

VOL.

1

1CCO

Octubre/  
Diciembre/2024

# Revista Notarial

COLEGIO DE ESCRIBANOS  
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Fundada el 1 de agosto de 1894 - Decana de América

## Director

Eduardo Gabriel Clusellas

## Comité de redacción y referato

Mariano Costanzo

Gastón R. di Castelnuovo

Elba Frontini

María Luján Lalanne

Nicolás Agustín Soligo Schuler

Marcela Haydée Tranchini de Di Marco

Marcelo Eduardo Urbaneja

Año 130 - Av. 13 N° 770 (B1900TLG)

La Plata - Provincia de Buenos Aires - República Argentina





CONSEJO DIRECTIVO  
**2022/2024**

**Presidente** Diego Leandro Molina

**Vicepresidente 1º** Alicia Noemí Broccardo

**Vicepresidente 2º** Nelly Olga López

**Secretaria de Gobierno** Karen Maína Weiss

**Secretario de Administración** Patricio Rodolfo Villamayor

**Secretaria de Relaciones Institucionales** Carina Pérez Lozano

**Secretaria de Asuntos Previsionales** María Paula Velilla

**Secretario de Aportes** Andrés Martínez (h)

**Tesorero** Juan Manuel Area

**Protesorera** María Beatriz Aguirre

#### **Consejeros**

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

**Decano Honorario del Notariado Bonaerense:** Natalio P. Etchegaray

# Delegaciones del Colegio de Escribanos

<b>AZUL</b>	Marcela Marta Voiscovich Av. 25 de Mayo 545 - (B7300FXF) - Tel. (02281) 43-2998
<b>BAHÍA BLANCA</b>	Santiago Francisco Oscar Scattolini Belgrano 252 - (B8000IJF) - Tels. (0291) 452-2953 / 453-9849
<b>DOLORES</b>	Francisco Eitel Barreto Peltzer Buenos Aires 536 - (7100) - Tel. (02245) 44-7699
<b>JUNÍN</b>	Sebastián Justo Cosola General Paz 28 - (B6000FKB) - Tel. (0236) 443-2509
<b>LA PLATA</b>	Valeria Laura Pepe Calle 48 N° 716 - (B1900AND) - Tel. (0221) 482-9601
<b>LOMAS DE ZAMORA</b>	Diego Ariel Hollmann Avda. Meeks 420 - (B1832DEJ) - Tels. (011) 4244-1453 / 6403 / 6408
<b>MAR DEL PLATA</b>	Juan Pablo González Fortini Avda. Independencia 2190 - (B7600DIR) - Tels. (0223) 493-6612 / 495-3649
<b>MERCEDES</b>	Luis Felipe Basanta Calle 18 N° 730 e/ 29 y 31 - (B6600HJT) - Tel. (02324) 42-4738
<b>MORÓN</b>	María del Pilar Llorens Rocha San Martín 283 - (B1708IHE) - Tels. (011) 4629-8658 / 4628-8243 / 4627-5093
<b>NECOCHEA</b>	Rosario Zabala Calle 65 N° 2755 - (B7630HLY) - Tel. (02262) 43-1482
<b>NUEVE DE JULIO</b>	Brígida Gloria Raffo Avda. Libertad 836 - (B6500EVV) - Tel. (02317) 42-2123
<b>PERGAMINO</b>	Alfredo Ceferino Troilo Marcos Leandro N. Alem 623 - (B2700LHM) - Tel. (02477) 42-3971
<b>SAN ISIDRO</b>	Ana Antonieta Lavecchia Chacabuco 484 - (B1642CHF) - Tels. (011) 4743-2052 / 3629
<b>SAN MARTÍN</b>	Viviana Beatriz Martínez Calle 91 (San Martín) N° 1834 - (B1650BEF) - Tels. (011) 4752-6132 / 4755-5630
<b>SAN NICOLÁS</b>	María Andrea Sánchez Negrete Calle de la Nación 219 - (B2900AAE) - Tel. (0336) 442-5821
<b>TANDIL</b>	Marcos María Badillo Gral. Martín Rodríguez 453 - (B7000AOI) - Tel. (0249) 442-5734
<b>TRENQUE LAUQUEN</b>	María Cristina García Avda. Leandro N. Alem 172 (B6400BBO) - Tel. (02392) 42-2105





# Sumario 1000

Octubre/Diciembre/2024

VOL

1

## Editoriales

- Primeros 130 años. Primeras 1000 ediciones  
**Eduardo Gabriel Clusellas** 9
- ¡Hacia adelante!  
**Elvira Martha Yorio** 13

## Doctrina

- Consentimiento informado del requirente como resguardo de la responsabilidad notarial  
**Natalio P. Etchegaray** 17
- La inoponibilidad como categoría jurídica en el Código Civil y Comercial  
**Aída Kemelmajer** 29
- Petición de herencia. Acción de los herederos  
**Rubén H. Compagnucci de Caso** 65
- Identidad de fines institucionales entre los escribanos y el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires  
**Julio Conte-Grand** 109
- El derecho real de superficie para construir en Argentina. Las dimensiones del inmueble afectado como objetos autónomos, la publicidad inmobiliaria y su repercusión con disciplinas vinculadas  
**Jorge R. Causse** 127
- Donación aceptada en forma solidaria  
**Néstor Daniel Lamber** 157

Aspectos pragmáticos de capacitación y ejercicio de la función notarial	
<b>José M. R. Orelle</b>	<b>175</b>
La teoría del título y modo en las escrituras traslativas de la propiedad	
<b>Gabriel B. Ventura</b>	<b>201</b>

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

## Primeros 130 años Primeras 1000 ediciones

El Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, en sus albores organizativos, fue delineando claramente su objetivo de trabajar en función de cuerpo, para lo que necesitaba comunicarse activamente con los colegas que lo integraban, en el contexto de una provincia tan extensa en su superficie, y con tantas dificultades para acceder rápidamente a la información.

Es por eso que, a solo cinco años de su fundación, el 1 de agosto de 1894, su Consejo Directivo decidió la creación de una Revista que permitiera difundir las novedades entre sus colegas y, además, servir de órgano para contribuir a la capacitación profesional.

De esta forma se transformó en la primera Revista de contenidos notariales de América, y decana en este tipo de publicaciones.

Desde sus comienzos se convirtió en la vía de comunicación de todas las novedades notariales, con una periodicidad mensual, distribuyéndose a todos los colegas de la provincia. Con el tiempo, y con las mayores facilidades para acceder a la información, fue incrementando su contenido doctrinario, desplazando las novedades a los boletines que para cada ocasión se circulaban.

Es así que hoy, sin duda, se ha transformado en una de las publicaciones de contenidos jurídico-notariales más prestigiosas a nivel nacional e internacional. Los más grandes juristas han jerarquizado sus páginas con sus artículos. La gran cantidad de premios obtenidos que reconocen su calidad científica y su trayectoria ininterrumpida, manteniendo el mismo standard de calidad, dan muestra de que nos encontramos en el camino correcto.

La Revista Notarial no agota su existencia en el universo de notarios de la Provincia de Buenos Aires. Su distribución alcanza a todos los jueces de la Provincia, cámaras nacionales y federales, a gran parte de las universidades del país, y a distintos profesionales que se encuentran suscriptos a ella. En la actualidad, y aprovechando las ventajas que ofrecen las modernas tecnologías, se está editando además del

formato tradicional en papel, en formato digital, que permite su difusión a todos los notarios, juristas y bibliotecas del país y del mundo que deseen nutrirse de sus contenidos.

Hemos incorporado a nuestro Comité de Redacción un Comité de Referato, que analiza y aprueba la calidad académica de los trabajos a publicarse, que está integrado por los prestigiosos colegas Mariano Costanzo, Gastón R. di Castelnuovo, Elba Frontini, María Luján Lalanne, Nicolás Agustín Soligo Schuler, Marcela Haydée Tranchini de Di Marco y Marcelo Eduardo Urbaneja.

Quiero aprovechar para rendir un sincero homenaje a todos aquellos que diariamente hacen posible esta publicación, al Departamento Comunicaciones del Colegio de Escribanos, a quienes junto conmigo integran el Comité de Redacción y, en especial, a todos los que durante estos 130 años han sido los verdaderos impulsores del prestigio de esta Revista. Basta con citar a los colegas que dirigieron la publicación durante los últimos 50 años: Raúl R. García Coni, Francisco Cerávolo, Carlos N. Gattari, Elvira Martha Yorio, Claudio A. Solari del Valle, Zulma A. Dodda y Carmen Silvia Elena Magri. El prestigio de cada uno de ellos me exime de mayores comentarios.

En esta oportunidad, los festejos de nuestra Revista, que ha transitado por tres siglos, transformándose en la publicación de su tipo Decana de América, y la más antigua en el mundo, suman además la celebración de haber alcanzado las 1000 ediciones.

Esta circunstancia excepcional, que nos honra y nos compromete, motiva la aparición de la milésima Revista en dos volúmenes especiales, que cierran las ediciones correspondientes al año 2024, en su homenaje y en reconocimiento a quienes han construido una historia tan prolífica.

Este año, además, para acompañar la celebración del 130 aniversario, la Revista Notarial auspiciará la realización de actividades científicas, entre las cuales se ha previsto una mesa redonda sobre el tema "Nuevo Código Civil y Comercial a 10 años de su vigencia", coincidiendo con el inicio del año en que se cumplirá un decenio de la entrada en vigencia de la normativa unificada, con disertaciones de juristas notables.

Finalmente, quiero destacar de manera muy particular a los autores que nos acompañan en estas ediciones especiales, y que las dotan de

un perfil especial de alto nivel científico y académico, acorde a la trascendencia de la ocasión: Pascual Eduardo Alferillo, Ignacio E. Alterini, Jorge R. Causse; Rubén H. Compagnucci de Caso, Julio Conte-Grand, Sebastián Justo Cosola, Marcelo de Hoz, Natalio P. Etchegaray, Aída Kemelmajer, Néstor Daniel Lamber, José María Orelle, Néstor O. Pérez Lozano, Marcela H. Tranchini, Walter C. Schmidt, Gabriel B. Ventura y Gastón A. Zavala.

Muchas gracias a todos los lectores, que reciben esta obra con entusiasmo, en la esperanza de que esta y futuras generaciones de juristas puedan aprovechar sus contenidos.

Eduardo Gabriel Clusellas  
Director



## ¡Hacia adelante!

¿Cuándo un objeto de la cultura puede considerarse “clásico”?

La respuesta que se impone es: si el transcurso del tiempo no ha hecho mella en sus cualidades esenciales. Testigo de un pasado, de valor inmarcesible. De allí que se señale como tales a las esculturas de Miguel Ángel, o a la Divina Comedia del Dante, entre otros muchos ejemplos. Hoy voy a hablar de Revista Notarial, un objeto de cultura clásico, que ha ido captando las transformaciones impuestas por las circunstancias temporales, manteniendo ese puesto de vanguardia que ha ostentado siempre dentro de las publicaciones jurídicas.

En este año 2024 confluye la conmemoración de tres significativos acontecimientos: Revista Notarial cumple ciento treinta años, alcanza al ejemplar número mil y conmemora que, hace cincuenta años, en el año 1974, su edición completa correspondiente a ese período obtuvo el Premio a la mejor Revista Científica Argentina, reconocimiento otorgado por la Asociación de la Prensa Técnica Argentina (APTA) y la Fundación Rizzuto. Por ello, tuve además el honor de recibir una singular presea, el premio “Sembrador de Ideales” con el cual se distingue al periodista que dirige la publicación, y guardo entre mis bienes más preciados.

Asumí la conducción de la revista, en 1971, permaneciendo en esa función durante once años ininterrumpidos. Una etapa de mi vida que recuerdo con especial beneplácito. Tanto en lo profesional como en lo personal fue enriquecedora. De una parte, facilitó el contacto con grandes pensadores del Derecho que generosamente brindaron su saber científico, a través de ensayos y artículos, cuya publicación conformó un acervo jurídico de obligada consulta para notarios, abogados, magistrados judiciales y en general lectores ávidos de recibir el don del aprendizaje a través del contacto con excepcionales maestros. Por otro lado, se dio una fluida comunicación con las jóvenes generaciones de estudiantes de Derecho de todo el país, que se acercaron a abreviar en fuentes de tanta solvencia científica.

Las distintas secciones de la publicación se fueron transformando por influjo de los cambios que, operados en el afuera, podían repercutir en su

diagramación, forma y contenidos. Ello se hizo procurando mantener una unidad temática en cada sección, preservando siempre la pluralidad de los análisis formulados por los distintos autores, de manera tal que los lectores tuvieran la posibilidad de acceder a las más variadas doctrinas para extraer sus propias conclusiones.

Así se perfiló la revista desde sus comienzos. Nació en 1894 por la visionaria decisión de un grupo de escribanos, entre ellos Arturo Mom, y se convirtió en la revista jurídica Decana de América. En principio, constituía una guía prevalentemente práctica para los escribanos, forjados solo en su dedicación personal y vocación de servicio, ya que la carrera universitaria de notariado aún no se había creado, y la habilitación para el ejercicio se limitaba a la aprobación de algunos exámenes ante las cámaras de apelación en lo civil. Esa sencilla estructura de sus inicios comenzó paulatinamente a consolidarse y a enriquecer su temática, conforme las necesidades de los escribanos que fueron sus primitivos destinatarios. Desempeñó misión formadora e informadora, presente desde el primer número, hasta convertirse en una herramienta indispensable de consulta, no solo para noveles profesionales sino para quienes ostentaban ya una rica experiencia en su ejercicio. También inspiró a muchos teóricos del Derecho y fortaleció vocaciones. Su prestigio implicó que fuera requerida desde todos los puntos del país y también del extranjero, teniendo un sitio de honor en las hemerotecas de los principales colegios profesionales del mundo. En la actualidad su versión digital tiene, también, una amplísima difusión.

Han sido muchos los cambios operados en estos ciento treinta años; para la humanidad en general y también para las instituciones que la conforman. El advenimiento de cada cambio, a veces paulatino, a veces súbito, vino cargado de preguntas y al mismo tiempo de hipótesis de tanteo. En general es dable advertir modificaciones en el concepto persona; la familia, que pasa a ser considerada como una comunidad orgánica; el contrato, que evoluciona desde su autonomía rígida a su humanización, la propiedad, que pierde absolutismo y adquiere una función con connotaciones sociales... A modo de ejemplo menciono instituciones que no estaban contempladas en el Código de Vélez Sarsfield. Tales la Ley de Derechos Civiles de la mujer del año 1926, la de propiedad horizontal, que tuvo consagración legislativa recién en el año 1948, o la Ley de Divorcio Vincular del año 1987... ni hablar de toda la temática impuesta por la invención de las nuevas tecnologías

y tantas otras transformaciones operadas en período tan dilatado. Revista Notarial brindó certeras respuestas y reflejó esas mutaciones en medulosos ensayos escritos por grandes juristas, para conocimiento e ilustración de sus destinatarios, manteniendo a través del tiempo, su calidad científica y la actualidad que cada época exigió. En su larga trayectoria, no fue indócil al legado recibido, pero estuvo atenta a no perder jamás el ritmo impuesto por lo nuevo, y sigue cumpliendo su específica misión, anticipándose a lo que está por venir. Como decía Saleilles: lo que constituye materia científica en lo jurídico, no es la mera interpretación de la ley positiva, sino el amplio campo de las investigaciones del pensamiento, el estudio de los fenómenos sociales considerados en sí mismos, y en la naturaleza de su origen. Esa fue la característica que tuvo y mantiene nuestra publicación.

Destaco que Revista Notarial siempre exorbitó su función específica, proyectándose como vehículo de cultura jurídica a través de simposios, conferencias y mesas redondas que organizó, ya sea como labor exclusiva o en colaboración con las más prestigiosas instituciones: por ejemplo, la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, o el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, entre otras. A través del tiempo, continúa esa labor permanente de superación mediante la renovación y captación de las nuevas modalidades que el ejercicio profesional conlleva. La paz jurídica sigue estando en buenas manos, el notariado bonaerense no escatima esfuerzos para estar en sintonía con las modificaciones operadas en el devenir de los tiempos.

He titulado estas palabras con el mismo rótulo que empleé en el primer editorial que escribí para Revista Notarial en 1971, y que, en inmerecido homenaje hacia mi persona, impuso el querido y recordado Claudio Solari del Valle también a su primer editorial en 1982, al sucederme en tan honoroso cargo. "Hacia adelante". Esa ha sido la tácita consigna que ha guiado a la prestigiosa institución colegial a través de más de una centuria: el trabajo de excelencia que el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires lleva a cabo en todas las áreas de su incumbencia, con la mirada puesta siempre en un futuro que acreciente la grandeza lograda, para bien de sus integrantes y de la comunidad toda.

Elvira Martha Yorio



# CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL REQUIRENTE COMO RESGUARDO DE LA RESPONSABILIDAD NOTARIAL

Natalio P. Etchegaray

SUMARIO: 1. Responsabilidad notarial. 2. El consentimiento informado en la labor del médico. 3. Una experiencia personal sobre consentimiento informado en la actividad propia del "Equipo Argentino de Antropología Forense" (EAAF). 4. La labor notarial. 5. Un cuarto elemento que está presente en toda la tarea notarial: el asesoramiento. 6. Deberes notariales en esta materia. 7. Bases legales del consentimiento informado notarial. 8. No debe confundirse el consentimiento informado notarial con las cláusulas de dispensa anticipada de la responsabilidad (art. 1743 CCyC). 9. Algunos casos actuales en los que se impone obtener el consentimiento informado notarial. 10. Conclusiones. 11. Apéndice bibliográfico

Se presenta el número 1000 de la prestigiosa y querida Revista Notarial, órgano esencial de nuestro Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Decana de América.

Su Director, notario Gabriel Clusellas, me solicitó oportunamente una colaboración para dicho número, y tras agradecer y aceptar la distinción, medité sobre el tema del que me ocuparía, lo que me llevó a la decisión de referirme a un tema de absoluta actualidad para los escribanos, como es utilizar el **consentimiento informado**, denominación técnica de la antigua **minuta insistida**, como resguardo de la responsabilidad notarial en materia de asesoramiento y enfoque jurídico del acto instrumentado.

## 1. Responsabilidad notarial

En mi diaria relación con colegas en ejercicio rescato su preocupación por la autorización de escrituras u otros actos propios del quehacer notarial, en los que sienten que la tarea encomendada puede comprometer su función, sin poder determinar claramente qué aspectos del acto instrumentado les traerán aparejado un reclamo judicial y económico por mal desempeño.

La complejidad del entramado de nuestra realidad socio-económica ha tornado muy difícil determinar "**las ulterioridades legales previsibles**" de cada acto en el que intervenga el notario. Esta frase se incluye en el inc. 3. del art. 35 de la ley 9020, orgánica del notariado bonaerense, que en 13 incisos enumera los deberes del notario bonaerense, y del que me ocuparé en detalle más adelante.

## 2. El consentimiento informado en la labor del médico

Es muy conocida la aplicación, reconocida legislativamente, en materia de salud, de los **consentimientos informados**, que consisten en el reconocimiento, por parte del paciente, de que ha sido advertido, con todo detalle y claridad, de las posibles consecuencias para su salud de la práctica médica a la que se lo someterá.

Evidentemente, la trascendencia social de la profesión médica impuso su aplicación masiva, retardándose la utilización del uso del consentimiento informado a otras actividades profesionales.

El art. 59 del Código Civil y Comercial de la Nación se ocupa de definir y detallar en 8 incisos la naturaleza jurídica y las bases de la figura, cuando expresa esencialmente que el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud, es la declaración de voluntad expresada por el paciente, luego de recibir información clara, precisa y adecuada respecto a: su estado de salud, el procedimiento dispuesto y los objetivos perseguidos, los beneficios esperados y los riesgos y efectos adversos previsibles, los procedimientos alternativos y sus riesgos, las consecuencias de no realizar el procedimiento y el derecho a rechazarlo. Por último, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

En apéndice se cita bibliografía sobre asentimiento informado en materia de salud, que puede consultarse en la Biblioteca Jurídica Central del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

### **3. Una experiencia personal sobre consentimiento informado en la actividad propia del “Equipo Argentino de Antropología Forense” (EAAF)**

Entre los años 2012 y 2015 participé en mi carácter de Escribano General de la Nación, alternándonos con la Escribana Adscripta Vanina Leila Capurro, en la campaña que con el auspicio de la Cruz Roja Internacional realizó el Ministerio de Justicia de la Nación, coordinada por el Dr. Juan Martín Mena y el Equipo Argentino de Antropología Forense” (EAAF), coordinado a su vez por Carlos “Maco” Somigliana, y completado con funcionarios designados por el Ministerio de Desarrollo Social.

En esta campaña, realizada a lo largo y ancho de todo el país, se entrevistó a familiares de los combatientes que no regresaron de la guerra de Malvinas, para obtener su muestra de ADN y confrontarlo oportunamente con el de aquellos que estaban sepultados en el Cementerio de Darwin con la indicación de “Soldado Argentino sólo conocido por Dios”.

En la entrevista con cada familia se explicaba el motivo de la visita: obtener el ADN del familiar más cercano del combatiente que no regresó

al país, con el único fin de identificarlo, sin compromiso alguno de repatriación, decisión final a cargo de los familiares, una vez efectuada la identificación. Todo ello quedaba plasmado en un consentimiento informado que firmaba el familiar dador de la muestra de ADN. En esa parte de la campaña, sólo dos familias, por distintos motivos, negaron dar la muestra, que sin embargo y afortunadamente, con posterioridad fue proporcionada.

#### 4. La labor notarial

El alcance social de la labor notarial de tipo latino, tal como la que se desarrolla en nuestro país, ha sido reconocida y detallada en los fundamentos del Código Civil y Comercial.

En principio son tres los ejes primarios de la labor notarial para que se concrete en un documento válido y eficaz:

- a- *Identificación de los requirentes*: tarea obligatoria y que debe quedar documentada en el documento notarial (art. 306 CCyC).
- b- *Juicio de capacidad de los requirentes de acuerdo al acto instrumentado*: juicio implícito en la aceptación del requerimiento, que no requiere mención documental, tal como lo reconoce expresamente el art. 77 inc. d) de la ley 404 reguladora de la función notarial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- c- *Legitimación de los requirentes para intervenir en el acto documentado*: juicio que debe acreditarse mediante la mención de los títulos y antecedentes que acrediten la relación de poder que permite el acto propio o justifica la representación voluntaria, orgánica, parental o judicial invocada por el requirente. Ello se logra mediante el estudio de los títulos, las representaciones y las certificaciones registrales y catastrales.

#### 5. Un cuarto elemento que está presente en toda la tarea notarial: el asesoramiento

Tanto la ley 9020 del Provincia de Buenos Aires como la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ponen, respectivamente, el acento en la labor asesora del notario no sólo en la redacción del documento

sino, fundamentalmente, en el asesoramiento sobre las ulterioridades legales previsibles y los alcances y consecuencias del acto instrumentado. Y lo incluyen entre los deberes notariales.

## 6. Deberes notariales en esta materia

La ley 9020 de la Provincia de Buenos Aires en su art. 35 sienta las bases de la tarea notarial: el inc. 2) en cuanto a la obligación de asesorar y el inc. 3), con toda claridad, obliga a *estudiar cada caso en relación con sus antecedentes, a su conversión en acto formal y a las ulterioridades legales previsibles.*

La ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su art. 60, inciso a) establece como función indelegable del notario: *recibir por sí mismo las declaraciones de voluntad de los comparecientes y **previo asesoramiento sobre los alcances y consecuencias del acto**, adecuarlas al ordenamiento jurídico y reflejarlas en el documento.*

Queda claro entonces que la legislación toma en cuenta los principios de la doctrina que compromete al notariado latino con la circulación virtuosa del documento autorizado por escribano, y de las responsabilidades de todo tipo en que puede incurrir el notario, si no advierte a las partes de las posibles objeciones que puedan oponerse a la circulación del título de propiedad o de garantía, o de reconocimiento de los derechos que emanan del documento que se ha generado con su intervención.

## 7. Bases legales del consentimiento informado notarial

El art. 77 del ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires impone al escribano, en su inciso h), **dejar constancia en las escrituras de las advertencias y reservas que resultaren obligatorias por disposiciones de la misma u otras disposiciones legales;** *y las que a su juicio estimare oportunas, respecto del asesoramiento prestado, las prevenciones formuladas sobre el alcance y consecuencias de las estipulaciones y cláusulas que contuviere el documento, y los ulteriores deberes de los interesados.*

A su vez, el decreto 1624/00, reglamentario de la ley 404, *autoriza al notario a considerar, a su elección, si las prevenciones formuladas sobre el alcance y consecuencias de las estipulaciones y cláusulas que con-  
tuviere el documento y los ulteriores deberes de los interesados **deben hacerse en la propia escritura o en documento por separado.***

**Advierto sobre la conveniencia de que el consentimiento informado se instrumente en documento por separado, para evitar que en sede judicial se pueda considerar una cláusula formularia que se repite en las escrituras, por lo que no ha sido considerada debidamente por el compareciente.**

## **8. No debe confundirse el consentimiento informado notarial con las cláusulas de dispensa anticipada de la responsabilidad (art. 1743 CCyC)**

Es muy importante **distinguir** el consentimiento informado notarial de las cláusulas abdicativas o de dispensa anticipada de la responsabilidad a que se refiere el art. 1743 del Código Civil y Comercial de la Nación. Estas cláusulas son inválidas en cuanto eximan o limiten la obligación de indemnizar, cuando afecten derechos indisponibles, atenten contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o sean abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño a sufrir por dolo de las personas por las que se debe responder.

Una naturaleza jurídica tiene reconocer haber sido prevenido, con claridad y precisión, de la posibilidad de futuras consecuencias u observaciones del documento suscripto ante notario, ya acontecieran en ámbito inmobiliario, comercial, registral, tributario, catastral o judicial; y otra muy distinta liberar anticipadamente de toda responsabilidad, fuere o no dolosa.

## **9. Algunos casos actuales en los que se impone obtener el consentimiento informado notarial**

Sin perjuicio de señalar que no tiene mayor sentido la imaginación de casos prácticos posibles en los que se impondría obtener de las partes contratantes un consentimiento informado, me referiré a cinco casos

que corrientemente se presentan ante la autorización de escrituras u otros actos propios del quehacer notarial, en los que el escribano puede suponer que la tarea encomendada llegue a comprometer su función.

#### a- Donaciones a no legitimarios o extraños

A pesar de la intención legislativa de no sacar de circulación estos títulos de donación al establecer que no obsta a la buena fe del donatario o un tercer adquirente de bienes registrables, su conocimiento del origen gratuito del bien (art. 2459 CCyC), le impone buena fe y título oneroso al tercer adquirente (art. 2458 CCyC). La interpretación de estos artículos no es unánime y doctrinarios, escribanos, bancos e instituciones de crédito, así como corredores inmobiliarios se dividen entre los que aceptan estos títulos y los que no los aceptan, hasta transcurridos los diez años que produce la prescripción adquisitiva del bien registrable donado (art. 2459 CCyC). Esta situación pone al escribano ante la duda de intervenir o no en la instrumentación de la donación requerida. Y allí aparece la posibilidad de cumplir con lo requerido, pero previa suscripción por parte del donatario del consentimiento informado, donde reconoce haber sido advertido de la posibilidad de rechazo de su título por el lapso de diez años.

