entre la *lex fori* y la *lex causae* (esto es, la del juzgador o funcionario que entiende en el caso, tiene un criterio para definir al punto de conexión personal de referencia y el derecho aplicable al fondo de la cuestión, otro divergente).

A guisa de ejemplo, en el derecho argentino el domicilio se concibe como la residencia habitual con ánimo de permanencia.

Las convenciones de La Haya sobre derecho internacional privado adoptan una noción diferente, pues ponen el acento en la residencia habitual del sujeto de derechos sin atender al componente volitivo.

En el derecho continental europeo coexisten el domicilio y la nacionalidad como puntos de conexión de carácter personal en las normas indirectas, pero se admite que los sujetos puedan tener más de uno.

En fin, en el derecho inglés el domicilio implica la sujeción a una ley determinada, no importando la exacta ubicación física de la persona en el territorio de un estado determinado.

De aquí la importancia de definir a la figura de *marras* para que no haya confusiones o dudas al momento de determinar, en base a aquella, el derecho que resulta aplicable a la persona humana.

Así, el nuevo código define al domicilio como la residencia calificada, es decir, el lugar físico donde la persona se encuentra con ánimo o intención de permanecer allí y hacerlo, por tanto, la sede o centro efectivo de su vida e intereses (aunque en los hechos no se encuentre momentáneamente ahí).

Esta intención o voluntad puede surgir de la permanencia en ese sitio, en el hecho de retornar de manera reiterada a él luego de ausencias temporarias, por convivir allí con sus afectos, por desempeñar ahí su actividad profesional o comercial, etc.

El domicilio, como punto de conexión personal tiene así un componente externo, fáctico denominado *corpus*, como es la localización de la persona humana en un sitio o espacio determinado.

A este se le suma un elemento interno, volitivo, designado como *animus* que es determinante del anterior, toda vez que la persona puede elegir su ubicación y luego cambiarla tantas veces como lo crea necesario o conveniente de acuerdo a su voluntad.

Luego, la combinación de ambos componentes da origen a la figura en cuestión.

A la noción de domicilio que se contempla en el art. 2613 CCyC se suma la de residencia, a la que se caracteriza como el lugar donde la persona humana vive de modo efectivo y establece vínculos durables por un tiempo prolongado, pero sin la intención de establecerse allí de modo permanente³².

Si se cotejan ambos conceptos se advierte que, en el segundo, el componente subjetivo está sensiblemente mitigado, pues lo que en verdad interesa es la situación efectiva de la persona.

La figura de la residencia se ajusta (y aplica) en subsidio o falta de domicilio.

Una aplicación efectiva de ella la tenemos en materia de menores e incapaces de ejercicio, que por su situación especial no pueden contar con el elemento volitivo necesario para erigir a su residencia en domicilio, o éste no se juzga suficiente a esos fines. Además porque la residencia es una conexión más genuina en estas lides para determinar la ley aplicable a estas personas humanas, y el juez o autoridad que atenderá en los conflictos que se vinculen con ellas.

Empero la residencia habitual también se aplica en estos supuestos (verbigracia, matrimonio, uniones convivenciales, alimentos), sea para determinar el derecho aplicable, sea para indicar quién es la autoridad competente para dirimir o resolver un conflicto o discrepancia.

III.1.2. La ley aplicable a la capacidad de las personas humanas

En el derecho internacional privado notarial argentino la ley del domicilio de la persona es la que determina el derecho aplicable a su capacidad.

Esta regla básica se derivaba también en el código velezano, entre otros, de los arts. 6°, 7°, 8°, 9°, 138, 139, 948, 949, 3286, 3611, 3612 y conc.

Sin embargo, la redacción del art. 949 generó controversias en nuestro medio, pues de su texto se extraía que la capacidad o incapacidad de derecho de las

32 Conf. DREYZIN DE KLOR, Adriana. Ob. cit., págs. 542 y 543.

personas se regía por la normativa del mentado código. Con lo cual, la aparente amplitud que se derivaba de los arts. 6º, 7º y 948 en torno a la capacidad de las personas entonces denominadas “físicas” como sujeta a la ley domiciliaria, parecía excepcionarse respecto de la incapacidad de derecho que quedaba sujeta al derecho argentino con independencia de la normativa convocada inicialmente por el punto de conexión antes citado.

En tren de armonizar los textos positivos en vigor se intentaron distintas interpretaciones, partiendo de la distinción entre la capacidad (e incapacidad) de hecho y de derecho, que no viene al caso ahora recordar³³.

El nuevo código, en su art. 2616, dispone que la capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio.

No se hace distinción ni alusión alguna a las categorías del derecho privado interno de capacidad de derecho y de ejercicio, superando así las discusiones derivadas del régimen anterior.

Ello no obsta, por supuesto, a que funcionen los controles inherentes al orden público internacional y las normas de policía que en el primer caso impidan la exportación de derecho extranjero que sea incompatible con nuestro régimen, y en el segundo, que determine la aplicación directa de las normas locales que consagren prohibiciones a la celebración de determinados actos que nuestro régimen no autoriza.

III.1.3. El cambio de domicilio y sus efectos sobre la capacidad adquirida

El punto de conexión que determina la ley aplicable a la capacidad de las personas humanas es el domicilio. Él está, por tanto, sujeto a la libre elección de los particulares y resulta esencialmente mutable de un sitio a otro, sucediendo lo propio con la ley que regula la capacidad de ese sujeto. Es lo que se conoce en el derecho internacional privado clásico como teoría del conflicto móvil en la determinación del derecho aplicable, por la alteración o mudanza del presupuesto fáctico que integra el punto de conexión fijado por la norma indirecta en juego. Esto implica la posible sucesión de derechos privados distintos que se contrapongan unos a otros.

Sin embargo, gravita en esta cuestión una regla de base, como es el respeto a la capacidad adquirida a la sombra de la ley del domicilio abandonado.

Con el ajuste producido por la ley N° 26.579 en torno a la mayoría de edad a los dieciocho años, adoptando un criterio prácticamente generalizado en el dere-

33 Ver nuestro aporte en CLUSELLAS, Gabriel E., coordinador, *Código Civil y Comercial...* cit., tomo 8, págs. 842 a 844.

cho comparado³⁴, *es de suponer que habrá coincidencia entre la ley del domicilio abandonado por el compareciente en torno a su capacidad y las directivas del derecho local, o bien, que serán directamente las normas argentinas las que le reconozcan plena aptitud para actuar en el caso concreto.*

La jurisprudencia argentina ha aplicado en varios ocasiones estas directivas respecto de personas que obtenían la mayoría de edad en el extranjero, siendo aún menores por la ley de su domicilio abandonado en el país³⁵ o, a la reversa, cuando la adquirirían aquí en detrimento de la ley de su nacionalidad y domicilio anteriores³⁶.

El nuevo código se hace eco de este principio en el art. 2616 *in fine*, que generaliza para todas las personas humanas: el cambio de domicilio no afecta la capacidad ya adquirida bajo el régimen legal anterior.

III.1.4. La cuestión desde la perspectiva del derecho internacional privado notarial

A los fines de este estudio corresponde destacar que el notario debe evaluar y controlar básicamente dos aspectos a la hora de decidir si acepta como compareciente o requirente de un documento protocolar o extraprotocolar a una persona que es menor de edad o incapaz según la ley argentina, pero que en cambio tiene aptitud para actuar por la ley extranjera de su anterior domicilio, a saber:

a) la existencia y vigencia de la ley ajena de la cual se desprenda la capacidad de la persona;

b) la justificación del domicilio del requirente en el país foráneo.

Respecto de la ley extranjera, es un hecho notorio³⁷ y así puede declararla el notario en el mismo documento que contenga el acto que se quiere celebrar o en instrumento previo. Para ello, accederá a la compulsión del texto legal vigente,

34 Esta es la solución que consagran, entre otras, las leyes vigentes en España, Alemania, Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, Noruega, Francia, Italia, Perú, Israel, Hungría, México, Ecuador y Costa Rica.

Sobre el tema consultar SAUCEDO, Ricardo J. "La ley 26.579 considerada desde la perspectiva del derecho notarial", JA, 12/5/2010, págs. 3 y sgts.

35 CNac.Civ., sala C, 30/12/1957, "Berman, Evelina G.F.", JA, 1958-IV-27.

En el caso, se trataba de una señorita con domicilio en Argentina que llegó a Tel Aviv (Israel) con dieciocho años de edad cumplidos, adquiriendo según las leyes de dicho estado su mayoría de edad, que deseaba contraer matrimonio negando sus padres la autorización pertinente.

Se consideró que por ser mayor según la ley israelí, no correspondía la mentada anuencia.

36 CCiv. 2, 7/5/1942, "Valle Inclán, María B.", JA, 1942-II-789.

En el caso, se trataba de una menor que con la anuencia de su madre (única titular de la patria potestad y residente en España), había viajado a nuestro país, cumpliendo aquí los veintidós años.

Su negativa a volver provocó el proceso judicial y la sentencia argentina consideró a María Beatriz mayor de edad, negando así ayuda a su madre.

37 Ver comentario al art. 2595.

por ejemplo, a través de certificaciones expedidas por el consulado de ese país acreditado en el nuestro, o por documentación remitida por su cancillería, o por informes o dictámenes emitidos por expertos en la materia, o extraídos de las páginas oficiales de la web³⁸.

El segundo aspecto podrá cumplirse con la documentación que aporte el requirente y que a criterio del oficial público resulte suficiente (verbigracia, certificado de nacimiento, pasaporte con constancia de ingreso al país y documento de identidad extranjeros aun cuando estén vencidos, declaración de testigos, etc.).

Creemos que no es suficiente manejarse en este caso con la sola declaración del interesado por las implicancias que el cambio del domicilio tiene sobre su capacidad³⁹.

Además el notario debe reparar en las reglas que se derivan de las convenciones con jerarquía constitucional (sobre los derechos de los niños y personas con discapacidad) en el sentido de que ante la duda deba inclinarse por la aptitud del requirente para actuar en el caso concreto (en el caso de los menores, por su capacidad de ejercicio progresiva; en el supuesto de los incapaces, porque estos conservan sus aptitudes, salvo que exista una sentencia judicial que disponga lo contrario, que en nuestro nuevo régimen interno es de carácter excepcional a tenor de lo dispuesto por los arts. 31 y sgts. CCyC).

III.2. La capacidad de las personas jurídicas

III.2.1. Las personas jurídicas privadas en general

En materia de personas jurídicas privadas, el art. 150 del nuevo código dispone que quedan sujetas a la ley del lugar de su constitución.

Así, las que se crean en nuestro medio se someten al derecho argentino en el orden de prelación que fija ese precepto: las normas imperativas de la ley especial que las rija por el tipo o clase (las sociedades, las cooperativas y las mutuales) o en su defecto, por el nuevo código (como sucede con las asociaciones civiles, las fundaciones y los consorcios en propiedad horizontal), por el acto constitutivo y sus reglamentos y por las leyes supletorias, o en su subsidio por el título II del libro

38 Conf. GATTARI, Carlos N. *El juez, el notario y la ley...* cit., págs. 134 a 139; *Práctica notarial*, vol. 6, Depalma, Buenos Aires, 1992, págs. 87 a 92; y vol. 16, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 260.

39 Así, en este caso se nos presenta como necesario justificar el domicilio o vecindad anteriores que tuvo el compareciente, como condición para permitirle el ingreso a la dimensión documental.

Conf. dictamen de TRANCHINI, Marcela H. de la Asesoría Notarial Personalizada del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, en *Cuaderno de apuntes notariales*, N° 48, La Plata, diciembre de 2008, págs. 23 a 26.

primero del CCyC. En cambio, las que se constituyen en el extranjero se sujetan a las reglas previstas por la ley general de sociedades.

Podría pensarse que se ha logrado la uniformidad del derecho internacional privado (común y notarial) de fuente interna en la materia, sujetando la suerte de estos sujetos a un punto de conexión conductista (*lex constitutionis*), con lo que se marca una palmaria diferencia con las personas humanas que se rigen por una conexión estrictamente personal (*lex domicilii*)⁴⁰.

Sin embargo las opiniones no están contestes con esta afirmación ya que una posición sostiene que esta directiva sólo se aplica a las sociedades extranjeras (esto es, constituidas en el exterior), pero no a otras clases de personas jurídicas privadas foráneas⁴¹.

Por nuestra parte, consideramos que en la medida en que no existan soluciones expresas en la materia, todas las personas de esta índole quedan regidas por las directivas de la ley N° 19.550.

III.2.2. La actuación de las personas jurídicas constituidas en el extranjero

Tomemos entonces como hipótesis de trabajo a las sociedades que son los sujetos que con mayor frecuencia realizan actuaciones transnacionales.

Por ende, se impone considerar la cuestión desde la órbita del derecho internacional privado notarial, es decir, cuando estamos en trance de autorizar un acto en el que interviene un ente que ha sido constituido bajo un ordenamiento jurídico diferente al nuestro. Urge determinar, en el caso, qué aspectos debe el notario controlar, a efectos de asegurar la plena eficacia del acto que emita.

La causa (o sector social a reglamentar normativamente) "persona jurídica", en el derecho internacional privado notarial, plantea básicamente dos cuestiones a considerar: su existencia y la hospitalidad que se le dispensa cuando actúa en un ámbito diferente a aquel en el cual fue determinada aquella.

40 Esta tensión entre ambas directivas se advierte también en las convenciones que rigen en nuestro medio, ya que unas se inclinan por la ley del lugar de constitución de la persona, mientras que otras se atienen a su domicilio.

En rigor, no hay tanta diferencia entre las conexiones, si se piensa que lo común es constituir a las personas jurídicas en el lugar donde habrán de funcionar de manera efectiva, es decir, donde tendrán su sede real y efectiva.

De todas maneras, nada obsta a que se acuda a un régimen que facilite la conformación del sujeto de derecho, que luego pretenda actuar en el territorio de otra nación que sea más exigente en la materia (verbigracia, las sociedades *off shore*).

Para estos casos, es que se consagran las reglas de extranjería que habrán de indicar bajo qué condiciones y recaudos los sujetos foráneos pueden actuar en el territorio de otro estado, como dispone, para nuestro caso, la ley N° 19.550 en sus arts. 118 a 124.

41 Conf. CROVI, Luis Daniel. En Lorenzetti, Ricardo L., director, *Código Civil y Comercial...* cit., tomo I, pág. 598; y Tobías, Jorge W. En Alterini, Jorge H., director, *Código Civil y Comercial...* cit., tomo I, pág. 1063.

El primer tema hace a la esencia de la persona jurídica y consiste en preguntarse por la ley que rige su existencia. Ahora bien, ¿cuántos problemas quedan involucrados en la causa “existencia de la persona jurídica”? O lo que es lo mismo, la ley que la establece, ¿rige también su capacidad de derecho, de ejercicio, su tipicidad, su forma, etc.?

No nos cabe ninguna duda de que la misma ley que establece la existencia de un sujeto de derecho, rige en torno a su capacidad y demás atributos personales, y su acto o contrato constitutivo.

Advertimos, sin embargo, que no hay uniformidad de criterios en la doctrina especializada⁴².

El segundo tema describe la vinculación de la persona jurídica con el medio en el cual se desenvuelve. Concretamente, se trata de responder al interrogante de hasta cuánto se va aceptar que un sujeto de derecho constituido en el extranjero y regido por una ley distinta actúe en nuestro medio y qué requisitos deberá cumplir para ello.

42 Así se expiden en favor de considerar que una misma ley rige la existencia y capacidad de las personas jurídicas en general, y de las sociedades en particular, entre otros: Werner GOLDSCHMIDT (*Derecho Internacional Privado... cit.*, págs. 238 y 239, y si bien separa a la capacidad de hecho -ahora, de ejercicio- de la de derecho, señala que ambas se rigen por la misma ley que regula la existencia del sujeto de derecho; ver también págs. 243 y 244); Antonio Boggiano, quien repara en el aparente criterio adverso de los autores de la ley N° 19.550 al suprimir a la “capacidad” del enunciado del art. 118 (claro que sin brindar una solución expresa para ese atributo, con lo que integra el vacío legislativo con la solución de la norma citada -*Derecho Internacional Privado... cit.*, tomo II, págs. 10 a 14); Carlos M. Vico, quien remarca que el reconocimiento de la existencia del sujeto de derecho involucra su capacidad jurídica (*Curso de Derecho Internacional Privado*, compilado por Isauro P. Argüello y Pedro Frutos, tomo I, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1964, pág. 291 y sgts.) y Juan C. Smith (“Comentario en torno a la estructura general de la ley de sociedades comerciales”, en *Revista Notarial*, N° 803, págs. 950 y 951).

En favor de esta tesis también se inclina la jurisprudencia. A título ejemplificativo, citamos el fallo de la Sala E, de la CNac.Com. del 22/2/1988, “Lloyd Aéreo Boliviano S.A. c/ Interjets” (empresa de viajes y turismo de Horacio Zambonini), en cuya parte pertinente se lee: “La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución; las cuales, en consecuencia, regulan la personalidad jurídica del ente, su tipificación, la designación de sus órganos administrativos y el cumplimiento de las solemnidades inherentes a tales aspectos...” (en ED, 136-171, con nota de Alejandro P. Radzyminski).

En la otra tesis, se expide por ejemplo Stella M. Biocca, quien señala que en materia de sociedades comerciales se visualizan tres causas o problemas: existencia, capacidad y forma, que pueden estar sujetos a leyes diferentes. Así, la sumisión de la existencia de la sociedad a una ley extranjera no impide que se someta su capacidad a otra ley puesto que una cosa es la capacidad genérica que implica la existencia y otra es el grado de aptitud (*Sociedades extranacionales y multinacionales*, Zavalía, Buenos Aires, 1985, págs. 10 y 11).

En sentido similar, separando la ley aplicable a la existencia y a la capacidad de las personas jurídicas, se expide Ricardo Zuccherino (*Derecho Internacional Privado*, con la colaboración de Liliana E. Rapallini, Editorial Lex, La Plata, 1976, pág. 315).

Ahora bien, en la materia a considerar, el notario argentino no cuenta con tratados universales, es decir, que tengan validez para todos los casos que se le puedan presentar, con independencia del país del cual proceda el sujeto de derecho en cuestión.

Por ende, deberá saber distinguir entre el derecho internacional privado notarial de fuente interna (arts. 118 a 124, ley N° 19.550) del de índole convencional.

Este último será aplicable cuando el caso presente contactos con un país con el que estemos vinculados por una convención bilateral o multilateral vigente, que considere expresamente la cuestión. En su defecto, corresponderá acudir a la normativa de fuente interna⁴³.

III.2.3. La cuestión a nivel convencional

Se citan y reseñan las soluciones que consagran los que están vigentes en nuestro medio.

a) Los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional y de Derecho Comercial Internacional de 1889, que nos vinculan actualmente con Colombia y Bolivia

El primero, en su art. 4° sujeta la existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado a las leyes del país en el cual han sido reconocidas como tales.

No obstante ello, si pretenden ejercer actos comprendidos en su objeto especial allende las fronteras del estado donde han sido creadas, tienen que sujetarse a las disposiciones del país donde pretenden actuar.

El segundo, en sus arts. 4° y 5°, somete a las sociedades comerciales a la ley de su domicilio. La conexión domiciliaria suele generar dudas más aun cuando el tratado no contiene una calificación autárquica expresa del punto de conexión. En efecto, el domicilio puede estar: en la sede de la dirección y administración social⁴⁴,

43 De todas maneras, y dada la supremacía constitucionalmente consagrada de los tratados sobre el derecho interno, en caso de lagunas y contradicciones consideramos que deberá intentar colmárselas con la normativa indicada en primer término, en la medida que ello fuera factible.

44 En caso de discordancia, habría que estar en favor de la última, que es indudablemente el centro neurálgico de la sociedad, de donde provienen las decisiones que hacen al funcionamiento del ente.

en el lugar donde se desarrollan las actividades destinadas a cumplir con el objeto social⁴⁵, o bien, en el fijado en el acto de su constitución.

De todas maneras, si atendemos a la solución del art. 2º del tratado, podemos inferir que si el carácter de “comerciante” de las personas (no indica si son humanas o jurídicas) se determina por la ley del país en el cual tienen el asiento de sus negocios, las sociedades “comerciantes” tendrán su domicilio en el lugar donde “desarrollen sus negocios”⁴⁶.

Respecto de la segunda cuestión, el art. 5º en su segunda parte, luego de reconocer extraterritorialmente la personería y capacidad genérica de la sociedad en todos los estados partes, agrega: “...para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intentan realizarlos”.

De aquí se infieren dos consecuencias: el tratado remite directamente al derecho internacional privado vigente en el país donde la sociedad pretenda actuar (en nuestro caso, a la ley N° 19.550). La segunda, que la remisión a dicha normativa opera a partir de la pretensión de ejercer cualquier acto que quede involucrado en su objeto social. Es decir, adhiere a la tesis cualitativa sin importar la frecuencia con que desempeñe esa actividad⁴⁷.

Lo que implicaría que cualquier actuación que una sociedad domiciliada en Bolivia o Colombia pretendiera realizar en nuestro medio, debería ir acompañada del cumplimiento de las exigencias previstas por la ley N° 19.550.

Utilizamos adrede el tiempo de verbo condicional para evidenciar la patente desarmonía que existe entre la solución del tratado y la de nuestro derecho internacional privado de fuente interna, que en materia societaria (y de toda otra persona jurídica foránea) no es tan exigente.

En efecto, la ley N° 19.550 adhiere al criterio cualitativo-cuantitativo (es decir, ejecutar actos atinentes a su objeto social de manera habitual) como pauta indicativa para requerir de la sociedad o persona foránea la observancia de las exigencias previstas en ella.

Por consiguiente, la remisión de la normativa convencional no es selectiva ni específica a uno o más artículos de la ley general de sociedades comprometidos en la cuestión, sino a todos ellos (es decir, los que forman la sección XV del capí-

45 Si hubiera varios centros de explotación, habría que estar al más importante de ellos, tomando en cuenta los parámetros económicos, contables, jurídicos y humanos por igual, lo que no siempre será fácil de determinar en el caso particular.

46 Es decir, el asiento de sus negocios y, si hubiera varios, habrá que estar al que sea principal o el más importante, atendiendo al volumen de las transacciones y otros indicadores objetivos (ver nota anterior).

47 Por ende, en la práctica será muy poco lo que puedan hacer estos sujetos de derecho fuera del lugar de su domicilio, sin quedar sujetos a las normas de extranjería que allí rijan.

tulo I). Por ende, funcionará la hospitalidad absoluta en torno a los actos aislados, prevista por el art. 118 de esa norma, en su segunda parte, y la hospitalidad limitada para las restantes formas de actuación⁴⁸.

b) La Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles (CIDIP II, Montevideo, 1979)

Esta convención nos vincula con Brasil, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Su art. 2º sujeta la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles a la ley del lugar de su constitución⁴⁹. Además contiene una calificación autárquica del punto de conexión: se entiende por “ley del lugar de su constitución” la del estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de la sociedad⁵⁰.

En rigor de verdad, y como destaca BEATRIZ PALLARÉS⁵¹, en atención a los sistemas jurídicos vigentes en los países miembros de la Organización de Estados Americanos, se utiliza una noción intermedia que puede valer tanto para el país que sustenta el criterio del domicilio o sede (común en el sistema continental europeo) para determinar la ley personal societaria como el de la incorporación, es decir, el lugar donde se ha registrado como tal (sistema anglosajón)⁵².

48 GALLINO, Eduardo. Ver su tesis doctoral *Las sociedades mercantiles en el Derecho Internacional Privado interno y convencional*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1997, pág. 44. En cambio y frente a la desarmonía apuntada, considera que por vía interpretativa debemos “exportar” la solución receptada por el derecho internacional privado de fuente interna (ley Nº 19.550) al ámbito convencional, llegando así al mismo resultado que proponemos en la parte principal.

49 Adviértase la variedad de los temas considerados en el antecedente de la norma indirecta, coherente con la posición sustentada en el apartado anterior.

50 Estas soluciones se reiteran en la CIDIP III sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas, aprobada en La Paz, en 1984, y que aún no ha sido ratificada por nuestro país. La misma tiene por finalidad extender las soluciones de CIDIP II a todas las personas jurídicas por igual y por ahora rige en Brasil, Guatemala, México y Nicaragua.

51 Consultar su estudio “Constitución y actuación de las sociedades en el Mercosur”, en JA, suplemento 6154 del 11/8/99, págs. 23 y 24.

52 BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado...* cit., tomo II, pág. 15, cita una frase de Edward Hilton Young que es suficientemente gráfica al respecto: la ley personal de una sociedad “...depends not upon the place at which its center of administrative business is situated, but upon the place at which is registered”.

Mientras que la visión domiciliaria pone el acento en la faz personal de la sociedad, es decir como sujeto de derecho, generando así una relación de correspondencia entre la causa sociedad comercial (personal) y el punto de conexión domicilio (también personal); la tesis de la incorporación carga las tintas en torno al origen contractual de ese sujeto de derecho, es decir, si visualiza a la causa como conductista y se le contesta con un

De todas maneras, apuntamos que Estados Unidos de América no ha ratificado hasta ahora la convención.

Por ende, en un caso societario en que el notario argentino vislumbre contactos con los países ratificantes de esta convención, deberá atender a la ley del lugar donde este sujeto de derecho haya cumplimentado los recaudos pertinentes para “existir” como tal, la que podrá o no coincidir con su domicilio, aunque éste último, con reservas⁵³.

Respecto del régimen de extranjería, la convención presenta las mismas soluciones que el Tratado de Montevideo de Derecho Comercial de 1889.

Así, consagra en su art. 3º el reconocimiento de la personería de una sociedad constituida en un estado parte, en los restantes y, con ello, su capacidad en sentido genérico⁵⁴.

Sin embargo, para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en su objeto social, dispone el art. 4º que quedarán sujetas a la ley del estado donde los realizaren. Es decir, adhiere a la tesis cualitativa⁵⁵ y conecta directamente el caso (la actuación extraterritorial societaria) con el derecho de extranjería vigente

punto de conexión de la misma índole (lugar de celebración y registración), influyendo decisivamente la autonomía de la voluntad.

- 53 No debe pensarse que la convención tolere las “sociedades *off shore*”, es decir, aquellas que se constituyen en un país pero con la finalidad de desempeñar su actividad pura y exclusivamente en otro ámbito (invocando así, los beneficios de la ley bajo la cual se han constituido y eludiendo la normativa vigente en la materia en el lugar donde efectivamente actúa, por regla, más exigente).

Para este supuesto, el art. 5º de la convención recepta claramente la tesis del fraude a la ley del lugar donde se desempeña, con la consecuencia de quedar sujeta precisamente a la normativa que quiso evitar. El precepto toma, como factor indicativo de esta maniobra, al establecimiento de la sede efectiva de la administración central en el otro estado, a cuya ley quedará entonces sujeta. Aunque, conviene remarcarlo, se trata de una potestad discrecional y no de un deber del estado receptor.

Esta solución excepcional, sin embargo, no implica que la convención cambie de frente y adhiera expresamente a la tesis domiciliaria (fijando dicho punto de conexión a partir de la sede administrativa social). Por el contrario, el punto de conexión sigue siendo el lugar de constitución de la sociedad.

En nuestro derecho interno se presenta la misma hipótesis de excepción a la *lex constitutionis* (de la mano del art. 124 de la ley N° 19.550), aunque, como luego veremos, las opiniones son divergentes.

- 54 Este reconocimiento, sin embargo, no impide que cualquier estado parte pueda exigir la comprobación de la existencia de la sociedad, de acuerdo a la ley del lugar de su constitución.

A ello se suma que la capacidad reconocida a las sociedades constituidas en un estado nunca podrá ser mayor que la capacidad que el estado donde actúan otorga a las sociedades creadas en éste último.

- 55 Las expresiones ejercicio “directo” e “indirecto” pueden significar, por ejemplo, que los actos vinculados al objeto social los realicen los representantes orgánicos (es decir que actúa la misma persona jurídica), o bien que los ejecuten representantes voluntarios (apoderados generales o especiales). Esta distinción tiene eventualmente relevancia en

en el país donde se desarrolle la actuación. Por tanto, se advierten las desarmonías con nuestra ley N° 19.550 que es menos exigente.

Por ende, damos por reproducidas las observaciones efectuadas en el apartado anterior en cuanto a la forma de coordinar ambas normas en conflicto, y a las consecuencias que de ello se derivan.

La última parte del precepto citado también sujeta a la sociedad que constituida en un estado parte ejerza el control de otra, al derecho vigente para ésta última, considerando así esta hipótesis como de actuación extraterritorial, vinculada a su objeto social y, por tanto, sujeta al derecho de extranjería de la controlada.

III.2.4. La cuestión en el derecho internacional privado de fuente interna

a) El principio general

El art. 118 primera parte de la ley N° 19.550 dispone que: "...la sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución...".

Nuestra norma de conflicto interna es *unilateral*, atento a que sólo se cuestiona por la suerte de las sociedades constituidas en el extranjero cuando lo adecuado hubiera sido *multilateralizar* dicha solución, haciéndola aplicable a todo el universo societario⁵⁶ (en rigor, de toda persona jurídica privada foránea).

Pese a que la norma en su antecedente considere solamente la existencia y "forma" (entendida como tipo social o estructura de organización), por lo que antes dijimos, debe quedar incluida también su capacidad⁵⁷.

el ámbito del derecho internacional privado notarial en torno a la documentación habilitante que deberá exigirse para acreditar la personería y legitimación.

Otra interpretación apunta a la mayor o menor notoriedad con que se presente la conexión del acto a ejecutarse con el objeto social, cuestión que quedará sujeta a la apreciación y control del notario interviniente.

56 Este criterio no es de extrañar, atento a que toda la sección XV está orientada a fijar las normas de extranjería a que deban ajustarse las sociedades foráneas (ahora, todas las personas jurídicas privadas creadas en el exterior), lo que implica, como obvia consecuencia, la unilateralización de sus soluciones.

57 Ello así, aunque los autores del proyecto, luego de sancionado como ley N° 19.550, hayan suprimido del precepto original la expresión "capacidad".

Si la capacidad quedara sujeta a la ley argentina, deberíamos aplicar a las sociedades constituidas en el extranjero la prohibición del art. 30 (que dispone que las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones o de responsabilidad limitada, o bien de cualquier contrato asociativo). La prohibición está dirigida a las sociedades constituidas en nuestro país, mas no a las extranjeras.

La jurisprudencia, luego de algunas vacilaciones, también se enrola en este criterio.

A título ejemplificativo, citamos dos fallos opuestos: a) la sala A de la CNCom., en autos "Laboratorios Miles de Argentina SRL", con fecha 15/9/80 dijo: "...una interpretación

No existe una calificación de la conexión indicada, por lo que puede utilizarse la prevista por el art. 2º de CIDIP II sobre sociedades mercantiles, antes considerado.

Cabe preguntarse si el domicilio cumple alguna función en el caso. La respuesta es afirmativa: a) en el ámbito interno, y del juego de los arts. 5º y 11, inc. 2 de la ley Nº 19.550 surge evidente que la sociedad argentina debe constituirse (registrarse y con ello regularizar su tipo social) en el lugar de su domicilio⁵⁸; b) en el ámbito internacional el art. 124 dispone: "...la sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento". Así, el domicilio (rotulado como "sede") o la principal explotación en nuestro medio (que también es una pauta indicativa de domicilio), son los criterios que disyuntivamente utiliza el legislador para suponer el fraude a la ley argentina⁵⁹, funcionando así el precepto de marras como una norma de policía y por ende, de aplicación directa. En estas circunstancias, el domicilio retoma su rol protagónico como conexión favorita para regir la existencia y capacidad de todos los sujetos de derecho.

teleológica del art. 30 conduce a la conclusión de la aplicabilidad de su régimen respecto de las sociedades constituidas en el extranjero, puesto que un temperamento contrario podría llevar a la consecuencia de la elusión del control externo por éstas, por el simple expediente de constituir en la República, sociedad no sujeta a contralor, habida cuenta que en la realidad última el ejercicio de la actividad social corresponde también ... a los socios extranjeros del ente fundado en el país..." (en el caso, se trataba de una accionista extranjera que adquiriría cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada local). Ver fallo completo en ED-91-400.

b) La Sala C de la CNCom en autos "Inval SRL", con fecha 30/9/81, dijo: "La incapacidad del art. 30 de la ley 19.550 no alcanza a sociedades anónimas o en comandita por acciones regidas por un derecho extranjero. Así, la sociedad constituida en Suiza y regida por el derecho suizo, no se rige en cuanto a su capacidad de tomar parte de una sociedad de responsabilidad limitada argentina por otro derecho que por el del país de su constitución y no por la ley argentina..." (se destacó que el art. 30 de la ley de sociedades es una norma de orden público interno, mas no internacional, ni de policía, que justifique su aplicación *a priori* al caso). (Consultar el fallo en LL 1982-D-498 y Revista del Notariado, Nº 782, pág. 528 con nota de Jaime Giralt Font).

58 Esta circunstancia lleva al maestro Isaac HALPERIN, en *Curso de Derecho Comercial*, volumen I, Depalma, Buenos Aires, 1972, pág. 296, a remarcar que el sistema previsto por la ley Nº 19.550 no es el de la *lex constitutionis* sino el de la *lex domicilii*. En el mismo sentido, Favier Dubois (h), Eduardo M. ("La actuación de sociedades extranjeras y la actividad notarial" en Revista del Notariado, Nº 782, pág. 364).

59 Algunos autores sostienen que por imitación al sistema vigente en Italia o Portugal debió utilizarse la conjunción "y" en el artículo de marras, es decir, exigir sede y principal objeto en la República para la aplicación del derecho local (así opina Ricardo R. Balestra. *Las sociedades en el Derecho Internacional Privado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, pág. 95).

Ahora bien, como la sociedad fraudulentamente constituida en el extranjero queda sujeta a las leyes argentinas, si no respeta las exigencias de la ley Nº 19.550, deberá aplicársele el régimen previsto para las sociedades no constituidas regularmente (arts. 21 a 26). Ello así, porque la "existencia", "forma" y "capacidad" de la sociedad se rigen por la ley argentina o, lo que es lo mismo, el art. 124 desplaza al art. 118 de la misma norma⁶⁰.

Pero el art. 124 funciona también como norma de adaptación (que también es directa), es decir, para aquellos casos en que la sociedad verdaderamente se constituye en el extranjero (por lo que no hay, en sentido estricto, fraude a la ley argentina), y luego por motivos operativos muda su sede o centro de explotación a nuestro país. Acá no hay sustitución de normas y por consiguiente el derecho que rige la existencia y capacidad es el del lugar de su constitución, pero obviamente la sociedad queda sujeta a nuestro derecho de extranjería.

b) El trato de la sociedad extranjera

La ley Nº 19.550 distingue según la índole de la actividad que la sociedad constituida en el extranjero desarrolla en nuestro medio, a saber: actos aislados y estar en juicio (aplicando aquí la tesis de la hospitalidad absoluta -sin supeditar dicha actuación al cumplimiento de ningún recaudo especial-) y el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecimiento de sucursales, asientos o representaciones permanentes, constitución o participación con otras sociedades en la constitución de nuevos entes en el país, o participar en los ya existentes (aplicando la tesis de la hospitalidad limitada, que implica supeditar dicha actuación a la observancia de los recaudos previstos por la citada norma y sus disposiciones reglamentarias).

Por ello, nuestro sistema sustenta el criterio cualitativo (ejercicio en nuestro medio de actos atinentes al objeto social) y cuantitativo (de manera habitual) como condicionante para la aplicación de las normas de extranjería.

1) Los actos aislados y estar en juicio (art. 118, segunda parte)

La operatividad de la hospitalidad absoluta que predica nuestra ley, en este supuesto, dependerá del criterio que tengamos como notarios, para calificar la actuación de la sociedad extranjera en nuestro medio. Partimos de la

60 Conf. BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional...* cit., tomo II, págs. 19 y sgts. Este criterio, que compartimos, ha sido aplicado por el Juzgado Nacional de Primera Instancia Comercial a cargo del Dr. Carlos A. Villar, en el fallo del 27/11/1987 *in re* "Inspección General de Justicia c/ Inversora Yelinko S.A. y ots." (ver su texto completo en la obra citada, págs. 34 a 56).

base de que los “actos aislados” directa o indirectamente se vincularán con el objeto social⁶¹.

Será, por tanto, su frecuencia y más precisamente la existencia (a consecuencia de dicho acto) de un giro o actividad social o establecimiento permanente, la pauta a considerar⁶². En otros términos, no hay que encapsularse en criterios restrictivos apriorísticos en torno a su naturaleza o contenido, sino más bien considerar las consecuencias que dicho acto tenga en nuestro medio.

Sin perjuicio de tener en cuenta la calificación y fundamentación que los propios interesados realicen en torno al acto que quieren otorgar en nuestro medio (que no es necesariamente vinculante para el notario argentino interviniente⁶³), convendrá también reparar en la jurisprudencia vigente en la materia y en las resoluciones administrativas, como otros indicadores objetivos válidos (aunque no absolutos)⁶⁴.

61 Pensemos que si la mayoría de las normas societarias vigentes en el derecho comparado contienen un dispositivo equivalente al de nuestro art. 58 ley N° 19.550, difícilmente se trate en el caso de la realización de un acto que no presente conexión alguna con dicho objeto, implicando ello lisa y llanamente su imputación a quien lo ejecuta y no al sujeto de derecho detrás de él.

62 Ver ROCA, Eduardo. *Sociedad extranjera no inscripta*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 40 a 54. Quien hace la fundamentación sobre esta tesis (a la que adherimos).

63 Un ejemplo burdo alcanza para justificar lo que decimos. Supongamos que nuestro requirente, representante orgánico de la sociedad constituida en el extranjero, pretende fijar una representación permanente en nuestro país para el hipotético caso de que surja en plaza un negocio de su interés en el que pueda intervenir. A consecuencia de ello, calificará (o bien, lo haya hecho la propia sociedad, en la resolución por la cual se decida instalar dicha representación en nuestro medio) que no se trata del ejercicio habitual de actos inherentes al objeto social hasta tanto no se concrete ningún negocio específico en la materia.

La pretendida calificación de “acto aislado” que realice el requirente se contrapone a su tipificación como ejercicio habitual, por la propia ley de sociedades (art. 118, tercera parte).

64 La adquisición de un inmueble puede perfectamente encuadrar en el rótulo de “acto aislado” (salvo que en él se instale, por ejemplo, una sucursal de la sociedad extranjera o cualquier forma de representación permanente, o que se trate de un centro de compras o de un edificio de oficinas para dar en locación, o cualquier otra hipótesis que evidencie el giro social habitual en nuestro medio), pese a la existencia de un plenario adverso de la CNac.Civ. de la Capital Federal del 30/10/1920 (ver su texto en JA-6-46). En el caso, el adquirente por la sociedad extranjera había invocado en el acto escriturario un poder otorgado por aquella, pero no había aportado el contrato constitutivo ni el resto de la documentación social. Ello sumado a la vigencia de la ley N° 8867, que admitía la realización de actos “de comercio” aislados por las sociedades foráneas en nuestro medio sin necesidad de registración, llevaron al tribunal a expedirse de esta forma.

En favor de la tesis flexible -que seguimos- y en torno a una operatoria hipotecaria donde una sociedad constituida en el extranjero revestía la calidad de acreedora, habiéndose calificado su actuación de “aislada” en el acto constitutivo del gravamen la Sala F de la CNac.Civ. con fecha 4/8/1998, *in re* “Severy, S.A. c/ Zaed, José Osvaldo s/ejecución hipotecaria”, ha dicho: “...puesto que al tiempo de la firma del instrumento base del juicio,

Frente a la pretensión de realizar un acto aislado, el notario argentino deberá exigir a la sociedad: acreditar su existencia de conformidad con la ley del lugar de su constitución (estatutos sociales, reformas, constancia de inscripción, etc.), justificar la condición del requirente como representante orgánico o voluntario de la sociedad y la decisión social de ejecutar dicho acto, autorizando a su representante a actuar en tal sentido⁶⁵. Los mismos recaudos deberán observarse en caso de otorgarse un poder especial o general para intervenir en asuntos judiciales.

2) El ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social (art. 118, tercera parte)

Calificado el acto como comprendido en la tercera parte del art. 118 (ejercicio habitual de actos involucrados en el objeto social, establecer sucursales, asientos o cualquier otra forma de representación permanente), se exige que la sociedad extranjera se inscriba en el registro público de comercio correspondiente a la jurisdicción donde fije domicilio para su actuación. Remarcamos que con esta única inscripción podrá actuar en el resto del país (es decir, no es necesario que reitere dicha inscripción en todas y cada una de las demarcaciones de la República Argentina).

La propia ley dispone qué documentación debe aportar la interesada, admitiéndose la intervención notarial para calificar y controlar la misma, procediendo luego a su protocolización para su presentación al registro correspondiente, teniendo este procedimiento la ventaja de dotar a esos documentos extranjeros de matricidad en nuestro medio, permitiendo *a posteriori*, su fácil reproducción y compulsa⁶⁶.

Para proceder a dicha actuación, se exige: a) acreditación de la existencia

el deudor aceptó -sin objetarla- la afirmación del representante de la sociedad extranjera acreedora en el sentido de que la misma efectuaba un acto aislado de acuerdo a lo estipulado por el art. 118 de la ley 19.550, cabe considerar que tal declaración jurídicamente relevante y eficaz, no puede ser hoy desvirtuada por meras apreciaciones u opiniones unilaterales del primero; en virtud de lo cual, es dable concluir que nos hallamos ante el supuesto enunciado en el segundo párrafo del citado art. 118, sin que el hecho de que la actora haya constituido un domicilio especial en el contrato pueda llevar a determinar que el caso de autos deba ser encuadrado en el tercer párrafo del mencionado precepto" (ver fallo completo en ED-182, págs. 617 a 619, con nota de Inés M. Weinberg de Roca).

65 Toda la documentación deberá presentarse debidamente legalizada y autenticada, y en su caso, traducida por un traductor público matriculado en nuestra jurisdicción que se haga responsable de ella.

66 Ver BENSEÑOR, Norberto R. "Actividad notarial con sociedades constituídas en el extranjero", en Revista Notarial, N° 907, págs. 467 a 480: modelos de actas de protocolización, según la actuación que pretenda realizar la sociedad extranjera, en nuestro medio. Dicho trabajo fue preparado para el Seminario de Técnica Notarial del mes de noviembre de 1989 del entonces Instituto Argentino de Cultura Notarial. También en su trabajo

de la sociedad, con arreglo a la ley del lugar de su constitución, y constancia de su inscripción en el registro respectivo; b) justificación social de crear la representación permanente en nuestro país, fijar domicilio⁶⁷, indicar la persona (o personas) a cargo de quien estará; c) el representante orgánico o voluntario (nuestro requirente) deberá acreditar tal condición con la documentación pertinente, denunciar sus datos personales completos, y los de los demás representantes y administradores (conf. art.11, inc. 1, ley N° 19.550) y constituir domicilio especial en nuestro país; d) cumplir con la publicación de edictos prevista por el art. 10 de la ley si corresponde por el tipo social⁶⁸ y la registración de la documentación que antecede; e) si se tratare de una sucursal, determinación del capital asignado y justificación de su integración; f) llevar contabilidad separada; g) cumplimentar otras exigencias previstas según la actividad que desarrollan en nuestro medio (verbigracia, aseguradoras). Remarcamos que las sociedades extranjeras, en este caso, quedan sujetas a la fiscalización estatal permanente, en su funcionamiento y liquidación, la cual está a cargo del organismo de contralor (Inspección General de Justicia, Dirección Provincial de Personas Jurídicas), con independencia del tipo social o capital social (a *contrario sensu* de lo que dispone el art. 299).

3) La constitución de sociedad en la República (art. 123)

¿Qué debe entenderse por “constituir sociedad en la República”? (expresiones utilizadas por el art. 123 de la norma que plantean otro supuesto de actuación permanente de la sociedad foránea en nuestro medio, que justifica la aplicación de las normas de extranjería).

Una interpretación estricta y literal indica que se trata de formar parte del acto constitutivo que da origen a un nuevo sujeto de derecho bajo el régimen de la ley argentina⁶⁹. Sin embargo, también quedan involucradas en el enunciado legal (y en sus consecuencias) otras figuras conexas: si la sociedad extranjera

en coautoría con Néstor O. Pérez Lozano, “Régimen legal y actuación extraterritorial de Sociedades”, en Gaceta del Notariado, N° 110, págs. 115 y sgts.

67 La sede efectiva puede quedar fuera de la documentación aportada, fijándola efectivamente el representante al momento de rogar la protocolización (o en su caso, la inscripción).

68 Es decir, si la forma de la sociedad extranjera es por acciones o de responsabilidad limitada. Adviértase que en esta cuestión campea el art. 119, que dispone que para el caso que la sociedad foránea presente un tipo desconocido, deberá la autoridad registral sujetarse al criterio de máximo rigor previsto por la ley N° 19.550 (es decir, el de las sociedades por acciones). Por nuestra parte, consideramos que la adaptación debería ser al tipo social que más se asemeje al que presenta la sociedad extranjera, aunque no sea el más riguroso, en sentido formal.

69 Como señala el maestro GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional...* cit., pág. 244: “...se desea examinar la madre extranjera, porque ella luego va a controlar a su hija argentina”.

participa en la constitución de una sociedad local a través de alguna de las figuras de la concentración empresaria (fusión o escisión inter o transnacional), o bien, si participa en una sociedad local ya constituida⁷⁰. En este último supuesto especialmente la jurisprudencia, pese a existir algunas discrepancias, marca las siguientes pautas generales: si la extranjera participa en sociedades por acciones locales, deberá cumplir con las exigencias del art. 123 en la medida en que con ella obtenga el control en la toma de decisiones de dicha entidad, o adquiera otra forma de relevancia en su capital social; en los restantes tipos, la sola participación -sin importar su cuantía- es suficiente para que la sociedad foránea deba cumplir con las exigencias derivadas del precepto en cuestión⁷¹.

La limitación a la participación societaria prevista por el art. 31, encaminada a preservar el objeto social fijado en el acto constitutivo de la participante, es un tema relacionado con la existencia y capacidad de las sociedades. Por tanto, sólo opera respecto de las sociedades constituidas en nuestro país (y de las que resulten alcanzadas por el art. 124)⁷².

La misma pauta rige respecto de los casos previstos por los arts. 32 y

70 Conf. NISSEN, Ricardo A. "La actuación de sociedades extranjeras en la República, con especial referencia a su participación en sociedades nacionales", en *Negocios internacionales y Mercosur*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, págs. 171 a 174.

71 Compulsar, entre otros, los siguientes fallos: CNac.Com., Sala B, autos "Parker Hannifin Argentina S.A." del 2/6/1977 (LL, 1977-C-594 y Revista del Notariado, N° 755, pág. 1333); ídem en autos "Sociedad Nueva de Rodamientos S.N.R.S.A. Argentina, Industrial, Comercial, Financiera y de Servicios s/reforma" del 3/8/77 (Revista del Notariado, N° 756, pág. 1810); CNac.Com., Sala C, autos "Huyck Mati S.A." del 21/3/78, donde se destaca especialmente el control de hecho o de derecho que la participante extranjera adquiera en la participada local, para provocar la inscripción del art. 123 cuando se trata de sociedades por acciones (ED 77-476); ídem en autos "A. G. Mc Kee Argentina Sociedad Anónima" del 21/3/78 (LL, 1978-B-343); CNac.Com., Sala D, autos "Saab Scania Argentina S.A." del 20/7/78, que exige la inscripción en todos los casos (ED 79-387; LL 1978-C-522); ídem en autos "Squibb S.A." del 11/10/78 (LL 1979-C-552), ambos con la disidencia del Dr. Alberti; CNCom., Sala A en autos "Hierro Patagónico de Sierra Grande S.A." del 13/2/80, que establece la exigencia de la registración de la sociedad extranjera en la medida en que adquiera control en la participada (LL 1980-B-26); ídem Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro en autos "Ondabel S.A." del 2/10/80 (ED91-553).

72 Corresponde distinguir los siguientes casos: a) sociedad constituida en Argentina (participante) que se vincula con otra sociedad también local (participada). La respuesta: vigencia del art. 31 de la ley N° 19.550. b) Sociedad participante sujeta a la ley argentina y sociedad participada sujeta a ley extranjera. La respuesta: la prohibición del art. 31 ley N° 19.550 sólo rige para la primera. c) Sociedad participante se rige por ley extranjera y sociedad participada por ley local. La respuesta: no se aplica el art. 31 de la ley N° 19.550, porque su objetivo es regir y preservar el objeto de la participante (consultar para este caso el fallo firme del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro del 24/10/80, *in re* "The Advertisers Asociados S.A." en ED-92-252). d) Ambas sociedades

33 de la ley N° 19.550 para las participaciones recíprocas entre sociedades y sociedades controladas y vinculadas⁷³. ¿Qué recaudos debe cumplimentar en nuestro medio la sociedad constituida en el extranjero que resulta alcanzada por el art. 123 en la interpretación realizada?

Partimos de la base de que no todos los recaudos previstos en el apartado anterior se trasladan a este supuesto. Por tanto, resulta suficiente que la sociedad presente su contrato constitutivo y sucesivas reformas con constancia de su inscripción; que justifique la decisión de constituir sociedades en nuestro medio o participar en las ya existentes designando un representante a tales efectos, que podrá ser orgánico o voluntario⁷⁴; que fije un domicilio especial en nuestro país a los efectos de cumplir con la inscripción registral de dicho representante (esta única inscripción habilita a la sociedad extranjera para actuar, en esta variante, en todo el país⁷⁵). No debe publicar edictos ni fijar sede o domicilio social, ni llevar contabilidad separada u otras exigencias.

El notario puede recopilar toda la documentación exigida, protocolizarla y proceder a su toma de razón, como vimos en el apartado anterior.

III.3. El régimen patrimonial matrimonial

III.3.1. Los puntos de conexión que determinan el derecho aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio

En este tema rigen, en primer término, los acuerdos o convenciones que los contrayentes hayan celebrado al momento de unirse en matrimonio (verbigracia, autonomía de la voluntad) o, en su defecto, la ley del lugar del primer

se rigen por la ley extranjera. La respuesta: no corresponde aplicar el art. 31 de la ley N° 19.550.

73 Así, podemos vislumbrar tres casos: a) las sociedades implicadas están constituidas en el extranjero y no resulta aplicable la hipótesis del art. 124 de la ley N° 19.550. La respuesta: no rigen las limitaciones y prohibiciones de los arts. 32 y 33 de la norma citada. b) Las sociedades implicadas se rigen por la ley argentina, como lugar de su constitución (o por aplicación indirecta a partir del art. 124 de la ley N° 19.550). La respuesta: los preceptos de marras resultan aplicables al caso. c) Una sociedad se rige por la ley extranjera y la otra, por la ley local. La respuesta: aquí sí son aplicables, por aquella sociedad que queda regida por la ley de sociedades. Aunque, como señala Antonio Boggiano, ello será así si el juez que interviene en el conflicto societario es argentino (*Derecho Internacional...* cit., tomo II, págs. 180 y 181).

74 Quien deberá aportar sus datos completos de conformidad con lo dispuesto por el art. 11, inc. 1, ley N° 19.550.

75 La inscripción se realiza normalmente en la jurisdicción donde se participa o participará en la constitución de la sociedad local (o, si se trata de una entidad preexistente, donde ésta esté ya matriculada).

domicilio efectivo de los cónyuges.

Para ello es necesario que la ley del primer domicilio conyugal contemple expresamente en su derecho privado interno esta posibilidad o facultad de los futuros consortes.

A modo de ejemplo, en el régimen del código velezano, la cuestión era de escaso interés atento a la vigencia del régimen de comunidad de gananciales de modo imperativo e inderogable por acuerdo expreso en sentido contrario. A lo sumo, los interesados podían indicar los bienes que cada uno aportaba al matrimonio (que revestirían la condición de propios) y las donaciones que uno hiciera al otro antes de dicho evento. O, lo que es lo mismo, las únicas convenciones matrimoniales a tener en cuenta eran las celebradas en el extranjero.

En el régimen del nuevo código, el tema cobra relevancia ante la posibilidad para los futuros cónyuges de escoger el régimen patrimonial matrimonial (conf. art. 446).

De aquí la importancia que tiene el derecho de que los puntos de conexión (conductista o personal) indiquen como aplicable en esta materia.

A consecuencia de lo expuesto, queda claro que el derecho del primer domicilio conyugal es el que decidirá si el pacto o acuerdo celebrado por los consortes es o no una convención o capitulación matrimonial⁷⁶.

La capacidad para celebrarlas se rige por la ley del domicilio de cada uno de los cónyuges al momento de su concreción. Es decir, se aplica la regla general en materia de capacidad de las personas humanas, por lo que este aspecto no es absorbido por la ley del lugar de celebración del connubio.

En cuanto a su forma como acto jurídico, se plantea la doble normativa aplicable (arg. art. 2649 CCyC), es decir, la ley que impone la forma (que rige el fondo de la cuestión, es decir la ley del primer domicilio conyugal) y la que la reglamenta (la que impera en el lugar donde efectivamente se concertó la capitulación).

Si la convención o pacto se celebra en el primer domicilio conyugal, ambas leyes confluyen, por lo que no se presentará inconveniente alguno.

En cambio, si la capitulación de marras se concluye en el territorio de otro estado, el problema formal se verá en toda su dimensión, desde la perspectiva del derecho internacional privado notarial.

Así, la ley del primer domicilio conyugal es la que fija la admisión del convenio y la forma que debe revestir para tener eficacia jurídica (verbigracia, instrumento público, escritura pública); la ley del lugar donde se celebra el

76 Conf. KALLER DE ORCHANSKY, Berta. *Código Civil y normas complementarias*, en Buenos, Alberto J., director; Highton, Elena I. coordinadora, tomo 1, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, págs. 811 y 812.

acuerdo reglamentará la forma impuesta y las solemnidades a cumplir en el caso (intervención de oficial público notarial o de otra índole -judicial o administrativo-, extensión del acuerdo bajo la forma de escritura pública, necesidad de la participación de testigos instrumentales, etc.).