#### b- Adquisición y toma de posesión de inmuebles comprendidos en el derecho real de propiedad horizontal o en conjuntos inmobiliarios del art. 2073 del CCyC, que constituyen un derecho real de propiedad horizontal especial (art. 2075 CCyC)

Si el notario interviene en la confección de estos contratos antes de haberse otorgado el respectivo reglamento de propiedad horizontal, debe obtener del adquirente un consentimiento informado, donde el adquirente reconozca haber sido informado de que no adquirirá el dominio hasta que firme la respectiva escritura traslativa del derecho real y que, en cuanto a la posesión, sólo le otorga los derechos que emanan de los arts. 1170 (prioridad sobre terceros) y 1171 (oponibilidad al concurso o quiebra del vendedor) del Código Civil y Comercial de la Nación.

### c- Dudas fundadas sobre la situación económico-financiera del transmitente

Es similar al caso anterior en cuanto a la imposibilidad real de poder asegurar que el vendedor llegará libre de embargos, inhibiciones, concurso o quiebra al momento de la escritura.

### d- Ingreso como fiduciante en lugar de como comprador, en la adquisición de inmuebles en construcción

Una figura jurídica es la de ser parte de un contrato de fideicomiso como responsable de la construcción, y al que finalmente se le adjudicará la unidad que le corresponda en el edificio que él mismo está construyendo con su aporte, y otra la de un comprador con los derechos que la ley le otorga contra el constructor en caso de incumplimiento.

### e- Adquisición de unidades en propiedad horizontal con reformas estructurales no declaradas ante las oficinas municipales o catastrales

Para solucionarlas deberá efectuar gastos no previstos, que al final, incrementarán el precio de compra.

## 10. Conclusiones

En el "inconsciente colectivo" está tan arraigada la responsabilidad médica como la del escribano.

En la República Argentina, en cada distrito dispuesto por las leyes –provincia, ciudad autónoma, o municipalidad– existen notarías abiertas obligatoriamente al público. Allí se acostumbró a concurrir tanto el habitante urbano como el rural, y a frecuentar a los escribanos de su distrito cuanto tenían necesidad legal o sólo voluntad personal de certificar sus decisiones o declaraciones de voluntad. Y así se extendió la certeza popular, impuesta por la necesidad, de que el notario le entregará siempre una escritura que soportará todos los ataques legales que se le presenten. A tal prestigio, tal responsabilidad.

Obviamente estas reflexiones no constituyen un tratado de responsabilidad notarial, sólo tratan de convencer a los notarios de que utilicen un modo simple de advertir, a los titulares de los derechos que emanan de sus escrituras, de los posibles escollos que podrán oponerse a la circulación de sus títulos, evitando así futuras denuncias en su contra por falta de información y asesoramiento.

## 11. Apéndice bibliográfico

### Derecho de Autoprotección, directivas anticipadas

- *Derecho de autoprotección. Prevenciones para la eventual pérdida del discernimiento*, Llorens, Luis R.; Rajmil, Alicia Beatriz, Buenos Aires, Astrea, 2010.
- *Directivas anticipadas. El derecho de autoprotección. Cuestiones del final de la vida. Algunas notas sobre capacidad*, Lanzón, Patricia Adriana, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Di Lalla, 2017.
- "El consentimiento informado y las directivas anticipadas. Su trascendencia en el ámbito de los derechos personalísimos y en el quehacer notarial", Taiana de Brandi, Nelly A.; Brandi Taiana, Maritel M. Pub: SJA 14/10/2015, 36, Cita: TR LALEY AR/DOC/5370/201.
- "El acto de autoprotección, la escritura pública y su registración", Taiana de Brandi, Nelly A., Revista del Notariado 898, p. 109.
- "Actos de Autoprotección. Una preocupación persistente del notariado en beneficio de la comunidad", Aguirre, Rodrigo, XXXIII Encuentro Nacional del Notariado Novel. Jornada del Notariado Novel del Cono Sur, Salta, 2022. Tema 1: La intervención notarial como vehículo de concreción de derechos personalísimos.
- "La vigencia de los poderes preventivos en el Derecho argentino. Uno de los sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica", Arévalo, Enrique Jorge, Revista Notarial 983, 2017, p. 99.
- "Derecho de Autoprotección: Disposiciones sobre la salud", Rajmil Alicia B.; Lucero Eserverri Roberto A., Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial, números 2-3, 2013-2014, p.171.
- "Directivas medicas anticipadas. Actos de autoprotección y consentimiento informado", Casas, René Carlos, 39 Jornada Notarial Bonaerense, Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, 2015. Tema 5. Personas Humanas.

- "El consentimiento informado y la declaración previa del paciente", Taiana de Brandi, Nelly A.; Llorens, Luis Rogelio, Sesión ordinaria de Consejo Académico de la Academia Nacional del Notariado, 22/10/2001. Pub.: Revista del Notariado 886, p. 83.
- "Las elecciones en el Colegio. Los actos de autoprotección", Revista del Notariado 898, p. 15. Editorial.
- "Directivas anticipadas o actos de autoprotección", Katz, Flora M., Revista del Notariado 899, p. 57.
- "Actos de Autoprotección. Directivas Anticipadas", Ansó, Adriana L.; Arévalo, Enrique J.; De Dios, Mónica R.; Lamas, Analía T.; Liberatore, Diana; Lucero Eseverri, Roberto A.; Rajmil, Alicia B.; Rubio, Gerardo A., Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción, Instituto de Derecho Notarial, Cuaderno N° 6.
- "Actos y Registros de Autoprotección en Argentina", Panizza, Leopoldo M., Thomson Reuters La Ley, Fondo Editorial de Derecho y Economía, en *Derecho Registral. Una perspectiva multidisciplinaria*, segundo volumen, quinta parte - Otros registros, Cap. XVII.
- "El consentimiento informado en el escenario biojurídico actual", Pucheta, Leonardo. Pub.: El Derecho Diario, T 295, 2022. Cita digital: ED-II-CCLXXXI-198.
- "El consentimiento o asentimiento informado", Alfie, Karin. Pub.: El Derecho Diario, T 269, p. 719, 2016. Cita digital: ED-DCCLXXVI-251.
- "La función notarial aplicada a la instrumentación de los actos personalísimos de Autoprotección", Palacio, José María; Acuña, Josefina; Gorosito, Julio, Revista de Estudios de Derecho Notarial y Registral N° 6, 2019, p. 77 - 99.
- "Derecho de autoprotección y directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial de la Nación", Llorens, Luis R.; Rajmil, Alicia B., 2016. Microjuris.com; cita: MJ-DOC-7622-AR | MJD7622.
- "Derecho de autoprotección", Cerniello, Romina I.; Goicoechea, Néstor D., XXIV Encuentro Nacional del Notariado Novel, San Javier, Tucumán, octubre de 2013. Pub. digital: 2014, revista-notariado.org.ar/index.php/2014/09/derecho-de-autoproteccion/.
- "La creación del Registro de Actos de Autoprotección", Taiana de Brandi, Nelly A.; Llorens, Luis Rogelio, 2004, Revista Notarial 948, p. 419.
- "La autoprotección como realidad cotidiana del ejercicio de la libertad", Pierri, Paola Julieta; de Salas, Fernando; de Salas, Sebastián; de Santiago, Ariel; Spina, Marcela Viviana, XXXV Jornada Notarial Bonaerense, Tandil, noviembre de 2007, Tema IV: Actos de Autoprotección. Pub.: 2008, Revista Notarial 958, p. 19.
- "El mito de Asclepio. ...a propósito de la muerte digna. ...a propósito también de los actos de autoprotección", di Castelnuovo, Gastón R., 2006, Revista Notarial 953, p. 141.

- "Actos de autoprotección. Enfoque práctico y modelo", Rajmil, Alicia, Técnica y Práctica Notarial, Revista Notarial 965, 2010, p. 511.

## La persona menor de edad en el CCyC. Restricciones a la capacidad de ejercicio de las personas en razón de sus circunstancias personales

- "Apuntes para la práctica notarial acerca del Libro Primero, Título I, del Código Civil y Comercial", Rajmil, Alicia Beatriz; Llorens, Luis Rogelio. Especial para Revista Notarial 978, 2014, p. 719.
- "El Notario. Ciencia, técnica y arte al servicio de las personas más vulnerables", Armella, Cristina Noemí; Clusellas, Eduardo Gabriel; Cosola, Sebastián Justo; Moreyra, Javier Hernan; Salierno, Karina Vanesa; Spina, Marcela Viviana; Zito Fontán, Otilia del Carmen, Revista Notarial 990, 2021, p. 651.
- "Autoprotección", Spina, Marcela V. Seminarios de Teoría y Práctica Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, unidad temática 8.
- "Directivas anticipadas, poder preventivo y discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación", Brandi Taiana, Maritel M., XXXII Jornada Notarial Argentina, tema I.

## Consentimiento informado en materia de salud específico para técnicas de reproducción asistida

- "Consentimiento informado: instrumento mediante el cual se exterioriza el deseo de ser padres", Torres, Vanina A. Pub.: RDF 2018-V, 85; Cita: TR LALEY AR/DOC/3448/2018.
- "El consentimiento previo, informado y libre en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida otorgado por escritura pública y su inscripción", Monteros, Luciana; Pasquini, Donatella, XXXI Encuentro Nacional del Notariado Novel, primera edición virtual. Tema I: Derechos de las familias y derechos humanos y su relación con la actividad notarial en el CCyC.
- "Las técnicas de fecundación humana asistida como fuente de la filiación. Una nueva incumbencia notarial cercana a la bioética", Spina, Marcela Viviana, 39 Jornada Notarial Bonaerense, Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, 2015. Tema 5. Personas Humanas.
- "La certificación pública del consentimiento informado en las técnicas de reproducción humana asistida. Fundamentos y aspectos pendientes", Azpelicueta, Paula. Pub.: RDF 99, 16. Cita: TR LALEY AR/DOC/746/2021.

## Jurisprudencia

- Acción declarativa de certeza - Código Civil y Comercial de la Nación - Crio conservación de embriones - Derecho de Familia - Determinación de la maternidad - Genética - Persona humana - Técnicas de reproducción humana asistida - Voluntad Procreacional. Tribunal: Juzgado de Familia N° 2 de San Martín, fecha: 27/11/2017. Partes: "F., S. L. y otros s/ técnicas de reproducción asistida". Pub.: RDF 2018-V, 79, con nota de Vanina A. Torres. Cita: TR LALEY AR/JUR/105484/2017.

# LA INOPONIBILIDAD COMO CATEGORÍA JURÍDICA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Aída Kemelmajer

SUMARIO: 1. Palabras previas. 2. Propósito de estas líneas. 3. Nociones de eficacia, ineficacia, oponibilidad, inoponibilidad y terceros. 4. Eficacia/ineficacia. 5. Oponibilidad/inoponibilidad. 6. Otras expresiones utilizadas por el CCyC que quedan fuera de análisis. 7. La inoponibilidad en el Código Civil y Comercial. Las reglas generales. 8. La inoponibilidad en el Código Civil y Comercial. Las reglas particulares. 9. La inoponibilidad en algunas leyes especiales. 10. Conclusiones provisionales

## 1. Palabras previas

"Las revistas jurídicas constituyen un gran espejo donde se puede seguir la vida del Derecho"<sup>1</sup>.

Llegar al número 1000 de la prestigiosa Revista Notarial es prueba de la verdad del aserto. Agradezco, pues, a sus autoridades, la invitación a participar en un momento tan especial de la vida de esta publicación.

## 2. Propósito de estas líneas

El propósito de estas líneas es simple: a través de un muestreo a vuelo de pájaro de algunas normas vigentes, y sin teorizar, poner en evidencia que el Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) ha construido una especie de estructura jurídica de la inoponibilidad, categoría que existía antes de 2015, pero en otra dimensión.

## 3. Nociones de eficacia, ineficacia, oponibilidad, inoponibilidad y terceros

El territorio de estas divisiones conceptuales no es pacífico, a punto tal que "no es sencillo encontrar puntos en el que toda la doctrina o gran parte esté de acuerdo"<sup>2</sup>, y en ocasiones, la misma situación se califica por unos de nulidad y por otros de inoponibilidad<sup>3</sup>.

Las razones de las discrepancias son variadas:

a) En general, el Derecho Privado está destinado a la solución de conflictos extremadamente diversos; a ese fin, arbitra medidas que hacen prevalecer, total o parcialmente, los intereses de uno u otro; en algunos casos organiza una jerarquía, como sucede por ejemplo con las nor-

1 Tau Anzoátegui, Víctor, "Palabras introductorias", en Tau Anzoátegui, Víctor (ed.), *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 16.

2 Depetrís, C. E. y Wagner, C., "Ineficacia de los actos jurídicos", en Saux, Edgardo, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Bs. As, Ed. Rubinzal, 2018, T III, p. 677.

3 Por ejemplo, la falta de asentimiento de uno de los cónyuges en los actos jurídicos para los cuales la ley lo requiere; para la situación anterior a 2015 ver Leiva Fernández, Luis, "Frustración, nulidad e inoponibilidad de los actos jurídicos", LL 1987-D-1155.

mas de prelación de créditos para situaciones concursales; en otros, sacrifica total o parcialmente los intereses de una de las personas interesadas otorgando protección a otra; la inoponibilidad se incluye dentro de este segundo grupo, en el que aparecen, necesariamente, *partes y terceros*.

Entonces, determinar quiénes son terceros es la cuestión central, aspecto de por sí dificultoso y complejo<sup>4</sup>.

En efecto, independientemente de la ambigüedad o equivocidad del lenguaje en general y de las expresiones jurídicas en particular<sup>5</sup>, la palabra "tercero" ha sido calificada de multiforme, fluida y una de las más imprecisas del Derecho. Recién apareció, limitadamente, en la obra de Domat, generalizándose posteriormente para gran preocupación de los intérpretes<sup>6</sup>.

b) La aversión por el *tercero* es patente en un Derecho que, construido sobre el binarismo, tiene grandes dificultades en la determinación clara de otras relaciones que no sean las que corresponden a dos partes y a dos patrimonios. Desde que una tercera aparece, las dificultades se multiplican; "jurídicamente, pasar de dos a tres no es como multiplicar en matemática"<sup>7</sup>.

#### 4. Eficacia/ineficacia

La *ineficacia* (en los contratos o en los actos jurídicos en general) representa la contrapartida de la *eficacia*.

La eficacia negocial se relaciona con los efectos de los actos; se afirma que un acto es eficaz cuando desarrolla sus efectos propios y es ineficaz cuando no produce esos efectos particulares.

---

4 Compagnucci de Caso, Rubén H., *El efecto relativo de los contratos*, LA LEY 2007-B, 1108, cita: TR LALEY AR/DOC/1156/2007.

5 Monti, José Luis, "Vicisitudes del acto jurídico: ineficacia y nulidad. La cuestión en el Código Civil y Comercial", *Revista Código Civil y Comercial*, año IV, N° 6, julio 2018, p. 75.

6 Delmas Saint-Hilaire, Philippe, *Le tiers à l'acte juridique*, Paris, Ed. LGDJ, 2000, p. 1/4.

7 Delmas Saint-Hilaire, Philippe, *Le tiers à l'acte juridique*, Paris, Ed. LGDJ, 2000, p. 1/4.

Adviértase que el concepto jurídico no se corresponde exactamente con su sentido semántico porque, gramaticalmente, algo ineficaz no produce efectos; en cambio, para el Derecho, aún los actos ineficaces producen algunas consecuencias.

La ineficacia es *absoluta* cuando el acto no produce ninguno de sus efectos para nadie<sup>8</sup>. La eficacia puede ser *relativa*, en el sentido de que el negocio produce efectos sólo frente a algunos, o despliega consecuencias diferentes para distintos grupos de personas o círculos de intereses<sup>9</sup>.

Por eso, Díez Picazo<sup>10</sup> sostiene que la relatividad de la eficacia puede coincidir con la *distinción entre partes y terceros*. Puede ocurrir, y a veces acontece, que un contrato surte entre las partes todos sus efectos y que, en cambio, deba ser considerado como ineficaz frente a terceros o frente a un determinado tipo de terceros especialmente protegidos.

## 5. Oponibilidad/inoponibilidad

### a) Preliminares. Terminología. Carácter legal

La *inoponibilidad* sería un supuesto de ineficacia “establecido por la ley que priva a un acto jurídico, válido y eficaz entre las partes, de sus efectos respecto de determinados terceros a quienes la ley dirige su protección permitiéndoles ignorar la existencia del negocio e impidiendo a las partes ejercitar pretensiones jurídicas dirigidas contra esos terceros protegidos”<sup>11</sup>.

Por otro lado, la *oponibilidad* sería una aptitud, una cualidad que fuerza a los terceros a reconocer la existencia de un acto que deben respetar<sup>12</sup>.

8 Compagnucci de Caso, Rubén, *El negocio jurídico*, Bs. As., Ed. Astrea, 1992, N° 175, p. 510.

9 Zannoni, Eduardo, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, Bs. As., 1986, p. 135.

10 Díez Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, T I, N° 330, p. 292.

11 Malicki, Anahí, comentario al art. 396 en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Bs. As., Ed. La Ley, 2014, T I, p. 887.

12 Ver Wintgen, Robert, *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, Paris, Ed. LGD, 2004.

Ahora bien, en ocasiones, los actos producen sus efectos normales respecto de unas personas, pero no de otras; por ejemplo, una hipoteca no inscrita produce efectos entre las partes, pero no respecto de terceros (otros acreedores del deudor hipotecario).

Un importante sector de la doctrina denomina *inoponibilidad positiva* a esa situación de eficacia relativa; o sea, el acto jurídico es válido y eficaz (en el ejemplo, la hipoteca), pero no produce efecto respecto de ciertos terceros (otros acreedores)<sup>13</sup>. La *inoponibilidad negativa*, inversamente, se produce cuando el acto es inválido entre las partes, pero esa ineficacia resulta inoperante frente a ciertos terceros; por ejemplo la hipótesis del art. 392: la nulidad no se puede invocar al subadquirente a título oneroso y de buena fe<sup>14</sup>.

Dado que la situación se presenta frente a los terceros, no entre las partes del negocio, se prefiere usar la palabra *inoponibilidad* y no eficacia o ineficacia relativa. Cuando se considera esta categoría jurídica no se atiende al efecto obligacional del negocio (reclamable entre *las partes*) sino a la oponibilidad de los derechos que emanan de ese acto a otras personas. En este sentido, se afirma que la *oponibilidad general* no se aplica al tercero amparado por la norma, para quien el acto es "como si no existiera"<sup>15</sup>. Esta expresión necesita alguna explicación.

La vida cotidiana no ofrece la facultad de traspasar los obstáculos físicos sin sufrir daño, "como haría el hombre invisible, mítico personaje de la ficción. Por el contrario, en la vida jurídica tienen cabida las posibilidades de actuar como si el obstáculo no existiese; este es el mundo mágico

- 
- 13 Benavente, María I., comentario al art. 396 en Vítolo, Daniel (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ed. Erreius, 2016, T I, p. 433; de la misma autora, comentario al art. 396 en Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, ed. actualizada 2022, Bs. As., Ed. SAIJ-Infojus, Ministerio de Justicia de la Nación, T I, p. 618.
- 14 Malicki, Anahí, comentario al art. 396 en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Bs. As., Ed. La Ley, 2014, T I, p. 887; Compagnucci de Caso, Rubén, comentario al art. 382 en Bueres, Alberto (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2016, T IB, p. 613.
- 15 Leiva Fernández, Luis, comentario al art. 1021, en Alterini, Jorge H (Dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, T V, Bs. As., Ed. La Ley, 2015, p. 426; Falbo, Marcelo, comentario al art. 396, en Clusellas, Eduardo G. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Ed. Astrea-FEN, 2015, T 2, p. 213; Casanova, Mariano, comentario al art. 396, en Heredia, Pablo D. y Calvo Costa, C. (Dir.), *Código Civil y Comercial comentado y anotado*, Bs. As., Ed. La Ley, 2022, T II, p. 775.

donde habita la inoponibilidad; el titular puede eliminar mentalmente las actuaciones ajenas que obstaculizan el ejercicio de sus derechos y esa eliminación mental encuentra el respaldo del Derecho que permite la correspondiente eliminación jurídica<sup>16</sup>.

Cuando se utiliza esta expresión (“como si no existiese”), se quiere significar que la persona protegida por la inoponibilidad hará prevalecer sus intereses sobre los intereses enfrentados de otra persona, porque el ordenamiento jurídico le permite, en ciertas ocasiones, *ignorar* o considerar irrelevantes esas actuaciones en relación con su esfera jurídica. El término “ignorar” también se emplea de manera ficticia; el sujeto beneficiado con la inoponibilidad puede llegar a tener conocimiento de la actuación ajena; de hecho, tarde o temprano ha de conocerla para que se produzca la situación conflictiva que desencadena el mecanismo legal; en otras palabras, el sujeto protegido no ignora verdaderamente lo que ha acontecido con posterioridad al momento en que adquirió sus derechos.

La particularidad reside en que algo que es para algunos, no lo es para otros; así el acreedor que obtuvo sentencia favorable que declara que una venta es fraudulenta puede embargar el inmueble a pesar de que el inmueble ya no pertenece a su deudor<sup>17</sup>.

Por eso, se afirma que el mecanismo de la inoponibilidad supone una filigrana jurídica, un rasgo de finura utilizado por la norma jurídica, en tanto el sujeto protegido puede fingir que ignora la actuación ajena y el Derecho le protege como si tal actuación ajena no se hubiese realizado. Se está frente a una auténtica ficción jurídica que tiene por objeto asimilar en sus efectos dos cosas distintas: considerar algo como si fuese de una manera distinta a la que es. Ante el posible conflicto de intereses, el Derecho mantiene la validez de la actuación, pero reduce o limita sus efectos indirectos eliminando la posibilidad de afectar la esfera ajena jurídica creando en favor del tercero protegido por la norma la ficción de que no se ha producido<sup>18</sup>.

---

16 Ragel Sánchez, Luis F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1994, p. 13.

17 Depetris, Carlos E., comentario al art. 396 en Lorenzetti, R. (Dir.), *Código Civil y Comercial explicado*, Bs. As, Ed. Rubinzal, 2ª ed. actualizada, 2021, Título preliminar y Parte general, p. 709.

18 Ragel Sánchez, Luis F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 85; conf. Rodríguez González, José I., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Madrid, Ed. Colex, 2000, p. 161.

Dados esos efectos, al igual que en la nulidad, se señala como característica de la inoponibilidad la de ser de creación legal<sup>19</sup>, lo que no implica que requiera un artículo expreso que así lo declare, pudiendo emerger de una interpretación sistémica.

## b) Fundamentos

La inoponibilidad puede referirse a elementos muy diversos como un hecho, un acto, un derecho subjetivo, una situación<sup>20</sup>. Por eso, resulta difícil encontrar un fundamento único.

“Probablemente, solo pueda decirse que las normas de inoponibilidad responden a intereses de orden social o general y tienen, por ello, carácter imperativo, en el sentido de que los beneficiarios no pueden dejarlas sin efecto. Sin embargo, la particularidad es que, como ocurre en materia de incapacidades de obrar, en diversos supuestos se requiere que sea pedida y opuesta por el interesado”<sup>21</sup>.

Antes de 2015, en doctrina, algunos sostenían que la inoponibilidad encontraba fundamento en el efecto relativo de los contratos; otros, en el principio general de no dañar<sup>22</sup>.

Para algunos autores, el fundamento principal de la inoponibilidad es el de la seguridad jurídica que encuentra apoyo en el principio de apariencia en los supuestos en los que sobre un bien coexisten derechos plurales, incluso de naturaleza diversa; por ejemplo, el propietario de un inmueble tiene derecho de donarlo; si lo hace, el acto es válido y eficaz como tal y oponible a los terceros en general, pero contempo-

---

19 Conf. Benavente, María I., comentario al art. 396 en Vítolo, Daniel (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ed. Erreius, 2016, T I, p. 434; de la misma autora, comentario al art. 396 en Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, ed. actualizada 2022, Bs. As., Ed. SAIJ-Infojus, Ministerio de Justicia de la Nación, T I, p. 616; Falbo, Marcelo, comentario al art. 396, en Clusellas, Eduardo G. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Ed. Astrea-FEN, 2015, T 2, p. 215; Depetris, C. E. y Wagner, C., “Ineficacia de los actos jurídicos”, en Saux, Edgardo, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Bs. As., Ed. Rubinzal, 2018, T III, p. 698.

20 Ragel Sánchez, Luis F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 13.

21 Tobías, José W., comentario al art. 396 en Alterini, Jorge H. (Dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, T II, Bs. As., Ed. La Ley, 2015, p. 1087.

22 Ver estas posiciones, hoy dejadas de lado por la doctrina, en Leiva Fernández, Luis, “Frustración, nulidad e inoponibilidad de los actos jurídicos”, LL 1987-D-1156.

ráneamente a ese derecho del deudor, existe el del acreedor de ese propietario, perjudicado por ese acto, en tanto su deudor ha quedado insolvente, de poder reaccionar contra ese acto jurídico. Detrás de la protección de ese acreedor se encuentra la satisfacción de un verdadero interés general: la estabilidad y seguridad en las transacciones entre los particulares sin que éstos puedan ser sorprendidos en su buena fe. La protección normativa no está dirigida a todos, sino al tercero interesado que, no siendo parte del acto, lo es de otro conectado objetivamente.

Para otros, esencialmente, la inoponibilidad se basa en la existencia de derechos *adquiridos con anterioridad*; en otras palabras, se trata de una medida de protección del tercero que adquirió sus derechos antes de la realización de la actuación ajena. El fundamento inmediato de la inoponibilidad consiste, por lo tanto, en evitar que sean perjudicados los legítimos derechos de los terceros que ostentan derechos anteriores a la realización de una actuación ajena. Esa protección se materializa mediante el otorgamiento al tercero de la facultad, que podrá o no utilizar, según su conveniencia, de considerar ese acto como no realizado<sup>23</sup>.

### c) Agrupamiento de los casos de inoponibilidad

Los casos de inoponibilidad están esparcidos en el ordenamiento; cabe preguntarse, entonces, si pueden agruparse o simplemente responden a un criterio práctico, o de equidad.

Jorge Horacio Alterini entiende que hay tres grandes grupos de inoponibilidad: por defecto de prueba (no se cumplieron las formas *ad probationem*); por defecto de publicidad (falta la publicidad prevista por la ley, registral o posesoria); por seguridad estática (para proteger a los acreedores)<sup>24</sup>.

23 Ragel Sánchez, Luis F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 108/109.

24 Alterini, Jorge H., comentario al art. 396 en Alterini, Jorge H. (Dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, T II, Bs. As., Ed. La Ley, 2015, p. 1090; los precedentes del autor en esta materia son numerosos; ver, Alterini, Jorge H.; Angelani, Elsa B.; Corna, Pablo M.; Vázquez, Gabriela, *Hacia una teoría general de las ineficacias*, El Derecho, T 172, p. 942, cita digital: ED-DCCLXVI-109. Con posterioridad ese artículo se amplió y se publicó la obra *Teoría general de las ineficacias*, Bs. As., Ed. La Ley, 2000.