En última instancia, será la primera norma del primer domicilio conyugal efectivo la que evaluará la equivalencia entre la forma impuesta y la efectivamente cumplida en el caso para determinar la admisión o no del convenio prematrimonial.

En cuanto al contenido de estas capitulaciones, su validez y eficacia se sujetan a la ley del primer domicilio conyugal con las limitaciones o restricciones que impongan las leyes del lugar de situación de los bienes comprendidos en lo que sea de estricto carácter real, por aplicación del orden público internacional.

En principio, el régimen patrimonial matrimonial es inmutable, lo que implica que una vez concertada la capitulación y celebrado el matrimonio no se lo puede modificar aunque la pareja traslade su domicilio conyugal al territorio de otro estado. Ello así, a menos que dicha ley lo permita durante el transcurso del matrimonio.

En lo que dispone el art. 2625 *in fine* CCyC, en el sentido de que si el matrimonio se muda a la Argentina, pueden hacer constar en la capitulación su opción por la aplicación de nuestro derecho, siempre que ello no afecte los derechos de terceros.

De todo lo expuesto se extrae que deben conjugarse de modo armónico las convenciones o capitulaciones matrimoniales con las directivas vigentes en la ley del primer domicilio conyugal efectivo de los consortes.

III.3.2. La cuestión en el Código Civil anterior

El art. 163 CC anterior (texto ordenado, ley N° 23.515) disponía que las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se regían por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no estuviera prohibido por la ley del lugar de su ubicación. El cambio de domicilio no alteraba la ley aplicable, sin importar si los bienes eran adquiridos antes o después de ese traslado.

El primer domicilio conyugal era el lugar donde los esposos, de común acuerdo, fijaban su residencia efectiva.

Como se advierte, se instauraba un sistema con dos características salientes, a saber: la unidad e inmutabilidad del régimen voluntariamente elegido, que era coherente con el derecho privado interno entonces vigente.

III.3.3. El derecho internacional privado argentino de fuente convencional

En razón de que el artículo citado en el apartado anterior estaba inspirado en la solución propiciada en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (arts. 16 y 17), nos detendremos en el de 1889, que plantea un criterio diferente.

En su art. 40 establece que las capitulaciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes que tengan al tiempo de celebrarse y de los que adquieran posteriormente en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de su situación. A falta de ellas, o en todo aspecto que no se haya previsto, el régimen patrimonial matrimonial queda subordinado al derecho del domicilio conyugal acordado antes de la celebración del matrimonio (art. 41) o, en su defecto, al derecho del domicilio del marido al momento de celebrarse el matrimonio (art. 42).

También se preconiza la inalterabilidad del régimen pese al cambio de domicilio (art. 43).

III.3.4. La solución del nuevo Código Civil y Comercial

El art. 2625 adscribe en principio al régimen anterior.

Sin embargo, de acuerdo a la flexibilización que se proclama desde el derecho privado interno en esta materia, se proponen algunos aspectos diferentes.

a) El régimen patrimonial matrimonial se sujeta a lo previsto por las convenciones pertinentes

Sin embargo, se atiende de modo expreso a la posibilidad de su modificación durante la vigencia del connubio, como ya se dijo. Esto es, el cambio de la sede efectiva de convivencia de los cónyuges puede implicar la alteración del régimen de bienes a que se sujetan.

Por eso se dispone que las convenciones matrimoniales celebradas con anterioridad al matrimonio, se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, que es la solución prevista por el CC y los tratados de Montevideo antes citados.

En cambio, los pactos posteriores se sujetan a la ley del (nuevo) domicilio conyugal al momento de su celebración.

b) A falta de convenciones expresas en la materia, rige el derecho indicado por el punto de conexión personal tradicional: el primer domicilio conyugal

Esto así, con excepción expresa de aquellos aspectos de estricto carácter real que estén prohibidos por la ley del lugar de situación de los bienes.

Sobre esta cuestión ha dicho la jurisprudencia que: "...la aplicación del primer domicilio conyugal a la validez de las capitulaciones matrimoniales y al régimen de bienes de los esposos deja a salvo lo que pudiera estar prohibido, en materia de estricto carácter real, por la ley del lugar de situación de los bienes. Tal salvedad está referida con absoluta estrictez a las cuestiones que

se relacionan sólo con el estatuto real sometidos al imperio de la *lex situs*, sin confundir el régimen patrimonial del matrimonio con el régimen de los bienes, razón por la cual la determinación de si un bien es propio de uno de los cónyuges o ganancial, es cuestión totalmente distinta y ajena al régimen real sujeto a la ley del lugar de situación del bien...⁷⁷.

c) Si el cambio del domicilio conyugal se realiza a la República Argentina, se admite que los cónyuges puedan ajustar el régimen patrimonial de su conubio a nuestro derecho privado interno (que ahora, admite distintos regímenes, de comunidad o de separación)

Esto así, en tanto formalicen esta opción por instrumento público y ello no implique afectar los derechos de terceros adquiridos bajo el régimen que se pretende modificar o derogar.

En estas lides la elección de la sujeción al derecho argentino, en nuestro medio, se formalizará por escritura pública (conf. art. 448), el notario interviniente deberá solicitar certificados de anotaciones personales y dominio respecto de los consortes y los bienes registrables que estén afectados por la convención y una vez autorizado el acto procederá a su toma de razón en los registros de los bienes involucrados en el pacto, como así también en el margen del asiento del acta matrimonial. Es decir, habrán de seguirse las mismas actuaciones preliminares y posteriores que cuando se esté en trance de autorización una convención matrimonial en nuestro medio.

La solicitud de los certificados es de vital importancia, pues de sus despachos habrá de surgir la eventual existencia de interesados que puedan ver afectados sus derechos por el cambio del régimen propugnado por los esposos.

III.3.5. La cuestión del asentimiento conyugal

De lo hasta aquí expuesto surge claro que será la capitulación matrimonial y, en su defecto, la ley del primer domicilio conyugal, las que indiquen el régimen de bienes al que se han sujetado los contrayentes (comunidad, separación), su calificación (propios, gananciales), su administración y disposición, etc.

En lo que aquí respecta, corresponde determinar la aplicación efectiva del asentimiento conyugal, previsto en el CC anterior por el art. 1277 y en el nuevo CCyC por el art. 456 para la disposición de un inmueble sito en la república (desde nuestra óptica, propio o ganancial), donde esté radicada la vivienda familiar o de los muebles indispensables de esta, o su transporte fuera de esta, cuando el régimen patrimonial matrimonial se sujete a otra ley (y por ende, a una convención o acuerdo de bienes permitido por ella).

77 CNCiv., sala I, 20/4/1995, "M. S. s/ sucesión", ED-162-603.

Durante la vigencia del CC anterior y respecto del art. 1277, se plantearon para este caso tres posturas.

a) La solución del art. 1277 del Código Civil siempre es aplicable, con independencia de la ley que rija el sistema patrimonial matrimonial, por lo que el asentimiento del cónyuge no titular se impone para la celebración del acto de disposición o gravamen del inmueble

Los argumentos para sustentar esta tesis son, entre otros, que la norma citada es de orden público interno e internacional, que está vinculada a la ley del lugar de situación de los bienes (conf. art. 10 CC) y que se relaciona con la capacidad de disponer (regida especialmente por el art. 949 del mismo cuerpo legal)⁷⁸.

b) El art. 1277 del Código Civil se aplica si el régimen de bienes del matrimonio se sujeta a la ley argentina

Se sostiene que la norma en cuestión no es de orden público internacional ni atañe a materias de estricto carácter real, ni a una cuestión de capacidad, por lo que su aplicación efectiva queda sujeta a que el primer domicilio conyugal se haya fijado en la República Argentina⁷⁹.

c) El art. 1277 del Código Civil se aplica si el régimen de bienes del matrimonio se sujeta a la ley argentina, o si se trata de disponer del inmueble propio que constituye la sede del hogar conyugal, habiendo hijos menores o incapaces

Esta postura, a la que personalmente adherimos, razona como la anterior, pero señala que cuando se trata de disponer de un bien inmueble que constituye el asiento del hogar conyugal y existen hijos menores o incapaces, está en buena medida comprometido el orden público, no sólo a nivel interno, sino también internacional, motivo por el cual debe darse cumplimiento a lo dispuesto por el art. 1277 en su segunda parte⁸⁰.

78 En este sentido, y durante la vigencia de la ley N° 2393 de matrimonio civil (cuyo art. 6° sujetaba los inmuebles a la ley de su situación, provocando un fraccionamiento que fue superado por la solución posterior), se dijo: “La convención matrimonial celebrada en Francia por la que los cónyuges se sujetan al régimen de la separación de bienes puro y simple es válida y de aplicación en el país. Solo quedan exceptuados los inmuebles atento a la norma del art. 6° de la ley 2393. La cónyuge titular del inmueble sito en la República, adquirido siendo de estado civil casada bajo el citado régimen, debe recabar, para su venta, el asentimiento de su cónyuge conforme lo dispone el art. 1277 del Código Civil” (dictamen del escribano Nahuel, Rodolfo A., aprobado por la Comisión Directiva del Colegio Notarial porteño; ver su texto completo en Revista del Notariado, N° 743, págs. 1599 a 1603).

79 Así opinan, entre otros, BOGGIANO, Antonio (*Derecho Internacional Privado... cit.*, tomo I, págs. 963 y 964); Pallarés, Beatriz A. M. (*Derecho Internacional Privado Matrimonial*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1989); Biocca, Stella M. (*Derecho Internacional Privado*, tomo I, Lajouane, Buenos Aires, 2004, pág. 258); Basz, Victoria y Campanella, Elisabet (*Derecho Internacional Privado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 144).

80 Conf. CLARIÁ, Eduardo A. “El régimen patrimonial-matrimonial en el Derecho Internacional Privado”, Revista del Notariado, N° 819, págs. 1261 y 1262; y el plenario de la

En este sentido se ha expedido la Comisión de Consultas del Colegio Notarial porteño, que sostuvo que: "...la convención matrimonial, celebrada por los esposos durante el matrimonio conforme a la ley del país donde los cónyuges establecieron su primer domicilio (en el caso Chile) debe reputarse válida en nuestra República, por aplicación de lo dispuesto por el art. 163 Cód. Civil. No debe requerirse el asentimiento conyugal establecido por el art. 1277 (...) para disponer de un inmueble adquirido por un cónyuge durante la vigencia de su matrimonio cuyo régimen patrimonial se rige por una convención matrimonial que establece la separación de bienes otorgada con anterioridad a la compra, aún cuando esta última circunstancia no se haya consignado en el título. No obstante, será necesario el asentimiento cuando el bien constituye el asiento del hogar conyugal existiendo hijos menores o incapaces..."⁸¹.

Entendemos que la misma doctrina habrá de aplicarse si entra en juego el art. 456 del nuevo código y se trata de disponer de la vivienda familiar y los muebles indispensables para ésta.

En igual sentido nos expedimos si lo que está en jaque es la vivienda familiar y su titular de dominio está en unión convivencial registrada y pretende disponer de ella y de sus muebles indispensables, o bien transportarlos fuera de ella (arg. art. 522 CCyC).

III.4. La forma de los actos jurídicos

La ley que rige el negocio jurídico que presenta contactos extranjeros de relevancia podrá ser propia o ajena, pero la ley relativa a la forma será, aparentemente, siempre ajena. Ello así, en virtud del inveterado principio, *locus regit actum*.

Debemos señalar, sin embargo, que el problema formal en el ámbito del derecho internacional privado en general y en el derecho internacional privado notarial en especial, no se reduce a una aplicación simplista del mencionado principio. En primer término, porque su enunciado no es totalmente correcto. En efecto, su traducción literal sería que el "lugar (o la ley del lugar) rige el acto", cuando lo adecuado sería enunciarlo como "la ley del lugar de celebración del acto, rige su forma"⁸², o bien, "la ley del lugar de celebración del acto,

XVIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal (ver Revista del Notariado, N° 818, págs. 1120 y sgts.).

81 El dictamen completo está publicado en Revista del Notariado, N° 819, págs. 1345 a 1351.

82 Es la versión que propicia CALANDRELLI, Alcides. *Cuestiones de Derecho Internacional Privado*, tomo I, Imprenta La Buenos Aires, Buenos Aires, 1911, págs. 34 y sgts.

rige el instrumento”⁸³. En segundo lugar, porque el problema de la forma en nuestra materia no es único⁸⁴, sino triple. Esto es, frente a un acto jurídico con elementos o contactos extranjeros, es necesario saber:

a) Qué ley le *impone* una forma determinada como condición de validez y eficacia, aspecto que obviamente se rige por la ley que se aplica al fondo o contenido del negocio.

b) Qué ley *reglamenta* la forma en que se celebra u otorga el acto con contactos foráneos. Es en este aspecto que rige el adagio *locus regit actum*.

c) Finalmente, y para el caso en que la ley que impone la forma no coincida con aquella que la reglamenta, urge determinar cuál es la ley que juzgará la equivalencia (o no) entre la forma impuesta y la forma reglada. En este aspecto, la respuesta en torno a la equivalencia y por ende a la admisión del acto, la brindará la ley impositiva de la forma, que como ya anticipamos, es la que rige su contenido.

La distinción que antecede no estaba consagrada de manera apropiada en el código velezano (arg. arts. 10, 12, 159, 950, 1180 a 1182, 1211, 3129 y 3638).

A nivel convencional tampoco se esboza de modo preciso la problemática de las formas de los actos jurídicos.

El Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889, contiene en su art. 32, una regla general referida a la ley impositiva de la forma. En efecto, en dicho precepto se establece que la ley del lugar donde el contrato (o acto) debe cumplirse, decide si es necesario que se realice por escrito y la calidad del instrumento correspondiente.

La regla *locus regit actum*, solamente campea en materia de instrumentos públicos al disponer en la primera parte de su art. 39 que ellos se sujetan a la ley del lugar donde se otorgan. En cambio, los instrumentos privados, a tenor de lo dispuesto en la segunda parte del precepto, quedan comprendidos en la *lex executionis*: “...los instrumentos privados (se rigen), por la ley del lugar del cumplimiento del contrato respectivo”. En cambio, el tratado de 1940 da cabida en toda su extensión a la ley que reglamenta la forma. Así, dispone su art. 36: “...la ley que rige los actos jurídicos (*lex executionis*) decide sobre la calidad del documento correspondiente. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos, se rigen por la ley del lugar donde se celebran u otorgan. Los

83 Es el enunciado que postula Margarita ARGÚAS en su tesis doctoral y con la que coincide Berta Kaller de Orchansky (*Manual de Derecho Internacional Privado, Plus Ultra*, Buenos Aires, 1984, págs. 379 y 380).

84 Seguimos las enseñanzas de Werner GOLDSCHMIDT (*Derecho Internacional Privado...* cit., págs. 256 y 257).

medios de publicidad, por la ley de cada Estado”⁸⁵.

El art. 2649 del nuevo código presenta el problema formal en toda su dimensión, reparando en los tres problemas indicados al comienzo de este apartado. Así, la ley del lugar donde el acto se celebra indica las solemnidades a cumplir, su validez o nulidad, y la necesidad o no de publicitarlo.

A su vez, la ley que rige el fondo de la cuestión puede imponer al acto una forma determinada para su validez, de manera que en última instancia será la que juzgue la equivalencia entre lo exigido y lo efectivamente cumplido en el caso concreto.

No obstante ello, se consagran sendas excepciones al precepto en materia de reconocimientos de hijos (art. 2633), testamentos otorgados en el extranjero (art. 2645) y en el caso de negocios celebrados entre ausentes.

A este supuesto se refiere la parte final del artículo en análisis, que dispone de modo alternativo que la validez formal del negocio entre personas domiciliadas en distintos estados se sujeta a la ley del país de donde parte la oferta aceptada, o en su defecto, por el derecho que aplique al fondo de la relación jurídica.

Apuntamos también, que el problema de la equivalencia formal no se presenta, habitualmente, respecto de negocios que se extienden por escritura pública, pues esta especie del documento notarial, es ampliamente aceptada a nivel mundial, incluso en aquellos países del *common law*.

Además, corresponde señalar que los particulares pueden, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, escoger para el acto que desean celebrar la forma que se exige en el lugar donde éste deba surtir sus efectos, para de esta manera evitar objeciones a futuro.

Esto así, en la medida en que tal elección no conculque disposiciones de orden público interno e internacional del país donde el acto se celebra (como sucede con los negocios jurídicos reales sobre inmuebles o muebles registrables).

III.5. Los testamentos otorgados en el extranjero

Si la sucesión internacional es testamentaria, al tema de la transmisión *mortis causa* de los derechos se acopla un nuevo ingrediente como es el acto jurídico que indicará la manera como habrá de distribuirse el patrimonio del causante y los aspectos extrapatrimoniales (verbigracia, designación de albaceas, tutores o curadores, el destino de los restos mortales del otorgante de aquel, el régimen de exequias, etc.).

85 Esta distinción también aparece en el Tratado de Derecho Comercial Terrestre de 1940, en su art. 6º en lo relativo a la forma del contrato social.

La existencia del testamento no modifica las reglas generales previstas para las sucesiones toda vez que habrá que analizar sus disposiciones a la luz de la ley del último domicilio del testador, salvo en lo que se refiera a inmuebles (o muebles de situación fija) donde tendrá decisiva injerencia la *lex situs* (conf. art. 2644 CCyC). No obstante ello, se exige una consideración especial respecto del acto jurídico que adjetiva a la sucesión por causa de muerte.

En efecto, no es un tema menor determinar en el régimen del derecho internacional privado notarial qué ley es la que determinará qué se entiende por "testamento".

He aquí un aspecto de la parte general de la materia, como es la calificación de los actos *mortis causa* en tal calidad (sean testamentos, codicilos, pactos sobre herencia u otras figuras admitidas en el derecho comparado con iguales efectos).

Es evidente que no resulta indiferente quien define al acto de marras como un testamento.

Esto así, pues la ley del lugar donde el acto se haya otorgado en tal condición (*lex loci*) puede no corresponderse con la del juzgador (*lex fori*) o notario interviniente ni con la que se aplique para dirimir el juicio sucesorio (*lex causae*).

A guisa de ejemplo, si se tratara de una sucesión internacional sujeta al derecho argentino, se descartaría un testamento conjunto o celebrado a través de un apoderado voluntario (arg. art. 2465 CCyC).

De aquí que en procura de asegurar la validez y eficacia de estos actos a nivel internacional se imponga la instauración de otras reglas que sean proclives a su admisión (*favor testamenti*).

Así, se consagran (al igual que en el régimen derogado) sendas disposiciones en torno a la capacidad del testador y a la forma del acto *mortis causa*.

Al contenido del testamento, en cambio, se aplicará la ley común a las sucesiones internacionales (la del último domicilio del causante, o en su caso, la *lex situs*) según lo dispone el art. 2644 del nuevo texto legal.

III.5.1. La ley que rige la capacidad del testador

Este aspecto se sujeta a la regla común en materia de capacidad de las personas humanas (conf. art. 2616 CCyC) y queda así ligado a la ley del domicilio del testador al momento de otorgar el acto *mortis causa*, o bien, en oportunidad de revocarlo⁸⁶.

86 Ver SOTO, Alfredo M. En Alterini, Jorge H.; director *Código Civil y Comercial...* cit., tomo XI, pág. 988. En el mismo sentido se expide el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940, que no la sustrae de la *lex situs*, como sí hace su antecesor (art.

Esto así, con independencia de la ley que resulta aplicable a la sucesión testamentaria, que podrá ser tanto la del último domicilio que tuvo al momento de fallecer o, en su caso, tratándose de inmuebles ubicados en el país, la ley argentina (conf. art. 2642 CCyC). O, lo que es lo mismo, el cambio de domicilio o residencia efectiva del testador, luego de otorgar el acto *mortis causa*, no afecta la validez y eficacia del acto.

Tampoco lo afecta el hecho de perderse la capacidad, luego de otorgado el testamento y antes de su muerte, pues lo que interesa es que exista tal aptitud al momento de expresar sus últimas voluntades⁸⁷.

En cambio, la capacidad del heredero legítimo o testamentario se fija por la ley que se aplica a la sucesión.

Hay que resaltar que el CCyC ha producido una importante innovación en lo que a la revocación del testamento se refiere.

En efecto, en el régimen anterior, el art. 3825 CC parecía imponer la ley argentina para regir la revocación de un testamento otorgado en nuestro país o en el extranjero si el revocador tenía aquí su domicilio. En cambio, si el testamento en jaque había sido hecho en el exterior, su revocación se regía por el derecho donde había sido otorgado el acto inicial o por la ley del domicilio del testador al momento de dejarlo sin efecto⁸⁸.

El nuevo texto legal despeja definitivamente la cuestión.

Así, la revocación del testamento, en lo que a capacidad del testador se refiere, se sujeta a la ley de su domicilio al momento de dejarlo sin efecto, sin importar si aquel fue extendido en el país o en el exterior.

III.5.2. La ley que rige la forma del testamento

Por regla, la forma del testamento se sujeta a la ley del lugar donde es otorgado. Empero, dada la existencia de dos normas que influyen en la determinación de la forma de los actos jurídicos (conf. art. 2649 CCyC), una imponiendo o determinando la manera como se expresa la voluntad (la ley que rige el fondo del acto) y otra que la reglamenta (la ley donde el acto se celebra), puede suceder que un acto válido en el país de su otorgamiento se repute ineficaz en el territorio del estado donde se lo pretenda hacer valer.

44), corrigiendo en este aspecto el destrozo a la causa sucesoria, que se verifica en ambas convenciones al someterlas a puntos de conexión estrictamente reales.

87 CApel. Civ. y Com. San Isidro, sala I, 8/6/1993, "Rappaport de May v. Rappaportova de Kohn s/ impugnación de testamento" cit. por Medina, Graciela; en Bueres, Alberto J., director, Highton, Elena I.; coordinadora, *Código Civil y normas complementarias*, tomo 6-A, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pág. 807.

88 Ver BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado...* cit., tomo I, págs. 1106 y 1107.

Como en estas lides se trata de actos para tener eficacia luego del fallecimiento de quien lo otorgó, va de suyo que existe la imposibilidad de exigir su reproducción bajo la cobertura de las formas legalmente debidas.

Por ello, para evitar testamentos claudicantes y para favorecer la eficacia de los actos de última voluntad, es que nuestro sistema aplica una excepción a dicha regla, de modo que la forma de los testamentos otorgados en el extranjero se sujeta a distintas reglas alternativas u opcionales, de manera que no se los pueda impugnar por esa causa, a la postre, cuando su autor ya no esté más entre nosotros.

Así, en el régimen del CC se consagraban múltiples opciones para la persona que decidía testar en el exterior, garantizándole que cualquiera de ellas que fuera efectivamente utilizada, sería respetada y admitida en nuestro medio, en tanto se ajustara a las exigencias previstas por la ley bajo la cual lo había celebrado. Esto así en procura de obtener testamentos formalmente válidos y eficaces a nivel internacional (conf. arts. 3635 y 3638)⁸⁹.

A nivel convencional, los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional también plantean soluciones favorables a la admisión formal de los testamentos extranjeros. El de 1889, en su art. 44, dispone que la ley del lugar de situación de los bienes hereditarios al tiempo de la muerte del causante rige la forma del testamento. Pero deja a salvo los testamentos por acto público, que serán admitidos en todos los estados partes (por lo que indirectamente los sujeta a las leyes del lugar de su otorgamiento). El de 1940, contiene una solución similar en su art. 44. Pero también expresa que los testamentos abiertos o cerrados otorgados por acto solemne serán admitidos en todos los estados partes (se trata de una solución de derecho civil unificado).

El art. 2645 del nuevo código replica las soluciones del régimen anterior, pero simplificándolas. Así, se consagra una excepción a la regla de las formas de los actos jurídicos en el derecho internacional privado (general y notarial en particular), que para el caso de los testamentos otorgados en el extranjero se sujetan a una sola ley, que de observarse de manera correcta, implicará la admisión del acto *mortis causa* en nuestro medio.

No se distingue por la nacionalidad del testador, por lo que la solución del precepto la pueden utilizar tanto los argentinos como los extranjeros, en tanto otorguen el acto de referencia en el exterior.

⁸⁹ Esto no quita, por cierto, que puedan ser *a posteriori* impugnados en sus contenidos ante nuestros tribunales, por ejemplo, por afectar las porciones legítimas que correspondan a los herederos forzosos del testador si resulta aplicable nuestro derecho a la sucesión testamentaria.

Las opciones en materia de forma testamentaria, son cinco:

- a) las que rigen en el lugar donde se otorga el testamento (aplicación de la regla *locus regit actum*);
- b) la ley del domicilio del testador al tiempo de su celebración;
- c) la ley de la residencia habitual del testador al momento de otorgarlo;
- d) la ley de la nacionalidad del testador al momento de testar;
- e) las formas dispuestas por el derecho argentino⁹⁰.

En todos los supuestos, si el testamento debe presentarse y hacerse valer en nuestro medio (por ejemplo, por estar aquí ubicados uno o más inmuebles del *de cuius*) y se aporta con las legalizaciones, autenticaciones y traducciones de rigor, será admitido sin discusiones o planteos por la forma que luce.

III.5.3. ¿Deben protocolizarse los testamentos otorgados en el extranjero?

No existe una disposición que expresamente contemple esta exigencia⁹¹, lo que aparentemente habilitaría a afirmar que estos instrumentos están exentos de dicha exigencia.

Sin embargo, la práctica de nuestros tribunales nos indica que en la mayoría de los casos se ordena la protocolización de los testamentos extranjeros. Ello así, aunque con distintos argumentos, a saber:

- a) por aplicación analógica de las directivas previstas para los actos *mortis causa* otorgados en nuestro medio⁹²;
- b) porque si se refieren a inmuebles situados en nuestro país, debe darse cumplimiento a lo dispuesto por la *lex situs*⁹³.

90 Conf. ALL, Paula M. En Rivera, Julio C.; Medina, Graciela directora, *Código Civil y Comercial...* cit., tomo VI, pág. 927. Existe una marcada equivalencia con el artículo del convenio de La Haya sobre conflicto de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias de 1961, que no ha sido ratificado por nuestro país, pero que indudablemente ha servido de fuente de inspiración -junto con el régimen derogado del CC-.

91 Excepción hecha de los testamentos consulares (art. 2646 CCyC), que no son, en sentido estricto, testamentos "extranjeros".

92 Así, respecto de un testamento ológrafo otorgado en el extranjero y del cual se presentó ante los estrados judiciales locales testimonio de su protocolización, la Cámara Civil Segunda de la Capital Federal resolvió en su fallo del 30/5/1950 que: "...aún cuando se ha establecido que no es necesaria la presentación del testamento original otorgado en el extranjero, esta circunstancia no importa dispensa de protocolizar en la República, el testimonio que se presenta" (LL-60-373).

93 En esta segunda interpretación se asocia y equipara el testamento extranjero con el negocio jurídico real inmobiliario para determinar la obligatoriedad de su protocolización. Por eso ha dicho la Cámara Civil Primera de la Capital Federal en su fallo del 12/7/1927 que: "...no es necesaria previa protocolización en el país del testamento ológrafo hecho en el extranjero y ordenada por el juez del último domicilio del causante, que no dejó en la República bienes inmuebles" (Gaceta del Foro, N° 62, págs. 50 y sgts.).

La doctrina argentina tampoco presenta un frente común, existiendo quienes consideran que los testamentos extranjeros deben protocolizarse en todos los casos (aunque de acuerdo a la naturaleza del documento presentado, no siempre corresponda verificar su autenticidad en forma previa a su admisión –excepción hecha, por cierto, de las legalizaciones y autenticaciones de rigor-, como sucede con los testamentos por acto público o los ológrafos que ya fueron reconocidos y eventualmente protocolizados en el país de su otorgamiento⁹⁴) y quienes rechazan el cumplimiento de esta exigencia cuando el acto *mortis causa* ya fue protocolizado en el extranjero y se presenta testimonio de dicha actuación en nuestro medio⁹⁵.

En lo personal juzgamos conveniente cumplir con el requisito de la protocolización por orden judicial de estas piezas escritas, pues ello favorece la conservación y custodia del testamento durante la sustanciación del proceso sucesorio⁹⁶.

III.6. Los poderes internacionales

Se reputan tales los actos de representación voluntaria que son otorgados bajo el régimen jurídico de un estado y que deben presentarse y hacerse valer en el territorio de otro. O, también, cuando no existe coincidencia entre el lugar (y la norma que allí rige) donde se confiere la facultad de actuar por otro, y aquel donde ella es ejercida⁹⁷.

Pese a que el nuevo código no contiene soluciones expresas respecto de los poderes de representación voluntaria que circulan a nivel internacional, se impone considerar brevemente la cuestión.

El análisis de los distintos aspectos que encierra el poder como acto jurídico unilateral en buena medida nos conecta con la ley del lugar de su ejercicio, que podrá no ser la vigente en nuestro medio.

94 Conf. PAGLIA CHAMORRO, María C. “La regla *locus regit actum* y las disposiciones de última voluntad. Su protocolización”, en Revista del Notariado, N° 745, págs. 59 a 80 y Gaceta del Notariado, N° 68, págs. 65 a 89.

95 Conf. FERRER, Francisco A. M. En Llambías, Jorge J.; Méndez Costa, María J., directora, *Código Civil Anotado*, tomo V-C, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 289.

96 Ver SAUCEDO, Ricardo J. “La protocolización notarial de testamentos por orden judicial”, en JA, 2006-III-1053. Ver también en Armella, Cristina N., directora; Esper, Mariano, invitado, *Summa notarial...* cit., tomo IV, págs. 4371 y sgts.

97 Conf. SAUCEDO, Ricardo J. “El régimen jurídico de los poderes internacionales desde la perspectiva del derecho argentino”, en JA, 2006-II-1110. En Armella, Cristina N., directora; Esper, Mariano, invitado, *Summa notarial...* cit., tomo IV, págs. 5079 y sgts.

Consideramos de interés reflexionar en torno a la forma del poder otorgado en el extranjero, para actuar en nuestro país y al control que sobre ella debe efectuar el notario argentino.

En el régimen del CC anterior, la cuestión se sujetaba a la regla *locus regit actum* (conf. arts. 12, 950, 1180 y conc.).

Por ende, si la procura no presentaba aspectos lesivos de nuestro orden público interno e internacional, en tanto y en cuanto el documento que lo contenía se presentaba debidamente legalizado y traducido, podía ser utilizado sin mayores pruritos.

Respecto de los tratados de Montevideo, interesa considerar el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889, que nos vincula en este tema (los poderes) con Colombia.

Respecto de los actos jurídicos, dispone su art. 32 que la ley donde deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente. El art. 39 establece con respecto a las formas que las del instrumento público se rigen por la ley del lugar de su otorgamiento y las del documento privado, por la ley del lugar de ejecución del acto.

Por tanto, si desde Colombia se remite un poder para vender un inmueble ubicado en la República Argentina en forma privada y con las firmas certificadas, debemos observarlo. Ello así pues a tenor del artículo citado en primer término, la forma de aquel se determina por la ley argentina, que es la del lugar de su ejecución. El CCyC exige para estos poderes no solamente la forma escrita, sino también que se documenten por escritura pública (arg. arts. 363, 1017 y conc.). Qué se entiende por "escritura pública" y sus recaudos formales, es un aspecto que reglamentará el derecho colombiano⁹⁸.

III.6.1. La Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el Extranjero (CIDIP I, Panamá, 1975)

Fue ratificada por nuestro país en 1982, por ley N° 22.550.

Los otros países que han adherido y ratificado la misma son: Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela⁹⁹.

98 Conf. CLARIÁ, Eduardo A. "El poder internacional en el Mercosur", en *Revista del Notariado*, N° 847, pág. 665.

99 Los restantes países signatarios de la convención que a la fecha no han depositado su instrumento de ratificación son Colombia (respecto del cual rige el Tratado de Montevideo de 1889) y Nicaragua (donde aplicamos las reglas del CCyC argentino, como derecho internacional privado de fuente interna).

Nos interesa su art. 2º, que dispone que las formas y solemnidades de los poderes que se utilizarán en el extranjero se sujetarán a las leyes del estado donde se otorguen, a menos que el otorgante prefiera sujetarse a las leyes del estado en que habrán de ejercerse.

Hasta aquí se destaca la inicial adhesión a la regla *locus regit actum* y su carácter facultativo. Sin embargo, a renglón seguido dispone el mismo precepto: "...en todo caso, si la ley de éste último exigiere solemnidades especiales para la validez del poder, regirá dicha ley"¹⁰⁰.

Nuevamente vemos una clara conexión con el derecho privado argentino interno y que deriva en consecuencias equivalentes. Así, frente al interrogante de si se puede autorizar una compraventa sobre un inmueble ubicado en nuestro país con un poder remitido por su propietario desde República Dominicana otorgado en forma privada con su firma certificada por notario dominicano, respondemos en sentido negativo.

A riesgo de pecar de reiterativos, exponemos los argumentos que nos llevan a tal solución.

Ambos países están vinculados por la Convención de Panamá resultando aplicable a la forma del poder internacional, su art. 2º.

El otorgante optó por seguir, para la forma del poder, la ley del lugar de celebración del acto. Sin embargo, la ley argentina (lugar de ejecución del poder) impone la escritura pública como "solemnidad especial" para los poderes de esta índole. Esa "solemnidad especial" no es desconocida en la República Dominicana, razón por la cual no se puede acudir a la norma de adecuación de los sistemas documentales, prevista por los arts. 3º y 7º de la convención.

Como el defecto apuntado se observó en un estudio de títulos (lo que suponía que el poder había sido efectivamente utilizado y la escritura de compraventa, autorizada), frente al caso concreto, sugerimos al consultante obtener la ratificación de todo lo actuado por parte del anterior titular dominial del bien, extendiendo dicha declaración de voluntad, ahora sí bajo la forma de escritura pública ante notario de la ciudad de Santo Domingo.

100 El art. 3º establece que si en el estado en que se otorga el poder fuera desconocida la solemnidad especial exigida por el estado receptor, bastará con que se cumplan las exigencias previstas en el art. 7º. Este último consagra las pautas para dicha adaptación, a saber: el poder debe contener una declaración jurada o aseveración del otorgante de decir verdad sobre su identidad, nacionalidad, edad, domicilio y estado civil; se agregarán copias certificadas u otras pruebas relativas a las representaciones de personas físicas o jurídicas invocadas por el otorgante; la firma del otorgante deberá estar autenticada; y la observancia de los demás recaudos formales establecidos en la ley del lugar de su otorgamiento.

Como se advierte, el precepto está pensado especialmente para los países americanos de notariado anglosajón, los que hasta ahora no han ratificado la convención.

En cuanto al contenido del acto de apoderamiento, se rige por la ley del estado donde este habrá de utilizarse, como sucede con todos los actos jurídicos en general.

Así lo disponen a nivel convencional los arts. 32 y 33 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 (que nos liga con Colombia) y arts. 4º y 5º de la convención Interamericana sobre el régimen legal de los poderes de Panamá de 1975 (CIDIP I).

A nivel interno, debe aplicarse el art. 2652 CCyC.

Por tanto, todo lo referido a la validez del poder, su contenido, clases, objeto, alcances, limitaciones y efectos en general, queda sujeto a la ley vigente en el país donde se lo pretenda ejercer.

De aquí que como notarios hemos de rechazar poderes para otorgar testamentos para adoptar personas humanas, e incluso poderes de un cónyuge al otro para prestar el asentimiento para disponer de la vivienda familiar, los muebles indispensables de ésta o su transporte fuera de ella (arg. arts. 456 y 459 CCyC). Lo mismo sucedería si el poder es conferido a favor de un tercero pero no hay indicación expresa y precisa del bien sobre el cual se pretende ejercitar el acto dispositivo que requiere de dicha anuencia¹⁰¹.

III.7. Los contratos internacionales

III.7.1. El principio general

Los negocios jurídicos son objeto de conocimiento del derecho internacional privado notarial cuando para resolver cuestiones atinentes a su validez, efectos y consecuencias hay que acudir a más de un ordenamiento jurídico. O, lo que es lo mismo, hay insuficiencia de un solo y único derecho para dar respuesta a todos y cada uno de los distintos aspectos de la vida jurídica que pueden derivarse de un contrato que así reviste el mote de internacional¹⁰².

101 Ver nuestro aporte "Los poderes de representación voluntaria de forma notarial en el Código Civil y Comercial de la Nación" en JA, 2015-IV-756 y sgts.

102 De todas maneras, aclaramos que no hay una noción única de lo que se entiende por contrato o convenio internacional.

A modo de ejemplo, citamos algunas calificaciones aportadas por distintas convenciones internacionales, algunas de ellas ratificadas por nuestro país.

Así, el art. 1º de la Convención de La Haya de 1986 sobre ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías (ratificada por Argentina por ley Nº 23.916) dispone su injerencia cuando el acuerdo es concertado entre partes cuyos establecimientos comerciales están ubicados en estados diferentes. Asimismo, cuando exista conflicto entre las leyes de dichos estados.

En esta materia, como ya se anticipó, se admite de manera definitiva¹⁰³ en nuestro medio, como principio general, la elección del derecho aplicable y del juez o notario internacionalmente competentes para entender en esta temática. Se consagra así como punto de conexión conductista la autonomía de la voluntad, en sus dos vertientes: la conflictual, es decir, la facultad de elegir el derecho aplicable al contrato internacional; y la material, que supone lisa y llanamente fijar el contenido del negocio creando disposiciones que se juzguen pertinentes en cada caso concreto, incluso sin referirse a un determinado régimen jurídico en particular.

Sólo ante la ausencia de disposiciones expresas de los particulares, el legislador indica las conexiones que servirán para dirimir la cuestión: leyes del lugar de cumplimiento del contrato, del domicilio actual del deudor de la prestación característica o bien del lugar de celebración del negocio (arg. art. 2652 CCyC).

III.7.2. La aplicación práctica de la autonomía de la voluntad para la determinación del derecho aplicable a los negocios internacionales

La libre elección del derecho se sustenta, entre otras razones, en que se trata de tutelar los intereses de las partes, que son quienes mejor los conocen y resguardan. Pueden incorporar a la convención todos aquellos aspectos o asuntos que les parezcan posiblemente conflictivos o de los que puedan derivarse discrepancias, aclarándolos de modo tal que estas no se susciten, o, en caso de ocurrir, pueden predecir cómo habrán de ser resueltas.

En este convenio es el domicilio diferente de las partes contratantes el que influye en la calificación de "internacional" del negocio.

En el mismo sentido se expide la Convención de Nueva York de 1974 sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (ratificada por la ley N° 22.488) que pone el acento en la localización de los establecimientos de las partes en distintos estados al momento de su celebración, atendiendo en subsidio a su residencia (art. 2°).

También la Convención de Viena de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (ratificada por la ley N° 22.765), de acuerdo a su art. 1°.

Por su parte, la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V, México, 1994 -vigente solamente entre México y Venezuela-) dispone en su art. 1° que el contrato se califica como internacional si las partes que lo celebran tienen su residencia habitual o su establecimiento en estados partes diferentes o si el contrato presenta contactos objetivos con más de un estado parte.

Así, se incorpora un nuevo ingrediente para determinar la posible extraneidad del negocio, y con ello, su sujeción a dicha convención (el contacto objetivo relevante) que no aparece en las otras normativas citadas.

103 Superando así el criterio restrictivo de los tratados de Montevideo.

En estas lides, el notario tiene un papel relevante, pues interpretando la voluntad de los celebrantes puede sugerir algunas disposiciones a incluir o advertir en torno a los inconvenientes que pueden derivarse de otras reglas.

Se trata, por supuesto, de respetar los deseos de sus requirentes, pero en su condición de profesional y perito en derecho, no puede permanecer inactivo o guardar silencio en torno a las ventajas o inconvenientes de las elecciones que realicen los primeros, sea que se remitan a un derecho vigente en un estado o bien que directamente construyan el contexto normativo del negocio sin referencia a un derecho en particular o siguiendo los usos y costumbres del comercio internacional (verbigracia, aplicación de la autonomía conflictual o material).

Ahora bien, el ejercicio de esta facultad genera distintos interrogantes:

a) El primero es si la elección del derecho habrá de ser siempre expresa o puede resultar de manera tácita de la redacción o cláusulas del negocio. En el primer caso, no caben dudas de la procedencia de la elección realizada, ya que en el texto del documento que contiene el negocio luce la normativa a la cual se sujeta. En el segundo, en cambio, habrá que atender a los hechos que rodearon la celebración del acto, que pueden indicar indirectamente la elección de un derecho cierto: así, la redacción del instrumento que contiene el negocio en determinado idioma; la elección de un foro donde dirimir las posibles controversias que se deriven de aquel; el empleo de un contrato tipo o de figuras contractuales que corresponden a un determinado ordenamiento jurídico. Asimismo, si la voluntad de las partes, en el sentido de escoger un determinado derecho para regir la suerte del contrato, puede ser hipotética, o desprenderse de ciertas conductas o actitud seguidas por ellas al momento de celebrarlo.

Se sugiere siempre la elección expresa y precisa del derecho aplicable, de modo de evitar a la postre, disputas en torno a la interpretación del convenio y de la ley que habrá de regirlo.

b) Hay que considerar si la elección del derecho puede abarcar todo el contrato o una o más cláusulas de él. En el primer caso, todo el negocio queda sujeto a un mismo y único régimen jurídico, o bien se puede fraccionar su contenido y efectos de manera que haya pluralidad de normas aplicables a cada uno de ellos. En el segundo, los interesados se expiden de manera expresa y concreta sobre determinados aspectos del negocio, guardando silencio sobre los restantes. Para este supuesto, en aquellos temas no regulados habrá que estar al derecho que subsidiariamente haya dispuesto el legislador en la materia (arg. art. 2652 CCyC).

De todas maneras, conviene resaltar que la elección del derecho no comprende ni la capacidad de los celebrantes del contrato ni su forma (impuesta), pues se trata de aspectos que están regidos por las normas indirectas pertinentes a las que hay que ajustarse de modo indefectible.

c) El ejercicio concreto de esta facultad no se proclama ni puede ser absoluto. Esto es, existe siempre un marco de referencia para que la elección del derecho sea válida y eficaz, de manera que hay límites de observancia ineludible.

1) El orden público internacional

Si el derecho escogido atenta contra los principios del orden público internacional del notario que reciba el negocio (o del juez que entienda a la postre en el caso de conflicto), va de suyo que por vía de corrección y ajuste no serán aplicados aquellos aspectos que lo comprometan, los que serán sustituidos por la *lex fori* o del escribano que reciba la pieza escrita que lo contenga.

2) El fraude a la ley

Si la elección del derecho tiene como objetivo evitar de manera ilegítima la aplicación del derecho pertinente, va de suyo que la voluntad de los particulares cederá ante la normativa cuya aplicación se pretendió soslayar.

3) La internacionalidad objetiva

Esto supone que la voluntad de las partes no puede pretender convertir en internacional un negocio que está íntegramente sujeto a un mismo y único derecho, es decir, un contrato "nacional".

4) El número o cantidad de leyes a aplicar

La posibilidad de aplicar distintas leyes a los aspectos y elementos del contrato puede no estar considerada en el lugar donde el negocio se pretenda hacer valer, con lo cual, en estas lides convendrá escoger un solo derecho para todo el negocio o bien aplicar la autonomía material y disponer de manera expresa todas y cada una de las cláusulas que habrán de regir los distintos aspectos del negocio.

5) El tiempo en que se realiza la elección

Así, puede indicarse que la determinación del derecho aplicable al negocio al momento de su celebración, será inmutable, o bien, puede admitirse su modificación a futuro, antes o después de que deba hacerse valer el negocio en sede notarial, o bien se desate el conflicto en la órbita judicial.

6) La elección del derecho a aplicar al contrato

Se puede condicionar el ejercicio de esta facultad a que se escoja un derecho con el cual el negocio presente vínculos reales y objetivos, pues en caso contrario habrá que estar a la normativa dispuesta por el legislador.

También puede suceder que se indique un catálogo de derechos a escoger suministrados por el legislador en base al parámetro anterior.

7) El rechazo del reenvío

Cuando se escoge un derecho como aplicable al negocio, se entiende que la elección apunta al derecho privado interno, con exclusión de sus

normas indirectas o de conflicto, lo que obsta a la aplicación de la figura del reenvío.

Esto es lo usual pero nada impide que se haya dispuesto lo contrario (verbigracia, se aplicará el derecho español o francés, incluídas sus normas indirectas, que pueden remitir al derecho de otro país).

Sobre este tema el notario debe asesorar para advertir las implicancias de seguir una u otra postura.

8) La defensa de los intereses y derechos de personas que se consideran jurídicamente débiles o vulnerables

Es general la prohibición del ejercicio de la autonomía de la voluntad en contratos de consumo (conf. art. 2655 CCyC) o laborales donde las partes no están en pie de igualdad (consumidor, trabajador), lo que obsta a la elección del derecho aplicable a la relación jurídica.

Lo propio sucedería si el derecho escogido y aplicable al caso violentara las reglas consagradas en las convenciones sobre los derechos del niño o de las personas con discapacidad, poniendo en segundo lugar los intereses de estas personas humanas; o los subordinara pura y exclusivamente a cuestiones económicas.

9) Las normas de policía e internacionalmente imperativas

He aquí otra restricción importante, pues la elección del derecho no puede obstar a la aplicación *a priori* de estas normas contempladas en el ordenamiento jurídico al que está sujeto el notario, o bien a la ley del potencial juzgador a futuro (*lex fori*).

En suma, la autonomía de la voluntad se evidencia desde la órbita del derecho internacional privado notarial como una facultad esencialmente relativa, y por ende, su ejercicio y eficacia están supeditados a las limitaciones que el ordenamiento jurídico al que pertenecen las partes dispongan, sobre las que debe ilustrar y asesorar en su caso el notario, a efectos de cumplir fielmente con su cometido.

III.8. Los derechos reales

A esta categoría de derechos subjetivos se la sujeta, según la identidad del objeto sobre el cual recae la potestad, a la ley del lugar de su situación o registro (inmuebles, muebles registrables), o bien a la del domicilio de su titular (muebles no registrables).

Estas directivas también sirven para indicar el juez internacionalmente competente e incluso para su calificación.

Están plasmadas en los arts. 2663 a 2670¹⁰⁴ CCyC, que se han inspirado en el CC, los Tratados de Montevideo y el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 (arts. 33, 34, 95 a 99).

El principio rector en la materia es el de mantener la distinción entre cosas inmuebles y muebles (en este caso, divididos en los de situación fija y permanente y los móviles o de fácil traslado), tal como aparece en el CC.

A estas categorías se agrega la de los bienes registrables, con un nuevo punto de conexión, como es el lugar de su matriculación.

A los fines de este aporte interesa considerar el derecho que les resulte aplicable en el caso concreto. A este sentido, el art. 2667 del nuevo código contiene en su primera parte una regla completa sobre el tema. En efecto, sujeta los derechos reales sobre inmuebles (no importa si están ubicados en el país o en el exterior) a la ley del lugar de su situación¹⁰⁵.

Se abstiene, además, de enumerar los aspectos que están comprendidos en el estatuto real.

De manera breve y concisa alude a los derechos reales.

Por ende, quedan involucrados en la *lex situs*: las cosas y bienes que pueden ser objeto de estos derechos (en el caso argentino, los inmuebles que estén en el comercio, aunque pertenezcan al estado y el derecho de superficie), los derechos reales que se pueden adquirir sobre estos bienes (en el nuevo código: dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido, sepultura¹⁰⁶, superficie, usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca y anticresis), las relaciones de poder (posesión y tenencia), los modos para adquirirlos y transferirlos, las defensas posesorias y petitorias y su publicidad (registral, posesoria, cartular y vinculada con la subasta).

La capacidad para celebrar negocios que provoquen mutaciones jurídicas reales inmobiliarias, por ende, se sujeta a la ley del domicilio de las personas humanas o jurídicas (conf. art. 2616).

Por excepción, si existe alguna prohibición específica en la materia, ello será a partir de su consagración en una norma de policía, o bien por medio del control del orden público internacional.

104 Ver un análisis más exhaustivo sobre el tema en nuestro estudio “Las reglas de derecho internacional privado en materia de derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en JA, 2015-III-856 y sgts.

105 El art. 10 CC se refería solamente a los inmuebles radicados en nuestro país.

106 El código alude erróneamente a los “cementeros privados”, cuando el objeto del poder jurídico es la parcela de aquel afectada a dicho fin (conf. art. 2112). Sobre el tema ver nuestro estudio “Los cementeros privados en el derecho vigente y en el proyectado”, en JA, 14/5/2014, págs. 15 y sgts.

La segunda parte del precepto se refiere a los negocios celebrados en el extranjero sobre inmuebles radicados en el país.

Simplifica la admisión de estos títulos, limitándose a exigir que consten en instrumentos públicos (la ley argentina impone así una forma al negocio en cuestión -conf. art. 2649-), y que se presenten debidamente legalizados.

Añadimos el recaudo de la traducción, que es de observancia ineludible cuando el documento está redactado en una lengua ajena.

Se suprime así, la exigencia de la previa protocolización del negocio por orden judicial. Ahora bien, la no intervención del juez y del notario argentinos deja en manos del registrador, a la hora de calificar, el control de estos recaudos para decidir su toma de razón o no.

No obstante ello, serán operativas (como una nueva exigencia a cumplir, si existen en la demarcación donde se ruego la inscripción del documento) las soluciones en materia de barreras y defensa de la competencia notarial.

A modo de ejemplo, si el negocio se refiere a un inmueble situado en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, corresponderá aplicar las directivas de los arts. 185 a 188 del decreto-ley N° 9020/78.

En consecuencia, será menester recabar la intervención de un notario local, en lo atinente a los actos pre y postescriturarios.

Así, este funcionario habrá de solicitar los certificados registrales con reserva de prioridad y los administrativos y fiscales de rigor (verbigracia, catastro, municipal, etc.), indicando quién es el escribano que los habrá de utilizar.

Una vez autorizado el acto, se expedirá copia que deberá presentarse debidamente legalizada y autenticada (verbigracia, apostilla, autenticación consular) y, si está en idioma extranjero, será traducida por profesional habilitado en el país.

El notario bonaerense, previo a verificar el cumplimiento cabal de estos aspectos, anejará al título aportado el folio de actuación notarial habilitado a estos fines por el colegio, confeccionará las minutas de inscripción y rogará con su firma y sello la toma de razón del documento en el registro inmobiliario. Asimismo procederá a ingresar en tiempo y forma los tributos derivados de ese acto (a nivel nacional o local) y a liberar los certificados administrativos de rigor (por deuda de impuesto inmobiliario o tasas municipales).

Si la autorización del negocio se hubiera realizado sin la solicitud de los certificados registrales y administrativos pertinentes, la intervención del notario local será igualmente necesaria, dado que el registro inmobiliario no accederá a inscribir o anotar el título sin su participación.

Se ha señalado con acierto que en estas lides será conveniente, si existe apoderado del adquirente en nuestro medio, que ruego la protocolización

voluntaria de esta pieza escrita a efectos de asegurar su conservación y darle matricidad en el país¹⁰⁷.

En cuanto a los bienes registrables, con independencia de la función que cumpla la publicidad registral en el *iter* constitutivo del derecho real, el hecho de que los actos por los cuales ellos se adquieran, modifiquen, transfieran o extingan deban ser asentados en un registro, determina de manera indefectible su localización en un determinado lugar.

Esto así, aunque puedan ser fácilmente trasladados de un sitio a otro, y que por su propia naturaleza estén en constante movimiento (buques, aeronaves o automotores).

En consecuencia, es la toma de razón de dichos negocios en los registros pertinentes lo que los inmoviliza a los efectos de determinar la ley que les resulta aplicable en materia de estricto carácter real (verbigracia, los derechos de esta índole que pueden ser adquiridos sobre ellos, los modos de transmitirlos o extinguirlos, el régimen de su publicidad registral, etc.). De aquí que se sujeten a un régimen equivalente al de los inmuebles.

Así, el nuevo código, en su art. 2668 suministra una nueva regla de conflicto en materia de derechos reales cuando recaen sobre bienes registrables, que los sujeta a la ley del lugar de su registración.

Empero, y a diferencia de los inmuebles, corresponde advertir que siempre cabe la posibilidad de la mutación del estatuto legal de estos objetos.

En efecto, puede verificarse el cambio de matriculación por el desplazamiento definitivo del objeto de un estado a otro (o por el cambio definitivo del domicilio o residencia habitual de su propietario), lo que implicará la baja de la matrícula en una demarcación y la apertura o alta de ella, en el nuevo lugar de su localización.

Luego, ante el conflicto móvil por modificación del punto de conexión real o personal, urge saber la suerte de los derechos adquiridos (especialmente por terceros -verbigracia, hipotecas, prendas u otras garantías reales o personales-).

Para este supuesto debe aplicarse por analogía lo previsto en el art. 2669, en el sentido de que los derechos adquiridos bajo un régimen jurídico (la ley del lugar de la primera registración) deben ser admitidos y reconocidos en los otros.

He aquí un aspecto que distingue a esta figura de los inmuebles que por esencia carecen de movilidad y se rigen indefectiblemente y de modo permanente por una única ley, como es la del lugar de su situación.

107 Conf. ARMELLA, Cristina N. En Clusellas, Eduardo G., coordinador, *Código Civil y Comercial...* cit., tomo I, pág. 780.

Finalmente, el nuevo código plantea el tema de la ley aplicable a los derechos reales sobre bienes muebles en dos preceptos, según si tienen o no situación permanente, de lo que se infiere que son dos reglas y no una, evitando las discusiones que generara la regulación anterior (el CC):

a) El art. 2669 dispone que las potestades reales sobre los bienes muebles con situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos se sujetan a la ley del lugar de su situación al momento en que se desata el conflicto de índole estrictamente real (verbigracia, la adquisición, modificación, transmisión o extinción de dichas prerrogativas).

Acá también incide de modo esencial la voluntad del propietario de las cosas para darles la situación de inmovilidad que justifica su sujeción a la *lex rei sitae*.

No obstante ello, se repara en que la ley de marras debe ser la de la situación efectiva de la cosa al momento en que se deduce el reclamo petitorio (o posesorio).

Implícitamente se reconoce la posibilidad de traslado de estos objetos de un estado a otro, con lo cual la mentada inmovilidad es una caracterización esencialmente relativa. He aquí una marcada diferencia con los inmuebles, donde la *lex situs* perdura de manera inmutable.

A renglón seguido, se contempla el cambio de estatuto real (o conflicto móvil).

Respetando los derechos adquiridos, la segunda parte del precepto dispone que los derechos obtenidos sobre estas cosas bajo el régimen anterior deben ser mantenidos y respetados en el sistema vigente en el lugar de su nueva radicación.

b) El art. 2670 dispone que los derechos reales sobre bienes muebles que el propietario lleva siempre consigo o que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, y los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, se sujetan a la ley del domicilio de aquel. Es decir, se replica la categoría de los muebles móviles, indicando los mismos casos que el código velezano.

Empero, el precepto establece que en subsidio rige la ley del lugar de situación de las cosas motivo del conflicto real (petitorio o posesorio), si se controvierte o desconoce la calidad de su dueño.

Personas jurídicas

Aldo Emilio Urbaneja

SUMARIO: 1. Personas jurídicas. 1.1. Introducción. 1.2. Inoponibilidad de la personalidad jurídica. 1.3. Personas jurídicas públicas. 1.4. Personas jurídicas privadas. 1.5. Leyes aplicables. 1.6. Nombre. 1.7. Domicilio y sede social. 1.8. Patrimonio. 1.9. Duración. 1.10. Objeto. 1.11. Modificación del estatuto. 1.12. Prórroga del plazo de duración y reconducción. 1.13. Liquidación y responsabilidades. 2. Asociaciones civiles. 3. Simples asociaciones. 4. Fundaciones.

1. PERSONAS JURÍDICAS

1.1. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación continúa con el mismo criterio que tenía el art. 39 del código velezano. En consecuencia con la constitución de la persona jurídica, se crea un nuevo sujeto de derecho, que tiene una personalidad distinta de cada uno de sus miembros, e incluso de todos ellos juntos. Es un ente totalmente distinto de quienes lo constituyeron y de quienes lo integran o administran. Y los bienes que le pertenecen a la persona jurídica, como las obligaciones contraídas por ella, no benefician ni afectan a los miembros de la misma. Los miembros de la persona jurídica no responderán con sus bienes personales por las deudas de ella, salvo que las hubieren avalado expresamente.

1.2. Inoponibilidad de la personalidad jurídica

El principio de la inoponibilidad de la personalidad jurídica se encontraba consagrado en el art. 54 de la ley general de sociedades (en adelante, LGS) introducido en 1983 por la ley N° 22.903¹, y ahora, con alguna adecuación se ha extendido a todas las personas jurídicas, lo cual es positivo que así se haya consagrado.

1 Boletín Oficial del 15/09/83.

Esta regulación es congruente con la disposición contenida en el art. 141 que establece que a las personas jurídicas el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y a los fines de su creación. Es decir que la misma ley la considera un centro diferenciado de imputación, en la medida en que su actividad se ajuste a la consecución de su objeto y a los fines de su creación, pero cuando se desvía de ellos la ley prevé la respectiva sanción.

La ley no trata de la sanción más grave todavía, que es la desestimación de la personalidad jurídica, la que no se encuentra prevista en nuestro ordenamiento, no obstante que la comisión redactora dice en los fundamentos que: "...rige además la desestimación, prescindencia, inoponibilidad, etcétera, de la personalidad jurídica, como instituto de excepción al criterio de separación o diferenciación...", sino que se estableció la inoponibilidad del acto afectado, sin que ello signifique el desconocimiento de la personalidad jurídica. Eso podría darse excepcionalmente si se probara que la constitución de la persona jurídica se ha realizado a efectos de violar la ley, el orden público o la buena fe, o para frustrar derechos de terceros, caso en el cual podría llegarse a la conclusión que en realidad se está ocultando la actuación de una o más personas, físicas o jurídicas, que son quienes la dirigen o controlan.

1.3. Personas jurídicas públicas

El nuevo código no distingue entre personas jurídicas públicas estatales y personas jurídicas públicas no estatales.

A efectos de determinar la capacidad para adquirir derechos o contraer obligaciones, como así también para saber quién o quiénes la representan, es necesario remitirse a las disposiciones legales que le dieron origen, ya que en el momento de su creación es cuando se le asigna la capacidad, su organización, su funcionamiento, como así también las facultades de sus representantes.

1.4. Personas jurídicas privadas

Las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas, ahora son consideradas personas jurídicas privadas, por lo que deberán ajustarse a lo dispuesto genéricamente para las mismas.

Las mutuales se rigen por la ley 20.321² de 1973 y las cooperativas por la ley 20.337³, también de 1973.

2 Boletín Oficial del 10/05/73.

3 Boletín Oficial del 15/05/73.

Con relación al consorcio de propiedad horizontal debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 2044 de este código, donde se dispone respecto de sus integrantes, domicilio, como así también de los órganos que la componen: asamblea, consejo de propietarios y administrador. También se establece que se extingue por la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal.

1.5. Leyes aplicables

En el art. 150 se establece el orden de prelación en cuanto a la aplicación de las normas que rigen a las distintas personas jurídicas privadas, determinando que en *primer término* se aplican las disposiciones imperativas de la ley especial o del código; en *segundo término*, las normas establecidas en el acto constitutivo y sus modificaciones, y en las correspondientes a sus *reglamentos* siempre que no contengan divergencias con el acto constitutivo o sus modificaciones; en *tercer término*, por las normas supletorias de leyes especiales, y si no existieran, por las de este título.

Asimismo se determina que las personas jurídicas privadas que se constituyen en el *extranjero* se rigen por lo dispuesto en la *ley general de sociedades*.

1.6. Nombre

Conforme lo dispuesto en el art. 151, al nombre que los fundadores le atribuyan a cualquiera de las modalidades asociativas que constituyan, deberán adicionarle la clase de persona jurídica de que se trata para que se conozca la forma jurídica pertinente. Tal nombre deberá observar los recaudos de veracidad, novedad y aptitud distintiva, ampliando esta restricción, *además de a otras personas jurídicas* que pudieran tenerlo, también a *marcas, nombres de fantasía*, como asimismo a *bienes o servicios que lo pudieren estar usando*, aunque no tengan ninguna relación con el objeto de la persona jurídica creada.

Igualmente se dispone que el nombre de la persona jurídica no puede contener vocablos o locuciones contrarios a la ley, las buenas costumbres o el orden público. Tampoco podrán inducir a error respecto del objeto de la persona jurídica.

En caso de incluir el nombre de alguna persona humana, deberán contar con la conformidad de esta, salvo que se encuentre entre los fundadores ya que en tal caso se considera prestada la conformidad. No obstante ello, cuando fallezca, sus herederos podrán oponerse a la continuidad de su uso probando perjuicios materiales o morales.

1.7. Domicilio y sede social

En el nuevo código se extendió a todas las personas jurídicas lo dispuesto para las sociedades en la ley N° 19.550, por lo que en el estatuto podrá constar únicamente el domicilio, entendiéndose por tal el partido, o departamento, y que determinará la competencia tanto de la autoridad administrativa de control, como así también la competencia territorial judicial. Por su parte la sede social, que podrá estar fuera del estatuto, deberá fijar con precisión la dirección de la sociedad, donde se encontrará la administración y gobierno de la misma. Esta separación traerá aparejada la posibilidad de cambiar el lugar de la sede social -siempre que no se cambie de jurisdicción- sin necesidad de modificar el estatuto.

1.8. Patrimonio

Toda persona jurídica debe tener un patrimonio y cuando está en formación *puede* inscribir *preventivamente* a su nombre los bienes registrables, de acuerdo a lo previsto en el art. 154.

El patrimonio es un atributo de la personalidad, por lo que no se concibe la existencia de una persona jurídica que carezca de él. Es el conjunto de bienes -derechos y obligaciones- que pertenecen a una persona. En el momento de la constitución de la persona jurídica coinciden capital -elemento estático- y patrimonio, elemento dinámico que se encuentra sometido a variaciones continuas.

La persona jurídica en formación *puede* inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables. Primero es necesario determinar que la persona jurídica en formación es aquella que está transcurriendo el periodo comprendido entre el acto constitutivo y la inscripción como tal, incluyendo en los casos que así fuere necesario el trámite del requerimiento de la autorización pertinente. No debe olvidarse que la existencia de la persona jurídica comienza desde el momento en que los fundadores otorgan el acto constitutivo, lo que si bien es cierto que siempre fue así para las sociedades comerciales, ahora surge con total claridad para todas las personas jurídicas por así disponerlo el art. 142 de este código unificado.

Respecto de la *inscripción preventiva* que incorpora para todas las personas jurídicas el art. 154, resulta inexplicable y muy lamentable que la comisión que elaboró el anteproyecto de código unificado haya desaprovechado la gran oportunidad que tenía de haber resuelto este tema, superando la controversia existente en la doctrina, originada en la muy poco feliz expresión "inscripción preventiva", que es una terminología extraña al derecho registral, y sobre el cual tanta tinta ha corrido.

Registralmente las inscripciones son definitivas, provisorias, o condicionales. Por su parte sí existen anotaciones preventivas, que se encuentran previstas en el art. 33 de la ley nacional registral inmobiliaria N° 17.801, y que se refieren a las

medidas cautelares que dispongan los jueces de conformidad con las leyes. Es útil recordar que la VI Reunión de Directores de Registros de la Propiedad, efectuada en Mendoza en 1969, en la recomendación tercera, estableció el concepto técnico y jurídico de *inscripción* diciendo que: "...es toda toma de razón (o asiento principal) de carácter definitivo, provisional o condicional que se practica en la matrícula, como consecuencia de la presentación de un documento público dispositivo (transmisivo o constitutivo) declarativo, aclarativo o extintivo de un derecho real, con la finalidad y efectos que resulten de la ley". Y con relación a *anotación* se determinó que: "...es todo asiento temporal que se practique con relación a una inscripción, como consecuencia de la presentación de un documento, conformado de acuerdo con la ley, del que resulte que la integridad de la inscripción queda afectada por alguna causal que se expresa o resulta de dicho documento".

Respecto de la naturaleza jurídica de esta inscripción preventiva, consecuencia de la desacertada terminología empleada, se han desencadenado las más disímiles interpretaciones y así se ha sostenido que se trata de una anotación preventiva, o de una inscripción provisional, o de dominio revocable, o de una inscripción definitiva.

La interpretación que realmente corresponde es que se trata de una inscripción definitiva en cuanto a la titularidad de dominio, puesto que se ha producido una mutación del derecho real de dominio a favor de la persona jurídica, que debe ser reflejado en un asiento autónomo de titularidad. Sí debe dejarse constancia registralmente que la inscripción lo es en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 154 CCyC en el caso de las personas jurídicas en general, y del art. 38 de la LGS, en los supuestos de las sociedades en ella tipificadas.

1.9. Duración

El principio establecido en el art. 155 es que la duración de las personas jurídicas es ilimitada en el tiempo, excepto que la ley o el estatuto dispongan lo contrario.

1.10. Objeto

Se establece para todas las personas jurídicas que el objeto debe ser preciso y determinado, y la aptitud que se les reconoce a las personas jurídicas, en general, es para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación, con lo que se les está limitando la capacidad. No obstante ello, teniendo en cuenta la evolución doctrinaria en materia societaria, es de tener presente que esta limitación no debe interpretarse en forma estricta, sino con sensatez y elasticidad, ya que todos aquellos actos que tengan vinculación con

el objeto, aunque no lo fuere de manera directa, deben considerarse comprendidos en la capacidad atribuida a la persona jurídica. *Una interpretación restrictiva podría llegar a impedir el cumplimiento de su objeto y alcanzar los fines propuestos al momento de su creación.*

En los casos en que el acto a otorgar no se encuentre claramente incluido en el objeto, deberá requerirse la resolución pertinente emanada del órgano de gobierno de la persona jurídica.

1.11. Modificación del estatuto

Es de destacar que el código dispone que la modificación del estatuto produce efectos desde su otorgamiento y que si se requiere su inscripción recién será oponible a terceros a partir de que se efectúe la misma, salvo que el tercero la conozca.

1.12. Prórroga del plazo de duración y reconducción

Para el supuesto de pretender prorrogar el plazo de duración es necesario que la decisión sea adoptada conforme a la disposición prevista en el estatuto o en la ley, y presentarla ante la autoridad de contralor antes del vencimiento del plazo.

En cuanto a la posibilidad de la reconducción, este instituto se ha extendido a todas las personas jurídicas, en tanto no se haya concluido con la liquidación, siempre que la causa de su disolución pueda quedar removida por decisión de los miembros o por disposición legal, debiendo la decisión ser adoptada por unanimidad, salvo que el estatuto o la ley permitan efectuarla con alguna mayoría determinada.

1.13. Liquidación y responsabilidades

En el art. 167 se dispone que las personas jurídicas que se encuentren en estado de liquidación no pueden realizar nuevas operaciones, debiendo concluir las pendientes. Asimismo se establece la responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores y de los miembros que conociendo, o debiendo conocer, la situación de infracción a lo dispuesto sobre el particular, y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, no adoptan las medidas necesarias para ello.

Por supuesto que en los casos de aquellas personas jurídicas privadas que por ley especial tengan alguna regulación específica, deberán ajustarse a ella. Tal el caso de las sociedades regidas por la ley N° 19.550.

2. ASOCIACIONES CIVILES

En las asociaciones civiles el objeto no puede ser contrario al interés general o al bien común, y no pueden perseguir el *lucro como fin principal*, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros.

Se establece que no pueden perseguir como fin principal el lucro, lo que a *contrario sensu* implica que lo pueden tener como fin secundario. Esto debe interpretarse como que se les permite realizar actividades lucrativas, que puedan allegarle fondos para aplicar al cumplimiento de los fines específicos de la asociación. También se indica que no pueden tener por fin el lucro para sus miembros o terceros, que se encuentren relacionados con la asociación.

El acto constitutivo debe ser otorgado por *instrumento público* y ser *inscripto en el registro correspondiente* una vez otorgada la autorización estatal para funcionar. Hasta la inscripción se aplican las normas de la simple asociación.

En la regulación contenida en el código se dispone el contenido del acto constitutivo, como así también que los integrantes de la comisión directiva deben ser asociados, en cambio el estatuto *puede* prever que la *fiscalización* recaiga en *personas no asociadas*.

Asimismo se dispone que las asociaciones civiles requieren autorización para funcionar y se encuentran sujetas a contralor permanente de la autoridad competente, nacional o local, según corresponda.

Es necesario tener al día el *pago de las cuotas y contribuciones* correspondientes al mes inmediato anterior *para participar en las asambleas*, pago que puede realizar hasta antes del comienzo de la asamblea.

Se determina que los asociados no responden en forma directa ni subsidiaria por las deudas de la asociación civil.

Se establece que el *liquidador* debe ser *designado por la asamblea extraordinaria* y que tanto la *disolución* como el *nombramiento del liquidador* deben inscribirse y publicarse.

Subsidiariamente se aplican las disposiciones sobre sociedades, en lo pertinente.

3. SIMPLES ASOCIACIONES

Las simples asociaciones pueden *constituirse por instrumento público* o por *instrumento privado* con firmas certificadas por escribano público. Al nombre debe agregársele, antepuesto o pospuesto "simple asociación" o "asociación simple".

Se rigen por las disposiciones especiales para ellas y por lo dispuesto para las asociaciones civiles.

Doctrina

Comienza la existencia como persona jurídica a partir de la fecha del acto constitutivo y si tienen *menos de veinte asociados pueden prescindir del órgano de fiscalización*.

Según se dispone en el código, en caso de insolvencia de la simple asociación, el administrador y todo miembro que administra de hecho, es solidariamente responsable por las obligaciones de la simple asociación que resultan de decisiones que han suscripto durante su administración. Para afectar al pago de las deudas de la asociación los bienes personales, primero deben ser satisfechos los acreedores particulares. No obstante ello el fundador o asociado que no intervino en la administración no está obligado por las deudas de la simple asociación, sino hasta la concurrencia de la contribución prometida o de las cuotas impagas.

4. FUNDACIONES

La constitución de las fundaciones debe efectuarse mediante *instrumento público* y para existir requieren además solicitar y obtener autorización del Estado para funcionar. Si el fundador es persona humana puede disponer su constitución por acto de última voluntad, caso en que el acto deberá ser otorgado por la persona autorizada por el juez de la sucesión.

Conforme lo dispuesto por el art. 219, si el *testador* dispone de bienes con destino a la creación de una fundación, incumbe al ministerio público asegurar la efectividad de su propósito, en forma coadyuvante con los herederos y el albacea, y en caso de no ponerse de acuerdo entre ellos en la redacción del estatuto las diferencias las resolverá el juez de la sucesión, previa vista al ministerio público y a la autoridad de contralor. El contenido del estatuto se encuentra regulado en el art. 195.

La fundación debe tener un patrimonio inicial que posibilite razonablemente el cumplimiento de los fines propuestos. El aporte en efectivo y los títulos valores deben ser depositados en el banco habilitado por la autoridad de contralor durante el trámite de autorización, observándose con relación a la reglamentación anterior que ya el depósito no está limitado a los bancos oficiales.

Las *promesas de donación* hechas por los fundadores en el acto constitutivo son *irrevocables* a partir de la resolución de la autoridad de contralor que autorice a la entidad para funcionar como persona jurídica, conforme lo dispuesto por el art. 197. Agrega que si *el fundador fallece*, las promesas de donación no podrán ser revocadas por sus herederos, a partir de la presentación a la autoridad de contralor solicitando la autorización para funcionar como persona jurídica y la fundación tiene todas las acciones legales para demandar por el cumplimiento de las promesas de donación.

Asimismo se establece la obligación de presentar el plan de acción trienal indicando la naturaleza, las características y actividades a desarrollar, como también las bases presupuestarias. Cumplido ese plazo, se debe proponer lo inherente al trienio subsiguiente.

El gobierno y administración estarán a cargo de un *consejo de administración* integrado como mínimo por tres *personas humanas*. Los fundadores y administradores son solidariamente responsables frente a terceros por las obligaciones contraídas hasta la obtención de la autorización para funcionar.

Los fundadores pueden reservarse la facultad de ocupar cargos en el consejo de administración, así como la de designar los consejeros cuando se produzca el vencimiento de los plazos de designación o la vacancia de alguno de ellos. La designación también puede estar a cargo de instituciones públicas o privadas sin fines de lucro.

Igualmente se dispone que los consejeros pueden ser permanentes o temporarios. A los primeros se les puede otorgar la posibilidad de la designación de los temporarios, como que para determinadas decisiones se requiera la aprobación de los permanentes.

Está prevista en el art. 205 la posibilidad de delegar facultades de administración y gobierno en un *comité ejecutivo* integrado por miembros del consejo de administración o por terceros, para que ejerza funciones entre los períodos de reunión del consejo. También se puede delegar funciones ejecutivas en una o más *personas humanas* aunque no sean miembros del consejo. De acuerdo a la entidad de las labores encomendadas, el estatuto puede establecer alguna forma de retribución pecuniaria a favor de los miembros del comité ejecutivo. En cambio, los miembros del consejo de administración no pueden recibir retribuciones, excepto el reembolso de gastos.

El quorum tanto para las reuniones del consejo de administración como del comité ejecutivo debe ser de la mitad más uno de sus integrantes, y tiene que labrarse acta de las deliberaciones. Las decisiones se toman por mayoría absoluta de votos de los miembros presentes, excepto que la ley o el estatuto requieran mayorías calificadas. En caso de empate el presidente tiene doble voto.

Dice el art. 208 que si la reunión fuere para la designación de nuevos integrantes del consejo de administración, no se requieren las mayorías (debería decir quorum) establecidas cuando la concurrencia se ha tornado imposible.

Para la remoción de los miembros del consejo de administración, se requieren dos tercios y en caso de *acefalía* por no poderse cubrir los cargos, la autoridad de contralor debe reorganizar la administración, modificar el estatuto y designar los miembros del consejo de administración.

Con similar criterio al establecido en la regulación anterior, el art. 212 dice que todo contrato entre la fundación y los fundadores o sus herederos, con excepción

Doctrina

de las donaciones que éstos hacen a aquélla, debe ser sometido a la aprobación de la autoridad de contralor, y es *ineficaz de pleno derecho* sin esa aprobación.

También se dispone que las fundaciones deben destinar la mayor parte de sus ingresos al cumplimiento de sus fines.

Para reformar el estatuto se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta de los integrantes del consejo de administración, y en el caso de modificación del objeto, que sólo es procedente cuando ha llegado a ser de cumplimiento imposible, fusión y disolución, se requiere la aprobación de dos tercios.

En caso de disolución el remanente de los bienes debe destinarse a una entidad de carácter público o a una persona jurídica de carácter privado cuyo objeto sea de utilidad pública o de bien común, que no tenga fines de lucro y que esté domiciliada en la República, aclarando que esto último que no se aplica a las fundaciones extranjeras.

Según se establece en el art. 218, el cambio del objeto por haberse tornado imposible su cumplimiento, o la disolución, no da lugar a la acción de revocación de las donaciones por parte de los donantes o sus herederos, salvo que en el acto de celebración de esas donaciones se haya establecido como condición resolutoria el cambio del objeto.

En los arts. 221 a 223 se establecen las facultades de la autoridad de contralor, que esencialmente consisten en aprobar el estatuto y las reformas, fiscalizar el funcionamiento, disolución y liquidación.

Las decisiones administrativas que denieguen la autorización para la constitución de la fundación o retiren la personería jurídica acordada pueden recurrirse judicialmente en los casos de *ilegitimidad* y *arbitrariedad*. Igualmente los órganos de la fundación tendrán el mismo recurso para el supuesto que la autoridad de contralor dispusiera la fusión o coordinación de actividades de dos o más fundaciones, conforme al inc. b) del art. 223.

El mismo recurso se acuerda a la fundación extranjera a la que se deniegue la aprobación requerida, o que luego de otorgada le sea revocada.

El recurso debe sustanciarse con arreglo al trámite más breve que rija en la jurisdicción y por ante el tribunal de apelación en lo civil.

Contratos asociativos

Aldo Emilio Urbaneja

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Negocio en participación. 3. Agrupaciones de colaboración. 4. Uniones transitorias. 5. Consorcios en cooperación.

1. INTRODUCCIÓN

La ley N° 26.994 derogó de la ley N° 19.550 los arts. 361 a 366 (sociedad accidental o en participación), y los arts. 367 a 383 (contratos de colaboración empresarial).

En el libro tercero, título 4, capítulo 16 del CCyC, se sientan las bases para la regulación de los contratos asociativos a saber: negocios en participación, agrupaciones de colaboración, uniones transitorias, y por último, consorcios de cooperación. Se deja establecido que estas formas asociativas empresarias no constituyen personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho.

También se aclara que estas disposiciones no se aplican ni a la indivisión hereditaria, ni a las comuniones de derechos reales.

En los contratos asociativos en que hay más de dos partes, es decir que se trata de contratos plurilaterales, en caso de existir alguna causal de nulidad que afecte a una de las partes, se está por la preservación del contrato para las otras. Asimismo se establece que el incumplimiento de una de las partes no excusa el de las otras, salvo que la prestación de aquella

que ha incumplido sea necesaria para la realización del objeto del contrato, al igual que si la nulidad afectare a la parte que tiene que efectuar esa prestación necesaria. El tema también fue tratado en el art. 1334 del Proyecto 1998, hablando de invalidez del contrato.

Según el art. 1444 estos contratos no están sujetos a requisitos de forma.

Dado que los contratos asociativos no crean personas jurídicas, a quienes representan a los mismos no les son aplicables las reglas de la representación orgánica, sino la voluntaria, por lo que deben someterse a las disposiciones relativas al mandato. Es de destacar que actúan en nombre de cada uno de los miembros que son, precisamente, quienes le otorgaron el mandato. El actual código sigue los mismos criterios que seguían los proyectos de 1987 y de 1993.

Tanto la regulación de los contratos de colaboración en la ley 19.550, como la correspondiente a los contratos de consorcios de cooperación en la ley N° 26.005 estaba circunscripta a los previstos en ellas, en tanto que el art. 1446 establece la libertad de contenidos, a efectos de adecuarse más a la dinámica de los negocios actuales. Es decir que adopta el mismo criterio consagrado en el art. 958, que al establecer las disposiciones generales para los contratos, dice que las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, por supuesto dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

La regulación del actual código consagra, con acierto, el carácter declarativo de la inscripción de los contratos asociativos. En consecuencia éstos producen todos los efectos entre las partes, como así también con relación a los terceros que tuvieren conocimiento del mismo. Claro está que tal conocimiento debe existir al comienzo de la relación contractual.

2. NEGOCIO EN PARTICIPACIÓN

Es positiva la incorporación dentro de los contratos asociativos de estos contratos, que al momento de la sanción de la ley N° 19.550 ya se discutió doctrinariamente su incorporación como sociedad accidental o en participación o no, prevaleciendo la opinión de su regulación como tal sociedad, aunque carecía de personalidad jurídica y no era sujeto de derecho. La evolución doctrinaria cada vez atrajo más adeptos a considerar que se trata de negocios parciarios, a tal punto que ya el proyecto de 1998 los trataba así.

La finalidad de estos contratos es realizar una o más operaciones determinadas, que se cumplirán mediante aportaciones comunes y a nombre

personal del gestor. Carecen de denominación, no están sometidos a requisitos de forma y tampoco se inscriben en el registro público.

Claramente se establece en el art. 1449 que los terceros se vinculan exclusivamente con el gestor, y por lo tanto es este el exclusivo responsable de su actuación, ya que actúa a nombre personal. En el supuesto que actúe más de un gestor, la responsabilidad de éstos será solidaria.

Los partícipes no asumen ninguna responsabilidad frente a terceros, ya que ellos no tienen ninguna actuación, pero si a esos terceros les hicieren conocer su participación entonces sí asumen responsabilidad solidaria e ilimitada.

El art. 1452 establece que las pérdidas que afecten al partícipe no pueden superar el valor de su aporte.

3. AGRUPACIONES DE COLABORACIÓN

Tal como lo define el art. 1453 hay contrato de agrupación de colaboración cuando las partes establecen una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 1454 las agrupaciones de colaboración *no persiguen fines de lucro*, y los beneficios económicos que se generen deben incidir directamente en el patrimonio de sus participantes. Asimismo debe tenerse en cuenta que la agrupación no puede ejercer funciones de dirección de las actividades de sus miembros.

El art. 1455 se refiere a la forma y al contenido del contrato, determinando que debe otorgarse por *instrumento público o privado con firmas certificadas notarialmente, e inscribirse* en el registro público. Asimismo establece que el registro debe enviar una copia certificada con los datos de la inscripción al organismo de aplicación del régimen de defensa de la competencia.

También se determina que el plazo máximo es de 10 años, el que puede prorrogarse antes de su vencimiento, si es que no hay acreedores embargantes de los participantes, pues en tal caso es preciso desinteresarlos previamente. En caso de no fijarse el plazo se entiende que es por 10 años.

La *denominación* se forma con un nombre de fantasía integrado con la palabra "agrupación". Tiene que constituir un *domicilio especial*. También deben establecerse los medios, atribuciones y poderes que se otorgan a quien la dirija y represente.

Deben preverse las obligaciones que asumen los participantes, contribuciones debidas al fondo común operativo y los modos de financiar

las actividades comunes. Asimismo se debe prever la participación que tendrá cada contratante en las actividades comunes y en los resultados.

Igualmente deben preverse los casos de separación, exclusión y admisión de nuevos miembros, las sanciones por incumplimiento de obligaciones, las normas para la confección de estados de situación, y la obligación de llevar libros contables debidamente habilitados.

El art. 1456 regula la forma y mayoría necesaria para tomar las decisiones, y se debe tener presente que la agrupación de colaboración carece de personalidad jurídica, consecuentemente tampoco tiene órganos, ni voluntad propia distinta de la de los partícipes. Por lo tanto las decisiones que se adopten es por la sumatoria de las de cada uno de ellos, conforme las mayorías que establezca el contrato, que como mínimo debe ser de la mayoría absoluta, es decir que dicha mayoría es viril, no en función del aporte de cada uno, y debe tomarse sobre la totalidad de los partícipes de la agrupación de colaboración.

Las resoluciones pueden tomarse o por consulta a cada uno de los participantes, o por reunión de todos ellos, conforme lo que se haya dispuesto en el contrato.

La impugnación de las decisiones adoptadas debe ser efectuada ante el juez del domicilio que se haya fijado al concertar la agrupación, o en modificación posterior que se hubiese efectuado por unanimidad. El plazo para las impugnaciones es de treinta días, contados desde la notificación fehaciente de la decisión de la agrupación. Debe tomarse este plazo para cada partícipe desde que recibió tal notificación. También es de tener presente que los únicos legitimados para impugnar son los partícipes de la agrupación, pero no los administradores, ya que ellos son mandatarios de cada uno de aquellos.

Tanto las reuniones como las consultas deben efectuarse cada vez que lo requiera el administrador o cualquiera de los partícipes.

Para modificar el contrato es necesario contar con la decisión *unánime* de los partícipes.

Respecto de la *dirección y administración* el art. 1457 determina que debe estar a cargo de una o más *personas humanas*, que hay que designarlas en el contrato o después, y que le son aplicables las reglas del mandato, por lo que en caso de ser más de uno los administradores, si nada se dice respecto de la forma en que deben actuar, lo serán indistintamente.

Con relación al *fondo común operativo* que se debe constituir, el mismo se mantiene *indiviso* durante todo el plazo de duración de la agrupación, y *los acreedores particulares* de los participantes *no pueden hacer valer su derecho sobre ellos*.

Los participantes responden ilimitada y solidariamente respecto de terceros por las obligaciones que sus representantes asuman en nombre de la agrupación. Los acreedores primero deben interpelar al administrador de la agrupación, y si resulta infructuosa recién pueden recurrir a cualquier participante representado, el que responderá en forma solidaria con el fondo común operativo.

Estas agrupaciones de colaboración deben confeccionar un estado de situación, y someterlo a decisión de los participantes dentro de los 90 días del cierre del ejercicio anual.

Las causales de extinción de la agrupación se encuentran previstas en el art. 1461, y son: a) por la decisión de los participantes; b) por expiración del plazo por el cual se constituye, por la consecución del objeto para el que se forma o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo; c) por reducción a uno del número de participantes; d) por incapacidad, muerte, disolución o quiebra de un participante, a menos que el contrato prevea su continuación o que los demás participantes lo decidan por unanimidad; e) por decisión firme de la autoridad competente que considere que la agrupación, por su objeto o por su actividad, persigue la realización de prácticas restrictivas de la competencia; f) por causas específicamente previstas en el contrato.

Asimismo se establece la *resolución parcial no voluntaria del vínculo*, que es consecuencia de una sanción por la cual un participante puede ser excluido por *decisión unánime* de los demás, cuando uno de ellos con habitualidad contraviene sus obligaciones, perturba el funcionamiento de la agrupación o incurre en un incumplimiento grave. En el supuesto que la agrupación estuviese integrada solamente por dos participantes, si uno de ellos incumple, el otro puede declarar la resolución del contrato y reclamar daños y perjuicios.

4. UNIONES TRANSITORIAS

Conforme la definición dada por el art. 1463, hay contrato de unión transitoria cuando las partes se reúnen para el desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos, dentro o fuera de la República. Pueden desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal.

Las principales modificaciones que se advierten, con respecto al régimen de la ley N° 19.550, son las siguientes: a) se elimina de su designación la palabra "empresas", es decir que actualmente la denominación correcta es unión transitoria; b) ahora se amplía la posibilidad de su actuación, ya que la

norma establece que las partes se reúnen para el desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos.

Adviértase que ahora se utiliza el plural, es decir que pueden dedicarse al desarrollo o ejecución de más de una obra, servicio o suministro, pero la condición es que ellos sean concretos, o sea que deben quedar perfectamente individualizados en el contrato que le da origen. Pero siempre hay que tener presente que una de sus características es la transitoriedad de la unión, lo que no significa que el plazo deba ser efímero, sino sólo el necesario para el cumplimiento del emprendimiento para el cual se formaliza.

Otra de sus características es la carencia de personalidad jurídica, motivo por el cual el lucro que persigue será imputado directamente a los partícipes, en la proporción pactada en el contrato.

También se ha eliminado toda mención tanto a empresarios individuales como a sociedades, siendo ello consecuencia de la unificación de los códigos civil y comercial, que evita distinciones.

Igualmente se ha eliminado la referencia a las sociedades constituidas en el extranjero, y no por ello quedarán excluidas de la posibilidad de participar en la unión transitoria. Demás está decir que en el supuesto de hacerlo, deberán cumplir con el requisito impuesto por el art. 118 de la LGS, ya que ello implica ejercer con habitualidad sus actividades, además de designar un representante.

El contrato se debe otorgar por instrumento público o privado con firma certificada notarialmente, que debe contener: a) el objeto, con determinación concreta de las actividades y los medios para su realización; b) la duración, que debe ser igual a la de la obra, servicio o suministro que constituye el objeto; c) la denominación, que debe ser la de alguno, algunos o todos los miembros, seguida de la expresión "unión transitoria"; d) el nombre, razón social o denominación, el domicilio y, si los tiene, los datos de la inscripción registral del contrato o estatuto o de la matriculación o individualización que corresponde a cada uno de los miembros. En el caso de sociedades, la relación de la resolución del órgano social que aprueba la celebración de la unión transitoria, su fecha y número de acta; e) la constitución de un domicilio especial para todos los efectos que deriven del contrato, tanto entre partes como respecto de terceros; f) las obligaciones asumidas, las contribuciones debidas al fondo común operativo y los modos de financiar las actividades comunes en su caso; g) el nombre y el domicilio del representante, que puede ser persona humana o jurídica; h) el método para determinar la participación de las partes en la distribución de los ingresos y la asunción de los gastos de la unión o, en su caso, de los resultados; i) los supuestos de separación y exclusión de los miembros y las causales de

extinción del contrato; j) los requisitos de admisión de nuevos miembros; k) las sanciones por incumplimiento de obligaciones; l) las normas para la elaboración de los estados de situación, a cuyo efecto los administradores deben llevar, con las formalidades establecidas en los arts. 320 y sgts., los libros exigibles y habilitados a nombre de la unión transitoria que requieran la naturaleza e importancia de la actividad común.

Conforme lo dispuesto en el art. 1465 el representante tiene los poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros para ejercer los derechos y contraer las obligaciones que hacen al desarrollo o ejecución de la obra, servicio o suministro; la designación del representante no es revocable sin causa, excepto decisión unánime de los participantes. Mediando justa causa, la revocación puede ser decidida por el voto de la mayoría absoluta.

Hay que tener en cuenta que el gobierno de la unión no se delega en el representante, por lo que las decisiones serán tomadas por todos los participantes, conforme las mayorías que se hayan previsto en el contrato, y el representante será quien las ejecute.

Tanto el contrato como la designación del representante deben inscribirse en el Registro Público.

Los miembros de la unión transitoria no responden solidariamente, salvo disposición del contrato y los acuerdos deben adoptarse por unanimidad, salvo pacto en contrario.

Tratándose de un contrato plurilateral, la quiebra, muerte o incapacidad de los participantes no produce la extinción del contrato, en la medida que los integrantes sean más de dos, y que los restantes miembros acuerden cómo se harán cargo de las prestaciones frente a los terceros.

5. CONSORCIOS DE COOPERACIÓN

El art. 1470 dice que hay contrato de consorcio de cooperación cuando las partes establecen una organización común para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados.

En esta disposición se establece que hay contrato de consorcio de cooperación cuando "las partes", y aquí nomás ya está marcando una diferencia con la anterior disposición de la ley N° 26.005, que limitaba la participación a las personas físicas -hoy denominadas humanas- domiciliadas en el país y a las personas jurídicas constituidas en la República Argentina. En consecuencia podrán ser miembros de los consorcios de cooperación tanto las personas humanas domiciliadas en el país como en el exterior,

como las personas jurídicas constituidas en el país o en el exterior. Por supuesto que estas últimas deberán efectuar la inscripción prevista en el artículo 118, párrafo 3º de la ley N° 19.550.

Con estos contratos se busca facilitar a las pequeñas y medianas empresas -sin perjuicio que puedan ser utilizados por otros operadores de la actividad económica- que por su estructura les es difícil posicionarse adecuadamente en el mercado, que lo puedan hacer a través del establecimiento de esta organización común que permite la cooperación de distintos actores, lo que les hace potenciar sus posibilidades.

Efectuando la comparación y marcando las diferencias con las agrupaciones de colaboración podemos decir que si bien es cierto que ambos son contratos de colaboración, la diferencia con las agrupaciones de colaboración es que en éstas se establece una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades, y no persiguen fines de lucro en forma directa. En tanto en los consorcios de cooperación la organización común se establece para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados. En estos consorcios sí se persigue directamente el fin de lucro, que se imputará a sus miembros en la forma prevenida en el contrato, ya que precisamente por tratarse de contratos, carecen de personalidad jurídica y tampoco son sujetos de derecho. Además es de hacer notar que según se dispone en el art. 1471 el consorcio de cooperación no puede ejercer funciones de dirección o control sobre la actividad de sus miembros, ya que no hay subordinación de ninguno de ellos.

Los resultados que se obtengan por la actividad del consorcio se distribuyen entre sus miembros en la proporción fijada en el contrato, y si no se la hubiese establecido, por partes iguales.

En cuanto a la forma se establece que el contrato debe otorgarse por instrumento público o por instrumento privado con firmas certificadas notarialmente, e inscribirse en el Registro Público.

El contrato debe contener: a) el nombre y datos personales de los miembros individuales, y en el caso de personas jurídicas, el nombre, denominación, domicilio y, si los tiene, datos de inscripción del contrato o estatuto social de cada uno de los participantes. Las personas jurídicas, además, deben consignar la fecha del acta y, la mención del órgano social que aprueba la participación en el consorcio; b) el objeto del consorcio; c) el plazo de duración del contrato; d) la denominación, que se forma con un nombre de fantasía integrado con la leyenda "Consorcio de cooperación"; e) la constitución

de un domicilio especial para todos los efectos que deriven del contrato, tanto respecto de las partes como con relación a terceros; f) la constitución del fondo común operativo y la determinación de su monto, así como la participación que cada parte asume en el mismo, incluyéndose la forma de su actualización o aumento en su caso; g) las obligaciones y derechos que pactan los integrantes; h) la participación de cada contratante en la inversión del o de los proyectos del consorcio, si existen, y la proporción en que cada uno participa de los resultados; i) la proporción en que los participantes se responsabilizan por las obligaciones que asumen los representantes en su nombre; j) las formas y ámbitos de adopción de decisiones para el cumplimiento del objeto. Debe preverse la obligatoriedad de celebrar reunión para tratar los temas relacionados con los negocios propios del objeto cuando así lo solicita cualquiera de los participantes por sí o por representante. Las resoluciones se adoptan por mayoría absoluta de las partes, excepto que el contrato de constitución disponga otra forma de cómputo; k) la determinación del número de representantes del consorcio, nombre, domicilio y demás datos personales, forma de elección y de sustitución, así como sus facultades, poderes y, en caso de que la representación sea plural, formas de actuación. En caso de renuncia, incapacidad o revocación de mandato, el nuevo representante se designa por mayoría absoluta de los miembros, excepto disposición en contrario del contrato. Igual mecanismo se debe requerir para autorizar la sustitución de poder; l) las mayorías necesarias para la modificación del contrato constitutivo. En caso de silencio, se requiere unanimidad; m) las formas de tratamiento y las mayorías para decidir la exclusión y la admisión de nuevos participantes. En caso de silencio, la admisión de nuevos miembros requiere unanimidad; n) las sanciones por incumplimientos de los miembros y representantes; ñ) las causales de extinción del contrato y las formas de liquidación del consorcio; o) una fecha anual para el tratamiento del estado de situación patrimonial por los miembros del consorcio; p) la constitución del fondo operativo, el cual debe permanecer indiviso por todo el plazo de duración del consorcio.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 1475 en el contrato se deben establecer las reglas sobre confección y aprobación de los estados de situación patrimonial, atribución de resultados y rendición de cuentas. Se debe llevar libro de actas de las reuniones y las resoluciones adoptadas.

El art. 1476 determina las obligaciones y responsabilidades del representante, que es un mandatario de cada uno de los consorcistas, y que generalmente también contará con la representación de los mismos, por lo que se le aplicará lo dispuesto en los art. 1320, 362 y conc. Con

Doctrina

relación a la rendición de cuentas, también le será aplicable lo dispuesto en el art. 859 y conc.

El contrato puede establecer la proporción en que cada miembro responde por las obligaciones asumidas en nombre del consorcio, y en caso de silencio todos los miembros son solidariamente responsables.

Las causales de extinción son: a) el agotamiento de su objeto o la imposibilidad de ejecutarlo; b) la expiración del plazo establecido; c) la decisión unánime de sus miembros; d) la reducción a uno del número de miembros.

La muerte, incapacidad, disolución, liquidación, concurso preventivo, cesación de pagos o quiebra de alguno de los miembros del consorcio, no extingue el contrato, que continúa con los restantes, excepto que ello resulte imposible fáctica o jurídicamente.

Modificaciones introducidas a la Ley 19.550

Aldo Emilio Urbaneja

1. INTRODUCCIÓN

La unificación de los códigos civil y comercial y las reformas introducidas a la ley de sociedades N° 19.550 (t.o. 1984)¹, ahora denominada “Ley general de sociedades N° 19.550, (t.o. 1984)”, hicieron desaparecer la distinción entre sociedades civiles y comerciales, a la vez que las primeras carecen de regulación y ni siquiera se menciona dónde quedan ahora incluidas las constituidas durante la vigencia del código velezano. Asimismo se incorpora la sociedad unipersonal, tema largamente debatido por la doctrina y mayoritariamente demandada su inclusión, aunque con diversas opiniones respecto a cómo debía legislarse sobre el particular. Debemos adelantar que la forma en que lo hizo la ley N° 26.994² es para beneficiar a las grandes empresas nacionales y a las multinacionales, pero muy poco favorecerá a empresarios individuales. Además de la posibilidad de la constitución de la sociedad anónima unipersonal, también puede ocurrir que otras sociedades, que oportunamente se analizarán, devengan en unipersonales por quedar reducido el número de socios a uno solo.

La reforma efectuada a la ley societaria por la ley N° 26.994, incorpora por vez primera a la legislación argentina la sociedad unipersonal para capitales privados, ya que para las sociedades del Estado ya se encuentran reguladas desde el año 1974 por la ley N° 20.705³.

1 Decreto N° 841/84 del 20 de marzo de 1984 (Boletín Oficial del 30/03/84).

2 Boletín Oficial del 08/10/14, vigente desde el 01/08/15 según ley N° 27.077 (Boletín Oficial del 19/12/14).

3 Sancionada el 31/7/74, promulgada el 13/08/74 (Boletín Oficial del 26/08/74).

2. SOCIEDAD DE UN SOLO SOCIO

La sociedad unipersonal sólo podrá constituirse como sociedad anónima, pero no puede constituirse por una sociedad unipersonal.

La denominación social debe incluir "Sociedad anónima unipersonal", su abreviatura o la sigla "S.A.U."

El capital deberá estar totalmente integrado al momento de ordenarse la inscripción.

Asimismo se las incluye dentro de las sociedades con fiscalización estatal permanente al incorporar al art. 299 un nuevo inciso, el 7, que incluye a estas sociedades anónimas unipersonales dentro de las que tendrán fiscalización estatal, no sólo en el momento de la constitución, sino también durante su funcionamiento, disolución y liquidación.

Esto implica que las SAU: a) deben tener como mínimo 3 directores; b) deben tener sindicatura colegiada en número impar, es decir 3 titulares y 3 suplentes; y c) no pueden prescindir de sindicatura.

3. UTILIZACIÓN DE LA DENOMINACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Una de las modificaciones del art. 164 está referida a la sociedad anónima unipersonal, disponiendo que la denominación debe integrarse con la expresión "sociedad anónima unipersonal", su abreviatura, que sería "Soc. Anón. Unipers." o la sigla "S.A.U.". Respecto de las sociedades anónimas pluripersonales continúa la misma disposición, es decir que la denominación debe integrarse con "sociedad anónima", "Soc. Anón.", o "S.A."

La posibilidad de optar entre poner la expresión completa del tipo societario, la abreviatura o la sigla, *se agota en el momento de la constitución*, por lo que tal como se exprese en el estatuto es como queda integrada la denominación societaria, y en consecuencia así deberá ser utilizada por la sociedad durante toda su existencia, hasta la cancelación de su matrícula. Por lo tanto lo más aconsejable es que se utilice la sigla, que es lo más práctico.

Además se elimina el último párrafo que contenía el art. 164 en su redacción originaria, por lo que la omisión del tipo societario ya no hará responsables ilimitada y solidariamente a los representantes de la sociedad, conjuntamente con ella, por los actos que celebren en esas condiciones, lo que resulta una reforma disvaliosa porque puede ocurrir que los terceros no tengan conocimiento del tipo societario con el que están contratando.

4. INTEGRACIÓN DEL CAPITAL EN SOCIEDADES ANÓNIMAS UNIPERSONALES

Se modifica solamente el inc. 3 del art. 186, y en concordancia con lo dispuesto en el art. 1º, en el art. 11, inc. 4, y en el art. 187, se dispone que en las sociedades anónimas unipersonales, también en las suscripciones de aumento de capital éste debe integrarse totalmente, lo que se deberá acreditar al tiempo de ordenarse la inscripción.

Se mantiene el capital mínimo para todas las sociedades anónimas, fijado por el decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1331/12⁴, en \$ 100.000.

5. INTEGRACIÓN DEL APORTE EN EFECTIVO

La reforma al art. 187 sigue manteniendo el mínimo del 25 % del capital suscrito como obligatorio de integración al momento de ordenarse la inscripción. Pero para las sociedades anónimas unipersonales, en concordancia con lo dispuesto en el art. 1º, en el art. 11, inc. 4, y en el art. 186 para los aumentos de capital, se establece que la integración debe ser de la totalidad del capital suscrito.

La norma continúa disponiendo que la integración mencionada deberá justificarse con el comprobante del depósito en un banco oficial, y que se podrá retirar luego de inscripta la sociedad.

Al mantenerse la obligación del depósito en un banco oficial, reiteramos lo que ya sostuvimos⁵ respecto a que las alternativas para justificar la integración previstas en la resolución N° 7/2015 de la Inspección General de Justicia⁶ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, son inconstitucionales.

4 Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1331/12 del 01/08/2012, Boletín Oficial del 07/08/2012, con vigencia desde el 07/08/2012.

5 Ver URBANEJA, Aldo Emilio. *Constitución de Sociedades Comerciales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010, pág. 27, § 29. Integración, 2); y pág. 122, § 156. Integración.

6 Resolución N° 7/2015 de la Inspección General de Justicia (Boletín Oficial del 31/07/15), art. 69, que luego de referirse al depósito en el Banco de la Nación Argentina, agrega: "Opcionalmente a la constancia de dicho depósito, la acreditación de la integración se tendrá también por satisfecha mediante: 1. La manifestación expresa, en la escritura pública de constitución de la sociedad, del escribano público autorizante de que, por ante él, los socios constituyentes obligados a la integración de los aportes, en cumplimiento de dicha obligación hacen entrega de los fondos correspondientes en debido cumplimiento de las leyes vigentes en materia de evasión fiscal, a los administradores nombrados en ese mismo acto y que éstos los reciben de conformidad y a los fines indicados. Podrá igualmente constar que dicha entrega se hace al mismo escribano público autorizante, con cargo a él de entregar los fondos a la administración social una vez inscripta la constitución de la sociedad. 2. Acta notarial por separado en la cual consten los mismos recaudos consignados en el inciso anterior, cuando la sociedad se constituya por instrumento privado en los casos autorizados por la ley".

Respecto de los aportes no dinerarios se mantiene la obligación de integrarlos totalmente, y que sólo pueden consistir en obligaciones de dar y su cumplimiento debe justificarse al tiempo de solicitar la conformidad del art. 167.

6. CAUSAS DE DISOLUCIÓN

Dos reformas se introducen al art. 94. Una de ellas es la eliminación del inc. 8, pues al haberse incorporado la sociedad unipersonal ha dejado de ser causal de disolución la reducción a uno de los socios. No obstante ello, se incorpora el art. 94 bis, que determina la transformación de pleno derecho de algunos tipos societarios en sociedades anónimas unipersonales.

La otra reforma es la relacionada con el inc. 6, que tiene como causal de disolución la declaración en quiebra, aclarando que la disolución quedará sin efecto si se celebrare avenimiento o se dispone la conversión, con lo cual se adapta a lo dispuesto por la Ley de concursos y quiebras, N° 24.522⁷, en el art. 90, que faculta al deudor que se encuentre en las condiciones del art. 5° a solicitar la conversión del trámite en concurso preventivo, dentro de los 10 días contados a partir de la última publicación de los edictos a que se hace referencia en el art. 89. Esto está justificado puesto que desapareció el instituto del concordato resolutorio previsto en la ley N° 19.551⁸.

7. REDUCCIÓN A UNO DEL NÚMERO DE SOCIOS

El artículo 94 bis dispone que la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, en concordancia con haber eliminado del art. 94 el inciso 8 de su anterior redacción. Asimismo dispone la *transformación de pleno derecho* de las *sociedades en comandita*, tanto simple como por acciones, y de las *sociedades de capital e industria, en sociedades anónimas unipersonales*, siempre que en el plazo de tres meses no se decidiera otra solución. Tales soluciones no serían otras que la disolución, la fusión con otra sociedad, o el restablecimiento de la pluralidad de socios, y eventualmente a partir de esa pluralidad la transformación en otro tipo societario.

Pero es necesario tener en cuenta que, por más que se disponga la transformación de pleno derecho de ambas comanditas y de la sociedad de capital de industria, hay que adecuar el estatuto al nuevo tipo societario impuesto,

7 Boletín Oficial del 09/08/95.

8 Boletín Oficial del 08/05/72.

designando 3 directores, 3 síndicos titulares y 3 suplentes, para lo cual la ley no establece plazo, ni cuáles serán las consecuencias de su incumplimiento.

Además se advierte que *nada se legisla respecto de las sociedades colectivas y de las de responsabilidad limitada* que queden *con un solo socio*, pues al haberse quitado del art. 94 la causal de disolución por reducción a uno del número de socios, la sociedad no tiene causal de disolución, ni debe transformarse, y tampoco se la obliga a que en un plazo determinado recomponga la pluralidad de socios, por lo que resulta que continuarán operando como tal con un único socio, pero entendemos que en tal caso la sociedad deberá considerarse comprendida en la sección IV del capítulo I. Es evidente que esta situación requiere una modificación de la ley.

Es discutible la aplicación el inc. g) del art. 163 CCyC, que al establecer las causales de disolución de todas las personas jurídicas, dice: "...la reducción a uno del número de miembros, si la ley especial exige pluralidad de ellos y ésta no es restablecida dentro de los tres meses", ya que existe regulación especial en la ley general de sociedades.

En el ámbito porteño la Inspección General de Justicia estableció en los arts. 202 a 205 de la resolución general N° 7/2015, los requisitos a cumplir para registrar la transformación de la sociedad por reducción a uno de los socios, que no difieren sustancialmente de los requeridos para cualquier transformación.

En la Provincia de Buenos Aires, la Dirección Provincial de Personas Jurídicas, nada especial ha regulado en la disposición general N° 45/2015, por lo que entendemos que deberán cumplirse los requisitos establecidos para la transformación.

8. EXCLUSIÓN DE UN SOCIO EN SOCIEDADES DE DOS

La modificación introducida al art. 93, que mantiene la obligación del socio inocente de asumir el activo y pasivo sociales, es consecuencia de la permisibilidad de la sociedad unipersonal, lo que motivó que se eliminara del art. 94 el inc. 8 como causal de disolución, ello sin perjuicio de la aplicación del art. 94 bis.

9. NULIDADES QUE AFECTEN EL VÍNCULO DE LOS SOCIOS

Las modificaciones introducidas al art. 16 se relacionan especialmente con la incorporación de las sociedades unipersonales en la ley general de sociedades.

Doctrina

Se establece que la nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producen la nulidad, anulación o resolución del contrato, excepto que la participación o prestación de ese socio deba considerarse esencial, agregando la disposición legal o que se trate de socio único.

Por este caso del socio único, no es feliz la redacción del artículo, ya que en los supuestos de la sociedad unipersonal no existe contrato, sino acto jurídico que da nacimiento a la sociedad.

También se dispone que en el caso de sociedades en comandita, simple o por acciones, como en las sociedades de capital e industria, el vicio de voluntad del socio único de una de las categorías, hace anulable el contrato.

10. ATIPICIDAD. OMISIÓN DE REQUISITOS ESENCIALES

Del art. 11 de esta ley, como del art. 17, surge que se mantiene el principio de tipicidad, aunque su violación ahora no causa su nulidad sino que pasa a integrar las sociedades de la sección IV del capítulo I, llamadas "Sociedades no constituidas según los tipos legales y otros supuestos", sobre las que se legisla en los arts. 21 a 26. Tampoco puede incorporar elementos incompatibles con el tipo legal, como podría ser, por ejemplo, organizar la administración y representación en forma incompatible con el tipo social elegido, como sería un directorio para una sociedad en comandita simple, ya que en tal caso también pasaría a integrar las sociedades de la sección IV ya citada.

Ya nada se dice en la ley respecto de la omisión de requisitos esenciales no tipificantes, que son aquellos comunes a todo tipo societario, por lo que su omisión no ocasionará su nulidad.

11. SOCIEDADES NO CONSTITUIDAS SEGÚN LOS TIPOS DEL CAPÍTULO 2 Y OTROS SUPUESTOS

Se modificó el régimen de la sociedad irregular, que pasó a llamarse "sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del capítulo II, que omite requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley".

12. SOCIEDADES QUE OMITAN REQUISITOS ESENCIALES O QUE INCUMPLAN FORMALIDADES

Con la nueva redacción dada por la ley N° 26.994 a la sección IV del capítulo I, de la ley N° 19.550, ya no podemos seguir hablando de sociedades irregulares

o de hecho, pues no existen en la nueva denominación. Mas ello no significa que no tengan acogida dentro de la legislación actual, no obstante algunos cuestionamientos realizados por parte de la doctrina⁹, y que compartiendo la opinión de MANÓVIL¹⁰, entendemos que tanto las sociedades irregulares, como las de hecho, se encuentran comprendidas en esta sección IV.