Falbo<sup>25</sup> divide los casos en dos grupos: aquellos en los que la ley ha tenido en cuenta la defensa del criterio de la apariencia (por ejemplo, las inoponibilidades registrales) y los que tienen en consideración un derecho adquirido; frente a un derecho adquirido o al menos frente a una situación de derecho consolidada por parte del tercero, sus derechos deben prevalecer frente a actos posteriores que lo perjudicarían; por ejemplo, la afectación de la vivienda (art. 244); la ratificación del acto ejercido sin representación (art. 369); los acreedores anteriores al cambio de régimen patrimonial del matrimonio que sufren perjuicio (art. 449); los boletos de compraventa de inmuebles de fecha cierta (art. 1171); la partición de un condominio y los embargantes anteriores (art. 1989); la partición extrajudicial del condominio y el acreedor hipotecario de parte indivisa que no ha prestado consentimiento (art-2207); el caso del fraude (art. 338), etc.

#### d) El requisito del daño

Un sector entiende que, conforme una interpretación sistémica, no cabe incluir en la categoría de inoponibilidad los supuestos en los que, no obstante la intención de dañar, el acto no produce daño al tercero<sup>26</sup>.

#### e) La inoponibilidad como acción y como excepción. Consecuencias sobre la prescripción. La acción declarativa

Se discute si en todos los casos es necesario accionar, o si la inoponibilidad puede ser opuesta también como excepción o defensa.

Algunos autores distinguen entre la inoponibilidad *formal* y la *sustancial*:

En la *formal* (la que proviene de no haberse cumplido las formas o la publicidad) no es necesario iniciar la demanda, desde que el acto solo será oponible cuando obtenga esa forma o esa publicidad; la inoponibilidad no tiene límite de tiempo y no se podrá oponer la prescripción.

25 Falbo, Marcelo, comentario al art. 396, en Clusellas, Eduardo G. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Ed. Astrea-FEN, 2015, T 2, p. 214.

26 Leiva Fernández, Luis, comentario al art. 1021, en Alterini, Jorge H. (Dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, T V, Bs. As., Ed. La Ley, 2015, p. 430.

Sin embargo, podría oponerse la prescripción adquisitiva<sup>27</sup>.

La inoponibilidad *sustancial* requiere que el interesado deduzca la correspondiente acción o reconvención y no podrá hacerse valer en cualquier momento; está sujeta al plazo de prescripción de la acción correspondiente y, en cualquier otro caso, a la de cinco años; por ejemplo, si se ataca el acto de fraudulento será de dos años conforme el art. 2562<sup>28</sup>.

Independientemente de la distinción, en uno y otro caso, no existe obstáculo en admitir una *acción declarativa de certeza* cuando el acto inoponible, por su contenido, puede incidir sobre el patrimonio del tercero protegido; si bien el acto no lo afecta, le es inoponible, y podría ser causa de incerteza fundada, lo cual justifica reconocer la acción de inoponibilidad<sup>29</sup>.

Pero, en cualquier caso, esas acciones deben ser ejercidas en sede jurisdiccional; la autoridad administrativa no está facultada, a través del poder de policía, para declarar la inoponibilidad de transmisiones realizadas por particulares sobre bienes que pertenecen al dominio privado<sup>30</sup>.

## 6. Otras expresiones utilizadas por el CCyC que quedan fuera de análisis

### a) La expresión “se tiene por no escrita”

En numerosas ocasiones, el CCyC afirma categóricamente que una cláusula se tiene por *no escrita*. Son supuestos que no abordo en este trabajo, por ser ajenos al tema de la inoponibilidad desde que los terceros no aparecen; implican actos válidos, con excepción de alguna

27 Benavente, María I., comentario al art. 396, en Vítolo, Daniel (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ed. Erreius, 2016, T I, p. 435; Casanova, Mariano, comentario al art. 396 en Heredia, Pablo D. y Calvo Costa, C. (Dir.), *Código Civil y Comercial comentado y anotado*, Bs. As., Ed. La Ley, 2022, T II, p. 776.

28 Prieto Molinero, Ramiro, comentario al art. 397 en Garrido Cordobera, Lidia y otros (Dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, Bs. As., Ed. Astrea, T I, 2015, p. 431; conf. Benavente, María I., comentario al art. 396 en Vítolo, Daniel (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ed. Erreius, 2016, T I, p. 435.

29 Prieto Molinero, Ramiro, comentario al art. 397 en Garrido Cordobera, Lidia y otros (Dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, Bs. As., Ed. Astrea, T I, 2015, p. 431.

30 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala D, 3-08-2023, El Derecho - Diario, T 303, cita digital: ED-IV-DCCCXXI-458 (en el caso, una heredera pretendía que se declarara la inoponibilidad de las acciones vendidas por el causante, su padre, a favor de otras sociedades).

cláusula a la que no se le reconoce eficacia (véase arts. 60, 106, 190, 344, 357, 436, 988, 1109, 1110, 1276, 1292, 1374, 1381, 1388, 1414, 1639, 1840, 2447, 2506).

#### b) La expresión “sin ningún valor”

Diversos artículos declaran que determinada cláusula es “sin ningún valor”. Como en el punto anterior, no los analizo, por ser ajenos al tema de la inoponibilidad, e implican actos válidos, con excepción de alguna cláusula a la que no se le reconoce eficacia (ver, por ejemplo, arts. 175, 176, 291, 447, 2483).

De cualquier modo, señalo que el art. 392 (equivalente al art. 2412 del Código Civil) menciona la expresión “sin ningún valor” para referirse a un tercero y no menciona una cláusula, sino al acto mismo.

## **7. La inoponibilidad en el Código Civil y Comercial. Las reglas generales**

#### a) Fundamentos que acompañaron el proyecto

“La Sección 5ª tiene por objeto la inoponibilidad. Se recepta el texto propuesto por los proyectos de 1993 del PEN (art. 705) y del 1998 (art. 393) para la inoponibilidad. A diferencia de la ineficacia simple, figura en la que el requisito exterior de eficacia puede venir incluso por la voluntad de las partes, se precisa que la inoponibilidad es de estricta creación legal. En otro orden, en la fórmula quedan incluidos los dos aspectos de la inoponibilidad: las facetas positiva y negativa. La oportunidad para invocar la inoponibilidad puede ser cualquier momento, sin perjuicio del juego de la prescripción y la caducidad. Se duda si los casos de ‘inoponibilidad’ pueden agruparse sobre la base de un fundamento común o debe tratárselos como meras situaciones de especie. De ello, puede inferirse el interrogante de su incorporación general dentro de las clases de ineficacia. El Proyecto de 1998 decidió regular la categoría en dos artículos (393 y 394) que sucintamente abordan las variantes de la inoponibilidad (positiva y negativa), sus efectos, la oportunidad para invocarla y la prescripción”.

## b) Normativa

El art. 382 se titula "Categorías de ineficacia" y dispone que "Los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas".

No me ocupo de la crítica en torno a que la ineficacia comprende otras categorías además de la nulidad y la inoponibilidad<sup>31</sup>, en tanto me preocupa la categoría que sí está mencionada, la inoponibilidad.

Para la nulidad, el art. 383 dice: "La nulidad puede argüirse por vía de acción u oponerse como excepción. En todos los casos debe sustanciarse.

Para la inoponibilidad proporciona dos reglas generales:

"Artículo 396.- Efectos del acto inoponible frente a terceros. *El acto inoponible no tiene efectos con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley*".

"Artículo 397.- Oportunidad para invocarla. *La inoponibilidad puede hacerse valer en cualquier momento, sin perjuicio del derecho de la otra parte a oponer la prescripción o la caducidad*".

## c) Comparación entre los arts. 382 y 396

Algunos autores señalan que ambas normas son contradictorias, porque mientras el art. 382 dice que la ineficacia puede provenir de la inoponibilidad respecto a determinadas personas, el art. 396 afirma que el acto inoponible no tiene efectos con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley<sup>32</sup>; otros entienden que la excepción mencionada en el art. 396, en realidad es la regla<sup>33</sup>. Coincidiendo con la crítica, la comisión de reformas del CCyC que presentó su proyecto el 13/9/2018 propuso el siguiente texto: "La eficacia o ineficacia de un acto entre las partes no puede oponerse a terceros si la ley así lo establece". Francamente, no me parece que esta fórmula traiga mayor

31 Ver, entre muchos, Casanova, Mariano, comentario al art. 382 en Heredia, Pablo y Calvo Costa, Carlos, *Código Civil y Comercial comentado y anotado*, Bs. As., Ed. La Ley, 2022, T II, p. 721.

32 Casanova, Mariano, comentario al art. 396, en Heredia, Pablo D. y Calvo Costa, C. (Dir.), *Código Civil y Comercial comentado y anotado*, Bs. As., Ed. La Ley, 2022, T II, p. 773.

33 Monti, José Luis, "Vicisitudes del acto jurídico: ineficacia y nulidad. La cuestión en el Código Civil y Comercial, Revista Código Civil y Comercial, año IV, N° 6, julio 2018, p. 81.

claridad al tema. No advierto tampoco la contradicción que se atribuye a las dos normas; según el art. 382 la inoponibilidad es una categoría dentro de la ineficacia que se vincula a la situación de los terceros; el art. 396 afirma que esa inoponibilidad consiste en no tener efectos respecto de terceros; ambos conceptos admiten que la ley puede disponer lo contrario en situaciones particulares.

## **8. La inoponibilidad en el Código Civil y Comercial. Las reglas particulares**

Además de las reglas generales antes transcriptas (arts. 382, 396 y 397, inexistentes en el Código velezano), la categoría de la inoponibilidad aparece en numerosos artículos del CCyC.

En algunos, la palabra oponibilidad o inoponibilidad se menciona expresamente; en otras, está implícita si se comparte la idea, antes expuesta, de que los problemas de oponibilidad e inoponibilidad se conectan a las diferencias de efectos entre partes y terceros. Resulta imposible hacer un análisis particularizado de cada una de ellas, por lo que, como adelanté, el muestreo será a vuelo de pájaro. Para facilitar su búsqueda, las he separado por materias, transcribiendo, primero, los artículos que contienen la expresión (marcándola con letra cursiva), y referenciando posteriormente los que distinguen efectos. Me he detenido brevemente solo en algunos puntos que han dado lugar a cuestiones interesantes a nivel jurisprudencial. Véase:

### **8.1. Persona humana**

"Art. 70. Cambio de nombre; La sentencia es *oponible a terceros* desde su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas".

El art. 39, referido a la registración de la sentencia que establece restricciones a la capacidad dispone que "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, los actos mencionados en este Capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de inscripción en el registro".

## 8.2. Persona jurídica

"Art. 144. Inoponibilidad de la personalidad jurídica"

Esta norma, que amplía a la persona jurídica la solución del art. 54 de la Ley de Sociedades, ha sido objeto de numerosos comentarios doctrinales, diversamente críticos, que muestran su extenso campo de aplicación<sup>34</sup>.

Además de la jurisprudencia tradicional, el tema ha impactado en el Derecho de los Consumidores en torno a la aplicación de los daños punitivos. Un sector<sup>35</sup> entiende que, como regla, la sola circunstancia de que se haya impuesto daño punitivo a la sociedad no permite considerar que existió un uso desviado de la personalidad jurídica si no se acreditan los presupuestos del art. 54, o sea que debe probarse que la actuación de la sociedad encubrió la consecución de fines extrasocietarios siendo la persona jurídica un mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar derechos de terceros. Otro, en cambio, considera que la conducta que faculta a los daños punitivos tiene incidencia en la solución del corrimiento del velo<sup>36</sup>. Una sentencia referida a daños punitivos hizo lugar a la condena contra los socios, pero por otras razones; para entender configurada la situación descrita por el art. 144, el juez de primera instancia razonó: Ciertamente, el simple incumplimiento de un contrato no habilita por sí solo a considerar que la sociedad fue constituida con fines ilícitos ajenos al reconocimiento de la personalidad jurídica y, por ende, responsabilizar a sus socios<sup>37</sup>; no obstante, en el caso se verifican los extremos excepcionales que la hacen procedente porque (i) existen numerosas demandas en contra de la sociedad Grupo VMS SRL, incluso profusas

34 Ver, por ejemplo, Manóvil, Rafael M., "Inoponibilidad de la personalidad jurídica", cita: TR LALEY AR/DOC/3611/2021; Palazzo, José Luis; Richard, Efraín H., "El artículo 144 del Código Civil y Comercial. Inoponibilidad de la personalidad jurídica", cita online: AR/DOC/733/2016; Muguillo, Roberto A., "Inoponibilidad de la persona jurídica y defensa del consumidor", El Derecho - Diario, T 301, 19-05-2023, cita digital: ED-IV-CCCXXII-307; Alferillo, Pascual E., "Reflexiones sobre la ampliación del instituto del 'Corrimiento del velo societario' a las personas jurídicas", Revista Jurídica Región Cuyo, Argentina, N° 12, junio 2022, cita: IJ-MMMCXII-184.

35 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 31-05-2023, El Derecho - T 303, cita digital: ED-IV-DCCCVIII-41.

36 Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala I, de San Salvador de Jujuy, noviembre 25-2022, con comentario desaprobatorio de Muguillo, Roberto A., "Inoponibilidad de la persona jurídica y defensa del consumidor", El Derecho - Diario, T 301, 19-05-2023, cita digital: ED-IV-CCCXXII-307.

37 Cámara Nacional Comercio, Sala F, "Casares María Josefina c. Depósitos Elcano SA y otros s/ ordinario", 31/05/2023, MJJ144278.

condenas por daño punitivo, pero llamativamente en ninguna de ellas ha contestado la demanda, ni apelado la sentencia, pese a que se trata de una gran cantidad de procesos; (ii) pese a que la sociedad demandada continúa haciendo publicidad en redes sociales, ya no posee local comercial en el lugar de la sede social, lo cual no sólo se colige de lo asentado por el Oficial de Justicia al tiempo de frustrarse una intervención de caja ordenada y también –para no ser fugitivos de la realidad– de Google Maps, que permite hacer consultas históricas y de la cual se colige que no existe ninguna construcción en el terreno; (iii) la sociedad accionada no ha comparecido y el socio director ni siquiera se encarga de aclarar dónde funciona actualmente la sociedad, o si ésta se encuentra en proceso liquidatorio; (iii) la demandada no posee bienes registrables a su nombre; (iv) existen indicios graves, precisos y concordantes, no sólo de sucesivas conductas fraudulentas y atentatorias contra los derechos de los consumidores, sino de insolvencia de la empresa demandada, que es parámetro decisivo a la hora de analizar el instituto<sup>38</sup>; (v) lo expuesto es suficientemente demostrativo de que se utilizó el medio técnico “personalidad jurídica” para la consecución de fines extrasocietarios o ajenos a la causa-fin del contrato constitutivo de la persona jurídica, que originariamente era: “de construcción y comercialización de viviendas y locales de construcción tradicional, o bien prefabricadas o industrializados, así como también su reforma y refacción”<sup>39</sup>.

“Art. 157. Modificación del estatuto. La modificación del estatuto produce efectos desde su otorgamiento. Si requiere inscripción es *oponible a terceros* a partir de ésta, excepto que el tercero la conozca”.

### 8.3. Afectación de la vivienda

“Art. 249. Efecto principal de la afectación. La afectación es *inoponible* a los acreedores de causa anterior a esa afectación”.

El nuevo ordenamiento distingue adecuadamente la *inoponibilidad* (art. 249) de la *desafectación* (art. 252); la primera tiene efectos res-

38 CSJN, “Bresciani José Felipe c. Expreso San Antonio SRL y otros s/ despido”, 26/02/2008, Fallos: 331:281, voto del Dr. Lorenzetti.

39 Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial de 35a Nominación de Córdoba, 28/07/2023, La Ley Online; cita: TR LALEY AR/JUR/111818/2023.

pecto de sujetos determinados según la fecha de la afectación y la del crédito; la desafectación, en cambio, tiene efectos generales<sup>40</sup>.

#### 8.4. Actos jurídicos. Instrumentos

"Art. 298. Contradocumento. El contradocumento particular que altera lo expresado en un instrumento público puede invocarse por las partes, pero es *inoponible* respecto a terceros interesados de buena fe".

#### 8.5. Actos jurídicos. Vicios

##### a. Simulación

La declaración de simulación supone la nulidad del acto, no su mera inoponibilidad (art. 336). De cualquier modo, el art. 337, bajo el título "Efectos frente a terceros", dispone: "La simulación no puede *oponerse* a los acreedores del adquirente simulado que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto".

##### b. Fraude<sup>41</sup>

"Art. 338. Declaración de *inoponibilidad*. Todo acreedor puede solicitar la declaración de *inoponibilidad* de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos, y de las renunciaciones al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna".

"Art. 342. Extensión de la *inoponibilidad*. La declaración de *inoponibi-*

---

40 Me he referido a esta distinción en "Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar", en *Protección Jurídica de la Persona, Homenaje al Dr. Julio César Rivera*, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 243; "Conflicto familiar y vivienda", en García Mayo, Manuel (Dir.), *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, Bosch, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 143/165; "Perspectiva contemporánea de la protección de la vivienda. Reacción jurisprudencial", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2020-2, *Cuestiones patrimoniales del Derecho de las Familias-II*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 147/165.

41 Evidentemente, entre todos los supuestos de inoponibilidad, este es el tema más desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia. Para la nueva regulación, entre muchos, Irigoyen Testa, Matías, "La objetivación del fraude a los acreedores y otros cambios en el Código Civil y Comercial", cita on line TR LALEY AR/DOC/3077/2022; Cossari, Maximiliano N. G., "La acción revocatoria en el Código Civil y Comercial", *RCCyC* 2016 (noviembre), 17/11/2016, 137 - LA LEY 2018-A-968, cita online: AR/DOC/2695/2016.

lidad se pronuncia exclusivamente en interés de los acreedores que la promueven, y hasta el importe de sus respectivos créditos”.

## 8.6. Representación

El CCyC contiene diversas normas referidas a la inoponibilidad vinculadas a la representación que, en su mayoría, recogen la solución propiciada por la más prestigiosa doctrina<sup>42</sup>.

“Art. 361. Limitaciones. La existencia de supuestos no autorizados y las limitaciones o la extinción del poder son *oponibles a terceros* si éstos las conocen o pudieron conocerlas actuando con la debida diligencia”.

“Art. 362. Caracteres. La representación voluntaria comprende sólo los actos que el representado puede otorgar por sí mismo. Los límites de la representación, su extinción, y las instrucciones que el representado dio a su representante, son *oponibles a terceros* si éstos han tomado conocimiento de tales circunstancias, o debieron conocerlas obrando con cuidado y previsión”.

“Art. 369. Ratificación. La ratificación suple el defecto de representación. Luego de la ratificación, la actuación se da por autorizada, con efecto retroactivo al día del acto, pero es *inoponible a terceros* que hayan adquirido derechos con anterioridad”.

“Art. 381. *Oponibilidad a terceros*. Las modificaciones, la renuncia y la revocación de los poderes deben ser puestas en conocimiento de los terceros por medios idóneos. En su defecto, *no son oponibles a los terceros*, a menos que se pruebe que éstos conocían las modificaciones o la revocación en el momento de celebrar el acto jurídico. Las demás causas de extinción del poder no son oponibles a los terceros que las hayan ignorado sin su culpa”.

El tema ha sido objeto de tratamiento por numerosa doctrina<sup>43</sup>. Los terceros mencionados en este artículo son los que han entrado en contacto con el representante, pero no con el representado, que deben ser protegidos con base en la apariencia jurídica por haber actuado con buena fe creencia, en

42 La Revista de Derecho Privado y Comunitario editada por Rubinzal Culzoni, en 1994, dedicó el N° 6 al tema “Representación”, obra que sintetiza los principales problemas planteados en ese área.

43 Ver, entre muchos, Sáenz Valiente, Luciano, “Oponibilidad a terceros de buena fe de la revocación del mandato con representación”, LL 2003-E-1042.

el sentido de que no sabían o podido saber que la representación había cambiado o cesado<sup>44</sup>. Para facilitar la aplicación de la norma, se propicia la creación de un registro nacional de revocatorias de representaciones voluntarias<sup>45</sup>.

## 8.7. Efectos patrimoniales del matrimonio

"Art. 449. Modificación de régimen. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar *inoponible* a ellos en el término de un año a contar desde que lo conocieron".

"Art. 466. Prueba del carácter propio o ganancial... *Para que sea oponible a terceros* el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge".

"Art. 473. Fraude. Son *inoponibles* al otro cónyuge los actos otorgados por uno de ellos dentro de los límites de sus facultades, pero con el propósito de defraudarlo".

Este vicio del acto no debe confundirse con otros vicios de la voluntad ni con la simulación; así, se ha rechazado la acción de fraude iniciada contra el excónyuge en relación con "actos de disposición vinculados a sumas de dinero, bienes de la masa ganancial y cierta porción legítima referida a la sucesión de la madre, porque la actora participó en las operaciones impugnadas y el error en los motivos tenidos en cuenta para participar en aquellas, argüido como vicio de la voluntad –sostiene que el exesposo le hizo creer que era imposible pagar las deudas contraídas– no aparece un elemento atendible como sustento de la acción de fraude siendo que este escenario así planteado exhibe los ribetes de una simulación ilícita cuya acción resulta

---

44 Heredia, Pablo, comentario al art. 381 en Heredia, Pablo D. y Calvo Costa, Carlos, *Código Civil y Comercial comentado y anotado*, Bs. As., Ed. La Ley, T II, 2022, p. 718.

45 Etchegaray, Natalio, comentario al art. 381, en Clusellas Eduardo G. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Ed. Astrea-FEN, 2015, T 1, p. 169.

improponible entre las partes concertantes" (CCivCom. 333 , 334 y 335)<sup>46</sup>.

En cambio, es frecuente la procedencia de estas acciones cuando se crean sociedades al efecto de perjudicar los derechos de la ganancialidad<sup>47</sup>. La jurisprudencia ha profundizado el análisis de los casos; en este sentido, acertadamente, se ha resuelto que "Al haber obtenido la actora la declaración de inoponibilidad del aporte del inmueble a la sociedad efectuado por su cónyuge para defraudar la ganancialidad carece de interés jurídico en pedir la nulidad por simulación de la transmisión de las acciones de parte de su cónyuge a su hijo. Ello es así porque su derecho a la ganancialidad vulnerado se vio debidamente resguardado al declarar inoponible el acto y tener en cuenta estos valores al momento de la liquidación de la sociedad conyugal. Es decir que, al haberse declarado inoponible el acto a la actora, ello ha sustraído la causa y el interés que puedan justificar la procedencia de la acción de simulación<sup>48</sup>.

Por otro lado, el art. 430, al prever los efectos de la nulidad del matrimonio por mala fe de ambos cónyuges dispone: "Las convenciones matrimoniales quedan sin efecto, *sin perjuicio de los derechos de terceros*"; en el mismo sentido, el art. 444, al regular los efectos de la atribución de la vivienda, dice "La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral"; y el art. 487, para la disolución del régimen dispone expresamente: "La disolución del régimen no puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores sobre la integridad del patrimonio de su deudor".

## 8.8. Efectos patrimoniales de las uniones convivenciales

"Art. 517. Momentos a partir de los cuales se producen efectos respecto de los terceros. Los pactos, su modificación y rescisión son oponibles

---

46 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, 2-jun-2022, cita: MJ-JU-M-137537-AR | MJJ137537; El Derecho, T 299, cita digital: ED-MMMDCCLXXII-603. El tribunal tuvo en consideración, entre otras razones, que la actora era abogada.

47 Por ejemplo, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 30/06/2020, RDF 2021-I, 75, AR/JUR/22837/2020, con nota de Califano, Lucila y Durrieu, Bernardita, "Perder el temor a lo desconocido: el desafío de ensamblar el derecho societario con el derecho de familia", cita online: AR/DOC/3934/2020.

48 C2ªApel. Civ., Com., Minas, de Paz y Tributario Mendoza, 01/02/2016, El Derecho, 267-283, cita digital: ED-DCCCXXVIII-547.

a los terceros desde su inscripción en el registro previsto en el artículo 511 y en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos. Los efectos extintivos del cese de la convivencia son *oponibles a terceros* desde que se inscribió en esos registros cualquier instrumento que constate la ruptura”.

“Art. 527. Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. Este derecho es *inoponible* a los acreedores del causante”.

Otras normas se refieren a la diferencia de efectos; así, el art. 526 al regular la atribución de la vivienda en casos de separación, dispone que la decisión relativa a que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos y que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

## 8.9. Régimen de las obligaciones

“Art. 745. Prioridad del primer embargante. El acreedor que obtuvo el embargo de bienes de su deudor tiene derecho a cobrar su crédito, intereses y costas, con preferencia a otros acreedores. Esta prioridad sólo es *oponible* a los acreedores quirografarios en los procesos individuales”.

En este artículo, la palabra oponible significa que (i) la prioridad regulada no rige en situación de concurso; en tal caso, se aplican los privilegios de la ley concursal; (ii) aun en la ejecución individual, solo se puede invocar contra los acreedores quirografarios, pero no frente a los privilegiados<sup>49</sup>.

“Art. 877. Pago de créditos embargados o prendados. El crédito debe encontrarse expedito. El pago de un crédito embargado o prendado es *inoponible* al acreedor prendario o embargante”.

La norma similar del Código Civil había dado lugar a un gran debate en torno a si ese pago era inválido u inoponible; el artículo concluyó con

---

49 Lieber, Herman B y otra, comentario al art. 745 en Herrera, Marisa y otros (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, ed. actualizada 2022, Libro tercero, p. 34.

el debate<sup>50</sup>; en suma, el pago es válido entre las partes, pero oponible al embargante o acreedor prendario<sup>51</sup>.

Otra norma se refiere a la diferencia de efectos entre partes y terceros: el art. 943, al regular la dación en pago dispone que "el deudor responde por la evicción y los vicios redhibitorios de lo entregado; estos efectos no hacen renacer la obligación primitiva, excepto pacto expreso y *sin perjuicio de terceros*."

## 8.10. Régimen de los contratos en general

### a) *El efecto relativo de los contratos en el CCyC*

#### (i) Normativa

Las normas específicas son:

"Art. 1021. Regla general. El contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley".

"Art. 1022. Situación de los terceros. El contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros, ni los terceros tienen derecho a invocarlos para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han convenido, excepto disposición legal".

#### (ii) Algunos conceptos generales sobre estas normas

El art. 1021 ratifica que, teniendo su fuente en la autonomía de la voluntad, el contrato solo puede obligar a quienes lo celebran<sup>52</sup>. Por eso, de algún modo, la relatividad de los efectos de los contratos resulta un límite subjetivo a la fuerza vinculante<sup>53</sup>. Se basa en el siguiente silogismo:

- La eficacia contractual solo se extiende a las partes contratantes;

50 Compulsar Compagnucci De Caso, Rubén, comentario al art. 877 en Alterini, Jorge H (Dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, T VI, Bs. As., Ed. La Ley, 2015, p. 156, Bs. As., Ed. La Ley, 2015, p. 399.