Tienen cabida dentro de esta regulación las sociedades ya constituidas con anterioridad a la vigencia de la reforma, tanto irregulares, de hecho –sin importar ahora si el objeto es comercial o no-, como aquellas que aun adoptando uno de los tipos previstos en el capítulo II no se hayan inscripto, puesto que esto implica que no han cumplido con todas las formalidades impuestas. Y debemos tener presente que según la Real Academia Española, la segunda acepción de *formalidad* significa “cada uno de los requisitos para ejecutar algo”, es decir que la inscripción en el Registro Público es uno de los requisitos a cumplir, por lo que no debe ceñirse la interpretación de la ley sólo al acto constitutivo. Como consecuencia de ello tampoco podemos decir que una sociedad anónima unipersonal que no se inscriba permitirá al único socio limitar su responsabilidad, puesto que en tal situación deberá responder con todo su patrimonio ya que aunque sostengamos que la sociedad existe desde el instante de su constitución, en este supuesto por medio del acto jurídico que le da nacimiento, no alcanzará la limitación de responsabilidad por cuanto conforme lo dispuesto por el art. 7º la sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público, ya que *la inscripción tiene efectos integrativos ad regularitatem*.

13. Oponibilidad del Contrato Social

Cambiando el sistema de la ley Nº 19.550, la reforma establece, en el art. 22, que ahora el contrato social es oponible tanto entre los socios como respecto de los terceros que tuvieren conocimiento del mismo al tiempo de comenzar la contratación o la relación obligatoria. También los terceros pueden invocarlo contra la sociedad, los socios y los administradores.

Por supuesto que la oponibilidad del contrato es factible en la medida en que las cláusulas que pretendan oponer no sean contrarias a disposiciones imperativas de la ley de sociedades, como por ejemplo las contenidas en el art. 13, que dice que son nulas las siguientes estipulaciones: 1. Que alguno o algunos de los socios

9 VÍTOLO, Daniel R. en *Comentarios a las modificaciones de la ley 26.994 a la Ley General de Sociedades, Análisis comparativo con la ley 19.550*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2015, especialmente capítulos IV y VII.

10 MANÓVIL, Rafael M. “Las Sociedades de la sección IV del Proyecto de Código”, La Ley 24/10/2012, La Ley 2012-F,758, cita online: AR/DOC/4907/2012.

reciban todos los beneficios o se les excluya de ellos, o que sean liberados de contribuir a las pérdidas; 2. Que al socio o socios capitalistas se les restituyan los aportes con un premio designado o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias; 3. Que aseguren al socio su capital o las ganancias eventuales; 4. Que la totalidad de las ganancias y aun de las prestaciones a la sociedad, pertenezcan al socio o a los socios sobrevivientes; 5. Que permitan la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro, que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva.

Tampoco son admisibles cláusulas que no permitan a los socios impugnar los estados contables, pues el art. 69 dispone que el derecho a la aprobación e impugnación de los estados contables y a la adopción de resoluciones de cualquier orden a su respecto, es irrenunciable, y cualquier convención en contrario es nula, como así también las cláusulas que liberaran a los administradores y síndicos de sus responsabilidades, tal como lo regula el art. 72.

14. ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN

Conforme con el nuevo art. 23, se establece que las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad pueden ser invocadas entre los socios. Respecto de las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato, pero la disposición del contrato social le puede ser opuesta si se prueba que esos terceros la conocieron al tiempo del nacimiento de la relación jurídica.

15. ADQUISICIÓN DE BIENES REGISTRABLES

Con relación a la posibilidad que estas sociedades puedan adquirir bienes registrables, la redacción del art. 23 termina con la discusión existente hasta ahora, ya que alguna parte de la doctrina interpretaba -erróneamente para nuestro criterio- que de la anterior redacción del art. 26 que establecía que las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, inclusive en caso de quiebra, se juzgarían como si se tratara de una sociedad regular, excepto respecto de los bienes cuyo dominio requiere registración, podía extraerse que la sociedades irregulares y de hecho no podían ser titulares de bienes registrables no era lógico. Sobre el particular el notariado en infinidad de congresos y jornadas

sostuvo que sí podían adquirir bienes registrables¹¹. Además el Registro Nacional de la Propiedad Automotor registraba dichos bienes a nombre de sociedades irregulares y de hecho.

Con la nueva regulación, cuando una sociedad comprendida en esta sección adquiera bienes registrables, lo que es perfectamente admitido, en la escritura de adquisición *hay que hacer comparecer a todos los socios* y que éstos manifiesten que ellos son los únicos, qué participación tiene cada uno, y quién o quiénes son los representantes y las facultades que tienen. Con ello el bien se inscribirá a nombre de la sociedad. Luego, la sociedad podrá disponer o gravar esos bienes, como por ejemplo constituir derechos reales de usufructo, uso y habitación, hipotecas, como así también enajenarlos por cualquiera de los contratos admitidos a ese fin, es decir, entre otros, compraventa, permuta o dación en pago.

16. PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD

También el art. 23, en su párrafo último, establece que la existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba, al igual que lo establecía el art. 25 en su anterior redacción.

17. RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS

Con la reforma introducida al art. 24, ahora los socios de las sociedades no constituidas según los tipos previstos en el capítulo II, responden en forma mancomunada y por partes iguales. Esta responsabilidad *puede modificarse pactando en el contrato social distinta proporción, o la solidaridad entre ellos o con la sociedad*. También puede modificarse la responsabilidad por así haberse estipulado en una o más relaciones jurídicas, y que, por supuesto, será aplicable solamente a esas relaciones. Igualmente dicha modificación puede surgir por las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual no se cumplieron requisitos sustanciales o formales, pero en este caso también surgirá del contrato social.

11 Puede verse, entre otras, las conclusiones del Tema V de la XXXII Jornada Notarial Bonaerense, desarrollada en Bahía Blanca, en 1999, Revista Notarial N° 934 (Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires), págs. 898 a 900.

18. SUBSANACIÓN

Cuando: a) se han omitido requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes; b) existen elementos incompatibles con el tipo elegido; o c) no se han cumplido requisitos formales, pueden subsanarse en cualquier tiempo dentro del plazo previsto para la duración de la sociedad, ya sea a pedido de cualquier socio o de la sociedad, y para concretar tal subsanación es necesario el acuerdo unánime de todos los socios. Si no se lograre tal acuerdo, puede requerirse la subsanación judicialmente, la que se tramitará por procedimiento sumarísimo. Si tampoco se lograre acuerdo el juez puede suplirlo, siempre que no imponga mayor responsabilidad a los socios que no lo consientan.

En caso de que algún socio estuviera disconforme con la resolución judicial, podrá ejercer el derecho de receso dentro de los 10 días de quedar firme la decisión judicial, en los términos del art. 92; es decir que el socio que se retira tiene derecho a que se le entregue el valor de su parte a la fecha de la invocación de su exclusión. Si existen operaciones pendientes, participa en los beneficios o soporta las pérdidas, y la sociedad puede retener la parte del socio excluido hasta concluir las operaciones en curso; asimismo si hubiese efectuado algún aporte de uso o goce la sociedad podrá retenerlo en caso de ser indispensable para el funcionamiento de la sociedad, debiendo pagarle lo que corresponda.

El socio que se retira responderá hacia los terceros por las obligaciones sociales hasta la inscripción del contrato en el Registro Público, aunque esto último no parece ser justo si es que tal opción de ejercer el derecho de receso como consecuencia de la resolución judicial se notifica en el expediente en que tramitó la subsanación.

Lo que no surge de las disposiciones de esta sección IV, es la posibilidad del socio que pretende retirarse de requerir la disolución y liquidación de la sociedad, lo que sí ocurría en el anterior régimen establecido por el art. 22, en que cualquier socio podía pedirla, y se producía después de cumplidos determinados requisitos, siempre que la mayoría no decidiera la regularización.

19. RELACIONES ENTRE ACREEDORES DE LA SOCIEDAD Y DE LOS SOCIOS

Con la nueva redacción del art. 26 se equiparan con las sociedades tipificadas en el capítulo II las relaciones entre los acreedores de la sociedad y los acreedores particulares de los socios, con relación a todos los bienes, es decir que se deja de lado aquella distinción efectuada por el texto originario de la ley N° 19.550, que excluía esta igualdad con las otras sociedades respecto de los bienes registrables.

20. SOCIEDAD ENTRE CÓNYUGES

Ahora con la modificación introducida por la ley N° 26.994, los cónyuges pueden integrar entre sí cualquiera de los tipos societarios previstos en la LGS, incluso aquellas sociedades comprendidas en la sección IV. Han desaparecido las restricciones que antes limitaban dicha posibilidad a las sociedades por acciones, es decir anónimas o en comandita por acciones -si eran socios comanditarios- o de responsabilidad limitada, y si por cualquier motivo devinieran socios en algún otro tipo de sociedades, ésta debía transformarse en el plazo de 6 meses o de lo contrario uno de los esposos debía ceder su participación a otro socio o a un tercero.

Empero no obstante lo dispuesto por el art. 27, debemos tener presente que en el Código Civil y Comercial de la Nación, en el libro tercero, título 2, contratos en general, capítulo 4, "Incapacidad e inhabilidad para contratar", en el art. 1002 al referirse a las inhabilidades especiales se establece que no pueden contratar en interés propio: "...d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí". Debemos tener presente que este inc. d) no estaba en el anteproyecto, y que fue incorporado con posterioridad, muy probablemente sin advertir lo que se establecía en el art. 27 de la ley societaria, por lo que hubiese sido deseable que si no se quería afectar la constitución o participación posterior en sociedades, así se lo dejara aclarado. Por lo tanto estas dos disposiciones traen, en principio, una aparente contradicción. Es decir, ¿todos los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades, o solamente aquellos que hayan optado por otro régimen patrimonial matrimonial que no sea de comunidad? Es cierto que la disposición del artículo societario es especial, pero no es menos especial la contenida en el código, que expresamente determina que no pueden contratar en interés propio los cónyuges bajo el régimen de comunidad. Por lo expuesto pensamos que los cónyuges que optaren por el régimen patrimonial matrimonial de separación no tienen ninguna restricción para constituir o integrar sociedades de cualquier tipo, o de las incluidas en la sección IV del capítulo I de la LGS. Los cónyuges que estuvieren regidos por el régimen de comunidad no podrán contratar entre sí, tal como lo dispone el inc. d) del art. 1002 del Código Civil y Comercial de la Nación, pero tal disposición no es aplicable a las sociedades regidas por la ley N° 19.550, por cuanto lo dispuesto por el art. 27 es una excepción al régimen general dispuesto por el código. De no ser así, la ley societaria debió haber previsto las consecuencias de la infracción a tal restricción, lo que no hizo, y además se debió contemplar la situación en el supuesto que uno de los cónyuges pudiera adquirir por cualquier título la calidad de socio del otro, por ejemplo por herencia, lo que tampoco surge de las disposiciones de la LGS, y esto se da porque precisamente el legislador dispuso que los cónyuges, independientemente del régimen patrimonial matrimonial que

Doctrina

tengan, pueden integrar entre sí cualquiera de los tipos societarios, e incluso integrar las sociedades incluidas en la sección IV del capítulo I.

21. SOCIOS HEREDEROS MENORES, INCAPACES O CON CAPACIDAD RESTRINGIDA

En la nueva redacción del art. 28, además de los menores de edad, se incluyó a los incapaces y a los que tienen capacidad restringida, para el supuesto que se constituyere sociedad con bienes sometidos a indivisión forzosa hereditaria. Al igual que antes, el contrato social debe ser aprobado por el juez de la sucesión, y en el supuesto que exista posibilidad de colisión de intereses entre el representante legal, el curador o el apoyo, se debe designar un representante *ad hoc*, tanto para la celebración del contrato, como para el contralor de la administración en caso de que la misma fuere ejercida por alguno de esos representantes. Se eliminó la referencia a la ley Nº 14.394 porque la misma fue derogada.

22. SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

La reforma que se introdujo al art. 29 consiste en la eliminación de la referencia al art. 27, por cuanto con la modificación efectuada al mismo ya no se dan las circunstancias que lo justificaban.

Actualmente, además de la referencia a los menores de edad, se agregó a los incapaces y a las personas con capacidad restringida, estableciéndose que en caso de infracción a lo dispuesto por el art. 28 y sin perjuicio de la transformación de la sociedad para que tales personas tengan responsabilidad limitada, el representante, el curador y el apoyo, según el caso, y los consocios capaces, serán solidaria e ilimitadamente responsables por los perjuicios ocasionados.

23. CAPACIDAD DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES DE SER SOCIAS DE OTRAS SOCIEDADES

Con la modificación introducida al art. 30, la ley Nº 26.994 amplió la posibilidad de las sociedades por acciones -anónimas y en comandita por acciones- para participar no sólo en sociedades por acciones sino también en sociedades de responsabilidad limitada.

Además se incluyó un párrafo que establece que podrán ser parte de cualquier contrato asociativo. Este agregado era totalmente innecesario, puesto que

al no tratarse de sociedades, sino simplemente de contratos, no había ninguna restricción para ello. En los fundamentos que da la comisión redactora del anteproyecto se dice que: "...ha considerado conveniente, en consonancia con la doctrina, ampliar las posibilidades existentes en cuanto a la sociedad socia y las participaciones recíprocas. El art. 30 de la ley N° 19.550 es reemplazado por una norma muy amplia para facilitar y promover negocios de organización, permitiendo recibir capitales. Se aplica especialmente a los denominados *Joint Ventures*, contrato exploratorio o preliminar, que no configura desde ningún punto de vista una sociedad, menos de hecho como alguna jurisprudencia ha señalado. Todas estas situaciones son contratos, y como tales deben ser tratados".

Debemos aclarar que el artículo proyectado era mucho más permisivo que el que envió el Poder Ejecutivo al Congreso, y que resultó aprobado.

24. REQUISITOS PARA SER SÍNDICO

Para ser síndico se mantiene la exigencia, en el art. 285, de tener el título habilitante de abogado o de contador público, pero se ha modificado la posibilidad de que sea una sociedad civil constituida exclusivamente por estos profesionales, como consecuencia de haberse eliminado a estas sociedades del derecho positivo argentino. Por lo tanto de ahora en más los profesionales indicados podrán integrar, para ejercer la sindicatura, aquellas sociedades en que la responsabilidad de todos los socios sea solidaria, es decir que tiene que ser una sociedad colectiva.

Continúa la exigencia de que tengan domicilio real en el país.

25. SOCIEDADES CIVILES. SITUACIÓN ACTUAL

Las sociedades civiles que estuvieran legisladas en los arts. 1648 a 1788 bis del código velezano, desaparecieron de la legislación actual. No obstante ello aquellas sociedades civiles que se hubieren constituido correctamente durante la vigencia de la anterior legislación, es decir por escritura pública y que de haberse efectuado reformas al acto constitutivo también se lo haya hecho por escritura pública, pueden continuar operando como tales. Por supuesto que en caso de tener que efectuarse alguna modificación, es necesario adaptarse a la nueva legislación, para lo cual podrán transformarse en alguno de los tipos societarios previstos en el capítulo II de la ley general de sociedades N° 19.550, no obstante que la resolución general de la Inspección General de Justicia N° 7/2015, para el ámbito porteño, dispone en el art. 185 que es admisible tanto la subsanación como la transformación. No compartimos la posibilidad de la subsanación ya que tales sociedades nada tie-

Doctrina

nen que subsanar puesto que al momento de su constitución lo hicieron conforme a la legislación entonces vigente, por lo que lo que corresponde es aplicar el instituto de la transformación como consecuencia de la modificación de la legislación pertinente. La Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires, en la disposición general N° 45/2015, nada dispone sobre el tema.

Para el caso que tales sociedades civiles no se hubieren constituido o modificado por escritura pública, entonces sí sería aplicable el instituto de la subsanación previsto en la sección IV de la ley societaria.

26. SOCIEDAD ACCIDENTAL O EN PARTICIPACIÓN

La ley N° 26.994 derogó los arts. 361 a 366 de la ley N° 19.550 que la regulaba, ya que la misma no era sujeto de derecho y por lo tanto no podía ser titular de derechos y obligaciones, por tratarse de un contrato asociativo y no de una sociedad, siendo correcto que la hayan eliminado de la ley general de sociedades, al igual que el capítulo correspondiente a los contratos de colaboración empresaria, que también fue eliminado ya que ellos no son propios de una ley societaria.

NOTA A FALLO

La fe pública notarial

Su tratamiento en autos “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires c/ Colegio Público de Abogados de Capital Federal s/ Proceso de conocimiento”, expediente N° 21.360/2014, Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 7, Secretaría N° 14; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I.

*Comisión de Legislación y Jurisprudencia**

HECHOS

El Consejo Directivo del Colegio Público de Abogados de Capital Federal (en adelante, CPACF) aprobó por resolución de fecha 27 de diciembre de 2013, un reglamento por el cual se dispuso la creación del “Registro de Certificaciones de Documentos de Abogados Matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal” (en adelante “Registro”).

El Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires envió una nota al Presidente del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, manifestando su preocupación por la creación del “Registro” y solicitando que se abstuviera de implementarlo. Tras recibir una respuesta negativa de parte de dicha entidad, inició una acción judicial declarativa de certeza, en los términos del art. 322 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación, contra el Colegio Público de Abogados de Capital Federal, a fin de que se declare la ilegalidad e inconstitucionalidad de dicho “Registro”. Como objetivo directo e inmediato de la referida demanda, señaló: “la defensa de las funciones notariales con arreglo a las pautas establecidas por la ley 404, en resguardo no sólo de los intereses colectivos de los notarios de la ciudad, sino también de la comunidad toda, ya que la misma además de vulnerar las incumbencias profesionales de los escribanos por estar siendo des-

* La Comisión asesora de legislación y jurisprudencia del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires está integrada en el período 2014-2016 por: María Luján Alejandra Lalanne (presidente), Sebastián Bermúdez, Sebastián Cosola, María Rosa del Milagro Martín, Haydée Sabina Podrez Yaniz, Humberta Pilar De Ángeli, Franco di Castelnuovo, Natalia Martínez Dodda, Elda Fernández Cossini y Cecilia Dubini.

Jurisprudencia

conocidas y puestas en riesgo por resoluciones claramente ilegales del Consejo Directivo del CPACF, a la vez violenta principios esenciales para los usuarios o consumidores centrados en la seguridad jurídica”.

El mentado reglamento había creado el “Registro de Certificaciones de Documentos de Abogados Matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal” y la categoría de “Abogados Certificadores”, quienes podrán: “a. Certificar que la firma y la toma de impresiones digitales, puestas por una persona identificada según la normativa vigente, fueron realizadas frente a él en determinado documento; b. Certificar total o parcialmente las copias de documentos que le sean presentados; c. Expedir certificaciones sobre expedientes judiciales o administrativas de incumbencia legal...” (art. 5º).

a) Fundamentos de fondo del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal

i) Certificación y fe pública

El Colegio de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires expresó que: “...la fe pública es la única actividad donde la ley otorga exclusividad a los escribanos”. Sin embargo, niega que los conceptos “certificación” y “fe pública” sean sinónimos.

Incluso, esta entidad mencionó que el argumento que nutre el planteo de la accionante “no se correlaciona con el significado que nuestro ordenamiento jurídico vigente le da a la palabra ‘certificar’” y constituye un “peligroso intento de hacer decaer en la ilicitud a muchos otros servicios de certificación, que no son ni pueden ser brindados por escribanos”.

Sin fundamentar la diferenciación entre esos dos conceptos, se limitó a dar otros ejemplos que entiende como “certificaciones”, mencionando la actividad certificadora que realizan los médicos, los contadores públicos, los servicios de certificación actuales que se desarrollan en el comercio, como el de “certificación digital”, la actividad bancaria, diligencias reservadas a la policía federal, trámites ante registros nacionales y en el propio CPACF, entre otros ámbitos. Incluso, enfatizó que “la actividad de ‘certificar’ es habitual y diaria en el ejercicio de la profesión del abogado” y su “firma es garantía suficiente para certificar la autenticidad de la copia que se acompaña”. Adujo que el registro de certificaciones se aprobó para darle mayor transparencia a esa función, ya que “...reglamenta una actividad ínsita de la profesión, otorgándole al instrumento privado una presunción de autenticidad y legalidad, y situándolo como un ‘poderoso’ medio de prueba en búsqueda de un mayor estándar de seguridad jurídica”.

El Colegio de Abogados concluyó que las certificaciones emitidas en el contexto del “Registro”: “...no revisten el carácter de instrumento público ni dan fe

pública, ni convierten al abogado en fedatario, gozando meramente de presunción de autoría, fecha e integridad”.

ii) Función notarial

La demandada afirmó que son funciones de competencia exclusiva de los escribanos las previstas en el art. 20 de la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹, pero no las mencionadas en el art. 21 de dicha ley².

-
- 1 Art. 20 de la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: “Son funciones notariales, de competencia privativa de los escribanos de registro, a requerimiento de parte o, en su caso, por orden judicial:
- a.- Recibir, interpretar y, previo asesoramiento sobre el alcance y efectos jurídicos del acto, dar forma legal y conferir autenticidad a las declaraciones de voluntad y de verdad de quienes rogaran su instrumentación pública.
 - b.- Comprobar, fijar y autenticar el acaecimiento de hechos, existencia de cosas o contenido de documentos percibidos sensorialmente que sirvieran o pudieran servir para fundar una pretensión en derecho, en tanto no fueren de competencia exclusiva de otros funcionarios públicos instituidos al efecto.
 - c.- Fijar declaraciones sobre notoriedad de hechos y tenerla por comprobada a su juicio, previa ejecución de los actos, trámites o diligencias que estimare necesarios para obtener ese resultado.
 - d.- Redactar y extender documentos que contengan declaraciones de particulares y expresiones del escribano autorizante, con forma de escrituras públicas, actas, copias testimoniadas o simples, certificados y documentos protocolares o extraprotocolares que tengan el carácter de instrumento público conforme las disposiciones del Código Civil, esta ley u otras que se dictaren.
 - e.- Legitimar por acta de notoriedad hechos o circunstancias cuya comprobación pueda realizarse sin oposición de persona interesada, en procedimiento no litigioso. Sin perjuicio de lo que dispusieren específicamente leyes sobre la materia, serán de aplicación supletoria, en lo pertinente, las normas del Código Procesal”.
- 2 Art. 21: “En ejercicio de tal competencia, los escribanos de registro pueden:
- a.- Certificar firmas o impresiones digitales puestas en su presencia por personas debidamente identificadas coetáneamente al requerimiento y legitimar la actuación del firmante cuando ello fuere requerido u obligatorio.
 - b.- Expedir copias autenticadas, totales o parciales y autorizar testimonios por exhibición o en relación.
 - c.-Expedir certificados sobre:
 - I. Existencia de personas, cosas o documentos.
 - II. Asientos de libros de actas, de correspondencia u otros registros, pertenecientes a personas jurídicas o físicas.
 - III. La remisión de correspondencia y documentos por correo, tomando a su cargo la diligencia de despacharlos.
 - IV. La recepción de depósitos de dinero, valores, documentos y otras cosas.
 - V. El alcance de representaciones y poderes.
 - VI. La autenticidad de fotografías, reproducciones o representaciones de imágenes, personas, cosas o documentos que individualice.
 - VII. La vigencia y contenido de disposiciones legales.
 - VIII. Documentos que se hallen en trámite de otorgamiento o de inscripción.
 - X. Contenido de expedientes judiciales.

Jurisprudencia

iii) Certificación notarial y eficacia

El Colegio Público de Abogados de Capital Federal entendió que: "...fueron las complejidades que enfrenta la sociedad actual globalizada y las nuevas formas de contratación moderna los motivos que conllevaron a los operadores del derecho a dar respuestas eficaces, que fortalezcan la seguridad jurídica y aporten herramientas útiles a la sociedad, y a dictar consecuentemente, el referido registro".

iv) Información

Por último, la parte demandada argumentó que, en relación a la afectación a los usuarios y consumidores con la puesta en marcha de dicho registro: "...al haberse sólo determinado su ámbito de aplicación y su inscripción, no existe ningún elemento ni antecedente que demuestre dicha afectación"; por lo que concluye que "habrá que confiar" que al momento de difundirlo: "...se hará con todas las precauciones necesarias a fin de evitar confusiones a los usuarios, proporcionando información veraz, amplia y suficiente".

b) Fundamentos de fondo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

i) Delegación de la fe pública

Por su parte, el Colegio de Escribanos de la Capital Federal sostuvo que: "...la fe pública es una emanación del Estado, delegada por el legislador en determinadas personas, cuyas afirmaciones expresadas en las formas preestablecidas son tenidas por ciertas mientras la justicia no declare expresamente lo contrario". Siendo dicha aptitud fedataria la esencia de la actividad de los escribanos de registro y no la de los abogados -que carecen de facultades delegadas para ello-, la creación

d.- Labrar actas de sorteo, de reuniones de comisiones, asambleas o actos similares; de protesta, de reserva de derechos, de presencia, de notificación, de requerimiento, de comprobación de hechos, de notoriedad o de protocolización.

e.- Exigir la presentación o entrega de toda la documentación necesaria para el acto a instrumentar.

f.- Extender, a requerimiento de parte interesada o por mandato judicial, reproducciones totales o parciales o copias simples y extractos de las escrituras otorgadas o traslados de sus agregados, cuando el protocolo en el que se hallen insertas se encontrare a su cargo.

g.- Certificar el estado de trámite de otorgamiento de todo tipo de documentos cuya confección le hubiere sido encomendada, así como, en su caso, el de la pertinente inscripción.

h.- Realizar inventarios u otras diligencias encomendadas por autoridades judiciales, o administrativas, que no estuvieren asignadas en forma exclusiva a otros funcionarios públicos" (conforme texto del art. 8º de la ley N° 3933, Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires N° 3793 del 17/11/2011).

de dicho registro, así como la selección de trescientos “abogados certificadores”, sólo podría ser vista como una irrupción en incumbencias legalmente reservadas a los escribanos y como una confusión a los consumidores y usuarios en afectación a la seguridad jurídica en todo el país.

Dicho ente consideró que: “...las certificaciones que prevé el reglamento en cuestión no dan fe pública, y nada certifican; generando una distorsión en los valores de los servicios y una modificación en las expectativas de los consumidores”.

c) Legitimación del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

En los autos citados, el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires inició demanda declarativa de ilegalidad en los términos del art. 322 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación³ contra el Colegio Público de Abogados de Capital Federal, a fin de que se declare la ilegalidad e inconstitucionalidad del “Registro de Certificaciones de Documentos de Abogados Matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, alegando que dicha acción tiene como objetivo directo e inmediato la defensa de las funciones notariales con arreglo a las pautas establecidas por la ley 404 (art. 124) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en tanto ejerce con exclusividad la representación gremial de los escribanos de su jurisdicción.

El demandante adujo que debe actuar en resguardo no sólo de los intereses colectivos de los notarios de la ciudad, sino también de la comunidad toda, habida cuenta que la Resolución que crea el “Registro”, además de vulnerar las incumbencias profesionales de los escribanos por estar siendo desconocidas y puestas en riesgo, a la vez violenta principios esenciales para los usuarios centrados en la seguridad jurídica.

Esta institución justifica asimismo su legitimación a la luz del art. 43 de la Constitución Nacional⁴, la cual resulta conforme a la doctrina establecida en los

3 Art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, conforme el texto de la ley 25.488 expresa: “Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y este no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente. El Juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida”.

4 Art. 43 de la Constitución Nacional: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

Jurisprudencia

fallos 308:987 y 324:448 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (referidos al CPACF), que sostiene que el Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es una persona de derecho público reconocida como tal por la ley 12.990, que continuó funcionando con dicho carácter luego de la reforma constitucional del año 1994 a través del dictado de la ley 404. Según se desprende de esas normas y de la doctrina del Alto Tribunal, dicho ente ha sido revestido de carácter público para llevar adelante el cumplimiento de un cometido público que se le encomienda, que es el de controlar el ejercicio de la profesión con arreglo a las pautas preestablecidas en resguardo de los intereses no sólo de los escribanos individual y sectorialmente considerados, sino también de la comunidad toda.

El demandante advirtió que la acción iniciada procura el dictado de una sentencia que ponga fin a un régimen jurídico inconstitucional que afecta, de modo general, derechos cuya defensa le incumbe en forma exclusiva.

d) Sentencia del juzgado de primera instancia (14/11/2014) **

Además de las normas constitucionales y de procedimiento civil y comercial, el *a quo* analizó el contenido del “Reglamento de Certificaciones de documentos de abogados matriculados del Colegio Público de Abogados de Capital Federal”, la doctrina jurisprudencial aplicable, la ley 23.187 sobre el ejercicio de la profesión de abogado en la Capital Federal -jerarquía, deberes y derechos, matrícula y colegiación-, la ley 12.990 reguladora de la actuación profesional de los escribanos sujetos a la jurisdicción federal y la ley 404 que organiza la función notarial en la Ciudad de Buenos Aires. Y: “...encontrándose legitimado el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires para interponer la presente acción en defensa no solo de los intereses colectivos de los notarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sino también de la comunidad toda”, concluyó que se encontraba: “configurado un estado de incertidumbre sobre el alcance de la nueva actividad que se pretende implementar con el dictado del cuestionado reglamento” y se ha “...acreditado que la accionante posee un interés jurídico suficiente como para determinar que estamos frente a una colisión efectiva de derechos lo que habilita la intervención del órgano judicial”.

Además, el tribunal consideró que con el dictado del citado reglamento: “el CPACF se extralimitó en las facultades que la normativa le confiere” y que intentó “crear una subcategoría de certificación (...) que se ubicaría entre lo que se conoce como la copia simple y la copia certificada, situación a la que tampoco el legislador lo habilitó”. Así, con “...la vigencia de dicho registro se vería afectada la seguridad jurídica, la que posee jerarquía constitucional”.

Por todo lo cual, el juez de grado hizo lugar a la demanda y ordenó dejar sin efecto el “Reglamento de Certificaciones de Documentos de Abogados Matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”.

** El contenido completo del fallo se reproduce a continuación del presente comentario (pág. 581).

e) Sentencia de segunda instancia (11/08/2015)***

Apelada la sentencia de primera instancia, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal consideró acertada "... la legitimación de la actora para representar a los profesionales que la integran", aunque "no puede decirse lo mismo con respecto a los 'usuarios y consumidores'". Por ello, sostuvo que: "...los términos en que ha quedado planteada la litis son marcadamente incompatibles con una acción en defensa de 'derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos' de usuarios y consumidores, promovida en virtud de lo dispuesto por el artículo 43 de la Constitución Nacional".

En cuanto a la situación de fondo, la excelentísima cámara destacó que: "... los argumentos de la demandada no son aptos para conmovir la solución propiciada en la sentencia apelada".

En ese marco, los jueces de segundo grado rechazaron parcialmente el recurso interpuesto por la demandada, revocando la sentencia apelada en lo que hace a los alcances de la legitimación de la actora y confirmándola sobre el fondo de la cuestión planteada.

COMENTARIO DE LA COMISIÓN DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

En función de los hechos y de los argumentos esgrimidos por las partes, consideramos:

I) Acerca de la imparcialidad

En el inc. c) del art. 5º del "Reglamento de Certificaciones de Documentos de Abogados Matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal", entre las funciones de los pretendidos abogados certificadores, se destaca la siguiente: "Expedir certificaciones sobre expedientes judiciales o administrativas de incumbencia legal", *limitándose su intervención a los "documentos en los que: 1. Participe un cliente como parte o tercero, 2. Ese cliente tenga un interés o un derecho, 3. El cliente haya requerido su intervención, 4. No se establezcan, modifiquen, regulen o controviertan derechos o intereses propios del abogado, 5. No deban ser otorgados por instrumento público o por una forma específica dispuesta por ley, 6. No se trate de testamentos, o disposiciones testamentarias, institución de herederos, legatarios o designación de albaceas"; ni versen sobre certificaciones de su propia firma ni "*sobre documentos en los que él sea firmante como parte, en su propio interés".

*** El contenido completo del fallo se reproduce a continuación del presente comentario (pág. 601).

Jurisprudencia

Etimológicamente, la palabra abogado proviene del término *advocatus*, que significa llamar a alguien al auxilio o para representarlo ante un juez, declarar o debatir frente a un interés contrapuesto⁵. Así, el abogado sustenta en la ley la postura de su cliente, en defensa de la pretensión de este.

Ello difiere esencialmente de la función notarial, que propende a buscar un equilibrio entre los intereses de las partes. Al decir de VALLET DE GOYTISOLO, mientras que el abogado tiene la misión de ejercer el *postulare* (exponer la defensa), el notario en cambio desempeña una clara función de precaución, determinada por el *cavere* en la elaboración del derecho⁶.

De ahí que sean tan disímiles las labores de los abogados y los notarios. Dichas diferencias en el ejercicio de las mencionadas profesiones quedan expuestas en los arts. 985 del Código Civil de VÉLEZ SANSFIELD, 291 del Código Civil y Comercial de la Nación, y en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, en los arts. 35, inc. 5), inc. 7.b), del decreto ley 9020/78 y art. 24 del reglamento notarial 3887/98.

II) Acerca de la fe pública

El Colegio de Escribanos de Capital Federal (hoy Ciudad Autónoma de Buenos Aires) plantea la acción pertinente, basando su argumentación primordialmente en el siguiente párrafo:

“(Los escribanos) Fundamentan su pretensión en la fe pública, analizando que la misma es una emanación del Estado, delegada por el legislador en determinadas personas, cuyas afirmaciones, expresadas en las formas preestablecidas, son tenidas por ciertas mientras la justicia no declare expresamente lo contrario, siendo dicha aptitud fedataria la esencia de la actividad de los escribanos de registro, y no la de los abogados que carecen de facultades para ello; por lo que la creación de dicho registro, así como la selección de trescientos ‘abogados certificadores’, sólo puede ser vista como una irrupción en incumbencias legalmente reservadas a los escribanos, y como una confusión a los consumidores y usuarios en afectación a la seguridad jurídica en todo el país”.

En este sentido, ARGENTINO NERI sostenía que: “La más fundada y prevaleciente noción de fe -inspirada en la ética y la moral- es aquella que le atribuye el sentido de creencia”⁷. Al notariado, como herramienta de trabajo cotidiano, la dación de fe pública le resulta absolutamente indispensable. No hay ejercicio del notariado latino sin el imperio de la dación de fe aplicada por el hombre.

5 Conf. OSSORIO Y FLORIT, Manuel. Enciclopedia Jurídica Omeba, voz: abogado, T. 1, Editorial Bibliográfica Argentina, pág. 65.

6 VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. *Manuales de metodología jurídica*, T. III, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 2004.

7 NERI, Argentino I. *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1969, pág. 375.

Autores como EDUARDO COUTURE han sido elocuentes al considerar que la eficacia es un aporte esencial que el notariado puede brindar a la comunidad a través de su actuación relacionada con el imperio de dar fe. Entendiendo que la fe pública es *el tema notarial por antonomasia*⁸, el gran maestro uruguayo advertía: “El concepto que se tenga de la fe pública es el concepto que se tenga del derecho notarial”⁹.

La fe pública es la garantía de otro valor mucho más trascendente en la actualidad: la *seguridad jurídica*. Tan es así que, además de las implicancias que aporta al documento, la fe pública es una herramienta indispensable para que haya seguridad jurídica.

RUFINO LARRAUD afirmaba claramente¹⁰ que el vocablo *fe* puede tener diferentes acepciones: a) *creencia o confianza* en algo no percibido por los sentidos pero que son aceptados por la autoridad de quien lo afirma; b) *seguridad o garantía* que se brinda en cuanto a la afirmación que se hace acerca de la verdad fiel y exacta de algo; y c) *calidad o grado de eficacia*¹¹.

Los tres conceptos reconocen un elemento común: todos están vinculados a la idea de *verdad*. Mas corresponde destacar, como lo han hecho los autores españoles, que todas las fórmulas que se han venido presentando a lo largo de los años reconocen una virtual sinonimia: *la fe pública trata la relación de verdad entre el hecho y el dicho, y es propia únicamente del notario, que es quien tiene o posee el don delegado del Estado de derecho para actuar con ese imperium*¹².

De ahí que se advierta que existe una *fe individual* relacionada con las creencias, las seguridades y la confianza de la persona en su individualidad¹³; y la *fe pública colectiva*, que se presenta de dos maneras diferentes: a) una vulgar, que implica la creencia o convicción común por una suma de procesos intelectuales, y b) una jurídica, que supone la existencia de una verdad oficial cuya creencia es instalada por un imperativo jurídico que obliga a tener determinados hechos o acontecimientos por ciertos, sobre los cuales no puede decidirse sobre su objetiva *verdad*¹⁴.

Se vislumbran, entonces, dos resultados diferentes frente a la *dación de fe*. *Dar fe* en sentido *vulgar* es una actitud pasiva tendiente a prestar crédito a lo que otra persona manifiesta; mientras que *dar fe* en sentido *jurídico* es una actitud positiva que equivale a un acto de *atestiguación solemne*¹⁵.

8 Conf. COUTURE, Eduardo J. “La fe pública notarial”, en Alberto VILLALBA WELSH y Daniel LARRIQUETA, *Temas de Derecho Notarial*, publicación del Colegio de Escribanos de Mendoza, Buenos Aires, 1948, pág. 15.

9 COUTURE, Eduardo J. *El concepto de fe pública (Introducción al estudio del derecho notarial)*, Fas, Rosario, 2005, pág. 11.

10 Conf. LARRAUD, Rufino. “La fe pública aun”, en *Anales del Notariado Argentino*, T. III, IACN, Buenos Aires, 1965, pág. 39.

11 *Ibidem*.

12 *Ídem*, pág. 28.

13 *Ibidem*.

14 *Ídem*, pág. 29.

15 *Ibidem*, pág. 30.

La moderna doctrina ha conceptualizado a la fe pública en un sentido relativamente amplio¹⁶ como *la creencia legalmente impuesta*¹⁷. En un concepto más restringido, CARLOS GATTARI recoge los conceptos de BARTOLOMÉ FIORINI para considerar a la fe notarial como fe legitimada, poniendo de manifiesto que es la única fe pública regulada por norma legal¹⁸. Así, puede considerarse a la fe pública notarial como un atributo legal especial que surge de la propia calidad funcional del mismo notario, relacionada íntimamente con lo que este ha visto, oído y percibido por sus sentidos.

Frente a las expectativas sociales, la fe es una cualidad del instrumento técnico profesional que, entre tantos otros de importancia también notoria, sirven para garantizar la perdurabilidad, certeza, confianza y verdad contenida en un documento que, por sí solo, con su exhibición, transmite materialmente la seguridad jurídica.

Por ello, *la fe pública notarial se encuentra íntimamente relacionada con la cuestión de la eficacia del documento*. Dicha cualidad socialmente consolidada, sirve al mismo tiempo para solidificar el argumento de *paz jurídica*.

Finalmente, coincidimos con los conceptos vertidos por CARLOS EMÉRITO GONZÁLEZ sobre la fe pública, caracterizándola como un poder que compete al escribano para dar vida a las relaciones jurídicas y para constituir la garantía de autenticidad sobre las mismas¹⁹. La fe pública notarial, según dicho maestro, es el resultado de la función de interpretación notarial y a la configuración inmediata de las voluntades al instrumento jurídico. Esta resulta superior a la fe pública administrativa y la fe pública judicial, que no captan en el expediente el espíritu de las voluntades que personalmente manifiestan las partes ante el notario²⁰. Para el autor citado, “el acto más maravilloso de la actuación notarial es cuando el escribano se siente verdadero representante de la fe, de la verdad, de lo justo, de lo equitativo, que es también verdad del derecho que llamaríamos puro y lo pone al servicio de la colectividad”²¹.

16 Etimológicamente, deriva de *fides*; indirectamente del griego *πειθεω* (*peitheio*), es decir, yo persuado. Y *pública* quiere decir notoria, patente, manifiesta, que la ven o la saben todos. Etimológicamente, quiere decir “del pueblo” (*populicum*).

17 Conf. ZINNY, Mario Antonio. *El acto notarial (dación de fe)*, Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 75.

18 Conf. GATTARI, Carlos Nicolás. *Derecho Notarial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 299.

19 Conf. GONZÁLEZ, Carlos Emérito. *Derecho Notarial*, La Ley, Buenos Aires, 1971, pág. 208.

20 Ídem, pág. 209.

21 Íbidem.

III) Acerca de la certificación de firmas: teoría general

En virtud de lo antedicho, adherimos a lo sostenido por JOSÉ MARÍA ORELLE²² cuando enfatiza que la autenticación de firmas presenta dos actos jurídicos relativamente complejos: el del requirente, que decide solicitar la autenticación y el del notario que la realiza²³.

Son actos unidos por una causa: mientras que el acto del requirente sólo necesita de la voluntad para ser ejercido, el propio notarial resulta ser mucho más complejo al estar dividido en etapas funcionales. En efecto, este último contiene ciertos actos de *determinación notarial del derecho*²⁴, como los relativos a la calificación de la persona y del documento, el deber de redacción del acta, de confección del certificado y de vinculación documental del certificado con el instrumento respectivo²⁵.

Si bien es cierto que el citado doctrinario analiza pormenorizadamente casi la totalidad de las legislaciones nacionales en referencia a la certificación de firmas, lo cierto es que sobre lo no regulado insiste en remitirse a la aplicación de los principios generales de la institución notarial: tal es el caso de la lectura y de la unidad del acto, respecto de las cuales afirma que "la mera ausencia de normativa no es motivo para omitirla"^{26 27}.

CARLOS EMÉRITO GONZALEZ²⁸ aseveraba que la certificación de firmas corresponde a la categoría de instrumentos públicos y pertenece a la clase de aquellos instrumentos que no requieren mayores formalidades que la firma y sello notarial, la fecha y el lugar de certificación²⁹. En la actualidad, a dichos requisitos se adicionó el libro de requerimientos de certificación de firmas e impresiones digitales. De allí es que CARLOS PELOSI la ubicó dentro de los documentos extraprotocolares³⁰, como actualmente lo hace ADRIANA ABELLA³¹.

22 Conf. ORELLE, José María R. "La autenticación de firmas en la República Argentina", Academia Nacional del Notariado, Buenos Aires, 2007, pág. 40.

23 *Ibidem*.

24 Conf. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Reus, Madrid, 1946. Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans. *Ob. cit.*

25 ORELLE, José María R. *Ob. cit.*, págs. 41 y sgts.

26 *Ídem*, pág. 73.

27 Sobre la unidad de acto, cabe destacar que el art. 301 del Código Civil y Comercial de la Nación flexibiliza dicho concepto al disponer que: "...en los casos de pluralidad de otorgantes en los que no haya entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, los interesados pueden suscribir la escritura en distintas horas del mismo día de su otorgamiento" y "...siempre que no se modifique el texto definitivo al tiempo de la primera firma".

28 Conf. GONZÁLEZ, Carlos Emérito. *Teoría General del Instrumento Público (Introducción al derecho notarial Argentino y Comparado)*, Ediar, Buenos Aires, 1953, pág. 94.

29 *Ibidem*.

30 Conf. PELOSI, Carlos A. *El documento notarial*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 252.

31 Conf. ABELLA, Adriana N. *Derecho Notarial*, Zavalía, Buenos Aires, 2010, pág. 369.

Jurisprudencia

Por su parte, NATALIO ETCHEGARAY y VANINA CAPURRO³² advierten que la certificación de firmas en sede notarial es una especie de documento que participa de la categoría denominada “certificados”, por cuanto son aquellas constancias del escribano destinadas a ser auténticas frente a las realidades que presencia y percibe.

Los mencionados autores ubican al instituto dentro de la categoría de *instrumentos públicos*³³ y no dudan en argumentar que una *firma es auténtica cuando el notario dice que esa expresión escrita fue puesta en su presencia, en ese acto, por persona que ha justificado su identidad*³⁴.

RUBÉN AUGUSTO LAMBER³⁵ diferencia la función certificante de la escrituraria, por cuanto lo único trascendente en la función certificante es el escribano que certifica. El autor advierte que el documento certificado no alcanza *per se* el carácter de público, *salvo lo que atañe únicamente a la certificación en sí*.

Por último, CARLOS NICOLÁS GATTARI³⁶ sostiene que la certificación es el documento extraprotocolar por medio del cual el notario logra la adveración jurídica de hechos ocurridos en su presencia mediante su evidencia funcional; y que la certificación de firmas es una verdadera legitimación de donde se desprenden seis operaciones de ejercicio: calificación, legalización, imputación a la persona del acto a firmar, comprobación del texto impositivo, legitimación en caso de ser necesario y justificación del contenido³⁷. De conformidad con lo sostenido por LAMBER, señala que la adveración jurídica de la firma no cambia el carácter del documento, que sigue siendo privado³⁸.

Concordantemente con lo expuesto, la justicia ha expresado: “...la certificación notarial de las firmas (en el *sub lite*, del contrato de locación) constituye un instrumento público, razón por la que goza de plena fe...”³⁹; “la ‘certificación’ de firmas que aparece otorgada por dos empleados bancarios que refieren la concordancia de las rúbricas con la registración de libros de la entidad, carece de validez como tal y a los efectos aquí perseguidos, toda vez que al no haber sido otorgada por un oficial público obrando en el límite de sus atribuciones y en el ámbito de su competencia obsta a la consideración como instrumento público, impidiendo, por consiguiente, que pueda conferírsele la plena fe que éstos merecen (CCiv., 979,

32 Conf. ETCHEGARAY, Natalio Pedro y Capurro, Vanina Leila. *Derecho Notarial Aplicado*, T. I, Colección Función Notarial, Astrea, Buenos Aires, 2011, págs. 344 y sgts.

33 *Ibidem*, pág. 345.

34 *Ídem*, pág. 348.

35 Conf. LAMBER, Rubén Augusto. *La escritura pública*, T. I, FEN, La Plata, 2003, pág. 136.

36 Conf. GATTARI, Carlos Nicolás. *Ob. cit.*

37 *Ibidem*, pág. 173.

38 *Ibidem*.

39 Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Martín, sala II, 31/08/2006, “Colonna, Mario Nicolás José y otro c/Delgado, Isidora Isabel y otro/a s/cobro ejecutivo de alquileres”, SCBA-JUBA, B2003892.

2, 980, 993)”⁴⁰. Por lo tanto, fue considerado procedente que los supuestos suscriptores del contrato de fianza negaren la autenticidad de aquel sin necesidad de recurrir al específico procedimiento de la redargución de falsedad que hubiera sido atinente si la certificación de sus firmas estuviese dada por un notario.

El Código Civil y Comercial de la Nación enuncia que son instrumentos públicos los que “extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes” (art. 289, inc. b), en clara alusión a los documentos notariales mencionados en las leyes orgánicas que regulan la actividad notarial (v.gr. certificaciones, certificados, cargos), además de aquellos que fueren extendidos por funcionarios consulares, administrativos o judiciales.

En cuanto a la bondad de la certificación notarial de firmas, el mentado cuerpo unificado del derecho privado establece que el instrumento privado cuya firma esté certificada por escribano (excluyendo aquí el legislador a otros funcionarios públicos), no puede ser impugnado por quienes lo hayan reconocido, excepto -claro está- por vicios en el acto del reconocimiento (art. 314, 2º párrafo).

Y resaltando la estrecha vinculación entre *la fe pública notarial* y *la eficacia del documento* a la que nos referíamos antes, el art. 317 del nuevo Código Civil y Comercial dispone que: “...la eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta”, agregando que la adquieren “...el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después”. En efecto, el escribano certifica la firma de la persona que la estampa ante él, siendo ello un requisito de validez de dicha certificación como instrumento público (art. 290, inc. a), CCyC) y de eficacia probatoria “en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil y criminal” -art. 296, inc. a), CCyC-.

IV) La certificación notarial de copias o reproducciones

Cuando el notario da fe sobre la concordancia de copias, testimonios o reproducciones, el hecho sometido a la vista del funcionario es otro documento preexistente, otorgando *fe pública derivada*⁴¹.

En la certificación notarial de copias o reproducciones hay únicamente declaraciones del escribano, en tanto se trata de un documento de ciclo cerrado donde no queda expresado requerimiento alguno.

40 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, La Ley, 11/01/2008, cita online: AR/JUR/6063/2007.

41 Conf. ETCHEGARAY, Natalio Pedro y Capurro, Vanina Leila. Ob. cit., págs. 36 y 37.

Jurisprudencia

Se trata de la autenticación notarial de reproducciones de instrumentos matrices o extraprotocolares, pudiendo consistir en traslados literales, completos o parciales, o bien tratarse de extractos, relaciones o resúmenes de una documentación original o reproducida⁴².

Se utiliza la palabra *traslado* para expresar la idea de que son documentos sin contenido ideológico propio pues el mismo proviene del original; es decir que son trasuntos de otros instrumentos⁴³.

Y aquí podrían reiterarse los conceptos vertidos sobre *fe pública notarial* ya citados, sin obviar lo prescripto en el art. 289 del Código Civil y Comercial de la Nación⁴⁴.

V) La acción declarativa de certeza

Como recordara PALACIO, las pretensiones declarativas son aquellas que tienden a la obtención de un pronunciamiento que elimine la falta de certeza sobre la existencia, eficacia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico⁴⁵. Afirma además que la característica esencial de esta categoría de pretensiones resulta suficiente para satisfacer el interés de quien las propone y, por lo tanto, para agotar el contenido de la función jurisdiccional⁴⁶. Esta acción, prevista en la Constitución de la Nación Argentina en su art. 43, fue incorporada legislativamente mediante la ley 25.488, que reformó el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El más alto tribunal de la Nación requiere para admitir la procedencia de este tipo de procedimiento -luego de que la misma fuera receptada legalmente-, que se reúnan ciertos requisitos: a) existencia de una relación jurídica, b) un estado de incertidumbre, c) actualidad de la lesión y d) legitimación de las partes.

Es dable destacar que, como expresara el *a quo*, la actividad de los abogados certificadores se configura como una "irrupción en incumbencias legalmente reservadas a los escribanos, produciéndose así la afectación de la seguridad jurídica en todo el país. Así, la acción meramente declarativa es preventiva y, en consecuencia, no es presupuesto de admisibilidad la existencia de un daño consumado".

42 Confr. ETCHEGARAY, Natalio P. *Escrituras y Actas notariales*, Astrea, Buenos Aires, 2010, págs. 63 y 64. Pelosi, Carlos A. Ob. cit., pág. 284. Según Pelosi, el documento que el notario reproduce con distintas palabras o resume con criterio selectivo, se suelen denominar en la práctica notarial argentina como certificados.

43 PELOSI, Carlos A. Ob. cit., pág. 272.

44 Art. 289: "Son instrumentos públicos: a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios; b) los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes...".

45 PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*, T. I, 2º edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 304.

46 *Ibidem*, pág. 497.

Por su parte, se advierte la existencia de un *estado de incertidumbre*, toda vez que el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires no tendría certeza respecto de su situación jurídica. De la normativa vigente se desprende que la actividad que en forma exclusiva desarrollan los escribanos, con el dictado del reglamento de abogados certificadores, se vería invadida por éstos.

VI) Apoyo del Consejo Federal del Notariado Argentino y de la Unión Internacional del Notariado

En los considerandos del fallo de primera instancia, se han tenido en cuenta las posturas formalmente expuestas por el Consejo Federal del Notariado Argentino y por la Unión Internacional del Notariado, en defensa de la actividad notarial, que merecen ser transcriptas textualmente:

Asamblea Ordinaria del Consejo Federal del Notariado Argentino del 11 de abril de 2014

“Por unanimidad se rechaza la resolución adoptada por el Colegio Público de Abogados de Capital Federal, puesto que la misma importa la asunción ilegítima de funciones fedatarias, reñidas con la normativa vigente, y el desconocimiento de los límites de las incumbencias que competen a otras profesiones legalmente reguladas y los principios esenciales del notariado latino”.

Resolución Nº 3 del Consejo General, mayo 2014, Berna: apoyo de la UINL al Notariado Argentino dada la situación planteada en la ciudad de Buenos Aires vinculada a la certificación de firmas y copias efectuada por profesionales del derecho no notarios

“En la Ciudad de Berna, Suiza, a cuatro días del mes de mayo del año dos mil catorce, con motivo de la Reunión del Consejo General de la Unión Internacional del Notariado;

VISTO:

1.- Que por información que proporciona la delegación de notarios de la República Argentina, existen profesionales del Derecho que, sin sustento legislativo alguno, están publicitando la certificación de firmas y copias de instrumentos de toda índole, por quienes no son notarios por no haberseles delegado la facultad fedataria por ningún organismo del Estado;

2.- Que estas tareas son exclusivas de los profesionales de derecho a cargo de una función pública a quienes se les ha atribuido por ley del Estado la respectiva competencia material;

Jurisprudencia

3.- Que esta situación puede lesionar los intereses de los particulares a quienes se les ofrece un servicio público con apariencia legal, sin sustento jurídico alguno.

Por ello, la Unión Internacional del Notariado

DECLARA:

Que la iniciativa relacionada importa la asunción en forma ilegítima de funciones fedatarias públicas, contrarias a la normativa nacional vigente, así como el desconocimiento de los límites de las funciones que competen a otros profesionales del Derecho, pudiendo por ello producir graves daños a todos los integrantes de la comunidad nacional, instando por ello para que se disponga la inmediata eliminación de ese servicio”.

VII) Colofón

Se ha pretendido crear una suerte de certificación para los instrumentos elaborados con la intervención de los abogados de Capital Federal, en una clara violación a las leyes vigentes que atribuyen la competencia y las funciones a cada profesión.

Frente al principio “*permissum videtur in omne quod non prohibitum*” (se considera permitido todo aquello que no está prohibido) que domina en el derecho privado, el apotegma “*quae non sunt permissae prohibita intelliguntur*”, que significa “lo que no está permitido ha de entenderse prohibido”, propio del régimen administrativo, ha sido el fundamento sustancial en el fallo analizado.

Siendo la fe pública un atributo legal que el Estado delega en los escribanos, la autoasignación de la misma por parte de otros profesionales implica un avasallamiento de los estándares del derecho.