51 Tanzi, Silvia, y otro, comentario al art. 877 en Lorenzetti, Ricardo Luis (Dir.), *Código Civil y Comercial explicado. Obligaciones y contratos*, Bs. As., Ed. Rubinzal, 2020, p. 253.

52 Pita, Enrique, comentario al art. 1021, en Lorenzetti, Ricardo Luis (Dir.), *Código Civil y Comercial explicado. Obligaciones y contratos*, Bs. As., Ed. Rubinzal, 2020, p. 565.

53 Rodríguez González, José I., *El principio de relatividad de los contratos en el derecho español*, Madrid, ed. Colex, 2000, p. 31.

- Las partes contratantes son las que han intervenido como tales en el contrato;
- En consecuencia, la eficacia contractual no se extiende o no alcanza a quienes no han sido parte contractual, es decir, quienes son ajenos al contrato.

Pero el silogismo exige algunas precisiones:

- El contrato celebrado entre dos partes debe ser respetado por terceros, quienes deben abstenerse de interferir u obstaculizar su ejecución, porque el contrato integra el derecho de propiedad de las partes y se encuentra comprendido en la garantía constitucional.
- Es un hecho innegable que no todos los terceros están en la misma situación. El tercero interesado es aquel a quien el contrato no le es jurídicamente indiferente. Como se adelantó, ese interés puede ser de naturaleza muy variada. Según los diferentes supuestos se resolverá a favor o en contra de la inoperancia de dicho contrato<sup>54</sup> en tanto el interés del tercero puede consistir en: (i) que un acto celebrado por otros no lo afecte, por cuanto lo perjudica o, por el contrario, (ii) prevalerse de la situación generada por un acto jurídico cuando puede aprovechar una ventaja<sup>55</sup>. Ante la primera situación, el derecho a quejarse contra un acto jurídico que perjudica supone la elección entre dos vías: reclamar compensación por los daños causados por la ejecución o mala ejecución del acto o intentar prevenir el daño neutralizando el acto jurídico; o sea, atacar el acto mismo. Esta es la vía en la que se ubica la inoponibilidad.

Por lo demás, si un tercero se ve afectado en forma ilegítima por los efectos de una relación jurídica contractual establecida entre partes puede, por las vías legales pertinentes, solicitar las medidas necesarias y conducentes para hacer cesar esa incidencia indebida<sup>56</sup>.

(iii) Línea divisoria entre la inoponibilidad y el efecto relativo de los contratos.

Trazar la línea divisoria entre inoponibilidad y efecto relativo del contrato no es fácil.

54 Rodríguez González, José I., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Madrid, Ed. Colex, 2000, p. 98; Leiva Fernández, Luis, comentario al art. 1021, en Alterini, Jorge H (Dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, T V, Bs. As., Ed. La Ley, 2015, p. 421.

55 Delmas Saint-Hilaire, Philippe, *Le tiers à l'acte juridique*, Paris, Ed. LGDJ, 2000, p. 323.

56 Caramelo, Gustavo, comentario al art. 1021 y 1022 en Herrera, Marisa y otros (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, ed. actualizada 2022, Libro tercero, p. 420.

Como regla, puede señalarse que, mientras el efecto relativo se refiere a la esfera interna de una relación jurídica obligacional, la *oponibilidad* se proyecta hacia el exterior como una consecuencia natural de la dinámica jurídica<sup>57</sup>.

La comprensión de este aserto exige distinguir entre efectos *directos* e *indirectos* (o reflejos) del negocio jurídico.

Los directos son los propios del negocio; los segundos aluden a la mera existencia del negocio, que no puede ser desconocida por nadie, incluyendo los terceros, aunque con las excepciones establecidas por la ley<sup>58</sup>.

El efecto relativo de los contratos (y más ampliamente, de los actos jurídicos) alude a la ineficacia respecto de los efectos *directos*; o sea, no se puede reclamar a un tercero el cumplimiento de las obligaciones que están a cargo de otro. En cambio, la inoponibilidad alude a los casos en que la ley establece excepciones a la regla de la oponibilidad de los efectos indirectos o reflejos<sup>59</sup>.

Por eso, la doctrina francesa señala que se trata de dos cuestiones que no deben ser confundidas<sup>60</sup>. Cada principio tiene su propio ámbito de aplicación. Sin embargo, son complementarios. En efecto, los dos expresan, a su manera, el efecto obligacional del contrato, cuya intensidad es menor frente a los terceros que frente a las partes<sup>61</sup>.

Pero, insisto, las cosas no siempre son tan claras; más aún; se afirma que tanto la doctrina como la jurisprudencia confunden la relatividad con la oponibilidad<sup>62</sup>.

---

57 Ragel Sánchez, Luis F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 63.

58 Hersalis, Marcelo, comentario art. 1021 en Bueres, Alberto, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2018. T 3 C, p. 220.

59 Nieto Blanc, Ernesto, "Ineficacia y nulidad", ED 116-731; Tobías, José W., comentario al art. 396 en Alterini, Jorge H. (Dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, T II, Bs. As., Ed. La Ley, 2015, p. 1084.

60 Boudot, Michel, "La relativité du contrat. Archéologie d'un concept récent", en Boudot et autres, *L'effet relatif du contrat*, Paris, LGDT, 2015, p. 43.

61 Benoist, Maxime, "Eclairage de droit anglais sur l'effet relatif", en Boudot et autres, *L'effet relatif du contrat*, Paris, LGDT, 2015, p. 159.

62 Ragel Sánchez, Luis F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 68.

Por ejemplo, cuando el vendedor dispone de una cosa que no le pertenece, la venta puede ser válida en el régimen actual, pero podría decirse que al verdadero dueño ese acto le resulta irrelevante por aplicación del principio de relatividad contractual; o sea, él no es el obligado a entregar; él es *res inter alios acta*; no obstante, algunos autores prestigiosos mencionan este supuesto entre los de inoponibilidad frente al verdadero propietario<sup>63</sup>; de cualquier modo, el acto le puede afectar en tanto podría perder la cosa si el otro la adquiere por prescripción adquisitiva o si consolida el dominio porque es un supuesto de adquisición a *non domino*. En cambio, en la doble venta por el propietario no se discuten los efectos obligatorios de los sucesivos contratos sino la oponibilidad de uno respecto del otro, que debe ser resuelta mediante los criterios de prioridad<sup>64</sup>.

(iv) La lesión al crédito

La cuestión de los efectos indirectos o reflejos también guarda relación con la llamada lesión al derecho de crédito. La regla según la cual el contrato no perjudica ni beneficia no impide reconocer la existencia del deber genérico de no dañar; por tal razón, si como consecuencia de la intromisión en la esfera patrimonial ajena el tercero causa un daño a una de las partes, debe indemnizarlo<sup>65</sup>.

**b) Normas que distinguen efectos entre partes y terceros**

Diversas normas incluidas en la parte general de los contratos distinguen entre efectos entre partes y terceros. Así:

- (i) Objeto de los contratos. Conforme el art. 1009, los bienes sujetos a medidas cautelares pueden ser objeto de los contratos, *sin perjuicio de los derechos de terceros*<sup>66</sup>.
- (ii) Incorporación de terceros. El último párrafo del art. 1059 dispone "Mientras no haya una aceptación del tercero, el contrato produce efectos *entre las partes*".

63 Spota, A. G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Ed. Depalma, Bs. As., 1970, T. IV, p. 99, n° 786.

64 Rodríguez González, José I., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Madrid, Ed. Colex, 2000, p. 200.

65 Conf. Pita, Enrique, comentario al art. 1022 en Lorenzetti, R (Dir.), *Código Civil y Comercial explicado*, Bs. As., Ed. Rubinzal, 2° ed. actualizada, 2021, Obligaciones y contratos, T I, p. 567.

66 Alterini, Jorge H., comentario al art. 745, en Alterini, Jorge H (Dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, T IV, Bs. As., Ed. La Ley, 2015, p. 745.

- (iii) Efectos retroactivos de algunas causales de extinción de los contratos. El art. 1076 regula la rescisión bilateral y dispone que "excepto estipulación en contrario, sólo produce efectos para el futuro y *no afecta derechos de terceros*". En el mismo sentido, el 1079 inc. b) ordena que "la resolución produce efectos retroactivos entre las partes, y *no afecta el derecho adquirido a título oneroso por terceros de buena fe*".

## 8.11. Régimen de los contratos en especial

### a) *Compraventa*

"Art. 1166. Pactos agregados a la compraventa de cosas registrables... Si la cosa vendida es registrable, los pactos de retroventa, de reventa y de preferencia son *oponibles* a terceros interesados si resultan de los documentos inscriptos en el registro correspondiente, o si de otro modo el tercero ha tenido conocimiento efectivo. Si las cosas vendidas son muebles no registrables, los pactos *no son oponibles* a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso".

La norma recoge en forma expresa la opinión vigente con anterioridad a 2015; en efecto, distingue entre cosas registrables y no registrables; cuando no son registrables, protege al adquirente de buena fe y a título oneroso y declara que los pactos no le son oponibles; en cambio, tratándose de cosas registrables, la publicidad pertinente permite mantener la oponibilidad de las cláusulas a esos terceros que no pueden invocar falta de conocimiento<sup>67</sup>. Se ha sostenido que la misma solución rige para el pacto de preferencia regulado en el artículo anterior (art. 1165)<sup>68</sup>.

"Art. 1171. Oponibilidad del boleto en el concurso o quiebra. Los boletos de compraventa de inmuebles de fecha cierta otorgados a favor de adquirentes de buena fe son *oponibles* al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado como mínimo el veinticinco por ciento del precio".

67 Méndez, María Florencia, comentario al art. 1166 en Heredia, Pablo D. y Calvo Costa, Carlos, *Código civil y comercial comentado y anotado*, Bs. As., Ed. La Ley, T V, 2022, p. 93.

68 Rullansky, Gustavo F., comentario al art. 1165 en Clusellas Eduardo G. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Ed. Astrea y FEN, 2015, T 4, p. 262.

El tema, que dio lugar a un amplio debate doctrinal y jurisprudencial, se completa con el artículo anterior, el 1170, que regula la temática en la ejecución individual sin mencionar la palabra oponibilidad, sino *prioridad*. Desde la judicatura sostuve que “en este conflicto triunfa el adquirente por boleto, quien dispone de una acción de oponibilidad de su derecho, o si se quiere de inoponibilidad del embargo”<sup>69</sup>. Heredia sostiene, con razón, que “desde la posible utilización ambivalente de los conceptos, lo dispuesto por el art. 1170 es en realidad un caso de oponibilidad”<sup>70</sup>.

### **b) Leasing**

“Art. 1234. A los efectos de su *oponibilidad* frente a terceros, el contrato debe inscribirse en el registro que corresponda según la naturaleza de la cosa que constituye su objeto... Para que produzca efectos contra terceros desde la entrega del bien objeto del leasing, la inscripción debe solicitarse dentro de los cinco días hábiles posteriores”.

“Art. 1237. Oponibilidad. Subrogación. El contrato debidamente inscrito es *oponible* a los acreedores de las partes”.

“Art. 1239. Acción reivindicatoria. La venta o gravamen consentido por el tomador es *inoponible* al dador”.

### **c) Transporte**

“Art. 1301. Inoponibilidad. Las estipulaciones no contenidas en el segundo ejemplar de la carta de porte o en la guía, *no son oponibles* a los terceros portadores de buena fe”.

Esta inoponibilidad es el resultado de reconocer literalidad y autonomía a los documentos mencionados en el artículo<sup>71</sup>.

69 SC Mendoza, sala I, 6/12/1991, ED 147-437; JA 1992-I-462; LL 1992-B-160; JM 41-5; FC 4-99; DJ 1992-1-1093; Revista Notarial 912, 409.

70 Heredia, Pablo, comentario a los arts. 1170 y 1171 en Heredia, Pablo D. y Calvo Costa, Carlos, *Código Civil y Comercial comentado y anotado*, Bs. As., Ed. La Ley, T V, 2022, p. 111. Conf. Leiva Fernández, comentario al art. 1170, en Alterini, Jorge H (Dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, T VI, Bs. As., Ed. La Ley, 2015, p. 156. Ambos autores, con razón, ponen seriamente en duda ese uso alternativo que se desliza en mi sentencia y en otros trabajos posteriores, en los que he explicado, como ellos mismos lo recuerdan, que se prefirió respetar la larga historia del art. 1185 bis del Código Civil (véase, de mi autoría, *El proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y la Ley de Concursos*, LL 2012-F-1309).

71 Di Chiaza, Iván, comentario al art. 1301 en Heredia, Pablo D. y Calvo Costa, Carlos, *Código Civil y Comercial comentado y anotado*, Bs. As., Ed. La Ley, T V, 2022, p. 556.

#### **d) Fianza**

“Art. 1588. Efectos de la sentencia. No es *oponible* al fiador la sentencia relativa a la validez, o exigibilidad de la deuda principal dictada en juicio al que no haya sido oportunamente citado a intervenir”.

#### **e) Cesión de derechos**

En el ámbito de la cesión de derechos, necesariamente, el CCyC, al igual que todos los códigos, distingue el momento en que comienzan a producir efectos entre las partes y los terceros; así el art. 1620 dispone que tiene efectos respecto de terceros desde su notificación al cedido por instrumento público o privado de fecha cierta, sin perjuicio de las reglas especiales relativas a los bienes registrables.

#### **f) Fideicomiso**

“Art. 1688. Actos de disposición y gravámenes. El fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario. El contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, las que, en su caso, deben ser inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables. Dichas limitaciones *no son oponibles* a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario”.

El art. 1683 distingue entre partes y terceros (“El carácter fiduciario de la propiedad tiene efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplen los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos”).

“Art. 1706. Readquisición del dominio perfecto. Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto. Si la cosa es registrable y el modo suficiente consiste en la inscripción constitutiva, se requiere inscribir la readquisición; si la inscripción no es constitutiva, se requiere a efecto de su *oponibilidad*”.

“Art. 1707. Efectos. Cuando la extinción no es retroactiva son *oponibles* al dueño perfecto todos los actos realizados por el titular del dominio fiduciario. Si la extinción es retroactiva el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados”.

### **g) Voluntad unilateral**

"Art. 1805. Revocación. La promesa sin plazo puede ser retractada en todo tiempo por el promitente. Si tiene plazo, sólo puede revocarse antes del vencimiento, con justa causa. En ambos casos, la revocación surte efecto desde que es hecha pública por un medio de publicidad idéntico o equivalente al utilizado para la promesa. Es *inoponible* a quien ha efectuado el hecho o verificado la situación prevista antes del primer acto de publicidad de la revocación".

Una de las razones que justifican el reconocimiento de la eficacia vinculante de la promesa al público es la protección de la confianza, por lo que el tercero que ha efectuado el hecho o se encuentra en la situación descrita por la promesa antes del primer acto de difusión de la revocación mantiene su derecho a exigir la prestación<sup>72</sup>.

## **8.12. Derechos reales**

### **a) "Llave maestra"**

"Art. 1893. *Inoponibilidad*. La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código *no son oponibles* a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente".

Se trata de una norma "llave" para la comprensión de los derechos reales, que no resultan oponibles a los terceros mientras no tengan publicidad suficiente<sup>73</sup>.

La explicación completa de la norma tomaría una extensión inadecuada, por lo que me limito a transcribir el artículo.

72 Paolantonio, Martín, comentario al art. 1805 en Lorenzetti, Ricardo Luis (Dir.), *Código Civil y Comercial explicado. Responsabilidad civil*, Bs. As., Ed. Rubinzal, 2020, p. 430.

73 Compulsar, entre muchos, Cossari, Nelson, comentario al art. 1893, en Alterini, Jorge H (Dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, T IX, Bs. As., Ed. La Ley, 2015, p. 102; Causse, Federico, comentario al art. 1893 en Herrera, Marisa y otros (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, ed. actualizada 2022, Libro cuarto p. 16; Kiper, Claudio, comentario al art. 1893 en Lorenzetti, Ricardo Luis (Dir.), *Código Civil y Comercial explicado. Derechos reales*, Bs. As., Ed. Rubinzal, 2022, p. 26.

## **b) Dominio**

"Art. 1968. Readquisición del dominio perfecto. Al cumplirse el plazo o condición, el dueño revocable de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto. Si la cosa es registrable y el modo suficiente consiste en la inscripción constitutiva, se requiere inscribir la readquisición; si la inscripción no es constitutiva, se requiere a efecto de su *oponibilidad*".

"Art. 1969. Efectos de la retroactividad. Si la revocación es retroactiva el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados por el titular del dominio resuelto; si no es retroactiva, los actos son *oponibles* al dueño".

## **c) Condominio**

"Art. 1989. Facultades con relación a la parte indivisa. Cada condómino puede enajenar y gravar la cosa en la medida de su parte indivisa sin el asentimiento de los restantes condóminos. Los acreedores pueden embargarla y ejecutarla sin esperar el resultado de la partición, que les es *inoponible*".

La partición es inoponible al acreedor *en cuanto lo perjudique*, porque si así no fuese, el acreedor ejercería abusivamente su derecho.

Para un sector de la doctrina la respuesta legal encuentra fundamento en que el acreedor no debe verse afectado por el acto jurídico en el que no participó ni pudo controlar y cita en su apoyo el art. 1021; o sea, entiende que esta inoponibilidad, que comparten, es consecuencia del efecto relativo de los contratos<sup>74</sup>.

Si la partición se realiza judicialmente, el juez cita a los acreedores, por lo que normalmente no se aprobará una partición que perjudique a los acreedores<sup>75</sup>.

---

74 Peralta Mariscal, Leopoldo, comentario al art. 1989 en Heredia, Pablo D. y Calvo Costa, Carlos, *Código Civil y Comercial comentado y anotado*, Bs. As., Ed. La Ley, T VII, 2022, p. 624.

75 Kiper, Claudio, comentario al art. 1989 en Lorenzetti, Ricardo Luis (Dir.), *Código Civil y Comercial explicado. Derechos reales*, Bs. As., Ed. Rubinzal, 2022, p. 195.

#### d) *Tiempo compartido*

"Art. 2093. Efectos del instrumento de afectación. La inscripción del instrumento de afectación en el respectivo Registro de la Propiedad determina: b) la *oponibilidad* de los derechos de los usuarios del tiempo compartido, que no pueden ser alterados o disminuidos por sucesores particulares o universales, ni por terceros acreedores del propietario o del emprendedor, ni siquiera en caso de concurso o quiebra".

#### e) *Garantías*

"Art. 2196. *Inoponibilidad*. En caso de ejecución, son *inoponibles* al acreedor los actos jurídicos celebrados en perjuicio de la garantía".

El artículo no dice actos celebrados *con posterioridad* a la garantía, pero es de toda lógica, dado que cuando se realizaron los anteriores no había garantía que limitara las facultades del constituyente<sup>76</sup>.

El CCyC se apartó del proyecto de 1998 que consagraba la inoponibilidad de todos los actos otorgados con relación a la cosa con posterioridad a la constitución de la garantía, aunque el acto no afectase el valor de la garantía. En el régimen vigente, si el acto no perjudica a la garantía, es oponible al acreedor; de cualquier modo, el aserto no es interpretado de igual modo por la doctrina; por ejemplo, para algunos, la venta del inmueble asiento de la hipoteca es oponible, pues la sola enajenación no tiene aptitud para disminuir el valor de la cosa<sup>77</sup>; para otros, la expresión perjuicio a la garantía usada en el artículo es más amplia que disminución de la garantía, lo que autorizaría una aplicación más extensiva; por lo tanto, el deudor propietario puede enajenarlo, pero en caso de ejecución (supuesto abordado por el artículo conforme una interpretación gramatical) no le serán oponibles y por eso podrá pedir la subasta libre de toda ocupación<sup>78</sup>. Al hacer mención a la ejecución, supone que la declaración de inoponibilidad se hace en

76 Cossari, Nelson, comentario al art. 2196 en Alterini, Jorge H. (Dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, T X, Bs. As., Ed. La Ley, 2015, p. 492.

77 Peralta Mariscal, Leopoldo, comentario al art. 2196 en Heredia, Pablo D. y Calvo Costa, Carlos, *Código Civil y Comercial comentado y anotado*, Bs As., Ed. La Ley, T VIII, 2022, p. 91.

78 Dodda, Zulma, comentario al art. 2196 en Clusellas, Eduardo G. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Ed. Astrea y FEN, 2015, T 7, p. 559.

sede judicial con intervención de los interesados y suficiente debate<sup>79</sup>.

"Art. 2207. Hipoteca de parte indivisa. Un condómino puede hipotecar la cosa por su parte indivisa. El acreedor hipotecario puede ejecutar la parte indivisa sin esperar el resultado de la partición. Mientras subsista esta hipoteca, la partición extrajudicial del condominio es *inoponible* al acreedor hipotecario que no presta consentimiento expreso".

"Art. 2222. Oponibilidad. La prenda no es *oponible* a terceros si no consta por instrumento público o privado de fecha cierta, cualquiera sea la cuantía del crédito".

También en el ámbito de los derechos reales, algunas normas expresan la diferencia de efectos entre partes y respecto de terceros. Por ejemplo: el art. 1903 dispone que "La sentencia declarativa de prescripción breve tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión, *sin perjuicio de los derechos de terceros interesados de buena fe*"; conforme el art. 1967, cuando se trata de cosas no registrables, la revocación *no tiene efecto respecto de terceros* sino en cuanto ellos, por razón de su mala fe, tengan una obligación personal de restituir la cosa; según el art. 2003, las cláusulas de indivisión o el cese anticipado de la indivisión sólo producen *efecto respecto de terceros* cuando se inscriban en el respectivo registro de la propiedad.

### 8.13. Derecho sucesorio

"Art. 2334. *Oponibilidad* frente a terceros. Derechos de los acreedores. Para ser *oponible* a terceros, la indivisión autorizada por los artículos 2330 a 2333 que incluye bienes registrables debe ser inscripta en los registros respectivos".

"Art. 2363. Conclusión de la indivisión. La indivisión hereditaria sólo cesa con la partición. Si la partición incluye bienes registrables, es *oponible* a los terceros desde su inscripción en los registros respectivos".

"Art. 2383. Derecho real de habitación del cónyuge supérstite... Este derecho es *inoponible* a los acreedores del causante".

---

79 Causse, Federico, comentario al art. 1893 en Herrera, Marisa y otros (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, ed. actualizada 2022, Libro cuarto, p. 323.

"Art. 2402. Modo de hacer la colación... La imputación de la deuda al lote del coheredero deudor es *oponible* a sus acreedores".

## 8.14. Plazos de prescripción

El Código regula expresamente algunos supuestos de prescripción de la inoponibilidad petitionada como acción, que presentan especial dificultades prácticas<sup>80</sup>. Véase:

"Art. 2562.- Plazo de prescripción de dos años. Prescriben a los dos años:... f) el pedido de declaración *de inoponibilidad* nacido del fraude".

"Art. 2563. Cómputo del plazo de dos años. En la acción de declaración de nulidad relativa, de revisión y de *inoponibilidad* de actos jurídicos, el plazo se cuenta:... f) en la acción de fraude, desde que se conoció o pudo conocer el vicio del acto; g) en la revisión de actos jurídicos, desde que se conoció o pudo conocer la causa de revisión".

## 9. La inoponibilidad en algunas leyes especiales

### a) Ley de Concursos

Entre muchas leyes especiales, la Ley de Concursos 19.551 y sus modificatorias, regulan casos de inoponibilidad a través de la denominada acción revocatoria concursal (arts. 118 y 119 LC). También en este supuesto "el acto sólo pierde virtualidad jurídica en relación con los acreedores"; el acto revocado continúa perfectamente legal y válido entre las partes; no se afecta la validez, manteniendo su vigencia entre las partes que lo han celebrado, tanto es así que, si la quiebra se revoca o concluye por cualquier medio, tiene plena vigencia. Las decisiones judiciales que aplican estos artículos y los trabajos doctrinales relativos a la temática son incontables<sup>81</sup>.

80 Ver, entre otros, CCC 8º, Córdoba; 03/05/2021; Rubinzal Online; 6025582 RC J 5863/21 y sus citas; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 08/06/2017, RCCyC 2017 (octubre), 03/10/2017, 254 - RCyS2017-XII, 110, cita on line: TR LALEY AR/JUR/42909/2017.

81 Ver, por ejemplo, Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos A., *Sistema de ineficacia concursal*, Bs. As., Ed. Rubinzal, 2002; SCJ, Mendoza; 14/04/2021; Rubinzal Online; RC J 4314/21; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 14-nov-2022, cita: MJ-JU-M-139376-AR; ídem sala B, abril 1-2022, comentado por Ribera, Carlos Enrique, "Ineficacia por conocimiento de la cesación de pagos", ED T 299, cita digital: ED-MMMDCII-212; ídem, Sala C, 6-oct-2023, cita: MJ-JU-

La jurisprudencia ha aplicado la noción de inoponibilidad a otros supuestos que no están previstos expresamente como tales; así, por ejemplo, se decidió que "El acuerdo preventivo que prevé el pago de los créditos quirografarios con una quita del 22 %, una espera de 360 días y sin intereses, resulta *inoponible* a la porción asignada a la ex-cónyuge del concursado en un convenio de liquidación de la sociedad conyugal y al crédito por alimentos reconocido en dicho convenio a favor de la hija de aquél pues el principio de paridad de ambos cónyuges en la división de los bienes que integran la sociedad conyugal, establecido en el art. 1299 del Código Civil, impide que el concursado pueda, mediante una presentación en concurso preventivo, disminuir la parte que se le asignó a aquélla en el convenio de liquidación de la sociedad conyugal homologado en el juicio de divorcio"<sup>82</sup>. No es la oportunidad para analizar el caso a la luz de las dificultades propias del régimen de comunidad de bienes entre cónyuges frente al concurso o quiebra<sup>83</sup>, sino señalar cómo la sentencia no utiliza el arma mayor (nulidad del acuerdo) sino que –apartándose en este aspecto del dictamen de la Fiscalía de Cámara que calificó la situación de violencia económica y pidió la nulidad– entendió que el concordato votado por los acreedores no era oponible a este crédito y, consecuentemente, era inmediatamente exigible. En tal sentido, la Cámara expresó: "Esta solución se adecua a las circunstancias particulares de la causa y, por otra parte, si bien con un sustento jurídico diverso, fundado en la naturaleza o condición de los créditos de que se trata, conduce a un resultado análogo al que cabe derivar de la legislación sustantiva para las hipótesis en que es admitida una acción revocatoria o pauliana cuyo efecto se agota en la satisfacción del interés en miras del cual fue deducida.

---

M-147195-AR | MJJ147195; ídem Sala D, 12-jul-2022, cita: MJ-JU-M-138825-AR | MJJ138825; ídem, 10/11/2022, cita: TR LALEY TR/JUR/159956/2022; ídem Sala F, 19-dic-2022, cita: MJ-JU-M-140750-AR | MJJ140750; ídem 5-abr-2023, cita: MJ-JU-M-143065-AR | MJJ143065; ídem 11-abr-2019, cita: MJ-JU-M-118738-AR | MJJ118738.