El respeto a la ley es el puntapié inicial, al mismo tiempo que el elemento esencial y constante en una nación que se orienta al progreso. Sólo por dicha senda se encontrará la tan necesaria seguridad jurídica y, por añadidura, la paz a la cual toda sociedad aspira.

FALLO

Causa: 21360/2014. "Colegio de Escribanos de la Ciudad de Bs. As. C/ Colegio Público de Abogados de Capital Federal S/ Proceso de Conocimiento"; Juzgado N° 7

En Buenos Aires, a los 11 días del mes de agosto de 2015, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para resolver en autos "Colegio de Escribanos de la Ciudad de Bs. As. c/ Colegio Público de Abogados de Capital Federal s/ Proceso de Conocimiento", expediente n° 21360/2014, y;

La Dra. Clara do Pico dijo:

I.- La demandada -sustentando su recurso en el memorial de fs. 186/207 vta., replicado a fs. 209/222- recurre el pronunciamiento de fs. 165/177 por el cual el Juzgado N° 7 del fuero hizo lugar, con costas, a la demanda entablada, dejando sin efecto el "Reglamento de certificaciones de documentos de abogados matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal" por el que se creaba el "Registro de certificaciones de documentos de abogados matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal".

Asimismo, apela la actora los honorarios regulados a sus letrados por considerarlos elevados y dos de estos últimos por considerarlos bajos (fs. 181).

II.- Para así decidir, la jueza *a quo* entendió que:

II.1.- La actora se encontraba legitimada para interponer la acción, por un lado, en la medida en que está expresamente facultada para actuar administrativa o judicialmente en defensa de la función notarial o del interés de los escribanos, de conformidad con el art. 124 de la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y, por otro, en función de lo previsto en el art. 43 de la Constitución Nacional sobre los nuevos mecanismos tendientes a proteger a usuarios y consumidores, también está legitimada para actuar en resguardo de los intereses de la comunidad toda.

II.2.- En función de lo establecido en las normas que rigen el ejercicio de la profesión de abogado en la Capital Federal (ley 23.187, específicamente

Jurisprudencia

arts. 6º, 20 y 21), así como aquellas relativas al ejercicio profesional de los escribanos, tanto en el ámbito federal como en el de la ciudad (ley 12.990, específicamente arts. 11 y 12; y ley 404, arts. 20, 21 y 22), la acción declarativa intentada era formalmente procedente porque se verificaba un estado de incertidumbre sobre el alcance de la nueva actividad de los “abogados certificadores” que se pretendía implementar con la norma cuestionada y su eventual distinción con la de los escribanos; y, así también, era sustancialmente procedente porque el colegio demandado se extralimitó en las facultades que la normativa le confiere y en el alcance de los deberes y derechos de los abogados y escribanos.

Sobre esto último, apuntó también que el colegio demandado intentaba crear una “subcategoría de certificación”, ubicada entre lo que se conoce como copia simple y copia certificada, no estando habilitado para ello por norma legal alguna -a diferencia de los otros supuestos a los que aludió (facultades de certificación por bancos, secretarios judiciales, policía)- por no ser apta, a esos efectos, la invocación del art. 120 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Sentenció, entonces, que el registro de certificaciones de documentos por parte de abogados: “...provocaría en la comunidad toda una probable confusión con relación a la certificación que efectúan los escribanos -la que sí otorga fe pública- y la nueva categoría que se intenta implementar, la que al momento de tener por acreditadas determinadas cuestiones en sede judicial no va a servir, por lo que cabe concluir que con la vigencia de dicho registro se vería afectada la seguridad jurídica, la que posee jerarquía constitucional, conforme lo ha resuelto con énfasis y reiteración la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

III.- La demandada centró su apelación en los siguientes agravios:

III.1.- La sentencia le otorgó legitimación al Colegio Público de Escribanos como actora en la presente causa. Cuestiona que se le haya reconocido legitimación, no ya para representar los intereses de los correspondientes profesionales, sino de los consumidores y usuarios, cuando no es una asociación que propenda a tales fines en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, como tampoco existe una “homogeneidad” en el supuesto perjuicio de los consumidores de confundir el rol de los abogados certificadores con el de otorgar fe pública; en sustento de todo lo cual cita la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada en los precedentes “Halabi” y “PADEC”.

III.2.- La sentencia afirmó que había “caso judicial”.

Entiende que la sentencia apelada encubre la ausencia de caso, entremezclándola con los requisitos de la acción declarativa, al aludir a la duda manifiesta que tendrían los escribanos sobre el nuevo rol de certificadores de los abogados; duda que, a su vez, demuestra que la acción tiene un carácter meramente

consultivo y un perjuicio hipotético. Asimismo, cuestiona que haya admitido la acción dirigida a su parte como el emisor de la norma, y no a los eventuales beneficiarios, con cita del precedente de fallos: 321:560.

III.3.- La sentencia trató en forma parcial los argumentos de su defensa en cuanto al fondo de la cuestión. Explica, al respecto, que es habitual en la práctica de la abogacía “certificar”, esto es, al firmarse las copias de traslado, al acompañar copia simple de poderes actuando como apoderados, al “certificar” la firma del cliente en cada escrito judicial; en virtud de ello se creó el registro de certificadores para que los abogados allí inscriptos pudieran “certificar” documentos relacionados con sus clientes, dándoles “presunción de autenticidad y legalidad” sobre la autoría, fecha e integridad de los documentos, así como también, a los fines de afianzar la seguridad jurídica, al aportar mayor confianza y agilidad en las transacciones, de manera práctica y eficiente, sin pretender dotarlos de la facultad de dar fe pública. Sostiene que esa “certificación” no es una función de competencia privativa de los escribanos, tal como lo demuestra el hecho de que no está incluida en el art. 20 de la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sino en el 21, únicamente en carácter de una facultad que se otorga para ser ejercida en oportunidad de las funciones privativas previstas en el 20; lo cual no implica que tal facultad tenga también carácter de competencia privativa.

Diferencia la facultad de “certificar” cuestionada de la de dar fe pública, definiendo a la primera como “la demostración independiente del cumplimiento de las normas” según lo dicho por el Instituto Argentino de Normalización y Certificación, así como también citando distintos servicios de certificación brindados por operadores privados.

Por último, afirma que la sentencia desconoció el alcance de las funciones, fines y facultades del Colegio Público de Abogados, tal como fueran delineadas en el precedente de la Corte Suprema “Ferrari”, y se interpretó erróneamente el principio de legalidad en materia administrativa al aplicárselo a una persona jurídica pública no estatal como es el referido colegio y, además, sobre una materia que le compete tanto expresa como implícitamente en virtud de la ley 23.187.

IV.- En un primer lugar, corresponde adentrarse en las cuestiones preliminares planteadas por la demandada en cuanto a la legitimación de la actora y la existencia de un “caso” o “causa”; siendo de necesidad a esos fines examinar la forma en que ha sido planteada la presente acción.

Es así que la actora interpuso una “...demanda declarativa de ilegalidad, en los términos del art. 322 CPCCN (...) a fin de que se declare la ilegalidad e inconstitucionalidad del ‘Registro de Certificaciones de Documentos de Abogados Matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal’”, fundando su legitimación en que: “...conforme lo establece el art. 124 de la ley

Jurisprudencia

404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Colegio de Escribanos ejerce, con exclusividad, la representación gremial de los escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (inc. w)” y “...está expresamente facultado para ‘actuar en las órbitas administrativa y judicial, en las que podrá promover o cuestionar decisiones de los poderes públicos o entes privados, en tanto aquéllas se relacionen directa o indirectamente, con la función notarial o el interés de los escribanos’ (inc. x)”.

Sin perjuicio de ello, también indicó que: “...la presente demanda tiene como objetivo directo e inmediato la defensa de las funciones notariales con arreglo a las pautas establecidas por la ley 404, en resguardo no solo de los intereses colectivos de los notarios de la ciudad, sino también de la comunidad toda”, en el entendimiento que la norma impugnada “...violenta principios esenciales para los usuarios o consumidores centrados en la seguridad jurídica”, por lo que “...la legitimación del Colegio de Escribanos también aparece justificada a la luz del art. 43 de la Constitución Nacional, por el cual se reconoce legitimación para la promoción de la acción de amparo tendiente a la defensa de ‘derechos de incidencia colectiva en general’, además de al afectado, a las asociaciones que propendan a esos fines”.

Explicó, entonces, esta dualidad de objetivos del siguiente modo: “El Colegio de Escribanos procura tanto la defensa del regular ejercicio de las funciones de sus matriculados, como la defensa de las incumbencias de la profesión notarial y, de este modo, brindar tutela también a intereses más amplios, como lo son la certeza y seguridad en el comercio y proteger los derechos de consumidores y usuarios”.

Concordantemente, funda su petición de inconstitucionalidad de la norma impugnada en que la facultad de otorgar fe pública a ciertos documentos es una competencia delegada por el Estado, más específicamente por el legislador, a los escribanos; facultad de la cual carecen los abogados. Razón por la cual, la creación por parte del colegio público demandado de un registro de “abogados certificadores”, no sólo escapa a su competencia sino que, también, esa función de certificación no tendría más valor que el de un mero testimonio.

Y es precisamente partiendo desde esta última conclusión que la actora plantea que los “usuarios y consumidores”, dada la intervención del colegio público demandado, podrían incurrir en error al suponer que esas certificaciones podrían tener “algún tipo de valor jurídico”. Situación que, además, configurarían una “distorsión del mercado” en cuanto la creación del mencionado registro de “abogados certificadores”: “...amenaza con atraer a los clientes que, engañados o confundidos, recurran a un letrado para concretar actos que solo un notario puede otorgar. Aun cuando el engaño o confusión en algún momento se pondrá de manifiesto, ya se habrá afectado el mercado, la competencia

conforme a derecho, el prestigio de la actividad certificante, y, obviamente, los intereses de los usuarios desprotegidos”.

V.- De lo dicho, entonces, no pueden caber dudas de que el “caso” o “causa” de la presente acción consiste en el intento, supuestamente ilegítimo, del colegio público demandado de dotar a sus profesionales abogados de funciones que son propias de los escribanos, situación que redundará para estos últimos en un perjuicio concreto: esto es, la eventual merma en el requerimiento de sus servicios, en favor de los primeros.

Y ello es así no sólo porque surge de forma palmaria del escrito de inicio de la demanda, así como de los antecedentes de la litis -esto es, de los motivos por los cuales el colegio público demandado creó el mencionado registro de “abogados certificadores”, y por los que la actora se alzó en contra-; sino también porque sólo de esa manera es posible interpretar tal conducta configure una “irrupción en incumbencias legalmente reservadas a los escribanos de registro” y, por lo tanto, que la presente acción no se haya instaurado por el solo fin de evitar que el colegio demandado dotase a sus profesionales de facultades que no le corresponden, teniendo en cuenta que -como la propia actora advierte- ésta “no se efectúa en el simple interés de que se cumplan la Constitución y las leyes”.

VI.- Ahora bien, en este marco es clara -y tampoco se encuentra discutida- la legitimación de la actora para representar a los profesionales que la integran; sin embargo, no puede decirse lo mismo con respecto a los “usuarios y consumidores”.

Es que los términos en que ha quedado planteada la litis son marcadamente incompatibles con una acción en defensa de “derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos” de usuarios y consumidores, promovida en virtud de lo dispuesto por el art. 43 de la Constitución Nacional. Por lo cual, aun de sostenerse la existencia de un hecho único o complejo que cause la lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales -en este caso, tanto de los escribanos como “de los usuarios y consumidores”-, es claro que de ningún modo podría decirse que “la pretensión esté concentrada en los efectos comunes” de ese hecho, y no en el daño diferenciado que los escribanos habrían sufrido; requisito insoslayable para la procedencia de una acción del género (cfr. fallos: 332:111). Máxime cuando, tal como apunta el colegio público demandado, la actora tampoco parecería encontrarse comprendida en los sujetos legitimados a tales fines por la Constitución Nacional (cfr. *mutatis mutandi*, C.S.J.N., causa A. 803. XLVI., caratulada “Asociación Civil DEFEINDER y otros c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Proceso de conocimiento”, con sentencia del 27/11/2014).

Jurisprudencia

VII.- En cuanto al fondo, y sin perjuicio de destacar que los argumentos de la demandada no son aptos para conmover la solución propiciada en la sentencia apelada por no constituir una crítica concreta y razonada en los términos del art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, basta apuntar lo siguiente.

VIII.- El conflicto materia del presente litigio se origina en la creación por parte del colegio demandado de un registro de "abogados certificadores". Tal como surge de las versiones taquigráficas del consejo directivo del mencionado organismo, tal iniciativa se originó a raíz de una disconformidad con las nuevas disposiciones del entonces proyecto de Código Civil y Comercial Unificado, en el entendimiento que estas dejaban muy librado a la libertad de las personas la decisión de cómo contratar y darle forma a sus relaciones jurídicas, al requerir únicamente la certificación de la firma por parte de un escribano, cuya intervención no garantiza que el contenido del contrato sea acorde a derecho.

Así es que se propuso: "...el diseño de una suerte de certificación profesional para los contratos que elaboren los profesionales, de manera tal de que la persona, cuando vaya a celebrar un contrato, cuente con un modelo ya certificado por el Colegio de que ese modelo fue hecho por un abogado matriculado activo y que tiene el asesoramiento debido" o, en otras palabras también, un "dictamen precalificado" por un profesional del colegio. Se reconoció que esta "suerte de certificación profesional" no iba a ser oponible a los escribanos, en el sentido de que estos solo certifiquen firmas de contratos que hayan obtenido previamente aquélla, pero se concluyó que: "...esta e[ra] una manera de generar conciencia para que la gente consulte a un abogado antes de firmar un contrato", que la medida apuntaba a todo tipo de contratos -no sólo a aquéllos respecto de los que se exige escritura pública- y que: "...si no (...) crea[ban] algo de esta categoría, directamente el patrocinio letrado va a ser innecesario, no innecesario porque lo sea, sino porque la gente lo va a creer innecesario" (ver versión taquigráfica del 04/10/2012; período 14, acta nº 9; fs. 58/66).

Sin perjuicio de ello, el "Reglamento de certificaciones de documentos de abogados matriculados" aprobado por el mencionado consejo directivo terminó estableciendo -a diferencia de lo expuesto- la facultad de los "abogados certificadores" de certificar firmas, tomas de impresiones digitales, copias de documentos y, por último, expedir certificaciones sobre expedientes judiciales o administrativos (cfr. art. 5º, ver a fs. 55/57).

El invocado fundamento de tales facultades -que, atento el cambio operado, únicamente se expuso en las misivas intercambiadas entre los colegios aquí involucrados y en el presente proceso- ha sido el art. 120 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y la analogía con otros supuestos.

IX.- Ahora bien, más allá de lo dicho en la sentencia apelada al respecto, es claro que el colegio demandado jamás ha podido encontrarle un fundamento jurídico válido a la facultad de los abogados para emitir este tipo de “certificaciones”. Lo cual era inevitable dado que tal facultad no es propia de la profesión y no existe norma legal alguna que la reconozca.

En este sentido, sobre la contraposición de esta facultad con el ordenamiento jurídico, es suficientemente explícito lo dicho por el propio órgano directivo del colegio demandado, en oportunidad de explicar sus motivos: “La Comisión de Incumbencias oportunamente había recomendado -dado que el proyecto de reforma de Código Civil decía que las certificaciones exclusivamente las iban a hacer los escribanos, y nosotros dijimos por qué se les daba esta potestad exclusiva, cuando en realidad estamos hablando de documentos privados- que atento nuestro propio registro de instrumentos privados, seamos nosotros los que hagamos este tipo de certificaciones” (ver versión taquigráfica del 25/04/2013; período 14, acta n° 19; fs. 67/71).

X.- Lo dicho tampoco es susceptible de enervarse por medio de los argumentos con los que el colegio demandado pretende relativizar la cuestión, indicando que dicha facultad de “certificar” no implica la de dar fe pública, sino simplemente una “presunción de autenticidad y legalidad” sobre la autoría, fecha e integridad de los documentos.

En primer lugar porque, nuevamente, no existe norma legal alguna que establezca una presunción del género y su dictado evidentemente tampoco entraría en la competencia del colegio, al no reglar éste el ejercicio de la profesión, sino únicamente el “control de la matrícula” y el “poder disciplinario” como delegación del poder de policía del estado (ver debates parlamentarios; en especial, lo manifestado por el diputado Terrile, promotor del proyecto -Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, 19ª reunión, 15ª sesión ordinaria, agosto 9 y 10 de 1984-; y por el senador Menem, en su calidad de miembro informante -Cámara de Senadores, Diario de Sesiones, 4ª reunión, 2ª sesión ordinaria, 22 de mayo de 1985-).

En segundo lugar, porque asignarle a los servicios de certificación en cuestión cualquier tipo de valor jurídico, cuando el propio colegio demandado desconoce con certeza el mismo y cuando su similitud con los prestados por los escribanos ha sido deliberadamente buscada (ver arts. 6º a 10 del referido reglamento; y versión taquigráfica del 27/12/2013, período 14, acta n° 35, a fs. 72/78), no parecería sino desembocar en una violación a lo previsto en el inciso e) del art. 10 de la ley 23.187.

Jurisprudencia

XI.- Por último, en lo que hace a la apelación sobre la regulación de honorarios por parte de la actora, debe indicarse que, atento al modo en que fueron impuestas las costas, dicho recurso debe considerarse mal concedido por ausencia de agravio que lo sustente; y en cuanto al de sus letrados, en atención a la inexistencia de valor patrimonial involucrado en el presente litigio y la única etapa cumplida (fs. 159), se elevan los honorarios regulados a favor del Dr. Gregorio Badeni en la suma de pesos diez mil (\$10.000) y del Dr. Enrique Paixao en la suma de pesos diez mil (\$10.000), ambos en su carácter de patrocinantes.

Asimismo, en función de las pautas señaladas, se establecen en las sumas de pesos tres mil (\$3.000) a favor del Dr. Gregorio Badeni y pesos tres mil (\$3.000) a favor del Dr. Enrique Paixao, los emolumentos por su actuación ante esta alzada (cfr. fs. 209/222; y art. 14, ley 21.839).

Por todo lo expuesto, **voto** por: I.- rechazar parcialmente el recurso interpuesto por la demandada, revocando la sentencia apelada en lo que hace los alcances de la legitimación de la actora de conformidad con lo expuesto en el considerando VI y confirmándola sobre el fondo de la cuestión. Costas a la demandada por resultar sustancialmente vencida (cfr. art. 68, apartado primero, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); II.- de los recursos interpuestos contra la regulación de honorarios practicada, declarar mal concedido el interpuesto por la actora y admitir el de sus letrados patrocinantes, elevando la regulación practicada; III.- regular los honorarios de los letrados de la actora por su actuación ante esta alzada del modo en que se indica en el considerando XI. Los señores jueces Carlos Manuel Grecco y Rodolfo Eduardo Facio adhieren al voto precedente.

En virtud del resultado que informa el acuerdo que antecede, el tribunal **resuelve**: I.- rechazar parcialmente el recurso interpuesto por la demandada, revocando la sentencia apelada en lo que hace los alcances de la legitimación de la actora de conformidad con lo expuesto en el considerando VI y confirmándola sobre el fondo de la cuestión. Costas a la demandada por resultar sustancialmente vencida (cfr. art. 68, apartado primero, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); II.- de los recursos interpuestos contra la regulación de honorarios practicada, declarar mal concedido el interpuesto por la actora y admitir el de sus letrados patrocinantes, elevando la regulación practicada; III.- regular los honorarios de los letrados de la actora por su actuación ante esta alzada del modo en que se indica en el considerando XI.

Se hace constar que el Dr. Carlos Manuel Grecco suscribe la presente en los términos de la acordada 16/2011 de esta cámara. Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Fdo.: CLARA MARÍA DO PICO, CARLOS MANUEL GRECCO, RODOLFO EDUARDO FACIO. Hernán Gerding, Secretario.

FALLO

Colegio de Escribanos de la Ciudad de Bs. As. c/ Colegio Público de Abogados de Capital Federal s/ proceso de conocimiento

Buenos Aires, 14 de noviembre de 2014

Y vistos:

Para dictar sentencia en esta causa caratulada "Colegio de Escribanos de la Ciudad de Bs. As. c/ Colegio Público de Abogados de Capital Federal s/ proceso de conocimiento"; expediente n° 21.360/2014, de la que

Resulta:

1º) A fs. 1/21 se presenta el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, por medio de su Presidente y Secretario, junto con sus letrados patrocinantes, e inicia demanda declarativa de ilegalidad en los términos del art. 322 del CPCCN, contra el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal -en adelante CPACF-, a fin de que se declare la ilegalidad e inconstitucionalidad del "Registro de Certificaciones de Documentos de Abogados Matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal".

Manifiestan que el Consejo Directivo del CPACF aprobó por resolución de fecha 27 de diciembre de 2013, un reglamento por el cual se dispuso la creación del "Registro de Certificaciones de Documentos de Abogados Matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal".

Indican que conforme lo establece el art. 3º del reglamento "podrán inscribirse como Abogados Certificadores" en el Registro que llevará el CPACF, aquellos abogados que manifiesten su interés de inscribirse y cumplan con los siguientes requisitos: a) ser matriculados activos, b) no estar en mora en el cumplimiento del pago de cuotas anuales, c) no tener sanciones disciplinarias por faltas graves, d) tener quince o más años de antigüedad contados desde la fecha de expedición del título y, e) tener estudio jurídico en la Capital Federal con infraestructura y recursos suficientes y adecuados para el cumplimiento de la función.

Ponen de relieve que en cuanto a las funciones de los "Abogados Certificadores" y en lo que constituye el núcleo del presente conflicto, el art. 5º del reglamento establece que los abogados habilitados para realizar certificaciones podrán: a) Certificar que la firma y la toma de impresiones digitales, puestas por una persona identificada según la normativa vigente, fueron realizadas frente a él en determi-

Jurisprudencia

nado documento, b) certificar total o parcialmente las copias de documentos que le sean presentados, c) expedir certificaciones sobre expedientes judiciales o administrativas de incumbencia legal, limitándose su intervención a los documentos en los que participe un cliente como parte o tercero, ese cliente tenga un interés o un derecho, que el mismo haya requerido su intervención, que no se establezcan, modifiquen, regulen o controviertan derechos o intereses propios del abogado, que no deban ser otorgados por instrumento público o por una forma específica dispuesta por ley; que no se trate de testamentos, o disposiciones testamentarias, institución de herederos, legatarios o designación de albaceas; ni versen sobre certificaciones de su propia firma ni sobre documentos en los que él sea firmante como parte, en su propio interés.

Efectúan un detalle del resto de las disposiciones del mencionado reglamento al que este Tribunal se remite en honor a la brevedad.

Destacan que en cuanto a la puesta en marcha, el reglamento dispone en su art. 12 para la primera convocatoria un cupo máximo de trescientos "Abogados Certificadores", que se realizará entre el 21 de abril y el 23 de mayo de 2014 en la sede del CPACF.

Explican que el 7 de abril de 2014, el Colegio de Escribanos envió una nota al señor Presidente del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, en la cual expuso su preocupación por la implementación del Registro de Certificaciones, solicitando que se abstuviera de implementar el mismo. Señalan que el CPACF, mediante nota del 11 de abril de 2014, rechazó las solicitudes del Colegio de Escribanos, defendiendo la legalidad de su Registro de Certificaciones.

Afirman que el Colegio de Escribanos se encuentra especialmente legitimado para promover el presente planteo. Agrega que conforme lo establece el art. 124 de la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Colegio de Escribanos ejerce, con exclusividad, la representación gremial de los escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Marcan que el Colegio de Escribanos está expresamente facultado para "actuar en las órbitas administrativa y judicial, en las que podrá promover o cuestionar decisiones de los poderes públicos o entes privados, en tanto aquellas se relacionen directa o indirectamente, con la función notarial o el interés de los escribanos".

Alegan que la presente demanda tiene como objetivo directo e inmediato la defensa de las funciones notariales con arreglo a las pautas establecidas por la ley 404, en resguardo no sólo de los intereses colectivos de los notarios de la ciudad, sino también de la comunidad toda, ya que la misma además de vulnerar las incumbencias profesionales de los escribanos por estar siendo desconocidas y puestas en riesgo por resoluciones claramente ilegales del Consejo Directivo del CPACF, a la vez violenta principios esenciales para los usuarios o consumidores centrados en la seguridad jurídica. Aducen que también se justifica su legitimación a la luz del art. 43 de la Constitución Nacional.

Advierten que la presente demanda procura el dictado de una sentencia que ponga fin a un régimen jurídico inconstitucional, que afecta en forma general derechos cuya defensa incumbe de modo exclusivo a su parte, por lo que cita jurisprudencia en aval de sus manifestaciones.

Respecto de los requisitos de “actualidad del planteo e inexistencia de otra vía legal” para la procedencia de la acción impetrada, manifiestan que la situación esgrimida no es hipotética ni conjetural, toda vez que el Registro de Certificaciones ya fue aprobado por la demandada; y que no existe otra alternativa distinta a la presente demanda, que otorgue un remedio eficiente a los reclamos de su parte, siendo la vía de la acción declarativa de ilegalidad e inconstitucionalidad la que permite un mayor ámbito de discusión de modo que la demandada, a su vez, defienda ampliamente lo que considere sus derechos.

Fundamentan su pretensión en la fe pública, analizando que la misma es una emanación del Estado, delegada por el legislador en determinadas personas, cuyas afirmaciones, expresadas en las formas preestablecidas, son tenidas por ciertas mientras la justicia no declare expresamente lo contrario, siendo dicha aptitud fedataria la esencia de la actividad de los escribanos de registro, y no la de los abogados que carecen de facultades para ello; por lo que la creación de dicho registro, así como la selección de trescientos “abogados certificadores”, sólo puede ser vista como una irrupción en incumbencias legalmente reservadas a los escribanos, y como una confusión a los consumidores y usuarios en afectación a la seguridad jurídica en todo el país.

Aseguran que el registro amenaza con atraer a los clientes que confundidos o engañados, recurran a un letrado para concretar actos que sólo un notario puede otorgar, ya que según sus dichos, las certificaciones que prevé el reglamento en cuestión no dan fe pública y nada certifican, generando una distorsión en los valores de los servicios y una modificación en las expectativas de los consumidores.

Fundan en derecho y ofrecen prueba.

Por último, solicitan, de conformidad con lo normado en los arts. 195, 230 y 232 del CPCCN, el dictado de una medida cautelar que suspenda la implementación del “Registro de Certificaciones” así como del “Registro de Abogados Certificadores” del CPACF, hasta el dictado de la sentencia definitiva.

Hacen reserva del caso federal.

2º) A fs. 98 el Tribunal se declara competente de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal Federal obrante a fs. 97 y, atento la medida cautelar solicitada, pasan los autos a resolver.

A fs. 99/101 el Tribunal hace lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando la suspensión de los efectos de la resolución del Consejo Directivo del Colegio de Abogados de la Capital Federal del 27 de diciembre de 2013 y, en consecuencia, la suspensión de la implementación del “Registro de Certificaciones de Documentos de abogados Matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, hasta tanto se dicte sentencia definitiva, decisorio que se encuentra firme.

Jurisprudencia

3º) A fs. 128/149 se presenta el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, por medio de su apoderada y contesta demanda solicitando el rechazo de la misma, con costas.

Manifiesta que el “estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica” que requiere la acción impetrada por la accionante no se encuentra configurado en autos, toda vez que el propio Colegio de Escribanos afirma la inconstitucionalidad e ilegalidad del “Registro de Certificaciones de Documentos de Abogados Matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, por lo que asegura que su pretensión carece de objeto.

Añade que la incertidumbre mencionada debe recaer sobre una “relación jurídica”, que supone al menos, la intervención de un “sujeto” sobre el cual dicha relación se establezca, por lo que, al no haberse puesto en marcha el registro en cuestión y no existir un certificado cuya validez esté supuesta de ser impugnada, el planteo de la actora no puede prosperar.

Agrega que la acción debe interponerse contra el beneficiario del régimen, y no contra el CPACF como emisor de la norma, siendo aquellos los posibles abogados que se incorporen al registro y los clientes de dichos abogados que lo utilicen, que no son parte de este expediente, y por ende no tienen la posibilidad de defenderse, en violación de la garantía de defensa en juicio.

Afirma que el art. 322 del CPCCN infiere el límite de la acción declarativa a las hipótesis de las relaciones jurídicas, no siendo competente a los jueces hacer declaraciones, ni emitir pronunciamientos que impliquen la interpretación con carácter general de la reglamentación en cuestión; debiendo ser cada juez en cada ocasión en particular quien ante un planteo concreto, resuelva la controversia.

Pone de relieve que la actividad de “certificar” es habitual y diaria en el ejercicio de la profesión del abogado; y que con miras a darle mayor transparencia y seguridad jurídica a dicha actividad, es que se aprobó por resolución del 27 de diciembre de 2013 la creación del “Registro de Certificaciones de Documentos de Abogados Matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”.

Informa que, ante el conocimiento público de dicha normativa, el Colegio de Escribanos envió una nota al señor presidente de la accionada en la cual expuso su preocupación por la implementación del registro y solicitó que se abstenga de implementarlo; lo que motivó el dictado de la nota del 11 de abril de 2014 en la que el CPACF aclaró los alcances de dicho registro a fin de despejar dudas y preocupaciones, y señaló que éste “Tiene a su cargo la inscripción de certificaciones efectuadas por los matriculados certificadores, en los supuestos permitidos por la legislación local, y en la medida que tal función no sea incumbencia exclusiva y excluyente de otra profesión legalmente regulada”; agregando que: “No escapará a su alto criterio que las certificaciones no son competencia exclusiva de la profesión de escribano, y que con las limitaciones que en cada caso las circunstancias y la legislación local imponen, se verifican en la actividad bancaria, en diligencias

reservadas a la policía federal, en trámites ante registros nacionales y en el propio CPACF, entre otros ámbitos; sin que las competencias exclusivas de los escribanos se adviertan en crisis...”; sin perjuicio del cual el accionante no supo comprender la significación del registro.

Enfatiza la diferencia que existe entre la fe pública y las certificaciones que el registro en cuestión administrará, advirtiendo que éstas no revisten el carácter de instrumento público ni dan fe pública, ni convierten al abogado en fedatario, gozando meramente de presunción de autoría, fecha e integridad.

Indica que fueron las complejidades que enfrenta la sociedad actual globalizada y las nuevas formas de contratación moderna los motivos que conllevaron a los operadores del derecho a dar respuestas eficaces, que fortalezcan la seguridad jurídica y aporten herramientas útiles a la sociedad, y a dictar consecuentemente, el referido registro.

Afirma que la fe pública es la única actividad donde la ley otorga exclusividad a los escribanos, siendo funciones de competencia privativa las previstas en el art. 20 de la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mientras que las mencionadas en el art. 21 no resultan exclusivas de su materia y ejercicio.

Niega que los conceptos “certificación” y “fe pública” sean sinónimos, advirtiendo que la accionante desconoce no sólo la actividad certificadora que realizan los abogados, los médicos, los contadores públicos, entre muchos otros; sino también la existencia de los servicios de certificación actuales que se desarrollan en el comercio, como el de “certificación digital” que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación utiliza para darle confianza a los usuarios del servicio de notificaciones electrónicas.

Menciona que el “argumento falaz” que nutre el planteo de la accionante no solamente no se correlaciona con el significado que nuestro ordenamiento jurídico vigente le da a la palabra “certificar”, sino que constituye un “peligroso intento de hacer decaer en la ilicitud a muchos otros servicios de certificación, que no son ni pueden ser brindados por escribanos”.

Hace hincapié que la actividad de certificar es habitual y corriente en el ejercicio de la profesión del abogado, y que su firma es garantía suficiente para certificar la autenticidad de la copia que se acompaña, siendo el registro en cuestión el que reglamenta una actividad ínsita de la profesión, otorgándole al instrumento privado una presunción de autenticidad y legalidad, y situándolo como un “poderoso” medio de prueba en búsqueda de un mayor estándar de seguridad jurídica.

Manifiesta, respecto de la afectación a los usuarios y consumidores con la puesta en marcha de dicho registro, que al haberse sólo determinado su ámbito de aplicación y su inscripción, no existe ningún elemento ni antecedente que demuestre dicha afectación, por lo que concluye que “habrá que confiar” que al momento de publicitarlo, se hará con todas las precauciones necesarias a fin de evitar confusiones a los usuarios, proporcionando información veraz, amplia y suficiente.

Jurisprudencia

Plantea la falta de legitimación activa, toda vez que el accionante se arroga la defensa de derechos de terceros -usuarios y consumidores-, e intenta hacer valer en pleito el interés de éstos, sin siquiera consultarlos, dañando gravemente el debido proceso, la defensa en juicio y la seguridad jurídica, todo ello teniendo en cuenta que no cumple con los requisitos para actuar como gestor, ni se encuentra legitimado por el art. 43 de la Constitución Nacional.

Funda en derecho y hace reserva del caso federal.

4º) Declarada la causa como de puro derecho (fs. 159), a fs. 164 se llama autos a sentencia.

Considerando:

I. Así planteadas las cuestiones entre las partes, cabe precisar que el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires entabla acción meramente declarativa de certeza en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, a fin de que se declare la ilegalidad e inconstitucionalidad del "Registro de Certificaciones de Documentos de Abogados Matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal" creado por éste.

II. En primer término, es dable señalar que conforme se desprende de la documentación aportada por la parte actora a los presentes autos -la que se encuentra dentro de un sobre blanco identificado como "C-55" y dividida por letras de la A a la G-:

a) El 27 de diciembre de 2013, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, en virtud de lo debatido y aprobado en las sesiones del 4 de octubre de 2012 y del 25 de abril de 2013, aprobó el "Reglamento de Certificaciones de documentos de abogados matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal", en el que -en lo que al caso interesa- se establece:

"Artículo 1º: Créase el Registro de Certificaciones de Documentos de Abogados Matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

Artículo 2º: El Colegio llevará un Registro de Certificaciones de consulta pública realizadas por los abogados matriculados mencionados en el art. 3º, en la forma que se establece en el presente.

Artículo 3º: Podrán inscribirse como Abogados Certificadores, aquéllos abogados que manifiesten su interés de inscribirse y cumplan con los siguientes requisitos:

- a) Ser matriculados activos,
- b) No estar en mora en el cumplimiento del pago de cuotas anuales,
- c) No tener sanciones disciplinarias graves,
- d) Tener quince o más años de antigüedad, contados desde la fecha de expedición del título,

Tener estudio jurídico en la Capital Federal con infraestructura y recursos suficientes y adecuados para el cumplimiento de la función...

Artículo 4º: Cada vez que el Consejo Directivo decida incorporar abogados certificadores, podrá: 1) Convocar libremente a todo aquel matriculado que se haya inscripto y reúna los requisitos del art. 3º...

Artículo 5º: Los Abogados habilitados para realizar certificaciones podrán:

a) Certificar que la firma y la toma de impresiones digitales, puestas por una persona identificada según la normativa vigente, fueron realizadas frente a él en determinado documento;

b) Certificar total o parcialmente las copias de documentos que le sean presentados.

c) Expedir certificaciones sobre expedientes judiciales o administrativos de incumbencia legal.

La intervención del matriculado certificador se limitará a los documentos en los que:

- 1) Participe un cliente como parte o tercero,
- 2) Ese cliente tenga un interés o un derecho,
- 3) El cliente haya requerido su intervención,
- 4) No establezcan, modifiquen, regulen o controviertan derechos o intereses propios del abogado,
- 5) No deban ser otorgados por instrumento público o por una forma específica dispuesta por ley,

6) No se trate de testamentos, o disposiciones testamentarias, institución de herederos, legatarios o designación de albaceas.

El abogado habilitado para certificar no podrá hacerlo respecto de su propia firma, ni tampoco sobre documentos en los que él sea firmante como parte, en su propio interés.

Artículo 6º: Procedimiento.

6.1. Certificación de firmas. La certificación de la correspondencia de la firma o impresión digital del otorgante, que acredite su identidad, será extendida en el folio de certificación de firma original, preimpreso y numerado, provisto por el Colegio...

6.2. Certificación de copias.

El matriculado certificante expedirá la certificación de copia válida del documento que se le encomiende, con el folio de certificación de copia adjuntado al final, debidamente sellado y firmado.

6.3. Certificación de expedientes con dictamen profesional.

Se extenderá sobre un folio de actuación expresamente dispuesto por el Colegio a tal efecto.

El objeto de la presente certificación es establecer la relación jurídica entre las actuaciones y el dictamen profesional. Constituyen actuaciones a los fines de esta

Jurisprudencia

reglamentación los expedientes judiciales, administrativos o privados, las tramitaciones, convocatorias, intimaciones o notificaciones privadas y todo acto jurídico que no tenga prevista una forma diferente en el ordenamiento legal...

6.4. Comunes.

Todas las certificaciones mencionadas en este artículo deberán ser extendidas en los folios provistos por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal...

Artículo 12º: Disposiciones transitorias.

Se establece para la primera convocatoria un cupo máximo de trescientos abogados certificadores. El Consejo Directivo fijará, para las siguientes convocatorias el número total de abogados certificadores a designar... (conf. documentación identificada con las letras A, B y C).

b) El 7 de abril de 2014 el presidente del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires presentó una nota ante el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal en la que le solicitó que respete las competencias legales y se abstenga de implementar la registración de abogados matriculados certificadores. De la misma se desprende que: "...Este Colegio de Escribanos ve con especial preocupación la incursión de vuestro Colegio en funciones que, por ley, corresponden al notariado, al pretender crear unilateralmente y a través de un reglamento, un registro de certificaciones efectuadas por abogados y nuevas incumbencias para estos profesionales, tales como certificar firmas, copias, expedientes, entre otras... (conf. documentación identificada con la letra D).

El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, mediante nota de fecha 11 de abril de 2014, dio respuesta a lo solicitado por el Colegio de Escribanos, manifestando que: "...se aclara que el registro tiene a su cargo la inscripción de certificaciones efectuadas por los matriculados certificadores, en los supuestos permitidos por la legislación local, y en la medida en que tal función no sea incumbencia exclusiva y excluyente de otra profesión legalmente regulada.

No escapará a su alto criterio que las certificaciones no son competencia exclusiva de la profesión de escribanos, y que con las limitaciones que en cada caso las circunstancias y la legislación local imponen, se verifican en la actividad bancaria, en diligencias reservadas a la policía federal, en trámites ante registros nacionales y en el propio CPACF, entre otros ámbitos; sin que las competencias exclusivas de los escribanos se adviertan en crisis..." (conf. documentación identificada con la letra E).

c) El 11 de abril de 2014, el Consejo Federal del Notariado Argentino, en la I Asamblea Ordinaria, por unanimidad rechaza: "...con especial preocupación, *la referida resolución adoptada por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, puesto que la misma importa la asunción ilegítima de funciones fedatarias, reñidas con la normativa vigente, y el desconocimiento de los límites de las incumbencias*

que competen a otras profesiones legalmente reguladas y los principios esenciales del notariado latino" (conf. documentación identificada con la letra F) .

d) El 4 de mayo de 2014, el Consejo General de la Unión Internacional del Notariado, dada la situación planteada en la Ciudad de Buenos Aires, República Argentina, vinculada a la certificación de firmas y copias efectuada por profesionales del derecho no notarios, declaró: "Que la iniciativa relacionada importa la asunción en forma ilegítima de funciones fedatarias públicas, contrarias a la normativa nacional vigente, así como el desconocimiento de los límites de las funciones que competen a otros profesionales del derecho, pudiendo por ello producir graves daños a todos los integrantes de la comunidad nacional, instando por ello para que se disponga la inmediata eliminación de ese servicio" (conf. documentación identificada con la letra G).

III. Ahora bien, previo a todo análisis, este tribunal deberá expedirse respecto a la falta de legitimación activa opuesta por la demandada, quien en su escrito de contestación de demanda efectuó dicho planteo exclusivamente con relación a los usuarios y consumidores (cfr. fs. 146 vta./148 vta.).

En primer término, cabe señalar que la parte actora se encuentra legitimada para interponer la presente acción, en atención a que conforme lo establece el art. 124 de la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires está expresamente facultado para actuar en las órbitas administrativa y judicial, en las que podrá promover o cuestionar decisiones de los poderes públicos o entes privados, en tanto aquellas se relacionen, directa o indirectamente, con la función notarial o el interés de los escribanos (inc. x) y es, a su vez quien ejerce con exclusividad la representación gremial de los escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (inc. w).

Sin perjuicio de ello, es oportuno recordar que la Constitución Nacional, en virtud de la reforma introducida en 1994, contempla nuevos mecanismos tendientes a proteger a usuarios y consumidores y, para ello, amplió el espectro de los sujetos legitimados para accionar, que tradicionalmente se limitó a aquéllos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual. Si bien la previsión del art. 43 de la Constitución Nacional parece limitar la ampliación de la legitimación para la defensa judicial de los usuarios a la acción de amparo y en el *sub lite* no se trata estrictamente de ese remedio, no por ello puede quedar fuera de análisis que la acción contemplada por el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial guarda cierta analogía con aquella en cuanto está destinada a hacer cesar un estado de incertidumbre sobre una falta de certeza que "...pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y este no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente". Vale decir, que se trata, en ambos casos, de acciones de procedimiento abreviado tendientes a evitar que se consuma la violación de derechos y garantías constitucionales (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación

Jurisprudencia

“Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y Otro s/ Acción Declarativa de Certeza”, 22/04/1997).

Asimismo, respecto a la legitimación del accionante sobre los derechos de los usuarios y consumidores, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que: “...corresponde desestimar los argumentos del demandado puesto que el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires ha sido reconocido como una entidad pública por la ley 12.990 (conf. art. 48 y conc.) y continuó funcionando con dicho carácter luego de la reforma constitucional del año 1994, conforme a lo dispuesto por la ley orgánica local 404 (...) Según se desprende de ambas normas, esta entidad es el ente que (...) ha sido revestido de naturaleza pública para llevar adelante el cumplimiento de un cometido público, cual es el controlar el ejercicio de la profesión y de las funciones notariales con arreglo a las pautas allí preestablecidas, en resguardo de los intereses, no de los escribanos individual y sectorialmente, sino de la comunidad toda” (conf. fallos 308:987 y dictamen de esta Procuración General, publicado en fallos 324:448).

Por lo expuesto, encontrándose legitimado el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires para interponer la presente acción en defensa no sólo de los intereses colectivos de los notarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sino también de la comunidad toda, es que corresponde rechazar el planteo formulado por la accionada.

IV. Ahora sí, adentrándonos a la cuestión de fondo, es oportuno destacar que la accionada como primer fundamento de rechazo de la acción, afirma en su escrito de contestación de demanda que en los presentes autos no existe “caso” judicial (conf. fs. 130 vta.), este tribunal entiende que previo a expedirse respecto a la pretensión requerida por la accionante, deberá analizar lo planteado por la demandada, teniendo en cuenta los términos en los que la parte actora inició la presente acción.

En este orden de ideas, cabe recordar principios receptados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde sus comienzos, según los cuales las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requieren que el requisito de la existencia de un “caso” o “controversia judicial” sea observado rigurosamente para la preservación del principio de división de poderes (fallos 330:3777). A ello, debe sumarse que la comprobación de la existencia de un “caso” es imprescindible -art. 116 de la Constitución Nacional, art. 2° de la ley 27- desde que no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas, sino decidir colisiones efectivas de derechos que deben ser actuales (fallos 333:570).

Asimismo, es dable señalar que la admisión de las acciones declarativas de mera certeza y de inconstitucionalidad está sujeta al cumplimiento de los recaudos a que alude el art. 322 del CPCCN entre los que se destaca la necesidad de la

existencia de un caso en el que el titular de un interés jurídico concreto busca fijar la modalidad de una relación jurídica o prevenir o impedir las lesiones a un derecho de base constitucional (fallos: 307:1379 y 322:528); en lo que hace a este último supuesto no se requiere un daño efectivamente consumado (fallos: 322:1135; 322:1616 y 327:3010 y Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Apache Energía S.R.L. c/ Río Negro Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 26/3/2009, considerando IV, Excelentísima Cámara del Fuero, sala III, *in re*: "Central Patagonia S.R.L. y otro c/ E.N. -M° Economía- Resol. 394/07 s/ proceso de conocimiento", del 31 de agosto de 2009).

V. En este contexto, es preciso señalar que el legislador a través de la ley 23.187, estableció los requisitos para el ejercicio de la profesión de abogado en la Capital Federal (jerarquía, deberes y derechos, matrícula y colegiación). Del articulado de dicha normativa, en lo que al caso interesa, se desprende: "Título I: 'De los abogados', Capítulo II: 'Jerarquía del abogado - Deberes y Derechos'", art. 6°: "Son deberes específicos de los abogados, sin perjuicio de otros que se señalen en leyes especiales, los siguientes:

a) Observar fielmente la Constitución Nacional y la legislación que en su consecuencia se dicte;

b) Aceptar y ejercer los nombramientos de oficio que por sorteo efectúen las autoridades del Colegio para asesorar, defender o patrocinar jurídicamente en forma gratuita, a litigantes carentes de suficientes recursos;

c) Tener estudio o domicilio especial dentro del radio de la Capital Federal;

d) Comunicar al Colegio todo cambio de domicilio que efectúen así como también la cesación o reanudación de sus actividades profesionales;

e) Comportarse con lealtad, probidad y buena fe en el desempeño profesional;

f) Observar con fidelidad el secreto profesional, salvo autorización fehaciente del interesado" y, art. 7°: "Son derechos específicos de los abogados, sin perjuicio de los acordados por otras disposiciones legales, los siguientes:

a) Evacuar consultas jurídicas y percibir remuneración (nota Infoleg: Por art. 1° apartado 6° del decreto N° 240/1999 B.O. 23/3/1999, se identifica como normativa derogada la parte del art. 7° inc. a) de la ley N° 23.187 que dice: 'no inferior a la que rijan las leyes arancelarias').

b) Defender, patrocinar y/o representar judicialmente a sus clientes;

c) Guardar el secreto profesional;

d) Comunicarse libremente con sus clientes respecto de los intereses jurídicos de éstos, cuando se hallaren privados de libertad;

e) La inviolabilidad de su estudio profesional, en resguardo de la garantía constitucional de la defensa en juicio. En caso de allanamiento, la autoridad competente que hubiere dispuesto la medida deberá dar aviso de ella al Colegio al realizarla, y el abogado podrá solicitar la presencia de un miembro del Consejo Directivo durante el procedimiento, sin que ello implique suspenderlo".

Jurisprudencia

Título III “Colegiación de los Abogados”, Capítulo II: “Finalidad. Funciones - Deberes y Facultades”, art. 20: “El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal tendrá las siguientes finalidades generales:

a) El gobierno de la matrícula de los abogados que ejerzan su profesión en la Capital Federal, sea habitual o esporádicamente salvo el caso previsto por el art. 2º, inc. b) de la presente ley;

b) El ejercicio del poder disciplinario sobre los matriculados;

c) Defender a los miembros del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal para asegurarles el libre ejercicio de la profesión conforme a las leyes, velar por la dignidad y el decoro profesional de los abogados y afianzar la armonía entre ellos;

d) La promoción y organización de la asistencia y defensa jurídica de las personas que carezcan de recursos económicos y la cooperación con los poderes públicos para el logro integral de esta finalidad;

e) La contribución al mejoramiento de la administración de justicia haciendo conocer y señalando las deficiencias e irregularidades que se observaren en su funcionamiento;

f) Evacuar las consultas que les sean requeridas en cuanto a la designación de los magistrados;

g) El dictado de las normas de ética profesional, que inexcusablemente deberán observar los abogados, y la aplicación de las sanciones que aseguren su cumplimiento;

h) La colaboración con los poderes públicos en la elaboración de la legislación en general” y, art. 21: “Para el cumplimiento de sus finalidades, ajustará su funcionamiento a las siguientes funciones, deberes y facultades:

a) Tendrá el gobierno y contralor de la matrícula de abogados, ejerciendo el poder disciplinario sobre los mismos a través del Tribunal de Disciplina y conforme a las normas establecidas en la presente ley y reglamento que dicte la Asamblea de Delegados;

b) Vigilará y controlará que la abogacía no sea ejercida por personas carentes de título habilitante, o que no se encuentren matriculados. A estos fines, estará encargada específicamente de ello una Comisión de Vigilancia que estará integrada por miembros del Consejo Directivo;

c) Aplicará las normas de ética profesional que sancione la Asamblea de Delegados, como también toda otra disposición que haga al funcionamiento del Colegio;

d) Controlará el efectivo cumplimiento de las sanciones disciplinarias impuestas a los abogados matriculados;

e) Administrará los bienes y fondos del Colegio de conformidad a la presente ley, al reglamento interno que sancione la Asamblea de Delegados y, en especial,

conforme al presupuesto de gastos y cálculos de recursos que anualmente apruebe la Asamblea de Delegados;

f) Cooperará en los estudios de planes académicos y/o universitarios de la abogacía, el doctorado y de cursos jurídicos especiales, realizando o participando en trabajos, congresos, reuniones y conferencias, y destacando estudiosos y especialistas de entre sus matriculados;

g) Fundará y sostendrá una biblioteca pública, esencialmente jurídica y establecerá becas y premios que estimulen y propicien la profundización del estudio y especializaciones en las ciencias jurídicas;

h) Dictará por iniciativa del Consejo Directivo y aprobación de la Asamblea de Delegados, el Reglamento Interno del Colegio y sus modificaciones;

i) Intervendrá como árbitro en las causas que le sean sometidas, tanto en cuestiones en que sea parte el Estado, los particulares o las que se susciten entre profesionales, o entre estos y sus clientes;

j) Tutelaré la inviolabilidad del ejercicio profesional en todos sus órdenes, estando investido a esos efectos la legitimación procesal para ejercitar la acción pública;

k) A los fines previstos en el inc. e) del artículo anterior, el Colegio estará facultado para solicitar el enjuiciamiento de magistrados siempre que en la decisión concurra el voto de los dos tercios (2/3) de los integrantes del Consejo Directivo”.

Por otro lado, cabe precisar que a través de la ley 12.990 se regula el ejercicio profesional de los escribanos sujetos a jurisdicción federal, estableciendo en la Sección Segunda: “De los registros”, Capítulo I: “De los escribanos de registro”, art. 10: “El escribano de registro es el funcionario público instituido para recibir y redactar y dar autenticidad, conforme a las leyes y en los casos que ellas autorizan, los actos y contratos que le fueran encomendados. *Sólo a él compete el ejercicio del notariado* (artículo sustituido por art. 1º de la ley Nº 14.054, B.O. 16/10/1951)” (énfasis agregado); art. 11: “Son deberes esenciales de los escribanos de registro:

a) La conservación y custodia en perfecto estado de los actos y contratos que autorice, así como de los protocolos respectivos, mientras se hallen en su poder.

b) Expedir a las partes interesadas testimonios, copias, certificados y extractos de las escrituras otorgadas en su registro.

c) Mantener el secreto profesional sobre los actos en que intervenga en ejercicio de su función. La exhibición de los protocolos sólo podrá hacerla a requerimiento de los otorgantes o sus sucesores respecto de los actos en que hubieran intervenido y por otros escribanos en los casos y formas que establezca el reglamento, o por orden judicial.

d) Intervenir profesionalmente en los casos en que fuera requerido, cuando su intervención está autorizada por las leyes o no se encuentra impedido por otras

Jurisprudencia

obligaciones profesionales de igual o mayor urgencia (artículo sustituido por art. 1º de la ley Nº 14.054, B.O. 16/10/1951)”; y art. 12: “Las escrituras públicas y demás actos podrán ser autorizados por los escribanos de registro. A ellos compete también la realización de los siguientes actos:

- a) Certificar la autenticidad de las firmas o impresiones digitales puestas en documentos privados y en su presencia;
- b) Certificar la autenticidad de firmas puestas en documentos privados y en su presencia por personas en representación de terceros;
- c) Practicar inventarios, sea por requerimiento privado o delegación judicial;
- d) Desempeñar las funciones de secretario de tribunal arbitral;
- e) Redactar actas de asambleas, reuniones de comisiones y actos análogos;
- f) Labrar actas de notoriedad o protesta para comprobar hechos y reservar derechos;
- g) Redactar toda constancia de actos o contratos civiles y comerciales;
- h) Expedir testimonios sobre asientos de contabilidad y actas de libros de sociedades anónimas, asociaciones civiles o sociedades o simples particulares;
- i) Certificar sobre el envío de correspondencia, tomando a su cargo la entrega de la misma al correo;
- j) Intervenir en todos los actos, documentos y contratos en que sea requerida su intervención profesional como asesores o peritos notariales;
- k) Recopilar antecedentes de títulos;
- l) Solicitar certificaciones ante reparticiones públicas nacionales, provinciales o municipales. (Artículo sustituido por art. 1º de la Ley Nº 22.171 B.O. 29/2/1980)”.

Asimismo, es oportuno recordar que en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el ejercicio de la función notarial y de la profesión de escribano, se encuentra regulado a través de la ley 404, de la que se desprende: Título II: “Funciones Notariales”, Sección Primera, Capítulo III: “De la competencia material y de la territorial”, art. 20: “*Son funciones notariales, de competencia privativa de los escribanos de registro, a requerimiento de parte o, en su caso, por orden judicial:*

Recibir, interpretar y, previo asesoramiento sobre el alcance y efectos jurídicos del acto, dar forma legal y conferir autenticidad a las declaraciones de voluntad y de verdad de quienes rogaren su instrumentación pública.

Comprobar, fijar y autenticar el acaecimiento de hechos, existencia de cosas o contenido de documentos percibidos sensorialmente que sirvieren o pudieren servir para fundar una pretensión en derecho, en tanto no fueren de competencia exclusiva de otros funcionarios públicos instituidos al efecto.

Fijar declaraciones sobre notoriedad de hechos y tenerla por comprobada a su juicio, previa ejecución de los actos, trámites o diligencias que estimare necesarios para obtener ese resultado.

Redactar y extender documentos que contengan declaraciones de particulares y expresiones del escribano autorizante, con forma de escrituras públicas, actas, copias testimoniadas o simples, certificados y documentos protocolares o extraprotocolares que tengan el carácter de instrumento público conforme las disposiciones del Código Civil, esta ley u otras que se dictaren.