82 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 28/09/2009, cita online: AR/JUR/41217/2009. La sentencia fue criticada por Graziabile, Darío J., "¿Inoponibilidad parcial del acuerdo homologado? Interferencia del derecho patrimonial de familia en el concurso", en Revista de las sociedades y concursos, Ed. Errepar, marzo 2010.

83 Para el tema me remito a mi artículo "Primeras aproximaciones al tema insolvencia y régimen de bienes en el matrimonio", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XLVI, N° 39, 2002.

En suma, teniendo en cuenta que en la fecha queda definido, en el incidente de revisión relativo al crédito de la Sra. L., cuál es su cuantía, determinada en la suma verificada por la juez de primera instancia, que incluye un monto por capital en dólares y otro por intereses a liquidar desde la mora, corresponde disponer que, en la instancia de trámite, se complete el pago a la apelante de la totalidad de ese crédito así verificado con sus intereses. De ese modo, queda salvaguardado el derecho de la acreedora derivado de la liquidación de la sociedad conyugal. Desde tal quicio, considerando al acuerdo inoponible respecto de la impugnante, y siendo posible la antedicha corrección, no es necesario adentrarse en la tacha de nulidad aducida por la recurrente y la Fiscalía de Cámara mediante distintas invocaciones”.

Igualmente, con fundamento en la situación de acreedor especialmente vulnerable, con base en la protección concedida por tratados internacionales de derechos humanos, se ha declarado la oponibilidad de las quitas, pero no de los plazos, a favor de acreedores denominados involuntarios, como son las personas adultas mayores (ancianos en la terminología de la CN) o los NNA víctimas en casos de responsabilidad civil, cuyas indemnizaciones deben ser pagadas por empresas concursadas<sup>84</sup>.

## b) Ley de Sociedades

La noción de inoponibilidad tampoco es ajena a la Ley de Sociedades; además del mencionado art. 54 (inoponibilidad de la personalidad societaria), la ley hace referencia a los actos inoponibles en los arts. 12, 155 y 199. Además, las reglas sobre representación plural han dado lugar a importantes decisiones, incluso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que vinculan el tema al de la inoponibilidad<sup>85</sup>.

---

84 Cámara 1° de Apelaciones de San Isidro, sala I, 18/5/2004, LLBA 2004-818 y LL 2004-E-739, confirmado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 5/4/2006, La Ley Bs. As., 2006-904. Para el tema, ver Vítolo, Daniel R., *Privilegios concursales y derechos humanos*, Bs. As., Ed. La Ley-Thomson Reuters, 2022.

85 CSN 18/11/2008, LL 2009-A-445, con comentario de Gagliardo, Mariano, “Apariencia cambiaria, inoponibilidad y tutela del tercero”; del mismo autor, “Representación e inoponibilidad societaria”, ED 188-118.

## 10. Conclusiones provisorias

Cierro este muestreo con algunas conclusiones provisorias:

- a) La enorme cantidad de supuestos mencionados son prueba de que la teoría de la inoponibilidad ha adquirido “carta de ciudadanía” en el CCyC<sup>86</sup>.
- b) El carácter legal de la inoponibilidad no significa que la norma debe decir literalmente que el acto es inoponible; basta que tal solución surja de la aplicación del conjunto de normas referentes al caso<sup>87</sup>.
- c) A diferencia de la nulidad (art. 390 CCyC), el remedio de la inoponibilidad no juega a todo o nada; un acto puede ser válido para muchas personas y no producir efectos respecto de alguien a quien el ordenamiento debe proteger. No tira con el arma más destructora. En este sentido, podría decirse, con sentido muy laxo, que es un instrumento que responde al principio de proporcionalidad: cuando dos derechos están en conflicto, se intenta mantenerlos, en la medida de lo posible.
- d) La clasificación de Alterini se mantiene vigente en el CCyC, en tanto recoge supuestos de inoponibilidad por defecto de prueba (no se cumplieron las formas *ad probationem*); por defecto de publicidad (falta la publicidad prevista por la ley, registral o posesoria); por seguridad estática (para proteger a los acreedores).
- e) En algunos casos, la inoponibilidad está vinculada al derecho constitucional de defensa en juicio (por ejemplo, art. 1588).
- f) Como regla, el perjuicio al tercero es un presupuesto de la inoponibilidad.
- g) En ocasiones, requiere ser ejercida dentro de los plazos de prescripción expresamente previstos en el CCyC (por ejemplo, art. 449 antes transcripto).

---

86 Borda, Guillermo J., “La recepción generalizada de la teoría de la inoponibilidad. A propósito del art. 144 del CCyC. En sentido homenaje a quien siempre luchó por un derecho justo: Guillermo A. Borda”, en *Rev. de Derecho privado y comunitario*, 2015-2-96.

87 Malicki, Anahí, comentario art. 396 en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Bs. As., Ed. La Ley, 2014, T I, p. 888.



# PETICIÓN DE HERENCIA. ACCIÓN DE LOS HEREDEROS

Rubén H. Compagnucci de Caso

SUMARIO. 1. Conceptos generales. 2. Breves antecedentes en el Derecho romano. 3. Supuestos prácticos. 4. Definiciones y contenido de la acción. 5. Naturaleza jurídica. 6. Legitimación activa. 7. Legitimación pasiva. 8. Efectos de la acción de petición de herencia. 9. Relaciones entre las partes. La buena o mala fe del heredero aparente. 10. Supuestos particulares. Entrega de los bienes. Casos de mejoras, frutos y productos. Efectos de actos de disposición, administración. Deterioro y pérdida. 11. Entrega de bienes. 12. Mejoras, frutos y productos. 13. Actos de administración y disposición. 14. Pérdida y deterioro. 15. Prescripción de la acción. 16. Antecedentes y Derecho comparado. 17. La prescripción de la acción en el Derecho nacional

## 1. Conceptos generales

El heredero como continuación de la persona y de los derechos del causante, tiene la facultad de ejercer las acciones necesarias para resguardar su derecho hereditario. Por una parte, puede reclamar lo que le correspondía al antecesor colocándose en su lugar, y además de ello promover todas aquellas pretensiones que la ley le otorga para hacer valer sus propios derechos (conf. arts. 2227 y 2280, del Código Civil y Comercial)<sup>1</sup>.

Entre las primeras se cuentan: las que protegen la propiedad, como la del ejercicio de una servidumbre, o la reivindicatoria, las que derivan de algunos contratos, o el reclamo indemnizatorio por daños sufridos ante el incumplimiento, o la acción revocatoria o de resolución contractual, etc.<sup>2</sup>.

Además de ellas, y como enseña Castán en el Derecho español, están las que ejercita el heredero que no le pertenecían al “de cuius”, sino que lo hace a título propio, y por su cualidad de sucesor hereditario. Para esa caracterización, el distinguido autor citado realiza una subdivisión entre: a) “... las acciones universales que protegen al derecho hereditario en su consideración unitaria...”, entendiéndolo a la herencia en su aspecto subjetivo o bien como una “universitas iuris”; b) las que el heredero tiene a su favor y llevan como finalidad defender su carácter de tal. Y son: las que vienen en protección de la legítima hereditaria, la de

- 
- 1 Azpiri, Jorge O., “Derecho sucesorio”, en la colección *Incidencias del Código Civil y Comercial*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2015, p. 31, N° 3. Ferrer, Francisco A. M., comentario al art. 2277, en Alterini, Jorge H. (Dir.), Alterini, I. E. (Coord.), *Código Civil y Comercial, comentado. Tratado exegético*, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Bs. As., 2016, 2da. edic., T XI, p. 7 y ss. Fernández Hierro, José M., *Teoría general de la sucesión. Sucesión legítima y contractual*, Ed. Comares, Granada, 2007, p. 9 y ss. Kipp, Theodor, “Derecho de las sucesiones”, en el *Tratado de Derecho Civil* de Enneccerus, Ludwig - Kipp, Theodor - Wolf, Martín, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, 2da. edic. española, trad. de Helmut Coing, *Estudios de comparación y adaptación al Derecho español* de don Ramón Roca Sastre, y esta edición al cuidado de Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa Coll, T V, v. II, p. 184, N° 105.
  - 2 De Ruggiero, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Ed. Reus, Madrid, trad. de Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, T II, p. 1019. Planiol, Marcel - Ripert, Georges, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, Ed. La Habana, Cuba, 1945, trad. de Mario Díaz Cruz, y la colaboración de Jacobo Maury y Enrique Villeteaon, T IV, p. 378, N° 326. Quinteros, Federico, *Petición de herencia*, Ed. Depalma, Bs. As., 1950, con prólogo del Dr. Alberto G. Spota, p. 7 y ss. Rébora, Juan Carlos, *Derecho de las sucesiones*, Ed. Bibliográfica Argentina, 2da. edic., Bs. As., 1952, T I, p. 374, N° 235.

reducción de donaciones inoficiosas, o bien para reclamar la partición de los bienes, o la división hereditaria<sup>3</sup>.

Para lo que aquí interesa, la acción de petición de herencia tiene como objetivo dejar en claro el derecho de un heredero ante la existencia de una controvertida situación en el carácter concurrente o excluyente de la vocación hereditaria.

Tanto el Código Civil que redactara Vélez Sarsfield como el vigente Código Civil y Comercial se han ocupado de su caracterización. La definición del art. 3423 del primer cuerpo legal esclarece la idea; dice: "... La acción de petición de herencia se da contra un pariente de grado más remoto que ha entrado en posesión de ella por ausencia o inacción de los parientes más próximos; o bien contra un pariente del mismo grado que rehúsa reconocerle la calidad de heredero o que pretende ser también llamado a la sucesión en concurrencia con él".

Y de manera más reciente el art. 2310 del Código Civil y Comercial, dispone: "... La petición de herencia procede para obtener la entrega total o parcial de la herencia sobre la base del reconocimiento de la calidad de heredero del actor, contra el que está en posesión material de la herencia, e invoca el título de heredero".

Este último criterio parece ser el más ajustado al concepto de "acción de petición de herencia", tal como lo trataré de desarrollar más adelante.

## 2. Breves antecedentes en el Derecho romano

Como antecedente obligado de la referida situación jurídica es válida la referencia en el Derecho romano del interdicto "quórum bonorum" que se daba a favor del "bonorum possesor" para que pudiera reclamar

---

3 Castán Tobeñas, José, *Derecho Civil español, común y foral. Derecho de sucesiones*, Ed. Reus, Madrid, 1978, 8va. edic., corregida y puesta al día por D. José M. Castán Vazquez, T VI, v. I, p. 413. Cicu, Antonio, *Derecho de sucesiones*, publicaciones del Real Colegio de España en Bologna, Studia Albornotiana dirigida por Evelio Verdura y Tuells, con extensas anotaciones de Manuel Albaladejo, p. 21, N° 3. Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, Ed. Perrot, Bs. As., 1980, 5ta. ed., T I, p. 345, N° 463. Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ed. Ejea, Bs. As., 1971, trad. de Santiago Sentís Melendo, T VII, p. 442, N° 207.

los bienes de la herencia, y la “actio petitio hereditatis” que le permitía al heredero ejercer ese derecho.

Según enseña Bonfante la “bonorum possessio” fue una creación pretoriana para regular la posesión de la herencia, e incluir nuevas situaciones que no estaban contempladas en la herencia civil. De todos modos, el pretor no llamó a otros herederos distintos de los que señalaba el Derecho Civil, sino que, en algunos casos que le parecieron justos, garantizó la posesión de la herencia. Así por ejemplo se la concedió de manera temporal o provisoria, en el supuesto de la madre que cree que se encuentra embarazada y a favor del que está por nacer; o bien al curador para el insano que no puede adir la herencia, etc.<sup>4</sup>

A más de lo indicado es posible señalar que el heredero podía, colocándose en lugar del causante, poner en ejercicio las acciones personales y las reales que en su origen le habían pertenecido a su antecesor. Si el demandado oponía como defensas el derecho del heredero al reclamo, la cuestión solo versaba sobre la legitimación activa que le podía o no corresponder por su carácter de sucesor. En razón de ello existía una acción llamada “petitio hereditatis”; la que Bonfante define así: “... Aquella acción con la cual el heredero entiende corregir la adquisición efectiva del patrimonio del difunto, fundándose en su cualidad de heredero...”<sup>5</sup>.

Sin perjuicio del origen simple, la “petitio hereditatis” tuvo un amplio desarrollo en la evolución del Derecho romano. Esta medida le permitía al “heredes” reclamar el reconocimiento o bien la materialidad de todos los objetos que integraban el patrimonio del causante; es más, aunque aquel las tuviera a título de simple tenedor (comodatario o depositario), o poseedor.

---

4 Bonfante, Pietro, *Instituciones de Derecho romano*, Ed. Reus, Madrid, 1965, trad. de la 8va. edic. italiana de Luis Bacci y Andrés Larrosa, p. 569. Petit, Eugène, *Tratado elemental de Derecho romano*, Ed. Callejas, Madrid, 1924, trad. de la 9na. edic. francesa de D. José Ferrández González, y prólogo de José María Rizzi, p. 588, N° 665.

5 Sohm, Rodolfo, *Instituciones de Derecho privado romano*, Ed. Nacional, México, 1975, trad. de Wenceslao Rocés, p. 347, enseña: “... La ‘hereditatis petitio’. El heredero se halla asistido, principalmente por una acción de carácter universal basada en su derecho hereditario: la ‘hereditatis petitio’, o acción de petición de herencia, mediante la cual puede reclamarla cuando se encuentre en manos de un tercero. Tiene por especial cometido esta acción dirimir los litigios que versen directamente sobre el derecho hereditario, pudiendo ejercitarse solamente contra quien posea ‘pro herede’ o ‘pro possessione’...”

La "heredes petitio" tiene siempre como único sujeto pasivo a la persona que posee "pro herede" o bien "pro possessore", es decir quien aparenta ser heredero o alega un derecho contra el heredero, que hubiera podido controvertir hacia el causante<sup>6</sup>.

Es importante señalar que el sucesor que promueva la "petitio hereditatis" tiene el deber de demostrar que la herencia le fue deferida y, por otra parte, que el demandado se halla en posesión de la misma o en parte de sus bienes. El romanista francés Eugène Petit señala que esta pretensión tiene similares efectos a la "reivindicatio" y que fue durante el reinado de Adriano (año 129 DC), mediante el Senadoconsulto Giovenzano, que se la reglamentó. De ese modo se regularon los efectos consiguientes donde se distinguió entre los poseedores de buena y de mala fe. El primero debe restituir las cosas y los frutos que no fueron percibidos, el de mala fe todo ello más la reparación de los perjuicios causados y, también los "fruti percipiendi", es decir los no producidos o no percibidos por su "incuria" o desidia<sup>7</sup>.

Para el ejercicio de la "petitio hereditatis" se extendió la legitimación no solo al heredero pleno sino también al "heredes pro parte" el que sólo puede reclamar su porción al "fideicomisario", al "fisco" o a quien lo hubiera reemplazado.

---

6 Bonfante P., *Instituciones de Derecho romano*, cit., p. 589/590. Quinteros, F., *Petición de herencia*, cit., p. 3, N° 2. Albaladejo, M., anotación al libro de Cicu, A., *Derecho de sucesiones*, p. 477, realiza una observación plena de interés, dice: "... Prescindo del Derecho romano: si bien la figura nos deriva de él, el examen de las fuentes no da una segura orientación porque no refleja la modificación que la acción tuvo que sufrir, no solo respecto a la modificación del procedimiento, sino también a la modificación de la concepción del heredero, de persona investida de un título personal del que deriva la adquisición de la herencia, a persona a la que se atribuía la herencia como patrimonio o como 'univerum ius defunti...'. Más adelante aclara que, sin perjuicio de lo dicho, la "actio petitio hereditatis" podía ejercerse tanto contra quien pretendía la herencia, como hacia quienes poseían bienes hereditarios sin título.

7 Petit, E., *Tratado elemental de Derecho romano*, cit., p. 588, N° 665. Arias Ramos, José - Arias Bonet, J. A., *Derecho romano*, Ed. R. D. P., 10ma. edic., Madrid, 1966, T II, p. 1140 y ss.

### 3. Supuestos prácticos

Algunos distinguidos autores dan una serie de supuestos donde resulta necesario tener que recurrir al ejercicio de la acción de petición de herencia. Por ejemplo, Zannoni, con meridiana claridad y sabiduría, indica: el caso de una persona que fallece y deja uno o más hijos no reconocidos, quienes a la muerte del padre promueven una acción de filiación, en tanto los otros herederos rehúsan reconocerles el carácter correspondiente de tales; otra situación se puede dar cuando el causante no deja herederos forzosos, sino solo parientes colaterales (hermanos), pero instituye en un testamento a terceras personas<sup>8</sup>.

En estos supuestos y muchos más imaginables, en el primer caso los hijos del matrimonio están en posesión de la herencia, los extramatrimoniales, luego de triunfar en la acción de filiación se encuentran legitimados para promover la acción de petición de herencia; en el otro caso, los hermanos obtienen una declaratoria de herederos en su favor, y más tarde los hijos vienen a reclamar para sí y piden la correspondiente exclusión de sus tíos, otra vez aparece la citada acción de petición hereditaria. Estos son solo algunos ejemplos prácticos, pero es de consignar que hay muchos más que suceden en las relaciones humanas.

Si ante el pedido judicial, en los supuestos previstos, los demandados se allanan, basta con modificar la declaratoria de herederos o reconocer la preferencia a los actores; si se niegan y controvierten los aspectos jurídicos y de parentesco, la acción deviene necesaria y concluirá con la sentencia que se brinde al respecto. En todos estos casos y muchos otros más, la pretensión que debe ser utilizada es la "petición de herencia"<sup>9</sup>.

- 
- 8 Ferrer, Francisco A. M., comentario al art. 2310, en Alterini J. H. (Dir.), Alterini I. E. (Coord.), *Código Civil y Comercial, comentado*, cit., T XI, p. 217 y ss. Azpiri, J., "Derecho sucesorio", en la colección *Incidencias del Código Civil y Comercial*, cit., p. 85 y ss., N° 22. Santiso, Javier, comentario al art. 2310, en Rivera, Julio C. - Medina, Graciela (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Bs. As., 2014, T VI, p. 112 y ss. Martínez Escribano, Celia, "La acción de petición de herencia", en el libro *La sucesión hereditaria y el juicio divisorio*, Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Madrid, 2015, p. 303 y ss.
- 9 Zannoni, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, Ed. Astrea, Bs. As., 1982, 3ra. edic., T I, p. 455/6, N° 435. Messineo, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, cit., T VII, p. 447, N° 207. Torrente, Andrea - Schlesinger, Piero, *Manuale di diritto privato*, Ed. Giuffrè, Milano, 1999, 16ma. ediz., p. 920, N° 557.

## 4. Definiciones y contenido de la acción

Es evidente que los antecedentes del Derecho romano han tenido una real influencia en el régimen de la acción de petición de herencia, aunque siempre ha estado en serias dudas su objetivo y mucho más su naturaleza jurídica.

Esta acción gira en derredor de dos aspectos; por una parte, los bienes que componen el conjunto hereditario, y por la otra el carácter que alega un presunto heredero que invoca controvertidos derechos sucesorios.

En esa dirección se expide Rébora, quien afirma: "La petición de herencia es una acción real donde alguien que pretende ser llamado a una sucesión 'mortis causa' como sucesor universal, reclama de aquel o de aquellos que han tomado posesión de todo o de parte de los objetos que la componen conduciéndose como sucesores universales del difunto o como causahabientes de semejantes sucesores, el reconocimiento de su derecho hereditario y el abandono de todo lo que formaba parte de tal sucesión..."<sup>10</sup>.

Y en tiempos más recientes la caracteriza el profesor Maffia como: "... La acción conferida a quien considerándose pretendiente del acervo en calidad de sucesor universal reclama de aquellos que han tomado posesión de los bienes invocando esa misma calidad, el reconocimiento de sus derechos y la entrega de todo lo que forma parte de la sucesión o de la porción que a él le corresponde..."<sup>11</sup>.

En la doctrina italiana Messineo afirma: "... la acción presupone la posesión por parte de terceros de bienes hereditarios con la pretensión de la cualidad de herederos, y defiende al heredero efectivo consinténdole obtener el reconocimiento de la cualidad de heredero y, de reflejo, conduce a obtener la restitución de los bienes, siempre que sean objeto de derecho, ya incorporados al patrimonio..." Es de hacer notar

---

10 Rébora, J. C., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 374, N° 235. En el Derecho francés: Planiol, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, Ed. Librairie de droit et jurisprudence, Paris, 1915, 7ème. edit., T III, p. 451, N° 2046 et 2047.

11 Maffia, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2010, 3ra. edic., T I, p. 377.

que el Derecho italiano recién agrega la acción de petición de herencia con la sanción del "Codice civile" de 1942 (art. 533), y para su régimen ha seguido los antecedentes del Derecho romano<sup>12</sup>.

En España y tal como lo expone el ilustre jurista Manuel Albaladejo, la petición de la herencia puede ser definida como: "... la que para recobrar la herencia entera o parte de ella o bienes concretos de la misma, compete al verdadero heredero contra el poseedor que, basándose en ser el heredero (sin serlo realmente) o basándose (sin alegar título a su favor), simplemente en no ser heredero el reclamante, se niega a la entrega que éste pide..."<sup>13</sup>.

Sobre este panorama de diversas ideas y conceptos, es posible establecer algunos elementos que integran la acción de petición de herencia. En principio es necesario considerar que debe darse la doble circunstancia en la cual una persona que posee carácter y grado de heredero carece de la posesión de los bienes relictos; que otro posee los referidos bienes y tiene igual grado de parentesco con el causante, o bien uno menor, o ninguno. Como ejemplo puede pensarse en un caso en el cual el causante carece de herederos forzosos, y ha testado instituyendo heredero universal a un amigo. A todo esto, la posesión de los bienes la tiene un sobrino. En este supuesto clásico el heredero instituido –ante la reticencia y negativa del pariente a entregar los bienes– se encuentra legitimado para promover la acción de petición de herencia<sup>14</sup>.

En la importante opinión de Guillermo Borda, esta acción prevé la existencia de ciertos requisitos para su procedencia; que consisten en que: a) los bienes del sucesorio se encuentren en poder de un tercero, b) el

12 Messineo, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, cit., T VII, p. 444, N° 207. Gallo, Paolo, *Istituzione de diritto privato*, Ed. Giappichelli, Torino, 2000, 2da. ediz., p. 969, N° 12, "La petizione di eredità". La define así: "Il chiamato all'eredità dopo aver acquisito la qualità di erede in virtù dell'acettazione può chiedere il riconoscimento della sua qualità ereditaria contro chiunque que possieda tutti o parte dei beni ereditare a titolo di erede o senza titolo alcuno allo scopo di ottenere la restituzione dei beni medesimi..."

13 Albaladejo, Manuel, *Curso de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, revisada y puesta al día por Silvia Díaz Alabart, Ed. Edisofer, Madrid, 2015, p. 202, N° 33.

14 Zannoni, E., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 456, N° 435. Azpiri, J., "Derecho sucesorio", en la colección *Incidencias del Código Civil y Comercial*, cit., p. 85 y ss. Cicu, A., *Derecho de sucesiones*, cit., p. 174, N° 76.

reclamante invoque para fundar la acción su título de heredero, y c) el detentador de los bienes también lo invoque, pues si pretendiera un derecho de propiedad autónomo sobre dichos bienes la acción a ejercer es la "reivindicatoria" y no la de "petición de herencia"<sup>15</sup>.

A modo de síntesis, es dable considerar la importancia del título de heredero con mayor legitimidad que debe invocar y probar el actor, el reclamo hacia otro que también alega derechos vinculados a la herencia, y la existencia de un estado de hecho posesorio del segundo. Es decir, la acción tiene como sustento el título de heredero de mejor derecho, contra quien no asume dicho carácter, con la excepción del caso en que ambos acrediten igual situación jurídica y la pretensión sea de compartir la cotitularidad. Agrego, que la finalidad práctica se dirige a los bienes que integran el haber relicto<sup>16</sup>.

## 5. Naturaleza jurídica

La determinación de la naturaleza jurídica de la acción de petición de herencia ha sido un tema polémico, multiforme, intrincado y de dudosa solución. Se han sostenido una cierta variedad de ideas, entre ellas que se trata de: a) una acción real; b) personal, c) universal; d) mixta; y e) compleja.

### a. Acción real

Esta idea es la que más adhesiones ha recibido, ya que se considera que la "petición de herencia" es una acción real oponible "erga omnes" y dirigida hacia cualesquiera persona que posea bienes que corresponden al sucesorio.

---

15 Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., T I, p. 345, N° 463. Planiol, M. - Ripert, G., *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, cit., T IV, p. 323, N° 328. Terré François - Lequette Ives, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Ed. Dalloz, 3ème. edit., Paris 1997, p. 574, N° 688. Espín Canovas, Diego, *Manual de Derecho Civil español*, Ed. R.D.P., 5ta. edic., Madrid, 1978, T V (sucesiones), p. 211.

16 Castán, J., *Derecho Civil español, común y foral*, cit., T VI, p. 413. Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., T I, p. 345, N° 463. Albaladejo, M., *Curso de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., p. 202. Ferrer, F. A. M., comentario al art. 2310, en Alterini J. H. (Dir.), Alterini I. E. (Coord.), *Código Civil y Comercial, comentado*, cit., T XI, p. 217. Quinteros F., *Petición de herencia*, cit., p. 7 y ss.

En ese sentido es común la afirmativa de que se trata de: "... una especie particular de la acción reivindicatoria...", pues tiene como base un derecho real y se puede dirigir contra cualesquiera que detente los bienes hereditarios. A ello se suma el aporte de los antecedentes doctrinarios sobre los cuales se apoyó Vélez Sarsfield para elaborar el Código Civil; en ese sentido Aubry y Rau afirmaban que se trataba de una acción real y por lo tanto ejercitable contra cualquier persona<sup>17</sup>.

En similar sentido se expiden Fornieles y Rébora. El primero de los autores sostiene; "... es una acción real porque se intenta no contra una persona determinada, en virtud de un vínculo obligatorio, sino contra el detentador de los bienes hereditarios, quienquiera fuera..." Y por su parte Rébora entiende que: "... La acción de petición de herencia es una acción real, por la que alguien que se pretende llamado a una sucesión 'mortis causa' como sucesor universal, reclama de aquel o de aquellos que han tomado posesión de todo o de parte de los objetos que la componen, conduciéndose como sucesores universales del difunto o como causahabientes de semejantes sucesores, el reconocimiento de su derecho hereditario o el abandono de todo lo que forma parte de tal sucesión..."<sup>18</sup>.

A lo dicho se agrega que el carácter real de la acción surge porque viene a reivindicar el patrimonio del muerto, cuestionando la situación de quien trata de oponer al reclamante su calidad de sucesor que no tiene, y protege la vocación hereditaria. No hay vínculo entre las partes del litigio, lo que aleja la posibilidad de una relación obligacional y acción personal, y el derecho que se esgrime puede invocarse contra cualesquiera persona.