Legitimar por acta de notoriedad hechos o circunstancias cuya comprobación pueda realizarse sin oposición de persona interesada, en procedimiento no litigioso. Sin perjuicio de lo que dispusieren específicamente leyes sobre la materia, serán de aplicación supletoria, en lo pertinente, las normas del Código Procesal” (énfasis agregado); art. 21: “En ejercicio de tal competencia, los escribanos de registro pueden:

Certificar firmas o impresiones digitales puestas en su presencia por personas debidamente identificadas coetáneamente al requerimiento y legitimar la actuación del firmante cuando ello fuere requerido u obligatorio.

Expedir copias autenticadas, totales o parciales y autorizar testimonios por exhibición o en relación.

Expedir certificados sobre:

Existencia de personas, cosas o documentos.

Asientos de libros de actas, de correspondencia u otros registros, pertenecientes a personas jurídicas o físicas.

La remisión de correspondencia y documentos por correo, tomando a su cargo la diligencia de despacharlos.

La recepción de depósitos de dinero, valores, documentos y otras cosas.

El alcance de representaciones y poderes.

La autenticidad de fotografías, reproducciones o representaciones de imágenes, personas, cosas o documentos que individualice.

La vigencia y contenido de disposiciones legales.

Documentos que se hallen en trámite de otorgamiento o de inscripción.

Contenido de expedientes judiciales.

Labrar actas de sorteo, de reuniones de comisiones, asambleas o actos similares; de protesta, de reserva de derechos, de presencia, de notificación, de requerimiento, de comprobación de hechos, de notoriedad o de protocolización.

Exigir la presentación o entrega de toda la documentación necesaria para el acto a instrumentar.

Extender, a requerimiento de parte interesada o por mandato judicial, reproducciones totales o parciales o copias simples y extractos de las escrituras otorgadas o traslados de sus agregados, cuando el protocolo en el que se hallen insertas se encontrare a su cargo.

Jurisprudencia

Certificar el estado de trámite de otorgamiento de todo tipo de documentos cuya confección le hubiere sido encomendada, así como, en su caso, el de la pertinente inscripción.

Realizar inventarios u otras diligencias encomendadas por autoridades judiciales, o administrativas, que no estuvieren asignadas en forma exclusiva a otros funcionarios públicos. (Conf. texto art. 8º de la Ley Nº 3.933, BOCBA Nº 3793 del 17/11/2011)” y; art. 22: “El ejercicio de la profesión de escribano comprende, además, las siguientes actividades:

El asesoramiento y la emisión de dictámenes orales o escritos en lo relativo a cuestiones jurídico notariales en general.

La redacción de documentos de toda índole, cuando el ordenamiento legal no le impusiere forma pública.

La relación y el estudio de antecedentes.

Las demás atribuciones que otras leyes de dominio u otras legitimaciones. le confirieren”.

VI. Del análisis del marco normativo reseñado precedentemente, se advierte que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal con el dictado del “Reglamento de Certificaciones de documentos de abogados matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, generó en quienes ejercen la profesión de escribanos una duda manifiesta respecto a cuál sería la distinción entre la actividad que éstos desarrollan y la que comenzarían a llevar a cabo los “Abogados Certificadores”.

Respecto a ello, cabe señalar que con relación al primer requisito al que la ley subordina la admisibilidad de acciones declarativas -estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica-, es preciso recordar que *esa relación jurídica a la que la norma alude debe ser concreta, discutida e incierta, circunstancia que se advierte configurada en la presente causa toda vez que el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires no posee certeza respecto de su situación jurídica, ya que de la normativa vigente se desprende en forma clara que la actividad que en forma exclusiva desarrollan los escribanos con el dictado del mencionado reglamento se vería invadida por el ejercicio de los nuevos “abogados certificadores”.*

Asimismo, es oportuno indicar que si bien es cierto que el art. 322 del Código Procesal no exige como requisito de procedencia de la acción declarativa de mera certeza la existencia de un perjuicio consumado, requiere sí, empero, que *se encuentre configurado un estado de incertidumbre perjudicial; incertidumbre que es precisamente a la que se pretende poner fin a través de la declaración judicial que se solicita con la finalidad de evitar la consumación del daño que como consecuencia de ella puede llegar a sufrir el interesado* (del voto del Dr. Buján, considerando IV.1). (Conf. Excelentísima Cámara del Fuero, sala I, *in re*: “Empresa Distribuidora

de Energía Eléctrica de Tucumán S.A. c/ E.N. (Secretaría de Energía Puertos y Vías Navegables)", del 10 de septiembre de 1999).

Lo cierto es que las concretas argumentaciones expuestas por la parte actora en su escrito de demanda y los hechos que se encuentran aquí probados, permiten a este tribunal concluir que se encuentre configurado un estado de incertidumbre sobre el alcance de la nueva actividad que se pretende implementar con el dictado del cuestionado reglamento, como así también se encuentra acreditado que la accionante posee un interés jurídico suficiente como para determinar que estamos frente a una colisión efectiva de derechos lo que habilita la intervención del órgano judicial.

VII. Sentado ello y teniendo en cuenta los términos en los que ha quedado trabada la litis, en base a las circunstancias que la actora invocó en su escrito de inicio y a las manifestaciones vertidas en el escrito de responde por la demandada, la cuestión siguiente a dilucidar es si el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal se encuentra facultado conforme la normativa vigente para el dictado del aquí impugnado "Reglamento de Certificaciones de documentos de abogados matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal".

En este orden de ideas, cabe poner de resalto que: "...el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal funciona con el carácter, derechos y obligaciones de las personas de derecho público, cumpliendo un cometido administrativo para el que lo habilita su ley de creación, actuar que se rige por esa norma y supletoriamente por la ley de procedimientos administrativos (art. 17 de la ley 23.187)".

"(...) partiendo del marco legal de desenvolvimiento de dicha entidad (...) el Colegio Público de Abogados no es una asociación (art. 14 de la Constitución Nacional) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al estado y, que este por delegación circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de todos los abogados de la Capital Federal, como auxiliares de la administración de justicia (ver sentencia del 26 de junio de 1986, F. 446, L. XX, "Ferrari, Alejandro Melitón c/ Estado Nacional (P.E.N.) s/ amparo" considerando décimo primero)" (conf. Dictamen del Procurador General de la Nación, de fecha 16 de junio de 1992, en los autos caratulados "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ Benjamín Martínez Echenique", a cuyos términos se remitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia de fecha 1º de septiembre de 1992).

Con relación a lo expuesto, es dable recordar lo resuelto por la sala IV de la Excelentísima Cámara del Fuero, en la sentencia de fecha 13 de junio de 1985, en los autos caratulados "Peso, Agustín c/ Banco Central de la República Argentina", en la que se sostuvo: "...que ya se ha abandonado el vetusto principio de que la ley era un límite del obrar administrativo, para concluir que aquella constituye el presupuesto mismo de su actividad, lográndose así el moderno principio de la

positive bindung, o vinculación positiva de la administración a la ley, que sostiene que la certeza de la validez de cualquier accionar administrativo es postulable en la medida en que pueda referírsela a un precepto jurídico, o que, partiendo de un principio jurídico, se derive de él -como cobertura legal- la actuación administrativa”.

“Surge así, que lo que es propio en general de los sujetos privados -art. 19 CN- no lo sea para la administración, la que no pueda obrar sin que el ordenamiento la autorice expresamente. Frente al principio *permissum videtur id omne quod non prohibitum*, que domina, en general, la vida civil, es propio del régimen de la administración el apotegma *quaed non sunt permissa prohibita intelliguntur*”.

“Entiende el tribunal que el principio de especialidad, que se afirma en la doctrina como propio de las personas morales, las cuales nacen con una finalidad determinada, tiene carácter vinculante y determinante de su actividad y que él es predicable también a las personas públicas. Ello por cuanto el ‘postulado de la permisión’ (está permitido lo que no está prohibido; art. 19 CN), juega en relación a los habitantes (el citado artículo constitucional está ubicado en el capítulo único que trata los derechos y garantías de estos) y no respecto del estado y sus órganos jerarcas, respecto a los cuales la propia norma fundamental regula, en disposiciones posteriores, la competencia que le es atribuible”.

“A la luz de una clara hermenéutica constitucional, el vetusto principio de que en derecho administrativo la competencia es la excepción y la incompetencia la regla, y que, por tanto toda competencia debe estar conferida por norma o por extensión a lo razonablemente implícito en lo expreso, demuestra lozanía y vigencia”.

VIII. En este contexto, cabe efectuar algunas conclusiones a los fines de la resolución del presente caso.

En primer término, es necesario recordar que la ley 23.187, por medio de la cual se creó el CPACF, le confirió a este facultades para el control del ejercicio de la profesión de abogado y el gobierno de la matrícula respectiva (conf. art. 17), por lo que resulta posible determinar que el reglamento aquí impugnado posee un vicio de origen. Ello así en atención a que con el dictado del mismo el CPACF se extralimitó en las facultades que la normativa le confiere, tal como se desprende de la transcripción efectuada en el considerando V de los artículos que determinan la competencia de dicha entidad, como así también de los deberes y derechos que poseen los abogados y escribanos.

En segundo término, cabe precisar que con el dictado del mencionado reglamento, el CPACF intenta crear una subcategoría de certificación. Ello así teniendo en cuenta que del desarrollo efectuado a lo largo de su escrito de contestación de demanda y de lo establecido en el articulado del reglamento, se desprende que se trataría de una nueva categoría de certificación que se ubicaría entre lo que se conoce como la copia simple y la copia certificada, situación a la que tampoco el legislador lo habilitó al momento de su creación. Debiendo aclarar que a diferencia de cómo lo plantea el CPACF, el Código Procesal Civil y

Comercial de la Nación en su art. 120 exige al abogado firmar las copias que éste acompaña al expediente pero en ningún momento establece que dicha firma signifique una suerte de certificación.

Y en tercer término, respecto a los ejemplos que utiliza la demandada para justificar que no sólo el escribano certifica sino que también lo hacen los bancos, los secretarios de los juzgados, la policía, entre otros, es imprescindible indicar que en dichos supuestos la normativa que regula la actividad es la que autoriza a efectuar las certificaciones a las que la accionada se refiere (vgr. los secretarios judiciales se encuentran facultados a certificar conforme lo dispuesto por el art. 38 inc. 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y, exclusivamente en los términos que allí se establecen).

Por último, este tribunal advierte que la puesta en marcha del “Registro de Certificaciones de Documentos de Abogados Matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, provocaría en la comunidad toda una probable confusión con relación a la certificación que efectúan los escribanos -la que sí otorga fe pública- y la nueva categoría que se intenta implementar, la que al momento de tener por acreditadas determinadas cuestiones en sede judicial no va a servir, por lo que cabe concluir que con la vigencia de dicho registro se vería afectada la seguridad jurídica, la que posee jerarquía constitucional, conforme lo ha resuelto con énfasis y reiteración la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. fallos 220:5; 243:465; 251:78; 317:218 -considerando 9-; 321:2933, entre muchos otros).

Por ello, corresponde hacer lugar a la demanda y, en consecuencia, ordenar dejar sin efecto el “Reglamento de Certificaciones de documentos de abogados matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, aprobado por el Consejo Directivo de dicha entidad, el 27 de diciembre de 2013, mediante el cual se dispuso la creación del “Registro de Certificaciones de Documentos de Abogados Matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, con costas.

A mérito de lo expuesto,

Fallo: 1º) Haciendo lugar a la demanda entablada por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y, en consecuencia dejar sin efecto el “Reglamento de Certificaciones de documentos de abogados matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal” aprobado por el Consejo Directivo de dicha entidad, el 27 de diciembre de 2013, mediante el cual se dispuso la creación del “Registro de Certificaciones de Documentos de Abogados Matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”.

2º) Imponiendo las costas a la parte demandada vencida en el presente juicio (conf. art. 68 del CPCCN).

Jurisprudencia

3°) Teniendo en cuenta la naturaleza del asunto -carente de monto-, el mérito, calidad y eficacia de los trabajos profesionales desarrollados por los letrados de la parte actora, regúlense los honorarios del doctor Gregorio Badeni en la suma de pesos seis mil (\$6.000), del doctor Enrique Paixao en la suma de pesos cinco mil (\$ 5.000) -ambos en su carácter de letrados patrocinantes-; y del doctor Carlos José Laplacette, en su carácter de letrado apoderado, en la suma de pesos mil (\$1.000), (conf. arts. 6º, 7º, 33 y conc. de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432).

Los honorarios regulados no contienen suma alguna calculada en concepto de impuesto al valor agregado, impuesto este que deberá adicionarse al honorario cuando el profesional acreedor revista la calidad de responsable inscripto en dicho tributo (conf. sala II del fuero *in re*: "Becar Varela, Emilio - Lobos Rafael Marcelo c/ Colegio Públ. de Abog.", del 16 de julio de 1996).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, archívese.

Fdo.: María Cristina CARRIÓN DE LORENZO, Juez Federal.

39 Jornada Notarial Bonaerense

Mar del Plata, 25 al 28 de noviembre de 2015

Mesa directiva de la Jornada

Jorge Alberto Mateo

Leandro Horacio Atkinson

Claudia Alejandra Rebagliati

María Eugenia Grebol

Coordinador general: Eduardo Gabriel Clusellas

Coordinador día 1: Néstor Daniel Lamber

Tema 1 - Normas generales. Tema 2 - Escrituras y actas.

Tema 3 - Personas jurídicas. Tema 4 - Mandato y representación.

Coordinadora día 2: Adriana N. Abella

Tema 5 - Personas humanas.

Tema 6 - Representación legal del niño y adolescentes. Responsabilidad parental

Tema 7 - Matrimonio. Tema 8 - Obligaciones.

Coordinadores día 3: Marcelo Eduardo Urbaneja

Elba María de los Ángeles Frontini

Tema 9 - Donación. Partición. Tema 10 - Sucesiones intestadas.

Tema 11 - Contratos. Tema 12 - Compraventa.

Coordinadora día 4: Zulma A. Dodda

Tema 13 - Derechos reales. Tema 14 - Derechos reales de garantía.

Tema 15 - Propiedad horizontal. Conjuntos inmobiliarios.

Tema 16 - Fideicomiso. Locación. Leasing.

CONCLUSIONES

TEMA 1 – NORMAS GENERALES

Coordinador: Néstor Daniel Lamber

Disertantes: Néstor Daniel Lamber. Marcelo Néstor Falbo.

NULIDADES

1.- Toda nulidad debe ser sustanciada y requiere sentencia que la constituya. En la medida que la nulidad no haya sido pronunciada por el juez todo acto deberá ser reputado válido. Por tanto, al tercero de buena fe no le es oponible la nulidad (excepto que la nulidad provenga de una transmisión *a non domino*). Sin perjuicio de ello, de surgir el vicio de modo ostensible y manifiesto del propio título no podrá alegar buena fe.

2.- Consideramos que es admisible el otorgamiento de todo documento notarial cuyo objeto sea la confirmación, ratificación, convalidación o subsanación del vicio que dé origen a la eventual nulidad no sustanciada.

La observabilidad de un acto ante un vicio y su posible nulidad, que podría estar sujeto a la conversión en otro acto válido, puede ser subsanada por el otorgante o por las partes que aclaren su causa y real intención, y determinarán su validez por haberse cumplido los restantes recaudos del art. 384 CCyC.

3.- Si se trata de un instrumento con actos múltiples como objeto, ellos serán observables separadamente si el eventual vicio sólo puede ser causa de una nulidad parcial, no siendo observables los restantes actos. La misma interpretación consideramos aplicable a la nulidad formal.

4.- El art. 392 CCyC, primer párrafo, mantiene la norma del art. 1051 CC (ley 17.711) de inoponibilidad del acto nulo al tercer subadquirente de buena fe y a título oneroso. Las adquisiciones *a non domino* constituyen supuestos de justo título en los términos del art. 1902 CCyC.

INOPONIBILIDAD

5.- El acto inoponible es válido y eficaz entre las partes, quienes pueden exigir su cumplimiento, siendo su ineficacia sólo alegable por ciertos terceros que indique la ley, y en la medida de su interés. No siendo atacado el acto por parte de este tercero, o siendo desinteresado y concluida su pretensión, no será necesaria la confirmación del acto inoponible, pues éste nunca dejó de ser válido entre las partes y para el resto de la sociedad.

PRESCRIPCIÓN

6.- La adquisición por mero efecto de la ley de los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe, prevista en la parte final del art. 1894 CCyC, da razón a la subsanación del acto viciado una vez transcurridos los plazos de prescripción de la acción de nulidad o de prescripción adquisitiva, y la consecuente limitación de la extensión máxima del estudio de título a los 20 años o el antecedente inmediato como en la práctica notarial antes de la vigencia del nuevo código. La subsanación del título por cualquiera de las prescripciones adquisitivas debe valorarse por la posibilidad de ejercerla por vía de excepción o defensa.

7.- El art. 1902, tercer párrafo, CCyC impone a los efectos de calificar la buena fe del poseedor con justo título de cosas registrables, el deber de diligencia de haber realizado el examen de los documentos (títulos) y constancias registrales.

Si bien no impone la obligación de realizar referencia de antecedentes para todo acto de trasmisión de cosas registrables (por ejemplo: inmuebles, automotores, buques, aeronaves) siendo en consecuencia dispensable, le atribuye a esta diligencia una expresa consecuencia legal y de prueba tasada para poder cumplir los requisitos de la adquisición de dominio por prescripción breve. Es un elemento coadyuvante de la buena fe del adquirente de derechos reales de cosas registrables, a los fines de su adquisición legal. Debe ser especialmente considerado en el asesoramiento notarial y en la documentación de su eventual dispensa.

8.- El estudio de títulos o la relación de antecedentes tiene en el nuevo cuerpo normativo dos referencias incidentales expresas (arts. 1138 y 1902 CCyC). Como en el sistema derogado, se trata de una operación de ejercicio con los mismos fundamentos y alcances, con el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial del ejercicio profesional que corresponde a las legislaciones provinciales.

Ratificando lo resuelto en la XXXV Jornada Notarial Bonaerense celebrada en Tandil en 2007, se propicia una futura modificación de la ley, que incluya como operación de ejercicio la necesidad de verificar sólo la matricidad del último título y de los poderes invocados.

El enunciado inicial del art. 2459 CCyC se trata en realidad del cumplimiento del término de la condición resolutoria legal; y no de un supuesto de prescripción adquisitiva ni liberatoria -o de caducidad- de la acción de reducción que es de 5 años a partir del fallecimiento del causante.

Las acciones de colación (igualdad de cuotas entre coherederos), complemento -para la doctrina que las admite en forma autónoma-, reducción y

Informaciones

preterición en testamento (protección de la porción legítima hereditaria) están sujetas al término de prescripción liberatoria de los 5 años desde la muerte del causante (art. 2554 CCyC).

Dado que el régimen derogado tenía un plazo mayor para su cómputo se deben aplicar las reglas del art. 2537 CCyC:

La que se encuentra en curso de cumplimiento y con más de 5 años ya transcurridos, se cumplirá a los 10 años de iniciada (ley anterior) -art. 2357, primer párrafo-

La que se encuentra en curso de cumplimiento y con menos de 5 años ya transcurridos, se cumplirá a los 5 años de la entrada en vigencia de la ley nueva (1/8/2015) -art. 2357, segundo párrafo-

TEMA 2 – ESCRITURAS Y ACTAS

Coordinador: Néstor Daniel Lamber

Disertantes: Rubén Augusto Lamber. Cristina N. Armella.

1.- El art. 291 CCyC mantiene la prohibición al funcionario público, incluyendo al escribano público, de autorizar documentos referidos a actos en que está personalmente interesado él o su cónyuge, conviviente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Se mantiene el principio de su intervención imparcial, al igual que la interpretación de comprender la actuación del titular y adscripto recíprocamente.

El notario, en principio, podrá intervenir en negocio celebrado por personas jurídicas en que sus integrantes estén comprendidos en la enumeración legal. La calificación de la existencia de “interés personal” queda reservada al autorizante y bajo su responsabilidad.

El acto es válido hasta el pronunciamiento judicial de nulidad. La nulidad del continente no redundará inevitablemente en el contenido.

2.- El nuevo CCyC reconoce de modo expreso la escritura pública de contenido múltiple. Se propicia la admisión de la nulidad parcial -reglada en el art. 389 CCyC referida a una o varias disposiciones del acto-, aplicable a la invalidez de los actos independientes y separables contenidos en la escritura pública.

3.- El art. 301 CCyC consagra de modo expreso en el texto legal el concepto y la obligación de unidad de acto de la escritura pública.

Prevé la excepción en caso de pluralidad de otorgantes donde no haya entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, de otorgarse en distintas horas del mismo día. Consagra en la ley nacional la misma norma del art. 107 del decreto provincial 3887/98, que mantiene su plena vigencia, y sólo agrega la prohibición de realizar modificaciones en el texto luego de la firma del primer otorgante.

4.- Los datos personales de los otorgantes, como el estado de familia, nombre de cónyuge o padres, domicilio, fecha de nacimiento y número de documento -cuando se identifica por afirmación de previo conocimiento-, se acreditan por la declaración jurada de su autor aunque así no se haga constar en el texto escriturario, al igual que en el régimen anterior.

5.- El concepto de estado de familia es más amplio que el de estado civil estricto, y ello implica que las partes además de declarar su estado civil tradicional, también podrán invocar la situación jurídica de unión convivencial (art. 509 y sgts. CCyC) esté o no inscripta en el registro especial del art. 511 CCyC, con su mera declaración jurada como los restantes estados civiles.

Informaciones

6.- El art. 305 CCyC sólo exige la constancia del grado de nupcias y nombre del cónyuge, al igual que en caso de divorcio o viudez, cuando sea relevante por la naturaleza del acto. En los restantes actos objeto de la escritura pública basta con denunciar el estado civil o de familia. Corresponde asimismo dejar constancia del nombre del conviviente.

Debe reformarse y adecuarse a esta norma el art. 155 ap. II, inc. b) del decreto ley 9020/78. En tanto no se modifique, debe aplicarse la nueva norma del Código Civil y Comercial.

7.- La comparecencia de otorgante casado, ante la sola mención de su estado civil, se presume que se encuentra sometido al régimen supletorio de comunidad, y así deben calificarse los bienes en caso de adquisición de derechos reales sobre cosas.

Cuando no surja en el texto de la escritura pública si están casados bajo el régimen de separación de bienes, la omisión de tal declaración puede ser subsanada por escritura aclaratoria en la que se acredite la opción del régimen de separación de bienes de fecha anterior a la adquisición del derecho real. Sólo será oponible a terceros desde la inscripción registral de esta aclaratoria.

8.- Se interpreta que la omisión de la constancia documental del "juicio de capacidad o habilidad" no implica nulidad del acto, ni debe ser objeto de observación disciplinaria (art. 309 CCyC), pues la calificación de los presupuestos y elementos del acto (art. 305 CCyC) es implícita a la aceptación del requerimiento notarial.

9.- La exhibición de la partida de nacimiento de los otorgantes, a los efectos de acreditar la inexistencia de registraciones de sentencia judicial de incapacidad o restricción de capacidad, no es una obligación para el requirente ni el escribano impuesta por norma alguna, ni puede inferirse de un laxo deber de diligencia por vía de interpretación.

Los deberes u obligaciones del notario deben surgir de normas expresas, que no existiendo, no requieren expresa dispensa en el texto escriturario. La declaración jurada del interviniente en el documento notarial es suficiente para su constancia documental, como lo había reconocido la jurisprudencia en el régimen anterior.

La inexistencia de un registro nacional integrado que pueda satisfacer su adecuada finalidad publicitaria impide su eficacia operativa.

10.- Sin perjuicio de ello, se puede dejar en el texto escriturario expresa declaración jurada del otorgante y de los restantes comparecientes de no estar sujetos a procesos que limiten su capacidad, con especial incidencia en los casos de las nuevas sentencias de capacidad restringida. Ello será relevante sólo en el ámbito de la acreditación de los deberes de asesoramiento notarial, pero no requisito del documento notarial.

La documentación del asesoramiento del eventual efecto de los arts. 39 y 44 CCyC, aparece sobreabundante en cuanto la presunción de conocimiento del derecho por todos (art. 8° CCyC); sin perjuicio de lo cual ante la reforma legislativa cada notario deberá ponderar en su conciencia, la conveniencia de esta preconstitución de prueba de tal asesoramiento bajo firma del interviniente y con carácter de declaración jurada, sea en el propio texto escriturario o por instrumento privado separado.

11.- El art. 300 CCyC recepta exclusivamente la formación del protocolo por folios previamente habilitados para cada registro. La delegación a las provincias de la reglamentación de tales folios importa reconocer que las leyes locales pueden también prever medios excepcionales de habilitación posterior a su uso, en caso de urgencia o imposibilidad de interrumpir el acto notarial como lo prevé el art. 144 del decreto ley N° 9020/78 y 99 del decreto N° 3887/98, que mantiene plena vigencia.

12.- Con independencia de la derogación del art. 1005 CC velezano, el orden cronológico se mantiene fundado en el art. 300 CCyC que regula la utilización de folios habilitados para el registro. Ratifica la validez de la escritura pública en caso de error en la expresión de su fecha, infiriéndose la fecha real por su ubicación en el protocolo.

13.- El art. 302 CCyC en el caso del compareciente que ignora el idioma nacional, y se expresa en idioma extranjero del que no hay traductor público, permite que el escribano acepte al intérprete de tal idioma extranjero sin requerir permiso judicial, con la consecuente responsabilidad del notario por la aceptación del que elija o se le presente.

14.- Se considera que la discapacidad auditiva en los términos del art. 304 CCyC debe ser total. Si el compareciente por cualquier medio técnico intra o extracorporal, o mecanismos aprendidos por el compareciente, puede tomar conocimiento de la lectura de la escritura pública, no está alcanzado por las prescripciones de esta norma. El autorizante podrá dejar constancia de tal circunstancia, lo cual no es obligatorio.

15.- Los arts. 310 a 312 receptan la normativa local y práctica en materia de actas.

16.- El requerimiento de las actas notariales no exige invocación ni acreditación ni justificación de representación o personería en su caso. Basta la invocación del interés ajeno.

Si durante la diligencia además de la comprobación de hechos se celebren actos jurídicos (por ejemplo, pago, convenciones, etc.), en caso de futura controversia en cuanto a su eficacia, se requerirá la ratificación del representado.

17.- El requerimiento de las actas notariales puede resultar de documento notarial separado, incluso pasado ante otro notario de diferente lugar y fecha al

Informaciones

de la diligencia, debiendo acreditarse el mismo con el testimonio respectivo, y en caso de ser de extraña jurisdicción debidamente legalizado.

18.- El procedimiento de firma a ruego está reservado exclusivamente para los instrumentos públicos.

19.- En caso de no saber o no poder firmar el otorgante del instrumento privado, puede recurrir a alguno de los dos procedimientos del art. 313 CCyC: a) estampar su impresión digital, o b) ser suscripto por dos testigos presentes en el acto. Los instrumentos así firmados sólo constituyen principio de prueba por escrito (art. 314 CCyC).

20.- *De lege ferenda*: se propicia la inclusión de un medio alternativo de identificación de aquellas personas que no son de conocimiento del notario, carecen de documento idóneo y es imposible obtenerlo en tiempo razonable para el ejercicio de sus derechos, como fueron oportunamente los testigos de conocimiento.

TEMA 3 – PERSONAS JURÍDICAS

Coordinador: Néstor Daniel Lamber

Disertantes: Aldo Emilio Urbaneja. Néstor O. Pérez Lozano.

SOCIEDADES

1.- Los cónyuges, cualquiera sea el régimen patrimonial adoptado, pueden integrar sociedades entre sí.

2.- Las sociedades civiles existentes con anterioridad al 1/08/2015 que se hubieren constituido por escritura pública -y eventualmente reformado su contrato también por escritura pública- pueden continuar operando como tales, pudiendo otorgar, entre otros, actos jurídicos que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre bienes registrables. Las que no hubieren cumplido el requisito de forma se encuentran comprendidas en la Sección IV de la ley general de sociedades -LGS-.

3.- Las sociedades de la Sección IV constituyen una categoría residual de persona jurídica incluyendo aquellas que no cumplen todos los requisitos del Capítulo II de la LGS. Sólo son oponibles a terceros por el conocimiento de su existencia y representación mediante actos por escrito.

4.- Deben ponderarse especialmente los beneficios de la escritura pública en la acreditación de la existencia y representación de estas sociedades que no estén inscriptas, en cuanto a la autoría, voluntad de los socios, fehaciencia, guarda y expedición de ulteriores testimonios, con la posibilidad de la rúbrica por acta notarial de libros que opten por llevar o lo exijan leyes especiales.

5.- Las sociedades incluidas en la Sección IV pueden ser titulares de bienes registrables (art. 23 LGS). Deberán acreditar la existencia y representación con un acto de reconocimiento por todos los socios o el contrato social. Pueden ser otorgados por escritura pública o instrumento privado con firmas certificadas por escribano, anterior o simultáneo a la adquisición del bien registrable.

Se considera recomendable la inclusión del acto de reconocimiento en la propia escritura pública de adquisición de inmuebles para bastarse a sí misma.

6.- Se considera apropiada la publicidad registral de los bienes en particular informando la titularidad de la sociedad incluida en la Sección IV, quedando reservada la proporción de los socios en que la integran.

7.- Se generalizó para todas las personas jurídicas “en formación” la “inscripción preventiva” de los bienes registrables, lamentablemente sin adecuar la terminología utilizada, que tantas discusiones ha ocasionado (art. 154 CCyC).

Informaciones

SOCIEDAD UNIPERSONAL

8.- La sociedad unipersonal, tal como se encuentra regulada, es apta para ser utilizada por las grandes empresas, tanto nacionales como extranjeras, encontrándose limitada para la pequeña empresa.

9.- La sociedad anónima unipersonal que no cumpla sus requisitos típicos, constituirá una sociedad de la Sección IV del Capítulo I de la LGS.

10.- El art. 94 bis LGS al prever la transformación de pleno derecho de la sociedad en comandita, simple o por acciones, y de capital o industria, en una sociedad anónima unipersonal, en el caso de reducción a uno del número de socios en el plazo de tres meses, estaría creando la existencia de dos clases de sociedades anónimas unipersonales según su génesis: originarias y derivadas.

El artículo requiere una urgente modificación en cuanto a la inclusión de los restantes tipos sociales regulares y la previsión del cumplimiento de los recaudos registrales para su transformación y cumplimiento de los requisitos especiales de las sociedades unipersonales.

TÍTULOS VALORES

1.- La reforma legislativa aplica el método de inversión de la senda inductiva de las "reglas particulares" hacia la "categoría general" con remisión a las leyes especiales que se mantienen en plena vigencia. La no derogación de los regímenes especiales relativos a los títulos valores -cambiaríos o no- hace que las normas del CCyC sólo serán aplicables a falta de regulación específica de la ley especial, en concordancia con los arts. 1815 y 2° de dicho código, que hacen coherente a todo el ordenamiento del derecho privado.

Los protestos por escribano público de letras de cambio o títulos cartulares asimilables, seguirán realizándose de conformidad a la ley especial como antes de la reforma.

2.- De la conexidad armónica de los arts. 1822 y 1850 CCyC, se aconseja la creación del Registro de Títulos Valores en sede notarial, para la publicidad y oponibilidad de la *constitución, transmisión, modificación o cancelación de derechos reales, gravámenes, secuestros, medidas precautorias y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por los títulos valores nominativos no endosables y no cartulares que no tengan registro específico. Las actas o escrituras públicas autorizadas por notario, los documentos públicos judiciales o administrativos y todo otro documento que dispongan las leyes y contengan y cumplan con los recaudos necesarios* tendrán vocación registral ante dicho registro.

El Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires tiene capacidad profesional, técnica e infraestructura específica para crear, administrar y dirigir

dicho organismo. Como así también la inscripción y registración de la constitución y cancelación de los fideicomisos y la solvencia demostrada en el registro de rúbrica de libros de consorcios y su matriculación, testamentos y actos de autoprotección.

3.- La función notarial es llamada a intervenir en actos trascendentes tales como la preconstitución de pruebas mediante actas y atestaciones técnicas, emisión de certificados probatorios de la representación orgánica y su calificación, así como en la creación de los títulos su circulación, registración, y escrituras de emisión de títulos valores y reglamentos de los fondos comunes de inversión y fideicomisos, constitución de las garantías reales con competencia exclusiva así como en el proceso de reconstrucción en los casos de deterioro, pérdida, extravío, robo o destrucción de los títulos y de sus registros en procedimientos reglados.

4.- *De lege ferenda*: para una futura reforma de la ley deberá admitirse la hipoteca en garantía de títulos valores emitidos como endosables o al portador. Frente a la ordinaria, esta hipoteca tiene la especial característica de garantizar créditos con titular indeterminado a causa de la fácil circulación de los títulos a la orden o al portador. La hipoteca se constituye sin el concurso del futuro e indeterminado acreedor, y no designa individualmente al acreedor o al titular de la hipoteca y se constituye a favor de los tenedores presentes o futuros de los títulos. La escritura debe determinar las circunstancias que individualicen y determinen las condiciones de los títulos valores. El endoso de los mismos producirá la transmisión de los derechos incorporados así como el de garantía hipotecaria, con expreso cumplimiento de la publicidad cartular que el notario deberá cumplir mediante adenda especial. Deberá admitirse que su emisión lo sea con el accesorio de garantías reales y en especial de hipoteca que haga para el inversor más atrayente y seguro su aporte.

TEMA 4 – MANDATO Y REPRESENTACIÓN

Coordinador: Néstor Daniel Lamber

Disertante: Natalio P. Etchegaray.

1.- El otorgamiento de un poder de representación es un acto unilateral y recepticio, por lo tanto hasta que el apoderado reciba el testimonio no se perfecciona el contrato de mandato representativo, y en consecuencia el poderdante es el único autorizado a retirarlo, excepto que del mismo instrumento del poder o de un documento indubitable, surja la autorización para que lo retire el apoderado.

2.- La representación se extiende a los actos propios para cumplir el objeto del apoderamiento y a todos los actos necesarios para su ejecución, sin perjuicio de las facultades que en cada caso puedan otorgarle leyes especialmente referidas al acto autorizado a realizar en nombre del representado. Reitera el CCyC la norma del art. 1884 CC en el primer párrafo del art. 375, y las normas de los arts. 1886 y 1905 CC en el art. 360, por lo que le son aplicables la doctrina y jurisprudencia referidas a éstos.

3.- El autocontrato o “contrato consigo mismo” se tipifica cuando el representante utiliza sus facultades representativas en provecho propio, y entran en conflicto sus intereses con los del representado (arts. 368 y 372 inc. e). Se subsana si se justifica la autorización previa o la ratificación posterior. La autorización previa debe contener o inferirse de la misma, el acto en sí y sus elementos constitutivos.

4.- Los poderes para dar el asentimiento respecto de la disposición de la vivienda familiar (art. 459 y remisión al art. 456) no pueden ser conferidos entre cónyuges. Pueden ser conferidos válidamente a terceras personas. Cuando no se trate de la vivienda familiar los cónyuges pueden válidamente conferirse poder entre sí o a terceras personas, con la sola identificación del bien a que se refiere, sin necesidad de expresar el acto en sí y sus elementos constitutivos (arts. 375, inc. b., y art. 459 y su remisión al 456).

5.- La capacidad del representante se relaciona con la naturaleza del acto que se autoriza a realizar; al representante se le exige tener solamente el discernimiento necesario para el eficaz cumplimiento del acto encomendado, según la enumeración del art. 261.

6.- Se tipifica una representación aparente o tácita cuando el titular del derecho permite a alguien actuar en su nombre, de tal manera que se deduzca que es su representante. Esta representación se presume en los casos de representación comercial que se detallan en los incs. a, b y c del art. 367.

7.- La ratificación posterior por parte del representado convalida la ausencia o insuficiencia de la representación, así también en los casos de desconocimiento de la representación aparente (art. 367), en los de mandato sin representación (art. 1321), gestión de negocios (art. 1784), autocontrato no justificado. La ratificación tiene efecto retroactivo, pero se puede fijar contractualmente un plazo de extinción de la posibilidad del "representado" para manifestar su conformidad con la actuación del "representante". La ratificación puede ser expresa o tácita, pero en este último caso no puede surgir del silencio del representado. Es necesario un acto o comportamiento concluyente de éste, como por ejemplo la declaración ante notario que importe una aceptación de lo actuado por el representante.

8.- Poderes irrevocables y *post mortem*

a) Estos poderes requieren de la existencia de un negocio-base, del que surja el interés de las partes en lograr su ejecución.

No se concibe el poder general irrevocable, pues la irrevocabilidad supone un negocio especial que le sirve de base. La expresión "confiere poder irrevocable", si no se hace o se infiere del texto alguna referencia a un negocio-base, o no se exterioriza ante la aparición de alguna causa subjetiva de revocación, no crea ninguna diferencia con la representación común y como tal debe utilizarse.

b) En los supuestos del art. 380, inc. c), CCyC las referencias al plazo cierto y a la justa causa de revocación pudieron haberse omitido, ya que el plazo es el del negocio pactado cuya ejecución quiere asegurarse, y no el que tentativamente fije el poderdante en el instrumento de la representación irrevocable: la justa causa de revocación está implícita en todo negocio jurídico por aplicación de los principios generales de buena fe, equidad, abuso de derecho y moral.

c) Al cumplirse el plazo fijado en la representación irrevocable, termina la representación y no sólo la irrevocabilidad. De lo contrario, no habría una irrevocabilidad en el sentido estudiado, sino un mero pacto de irrevocabilidad que puede ser derogado en cualquier momento.

La posibilidad de que un poder irrevocable pueda ser utilizado como poder común, luego de vencido el plazo indicado en el instrumento, debe surgir de su redacción y queda sujeto a revocación por las causas legales que revocan las representaciones no irrevocables, sin perjuicio de su eficacia aun después del fallecimiento del representado.

d) El apoderado con poder común no irrevocable puede otorgar una sustitución irrevocable, si así lo exige el interés del tercero con quien contrató en nombre del mandante principal. El representante irrevocable puede sustituir su representación, también con carácter irrevocable, en otra persona.

e) El apoderado instituido irrevocablemente no puede indicar a una tercera persona como destinataria de los derechos que tiene facultad de transmitir;

Informaciones

se requiere ineludiblemente la previa cesión (onerosa o gratuita) de la persona que es parte del negocio-base (a propósito de la cláusula usual: "o a quien éste indique"). Salvo que el negocio causal sea un contrato de persona a designar.

f) El apoderado irrevocable está obligado a cumplir el negocio transmitiendo los derechos a quien demuestre ser sucesor universal o singular del primitivo adquirente, aunque no lo prevea el poder.

g) El comprador, a su vez apoderado irrevocable, puede actuar con ese doble carácter en la escritura de compra, aunque no surja del texto del poder la conformidad expresa o implícita del poderdante para el autocontrato, ya que el negocio especial y determinado, que es la base de la irrevocabilidad, autoriza al mandatario a ejercer la representación en provecho propio (art. 368 CCyC).

h) La copia o testimonio de la escritura de representación irrevocable, al contrario de lo que ocurre con la de una representación común, debe expedirse para el apoderado, que será, a su vez, la persona legitimada para solicitar un segundo testimonio.

i) Si el notario recibe una comunicación del poderdante que revoca de modo unilateral una representación irrevocable, debe comunicárselo de manera fehaciente al apoderado y al contratante y si éstos deciden igualmente utilizarla, deberá dejar constancia de todo lo actuado en la respectiva escritura.

9.- El cumplimiento del negocio encomendado es límite natural y legal de su vigencia. No se considera necesaria la declaración del representante sobre la vigencia de la representación, ya que su utilización la supone.

TEMA 5 – PERSONAS HUMANAS

Coordinadora: Adriana N. Abella

Disertantes: Otilia del Carmen Zito Fontán. Marcela Viviana Spina.

De un régimen basado en la sustitución de la voluntad y la interdicción para las personas con discapacidad, vigente en el código derogado, se pasa a un sistema de apoyos para asistirles en la toma de decisiones y en el ejercicio de sus derechos, en condiciones de igualdad.

La *capacidad jurídica se presume*. Toda restricción constituye una excepción, y debe estar impuesta expresamente por la ley o por sentencia judicial.

La *incapacidad de ejercicio*, tratándose de menores de edad y personas con capacidad restringida, es siempre una cuestión de grados, un concepto flexible. La *adición* y la *alteración mental* pueden ser motivo de la restricción de la capacidad de ejercicio.

El o *los apoyos* designados por el juez en la sentencia que restringe la capacidad jurídica, tienen sólo función de asistencia a la persona en la toma de decisiones por sí misma. No reemplazan la voluntad del interesado. Sólo por excepción, tienen facultades de representación, en casos determinados conforme la evaluación judicial y respecto de actos concretos.

La *declaración de incapacidad* queda reservada a casos excepcionales, cuando la persona no pueda exteriorizar de ninguna manera su voluntad, ni interactuar con su entorno. Sólo en estos casos el juez puede designar un “*curador*”, con facultades de representación. En todos los casos, la sentencia judicial debe determinar la extensión y los alcances de las restricciones al ejercicio de la capacidad y especificar los actos y funciones que se limitan. El plazo de tres años para la revisión de la sentencia declarativa de la restricción de la capacidad o incapacidad no es un plazo de caducidad. Es un derecho del interesado solicitar en cualquier momento su revisión y una obligación del juez hacerlo como mínimo en dicho plazo.

INSCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA

El código establece la obligación de su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, mediante nota marginal en el acta de nacimiento (art. 39). Son efectos de la inscripción: 1. *La oponibilidad de la sentencia contra los terceros, a partir de la fecha de la inscripción*. 2. *La nulidad* de los actos posteriores a la inscripción que contraríen lo dispuesto en la sentencia (art. 44). La nulidad es relativa, y sólo puede declararse a instancia de la persona en cuyo beneficio se estableció la sanción. Excepcionalmente, puede invocarla la

Informaciones

otra parte si es de buena fe, y tuvo un perjuicio importante, como podría ser un desplazamiento patrimonial injustificado. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto “no puede alegarla si obró con dolo” (art. 388). Entiéndase *dolo* como vicio de la voluntad. Incluye la acción y la omisión dolosa (art. 271).

Adherimos a las conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, octubre 2015: “Es necesario estructurar un sistema de registros públicos que integren una red interconectada a nivel nacional donde consten las incapacidades o restricciones a la capacidad de ejercicio a fin de brindar seguridad jurídica”. La aplicación e interpretación de la sanción impuesta en el art. 44, deben partir del principio que establece el mismo código: la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume. Lo contrario pone en peligro la seguridad jurídica como base fundamental del ordenamiento, que debe brindar certeza en el otorgamiento de todos los actos jurídicos, sin perjuicio de la protección de los derechos de las personas con discapacidad que puedan verse amenazados por la actuación de terceros de mala fe. Para la efectiva protección de los bienes de los incapaces y de las personas con capacidad restringida, el juez debe ordenar, y el representante legal efectuar las anotaciones de la sentencia de incapacidad o capacidad restringida en los registros de bienes como ordena el Código Procesal.

DISCERNIMIENTO Y CAPACIDAD JURÍDICA

Discernimiento como integrativo del consentimiento negocial válido, es la *aptitud intelectual* de la persona humana para comprender y valorar un acto determinado y decidir en consecuencia. La *capacidad jurídica* en cambio, es la *aptitud legal* para ser titular de derechos y ejercitarlos. El notario debe, como lo ha hecho en la vigencia del código de Vélez llegar a la convicción de la aptitud intelectual del otorgante y evaluar su capacidad jurídica para el acto, conforme lo establece el ordenamiento jurídico.

MENORES DE EDAD

El principio de capacidad de ejercicio respecto de los menores de edad está basado en el nuevo ordenamiento en la autonomía progresiva, el derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta en los temas que le competen, conforme su edad y grado de madurez. Si bien la regla general es el ejercicio de sus derechos a través de sus representantes legales, el nuevo régimen establece excepciones basadas en la edad y grado de madurez, en determinados casos, y presume su aptitud (discernimiento o competencia bioética) para tomar decisiones sobre el cuidado de su salud y el propio cuerpo,

conforme a pautas etarias. *Emancipación*: la emancipación sólo procede por matrimonio, antes de cumplidos los 18 años. *Menor y adolescente con título habilitante*: quedan comprendidas actividades que impliquen especial preparación profesional u oficios. El título habilitante debe ser acreditado por el menor de edad en sede notarial, para el otorgamiento de actos de adquisición, administración o disposición de bienes, para los cuales no necesita autorización. El art. 30 no establece edad mínima para el ejercicio de profesión u oficio sin previa autorización. No obstante, por aplicación de los arts. 681, 683 y las leyes laborales que regulan el trabajo de los menores de edad, los menores de 16 años necesitan autorización de sus representantes legales para ejercer oficio, profesión o industria.

DERECHOS Y ACTOS PERSONALÍSIMOS

Con su incorporación al nuevo ordenamiento se reconoce expresamente que la persona humana es inviolable, en su integridad física y espiritual, tiene derecho al reconocimiento de su dignidad inherente, y a su tutela jurídica. Derecho a la integridad espiritual: intimidad, imagen, honor, honra y reputación. Integridad física: derecho a la vida, a la salud. Incluye el derecho a la autodeterminación a tomar todas las decisiones autorreferentes e inclusive a las exequias y disposición del cadáver (art. 19 CN), mientras no afecten el derecho de otras personas.

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Art. 59. El nuevo código ratificó la obligatoriedad del consentimiento previo e informado del paciente, para todos los actos médicos e investigaciones en salud. Es un derecho personalísimo y como tal debe ser otorgado por su titular o por la persona por él designada al efecto. La representación constituye una excepción. La disposición de los derechos personalísimos es de interpretación restrictiva y libremente revocable.

DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS

Art. 60. Manifestación de voluntad anticipada en materia de salud, para la eventual pérdida transitoria o permanente del propio discernimiento, que impida al otorgante decidir por sí mismo en el momento oportuno. La ley especial establece que "toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas, las que se tendrán como inexistentes".

Informaciones

Capacidad. El art. 60 establece que el otorgante “debe ser plenamente capaz”. 1.- Persona menor de edad. El art. 26 establece la presunción de competencia de los menores de edad respecto al cuidado de su salud y su cuerpo, conforme pautas etarias (13 a 16 años). Esta aptitud no debe asimilarse a la capacidad legal para el otorgamiento de directivas anticipadas, sin perjuicio de la obligación de ser oídos y su opinión tenida en cuenta, conforme lo determinan la Convención sobre los derechos del niño, y la ley 26.061, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez. De la misma manera, no están facultados en la norma para otorgar mandato o designar al propio curador. 2.- Persona con capacidad restringida o declarada incapaz. La aptitud de las personas con capacidad restringida debe evaluarse conforme el contenido de la sentencia respectiva.

La aplicación de las directivas anticipadas de salud no requiere judicialización o autorización judicial previa. Quedan a salvo las prácticas eutanásicas y el suministro de los cuidados paliativos.

Mandato preventivo. 1.- Puede incluir directivas relacionadas con todos los aspectos de la vida del mandante, la designación del propio curador, y el o los apoyos que lo asistan ante una eventual situación de vulnerabilidad que le impida decidir por sí mismo. 2.- El mandante puede establecer el momento en que debe tener efectos el mandato: desde su otorgamiento, y continuar luego de la declaración de restricción de su capacidad, o bien que el inicio del mandato esté sujeto a la condición suspensiva de la pérdida de aptitud del mandante, evaluada conforme éste lo haya determinado de manera precisa. La representación otorgada en los términos del art. 60, en previsión de una futura incapacidad, no se extingue por incapacidad sobreviniente del poderdante (art. 380). Caso contrario perdería sentido jurídico la norma cuyo principal objeto es la protección frente a una posible incapacidad futura.

Los actos de autoprotección, como declaración de voluntad donde se plasman las decisiones y directivas sobre todos los aspectos, personales y patrimoniales para el futuro ante una eventual pérdida o disminución del discernimiento, han quedado incorporados en la normativa del nuevo Código Civil y Comercial como un derecho personalísimo sobre el derecho a decidir sobre la propia vida. Asimismo, está incluido el amplio contenido del derecho de autoprotección.

TUTELA

La tutela y curatela puede ser ejercida por más de una persona. El “guardador” puede ser designado tutor.

CURATELA

La designación del propio curador o apoyos para la toma de decisiones, ante la eventual pérdida de la capacidad, debe instrumentarse por escritura pública.

DOCUMENTO NOTARIAL

Los documentos notariales son herramientas jurídicas idóneas para plasmar la voluntad sobre derechos personalísimos y decisiones autorreferentes, sobre el propio cuerpo, sobre el cadáver, consentimientos informados, directivas anticipadas de salud, poderes preventivos, actos de autoprotección y convenios reguladores de derechos extrapatrimoniales. El art. 561 CCyC establece una nueva incumbencia notarial: “la protocolización ante escribano público” de los consentimientos médicos previos, informados y libres para la utilización de técnicas de reproducción humana asistida -TRHA- y manifestación de la voluntad procreacional.

TEMA 6 – REPRESENTACIÓN LEGAL DEL NIÑO Y ADOLESCENTES. RESPONSABILIDAD PARENTAL

Coordinadora: Adriana N. Abella

Disertantes: Sebastián Justo Cosola. Cristina N. Armella.

RESPONSABILIDAD PARENTAL

Titularidad y ejercicio

La emancipación provoca la extinción de la responsabilidad parental (arg. art. 699, inc d), salvo lo dispuesto sobre los progenitores adolescentes en el art. 644.

Si el niño, niña o adolescente convive con ambos progenitores, *el ejercicio corresponderá a ambos*, a menos que medie privación o suspensión de ejercicio de la responsabilidad parental, según lo dispuesto en los arts. 700 a 703 CCyC. La atribución exclusiva a uno de los progenitores tiene carácter excepcional.

La ley requiere el concurso de la voluntad expresa de ambos progenitores en los supuestos contemplados en el art. 645.

Las niñas, niños y adolescentes pueden ejercer su derecho a opinar y ser oídos en sede notarial. Estas intervenciones no modifican la validez y la eficacia de los documentos notariales que las contienen.

Acreditación de la representación

En caso de ejercicio unilateral de la responsabilidad parental por muerte real o presunta de un progenitor, deberá justificarse, además, la muerte o la ausencia con presunción de fallecimiento con el correspondiente *certificado de defunción* (art. 96, segundo párrafo; y arts. 23, 59, 82 y conc., de la ley 26.413). Cuando el ejercicio fuere unilateral por suspensión o privación de uno de los progenitores, deberá acreditarse este extremo mediante el *testimonio judicial de la sentencia* respectiva. Es prudente requerir la presentación de la partida actualizada, toda vez que, desde la expedición de la última, pudo tener lugar la inscripción registral de un reconocimiento voluntario o emplazamiento judicial del otro progenitor, que encuadrarán la situación en otro inciso de la norma, con diferentes soluciones. En el supuesto del inc. "e" del art. 641, el progenitor deberá presentar el *testimonio judicial de la sentencia de filiación*, o instrumento del que surja fehacientemente el acuerdo de los progenitores al respecto.

Delegación de ejercicio

La delegación de ejercicio de la responsabilidad parental, se reconoce en la figura del *delegatario* a un *pariente*. El progenitor que delega el ejercicio de la responsabilidad parental no pierde la titularidad. Al imponerse la forma escrita, la escritura pública, aun no siendo la forma exigida, resulta conveniente. Cuando el hijo sea adolescente (entre trece y dieciocho años), es conveniente su comparecencia al acto.

La delegación de ejercicio de la responsabilidad parental (art. 643) representa una nueva incumbencia de la función notarial en dos sentidos: a) la posible intervención del notario en la celebración del acuerdo; y b) la intervención del delegatario en actos concernientes al niño, niña o adolescente. Un *delegatario de ejercicio de la responsabilidad parental*, que interviene en actos concernientes al niño, niña o adolescente, debe presentar el acuerdo y la sentencia homologatoria, como documentación habilitante. Debe considerarse especialmente el límite temporal de la delegación.

Diferencias entre la delegación del ejercicio y el otorgamiento de la guarda a un pariente

1) La *delegación de ejercicio* es un acuerdo entre los progenitores y un pariente, sujeto a homologación judicial, el *otorgamiento de guarda a un pariente* aparece regulado como una decisión del juez. 2) En la *delegación de ejercicio*, los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, sin perjuicio de su derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en la medida de sus posibilidades. En el *otorgamiento de guarda*, en cambio, los progenitores conservan la titularidad y el ejercicio parental, a excepción de las cuestiones atinentes al cuidado del niño, niña o adolescente, que son las que se encuentran desplazadas en cabeza del pariente, temporariamente. 3) El pariente al que se le otorgó la guarda, tiene sus funciones limitadas a los actos de la vida cotidiana del niño o adolescente. En cambio, en la delegación de ejercicio, el pariente delegatario asume el ejercicio integral del régimen parental, con un espectro más amplio que el del pariente guardador. *En ambos casos la homologación judicial se presenta como un recaudo insoslayable.*

Plan de parentalidad

Es un acuerdo celebrado entre los progenitores que recae sobre la organización y distribución de funciones atinentes al cuidado del hijo. Su celebración no es obligatoria y, aunque no existe límite en la norma, será usual su otorgamiento cuando se trate de progenitores no convivientes. Debe ser homologado judicialmente.

Informaciones

Es conveniente que se celebre ante un notario, aunque la forma escrituraria no sea obligatoria.

Progenitor afín: el progenitor afín es el cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. El progenitor afín que invoque tal carácter, deberá justificarlo con la siguiente documentación: a) la unión matrimonial o convivencial. En el primer caso, con el certificado de matrimonio o copia certificada del acta respectiva (arg. art. 423, primer párrafo, de este código; y art. 23, ley 26.413), o con la prueba supletoria o extraordinaria, en su caso (arg. art. 423, párrafos 2° a 4°). Cuando se trate de una unión convivencial, y esta se encuentre inscripta, con la documentación registral pertinente (arg. art. 511 del código). Si la unión convivencial no estuviere inscripta, será una manifestación de parte (arg. art. 296, inc. "b"). La convivencia será, en todo caso, una manifestación de los cónyuges o convivientes, con los efectos probatorios recién señalados. b) La menor edad del hijo será justificada con su certificado de nacimiento (arts. 96 y 97 CCyC; y art. 23, ley 26.413). c) El cuidado personal a cargo del cónyuge o conviviente progenitor se justificará con el testimonio de la resolución judicial pertinente, con el instrumento que contenga el acuerdo o, en los supuestos en que sea ejercido de hecho, con la manifestación del compareciente.