Debo expresar mi coincidencia con Zannoni, cuando dice: "... afirmar que la petición de herencia es una acción real, es quizá inexacto. Ya que las acciones reales tienden a hacer declarar en juicio la existencia,

---

17 Fornieles, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, Ed. Tea, Bs. As., 1958, 4ta. edic., T I, p. 264, N° 188. Borda G. A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., T I, p. 347, N° 466. En el Derecho francés: Aubry, Ch. - Rau, Ch., *Cours de Code Civil français*, cit., T VI, N° 619. Planiol, M. - Ripert, G., *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, cit., T IV, p. 379, N° 326. Terré, F. - Lequette, I., *Droit Civil. Les successions. Les libéralités*, cit., p. 574, N° 689.

18 Id. nota anterior, y Rébora, J. A., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 374, N° 235. Messineo, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, cit., T VII, p. 444. Dice: "... la ley (art. 533) primer apartado, contempla la acción de petición de herencia de naturaleza análoga a la reivindicación de la propiedad, con la cual tiene en común el carácter de 'acción real' ejercitable 'erga omnes'".

plenitud y libertad de los derechos reales. No afectan a la persona sino a la misma cosa...”, y luego se plantea “¿Hay acaso reivindicación de la herencia?”, llegando a concluir que, si bien la petición de herencia lleva a la restitución de los objetos particulares, ello lo es a título hereditario, pero no constituye una controversia sobre su dominio singular, sino a la “atribución subjetiva de la herencia”<sup>19</sup>.

## b. Acción personal

En franca oposición a la idea anterior, se sostiene que se trata de una “acción personal”, porque en su génesis la acción apunta a que se establezca a favor del reclamante su cualidad de heredero, mediante una resolución judicial que así lo considere, y de ese modo desplace a otro o por lo menos disponga que ambos comparten dichos derechos. Como es dable ver en esta primera etapa la puja es entre dos o más personas y a partir de allí, recién aparece posible extender el reclamo a los bienes relictos<sup>20</sup>.

Serían dos las etapas que conllevan a apoyar este criterio; la primera que posee un fin inmediato como es el reconocimiento de un mejor derecho hereditario, y la otra que apunta como objetivo el contenido del patrimonio que dejara el causante.

Esta corriente ha recibido algunas críticas que dan base suficiente para su desmerecimiento. Así se indica que creer en una especie de desdoblamiento de la acción que se inicia con un pedido de declaración de mejor derecho hereditario, para más luego solicitar la entrega de los bienes, no condice con la propia esencia de la “actio hereditatis”, ya que serían dos tipos distintos

19 Zannoni E., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 469, N° 448. El desarrollo del tema que hace el ilustre jurista es digno de admiración y respeto. Aclara muy bien que la acción de petición de herencia tiene como “causa” la titularidad de la vocación hereditaria, y por “objeto” el emplazamiento del titular de la vocación en carácter de heredero. Y en algunos casos se unen y acumulan acciones de estado (vb. el reconocimiento de la paternidad), con el reclamo de los bienes. Asimismo, agrega que la acción de petición de herencia no ofrece variantes conforme a los objetos que se reclaman, sean corporales, créditos, o de ambas clases, para que varíe su clasificación de ser “real”, “personal”, o “mixta”.

20 Espín Cánovas, D., *Manual de Derecho Civil español*, cit., T V, p. 215. El ilustre profesor español cita a un autor francés que sigue la idea de la naturaleza personal, como una acción declarativa de la cualidad de heredero: Pillet: “Essai sur la nature de la petition d’herédité en droit français”, en *Revue Critique de legislation et jurisprudence*, Paris, 1884, p. 208. Quinteros F., *Acción de petición de herencia*, cit., p. 11, señala las objeciones que se hacen a la tesis de “acción personal”. Lo mismo se puede ver en: Cicu, A., *Derecho de sucesiones*, cit., p. 474, N° 76.

de pretensiones con cierta independencia, lo que quita sentido unitario a la acción típica<sup>21</sup>.

Lo cierto es que la acción de petición de herencia tiene un objetivo concreto como son los bienes que integran el patrimonio del causante, y de ese modo lograr su entrega; todo lo cual no se independiza del reconocimiento primario del carácter de heredero, pero ello impide una especie de separación por etapas y consecuentemente una desconexión entre ambos requerimientos.

### c. Acción universal (*universitas iuris*)

A más de lo indicado se trae al debate para explicar la esencia de la acción de petición de herencia, el concepto de una figura que tiene características muy especiales y particulares, como es la de la "universitas iuris". El debate gira en torno a considerar a la herencia como un ejemplo paradigmático del concepto de universalidad de derecho<sup>22</sup>.

De allí que importantes autores, fundándose en los precedentes romanos, observan y entienden a la acción de petición de herencia como el ejercicio de un derecho al logro de una "universitas", pues se reclaman los bienes que integran el haber relicto en posesión del demandado, en su universalidad o totalidad y, mediante ello obtener la recepción de la herencia en su contenido pleno.

---

21 Azpiri J., "Derecho sucesorio", en la colección *Incidencias del Código Civil y Comercial*, cit., p. 86, Nº 22. Castán, J., *Derecho Civil español, común y foral*, cit., T VI, p. 423, aclara bien, que la naturaleza personal de la acción ha sido sostenida por el jurista francés Pillet, pero que esa idea no muestra muchas adhesiones. Gallo P., *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 969, no se expide de manera concreta, pero manifiesta: "Il chiamatto all'eredità dopo aver acquisto la qualità di erede puo chiedere il riconoscimento della sua qualità ereditaria contro chiunque possieda...".

22 Biondi, Biondo, *Los bienes*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, 2da. edic., trad. de Antonio de la Esperanza Martínez Radio (notario honorario), p. 172, Nº 28. En el Cap. IIIº, sobre "Cambios y agregaciones de cosas", desarrolla con precisos detalles todo el tema sobre la "universitas iuris". Entre variados e interesantes conceptos, dice: "... tradicionalmente se llaman 'universitates iuris', en contraposición a las 'universitatis facti', algunos complejos patrimoniales, también heterogéneos unificados por la pertenencia a una determinada persona, o por una particular función unitaria. Es siempre la noción de unidad la que también está en la base de esta categoría. Ejemplo más antiguo y más importante, más bien el paradigma de la categoría es la herencia...".

Es relevante considerar que, tal como enseña Gomá Salsedo en la doctrina española, "... La doctrina de la 'universitas' tiene numerosas y sobradamente conocidas aplicaciones en el Derecho civil, mercantil e hipotecario, por lo que resulta ocioso subrayar la importancia práctica que puede tener...", y agrega haciendo referencia a un pasaje de Gayo en el Digesto donde se analizan como opuestos la adquisición de cosas singulares a las de la "universitas": "... La sucesión hereditaria es un fenómeno sorprendente dentro del mundo jurídico por sus potentes efectos; supone la transmisión en bloque de un patrimonio incluyendo las deudas. Todos los bienes y derechos de una persona y todas sus obligaciones reciben en este trance un tratamiento unitario...". De allí que lo lleva a considerar que la herencia constituye el mejor ejemplo de "universitas iuris", y la acción de petición de herencia, con su contenido unitario, apunta al logro de dicho fin<sup>23</sup>.

Esta tesis en mi modesto parecer es la que mejor explica la naturaleza de la acción de petición hereditaria. Y ello porque de ese modo consagra su derecho absoluto, el ejercicio "erga omnes", y el carácter unitario para el reclamo de una universalidad de derecho que, a todas luces, muestra el carácter de la herencia. Tal como sostienen distinguidos autores, el heredero puede exigir la totalidad de la herencia en bloque donde se hallan todos los bienes que la integran, sean activos y pasivos<sup>24</sup>.

Dentro de esta corriente y en original postura, se ha señalado que la acción de carácter universal puede convivir con la real. Así, De Ruggiero en la doctrina italiana, y Clemente De Diego entre los autores españoles, consideran que la "actio hereditatis" es una acción de carácter real y universal, y ello por su objetivo, que no es precisamente conseguir las cosas individualmente consideradas, sino que busca el reconocimiento del carácter hereditario y además obtener todo aquello

---

23 Gomá Salcedo, Enrique, La "universitas" como posible objeto de derecho, en el libro *Estudios de Derecho privado*, bajo la dirección de Antonio de la Esperanza Martínez Radio, Ed. RDP, Madrid, 1962, V I, p. 287 y 298.

24 Pérez Lasala, José, *Tratado de sucesiones*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, T I, p. 982 y ss. Ferrer F. A. M., comentario al art. 2310, en Alterini, J. H. (Dir.), Alterini, I. E. (Coord.), *Código Civil y Comercial, comentado*, cit., T XI, p. 218.

que pertenece al haber que fuera del causante. De ese modo el primero de los autores citados, considera que "... conforme a los textos romanos conviene en ir hacia la universalidad (*ad universitatem*), no a los casos singulares. Al heredero le pertenece la universalidad de los bienes..."<sup>25</sup>.

#### d. Acción mixta

El enigma que plantea la tesis bajo estudio al considerar que la "actio hereditatis" tiene carácter mixto, encierra dos interrogantes: el primero es que en las legislaciones modernas no hay acciones mixtas, como existieron en el Derecho romano, y el segundo que no resulta razonable entender que se entremezclan el reclamo a que se declare el carácter de heredero con la real del pedido a los bienes del sucesorio, a todo lo cual se suma la no compatibilidad y confusión en una única pretensión<sup>26</sup>.

El anterior Código Civil, en la nota al art. 4023, se expedía con una firme aserción en su última parte: "... En este Código no reconocemos acciones mixtas de reales y personales..." Sin embargo, algunos autores se inclina-

---

25 De Diego, Clemente, *Instituciones de Derecho Civil español*, Ed. Artes Gráficas San Martín, Madrid, edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossio y Antonio Gullón Ballesteros, T III, p. 485. De Ruggiero, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Ed. Reus, Madrid, trad. de la 4ta. edic. italiana por Ramón Serrano Suñer, y Santa Cruz Teijeiro, T II, p. 457. Sobre la acción de petición de herencia afirma: "... Es esta una acción de carácter real y universal con la que el heredero actúa contra quién le discute el título hereditario y retenga la posesión de las cosas de la herencia; real porque puede ejercitarla contra todo tercer poseedor y reivindicar los bienes hereditarios; universal porque no tiende a obtener la restitución de las cosas singularmente consideradas y si a conseguir el reconocimiento en el actor, del título hereditario..."

26 Zannoni, E., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 463, Nº 447. Quinteros, F., *Petición de herencia*, cit., p. 11. Castán, J., *Derecho Civil español, común y foral*, cit., T VI, p. 424. Espín Cánovas, D., *Manual de Derecho Civil español*, cit., T V, p. 216, enseña: "... Las dificultades para decidir sobre el carácter real o personal llevaron a algunos autores a proclamar el carácter mixto, recordando así la doctrina justiniana (*tam in rem quam in personam*) teoría hoy abandonada por el desprestigio de las acciones mixtas, en que debe decidirse el carácter real o personal por el predominio de una de las acciones acumuladas..." Sobre las acciones mixtas en el Derecho romano: Bonfante P., *Instituciones de Derecho romano*, cit., p. 113, Nº 39, quien se refiere a: "... la *actio familiae esciscundae*, la *actio comuni dividendo*, y la *actio finium regundorum*..." Al respecto una muy antigua jurisprudencia declaró "... La acción de petición de herencia es real en cuanto reclama la entrega de bienes determinados, pero personal en tanto descansa en el carácter de heredero que participa en la naturaleza de las acciones personales..." (Cam. civ. C. F., fallo del 10- XI- 39, en L.L. 16-1131. Id. Cam. Ira. C.F., fallo del 18-VI-43, en J.L. L. 31-182).

ron por dicha idea, en el Derecho francés se cita la obra de Baudry Lacantinerie, y entre nosotros el libro de Prayones, siguiendo el razonamiento del párrafo anterior. Creo que como lo afirmara el profesor Borda, la idea resulta "complicada y confusa", pues la acción tiene como objetivo concreto los bienes que integran el haber sucesorio, aunque necesita previamente el reconocimiento del carácter de heredero<sup>27</sup>.

### e. Acción compleja

Esta calificación tiene un cierto parentesco con la anterior, pero sin efectuar distinción alguna considera que la acción de petición de herencia no tiene naturaleza real ni personal, sino que al igual que el derecho hereditario se identifica en su compleja naturaleza. Como bien observa Espín en el Derecho español, la acción compleja tiene una cierta proximidad con la que sostiene el carácter personal, ya que apunta a que se declare el carácter hereditario y más luego la condena a la restitución de los bienes. Y como esta pretensión no puede tener un objeto múltiple, el mentado carácter de hereditario es siempre previo a la condena restitutoria, pero no se trata de acciones distintas, lo que ayuda a su cualidad de ser "compleja"<sup>28</sup>.

Esta idea es refutada por el distinguido profesor Sancho Rebullida, al juzgar que la debatida naturaleza de esta acción, la petición de herencia no se distingue de cualquier acción de condena; y como estas, unas veces será real y otras personal. Y siempre será singular aun cuando se dirija al

---

27 Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., T I, p. 347/348, N° 466. Prayones, Eduardo, *Nociones de Derecho Civil. Derecho de sucesión* (tomado de las clases del profesor Prayones por Americo Caccici), Bs. As., 1957, p. 145. Baudry Lacantinerie, G., *Précis de droit civil*, Ed. Sirey, 2ème. edit., Paris, 1910, T III, p. 824, N° 1305.

28 Espín Cánovas, D., *Manual de Derecho Civil español*, cit., T V, p. 217. Entre nosotros sostiene esta idea: Ferrer, F. A. M., comentario al art. 2310, en Alterini, J. H. (Dir.), Alterini, I. E. (Coord.), *Código Civil y Comercial comentado*, cit., T XI, p. 219, con relación a la acción de petición de herencia afirma "... es difícil encuadrarla en una de las acciones típicas (universal, o particular, declarativa o vindicativa, o mixta). Entendemos que se trata de una acción típica del derecho sucesorio que no encuadra en ninguna de las clasificaciones tradicionales, sino que tiene características propias que la diferencia de aquellas...".

conjunto de relaciones transmisibles, porque ni aun entonces constituyen estas, objetivamente, "una universitas"<sup>29</sup>.

A modo de conclusión con el punto en análisis, pienso que el decir y dar la cualidad de "acción compleja", no transmite mucha claridad al tema. Es como manifestar poco ya que solo se indica que la acción se nutre de una serie de elementos y finalidades que impiden una ubicación jurídica precisa, y deja una sombra de dubitaciones que son inconvenientes y no ayudan a determinar su naturaleza.

## 6. Legitimación activa

Para exigir el derecho que otorga la acción bajo estudio, es preciso que se brinden ciertas circunstancias; a) que se trate de un heredero legal o testamentario "actual" con mejor o igual derecho hereditario hacia aquel a quien demande; b) que el demandado se oponga y niegue el carácter invocado, y además se encuentre en la posesión de los bienes de la herencia. A ello debe adicionársele que el heredero debe aceptar la herencia, acto realizable de forma expresa o tácita<sup>30</sup>.

En cuanto al heredero actual es aquel que tiene un derecho hereditario mejor, es decir de grado más cercano, o concurrente con relación al demandado, por ejemplo, un hijo del causante, o un heredero instituido en un testamento, con respecto a un sucesor colateral que se halle en posesión de los bienes; y para el caso de la concurrencia, se puede considerar la legitimación que le corresponde a un hijo extramatrimonial para con otros hijos nacidos de la unión matrimonial. O bien el derecho de cualquier heredero contra el instituido testamentariamente cuando se cuestiona la va-

---

29 Sancho Rebullida, Francisco de Asís, "Las acciones de petición de herencia en el Derecho español", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1948, N° 46/48, p. 395 y p. 466.

30 Ferrer, F. A. M., comentario al art. 2310, en Alterini, J. H. (Dir.), Alterini, I. E. (Coord.), *Código Civil y Comercial, comentado*, cit., T XI, p. 219. Azpiri J., "Derecho sucesorio", en *Incidencias del Código Civil y Comercial*, cit., p. 86. Messineo, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, cit., T VII, p. 444, N° 207, indica: "... El ejercicio de la petición (de herencia), presupone que el heredero haya aceptado de manera expresa, o tácita, o presunta la herencia, dentro del término de ley..." Albaladejo, M., *Curso de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, cit., T V, p. 204.

lidez del acto ante un supuesto de captación de voluntad por dolo, o bien ausencia de formas sustanciales<sup>31</sup>.

Por ello bien aclara Ferrer que, como legitimarios activos, "... se encuentran comprendidos: el heredero legítimo en la sucesión intestada, y los herederos instituidos ya sea como herederos universales (art. 2486 del Código Civil y Comercial), o como 'herederos de cuota' (art. 2488 del citado Código)...". Agrega que, ante la existencia de varios herederos mancomunados en similares circunstancias, cada uno puede demandar por su porción, pero ante la sucesión indivisa, uno solo de ellos podría reclamar por la totalidad ante su vocación al todo de la herencia, pero en beneficio de la comunidad<sup>32</sup>.

Restan por analizar los casos de: el cesionario, los acreedores del heredero, y el del heredero eventual, este último ya no previsto en el Código vigente.

El cesionario de los derechos hereditarios es un continuador del heredero cedente, y puede ejercer todas las facultades del titular anterior. Todo ello surge del contrato formal donde se transfieren relaciones jurídicas patrimoniales compuestas por una universalidad con derechos y obligaciones hereditarias.

Como mediante la cesión se transmiten todos los derechos de contenido patrimonial que le correspondían al cedente, entre ellos se puede incluir y contar con la posibilidad del ejercicio de la acción de petición de herencia<sup>33</sup>.

- 
- 31 Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., T I, p. 349, N° 468. Zannoni, E., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 458, N° 487. Santiso, Javier, comentario al art. 2310, en Rivera, J. C. - Medina, G. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, cit., T VI, p. 115. Rébora, J. A., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 376, N° 236. Ovsejevich, Luis, "Petición de herencia", en Enciclopedia Jurídica Omeba, Bs. As., Ed. Omeba, T XXII, p. 307 y ss. Albaladejo, M., *Curso de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, cit., T V, p. 204.
- 32 Ferrer, F. A. M., comentario al art. 2310, en Alterini J. H. (Dir.), Alterini I. E. (Coord.), *Código Civil y Comercial, comentado*, cit., T XI, p. 219. Espín Cánovas, D., *Manual de Derecho Civil español*, cit., T V, p. 317. De Ruggiero, R., *Instituciones de Derecho Civil*, cit., T II, v. II, p. 358, dice: "... Puede intentar la 'petitio' el heredero testamentario o legítimo, el único por la totalidad, el llamado en concurrencia con otros por la cuota que le es atribuida...".
- 33 Salas, Acdeel E., "Generalidades sobre la cesión de derechos hereditarios", en J.A. 65-441, y en *Obligaciones, contratos y otros estudios*, Ed. Depalma, Bs. As., 1982, p. 559 y ss. Castaldi, José María, "Cesión de derechos hereditarios y pacto sobre herencia futura", en *Estudios sobre derecho sucesorio hereditario*, publicación de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., serie IV, Instituto de Derecho Civil, 2008, p. 140 y ss. Compagnucci de Caso, Rubén H., "Cesión de derechos hereditarios", en La Ley, rev. del 2 de febrero del 2023.

El supuesto del ejercicio de la acción por un acreedor en uso de la vía subrogatoria establecida en los arts. 739 a 742 del Código Civil y Comercial, es siempre posible cuando se brinden las condiciones previstas en las normas citadas. En principio, es de consignar que no se trata de derechos excluidos de la acción subrogatoria a los que refiere el art. 741, pues la naturaleza del derecho sucesorio permite su cualificación de bienes que integran la garantía común, y por lo tanto su ejercicio por medio de acreedores interesados<sup>34</sup>.

En cuanto al denominado heredero eventual, nada indica el nuevo Código Civil y Comercial, pero sí lo hacía con expresa referencia el art. 3424 del anterior Código Civil. Esa norma disponía: "En caso de inacción del heredero legítimo o testamentario, la acción corresponde a los parientes que se encuentran en grado sucesible, y el que la intente no puede ser repulsado por el tenedor de la herencia porque existan otros parientes más próximos". Como es posible observar, la ley posibilitaba que el heredero que carecía de vocación actual, en razón de que quienes le precedían en grado no habían renunciado ni fallecido, tenía derecho a promover la "actio" de petición de herencia<sup>35</sup>.

La fuente de la norma, conforme a lo indicado por Vélez en la nota al artículo citado, fue la obra de los juristas de Estrasburgo Charles Aubry y Charles Rau (Cours, T VI, N° 616), pero es importante aclarar que esa idea no estaba volcada en las normas del "Code civil" francés.

34 Trigo Represas, Félix A., comentario a los arts. 739 a 741, en Trigo Represas, F. A. - Compagnucci de Caso, R. H. (Dir. del tomo), Alterini, J. H. (Dir.), Alterini, I. E. (Coord.), *Código Civil y Comercial, comentado*, cit., T IV, p. 107 y ss. Rezzónico, Luis M., *Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho Civil*, Ed. Depalma, 9na. edic., Bs. As., 1961, T, I, p. 359. Compagnucci de Caso, R. H. - Moreno, V. - Negri, N. J. - Farina, N., *Derecho de las obligaciones*, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Bs. As., 2018, p. 241, N° 97 y ss. Gregorini Clusellas, Eduardo, "Procedencia de la acción oblicua", en L.L. 1996-A-182. Giorgi, Giorgio, *Teoría de las obligaciones en el Derecho Civil moderno*, Ed. Reus, Madrid, 1971, trad. de A. Dato Iradier, T II, p. 223, N° 191.

35 Quinteros, F., *Petición de herencia*, cit., p. 48. Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., T I, p. 349, N° 468, cita un fallo de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, que exigió que cuando el heredero eventual pretendía ejercer la acción, debía interpelar previamente al más próximo. Cam. Apel. CivyCom. B.B., en J.A. 1947-II-8. Coincide con esa tesis: Rébora, J. A., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 375, N° 236. La jurisprudencia en general no ha considerado necesaria la interpelación previa.

Como bien enseña Zannoni, la solución aportada por el Código Civil tiene como antecedente remoto la tesis de la "saisine colectiva" que consideraba que la posesión hereditaria no solo correspondía a los herederos de vocación actual sino a todos los parientes legítimos de cualquier grado. De manera opuesta en el Derecho francés se ha sostenido que la "posesión hereditaria" es sucesiva y no colectiva, y por lo tanto el de segundo grado obtiene el derecho ante la renuncia o muerte del de primer grado<sup>36</sup>.

Lo cierto es que la solución dada por la ley civil anterior es, en mi modesto parecer, justa y razonable. En definitiva, le permite a un heredero legítimo, ante el desinterés o desidia de otro preferente, reclamar aquello que puede llegar a pertenecerle, y dicha solicitud lo es hacia un tercero que por diversas circunstancias no tiene facultades para retener los bienes pedidos. Al respecto señala Borda: "... La solución de la ley es lógica: frente al detentador de los bienes se presenta quien tiene mejor derecho que él a la herencia, de tal modo que no hay razón para rechazarla. Quienes tengan a su vez mejor derecho que el actor, podrán reclamar más tarde de él..."<sup>37</sup>.

El nuevo Código Civil y Comercial no hace especial referencia al caso comentado, pero no abrigo dudas de que la omisión no resulta un impedimento y menoscabo a los derechos de los herederos eventuales para promover la pretensión, claro está siempre y cuando se brinden las circunstancias y requisitos señalados.

---

36 Zannoni, E., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 469, N° 488. Planiol, M. - Ripert, G., *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, cit., T IV, p. 302, N° 240. Tratan el carácter y las condiciones del derecho de los herederos eventuales. Aclarando que no se discute el derecho de todo heredero de grado subsiguiente a una aceptación sujeta su derecho eventual a una condición. Y ello, para los autores citados, solamente le otorgaría una facultad para tomar medidas de conservación; sin embargo, aclaran que la jurisprudencia transforma esa aceptación precaria en una opción de grandes consecuencias, entre las que se encuentran: entablar la acción de partición y además la de "petición de herencia".

37 Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., T I, p. 349/ 350, N° 468. Castán, J., *Derecho Civil español, común y foral*, cit., T VI, v. I, p. 427, analiza los casos del: heredero fiduciario, el instituido bajo condición resolutoria, el aceptante con beneficio de inventario, el bajo condición suspensiva, y el administrador del sucesorio.

## 7. Legitimación pasiva

Por su parte, el demandado debe reunir dos condiciones, una es "negar el estado que invoca el actor", es decir el mejor derecho o igual, y además la otra, es: "encontrarse en posesión de los bienes invocando su presunta situación de heredero o coheredero"<sup>38</sup>.

Lo primero es casi de toda obviedad, pues si el demandado acepta y se allana a la pretensión del heredero actual, la cuestión litigiosa no se plantea; la situación aparece cuando alega un estado singular que lo caracteriza con algún derecho hereditario sobre los bienes que posee, y se contrapone a la acción de petición. Es decir, la acción se tiene contra aquel que desconoce o niega la vocación preferente o concurrente del actor. Como bien aclara Castán "... Si el actor cifra su pretensión en la calidad de heredero únicamente y el demandado no prueba en absoluto el invocado título singular, se estimará la demanda como petición de herencia con todas las ventajas a ello inherentes..."<sup>39</sup>.

Entiendo que sobre todo esto es necesario efectuar algunas aclaraciones. Y la más trascendente es aquella que viene a dilucidar que la acción se da contra quien tiene la herencia a título hereditario, y no por otra razón. Remito a la referencia que hice sobre los antecedentes del Derecho romano, y la importancia del distingo entre el poseedor "pro herede", y el poseedor "pro possessore", donde el primero detenta los bienes como consecuencia de la herencia que dice tener, y el segundo por cualesquiera otro motivo o título de adquisición, o bien lo hace a título singular sobre determinados objetos<sup>40</sup>.

38 Quinteros, F., *La acción de petición de herencia*, cit., p. 51. Santiso, J., comentario al art. 2310, en Rivera, J. C. - Medina G. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, cit., T VI, p. 116. Zannoni, E., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 462, N° 440. Cicu, A., *Derecho de sucesiones*, cit., p. 488, explica: "... Pasivamente legitimado está cualquiera que, ostentando controvertidamente el heredero cualquier relación jurídica hereditaria, le niegue la calidad de heredero, sea que la quiera para sí o se limite a negarla en el actor..."

39 Castán, J., *Derecho Civil español, común y foral*, cit., T VI, p. 430. Espín, D., *Manual de Derecho Civil español*, cit., T V, p. 218. Ferrer, F. A. M., comentario al art. 2310, en Alterini, J. H. (Dir.), Alterini, I. E. (Coord.), *Código Civil y Comercial, comentado*, cit., T XI, p. 220. De Ruggiero, R., *Instituciones de Derecho Civil*, cit., T II, v. II, p. 358.