Delegación de la responsabilidad parental al progenitor afín

Es posible la *delegación de la responsabilidad parental* a favor del progenitor afín. Aun frente a la libertad de formas, por la magnitud del acto celebrado y el despliegue de efectos jurídicos que produce, involucrando derechos de niños, niñas o adolescentes, *la intervención notarial aparece como conveniente elección para rodear al acto de seguridad jurídica y fe pública*. En los *casos en que intervengan ambos progenitores y el afín, no es necesaria la homologación judicial, motivo por el cual el documento continente de este acto será documentación habilitante para justificar el carácter de la intervención en el otorgamiento de actos posteriores*.

Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores

Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los supuestos del art. 645. En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar. Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso.

Modificaciones en el plano patrimonial de la responsabilidad parental

Se presume que los hijos adolescentes cuentan con madurez suficiente para estar en juicio juntamente con sus progenitores y aun de manera autónoma. Es posible la celebración de contratos por parte de los progenitores en nombre de los hijos, dándoles a éstos la debida participación e información.

Administración de los bienes de los hijos

Se reafirma el ejercicio conjunto de la administración de los bienes de los hijos por los progenitores. La administración de los progenitores es independiente del sistema de ejercicio de la responsabilidad parental, que en general será conjunto y excepcionalmente unilateral (art. 641). Si los bienes provienen del trabajo del joven menor de edad, conforman un patrimonio “profesional”, cuya administración le corresponde al joven sin importar si trabaja con autorización o es mayor de 16 años. Si los bienes provienen de herencia, legado o donación, la administración es ejercida por los padres en común cuando ambos ejercen la responsabilidad parental (arts. 685 y 686, inc. a).

Contratos con terceros en nombre de los hijos menores

Los progenitores pueden celebrar contratos con terceros, en nombre de los hijos en los límites de su administración. En principio los contratos deben ser celebrados por ambos progenitores, salvo los casos de delegación voluntaria de la administración a uno de ellos (art. 687), o la designación de administrador por el juez (art. 688). El contrato de locación de bienes de los hijos menores se encuentra dentro de los que pueden celebrar los progenitores sin necesidad de previa autorización judicial. La expresión “*cuando la responsabilidad parental concluya*” debe entenderse reducida al supuesto de extinción del régimen por la mayoría de edad del hijo, puesto que las demás causales de exclusión no pueden ser previstas por quienes celebran un contrato durante la menor edad de aquél, y la interpretación amplia de las normas podría conducir a lesionar seriamente el tráfico negocial. Están excluidos de esta libertad de contratación los actos celebrados con tercero que necesiten autorización judicial (en los términos del art. 692), los excluidos de la administración (art. 686) y los que obliguen al hijo a efectuar una prestación personal sin su consentimiento (arts. 681 y 682).

Actos de disposición

Los progenitores no pueden celebrar actos que importen una alteración del patrimonio del hijo, niña, niño o adolescente, cualquiera sea, sin la correspondiente autorización judicial, previo dictamen del Ministerio Público (art. 103, inc. a), CCyC). No pueden sin la autorización judicial, enajenar muebles o inmuebles, constituir o transferir derechos reales de bienes de sus hijos menores de edad; invertir o utilizar sumas de dinero depositadas a nombre de los hijos. Es el juez quien tiene la facultad de valorar la conveniencia y razonabilidad de la operación en virtud de las circunstancias. El acto de disposición de bienes del menor requiere la participación de ambos progenitores y la correspondiente autorización judicial, bajo pena de declararse nulo, si perjudican al hijo (art. 692 CCyC). Los actos realizados por los

Informaciones

progenitores, sin la autorización judicial, *pueden ser declarados nulos si perjudican al hijo. La nulidad sería relativa.* En materia de inmuebles el acto de disposición de bienes del hijo bajo responsabilidad parental celebrado sin autorización judicial genera un título observable. Podrá sanearse cuando el menor llegue a la mayoría de edad, ratificando el acto, renunciando a la acción de nulidad o por prescripción liberatoria.

Quedan exceptuados los actos del menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión.

Contratos prohibidos

Ni con autorización judicial los progenitores pueden comprar por sí ni por persona interpuesta, bienes de su hijo menor de edad bajo su responsabilidad, ni constituirse en cesionario de créditos, derechos o acciones contra su hijo, ni hacer partición privada con su hijo de la herencia del progenitor fallecido, ni de la herencia en que sean con él coherederos o colegatarios; ni obligar a su hijo como fiadores de ellos o de terceros. La prohibición importa una incapacidad de derecho (art. 22 CCyC) o falta de legitimación. Los actos no podrán ser realizados ni con interpósita persona, ni con autorización judicial. El acto ejecutado en contrario a la norma será nulo de nulidad relativa.

Contrato permitido

Es válida la donación que realicen los padres a favor de los hijos. Si la donación es a una persona incapaz, la aceptación debe ser hecha por su representante legal; si la donación del tercero o representante es con cargo, se requiere autorización judicial. Los hijos menores de edad pueden recibir donaciones de sus progenitores, aceptando en representación cualquiera de ellos. El CCyC no exige la designación de un tutor *ad hoc*.

La privación de la responsabilidad parental

Configura una sanción para el progenitor que incurre en alguna de las causales que enuncia el art. 700 CCyC.

Cuando el compareciente sea el tutor especial designado de conformidad con la última parte de este artículo, la documentación habilitante será el testimonio judicial de la resolución que lo ha designado tutor y del acta judicial de discernimiento del cargo.

TEMA 7 – MATRIMONIO

Coordinadora: Adriana N. Abella

Disertantes: Néstor Daniel Lamber. Marta Rosa Piazza.

RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL

El código admite que los cónyuges puedan optar entre dos regímenes patrimoniales: el de comunidad de ganancias y el de separación. Si al contraer matrimonio, los cónyuges no se pronuncian sobre la opción de un régimen patrimonial, quedan sometidos al régimen de comunidad, y luego de un año pueden pasar al de separación.

Las convenciones

Pueden otorgarse *antes de la celebración del matrimonio* -“prematrimoniales”- (art. 446), y *después de la celebración del matrimonio* -“matrimoniales”- (art. 449).

Las convenciones “prematrimoniales”

Son actos sometidos a la condición suspensiva de que el matrimonio se celebre válidamente y no sea anulado; su objeto está definido taxativamente en el art. 446.

Forma. Deben celebrarse en escritura pública y pueden modificarse -antes del matrimonio- con la misma formalidad.

Capacidad de los otorgantes. Pueden ser otorgadas por menores de edad pero su objeto queda reducido a los supuestos previstos en el art. 446 incs. a) y b) cuando necesitan autorización judicial para contraer matrimonio. En una interpretación sistemática de los arts. 450 y 404, el menor de edad autorizado judicialmente para casarse no puede hacer donaciones en la convención matrimonial ni ejercer la opción prevista en el art. 446, inc. d). La convención celebrada en violación a esta prohibición, es nula de nulidad relativa, pudiendo ser confirmada una vez que el menor haya cumplido la edad de 18 años. Las personas con capacidades restringidas podrán formalizar convenciones anteriores al matrimonio en la extensión prevista en la sentencia que así los declare.

Inscripción. En la convención anterior al matrimonio no se encuentra el notario obligado a efectuar los trámites inscriptorios, por imposibilidad material y jurídica. Los trámites de inscripción deberán ser cumplidos por los contrayentes en un todo de acuerdo a lo previsto en el art. 420.

Convenciones “matrimoniales” de cambio de régimen patrimonial

La forma impuesta exigida para la celebración de las convenciones matrimoniales es la escritura pública.

Inscripción. El notario que autorice una convención “matrimonial” *tiene la obligación de inscribirla en el Registro Civil y Capacidad de las Personas* conforme el art. 449. Se registra mediante nota al margen, en el acta del matrimonio. La inscripción de las convenciones matrimoniales referida a los arts. 448 y 449 es meramente declarativa.

Capacidad. Las personas capaces pueden celebrar convenciones matrimoniales. Las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse no pueden otorgarlas; y las personas con capacidad restringida sólo podrán en la medida que así lo autorice la sentencia que los declara tales.

Oportunidad. Las convenciones “matrimoniales” sólo pueden ser celebradas cumplido un año de la vigencia del régimen que se intenta mutar. Los cónyuges que hayan contraído matrimonio antes de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial pueden celebrarlas si cumplieron un año en el régimen de comunidad previsto en el Código derogado. Durante el matrimonio podrán celebrarse convenciones de cambio de régimen tantas veces como resuelvan los cónyuges, de común acuerdo, siempre que haya transcurrido un año de vigencia del régimen que pretenden mudar.

MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO

Opción de aplicación de la ley argentina, y del régimen patrimonial de separación de bienes del matrimonio

En los casos de matrimonios celebrados en el extranjero los cónyuges que opten por sujetarse al régimen legal argentino, también podrán otorgar estas convenciones, aun cuando la ley foránea no lo contemple (art. 2625, última parte).

Efectos

La mutación del régimen de comunidad de ganancias al de separación de bienes genera la extinción de la comunidad. Aconsejamos liquidar y partir los bienes en forma simultánea, o pactar el régimen de administración y disposición de los bienes, en estado de indivisión postcomunitaria.

RÉGIMEN DE SEPARACIÓN

El régimen de separación de bienes está fundado en el reconocimiento de dos órbitas absolutamente independientes cuya administración y disposición corresponden a cada titular. Las ganancias obtenidas durante el matrimonio y los bienes adquiridos por los cónyuges a título oneroso no se comparten y sólo favorecen a quien generó los recursos, o al adquirente de los bienes.

RÉGIMEN DE COMUNIDAD BIENES PROPIOS Y GANANCIALES

La clasificación de los bienes propios y gananciales prevista en los arts. 464 y 465 es de orden público. El código recoge la postura monista en la calificación de los bienes del matrimonio, aceptando que la adquisición de toda nueva parte indivisa (aun completando el total) mantiene el carácter de la primera parte indivisa adquirida. Se presume la ganancialidad salvo prueba en contrario. En caso de inversión o reinversión de bienes propios o gananciales (art. 466), el bien adquirido tendrá el carácter del aporte mayor. Para que sea oponible a terceros el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad, es necesario: a) que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, por inversión o reinversión de bienes propios; b) determinar su origen; c) la conformidad del otro cónyuge, la que podrá suplirse por resolución judicial. Los cónyuges no pueden por su sola manifestación modificar el carácter del bien. Si en la escritura de adquisición ocurrida antes del 1/8/15, se hubiese dejado constancia de la determinación del origen del bien invertido o reinvertido en forma circunstanciada, no será necesaria la conformidad del cónyuge del titular (art. 7° CCyC).

ASENTIMIENTO CONYUGAL

El asentimiento conyugal previsto en el CCyC tiene como finalidad la protección de la vivienda familiar (art. 456), y el derecho en expectativa que tienen los cónyuges a dividir los gananciales por mitades (art. 470). El asentimiento otorgado anticipadamente debe referirse al acto jurídico y a sus elementos esenciales. La prohibición de dar poder a favor del otro cónyuge para otorgar el asentimiento, sólo es aplicable a los actos de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y sus muebles indispensables. No se requiere la invocación expresa de la norma. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones. Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos. Se debe distinguir si el cónyuge *da el asentimiento* ya que debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos (art. 457), de cuando otorga poder para dar el asenti-

Informaciones

miento conyugal, caso en que deben identificarse los bienes a que se refiere (art. 375, inc. b).

CONTRATACIÓN ENTRE CÓNYUGES

No pueden contratar entre sí en interés propio los cónyuges bajo el régimen de comunidad (art. 1002, inc. d), excepto los contratos expresamente admitidos. Bajo el régimen de comunidad o de separación, los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo, incluso las reguladas en la Sección IV, Capítulo I de la LGS.

DIVORCIO. CONVENIO REGULADOR

El convenio regulador podrá contener las cuestiones que los excónyuges puedan acordar para su proyecto de vida postdivorcio, pudiendo o no contener las relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de bienes y establecer la forma de liquidar y partirlas; las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges y el ejercicio de la responsabilidad parental, en especial la prestación alimentaria. El inventario y división de los bienes se hacen en la forma prescrita para la partición de las herencias.

INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA

En caso de crearse la indivisión por las causales de nulidad de matrimonio con relación al o a los de buena fe; divorcio; o los casos en que subsiste el vínculo matrimonial -sentencia de separación de bienes, u opción por el régimen de separación por escritura pública-, se rige por las normas especiales de los arts. 482 y sgts. CCyC, que establecen un doble régimen ya que distinguen los efectos frente a terceros de los efectos entre los excónyuges o cónyuges entre sí. La disposición de bienes de titularidad de uno será celebrada por él, con el asentimiento del otro. En este supuesto no se concluye la indivisión y los bienes recibidos en cambio en caso de disposición onerosa continúan integrando la indivisión hasta que las partes resuelvan su partición.

LIQUIDACIÓN Y PARTICIÓN

Las partes capaces, de acuerdo y sin terceros que se opongan, pueden partir en forma privada, sea total o parcialmente; y no es necesario respetar la igualdad de las hijuelas. La adjudicación de inmuebles por partición privada consideramos que debe otorgarse por escritura pública por aplicación del art. 1017, inc. a), CCyC, sin necesidad de que los bienes estén denunciados en el convenio regulador.

UNIONES CONVIVENCIALES

La normativa del Título III del Libro II CCyC se aplica a toda unión convivencial con más de dos años de cohabitación previa a la entrada en vigencia del código. La unión convivencial genera un vínculo legal de derechos y obligaciones entre los convivientes y los integrantes de la familia, aun ensamblada. Se diferencia del matrimonio porque carecen de vocación hereditaria entre sí y parentesco por afinidad con los parientes del otro; el derecho real de habitación al supérstite es temporal; el derecho personal de uso de la vivienda familiar es temporal; y por inexistencia del derecho a solicitar alimentos posteriores al cese de la unión.

Prueba: la unión convivencial puede probarse por cualquier medio de prueba. Puede ser inscripta o no inscripta.

Registro. La inscripción en el registro especial no constituye el estado o situación jurídica de unión convivencial, a diferencia del matrimonio para el vínculo conyugal.

Reconocimiento de los efectos jurídicos: requiere el cumplimiento de los recaudos del art. 510 CCyC.

Los registros de bienes. La constancia documental de la unión convivencial del o los otorgantes, debe ser inscripta en el registro de bienes, por ser relevante para la protección de la vivienda familiar, la calificación del asentimiento, y la ejecución de deudas por terceros acreedores.

Asentimiento del conviviente. Se exige el asentimiento en caso de uniones convivenciales inscriptas, en protección de la vivienda familiar, para disponer de los derechos y los muebles indispensables de ésta. Ante la publicidad registral, o cartular emergente del título, de la existencia de la unión convivencial, se debe calificar la procedencia del asentimiento. La exigencia de asentimiento convivencial para disponer de la vivienda cesa en caso de cese de la convivencia, que se podrá acreditar, como su reconocimiento, por cualquier medio de prueba. En caso de disposición del bien registrable se puede dejar constancia de la improcedencia del asentimiento por no mantener, el disponente, unión convivencial, o no ser sede de su vivienda familiar. Esa declaración sólo será necesaria en caso de surgir del antecedente dominial o registral el estado de unión convivencial.

Contratación. Los convivientes tienen plena libertad de contratar entre sí. No hay norma que impida otorgar un poder para asentir de un conviviente al otro, como expresamente se lo prohíbe en el caso del asentimiento conyugal.

Pactos convivenciales: los convivientes pueden celebrar pactos convivenciales con la mayor autonomía de voluntad. En materia de bienes tienen la más amplia libertad de contenido y modalidades, diferenciándose

Informaciones

de las convenciones matrimoniales que se limitan en cuanto al régimen de bienes a una opción entre dos regímenes legales tasados. Si nada se acuerda sobre el régimen de bienes, el supletorio no varía de la situación del código derogado. Se pueden celebrar pactos convivenciales aun antes de los dos años de cohabitación, condicionados a la subsistencia de ella a ese término. No habiendo prohibición al respecto y atento la autonomía de voluntad imperante en la materia, cabe la aplicación analógica del supuesto de las convenciones anteriores al matrimonio. Los pactos convivenciales requieren obligatoriamente su inscripción en los registros de los bienes registrables que son objeto de ellos. La inscripción prevista en el art. 517 CCyC es declarativa, a los efectos de su oponibilidad a terceros. Los pactos convivenciales que tengan por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, deben ser celebrados por escritura pública (art. 1017, inc. a), CCyC, que sólo exime esta forma para el caso de ejecución judicial o administrativa). La falta de la forma impuesta hará el título observable.

TEMA 8 – OBLIGACIONES

Coordinadora: Adriana N. Abella

Disertantes: Nicolás Agustín Soligo Schuler. Rubén Augusto Lamber.

OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA

La ubicación de los arts. 765 y 766 en el Título Tercero “Derechos Personales”, Título I “Obligaciones en general”, Capítulo 3 “Clases de Obligaciones”, Parágrafo 6^a “Obligaciones de dar dinero” CCyC, determinan el tratamiento de las obligaciones de dar moneda que no sea de curso legal entre las dinerarias. El texto del art. 765 identifica “dinero” con “moneda”, sea esta de curso legal o no en la República. La utilización como sinónimos de ambos vocablos es inequívoca en varias normas del CCyC. No existe restricción para contratar en moneda extranjera, conforme surge de los arts. 765 y 772. La moneda extranjera es dinero, aunque no sea de curso legal en el país, y ello explica que el precio de una compraventa pueda fijarse en moneda extranjera, en cumplimiento con la exigencia de contraprestación dineraria en este contrato (art. 1123 CCyC). Como la moneda extranjera es dinero, en los derechos reales de garantía, el monto del gravamen puede expresarse en moneda extranjera (art. 2189 CCyC que establece: “el monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero”). Lo pactado entre las partes es de cumplimiento obligatorio.

El contrato que prevé el cumplimiento de la obligación de dar sumas de dinero en moneda extranjera es válido y exigible y no puede verse ninguna lesión a un principio de orden público.

LA FORMA LIBERATORIA QUE SURGE DEL ART. 765 SEGUNDO PÁRRAFO CCYC

No comporta una disposición de orden público. Del texto surge que el deudor “puede” desobligarse dando el equivalente en moneda de curso legal y no que “debe” hacerlo. Es una norma supletoria, porque en principio todas las normas del CCyC que regulan las obligaciones y los contratos son supletorias y no imperativas. En consecuencia el deudor puede renunciar de manera expresa o implícita, a través del acuerdo que imponga el pago en una determinada moneda sin curso legal (art. 944 CCyC). Recomendamos que se incluyan en el contrato como obligación facultativa, 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 moneda extranjera adeudada en una plaza exterior donde la adquisición no esté restringida.

Informaciones

BIENES Y COSAS

La individualización y la determinación de los bienes es un recaudo indispensable en los actos jurídicos causales de adquisición, modificación y extinción de derechos reales o personales instrumentados en la escritura pública. El art. 305, inc. c), CCyC, expresa que la escritura pública debe contener la individualización de los bienes que constituyen objeto del acto jurídico.

Vivienda

El régimen de vivienda en el CCyC (arts. 244 al 256) reemplaza al de "bien de familia" y tiene por fin proteger la vivienda de la persona humana, tenga o no familia.

Legitimados para afectar

Son: 1) el titular de dominio; 2) los condóminos, en forma conjunta sin necesidad de ser parientes entre sí; 3) el juez en los supuestos legales. No es necesario el asentimiento conyugal (art. 456) para la afectación sea el inmueble propio o ganancial.

Beneficiarios

El código incorpora al conviviente como uno de los posibles beneficiarios.

La habitación efectiva

Se exige que al menos uno de los beneficiarios habite en el inmueble, tanto para la afectación, como para que los efectos subsistan.

Inscripción

La afectación a vivienda debe inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble, con la prioridad temporal que rige la Ley Nacional 17.801 del Registro de la Propiedad Inmueble. La inscripción tiene efectos declarativos.

Subrogación

El régimen de protección de la vivienda permite la subrogación a la nueva vivienda adquirida. Interpretamos que se extiende al caso de otro inmueble de titularidad del constituyente beneficiario. Por la subrogación gozará del beneficio con efecto retroactivo. Debe dejarse constancia expresa de la reserva de sustituir/subrogar el beneficio de la afectación en la oportunidad de la desafectación. La subrogación también opera sobre los importes recibidos *en concepto de indemnización o precio*.

Inmueble rural

Procede 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.

Efectos

A partir de la afectación, el inmueble sólo podrá ser enajenado o gravado cumpliendo con las prescripciones legales. 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. El inmueble afectado puede ser objeto de un legado o mejora testamentaria, cuando la disposición testamentaria favorezca a los beneficiarios. La quiebra del titular no puede beneficiar a los acreedores que carecían de la facultad de ejecutar el inmueble, en tanto que éstos, al momento de contratar con el deudor conocían que el bien se encontraba fuera del comercio.

Desafectación

Puede formalizarse la desafectación y la enajenación del inmueble en forma simultánea. El art. 255 distingue los casos de desafectación y cancelación de la inscripción del régimen.

La protección de la vivienda no excluye la concedida por otras disposiciones legales especiales que protegen la vivienda familiar y los derechos sobre ella.

TEMA 9 – DONACIÓN. PARTICIÓN

Coordinadores: Marcelo Eduardo Urbaneja y

Elba María de los Ángeles Frontini

Disertantes: Gastón R. di Castelnuovo. Mariano Costanzo.

DONACIÓN

La regulación del contrato de donación en el CCyC incorpora novedades de significación junto con reglas que perduran de la legislación anterior.

Se destacan los aspectos más gravitantes para el ejercicio de la función notarial.

OFERTA Y ACEPTACIÓN EN INSTRUMENTOS SEPARADOS

a) El art. 976 indica que la oferta debe aceptarse mientras tanto el ofertante como el aceptante estén vivos y sean capaces; el art. 1545 expresa que la aceptación de la donación debe producirse en vida de ambos, sin referencia a la capacidad. Consideramos que el art. 1545, al señalar solamente uno de los recaudos generales, está descartando el otro, por lo que cabe concluir que no interesa si el ofertante es capaz al momento de la aceptación.

b) Ante el texto del art. 971 CCyC, que adopta la llamada “teoría de la recepción”, el contrato existe cuando el ofertante recibe la aceptación de su oferta. Sin embargo, no cabe exigir, para tener por existente a la donación como título al dominio, que inexorablemente el ofertante deba ser notificado de la aceptación o deba estar presente al otorgarse la misma.

Frente al texto del art. 983 CCyC, que señala que “la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra cuando ésta (...) debió conocerla, (...) de (...) modo útil”, las previsiones del art. 1893 CCyC y de la ley nacional registral inmobiliaria resultan contundentes para concluir que la registración del acto lo hace oponible al ofertante.

Interpretar lo contrario importaría afirmar la “inoponibilidad de lo inscripto”, lo cual resulta inadmisibles en el ordenamiento vigente, además de carente de lógica y congruencia.

c) En cuanto a las ofertas otorgadas durante la vigencia del régimen anterior, es controvertible la posibilidad de aceptarlas luego del 1/08/2015 si el ofertante ha fallecido. La postura que admite la posibilidad se asienta en diversos fundamentos; entre ellos, la necesidad de respetar las previsiones tenidas en mira por el otorgante al momento de declarar su voluntad. La tesis que rechaza

esta idea sostiene que la aplicación de la nueva legislación a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas deriva en la imposibilidad de producir una aceptación con reglas derogadas.

La carencia de disposiciones legales claras y específicas acerca de la aplicación de la ley en relación al tiempo, más los pronunciamientos contradictorios de la escasa doctrina existente, obligan al notario a operar y asesorar con cautela.

Ante tal controversia, debe propenderse a que la generalidad de los operadores del derecho sostenga la lectura afirmativa, definitivamente más acorde a la justicia y la seguridad, en consonancia con los “principios y valores jurídicos” declamados en el art. 2° CCyC.

TÍTULOS PROVENIENTES DE DONACIONES

a) Los arts. 1565, 2386 y 2454 a 2459 diagraman un novedoso régimen de la acción de reducción. Cabe señalar, en primer lugar, que los efectos rei-persecutorios hoy resultan incontrovertibles, pero exige que concurren ciertos requisitos.

Del juego de los arts. 2454 y 2458 se desprende que el legitimario que viere afectada su porción legítima puede ejercer la acción de reducción contra quien fuere titular dominial del inmueble, trátase del donatario o de un sucesivo adquirente.

Dicho titular dominial puede impedir la resolución abonando al legitimario “la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima” (arts. 2454 y 2458 CCyC). Esta pauta implica que la decisión de entregar dinero o inmueble corresponde al dueño de este último.

No obstante, transcurridos 10 años desde la adquisición de la posesión, la acción de reducción no es procedente (art. 2459 CCyC). Este plazo puede ser invocado por un sucesivo adquirente, dado que se computa independientemente de haber operado transmisiones, en atención a la “accesión de posesiones”. Más allá de la controvertible naturaleza del instituto que provoca la improcedencia de la acción, el transcurso del lapso indicado produce, de pleno derecho, la “bonificación” del título.

El momento de inicio del cómputo del plazo es literalmente descripto como el de “la adquisición de la posesión”. A raíz de la mención del donatario, no pueden caber dudas que la posesión aludida es la adquirida en función del contrato (donación), máxime ante la inexistencia de cualquier preliminar de donación (arts. 969, 1018 y 1552 CCyC).

No cabe atribuir desmedido alcance a la referencia a “la adquisición de la posesión”, recabando pruebas fehacientes de ese acto. Del sólido juego armónico que proporcionan los arts. 1903, 1914 y 1930 CCyC, surge que el po-

Informaciones

seedor actual se presume poseedor desde la fecha del título, si no se probare lo contrario.

Si esa donación lo fuera de la nuda propiedad no se alteraría la conclusión, puesto que indudablemente el nudo propietario es también poseedor. Por lo tanto, transcurridos 10 años desde esa escritura tampoco resultará procedente la acción de reducción.

También cabe concluir que el título se hallará bonificado de transcurrir 5 años desde la muerte del donante sin haberse interpuesto la acción de reducción. Dado que la misma es prescriptible desde la muerte del donante, y carecerse de plazo específico, debe aplicársele el plazo genérico que dimana del art. 2560.

La ampliación de la porción hereditaria disponible cuando existen descendientes (art. 2445 CCyC), la limitación del efecto reivindicatorio de la resolución legal del art. 2454 en cuanto al valor afectado y los supuestos legales que la impiden (arts. 2454, 2458, 2380, 2381 CCyC), y la limitación temporal del plazo de la acción de reducción con efectos reivindicatorios (art. 2459 CCyC), obligan a analizar en cada caso la observabilidad o no del título sin incurrir en conductas de mala fe o abuso de derecho.

Más allá de estas morigeraciones, el nuevo régimen resulta profundamente disvalioso al desalentar las donaciones, tradición genuina y arraigada en el ámbito nacional.

En consonancia con la negativa valoración de este marco normativo, se propone su sustitución por un ordenamiento que suprima el efecto reipersecutorio de la acción de reducción.

b) El art. 2386 CCyC califica como inoficiosa a toda donación efectuada a los legitimarios cuando excediera la porción disponible más la porción legítima del donatario. Estas donaciones están sujetas a la reducción "por el valor del exceso".

En una interpretación, en tanto el artículo en cuestión no establece diferencias, como tampoco lo hacen los que aluden al efecto reipersecutorio de la acción, debe concluirse que el alcance de la acción es idéntico para los donatarios legitimarios como para los que no lo sean.

Con estos parámetros, corresponde la crítica al ordenamiento del CCyC por los motivos señalados en el apartado anterior.

Otra interpretación del art. 2386 CCyC postula la perfección de los títulos derivados de donaciones a legitimarios con el régimen imperante.

Ante lo considerado se propugna una modificación legislativa que suprima el efecto reipersecutorio de la acción de reducción, contribuyendo al tráfico jurídico.

c) Consideramos que la transmisión dominial causada en la donación, otorgada antes de la vigencia del CCyC, constituye un derecho de propiedad (arts. 1892 y 965 CCyC) que, como tal, se encuentra amparado por la Constitución Nacional (arts. 14 y 17). Por lo tanto, esa situación jurídica desplegó efectos desde su nacimiento, y, en función del art. 7° CCyC, en armonía con las citadas normas constitucionales, las modificaciones legislativas posteriores no pueden alterarlos. De esta manera se respeta la integridad del plexo normativo en vigor, con los mentados “principios y valores jurídicos” (art. 2° CCyC).

PARTICIÓN

Las normas de la partición de la comunidad hereditaria siguen rigiendo, de manera supletoria, a la partición del condominio (art. 1996 CCyC) y de los bienes del matrimonio (arts. 481, 500 y 508 CCyC).

En cuanto a los bienes comprendidos, la partición puede ser total o parcial (arts. 2367 y 2369 CCyC).

En cuanto a la manera de realizar los bienes, puede ser en especie o mediante la venta (art. 2374 CCyC). Si los comuneros están de acuerdo pueden optar por cualquiera de ambas alternativas.

En cuanto a los derechos atribuidos, puede ser provisional o definitiva (art. 2370 CCyC). Si se atribuyen derechos personales de uso y goce, es la primera alternativa; si se atribuyen derechos reales, es la segunda. En este último caso, puede adjudicarse el dominio pleno o bien por un lado la nuda propiedad y por otro el usufructo, uso o habitación.

En cuanto a su forma, puede ser judicial o privada. Cuando hay presencia, capacidad y acuerdo de todos los comuneros y no hay oposición de terceros con interés legítimo, podrá “hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente” (art. 2369 CCyC); en caso contrario, “debe ser judicial” (art. 2371 CCyC).

Se ha suprimido la exigencia de escritura pública como principio general, que emanaba del inc. 2 del art. 1184 del Código Civil, en la versión del decreto-ley 17.711/1968. Igual suerte corrió la excepción a esa forma, que surgía de la misma norma, admitiendo la partición de herencia celebrada en instrumento privado, presentada al juez de la sucesión.

En consecuencia, consideramos que el principio general de libertad formal admitida por el art. 2369 CCyC, cede ante normativa específica, como en materia de derechos reales inmobiliarios es el art. 1017, inc. a), CCyC. Por lo tanto, siempre que de la partición de comunidad hereditaria resulte la adjudicación de derechos reales sobre inmuebles y el acto no se haga en sede judicial, la forma deberá ser la escritura pública.

Informaciones

El efecto declarativo y no traslativo, que implica la retroactividad de la adquisición por partición (art. 2403 CCyC), debe armonizarse con los novedosos efectos de la hipoteca sobre parte indivisa, que subsiste pese a dicha partición (art. 2207 CCyC).

La reincorporación de la licitación (art. 2372 CCyC) no empece la necesidad de otorgamiento del acto de adjudicación, pues se trata de un procedimiento para determinar quién será el adjudicatario.

TEMA 10 – SUCESIONES INTESTADAS

Coordinadores: Marcelo Eduardo Urbaneja y
Elba María de los Ángeles Frontini
Disertantes: Karen Maína Weiss. Javier Hernan Moreyra.

REFORMAS RELATIVAS AL DERECHO SUCESORIO

Los aspectos relevantes de las modificaciones del Código Civil y Comercial de la Nación, que interesan desde un punto de vista notarial serán seguidamente analizados:

Apertura

Se mantiene el principio de que la apertura de la sucesión con sus efectos de ley aplicable (art. 2644) y juez competente (arts. 2336 y 2643) se determinan teniendo en cuenta la fecha de fallecimiento del causante.

Clasificación de sucesores

El art. 2278 establece que los sucesores se clasifican en herederos (*se transmite todo o parte indivisa de la herencia*) y legatarios (*recibe bien en particular o conjunto de ellos*). El heredero, en virtud de los arts. 2486 y 2488 a su vez puede ser heredero universal y de cuota, éste último con claras semejanzas al legatario de cuota del régimen anterior.

En cuanto a quiénes suceden al causante, se mantiene el principio de que lo hacen aquellas personas humanas que existen al momento de su fallecimiento, incluso las concebidas que nazcan con vida, las personas jurídicas que existan al momento del fallecimiento, y las fundaciones creadas por el testamento del causante, incorporando que también suceden las personas nacidas por medio de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) con los requisitos del art. 561.

Aceptación de herencia

Se reduce el tiempo para la aceptación de la herencia a 10 años, considerando renunciante al que no la aceptara en ese término (art. 2288). La intimación prevista en el art. 2289, para aceptar la herencia, se refiere al tercero interesado en la apertura del proceso para cobrar un crédito o exigir el pago de un legado, rigiendo para las intimaciones entre coherederos lo dispuesto en el art. 2340. La intimación puede ser realizada por acta notarial.

Informaciones

En los actos que no implican aceptación de herencia, se destacan los actos conservatorios que pueden otorgarse ante notario en los incs. d), e) y f) del art. 2296.

Respecto de los actos de administración del *heredero aparente*, los mismos son válidos hasta la notificación de la acción de petición de herencia, salvo mala fe suya y del contratante. Con relación a los actos de disposición, ya no es requerida como condición de validez la obtención de la declaratoria de herederos o aprobación del testamento y que el objeto del acto se limite a inmuebles, considerando que el tercero es de mala fe cuando conoce no sólo la existencia de herederos de mejor derecho que el heredero aparente, sino también herederos de igual derecho.

Pactos sobre herencia futura

El art. 1010 si bien consagra la prohibición de ellos deja a salvo la posibilidad de convenios entre los futuros herederos, con o sin intervención del causante y su cónyuge, destinados a mantener la continuidad de la explotación productiva previniendo los conflictos que la afecten; estos pactos no pueden afectar ni las legítimas de los herederos ni los derechos del cónyuge supérstite.

Colación

Los únicos obligados a colacionar son los descendientes y el cónyuge supérstite, pero manteniendo como legitimados activos a todos los que fuesen herederos presuntivos a la fecha de la donación. La dispensa de colación puede efectuarse en la donación. El valor de los bienes se determina a la época del acto particionario teniendo en cuenta el estado del bien a la fecha de la donación.

Órdenes hereditarios

Se mantiene en líneas generales el sistema anteriormente vigente. Debe considerarse que en caso de sucesión de cónyuges que han optado por el régimen patrimonial de separación de bienes (arts. 505 y sgts.), la sucesión del cónyuge supérstite se rige por lo establecido en el art. 2433, primer párrafo, ya que se trata de bienes personales del causante.

Legítima

a) Se ha procedido a una modificación de la cuantía de las legítimas hereditarias, reduciéndose la que corresponde a los descendientes y ascendientes y el modo de cálculo; b) se introduce el concepto de "*donación computable*" a los fines de determinar cuáles de los herederos son legitimados activos para

demandar la reducción de donaciones; c) se regulan diversas acciones de protección de la legítima.

Se confiere la posibilidad de mejorar a herederos descendientes y ascendientes con discapacidad mediante la denominada “*mejora estricta*”, la que puede realizarse por cualquier medio, ya sea por testamento, donación o constitución de fideicomiso.

Testamentos

Pueden contener disposiciones patrimoniales o extrapatrimoniales.

Si el testador incapaz está en un intervalo lúcido al momento de testar, el acto es válido conforme el art. 2467, inc. d).

Si el testador, además de la calidad señalada en el art. 2467, inc. e) (*limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral y, además, no saber leer ni escribir*), padece discapacidad auditiva (art. 304), el testamento deberá realizarse conforme ambas normas. Sin embargo, no hay obstáculo para considerar que los testigos requeridos por el art. 304 no puedan ser los testigos del testamento por acto público.

Los datos personales que cabe consignar de los testigos del testamento por acto público (nombre y apellido y el domicilio) pueden ser distintos del lugar donde se otorga el acto (art. 2479). Por no tratarse de otorgantes, no corresponde adicionar el resto de los recaudos señalados en el art. 305, inc. b). No se requiere que los testigos sean conocidos por el notario.

El autorizante del testamento no puede en la actualidad ser albacea, por carecerse de norma que exceptúe la regla general del art. 291.

El legado de cosa cierta que no pertenece al testador al momento de testar, será válido si el otorgante es titular al momento de fallecer (art. 2507).

Para que un testamento no revoque otro anterior, hace falta la confirmación expresa en el segundo o manifestaciones del testador que aludan a la voluntad de mantener el precedente, en este caso a criterio del juez, debiendo el notario asesorar al testador en tal sentido (art. 2513).

El matrimonio posterior no revoca el testamento anterior, si en éste se instituyó heredero a quien luego sería el cónyuge o se manifestó que el matrimonio posterior no lo revocaría (art. 2514).

El boleto de compraventa produce la revocación del legado (art. 2516).

Proceso sucesorio

Son normas que regulan un verdadero proceso, consagran un procedimiento exclusivamente judicial, determinan la competencia, prevén situaciones por medio de las normas de derecho internacional privado y alteran el régimen vigente en caso de heredero único (art. 2336). Su constitucionalidad deberá ser ana-

Informaciones

lizada frente a la delegación que las provincias han efectuado al estado nacional para dictar los códigos de fondo, mientras se han reservado a su competencia, los temas restantes. Reemplaza el instituto de la posesión hereditaria por el de la "investidura hereditaria" manteniendo la investidura de pleno derecho de la calidad de herederos de descendientes, ascendientes y cónyuge, con la única limitación de la necesidad de declaratoria para la transferencia de los bienes registrables (art. 2337), lo que implica la posibilidad de disponer de los bienes no registrables sin necesidad de intervención de los tribunales.

El inventario únicamente resulta obligatorio cuando no hay acuerdo entre los interesados para efectuar la denuncia de bienes, cuando ha sido pedido por acreedores o cuando lo impone otra disposición legal (arts. 2341 y 2342). Como el art. 2371, exige la partición judicial a falta de acuerdo entre los copartícipes, en los casos en que éstos sean incapaces, con capacidad restringida o ausentes, o cuando se opongan a la partición privada terceros con interés legítimo.

Administración de la herencia

Las funciones del administrador se reducen a los actos conservatorios, a la continuación del giro normal de los negocios del causante y a la enajenación de los muebles perecederos, de rápida depreciación o de conservación onerosa (art. 2353); los actos de disposición están excluidos, excepto que medie autorización judicial o de los copartícipes por acuerdo unánime por escritura pública. Es de analizar la facultad que establece el art. 2346 de designación de administrador por mayoría de los llamados "copropietarios", para el cual no se prevé una forma específica sugiriendo que tal designación sea realizada por escritura pública, por las ventajas que esta forma presenta.

CESIÓN DE HERENCIA

Es un contrato bilateral y consensual, de allí que las partes pueden pactar en contrario lo que libremente dispongan.

Este contrato no implica en ningún caso la transmisión de la calidad de heredero; el cesionario queda colocado en la posición que tenía el cedente en la sucesión, pues la cesión de herencia importa el traspaso de los derechos y obligaciones patrimoniales derivados del carácter de heredero.

La cesión de derechos hereditarios puede efectuarse desde el fallecimiento real o presunto del causante (apertura de la sucesión, art. 2277 CCyC) hasta la partición de la herencia (art. 2363 CCyC).

Forma: deben otorgarse por escritura pública (art. 1618, inc. a) siendo un contrato formal, el contrato de cesión de herencia debe encuadrarse como

un acto de solemnidad relativa. Consecuentemente las cesiones de derechos hereditarios que se efectúen por instrumento privado, o por vía de acta judicial, serán válidas como contratos en los cuales las partes se obligan a efectuar la pertinente escritura pública, excepto las cesiones gratuitas sobre bien determinado a las que deberán aplicarse las normas de las donaciones.

Certificados e informes: no existe obligación legal que implique el pedido de certificados de dominio o de inhibiciones, ya sea en las cesiones sobre bienes determinados o las cesiones de derechos hereditarios en general. Pero resulta conveniente que el notariado solicite *informes de inhibiciones de los cedentes y de cesiones por el causante*, debido a que ello puede evitar que se realicen sucesivas cesiones respecto del patrimonio hereditario de aquél. También es aconsejable que, de realizar una cesión de derechos sobre bien determinado, se solicite informe de dominio del bien objeto del contrato.

Publicidad: la incorporación del testimonio de la cesión de derechos en el expediente sucesorio, brinda la verdadera publicidad a los terceros (art. 2302 CCyC) siendo fundamental el debido asesoramiento notarial respecto a su incorporación a la brevedad con patrocinio letrado para obtener los beneficios del principio “primero en el tiempo, mejor en el derecho”. La inscripción en los registros de anotaciones personales no tiene ningún efecto jurídico.

Cesión de gananciales

El art. 2308 CCyC establece la posibilidad de instrumentar la cesión de gananciales al reglar que las disposiciones sobre cesión de derechos hereditarios se aplican a la cesión de los derechos que corresponden a un cónyuge en la indivisión postcomunitaria producida por la muerte del otro cónyuge. De esta manera se produce el reconocimiento de la cesión de gananciales, aceptada y desarrollada por la doctrina notarial; ella debe ser requerida de manera expresa y así constar en el texto de la escritura.

Cesión sobre bien determinado

El art. 2309 presenta una redacción contradictoria: en su primera parte regula que este tipo de cesiones serán regidas por las normas del contrato que corresponda (compraventa o donación); pero la última parte del mismo reconoce la existencia de este tipo de contratación en el tráfico jurídico, sujetando la eficacia del mismo, a la atribución de ese bien determinado al cedente en el acto de la partición.

TEMA 11 - CONTRATOS

Coordinadores: Marcelo Eduardo Urbaneja y
Elba María de los Ángeles Frontini
Disertantes: Haydée Sabina Podrez Yaniz.
Sebastián Justo Cosola. Patricia Elena Trautman.

EVICCIÓN. SANEAMIENTO. VICIOS REDHIBITORIOS

El CCyC trata a los vicios redhibitorios y la evicción como dos aspectos de un capítulo más amplio, el de la obligación de saneamiento. Por esta razón, la regulación de los efectos de la evicción y de los vicios debe realizarse en forma individualizada, en atención a las particularidades que presenta cada figura. Dentro del sistema de responsabilidad debe destacarse que en relación a los daños y perjuicios, el nuevo código se ha inclinado por un factor claramente subjetivo; esta circunstancia amerita necesariamente un análisis de las figuras destinado a destacar las nuevas perspectivas que proyectan en el nuevo derecho privado nacional.

SEÑA

En el nuevo derecho la entrega de la seña es confirmatoria del acto, ya que siguiendo la premisa de los contratos comerciales, la misma se imputa al precio y no otorga en principio facultad de arrepentimiento, salvo pacto expreso en contrario. Hay aquí un cambio de paradigma; ya no es la facultad de arrepentimiento el núcleo de la figura, sino la confirmación del acto a partir de la entrega de la cosa. En definitiva, de lo que se trata en el nuevo código es de lograr mayor seguridad en las contrataciones actuales, hoy consideradas en un código único que no distingue entre las esferas del derecho civil y del comercial, y que parte de la idea de considerar una constitucionalización del derecho privado que necesariamente debe brindar seguridad, efectividad y protección.

INTERPRETACIÓN

La tarea de interpretación implica una adecuada observación de las manifestaciones negociales, de las cláusulas y estipulaciones en el contrato plasmadas para determinar su sentido y alcance. En el Código de Vélez no se había previsto ningún tipo de regla interpretativa. En el actual, la introducción de un capítulo completo en el nuevo Código Civil y Comercial dedicado a la interpretación de los contratos sirve para la mejor determinación del derecho justo,

posicionando al jurista frente a una doble consideración acerca de las reglas de interpretación: a) la intención común de las partes, y b) el principio de buena fe.

CESIÓN DE DERECHOS

Nueva metodología que regula la cesión de derechos en general y algunos subtipos, tales como la transmisión de créditos (arts. 1614 a 1631), de deudas (arts. 1632 a 1635), de la posición contractual (arts. 1636 a 1640), de créditos en garantía (art. 1615), de créditos prendarios (art. 1625) y de derechos hereditarios (arts. 2302 a 2309).

Objeto del contrato. Se sienta el principio general de que todos los derechos son cesibles, salvo prohibición legal, convencional o derivada de la naturaleza del derecho cedido (art. 1616).

Forma: el único requisito que exige la ley para que la cesión surta efectos entre partes es que la cesión se haga por escrito, resultando una solemnidad relativa. La forma escritura pública se establece para tres supuestos:

I) Cesión de derechos hereditarios. El acto es formal y no suple la exigencia legal el acta judicial ni el instrumento privado presentado en el juicio sucesorio.

II) Cesión de derechos litigiosos. La forma impuesta es la escritura pública, en tanto que el acta judicial se reserva para los supuestos en que no se encuentren involucrados derechos reales sobre inmuebles y siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del documento. La calificación de litigioso para un derecho surge de su discusión en sede judicial con proceso trabado al momento de llevarse a cabo la cesión. En cambio, el derecho reconocido por sentencia firme no es litigioso, a excepción de que se encuentre sujeto a verificación en el marco de una quiebra.

III) Cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública.

Efectos. Es importante la intervención notarial mediante acta notarial de notificación. Reconoce dos momentos de eficacia:

Eficacia entre partes: desde su celebración se produce la transmisión de la propiedad del crédito al cesionario, con sus accesorios y privilegios.

Eficacia frente a terceros. Son terceros: el cedido, los acreedores del cedente y cesionario y los sucesivos cesionarios. La cesión surte efecto respecto de terceros desde que se realiza la notificación al cedido y marca el inicio de la oponibilidad *erga omnes* del negocio. La notificación opera como una forma de publicidad y constituye un acto unilateral recepticio por medio del cual se comunica al cedido la existencia de la cesión. En cuanto a la forma se impone que debe ser por instrumento público o privado de fecha cierta.

Conflicto de varios cesionarios. En el supuesto el conflicto queda resuelto dando prioridad al cesionario que primero haya notificado la cesión al deudor cedido.

Informaciones

En caso de haberse indicado la hora de las notificaciones realizadas en el mismo día (art. 1626) se otorga prioridad horaria al cesionario del mismo día de hora anterior, resultando de este modo relevante la notificación mediante la facción del acta notarial respectiva.

Cesión de créditos en garantía (art. 1615)

Se incorpora la cesión de créditos en garantía, que no se hallaba regulada expresamente en el derecho argentino. El legislador lo asimila a un supuesto de prenda de créditos, superando antiguas controversias.

Cesión de deuda (arts. 1632 a 1635)

Figura triangular hoy expresamente legislada. Se distinguen la cesión de deuda, la asunción de deuda y la promesa de liberación. En los dos primeros casos, la liberación del deudor requiere que el acreedor lo admita expresamente.

Cesión de posición contractual (arts. 1636 a 1640)

También constituye una figura hoy expresamente legislada. Se la concibe como una sustitución o reemplazo de una de las partes contratantes quien asumiendo la calidad de cedente transfiere a favor de un tercero su situación jurídica colocándolo en su mismo lugar y prelación. La transmisión es ineficaz respecto del cedido en tanto este no preste su conformidad.

Cesión de derechos posesorios

Tratándose de derechos cuyo objeto resulta un inmueble que luego requerirá de la sede judicial para el respectivo proceso de usucapión y la importancia que reviste la publicidad cartular, la forma escritura pública resulta sumamente pertinente. La tradición al adquirente es indispensable para poder computar la posesión del cedente.

Extinción, modificación y adecuación del contrato

El Código Civil y Comercial intenta construir reglas suficientes sobre la materia a fin de armonizar la seguridad jurídica y la justicia en el marco de complejidad que generaba tanto una falta de regulación autónoma de la extinción del contrato en el Código de Vélez como su remisión a las reglas abarcativas de las causales de ineficacia de los actos jurídicos, teniendo en consideración los bruscos cambios económicos que repercuten especialmente en la materia contractual, incrementando la litigiosidad en orden a la revisión o extinción de los negocios contractuales.

El código unificado propone categorías de ineficacia e invalidez de los contratos que avanzan notablemente sobre el código velezano, y busca jerarquizar *la revisión del contrato* como lo explicita la regla de la conservación del negocio (art. 1066).

La nueva regulación trata en forma separada a la *rescisión bilateral* (art. 1076) fundada en el consentimiento de las partes contratantes y en la autonomía de las mismas (art. 958) que lleva implícita la posibilidad de deshacer el acuerdo arribado mediante el pertinente distracto operando en los contratos en vías de ejecución, con efectos no iniciados o pendientes, con ejecución diferida, de ejecución continuada o de tracto sucesivo.

También el contrato puede ser extinguido total o parcialmente por declaración de una de las partes, mediante la *rescisión unilateral, revocación o resolución*, en los casos en que haya sido prevista en el mismo contrato, o cuando la ley lo especifique (art. 1070).

La *rescisión unilateral*, es una causal extintiva de fuente convencional o legal, ejercida por una de las partes, no requiere expresión de causa y generalmente depende de un acontecimiento sobreviniente. Así: el desistimiento unilateral del contrato de obra (art. 1261); rescisión de los contratos bancarios (art. 1383); rescisión de la concesión por tiempo indeterminado (art. 1508); rescisión de la franquicia (art. 1522, inc. d). En el caso de los contratos de duración se exige la previa invitación a la otra parte a la renegociación (art. 1011, párrafo final).

La *revocación* se produce por imperio de la manifestación de la voluntad de aquella parte en cuyo favor el legislador la consagró. Los actos de revocación son variados: se predica respecto del mandato (arts. 1329, inc. c y 1331); de las donaciones (arts. 1569, 1570, 1571, 1572 y 1573) y del fideicomiso (art. 1967, inc. b). Y fuera del ámbito contractual, para los negocios jurídicos unilaterales, como el poder (art. 380, inc. c).

Finalmente la *resolución*, es ejercida por uno solo de los contratantes, quien invoca una cláusula contractual o legal. La resolución se reconoce en la condición resolutoria (art. 343); la responsabilidad por saneamiento (art. 1039, inc. c); la responsabilidad por evicción (art. 1049); los vicios ocultos (art. 1056); la señal penitencial (art. 1059); la cláusula resolutoria expresa (art. 1086) e implícita (art. 1087); la frustración de la finalidad (art. 1090); la imprevisión (art. 1091) y la extinción de pleno derecho de la renta vitalicia por enfermedad coetánea a la celebración (art. 1608).

En el nuevo código se concibe a la rescisión unilateral y la revocación como vicisitudes que producen efectos hacia el futuro *ex nunc* (art. 1079, inc. a) dejando subsistentes las prestaciones ya cumplidas, con la excepción de la revocación de las donaciones por incumplimiento de cargos (art. 1570, tercer párrafo).

Informaciones

Por el contrario, la resolución se considera como un supuesto extintivo con vocación retroactiva al tiempo de la celebración del contrato *ex tunc* (art. 1079, inc. b), sin perjuicio de los derechos adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe, con la excepción en los contratos bilaterales (art. 1081) y en caso de pactarse la condición resolutoria (art. 346).

Resulta novedosa la inclusión de la figura de “la frustración definitiva de la finalidad del contrato” (art. 1090) como instituto autónomo de la imprevisión, del caso fortuito o fuerza mayor, del error y de la cláusula resolutoria. Opera en caso de producirse una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La parte afectada debe comunicar su voluntad extintiva a la otra parte. Si la frustración es temporaria, hay derecho a la resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de la obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial. No genera posibilidad de resarcimiento y en razón de ser un instituto protector debe interpretarse de manera restrictiva.

Se legisla por separado “*la teoría de la imprevisión*” (art. 1091). Teniendo como antecedente el art. 1198 del Código Civil velezano, reformado por la ley 17.711 que introdujo el instituto, la regulación actual recoge la doctrina y jurisprudencia de casi 50 años de aplicación. Así se autoriza expresamente al demandante a instaurar la acción de reajuste que denomina de “adecuación del contrato” terminando una discusión doctrinaria existente al respecto. El nuevo código prevé que si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Iguales reglas se aplican al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones resultantes del contrato y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia. No se exige que el contrato sea oneroso, de modo que ante esa omisión queda habilitada la aplicación del instituto también a los contratos gratuitos. Autoriza la resolución parcial del contrato peticionado por vía de acción o de excepción.

Contrato oneroso de renta vitalicia

Está regulado en los arts. 1599 al 1608 CCyC. Es un contrato por el cual una persona -constituyente o dador- se obliga a entregar un capital o prestación mensurable en dinero a favor de otra -deudora de la renta o vitaliciante- que en contraprestación se obliga a pagar una renta periódica a favor de una o varias

personas -beneficiario o pensionista (adviértase que la renta puede contratarse en beneficio de una o más personas)- durante la vida de una o varias personas humanas -cabeza de renta- ya existentes y designadas en el contrato. Debe distinguirse de la pensión por alimentos, del seguro de vida y de la donación con cargo. En la relación existente entre el dador y el beneficiario, si el contrato es a favor de un tercero, respecto a éste se le aplicarán en subsidio las reglas de la donación, excepto que la prestación se haya convenido en razón de otro negocio oneroso. En el Código Civil y Comercial de la Nación el contrato oneroso de renta vitalicia es consensual y bilateral. La forma exigida es la escritura pública. Ante el incumplimiento de la formalidad puede aplicarse el instituto de la conversión del negocio jurídico y demandarse por escrituración. Se amplía el objeto del contrato al referirse a capital u otra prestación mensurable en dinero, por lo que puede contratarse sobre bienes que no son cosas como los bienes inmateriales. La renta debe pagarse en dinero por lo que debe aplicarse la doctrina de las obligaciones de dar sumas de dinero (arts. 765 y conc. Código Civil y Comercial de la Nación). El contrato debe establecer la periodicidad de cada pago. Se debe establecer además el valor de cada cuota y, si no se pacta, se interpreta que todas son de igual valor entre sí. El derecho a la renta vitalicia es transmisible por actos entre vivos y por causa de muerte. El derecho a la renta se extingue por el fallecimiento de la persona cuya vida se toma en consideración para la duración del contrato y si son varias las personas, por el fallecimiento de la última. Es nula la cláusula que autoriza a sustituir dicha persona o a incorporar otra al mismo efecto. Se otorga facultad resolutoria del contrato al constituyente o a sus herederos, debiendo devolver el capital: a) en el caso en que el deudor se haya obligado a otorgar una garantía incumplida, y b) en el caso en que el deudor haya otorgado la garantía prometida y esta disminuya. También se resuelve el contrato de pleno derecho, con la debida restitución de las prestaciones, por muerte dentro de los treinta días de celebrado de la persona cuya vida se tomó en consideración para la duración del mismo.

TEMA 12 – COMPRAVENTA

Coordinadores: Marcelo Eduardo Urbaneja y
Elba María de los Ángeles Frontini
Disertantes: Gustavo Fabián Rullansky. Natalio P. Etchegaray.

BOLETO DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES

Naturaleza jurídica. Consecuencias prácticas

El CCyC no contiene pronunciamiento expreso al respecto. La doctrina y jurisprudencia precedente, de manera incipiente desde hace medio siglo y en forma contundentemente dominante en las últimas tres décadas, resultó coincidente en señalar que se trataba del contrato de compraventa regulado por los arts. 1323 y sgts. del Código Civil. Buena parte de la doctrina notarial, y en particular la bonaerense, contribuyó a formar esta opinión.

El ordenamiento en vigor permite concluir en el mismo sentido, rechazando la posibilidad de considerarlo una “promesa de celebrar un contrato” (art. 995 CCyC), con las derivaciones que ello hubiera implicado.

Los argumentos son variados, destacándose entre ellos: a) su perfecta conformidad con el concepto de contrato que dimana del artículo 957 del CCyC); b) su ubicación normativa dentro del tratamiento del contrato de compraventa, sin referencia alguna en el sector de contratos preliminares; c) la terminología legal, que denomina “vendedor” y “comprador” a las partes del boleto (arts. 1170 y 1171 CCyC).

La Comisión 4 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, del 1 al 3 de octubre de 2015, concluyó por unanimidad que el boleto de compraventa no es un contrato preliminar (género que incluye, entre sus especies, a la “promesa de celebrar un contrato”).

Rechazar su naturaleza de “promesa” para afirmar la de “contrato de compraventa” implica diversas consecuencias, vinculadas principalmente al asentimiento y al plazo de vigencia. Ellas son:

A) No es imprescindible, para la validez del boleto de compraventa, la existencia de asentimiento del cónyuge respecto de un inmueble ganancial, ni de asentimiento del cónyuge o del conviviente inscripto respecto de un inmueble que constituya la “vivienda familiar”.

Respecto del inmueble ganancial la conclusión se desprende del art. 470 CCyC, que exige el asentimiento para la “promesa” de los actos enunciados, que comprenden, entre otros, “enajenar o gravar: a) bienes registrables...”.

Respecto del inmueble que constituya la “vivienda familiar”, el asentimiento es exigido para “disponer de los derechos” sobre la misma (arts. 456 y 522 CCyC). El verbo utilizado, que siempre se compadece con la constitución, transmisión o extinción de derechos reales, persuade en ese sentido. Sin embargo, la norma no determina la naturaleza de los derechos que se disponen, y la imprecisión del texto legal puede dar lugar a controversia. De todos modos, como en la transmisión dominial el asentimiento resultará imprescindible, y la negativa a otorgarlo sin causa suficiente puede ser suplida en sede judicial, la controversia se atenúa considerablemente.

Más allá de las exigencias legales, el otorgamiento de asentimiento al momento de suscribir el boleto de compraventa es altamente conveniente y sus implicancias deben integrar el asesoramiento notarial.

B) El plazo del art. 995 CCyC no es aplicable al boleto de compraventa. Por lo tanto, el término para cumplir con las obligaciones que emergen de él puede ser el que estimen las partes dentro del ámbito de la libertad contractual, y el plazo de prescripción de las acciones para exigir su cumplimiento será de 5 años (art. 2560 CCyC), sin perjuicio de los efectos de la posesión del comprador. Su cómputo, conforme los principios generales, comenzará desde el momento del incumplimiento (art. 871, inc. b, y 2554 CCyC).

Oponibilidad del derecho del comprador

A) Oponibilidad frente a “terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido”: la situación está prevista en el art. 1170 CCyC. Se concuerda que los recaudos allí señalados para atribuir el triunfo al comprador deben concurrir en su totalidad.

La exigencia del inc. a), en el sentido de contratar con el titular “registral”, debe armonizarse con las previsiones de los arts. 1893 CCyC y 2º y 20 del decreto-ley 17.801/1968. En este sentido, las publicidades posesoria y cartular también canalizan la oponibilidad del derecho de dominio del transmitente.

No obstante, el notario, en cumplimiento de las operaciones de ejercicio, debe imponer al comprador de la conveniencia de solicitar la exhibición del título de propiedad del vendedor y de los informes registrales pertinentes para dotar de mejores defensas a su posición jurídica.

B) Oponibilidad frente a otros compradores “que reclama(n) la misma cosa inmueble”: esta colisión se halla receptada en el artículo 756 CCyC. El triunfo corresponderá, en primer lugar, a quien tenga buena fe. Cabe reiterar, para conformar la buena fe, la conveniencia de la exhibición del título de propiedad del vendedor y de los informes registrales pertinentes.

Si más de uno es de buena fe, el triunfo corresponderá a quien obtenga el resto de los recaudos del artículo. Corresponde interpretar que los distintos requisitos prevalecen en el orden de sus incisos.

Informaciones

C) Oponibilidad frente al concurso o quiebra del vendedor: el art. 1171 CCyC contempla esta situación. Sigue, en líneas generales, lo dispuesto por el antiguo art. 1185 bis, que el decreto-ley 17.711/1968 incorporó al Código Civil, armonizando su contenido con el vigente art. 146 de la Ley 24.522, de Concursos y Quiebras. Un considerable sector de la doctrina y jurisprudencia había añadido, a los recaudos del artículo, la exigencia de encontrarse el comprador en posesión.

Registración

En consonancia con lo resuelto por el XVII Congreso Nacional de Derecho Registral, celebrado en la ciudad de Vicente López, provincia de Buenos Aires, del 15 al 17 de agosto de 2013, se concuerda en la inconveniencia de la registración de los boletos de compraventa (opinión compartida por 11 votos contra 3) y en la sugerencia de suprimir el inc. d) del art. 1170 CCyC, conservando exclusivamente la publicidad posesoria (postura aprobada por 12 votos, con una abstención).

Compra en comisión

El art. 1029 CCyC denomina “contrato para persona a designar” a la situación que en la práctica notarial era habitualmente conocida como “compra en comisión”. Según dispone dicha norma, la asunción de efectos por parte de la persona designada se produce con efectos retroactivos a la fecha de la celebración del contrato.

Se señala la relevancia de establecer un plazo para que la persona designada asuma la posición contractual; de lo contrario, el plazo será de 15 días desde la celebración del contrato. Transcurrido el plazo, el vínculo se consolida entre los otorgantes originarios. Vencido el plazo, puede ampliarse en forma expresa o considerárselo ampliado tácitamente por el comportamiento de los contratantes.

ESCRITURA DE COMPRAVENTA

La compraventa inmobiliaria, en cuanto título suficiente para transmitir el dominio, sigue requiriendo escritura pública. Si esta forma no fue respetada, el otorgamiento se considera un contrato por el cual las partes se obligan a otorgarla (arts. 969 y 1018, CCyC).

Las pautas en torno a la cosa no presentan variaciones de impacto notarial respecto al régimen precedente. En cuanto al pago del precio se admite la validez de cualquier procedimiento para determinarlo.

Entre las obligaciones del vendedor se incluyen los gastos atinentes al “estudio del título y sus antecedentes” (art. 1138 CCyC), en consonancia con la incorporación de esa actividad como configurante de la buena fe del adquirente para los supuestos de justo título (art. 1902 CCyC, extensible a las ad-

quisiciones del “subadquirente” de buena fe y a título oneroso, artículos 392 y 2260 CCyC).

Los pactos de retroventa y reventa, al aplicar las reglas de la condición resolutoria (arts. 1163 y 1164 CCyC), configuran supuestos de dominio revocable (arts. 1965, 1967 y 1969 CCyC), cuyo plazo máximo en materia inmobiliaria es de 5 años (art. 1167 CCyC). Si bien el pacto de preferencia tiene el mismo límite máximo temporal (art. 1167 CCyC), es controvertido que ocasione un dominio revocable (arts. 1165 y 1166 CCyC).

Debe tenerse en cuenta que el art. 1124, inc. a), CCyC, aplica subsidiariamente las normas de compraventa a ciertos actos jurídicos en los que hay transmisión o constitución onerosa de derechos.

PERMUTA

El permutante vencido en el dominio de la cosa adquirida tiene diversas opciones de saneamiento, entre las que se cuenta la recuperación de la cosa transmitida (arts. 1033 y sgts. y 1174 CCyC).

Subsiste la posibilidad de permutar cosas futuras (arts. 1007 y 1131 CCyC, el último aplicable por la remisión del art. 1175 CCyC).

MUTUO

El carácter consensual implica la existencia del contrato pese a la falta de entrega (art. 1525 CCyC), lo que entre otras circunstancias facilita el otorgamiento de garantías reales (atento los principios de accesoriedad y especialidad en cuanto al crédito).

El mutuario debe devolver la misma cantidad y calidad de lo entregado (arts. 1525 y 1527).

Corresponde interpretar que estas disposiciones configuran excepciones a la regla del art. 765 CCyC, por lo que se hallan sometidas a ella también las obligaciones de dar dinero en moneda extranjera.

COMODATO

El carácter consensual (art. 1533 CCyC) viabiliza su utilización para el “constituto posesorio” (arts. 1892 y 1923 CCyC), permitiendo que el vendedor continúe ocupando el inmueble luego de la transmisión dominial por el plazo pactado. De esta manera, se desvanece el obstáculo de un sector minoritario de la doctrina, que rechazaba su utilización en base a su naturaleza real.

FIANZA

Informaciones

Los caracteres y la función económica del contrato no sufren alteraciones medulares en los aspectos más vinculados a la función notarial.

Expresamente se consigna que el compromiso de mantener una situación de derecho, como podría ser la titularidad dominial de un inmueble, no es considerado fianza, no obstante lo cual su incumplimiento resulta resarcible (art. 1582 CCyC). Esta disposición debe armonizarse con las prohibiciones de enajenar del art. 1972 CCyC.

TEMA 13 – DERECHOS REALES

Coordinadora: Zulma A. Dodda

Disertantes: Gabriel B. Ventura. Elba María de los Ángeles Frontini.

ACCIONES POSESORIAS

1) La doctrina reclamaba unánimemente una regulación más armónica y simple para tutelar la posesión de una manera eficaz y práctica.

2) En atención a estos objetivos, el Código Civil y Comercial de la Nación ha procurado, en tan sólo nueve artículos, del 2238 al 2246, brindar un completo panorama de los distintos ataques que pueden sufrir las relaciones de poder, y sus correlativas defensas.

3) Si bien uno de los objetivos del Código Civil y Comercial de la Nación, según surge de la exposición de motivos, fue terminar con la existencia de dos acciones para cada ataque (acciones policiales y acciones posesorias propiamente dichas), lamentablemente la dualidad se ha conservado en el art. 2245 CCyC, que justamente bajo el título “legitimación” se ocupa detalladamente de aclarar que sólo el poseedor se encuentra legitimado para plantear las posesorias; y que el tenedor sólo podrá hacerlo frente a la inacción del poseedor, por vía subrogatoria, según una armónica interpretación de la norma complementada por el art. 739 CCyC.

4) Según una interpretación armónica del citado art. 2245, y de los arts. 2241 y 2242 del Código Civil y Comercial, podría extraerse que los tenedores sólo tienen *per se* las acciones policiales, mientras que las posesorias estarían reservadas exclusivamente para los poseedores, salvo en los supuestos del último párrafo del art. 2245, según quedó dicho en el punto precedente.

5) En razón de ello creemos que debería reformularse el art. 2245 CCyC, armonizándolo con los verdaderos objetivos enunciados en los fundamentos de la reforma.

6) Se mantienen los básicos ataques a las relaciones de poder: turbación y desapoderamiento, los que resultan claramente definidos en el art. 2238. Al mismo tiempo se aclara, tal como surgía ya del código de Vélez que si no hay intención de realizar actos posesorios por parte del atacante, la acción debe juzgarse como acción de daños.

7) Es desacertado el título con que se ha encabezado el art. 2239 CCyC, “Acción para adquirir la posesión o la tenencia”, pues la norma no da dicha acción, cuya existencia la doctrina unánimemente niega. En la norma se regula, junto a la primera parte de art. 2240, el principio posesorio enunciado como “prohibición de obrar de propia autoridad” que estaba ya consagrado en el

Informaciones

código. La mala rotulación puede confundir a algún intérprete desprevenido. La norma establece que el título válido da derecho a requerir judicialmente la posesión o tenencia pero no puede tomarla por sí.

8) Es muy acertada la norma del art. 2246 que, sin inmiscuirse en las facultades no delegadas por las provincias a la Nación, según el art. 121 de la Constitución Nacional, prevé en cambio que las acciones posesorias deben tramitar por el proceso de conocimiento más abreviado que establezca la ley procesal de cada provincia.

9) En cuanto a los llamados "interdictos", en los códigos procesales, herencia de la antigua Roma, es de esperar que las provincias, en uso de sus facultades no delegadas a la Nación (art. 121 de la Constitución Nacional), adecuen su normativa a los nuevos preceptos, prescindiendo de la utilización de la expresión "interdictos" para reglamentar las acciones posesorias. La expresión, usada hoy, cuando en todas las instancias intervienen los jueces, constituye en nuestra opinión un anacronismo arbitrario y dañino a la claridad del sistema.

ACCIONES REALES

1.- Las acciones reales están reguladas entre los arts. 2247 y 2268 y se definen como los medios para defender la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales contra ataques que impiden su ejercicio.

2. Las acciones reales son: la reivindicatoria, la confesoria, la negatoria y la de deslinde y son imprescriptibles excepto lo regulado en materia de prescripción adquisitiva.

3.- Si bien la acción de deslinde se ha agregado a la enumeración efectuada por Vélez en el código derogado, ya la mayoría de la doctrina consideraba que se trataba de una acción real.

4.- La finalidad de cada acción está perfectamente delimitada en el art. 2248 CCyC. Así, se determina que la acción reivindicatoria tiene por finalidad defender la existencia del derecho real que se ejerce por la posesión ante actos que producen el desapoderamiento; la negatoria para defender la libertad de los derechos reales que se ejercen por la posesión cuando se la turba, en especial mediante la atribución indebida de una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión; y la confesoria que tiene la finalidad de tutelar el ejercicio de una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión.

5.- La finalidad de la acción de deslinde aparece regulada en el art. 2266 CCyC, y sirve para determinar por dónde debe pasar la línea divisoria entre inmuebles contiguos.

6.- Se regula con claridad la legitimación pasiva para la acción reivindicatoria que debe dirigirse contra el poseedor o tenedor del objeto, aunque lo tenga a nombre del reivindicante (art. 2255).

7.- El art. 2256 CCyC, reemplaza cuatro normas del código derogado (arts. 2789, 2790, 2791 y 2792 del código de Vélez). Se analizan allí, con precisión, todos los supuestos que pueden plantearse respecto a título y posesión, tiempo de los mismos y prioridades que surgen en consecuencia.

8.- La norma del art. 2258 CCyC, incisos a) y b), está en contradicción con lo previsto en los arts. 1895 y 760 del mismo cuerpo legal; pues el principio “la posesión vale título” que ahora, en el nuevo CCyC, aparece como un verdadero modo de adquirir, sólo permite su aplicación al último inciso previsto en el art. 2258.

9.- En el Capítulo 3, arts. 2269 y sgts., se reglamenta la relación existente entre las acciones posesorias y las reales; sobre todo atendiendo a la prohibición de acumular el posesorio y el petitorio. En general se mantiene el criterio ya seguido por las normas del código derogado.

Derechos reales de dominio y condominio. Dominio

El dominio se contempla en los artículos que van desde el 1941 al 1982, que conforman el Título III, “Del dominio”.

El nuevo código no da una definición general del derecho de dominio, sino que se refiere exclusivamente al llamado “dominio perfecto” como una de las clases de dominio, definiendo separadamente en el art. 1946, el dominio imperfecto.

Se individualiza al primero por sus facultades sobre la cosa, indicando que es aquel que otorga las tres clásicas prerrogativas de usar, gozar y disponer (material y jurídicamente), dentro de los límites previstos por la ley, agregando que el dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario.

Caracteres del dominio

Siguiendo la tradición y estructura del dominio del código velezano, la nueva legislación determina y enumera los caracteres del dominio. En el art. 1941, se establece el *carácter absoluto* “dentro de los límites determinados por la ley”, en el 1942 el *carácter de perpetuidad*, y en el 1943 el de *exclusividad*.

Recordemos que el único carácter esencial es el de la exclusividad, ya que no es admisible la coexistencia de dos o más derechos iguales sobre el todo de la cosa, podrían concurrir, no sobre el todo, sino por partes indivisas, pero entonces ya no habría dominio, sino que se estaría en presencia de un condominio. Los derechos reales de usufructo, uso y habitación son pasibles de una titularidad plural o compartida, así obtendremos cusufructo, couso o cohabitación.

Informaciones

Dominio imperfecto

Como en el anterior régimen, el dominio imperfecto distingue tres categorías: a) el dominio revocable (o resoluble); b) el dominio fiduciario, y c) el dominio desmembrado. Lo define en el art. 1946 y luego en el art. 1964 lo hace con mayor precisión y legisla los distintos supuestos.

Dominio revocable

Mantiene el mismo concepto del anterior régimen. Una de las novedades es que la norma determina un plazo máximo de diez años para las condiciones resolutorias (art. 1965). De esta manera se incluye un requisito innovador de tipo temporal. El transcurso de diez años se computa desde la fecha del título constitutivo. Transcurrido ese tiempo, el dominio quedará perfeccionado en cabeza del titular interino, aunque el evento resolutorio no se hubiere producido. El plazo máximo de diez años es establecido, al igual que en Vélez, para evitar la inmovilización de los bienes y permitir su libre circulación.

La revocación tiene efecto retroactivo excepto que la ley o el título digan que no los tiene. Tanto los actos de administración como los de disposición resultan inoponibles a quien readquiere el dominio, pues el art. 1969 se refiere a “todos los actos jurídicos”. Se presenta aquí una diferencia importante con el art. 2670 del código velezano que establecía que los actos de administración, como arrendamientos o alquileres, debían ser respetados, lo que no ocurrirá con el actual régimen a menos que en el título se pacte lo contrario.

Modos de adquirir el dominio

Regula separadamente, de acuerdo a extendida doctrina, el modo “tradicional” de la legislación velezana, *la tradición*, de los llamados “modos especiales”. El tratamiento de estos modos es también modificado, legislando una clasificación más actual, al igual que las cosas que comprende cada uno de ellos. El nuevo Código incorpora posibilidades de adquisición del dominio no reguladas anteriormente y admitidas por la doctrina y jurisprudencia, tales como el aluvión en el caso del “*alveus derelictus*” (cauce de río abandonado), la accesión inversa, entre otras.

Límites al dominio

Innova en el título, al eliminar la expresión “Restricciones” tal como lo recomendaba la doctrina, también utiliza una terminología moderna, y actualiza el antiguo articulado recogiendo los límites que en la actualidad son necesarios, dejando de regular los que no eran utilizados por la modificación de las condiciones

de edificación. Es interesante la nueva regulación para los “Árboles, arbustos u otras plantas” incorporando un criterio de cuidado del medio ambiente.

Condominio

El derecho real de condominio fue actualizado siguiendo la estructura romanista. Incorpora de una manera clara facultades de los condóminos para convenir el uso y goce de la cosa común. Contempla expresamente la posibilidad de pactar el uso alternado de la cosa común, o el goce de una parte material exclusiva y excluyente. Si bien la ley no lo exige, es aconsejable que los convenios de uso y goce formen parte de los instrumentos de constitución del condominio, o se formalicen expresamente por separado, de manera simultánea o con posterioridad al nacimiento del derecho. Será tarea notarial la redacción de dichos convenios.

Trae asimismo innovaciones sobre la administración de la cosa común.

Si no es posible el uso común o no hay acuerdo, los condóminos reunidos en asamblea, deben decidir sobre su administración (art. 1993). La presencia de todos los condóminos no es requerida para constituir válidamente la asamblea. Las resoluciones requieren mayoría absoluta computada según el valor de las partes indivisas. En caso de empate debe decidir “la suerte”.

No impone forma alguna para plasmar sus decisiones. Ante la ausencia de forma impuesta, se presume la libertad de forma (art. 284). Hubiera sido recomendable imponer alguna forma determinada (art. 285). Es aconsejable la utilización de la expresión escrita, ya sea por instrumento público o privado (art. 286), mediante la transcripción de lo ocurrido en la asamblea y las decisiones que se hayan tomado, con la firma de los condóminos que hayan participado de ella.

Condominio con indivisión forzosa

Actualiza la clasificación, al separar la “indivisión forzosa temporaria” de la “indivisión forzosa perdurable”, realizando cambios sustanciales en su tratamiento.

Dichos cambios se producen, en mayor medida en el “condominio sobre muros, cercos y fosos”, reordenando las normas, recibiendo en la nueva regulación las opiniones de la doctrina y jurisprudencia y creando una estructura sobre ellos más moderna y comprensible.

TEMA 14 – DERECHOS REALES DE GARANTÍA

Coordinadora: Zulma A. Dodda

Disertantes: Marcelo Eduardo Urbaneja. Zulma A. Dodda.

DISPOSICIONES COMUNES. HIPOTECA. ANTICRESIS

1.- En el capítulo 1 del Título XII se establecen las disposiciones comunes a todos los derechos reales de garantía, siguiendo el esquema de técnica legislativa establecido en los fundamentos: convencionalidad, accesoriedad, especialidad en cuanto al objeto, especialidad en cuanto al crédito e indivisibilidad.

2.- Hipotecas abiertas. El aspecto más novedoso en este capítulo es el que recepta el debate reflejado en la doctrina y la jurisprudencia respecto a la validez de las llamadas “hipotecas abiertas”. En este sentido el artículo 3131 del código velezano receptaba el principio de especialidad en cuanto al crédito exigiendo que para que la hipoteca garantice un crédito determinado debía individualizarse la causa al momento del nacimiento del derecho real de garantía. El acto constitutivo de la hipoteca debía contener la fecha y la naturaleza del contrato al que accede y el archivo en que se encuentra. Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil reiteradamente concluyeron que en el acto constitutivo debe constar la causa, origen o fuente de la obligación garantizada, no admitiendo en consecuencia las llamadas “hipotecas abiertas” donde la causa no estuviera individualizada.

El art. 2189 CCyC reitera el principio de especialidad en cuanto al crédito exigiendo que el monto de la garantía se estime en dinero cumpliendo este principio con la expresión del monto máximo del gravamen. Pero respecto al crédito admite con claridad que puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente. De esta manera consagra como válidas las llamadas “hipotecas abiertas” donde el crédito y la causa del mismo nacen con posterioridad a la constitución de la hipoteca.

3.- Antecedentes: las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2007 propusieron que una reforma legislativa admitiera estas hipotecas flexibilizando el concepto de especialidad en cuanto al crédito estableciendo alternativamente: a) una suma máxima y un plazo máximo, o b) una suma máxima y una determinación suficiente de la causa. El proyecto de unificación de los códigos del año 1998, en el art. 2093 diferencia con toda claridad los derechos reales de garantía de créditos determinados y los de créditos indeterminados.

Si se trataba de créditos determinados bastaba la estimación del monto del crédito que coincidía con el monto del gravamen y si se trataba de crédi-

tos indeterminados era necesario indicar el monto máximo en todo concepto incluyendo capital, intereses, daños y costas y el plazo al que se sujeta que no podía exceder de 10 años.

Dos sistemas diferentes conforme se tratara de un tipo u otro tipo de crédito.

4.- Monto del gravamen. El art. 2189, fundado según sus autores en la protección de la seguridad jurídica de las transacciones comerciales, con la mirada puesta en terceros adquirentes u otros acreedores concurrentes, y para que éstos conozcan de manera certera el límite exacto de la afectación del valor del bien objeto de la garantía, establece que “en todos los casos” se trate de créditos determinados o indeterminados al momento de la constitución del derecho real de garantía, “el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria sea por capital, intereses, costas, multas y otros conceptos”.

5.- Interpretación de la norma (art. 2189). La lectura de la norma, interpretada basándonos en su texto expreso, en los fundamentos del CCyC y el objetivo finalista de sus autores, puede ser el sustento para una jurisprudencia que considere que en todos los casos el monto de la hipoteca será el límite de la garantía. En consecuencia para que los rubros contenidos en el art. 2193 queden cubiertos por la misma, será necesario constituir el gravamen por un monto que supere el del crédito y cubra intereses, daños y costas, conteniendo así la eventual liquidación final en caso de una ejecución.

6.- Norma disvaliosa. Consideramos que el objetivo anunciado por los autores, brindar seguridad a los terceros, no es tal ya que éstos tienen en el documento de constitución del gravamen todos los elementos para hacer los cálculos que le permitan evaluar el monto que se adeuda en todo concepto, al momento en que lo requiera y si se ha iniciado un proceso de ejecución, es posible obtener la liquidación actualizada para su análisis.

Por el contrario respecto a los deudores y titulares del bien gravado, deberán enfrentar un costo tributario (sellos, tasa de inscripción, etc.) superior por tener como base imponible un monto mayor al del crédito y frente a otros acreedores el bien estará gravado con un monto que no es representativo de la deuda real, sino la cobertura de una eventualidad de mora.

Asimismo exigirá a deudor y acreedor una “estimación” que implica adivinar un monto final que incluya costos, honorarios y otros rubros que probablemente nunca se generen. Finalmente nadie resultará beneficiado, y por el contrario, el deudor será el principal perjudicado.

7.- Por lo expuesto y sin perjuicio de doctrinas que sostienen que la norma no se aplica a los créditos determinados conforme lo que surge del art. 2193 y las normas en materia de privilegios, proponemos una modificación del art. 2189, receptando la doctrina reflejada en el proyecto de 1998, diferenciando los

Informaciones

créditos determinados y los indeterminados y reservando a éstos últimos las limitaciones en cuanto al monto del gravamen y a la extensión de la garantía.

PLAZO DE LA GARANTÍA

El art. 2189 CCyC en su último párrafo establece que los derechos reales de garantía deben prever el plazo al que la garantía se sujeta, que no puede exceder de diez años.

Este plazo máximo sólo es aplicable a las hipotecas de créditos indeterminados que nacen con posterioridad a la constitución del gravamen ya que la misma norma aclara que aunque el plazo se encuentre vencido, la garantía seguirá protegiendo aquellos créditos que hubieran nacido antes del vencimiento del plazo y, en los créditos determinados, éstos nacen en el momento de constitución del gravamen.

HIPOTECA SOBRE PARTE INDIVISA

El CCyC en su art. 2207 revitaliza la figura de la hipoteca sobre parte indivisa, ya que elimina la inseguridad que generaba la norma velezana (art. 3123) porque la partición del condominio del bien gravado, no es oponible al acreedor hipotecario de parte indivisa si no prestó su consentimiento expreso.

ACEPTACIÓN DE LA HIPOTECA

En la hipoteca conforme lo dispuesto por el art. 2208 el acreedor puede aceptar este derecho a su favor posteriormente siempre que lo haga con la forma escritura pública y previo a la registración.

HIPOTECA EN MONEDA EXTRANJERA

1.- Dinero y moneda son conceptos equivalentes y la moneda extranjera es dinero o moneda aunque no tenga curso legal en nuestro país. Nos remitimos a los fundamentos vertidos en el Tema 8.

2.- El principio de especialidad de las hipotecas en cuanto a que se exige que se constituyan por un monto cierto en dinero, queda en consecuencia cumplido en las hipotecas en moneda extranjera. Aun cuando se quisiera interpretar que no es dinero, es posible fundar su validez en el art. 2190 CCyC que admite que si falta alguna de las especificaciones del crédito sea posible integrarla con los elementos que surgen del acto constitutivo. En nuestro país el dólar tiene cotización diaria que se publica en distintos medios.

ANTICRESIS

1.- Concepto. Es el derecho real de garantía sobre cosas registrables cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda. No puede exceder de diez años para inmuebles.

2.- Utilización de la figura. Recomendamos brindar el asesoramiento respecto a su utilización en aquellos casos en que el acreedor no quiere depender de los pagos que realice el deudor sino percibir en forma directa sus acreencias.

3.- Normas contractuales. El contrato debe ser abarcativo de previsiones que impidan la duda en caso de conflicto durante la vigencia o la extinción del derecho real de garantía.

4.- Privilegio. Tienen privilegio especial sobre los bienes gravados los créditos garantizados con anticresis (art. 2582, inc. e).

SUPERFICIE

Las finalidades de construcción, plantación o forestación no estructuran distintas categorías de este derecho real, por lo que podrían coexistir en cabeza de un mismo superficiario. La escritura de constitución debiera reflejarlo adecuadamente.

La facultad de hipotecar corresponde tanto al dueño como al superficiario, y en este último supuesto trátase de la variante sobre cosa ajena como sobre cosa propia. En cada uno de los tres casos, el alcance del derecho del adquirente en la eventual subasta estará limitado al derecho del ejecutado (arts. 2123, 2127, 2128 y principio general del art. 399, CCyC). La duración de la hipoteca y de su inscripción será la que corresponde a su normativa específica (arts. 2189 y 2210 CCyC), excepto que el vencimiento del plazo (convencional o legal) de la superficie se produjera antes que aquellos (arts. 2125, 2127, 2128 y principio general del art. 399 CCyC). La extinción de la superficie por una causal diferente al cumplimiento del plazo hará que subsista la hipoteca con el alcance que hubiera correspondido de haber persistido la superficie (art. 2125 CCyC).

No corresponde aplicar a la propiedad superficiaria la disposición del segundo párrafo del art. 1965 CCyC, en tanto las normas de dominio revocable se extienden a esa variante de la superficie solamente en lo no modificado específicamente (art. 2128 CCyC), lo que sí ocurre en el caso (art. 2117 CCyC).

La superposición de la superficie y la propiedad horizontal está admitida en ambos sentidos. De esta manera, tanto puede el titular de una unidad de propiedad horizontal constituir superficie como el superficiario afectar a propiedad horizontal. En ambos casos, se deberán cumplir los presupuestos de cada uno de esos derechos reales.

Informaciones

USUFRUCTO

Persiste la posibilidad de establecerlo sobre parte material, confeccionando un croquis (art. 1º, inc. d), decreto 5479/1965 de la provincia de Buenos Aires).

La posibilidad de enajenar el derecho va acompañada de su ejecutabilidad (que ya no se limita a los frutos). En la transmisión voluntaria, la vida del usufructuario primitivo sigue siendo el límite de duración del derecho del usufructuario actual (arts. 2142, 2152 y 2153 CCyC); cabe concluir del mismo modo respecto a la transmisión forzosa, pese al cuestionable silencio legislativo (art. 2144 CCyC). En ambos casos, también se extinguirá el usufructo con la muerte del usufructuario actual. De la misma manera, las demás causales extintivas (arts. 1907, 2152 y conc. CCyC) se predicarán respecto del usufructuario actual. En todos los casos, sea usufructuario el primitivo o un sucesor, la extinción del usufructo hace adquirir inmediatamente el dominio pleno al nudo propietario, por consolidación (art. 1907 CCyC).

Acerca de la posibilidad de constituir hipoteca de parte del usufructuario, la tesis afirmativa se sostiene en la transmisibilidad y ejecutabilidad del derecho; la negatoria, en que no se ha incluido la hipoteca en la nómina de facultades del usufructuario (art. 2242 CCyC) ni en la de legitimados para constituir hipoteca (art. 2207 CCyC). Dada la estructura legal que impera en la materia de derechos reales, que abarca las facultades de cada uno (art. 1884 CCyC), y la indudable existencia de derechos transmisibles pero no pasibles de hipoteca (como el uso: art. 2156 CCyC), esta última conclusión parece la adecuada. En este sentido se pronunciaron por mayoría las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, 1º al 3 de octubre de 2015).

Los derechos reales y personales que el usufructuario puede constituir durarán, como máximo, hasta la extinción del usufructo (art. 2153 CCyC).

USO Y HABITACIÓN

Para ambos, persiste la posibilidad de establecerlos sobre parte material, confeccionando un croquis (art. 1º, inc. d), decreto 5479/1965 de la provincia de Buenos Aires).

El uso permite la constitución de derechos personales, lo que atribuye, entre otras, la facultad de locar. Todos los contratos celebrados se extinguirán junto con el uso. No es ejecutable el derecho real, sino solamente los frutos y en tanto excedan las necesidades del usuario y su familia.

La posibilidad de transmitir el derecho es controvertida. La postura negatoria se asienta en la prohibición de constituir derechos reales (art. 2156 CCyC). La afirmativa, en la aplicación supletoria de las normas del usufructo (arts. 2155 CCyC). Esta última tesis resulta la más convincente, fundamentalmente por el

argumento contundente que proporciona el texto del art. 1124, inc. a), CCyC.

La habitación no permite transmitirse, constituir derechos reales o personales, ni ejecutarse. Solamente atribuye la facultad de morar.

Ambos derechos reales ocuparán la función económica que otrora correspondía al usufructo, en los casos en que el donante pretenda resguardar su facultad a habitar el inmueble sin que pueda subastarse su derecho. Si no aspira a transmitir su derecho ni alquilar el inmueble, la figura adecuada es la habitación. En caso contrario, el uso. No obstante, si no se designa la extensión del uso y goce, se estipula constituido un usufructo (art. 2154 CCyC) que, como se señaló, es subastable. Estas implicancias exigen el adecuado asesoramiento e instrumentación.

Se conserva la habitación del cónyuge supérstite y se adiciona la del conviviente (arts. 2382 y 527 CCyC). Es controvertido el origen legal o forzoso de este último, por la contradicción que dimana de los arts. 527 y 1894 CCyC.

SERVIDUMBRE

Persiste la posibilidad de establecerla sobre parte material, confeccionando un croquis (art. 1º, inc. d, decreto 5479/1965 de la provincia de Buenos Aires).

Es necesaria la existencia de inmuebles dominante y sirviente tanto en la servidumbre real como en la personal, eliminando las inquietudes doctrinarias respecto a esta última.

Persiste la necesidad de explicitar el alcance de las facultades del titular del inmueble dominante, pues en caso contrario se interpretarán en favor del titular del sirviente.

TEMA 15 - PROPIEDAD HORIZONTAL. CONJUNTOS INMOBILIARIOS

Coordinadora: Zulma A. Dodda

Disertantes: Marcela H. Tranchini. Alicia Puerta de Chacón.

1. PLANIMETRÍA

Planos anteriores a la entrada en vigencia del código unificado

Ratificando lo resuelto en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral (Rosario 2015) y la Orden de Servicio 45/2015, los planos aprobados o en trámite de aprobación antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, constituyen una situación jurídica consumada por lo que no se requiere ratificación alguna, sin perjuicio, claro está, de que el reglamento de propiedad horizontal se redacte conforme al Título V del Libro IV CCyC.

2. OBJETO DEL DERECHO REAL DE PROPIEDAD HORIZONTAL

2.1. Partes privativas

Unidad funcional

De los casos susceptibles de conformar una unidad funcional, de acuerdo al art. 2039, el que marca la diferencia más importante con la ley 13.512 es el referido a "los espacios de aprovechamiento por su naturaleza o destino". De dicha expresión se concluye que para la ley de fondo, no resulta imprescindible que las unidades se encuentren edificadas.

La parte privativa puede estar constituida por una determinada fracción de terreno, sin construcción alguna, delimitada por el plano propiedad horizontal con la condición de que tenga salida a la vía pública directamente o por un pasaje común y sea susceptible de aprovechamiento independiente por su naturaleza o destino.

Estado constructivo

La palabra "edificio" que surge del art. 2077 CCyC debe interpretarse en un sentido amplio comprendiendo a las unidades construidas, a construir o en construcción, en armonía con el término inmueble utilizado en varios

artículos del Título V, incluido el art. 2037 citado, si el plano fue visado y aprobado por el organismo catastral correspondiente.

El término “edificio” establecido en la Ley 13.512 no fue modificado por el CCyC por lo tanto son de aplicación las normas reglamentarias provinciales que permiten constituir y transmitir derechos reales con relación a UF a construir o en construcción, cumplidos determinados requisitos, en tanto no se dicten nuevas reglamentaciones.

Unidades complementarias

Conforme lo establecido en el art. 2056 inc. q), CCyC, es posible disponer o locar unidades complementarias, inclusive a terceros no propietarios, salvo que estuviera prohibido expresamente en el reglamento.

La registración de las unidades complementarias debe realizarse en matrículas independientes como se registra actualmente en la provincia de Buenos Aires. Esta técnica permitirá admitir sin observaciones la venta de unidades complementarias separada de las unidades funcionales.

Todo ello sin perjuicio de que cuando del plano propiedad horizontal o del reglamento surja la vinculación entre una unidad complementaria y una unidad funcional, esta vinculación debe constar en ambas matrículas para que se publicite la obligación de venderlas conjuntamente (art. 2045 CCyC).

2.2. Partes comunes a todas o a algunas de las unidades

Las partes y cosas comunes conforme lo dispone el art. 2040, pueden serlo a todas o a algunas unidades, sin perjuicio de que ellas, a su vez, puedan estar afectadas al uso exclusivo de una unidad funcional o de varias.

Partes necesariamente comunes

La enumeración de partes y cosas necesariamente comunes contenidas en el art. 2041, debe ser interpretada fundándose en el principio general que emana de los arts. 2039 y 2040, en cuanto a que serán tales, en la medida en que sean de utilidad común o indispensables para la seguridad del inmueble. No corresponderá calificar de comunes las cosas o partes que aun enumeradas en el art. 2040 no reúnan estos requisitos ya que dependerá de circunstancias de hecho de cada caso.

2.3. Inmuebles con cuerpos independientes de edificación

Los inmuebles con unidades construidas, a construir o en construcción con independencia constructiva, pueden tener marco legal tanto en la propiedad horizontal como en los conjuntos inmobiliarios; y si se trata de estos

Informaciones

últimos (propiedad horizontal especial) aun cuando no cumplan con todas las condiciones requeridas por el art. 2074 CCyC. La elección corresponde a los particulares interesados de conformidad con las normas locales administrativas y decretos reglamentarios (arts. 281, 2075 y conc.).

3. CONSORCIO

3.1. Personalidad

El consorcio de propietarios es persona jurídica conforme lo dispuesto en el art. 148, inc. h) y art. 2044 CCyC.

El nuevo código no se expide sobre el inicio de la persona jurídica consorcio, sin embargo cabe interpretar que se inicia con el otorgamiento del reglamento aun cuando el inmueble tenga un solo propietario, por aplicación de lo que dispone el art. 142 CCyC relativo al comienzo de la existencia de la persona jurídica en general.

3.2. Capacidad

La capacidad del consorcio para adquirir derechos y contraer obligaciones, en virtud de la especialidad que rige en materia de personas jurídicas, está limitada por su finalidad. La capacidad para adquirir bienes registrales excede la función de calificación del registrador y corresponde al funcionario autorizante del documento.

3.3. Patrimonio

El nuevo código no contempla la integración del patrimonio y lo delega a la voluntad del propietario que otorgue el reglamento (art. 2056, inc. e), CCyC).

El consorcio puede ser titular de unidades en el mismo inmueble, o de otros inmuebles, en la medida en que se incluya en sus fines.

4. ÓRGANOS OBLIGATORIOS

4.1. Asambleas

Mayorías

El art. 2060 CCyC establece como mayoría residual a la mayoría absoluta. Las mayorías se computan con relación a la totalidad de propietarios de unidades funcionales, independientemente de que estén presentes o ausentes, o se hayan abstenido, con la doble exigencia del número de unidades y de la proporción con relación al conjunto.

Quórum

La novedad es que no se exige un quórum mínimo de propietarios presentes para que la asamblea comience a deliberar.

Sistema de adhesiones tácitas

Este sistema opera en aquellos casos en que no se han alcanzado las mayorías necesarias para adoptar una decisión (art. 2060 CCyC).

4.2. Administrador

Facultades

Para delimitar el marco en el que puede actuar el administrador deberá considerarse lo establecido en el CCyC (art. 2067), reglamento de propiedad horizontal, reglamento interno y decisiones tomadas en las asambleas.

Se lo faculta expresamente (art. 2067 inc. m) para representar al consorcio en todas las gestiones administrativas y judiciales como mandatario exclusivo con todas las facultades propias de un representante legal.

Designación

No es necesaria la escritura pública para designar al administrador posterior al designado en el reglamento, basta la decisión de la asamblea sin que ello importe modificación del reglamento (art. 2066 CCyC).

Certificados de deudas de expensas

El CCyC impone al administrador la obligación de expedir a pedido de parte interesada, dentro del plazo de tres días hábiles, el certificado de deudas y créditos con la constancia de la existencia de reclamos administrativos o judiciales e información sobre seguros vigentes (art. 2067 inc. l).

Consejo de administración

El consejo de administración no es un órgano obligatorio sino facultativo de la asamblea conforme dispone el art. 2064.

Mayorías

Las mayorías previstas en el CCyC pueden ser modificadas por las partes acordando una mayor exigencia, pero en todos los casos constituyen un mínimo que no puede modificarse.

Administrador

Se supera la exigencia de la Ley 13.512 de designación por escritura pública. El administrador será designado en el reglamento y los sucesivos

Informaciones

por la asamblea sin que ello importe reforma del reglamento (art. 2066).

Asambleas. Decisiones

Las decisiones se toman por mayoría absoluta computada sobre la totalidad de los propietarios de unidades funcionales. No se requiere presencia de los propietarios en la asamblea. Los presentes pueden proponer decisiones que se comunican a los ausentes y se tienen por aprobadas a los quince días de notificadas excepto que se opondan con mayoría suficiente.

CONJUNTOS INMOBILIARIOS

1. Concepto

El *conjunto inmobiliario* se desarrolla en un solo plano horizontal cualquiera sea la topografía del terreno afectado. Las unidades privativas que lo componen se asientan sobre terreno propio y cada una de ellas guarda autonomía funcional y edilicia, con salida a la vía pública por vía directa o indirecta (art. 2077), con las características previstas en el art. 2074 y los recaudos previstos por las normas administrativas (arts. 2075 y 2079).

2. Partes privativas. Partes comunes. Destino

La planificación y desarrollo del conjunto inmobiliario depende de diversos factores: destino, emplazamiento geográfico, extensión, infraestructura y determinación de las partes que serán privativas y comunes, conforme lo autoricen las normas administrativas (art. 2079).

Son comunes las partes y lugares del terreno destinadas a vías de circulación, accesos y comunicación y de toda otra parte afectada al uso comunitario (art. 2076).

La unidad funcional es privativa y la parcela en que se asienta también. La superficie y ubicación varían según se encuentre afectada a la construcción de una vivienda o de una planta industrial, de una chacra o de un viñedo, de un local comercial, de una oficina, de un centro médico o un establecimiento educacional, etcétera; o sea que depende del destino y de las características propias del conjunto inmobiliario.

3. Estado constructivo

El art. 2077 dispone que la unidad funcional puede encontrarse "construida o en proceso de construcción". No todo conjunto inmobiliario se des-

tina a la construcción, por ejemplo los pueblos de chacras o los conjuntos vitivinícolas que se han desarrollado en el interior del país. En consecuencia un criterio razonable es entender que “en construcción” puede referirse a las obras básicas de infraestructura del conjunto, sus instalaciones y la provisión de servicios públicos que debe aprobar la autoridad administrativa para que la unidad funcional cumpla su destino dentro del conjunto.

4. Afectación a propiedad horizontal especial

Los conjuntos inmobiliarios se deben someter a la normativa del derecho real de propiedad horizontal, con las modificaciones que establece el Título VI, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial (art. 2075).

La afectación requiere el plano de sometimiento a propiedad horizontal especial o división jurídica del inmueble en conjunto inmobiliario, en partes privativas (art. 2077) y partes comunes con los respectivos porcentuales (art. 2076), debidamente aprobado por la autoridad catastral (arts. 1 incisos a) y b) y art. 3° incs. a), b), c) y g), arts. 5°, 6°, 7°, 9° y conc. de la Ley 26.209), conforme a reglamentaciones locales.

El propietario del inmueble debe redactar, por escritura pública, el reglamento de propiedad horizontal especial, que se inscribe en el registro inmobiliario.

5. Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes

El art. 2075 exige la adecuación a propiedad horizontal especial de los conjuntos inmobiliarios que preexisten a la sanción del código. No impone plazo ni sanción para los conjuntos inmobiliarios que no se adecuen. En consecuencia su cumplimiento no será objeto de calificación registral cuando se requiera la inscripción de constitución o transmisión de derechos reales relacionados con estos conjuntos preexistentes.

Distintos supuestos

- Barrios cerrados bajo el régimen de la ley 13.512: para las jurisdicciones provinciales que adoptaron el régimen de la ley 13.512 para los conjuntos inmobiliarios, la adecuación opera como una suerte de convalidación del sistema elegido, adecuando aquellas normas que no encuadren en la nueva normativa, es decir una adecuación propiamente dicha.

- Barrios cerrados bajo el régimen de dominio y condominio de indivisión forzosa: derecho real de dominio sobre cada lote o parcela y de condominio de indivisión forzosa sobre los accesos y calles interiores, será más

Informaciones

complejo estructuralmente la adecuación a propiedad horizontal especial, en especial si los propietarios no acuerdan por unanimidad la adecuación al marco legal, dado que es necesario que el acto jurídico de adecuación por escritura pública sea otorgado por todos ellos, salvo resolución judicial que lo disponga imperativamente. En esta hipótesis los lotes o parcelas habrán de convertirse en las partes privativas del conjunto y los accesos, calles interiores y también otros espacios comunes (plaza, quincho, piscina, etcétera) en las partes comunes.

- Barrios cerrados. Clubes de campo. Persona jurídica titular de espacios comunes con constitución de servidumbres o barrios privados organizados bajo las normas de loteo donando en algunos casos las calles al municipio, con o sin cierre del barrio y acceso restringido, y en otros casos sin calles internas ni cerramiento del barrio. Evidentemente, estos supuestos tienen escollos prácticamente insalvables para lograr la adecuación estructural del complejo inmobiliario a la propiedad horizontal especial. La falta de plazo y sanciones ya citado seguramente implicará que estos barrios no se adecuarán en tanto no esté reglamentado y aclarados los recaudos para ello y se obtengan las conformidades de los propietarios.

Inconstitucionalidad de la obligación de adecuar

Un sector de la doctrina entiende que la norma que dispone la adecuación es inconstitucional porque afecta derechos adquiridos. En sentido opuesto, se afirma que la norma establece una excepción al art. 7° del código, en tanto consagra un supuesto de retroactividad de la ley; y que en su caso habría que demostrar judicialmente que se afectan derechos constitucionales adquiridos.

Consideramos que en los casos de imposibilidad jurídica de adecuación "estructural" del complejo existente a la propiedad horizontal especial, la adecuación será "operativa" en la oportunidad que el juzgador deba resolver un conflicto. Por ejemplo, el cobro ejecutivo de los gastos y contribuciones comunes (arts. 2081 y 2048) procede independientemente de la estructura jurídica del conjunto preexistente; el cumplimiento del reglamento convencional preexistente, especialmente en materia de construcciones, infracciones, sanciones (art. 2080); la aplicación del seguro obligatorio de la prehorizontalidad (arts. 2070 y 2071); la constitución del consorcio de propietarios dotado de personalidad jurídica (art. 2044); la conformación de subconsorcios no previstos (art. 2068), etcétera.

De esta manera se alcanza la interpretación integradora y sistemática

del art. 2075 con el art. 7°, en tanto se aplica el régimen de la propiedad horizontal especial y general a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes en los conjuntos inmobiliarios con distinto formato jurídico, si ello redundaría en soluciones que sean más favorables para su subsistencia y desarrollo.

TEMA 16 – FIDEICOMISO. LOCACIÓN. LEASING

Coordinadora: Zulma A. Dodda

Disertantes: Nicolás Agustín Soligo Schuler. Eduardo Gabriel Clusellas.

LOCACIÓN

1.- El CCyC en el art. 375 inc. k, exige facultades expresas para dar o tomar en locación inmuebles por más de tres años, a diferencia del Código de Vélez que lo requería para períodos superiores a seis años. Por tanto, se recomienda en la redacción de poderes receptor esta nueva exigencia.

2.- En atención a la contradicción normativa entre los arts. 1191 y 375 inc. k), se aconseja investir al apoderado de facultades para cobrar alquileres anticipados por más de tres años, cuando así lo desee el poderdante, por tratarse de la exigencia normativa más restrictiva.

3.- El CCyC no considera un plazo de preaviso para la rescisión anticipada de las locaciones como preveía el art. 8° de la Ley 23.091. No obstante, las partes pueden incorporarlo a las previsiones contractuales.

4.- El locatario sólo puede ceder su posición contractual según el art. 1636 CCyC, con la conformidad de las restantes partes si hay prestaciones pendientes. La sublocación está permitida según el mecanismo del art. 1214, salvo pacto en contrario.

LEASING

1.- La derogación de la prohibición legal de pactar como precio el valor venal respecto de inmuebles (art. 1535 CCyC) permite, para establecer el valor de la opción de compra, incorporar una parte proporcional del valor de mercado al momento de ejercerla.

2.- El CCyC mantiene la forma de escritura pública cuando el leasing tiene por objeto inmuebles, buques o aeronaves.

3.- A los efectos de su oponibilidad frente a terceros, el contrato debe inscribirse en el registro que corresponda. Respecto de inmuebles la inscripción se mantiene por el plazo de 20 años.

4.- Respecto del leasing de inmuebles rige plenamente el sistema de prioridades establecido por la ley 17.801 (reserva de prioridad y retroprioridad).

5.- La inscripción retroactiva a la fecha de la entrega del bien en el leasing del art. 1234 CCyC se refiere únicamente a las cosas muebles no registrables o software.

FIDEICOMISO

El Código Civil y Comercial reconoce expresamente en la definición de la figura el carácter consensual del contrato de fideicomiso e introduce en general muy pocas innovaciones a la figura manteniéndola en su mayor parte tal como se encontraba prevista en la ley 24.441.

Plazo

La extensión temporal que prevé el art. 1668 para el supuesto de que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, debería interpretarse en el sentido de que dicha extensión se haría posible sólo cuando el fideicomiso claramente intentara proteger esos derechos, y con relación a su persona.

Forma

Entendemos que la obligación de inscripción de los contratos de fideicomiso se refiere sólo a los nuevos contratos que se otorguen a partir de la creación del registro especial. Ninguna norma indica que dicha exigencia debería extenderse a los contratos en curso de ejecución, salvo que una ley especial así lo ordene en el futuro.

Para determinar cuál será el registro especial es necesario el dictado de una ley en cada jurisdicción provincial. No debe resultar de aplicación la auto designación de tal carácter por parte de ninguno de los registros hoy existentes.

Si un contrato de fideicomiso se hubiera otorgado por instrumento privado con anterioridad a la puesta en vigencia del nuevo CCyC y tuviera por objeto bienes inmuebles, deberá transcribirse ya sea en el mismo instrumento o por protocolización simultánea o previa a la transmisión del dominio fiduciario, tal como expresamente se encuentra previsto para los contratos celebrados a partir del 1/8/2015.

En los sucesivos actos que tengan por objeto inmuebles, bastará con relacionar los datos de la escritura de protocolización del contrato.

Si el dominio fiduciario del bien objeto del contrato ya se hubiere transmitido antes del 1/8/2015, no se requerirá la transcripción del contrato.

Sujetos

El CCyC admite expresamente la compatibilidad de roles entre el fiduciario y el beneficiario, debiendo evitar conflicto de intereses y obrar privilegiando los derechos de los restantes beneficiarios. Esta admisión no permite la posibilidad de que el fiduciario reciba un bien integrante del patrimonio fiduciario

Informaciones

como formando parte de su remuneración, ya que se mantiene la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos (art. 1678).

Incorpora la posibilidad de solicitar la remoción judicial del fiduciario o de que este renuncie cuando se encuentre imposibilitado material o jurídicamente para el desempeño de su función. Esto representa un gran avance para los negocios instrumentados, ya que no resulta necesario verificar previamente el mal cumplimiento de sus funciones para solicitar la remoción, bastando la acreditación de la imposibilidad de su desempeño en el futuro.

Reconoce expresamente los mecanismos de sustitución del fiduciario con las características de una transmisión de dominio declarativa y no transmisiva. No resultará necesario iniciar el juicio sucesorio cuando se produzca la muerte del fiduciario, bastando la acreditación objetiva de su deceso.

Admite como forma para transmitir el dominio al sustituto cuando se trate de bienes registrables ante una causal de cese: el instrumento judicial, notarial o privado autenticado. El legitimado para solicitar dicha registración será el fiduciario sustituto. Consideramos que la multiplicidad de formas admitidas debe interpretarse en función de los bienes que resulten objeto de la transmisión al sustituto, y por consiguiente, tratándose de inmuebles sólo la forma escritura pública debería resultar la idónea, quedando en consecuencia el instrumento privado autenticado reservado a la transmisión de bienes que admitan esa forma instrumental.

Dominio y condominio fiduciario

El CCyC reconoce expresamente para los fideicomisos que tengan por objeto bienes inmuebles, en el caso del nombramiento de varios fiduciarios la existencia de un verdadero condominio fiduciario pero con especiales características ya que prohíbe a los condóminos ejercer la acción de partición (art. 1668), lo que ha sido repetidas veces reclamado por la doctrina. Admite la posibilidad de que los condóminos pacten la disposición indistinta, cláusula que tendrá vocación registral.

Fideicomiso testamentario

Se plantea en el análisis integral del código la posibilidad de utilizar la figura del fideicomiso como una forma de establecer mejoras a la porción disponible cuando se trate de ascendientes o descendientes con discapacidad (art. 2448). Consideramos que representa una importante herramienta para dar respuesta a los requerimientos de los testadores para cubrir las necesidades de los herederos más vulnerables.

Informaciones