40 Petit, Eugene, *Tratado elemental de Derecho romano*, cit., p. 588, N° 685. Señala que es recién a comienzos del siglo II DC, que el sistema sucesorio en Roma adquirió su mayor desarrollo. En la puja por el mejor derecho se le otorgaba a quien ocupaba un rango superior en el Edicto, y si los dos

La situación anómala y dudosa que traía el art. 3422 del Código Civil anterior, aparece clarificada en la redacción que posee el art. 2310 del nuevo Código Civil y Comercial. En su última parte la norma citada dispone que la acción lo es "... contra el que está en posesión material de la herencia e invoca el título de heredero...". Por esos términos la pretensión hacia aquel que es poseedor a título estrictamente personal será la "acción reivindicatoria" que tiene su propio régimen y requisitos<sup>41</sup>.

En la legislación comparada la cuestión posee diferente tratamiento y las soluciones no resultan uniformes. Por ejemplo, en el "Codice civile italiano" de 1942 (art. 533) se indica que "... el heredero puede pedir el reconocimiento de su cualidad hereditario contra cualquiera que posea todo o parte de los bienes hereditarios a título de heredero o sin título alguno, a fin de obtener la restitución de los bienes...". Ello permite el ejercicio de la acción contra el poseedor de los bienes hereditarios, o parte de ellos, o bienes singulares, ya sea por su carácter de heredero (poseedor *pro herede*), o bien –como indica Messineo– aun cuando careciere de cualquier título hereditario o no (poseedor *pro possessore*).

Algo similar acaece en el "Code civil francés" y en el Código Civil portugués de 1966, donde siempre se exige la prueba del mejor derecho, pero la restitución admitida es de todos los bienes que se encontraron en la herencia<sup>42</sup>.

Por otra parte, el Derecho español y el alemán siguen la idea, similar a la legislación local, diferenciando al poseedor "pro herede" del posee-

---

ocupaban el mismo lugar se les daba una porción igual. Y así por ejemplo si el "bonorum posesor" tiene en el Edicto un rango superior, al heredero, la "bonorum possessor" es "cum re" y él recibe los bienes.

41 Rébora, J. C., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 374, N° 234. Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., T I, p. 353, N° 472. El distinguido autor señala los inconvenientes hermenéuticos que traía el Código Civil anterior, aparentemente por una errónea traducción del Codificador al texto de los juristas franceses Aubry y Rau. Zannoni, E., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 462, N° 441, realiza con meridiana claridad un desarrollo completo de la cuestión señalada, tal como es de uso en sus obras.

42 Messineo, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, cit., T VII, p. 446, N° 207. Cicu, A., *Derecho de sucesiones*, cit., p. 488. Dice: "... se duda si la acción puede ser interpuesta contra el deudor, aun cuando no es poseedor, siendo así que el art. 533 (Codice) indica como sujeto pasivo a quien posea todo o parte de los bienes hereditarios, a título de heredero o a título ninguno...". Gallo, Paolo, *Instituzione de diritto privato*, cit., p. 969. Planiol, M. - Ripert, G., *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, cit., T IV, p. 380, N° 329.

dor "pro possessore", y donde el heredero ejerce la acción de petición de herencia solamente contra aquel que posee los bienes en calidad de heredero, con lo cual la lucha es entre el heredero real y efectivo contra el heredero aparente<sup>43</sup>.

Resta como cuestión vinculada a esta pretensión determinar si el poseedor demandado debe tener el carácter de serlo "actual", es decir encontrarse en la posesión de los bienes para la procedencia de la acción. En la mayoría de las opiniones doctrinarias ello es un requisito a cumplir que admite dos situaciones de excepción a dicha regla.

En caso de fallecimiento del poseedor demandado, es posible el reclamo contra sus sucesores, ya que estos son continuadores de los derechos y obligaciones del causante, y en razón de ello pueden ser demandados a lo que estaba obligado el "de cuius".

Además, aunque con algunas dubitaciones, también puede ser dirigida contra el cesionario de la herencia, producto de un acuerdo contractual entre el heredero poseedor anterior y el tercero. En la doctrina española Cristóbal Montes y Roca Sastre se expiden de manera afirmativa considerando que ello responde a los antecedentes del Derecho romano y del histórico español, a lo que es posible adicionar que el nuevo poseedor asume la situación jurídica de su antecesor es decir el heredero cedente. Roca Sastre agrega que el comprador de la herencia se equipara al poseedor y "... si bien ello constituye un título singular de adquisición, cuando tiene por objeto el todo o una cuota de un patrimonio, se impregna de un sentido de universalidad..."<sup>44</sup>.

En oposición a esa idea, otros autores consideran que ni el comprador o donatario de la herencia de ningún modo adquieren el carácter de here-

---

43 Castán, J., *Derecho Civil español, común y foral*, cit., T VI, v. I, p. 430, Aclara bien: "La 'hereditatis petitio' no puede ser intentada contra el que invoque un derecho especial o sea un concreto título singular..." Espín Cánovas, D., *Manual de Derecho Civil español*, cit., T V, p. 218. De Diego, Clemente, *Instituciones de Derecho Civil*, cit., T III, p. 488.

44 Cristóbal Montes, Aníbal, "Problemática general de la venta de la herencia", en Anuario de Derecho Aragonés, 1968, p. 423, cit. por Castán, J., *Derecho Civil español, común y foral*, T VI, p. 422 (nota 5). Roca Sastre, R., en Kipp, T., *Derecho de sucesiones*, cit., T V, v. 2, p. 328, N° 111. Méndez Costa, Josefa, "Forma y oposición de la cesión de herencia", en L.L. 1994-D-119. Perrino, Jorge, *Derecho de las sucesiones*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2010, T I, N° 1016. Compagnucci de Caso, Rubén H., "Cesión de derechos hereditarios", en L.L. (diario del 2-II-2023), T 2003 - A. Cifuentes, Santos, "Cuestiones referidas a la cesión de derechos hereditarios", en L.L. 1996-D-559.

deros. Y ello porque no es adquirente a título universal, sino que siempre resulta a "título singular"<sup>45</sup>.

En nuestro Derecho el art. 2312 en su 3er. y último párrafo dice: "... El cesionario de los derechos hereditarios del heredero aparente está equiparado a éste en las relaciones con el demandante." Por lo tanto, las dubitaciones y vacilaciones de la doctrina española al respecto desaparecen en el texto del nuevo Código que brinda legitimación suficiente al heredero reclamante contra el cesionario que ingresa en el lugar del sucesor aparente. Como muy bien lo afirma Ferrer: "... El cesionario de la herencia no es un heredero aparente porque el heredero cedente no transmite su condición de tal, pero su posición lo torna como legitimado pasivo de la petición de herencia pues si bien no posee 'pro herede', tampoco lo hace como simple poseedor. Ese carácter surge nítido de lo dispuesto en el art. 2304 del Código Civil y Comercial, y lo refuerza lo dispuesto en el art. 2312..."<sup>46</sup>.

## 8. Efectos de la acción de petición de herencia

Si la acción de petición de herencia resulta procedente y una sentencia es favorable al reclamo del heredero verdadero que triunfa en su pretensión, tiene derecho a que se le entreguen los bienes y de esa manera adquirirá la posesión de los mismos (conf. art. 2312 del Código Civil y Comercial).

Para una mejor explicación de la temática es necesario efectuar un desarrollo de una serie de situaciones que rodean a las consecuencias respectivas, entre ellas se cuentan: las relaciones entre las partes entre quienes se planteó el litigio, y además las que corresponden con los terceros que hayan tenido alguna vinculación con el heredero aparente y los bienes que componen la herencia<sup>47</sup>.

45 Sancho Rebullida, "Las acciones de petición de herencia en el Derecho español", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, septiembre de 1961, Ed. Reus, p. 309. Gullón Ballesteros, A., "La acción de petición de herencia", en Anuario de Derecho Civil, enero/marzo de 1959, p. 206.

46 Ferrer, F. A. M., comentario al art. 2312, en Alterini, J. H. (Dir.), Alterini, I. E. (Coord.), *Código Civil y Comercial, comentado*, cit., T XI, p. 221. Santiso, J., comentario al art. 2312, en Rivera, J. C. - Medina, G., *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, cit., T VI, p. 122.

47 Id. nota anterior y: Azpiri J., "Derecho sucesorio", en *Incidencias del Código Civil y Comercial*, cit., p. 90, N° 26. Iturbide, Graciela, comentario al art. 2312, en Bueres, A. J. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2014, T II, p. 524.

Es importante aclarar que el art. 2312 del Código Civil y Comercial regula la relación inmediata entre las partes, y el art. 2313 efectúa una remisión a las reglas que rigen los efectos de la acción reivindicatoria en relación al poseedor de buena o mala fe, gastos, mejoras, apropiación de frutos y productos, y responsabilidad por pérdidas y deterioros<sup>48</sup>.

## 9. Relaciones entre las partes. La buena o mala fe del heredero aparente

Cuando la sentencia le reconoce al actor su carácter de heredero de la totalidad o parte de los bienes reclamados, surge su derecho a que el vencido le haga entrega de dichos bienes (conf. art. 2312 del Código Civil y Comercial). Ello se integra con la totalidad que transmitió el causante donde se incluyen objetos materiales y derechos incorporales. Como explica Espín: "... El efecto a que se dirige la petición de herencia es la restitución de los bienes hereditarios poseídos por el demandado ya que la acción es tradicionalmente de condena y reipersecutoria..."<sup>49</sup>.

En base a dicha circunstancia el heredero aparente debe entregar: los bienes de la herencia, o si los hubiere enajenado el valor obtenido por dicha operación, y que corresponda al precio obtenido. En caso de que el negocio hubiere sido un contrato de permuta, el objeto a considerar serían las cosas o derechos que ingresaron en sus lugares, y por último en el supuesto que se le hubiere indemnizado por el daño que constituyó su pérdida imputable, el dinero correspondiente a esa reparación. En todos los ejemplos señalados resulta aplicable el principio de la "subrogación real" (*res succedit loco pretii et pretium loco rei*)<sup>50</sup>.

48 Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., T I, p. 354, N° 473. Rébora, J. C., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 383, N° 240 a). Messineo, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, cit., T VII, p. 447, N° 207. Quinteros, F., *La acción de petición de herencia*, cit., p. 90, N° 42. Gallo, Paolo, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 970, N° 12.

49 Espín, D., *Manual de Derecho Civil español*, cit., T V, p. 221. Zannoni, E., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 477, N° 452, trata con detalles y precisión las dificultades que tuvo la interpretación del art. 3421 del Código Civil anterior. Cuestión que se corrige en el nuevo Código Civil y Comercial en los arts. 2312, 2313 y 2337. Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, "Heredero aparente. El problema y la ley", en L.L. 137- 855.

50 Castán, J., *Derecho Civil español, común y foral*, cit., T VI, v. I, p. 344. Planiol, M. - Ripert, G., *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, cit., T IV, p. 388, N° 337. Aubry, Ch. - Rau, Ch., *Cours de droit civil français*, cit., T VI, N° 616. De Ruggiero, R., *Instituciones de Derecho Civil*, cit., T II, v. II, p. 359, afirma: "... Reconocido el título hereditario en el heredero verdadero, el demandado deberá restituir a este

El art. 2312 agrega que, además de lo indicado, el heredero condenado debe devolver las cosas de las que el causante era "poseedor", y aquellas sobre las que el causante ejercía el derecho de retención. Si ello no es posible, debe pagar los daños y perjuicios correspondientes (sobre esto me ocupó y amplió su aclaración más adelante).

Es de importancia establecer si la conducta del heredero aparente es de buena o de mala fe, ya que los efectos de restitución de los bienes y otras consecuencias tendrán diferente dimensión en uno u otro caso. Conforme a lo dispuesto en el art. 2313 (2do. párrafo) es de "mala fe" todo aquel "que conoce o debió conocer la existencia de herederos preferentes o concurrentes que ignoraban su llamamiento". El criterio legal para definir la buena o mala fe del heredero aparente –en mi parecer–, carece de precisión sustancial y tiene una cierta vaguedad en su concepción ya que debió ser más asertivo. De todas maneras, se entiende cuál es el sentido de la ley y cómo lograr identificar dicha cualificación.

En general, la jurisprudencia y los autores han atendido más a la conducta omisiva maliciosa que al conocimiento que tenía o debía poseer sobre la existencia de otros herederos concurrentes o de mejor derecho. Por ejemplo, Cicu sostiene: "... el poseedor de mala fe puede ser poseedor sin título alguno, no puede haber poseedor de buena fe que no se apoye en un título de adquisición..." O en la importante opinión de Ferrer, al considerar: "... Entendemos que la ley no puede sino referirse (al poseedor de mala fe) a cuando el heredero aparente ha actuado con dolo, ocultando la existencia de otros herederos concurrentes o preferentes..."<sup>51</sup>.

Por otra parte, resulta un heredero poseedor de buena fe, cuando ignora, desconoce, o es llevado a ello por un error excusable sobre la

---

todo lo que pertenecía a la herencia. Los bienes con sus accesiones y frutos, el precio de los enajenados, el importe de los créditos cobrados, y en general todo valor que hubiese ingresado en el patrimonio del demandado a consecuencia de actos de disposición o de gestión de la herencia..."

51 Ferrer, F. A. M., comentario al art. 2313, en Alterini, J. H. (Dir.), Alterini, I. E. (Coord.), *Código Civil y Comercial, comentado*, cit., T XI, p. 228 y ss. Cicu, A., *Derecho de sucesiones*, cit., p. 194, N° 79. Albaladejo, M., *Curso de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, cit., p. 208, califica como de "mala fe" al heredero que tiene la posesión de los bienes, sabiendo que carece de dicho carácter. Kipp, T., *Derecho de sucesiones*, cit., p. 198, N° 107.

existencia de otros herederos con mejor derecho, o que su título no es válido ni suficiente para tener título eficaz en el sucesorio<sup>52</sup>.

## 10. Supuestos particulares. Entrega de los bienes. Casos de mejoras, frutos y productos. Efectos de actos de disposición, administración. Deterioro y pérdida

Además de lo indicado, trataré la regla general de entrega de los bienes, las mejoras, frutos y productos; las consecuencias de los actos de disposición, o adquisición de bienes o créditos, y los actos de administración.

## 11. Entrega de bienes

Es la consecuencia principal del triunfo de la acción de petición de herencia. El art. 2312 del Código Civil y Comercial, lo dispone expresamente: "... Admitida la petición de herencia el heredero aparente debe restituir lo que recibió sin derecho en la sucesión...". Es decir, lo que se encontraba en el activo hereditario, y todo lo que corresponda por "subrogación real". Sumo a ello las situaciones jurídicas derivadas de derechos que tuvo el causante y poseía el heredero aparente, también se trasladan al reclamante, por ejemplo, si era arrendatario o comodatario de un campo, continuará en dicho carácter el nuevo heredero<sup>53</sup>.

El 2do. párrafo del art. 2312 a su vez dice: "... Si no es posible la restitución en especie, debe indemnización de los daños...". En mi modesto parecer esto último no resulta lo suficientemente claro y explícito, y

52 CNCiv. S: A, en LL 131-298. Cám. Apel. Civ. y Com., La Plata, S: II, en JA 1966-IV-618. En cuanto a que "la buena fe se presume": CNCiv. S: F, en LL 2008-E-194.

53 Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., T I, p. 354, N° 473. Santiso, J., comentario al art. 2312, en Rivera, J. C. - Medina, G., *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, cit., T VI, p. 124. De Ruggiero, R., *Instituciones de Derecho Civil*, cit., T II, v. II, p. 359, sostiene: "... Reconocido el título hereditario en el heredero verdadero, el demandado deberá restituir a este todo lo que pertenecía a la herencia...". Cicu, A., *Derecho de sucesiones*, cit., p. 498, distingue entre el poseedor de buena fe de aquel de mala fe. En cuanto al primero dice "... Debe restituir las cosas hereditarias en el estado que se encontraban al momento de la demanda...", y el de mala fe: "... está obligado a la restitución de la cosa y al resarcimiento del daño...", y agrega: "... si ha perecido por caso fortuito debe entregar el valor..."

aparece como una especie de amenaza de sanción, sin brindar necesarias razones y fundamentos. Para que el reclamado que tiene imposibilidad del retorno de los bienes en especie, tome a su cargo el pago de los daños y perjuicios que cause dicha situación, es necesario que se cumplimenten una serie de requisitos. Lo primero es que la cosa se haya perdido material o jurídicamente, y segundo que la consiguiente pérdida haya sido causada por su culpa o dolo<sup>54</sup>.

Distinto es el supuesto en que el bien hubiere sido vendido donde corresponde que entregue el precio de venta, cuando fuera de buena fe, y el valor real de la cosa cuando se tratase de un heredero aparente de mala fe. Se aplica al caso el principio de subrogación real al que se hizo referencia con anterioridad. Espín Canovas, un relevante jurista español, enseña que, en el Derecho romano, el Senado Consulto Juventiano distinguió conforme a la buena o mala fe del poseedor, "... en el primer caso devolviendo solo las cosas de la herencia que conservase en su poder con los frutos que lo enriquecieron, mientras que el de mala fe debía entregar el valor de la cosa de la que se había desprendido y los frutos que hubiera podido percibir..."<sup>55</sup>.

## 12. Mejoras, frutos y productos

Con cierto sentido unitario me ocupo de los efectos de la sentencia de petición de herencia sobre las mejoras introducidas en los bienes contenido de restitución, de los frutos, y productos de dichos objetos. Todo tiene una íntima vinculación con lo previsto en el Código Civil y Comercial en los arts. 1932 a 1940 que contienen los "efectos en las relaciones de poder".

54 Quinteros, F., *Petición de herencia*, cit., p. 90, N° 42. Albaladejo, M., *Curso de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, cit., p. 208. Planiol, M. - Ripert, G., *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, cit., T IV, p. 283, N° 337. Afirman: "... El actor obtendrá la restitución total de los bienes hereditarios retenidos por el demandado vencido, y además las mejoras realizadas. Tal es el principio objeto de la acción..."

55 Espín, D., *Manual de Derecho Civil español*, cit., T V, p. 222. Messineo, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, cit., T VII, p. 448, N° 207. Castán, J., *Derecho Civil español, común y foral*, cit., T VI, v. I, p. 433. Planiol, M. - Ripert, G., *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, cit., T IV, p. 388/ 389, aclaran en cuanto al heredero aparente de buena fe: "... En caso de enajenación oneroso de objetos comprendidos en la herencia, deberá restituir el precio percibido y no su valor de estimación, ya que no pudo obtener otro enriquecimiento que ese mismo precio..."

## a. Mejoras

En cuanto a las mejoras introducidas en los objetos a restituir, es importante diferenciar el estado y situación de los poseedores, pues el de "buena fe" tiene derecho a reclamar al actor el valor de las mejoras: "necesarias y útiles"; calculando el incremento que recibiera la cosa mejorada, y no el de la mejora de manera aislada. Para afirmar este criterio es importante tener en cuenta lo previsto en el art. 1938 del Código Civil y Comercial, que toma a su cargo la forma de indemnizar al que tiene obligación de restituir la posesión, juntamente con lo dispuesto en el art. 1934 del mismo Código.

En consideración al poseedor de "mala fe" su situación se agrava, y su derecho queda disminuido a solo reclamar con éxito las mejoras necesarias y no las útiles. La suntuarias, o como las llamaba el Código Civil anterior de "mero lujo o recreo", no son indemnizables en ningún caso<sup>56</sup>.

## b. Frutos y productos

Los frutos son todo aquello que, como enseña Biondi en la doctrina italiana, "... constituye una producción natural periódica que deja íntegra la cosa que los produce hasta el agotamiento de la cosa productiva ínsita en la naturaleza y carácter de ellos...", y agrega: "... el cambio entre cosa y 'fruto' es eterno, la cosa produce el fruto el cual reproduce la cosa al infinito..."<sup>57</sup>.

Es tradicional la distinción entre frutos: naturales, industriales y civiles. Los primeros son los productos de la tierra y las crías de los animales, los industriales los que surgen de los predios del cultivo y el trabajo en ellos y, por último, los civiles que consisten en las rentas del capital, como precio de arrendamientos, intereses del dinero, etc.<sup>58</sup>.

56 Ferrer, F. A. M., comentario al art. 2312, en Alterini, J. H. (Dir.), Alterini, I. E. (Coord.), *Código Civil y Comercial, comentado*, cit., T XI, p. 230. Aubry, Ch. - Rau, Ch., *Cours du Code civil français*, cit., T VI, N° 616. Gallo, P., *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 969, N° 12.

57 Biondi, Biondo, *Los bienes*, Ed. Bosch, 2da. edic., trad. y notas D. Antonio de la Esperanza Martínez Radio, Barcelona, 2003, p. 229, N° 39.

58 Llambías, J. J., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Ed. Perrot, Bs. As., 1973, 5ta. edic., T II, p. 228, N° 134, define a los frutos como: "... una cosa nueva que regular y periódicamente produce una cosa sin alterar ni disminuir su sustancia...".

En este caso particular, es necesario aplicar las reglas sobre los derechos del poseedor obligado a restituir, su buena o mala fe y la situación legal que debe ser aplicada. Por ello, conforme a lo previsto en el art. 1935 incs. 2 y 3, al poseedor de buena fe le corresponden los frutos percibidos, los naturales devengados y no percibidos. El heredero real tiene derecho a los pendientes. Por otra parte, el poseedor de mala fe tiene que enfrentar una solución de mayor rigidez, de allí que debe entregar los objetos más los frutos percibidos sea en especie o pagar su valor, a lo que se agregan aquellos que por su culpa o negligencia dejó de percibir<sup>59</sup>.

Los productos poseen otra característica, ya que consisten en elementos que se extraen de una cosa existente y no se vuelven a producir, sean unidos o separados del todo. Para este caso resulta aplicable lo previsto en el art. 1935, 2do. párrafo del Código Civil y Comercial, que ordena "... sea de buena o mala fe debe restituir los productos que haya obtenido de la cosa...". La ley no hace distinguir alguno entre los de buena o mala fe, y dispone en cualesquiera de esos supuestos, el producto queda asimilado al objeto principal, y debe ser entregado conjuntamente<sup>60</sup>.

### 13. Actos de administración y disposición

Los actos de administración y de disposición de bienes se encuentran previstos en el art. 2315 del Código Civil y Comercial y de esa manera la ley viene a resolver dos importantes cuestiones que hacen a las facul-

---

59 Quinteros, F., *Petición de herencia*, cit., p. 94, N° 47. Castán, J., *Derecho Civil español, común y foral*, cit., T VI, p. 453, indica: "... El heredero aparente con buena fe conserva los frutos percibidos y solo tiene que restituir los existentes al tiempo de la demanda. El de mala fe responde de los percibidos y dejados de percibir...". Azpiri, J., "Derecho sucesorio", en *Incidencias del Código Civil y Comercial*, cit., p. 91. Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., T I, p. 360, N° 478. Zannoni, E., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 485, N° 462. Terré, F. - Lequette, I., *Droit civil. Les successions, les libéralités*, cit., p. 577, N° 694.

60 Llambías, J. J., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, cit., T II, p. 235, N° 1341. Pettis, Cristian R. - Rosenbrok Lambois, J. H., comentario al art. 1935, en Bueres, A. J. (Dir.), *Código Civil y Comercial, anotado*, cit., T II, p. 278. Santiso, J., comentario al art. 2312, en Rivera, J. C. - Medina, G. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., T VI, p. 123, expresa: "... Respecto de los frutos y los productos cabe remitirse, a lo que reza el art. 1935, en cuanto a la obligatoriedad de la restitución sea de buena o mala fe...".

tades del heredero aparente, una en cuanto a los actos de administración y otra con respecto a los de disposición de bienes; a más de todo se ubica en la posible atención de terceros que, conforme al estado de "apariencia", reciben protección de sus derechos.

#### a. Actos de administración

Los actos de administración han sido distinguidos entre los de "administración ordinaria" y los que "exceden la administración ordinaria". En cuanto a los primeros, se entiende que son aquellos que no modifican los bienes que integran el capital, tienden a su conservación o, como enseña Orgaz, están dirigidos a hacerle producir beneficios corrientes, sin alterar su destino y naturaleza.

En cambio, los de administración "extraordinaria", que algunos denominan como actos de disposición, resultan aquellos que alteran sustancialmente el capital de una persona, ya sea mediante enajenaciones, donaciones, aportes en una sociedad, a compromisos del capital en inversiones hipotecarias, prendas, o arrendamientos de largo tiempo de vigencia, etc. Entiendo que estos últimos de ninguna manera constituyen actos de administración, sino que ingresan en la categoría de los de "disposición", cuyos efectos se anotan en consideración a la necesaria capacidad de las partes para su realización y a más en las facultades de los representantes legales y voluntarios<sup>61</sup>.

El art. 2315 del Código Civil y Comercial reafirma la validez de todos los actos de administración realizados hasta el mismo momento de la notificación de la demanda de petición de herencia. Me permito insistir en que solo se abarcan los negocios de administración ordinaria, y no los otros que, en mi modesto parecer, ingresan en la categoría de actos de "disposición"<sup>62</sup>.

61 Orgaz, Alfredo, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Ed. Zavalía, Bs. As., 1963, p. 80, N° 43. Del mismo autor: "Los actos de administración El acto de administración en el Código Civil", en *Nuevos estudios de Derecho Civil*, Ed. Omeba, Bs. As., 1964, p. 43. Albaladejo, Manuel, *El negocio jurídico*, Ed. Bosch, Barcelona 1958, p. 72, N° 45. Compagnucci de Caso, Rubén H., *El negocio jurídico*, Ed. Astrea, Bs. As., 1992, p. 83, N° 23. Stolfi, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, Ed. R. D. P., trad. Jaime Santos Briz, Madrid, 1960, p. 71, N° 18.

62 Ferrer, F. A. M., comentario al art. 2315, en Alterini, J. H. (Dir.), Alterini, I. E. (Coord.), *Código Civil y Comercial, comentado*, cit., T XI, p. 231. Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., T I,

## b. Actos de disposición

Los supuestos de actos de disposición a título oneroso que realice el heredero aparente, antes de ser obligado a restituir al sucesor real y legitimado, siempre han sido objeto de profundo y dificultoso análisis. El Código Civil anterior, en el art. 3430 que fuera modificado por la ley 17.711, y el Código Civil y Comercial actual en el art. 2315, deciden y dan solución al complejo interrogante. El problema central es llegar a determinar cómo debe cumplir la obligación de restituir bienes, especialmente cuando fueron dispuestos a título oneroso a favor de terceras personas y, previo a ello, determinar la validez o ineficacia del negocio de disposición.

Lo previsto en el art. 3430 del Código Civil exigía el cumplimiento de ciertos requisitos, tales como: la declaratoria de herederos dictada a favor de ese heredero o la aprobación de un testamento con similares fines eran necesarios para dar la cualificación de ser "heredero aparente" y por lo tanto rodeado de una cierta legitimidad. Esos requisitos han desaparecido en la novel normativa.

Sin embargo, como señala con evidente razón el profesor Ferrer, el art. 2337 aclara que, para el ejercicio de las acciones transmisibles, y a los fines de que se les reconozca su investidura en la transferencia de bienes registrables, se exige que exista una declaratoria de herederos o auto que apruebe un testamento en su favor. Ello le permite al futuro adquirente de dichos bienes demostrar *-prima facie-* su buena fe en la operación<sup>63</sup>.

Para que el acto o los actos de disposición del heredero aparente a favor de terceros sean válidos es necesario que se trate de actos a "título oneroso", es decir concretar un negocio patrimonial atributivo, donde la obligación de una de las partes resulte una contraprestación de la otra, y en la significación de cada uno importe un "contravalor" o equivalente

---

p. 375, N° 500, trae la cita del art. 3429 del Código Civil anterior, que de forma general le obligaba al heredero reclamante a respetar los actos de administración del aparente. Y suma a todo ello que la fuente de la norma fueron los autores franceses Aubry y Rau, quienes habían suprimido la exigencia de buena fe de los terceros (*Cours de Code civil français*, T VI, N° 616).

63 Ferrer, F. A. M., comentario al art. 2315, en Alterini J. H. (Dir.), Alterini, I. E. (Coord.), *Código Civil y Comercial, comentado*, cit., T XI, p. 231 / 232. Azpiri, J., "Derecho sucesorio", en la colección *Incidencias del Código Civil y Comercial*, cit., p. 93 y ss. Del mismo autor, comentario al art. 2315, en Bueres, A. J. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado*, cit., T II, p. 525.

de la prestación. Como bien lo sostiene Bisconti, "L'onerosità dell'atto dipende del suo collegamento con qualsiasi sacrificio dell'acquirente..."<sup>64</sup>.

Se brindan como ejemplos los contratos de: compraventa, permuta, locación, el seguro, la renta vitalicia, etc. También lo son los actos de constitución de una hipoteca, el mutuo oneroso, el usufructo, y otros.

A más de ello, y para que se produzca el efecto de dar validez plena, deben hacerse efectivas las formas exigidas para cada negocio en particular. Verbigracia en el caso de adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles se exige la escritura pública, y de ese modo se cumple con lo previsto en el art. 1017 inc. a) del Código Civil y Comercial. Como primaria síntesis del tema, es importante consignar que desinteresa la situación del heredero aparente, es decir que sea éste de buena o de mala fe, en cuanto al efecto del acto de disposición, aunque es dable señalar que las consecuencias difieren en uno o en el otro supuesto<sup>65</sup>.

Los efectos del acto oneroso de disposición deben ser analizados desde dos puntos de vista, uno con relación a las partes del reclamo de "petición de herencia" es decir heredero real y heredero aparente; y, por otro lado, las consecuencias que se producen con respecto a los terceros contratantes.

---

64 Bisconti, Guido, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, Ed. Università di Camerino (Scuola di specializzazione in diritto civile), Napoli, 2005, p. 30 y ss. De Castro, Federico, *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1985 (reedición), con una introducción de Juan Vallet de Goytisolo, p. 262, N° 320, en esta magnífica obra el profesor De Castro caracteriza al negocio oneroso "... cuando cuesta a cada parte hacer o prometer una prestación a favor de la otra..." que consiste en "... Una mutua transmisión de bienes, de modo que la pérdida que para cada parte supone se ve compensada o reemplazada patrimonialmente por el beneficio adquirido a favor de la otra..."

65 Sobre la apariencia: Bustos Pueche, José E., *La doctrina de la apariencia jurídica*, Ed. Dykinson, Madrid, 1990, p. 17 y ss. Compagnucci de Caso, R. H., "Apariencia y mandato aparente", en L.L.B.A. 2006-14. Del mismo autor: "Pago al tercero y apariencia jurídica", en L.L. 2004-F-834. Zannoni, E., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 488, N° 465, desarrolla con meridiana claridad los principios de la apariencia en el Derecho. Dice: "... El derecho aparente no es ningún misterio, a pesar de la máxima del 'nemo dat quod non habet...', el derecho subjetivo se goza como atribución del derecho positivo, y esa atribución exige satisfacer las expectativas de la seguridad jurídica..." Castán, J., *Derecho Civil español, común y foral*, cit., T VI, v. I, p. 433, explica: "... La doctrina española reconoce en algunos casos la eficacia legitimadora de la apariencia y admite así la protección de los terceros, siempre que sean de buena fe y a título oneroso..."

El art. 2315 en su 2do. párrafo dispone que los actos de disposición a título oneroso a favor de terceros que han actuado de "buena fe", por ignorar la existencia de otros herederos con mejor o igual derecho que el aparente, restan amparados y producen sus normales consecuencias. Por lo tanto, no hay acción alguna contra dichas personas<sup>66</sup>.

En la relación entre las partes del proceso de petición de herencia y los terceros, ampliando lo ya expuesto, itero que los actos válidos de disposición a título oneroso de inmuebles producen plenos efectos, lo cual implica que el derecho de los terceros se encuentra protegido, y ninguna acción cabe contra ellos por parte del actor. Con respecto a los bienes muebles registrables, como por ejemplo los automotores, se les debe aplicar igual solución, la que en cierta medida aparece ratificada en lo previsto en el art. 1895 del Código Civil y Comercial, en cuanto a que la buena fe se halla unida a su inscripción registral<sup>67</sup>.

Aparecen como excepción a esta regla los negocios a título gratuito o lucrativo, que no pueden ser opuestos al heredero real reclamante, y los que versen sobre la transferencia de bienes muebles no registrables que tienen su propia regla antes en el art. 2412 del Código Civil, y ahora en el art. 1895 del Código Civil y Comercial que, contra toda acción reivindicatoria, protege al adquirente a título oneroso y de buena fe. Se trata, como bien enseña el recordado profesor Jorge H. Alterini, "... de un supuesto de adquisición legal y a título originario...", cuestión prevista en el art. 1894 del Código Civil y Comercial<sup>68</sup>.

---

66 Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., T I, p. 372, N° 493, aclara: "... Buena fe del tercero adquirente. Este es el elemento esencial para juzgar la validez o nulidad del acto. En cambio la buena o mala fe del heredero aparente ninguna influencia tiene sobre la suerte del acto..." Zannoni, E., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 491, N° 469. De Ruggiero, R., *Instituciones de Derecho Civil*, cit., T II, p. 361, expone: "... La enajenación (del heredero aparente) no puede ser impugnada en perjuicio de tercero, sino cuando provenga de un acto a título gratuito, o cuando aun proviniendo de un acto a título oneroso, los terceros habrían procedido de mala fe, en ambos casos carece de trascendencia la buena o mala fe del heredero aparente..."

67 Gurfinkel de Wendy, Lilian, comentario al art. 1895, en Rivera, J. C. - Medina, G., *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, cit., T V, p. 239. Cicu, A., *Derecho de sucesiones*, cit., p. 494, N° 79. Ferrer, F. A. M., comentario al art. 2315, en Alterini, J. H. (Dir.), Alterini, I. E. (Coord.), *Código Civil y Comercial, comentado*, cit., T XI, p. 235.

68 Alterini, Jorge H., anotación al comentario al art. 2315 en conjunto con Alterini, Ignacio E., en Alterini, J. H. (Dir.), Alterini, I. E. (Coord.), *Código Civil y Comercial, comentado*, cit., T XI, p. 234. Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., T I, p. 375, N° 499. Ferrer, F. A. M., comentario al art. 2315, en Alterini, J. H. (Dir.), Alterini, I. E. (Coord.), *Código Civil y Comercial, comentado*, cit., T XI, p. 235.

A estas soluciones hay que agregar cuáles son los efectos patrimoniales entre el heredero aparente (de buena fe o de mala fe), y el actor de la pretensión, cuestión que ya fue indicada y aquí se amplía. El art. 2315 determina que el heredero aparente de buena fe está obligado a restituir al heredero real el "precio recibido", y si fuera de mala fe "indemnizar todos los perjuicios causados..." Parece relevante mostrar las diferencias entre ambas soluciones y sus efectos prácticos.

En cuanto al primer supuesto la ley dispone: "... debe restituir el precio recibido", con lo cual se conforma el principio de subrogación real que rige en estos casos cuando se trata de un heredero aparente que obró y actuó de buena fe. En el Derecho romano se entendía que para este supuesto lo que se debía entregar era lo que había quedado entre los bienes relictos como resultado de ese acto de disposición; el Código Civil y Comercial se inclina por una solución práctica y justa: el precio obtenido por la venta<sup>69</sup>.

Si el heredero aparente es de "mala fe" la norma agrava su situación y eleva la responsabilidad a todos los daños y perjuicios causados. Para su determinación deben aplicarse los principios previstos en los arts. 1716 y ss. del Código Civil y Comercial, aunque es posible adelantar que el límite de la responsabilidad estará dado por las consecuencias mediatas, en aplicación de lo previsto en los arts. 1726 y 1727 del citado Código<sup>70</sup>.

69 La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha juzgado: "... La subrogación real que se opera como consecuencia de la enajenación hace entrar el precio en el lugar de la cosa y la convierte en el objeto propio de la acción de petición de herencia..." (SCBA, fallo del 10/VIII/68, en L.L. 138-867). Íd. CNCiv. S: A, en L.L. 155-350. Santiso, J., comentario al art. 2315, en Rivera, J. C. - Medina G., *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, cit., T VI, p. 132. Azpiri, J. O., "Derecho sucesorio", en la colección *Incidencias del Código Civil y Comercial*, cit., p. 94. Castan, J., *Derecho Civil español, común y foral*, cit., T VI, v. I, p. 413, enseña que el heredero aparente debe restituir al real, los bienes hereditarios que posea o el equivalente obtenido por la enajenación. Aclara que, para algunos autores españoles, siguiendo la tradición romana, entienden que debe entregarse lo que "resta" o queda, mientras que otros como Gullón Ballesteros, consideran que debe ser el total del precio obtenido.

70 Ossola, Federico A., "Obligaciones", en *Derecho Civil y Comercial*, Rivera, Julio C. - Medina, Graciela (Dir.), Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2018, p. 719 y ss. Compagnucci de Caso, R. H. - Moreno, V. - Negri, N. J. - Farina, N., *Derecho de las obligaciones*, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Bs. As., p. 716, N° 472. Díez Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 21 y ss. Cazeaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, Ed. La Ley, 4ta. edic., Bs. As., 2010, T IV, p. 467, N°

## 14. Pérdida y deterioro

En el Código Civil anterior los denominados "riesgos de la cosa", incluían dos situaciones distintas: la pérdida y el deterioro.

El concepto de "pérdida" reglado en el art. 891, poseía tres significaciones: a) la destrucción material, b) el extravío, y c) que la cosa quedara fuera del comercio. Hoy en el Código Civil y Comercial (art. 955), se encuentra previsto como un caso de imposibilidad de cumplimiento, que es una de las formas de extinción de la obligación, y debe reunir los caracteres de ser "objetiva, absoluta, y definitiva". Ello importa que no sea contraria a las leyes físicas y a las disposiciones legales correspondientes. Se aplica el principio romano de "impossibilita nulla obligatio. Impossibilita nemo tenetur"<sup>71</sup>.

Este impedimento sobrevenido puede ocasionarse ante el "caso fortuito o la fuerza mayor", y allí la obligación se extingue sin efectos ni consecuencias para las partes. Diferente es la situación cuando la imposibilidad es imputable o atribuible al deudor y a su conducta culposa o dolosa, en este caso se aplicarán los principios de la responsabilidad, y se le cargará con la indemnización de los daños y perjuicios<sup>72</sup>.

En el tema que nos ocupa, habrá que determinar cuál es la situación fáctica, y ante la imposibilidad se deben aplicar los principios enunciados. El heredero aparente ante la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor se exime de responsabilidad; y lo contrario será de aplicación cuando ello acaece por su culpa o dolosidad<sup>73</sup>.

---

2408. Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Ed. Abeledo Perrot, 9na. edic., Bs. As., 1997, p. 72, N° 1210.

71 Boffi Boggero, Luis M., *Tratado de las obligaciones*, Ed. Astrea, Bs. As., 1975, T III, p. 324 y ss., N° 936 y 937. De Gasperi, Luis - Morello, Augusto M., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Ed. Tea, Bs. As., 1964, T II, p. 473, N° 995.

72 Ossola, Federico, comentario al art. 955, en Bueres, A. J. (Dir.), Picasso, S. (Coord.), *Código Civil y Comercial y normas complementarias*, Ed. Hammurabi, Bs. As., T III-B, p. 609 y p. 625. Alterini, Ignacio E. - Alterini, Francisco J., *Tratado de las obligaciones*, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Bs. As., 2017, T II, p. 43, N° 912.

73 Quinteros, F., *Petición de herencia*, cit., p. 99, aclara que en los casos de pérdida por caso fortuito o fuerza mayor el heredero demandado no debe nada. Al igual que en el caso de deterioro, salvo lo que pudo aprovechar. Santiso, J., comentario al art. 2315, en Rivera, J. C. - Medina, G. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, cit., T VI, p. 130 y ss. Zannoni, E., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 402, N° 470. Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., T I, p. 379, N°

En caso de deterioro, es decir de la disminución del valor intrínseco de la cosa por diferentes cuestiones ya señaladas, se le deben aplicar las mismas reglas.

## 15. Prescripción de la acción

La prescripción extintiva de la acción de petición de herencia ha sido una temática compleja y abordada desde diferentes y opuestos puntos de vista. Para el estudio de esta controvertida cuestión, trataré de mostrar una síntesis de los antecedentes, algo del Derecho comparado, más luego el incesante debate de la doctrina nacional y la jurisprudencia, para finalmente concluir con la solución que brinda el nuevo Código Civil y Comercial.

## 16. Antecedentes y Derecho comparado

Los autores citan como antecedente histórico y en Derecho romano, una Constitución de Teodosio II, del año 424 (Cod. 7.39.3) que dispuso que todas las acciones tenían un término de prescripción general de treinta (30) años, donde expresamente se incluía a la "actio de universitate", en tanto y en cuanto no tuviesen un plazo de prescripción especial<sup>74</sup>.

En la legislación de las Partidas (Pda. VI, Tit. 14. Ley 7), se fijó como tiempo de prescripción de la "petitio hereditatis" el plazo de 30 años, con la aclaración de que el poseedor podía oponer al reclamo la "usucapio pro herede", ya sea a los 10 o 20 años. Y también en la Novísima Recopilación se repitió el tiempo de prescripción en los 30 años. El Derecho español sigue este criterio, y la doctrina y jurisprudencia del Supremo Tribunal reiteran el tiempo de 30 años para la prescripción de la acción de petición de herencia<sup>75</sup>.

---

503. Azpiri, J. O., "Derecho sucesorio", en la colección *Incidencias del Código Civil y Comercial*, cit., p. 93/94.

74 El Emperador Teodosio II (El Joven) reinó en Oriente en Constantinopla, sucediendo a su padre Arcadio en 408 DC. En una Constitución imperial estableció reglas sobre la prescripción de las acciones, donde estaba incluida la "actio de petitio hereditatis". Conf. Espín, D., *Manual de Derecho Civil español*, cit., T V, p. 227. Castán, J., *Derecho Civil español, común y foral*, cit., T VI, v. I, p. 434.

75 De Diego, C., *Instituciones de Derecho Civil*, cit., T III, p. 490. Albaladejo, M., comentario al libro de Cicu, A., *Derecho de sucesiones*, cit., p. 491, señala que la jurisprudencia del Supremo Tribunal

En otras legislaciones las soluciones resultan ser de lo más variables. Así, en el "Codice civile" italiano de 1942, y conforme a lo previsto en el art. 533, se declara la "imprescriptibilidad" de la acción. Así lo indica Paolo Gallo: "... L'azione (di petizione ereditaria) e imprescrittibile, salvi gli effetti dell'usucapione rispetto ai singoli beni..." (art. 533, 2do. comma)<sup>76</sup>.

Por su parte el Derecho francés se encuentra en una especial encrucijada, ya que según informan François Terré e Yves Lequette, el art. 157 del "Code civil" fue derogado por la ley de 22 de diciembre de 1957, y por ello la acción de petición de herencia no tiene en el Código texto alguno que la regule y trate. De allí la necesidad de recurrir a los antecedentes del "Code" y jurisprudencia anteriores para resolver los casos concretos. Aclaro que en los últimos años se han producido muchas reformas legislativas que produjeron un entramado nada simple de explicar.

Al respecto Planiol y Ripert, analizando los textos anteriores a la reforma, consideran que la acción de petición de herencia era prescriptible, ya que conforme a lo preceptuado por el art. 789, el heredero tenía 30 años para efectuar el reclamo. Agregando que dicho término comienza en el momento en que el heredero aparente empieza a comportarse como un verdadero heredero y de ese modo lo hace contradiciendo las pretensiones del actor<sup>77</sup>.

En el Código Civil suizo el tratamiento de la prescripción merece atención especial. Para resolver el tiempo y forma de ello toma en consideración si el heredero poseedor es de buena o de mala fe. Si es de buena fe la acción contra él prescribe al año, es decir el término es de un año, que se debe contar desde que el demandado comenzó a poseer y

---

Español ha fijado el término de 30 años como tiempo de prescripción de la acción de petición de herencia (S.T.Esp. sent. del 8 de octubre de 1962, siguiendo de ese modo los antecedentes históricos (Leyes de Partidas, y Novísima Recopilación).

76 Gallo, P., *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 969, N° 12. En igual sentido: Messineo, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, cit., T VII, p. 449, N° 207. Cicu, A., *Derecho de las sucesiones*, cit., p. 489, afirma: "... La imprescriptibilidad debe admitirse para la acción de mera declaración, en cuanto exista siempre la posibilidad de reivindicar los bienes hereditarios. Pero si se interpone como acción de restitución podrá ser paralizada por la prescripción (adquisitiva) del derecho que se pretende..."

77 Terré, F. - Lequette, Y., *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, cit., p. 575, N° 689. Planiol, M. - Ripert, G., *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, cit., T IV, p. 382, N° 331.

además que el actor tomó debido conocimiento de la preferencia de su derecho. En cambio, contra el de mala fe la prescripción es de 30 años. Conforme a lo previsto en el art. 600 del referido Código, el comienzo del término se inicia...<sup>78</sup>.

## 17. La prescripción de la acción en el Derecho nacional

Al igual que en las legislaciones citadas, la cuestión referida a la prescripción o no de la acción de petición de herencia ha sido un tema de desarrollo complejo y rodeado de dificultades. Las diferentes propuestas y controversias de ideas se dieron tanto en los tiempos de vigencia del Código Civil como luego de la reforma producida por la ley 17.711 en el año 1968. El nuevo Código Civil y Comercial brinda una solución que deja un poco atrás los diferendos y da cierto tono de claridad a la referida problemática.

A lo dicho agregó que es importante tener en cuenta el criterio dominante en cuanto a la naturaleza de la acción, ya que, si prevalece su carácter de "real", ello nos transporta a una simplificación en el tema de referencia, al igual que si se la considera una pretensión personal<sup>79</sup>.

Conforme a lo previsto en el Código Civil y alguna normativa del nuevo Código Civil y Comercial se desarrollaron varias tesis, pero fundamentalmente dos posturas; una que sostenía que la acción era prescriptible como toda pretensión de ejercicio de una acción personal, salvo las excepciones previstas en el art. 4019, tratándose siempre de la "prescripción liberatoria". La otra idea, más bien inclinada a considerar a la acción como "real", y vincularla con lo sancionado en el art. 2247 del Código Civil y Comercial, que reafirma la imprescriptibilidad para este tipo de acciones<sup>80</sup>.

78 El art. 600 del *Code Civil Suizo* dispone: "L'action de petition d'heredité se presente contre le possesseur de bonne foi un an a compter du jour de le demandeur a en connesaince de son droit preferable et de la possession du defendeur en tout cas par dix ans qui courent des les déces ou de la ouverture du testament. Elle ne se présent que par trente ans contre le possesseur de mauvais foi".

79 Rebora, J. C., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 380, N° 230. Santiso, J., comentario al art. 2315, en Rivera, J. C. - Medina, G. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., T VI, p. 118, último párrafo.

80 Ferrer, F. A. M., comentario al art. 2315, en Alterini, J. H. (Dir.), *Código Civil y Comercial, comentado*, cit., T XI, p. 223, aclara bien "... Si estrictamente no puede considerarse a la acción de petición de herencia como una acción real, es evidente que es una acción muy similar a las acciones reales,

## a. Acción prescriptible

Una relevante opinión sostenida por Santiago Fassi consideró que se trataba de una prescripción extintiva fundada en lo que preveían los arts. 4023 y 4024 del viejo Código Civil. La primera de las normas se refería al caso de todas las acciones personales que, luego de la reforma de la ley 17.711, otorgaba un término de 10 años para su ejercicio. El artículo siguiente (4024) daba un término igual al anterior (10 años) para que los hijos y demás de descendientes del ausente con presunción de fallecimiento hicieran valer sus derechos. Incorporándose en dicha norma a aquellos herederos que fueron incluidos en un testamento y desconocían dicha circunstancia, para reclamar contra los que se encontraban en posesión de la herencia<sup>81</sup>.

Es decir, Vélez había previsto un plazo prescriptivo para quienes tenían o pretendían tener derechos sucesorios contra los poseedores con título de herederos, todo lo cual los identifica con el ejercicio de la acción de petición de herencia. En síntesis, lo indicado para este particular supuesto permite extenderlo al resto de los casos de petición de herencia, y de allí su prescriptibilidad.

A más de ello se sostuvo otra idea vinculada con la prescripción adquisitiva, es decir cuando el tiempo permite la adquisición de un derecho real y la correspondiente pérdida. Ello se ubicaba en lo previsto en el art. 4015 del Código Civil que específicamente establece que se puede adquirir la propiedad de inmuebles mediante la posesión continuada, pública y pacífica durante 20 años, sin necesidad de justo título ni de buena fe. De allí que el poseedor de los bienes de la herencia que se hallen en posesión de los referidos bienes por ese período, y demuestre su carácter "animus domini" puede pretender y alegar el carácter de propietario. Todo lo cual hace a la combinación entre ambos tipos de prescripción, la adquisitiva por un lado y la extintiva para el otro<sup>82</sup>.

---

en especial a la civil reivindicatoria y para estas el Código Civil y Comercial establece su imprescriptibilidad...". Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., T I, p. 360, N° 479.

81 Fassi, Santiago C., *Prescripción de la acción de petición de herencia y de partición hereditaria*, Ed. Astrea, Bs. As., 1978, cit. por: Zannoni, E., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 473, N° 450. Trigo Represas Félix A., *Código Civil comentado. Privilegios, prescripción y aplicación de las leyes*, Kemelmajer de Carlucci, A. R. - Trigo Represas, F. A. - Kiper, C., Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe - Bs. As., 2006, p. 605.

82 Quinteros, F., *Petición de herencia*, cit., p. 99, N° 71.

Y para concluir con las tesis que afirmaban la prescripción de la acción, se tuvo en consideración lo previsto en el art. 3313 del Código Civil anterior. Esa norma que se hallaba en el Título Ildo. del Libro IV referido a "La aceptación y repudiación de la herencia", determinaba que el derecho a optar entre aceptar o repudiar la herencia tenía un término de 20 años desde la apertura del sucesorio. Si existía a su vez un "poseedor heredero", el plazo indicado importaba en cierta medida la pérdida por prescripción del derecho del heredero real<sup>83</sup>.

La cuestión que preveía el art. 3313 del Código Civil, tuvo una compleja hermenéutica. Vélez en la nota respectiva hacía saber que la fuente de la norma citada fue el Derecho francés y, al respecto, cita la obra de Marcadé y a los juristas de Estrasburgo Charles Aubry y Charles Rau (*Cours de droit civil français*, T VI, N° 616).

En términos generales y por lo indicado en la doctrina de referencia, se consideró que si el término vence sin manifestación del heredero, se debía entender que lo que prescribe es el derecho a abdicar o renunciar a la herencia y tenerse por válida su aceptación; salvo el caso particular que es motivo de tratamiento aquí, en que dicho heredero tiene conocimiento de otros de similar cualidad, es decir también herederos que han aceptado, y de allí que su silencio le hace perder la posibilidad de aceptar, y por lo tanto su derecho se extingue<sup>84</sup>.

Sobre este supuesto el mismo Vélez insiste en la nota citada, al afirmar: "... en el caso en que el heredero que se ha abstenido, se encuentra en presencia de otros herederos que han aceptado la sucesión...", va a

---

83 Rébora, J. C., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 380, N° 178. Di Lella, Pedro, comentario al art. 2311, en Bueres, Alberto J. (Dir.), Azpiri, J. (Coord), *Código Civil y Comercial de la Nación, análisis doctrinario*, cit., T V, 115. Referido al Derecho español, Martínez Escribano Celia, "La acción de petición de herencia", en el libro *La sucesión hereditaria y el juicio divisorio* (autores: Crespo Allué - Fernández-Prida Migoya - Hidalgo García - Martínez Escribano), Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, Madrid, 2015. La autora citada explica que la doctrina y jurisprudencia coinciden en que se trata de una "acción real", y por ello su plazo de prescripción es de 30 años como lo establece el art. 1969 del Código español.

84 Quinteros, F., *Petición de herencia*, cit., p. 151, N° 71. Adhiere a la tesis de la imprescriptibilidad, sin embargo, entiende que hay normas (en el anterior Código Civil) que dejan sin acción a la "petición de herencia". En ese sentido hace expresa referencia al art. 3313, y de allí que la posibilidad de aceptación concluye ante el paso del tiempo (20 años) y que haya otros llamados aceptantes. A similar conclusión arriba ante la posesión sobre los bienes que ejercen otros sucesores del causante en los términos de los arts. 4015 y ss.

importar que, "... el silencio del heredero que se ha abstenido equivale a una renuncia por su parte y pierde la posibilidad de aceptar...". Esta postura era mayoritaria en la doctrina nacional, al igual que en la jurisprudencia que, en síntesis, consideraba que cuando la herencia ya había sido aceptada por otros herederos, y había transcurrido el término de los 20 años, el sucesor que no había manifestado su voluntad debía ser considerado como renunciante, es decir había perdido su derecho de tal<sup>85</sup>.

Ello llevó a entender el caso como una forma y cauce de prescripción de la acción de petición de herencia.

## b. Acción imprescriptible

Distinguidos juristas sostuvieron la tesis de la "imprescriptibilidad" de la acción. En esa dirección se expidió Segovia, uno de los primeros autores que hizo análisis exegético del Código Civil, y para este caso sostuvo que como la acción de petición de herencia tiene como objetivo la reivindicación de un patrimonio, nunca puede extinguirse por el paso del tiempo. Todo ello sin perjuicio de que otro adquiriera la propiedad de los bienes por prescripción adquisitiva de cada uno de ellos<sup>86</sup>.

En igual sentido opinó Héctor Lafaille, al considerar que el heredero no puede ser despojado de los bienes de la herencia por inacción o bien que otro tenga mejor derecho, o haya ejercido una posesión sobre cada una de las cosas particulares en el tiempo que exige la ley para su efecto de recepción originaria<sup>87</sup>.

A más de los autores citados, también sumo la opinión coincidente de: Maffia, Zannoni, Fornielles y Quinteros. Entre ellos y, evocando al recordado amigo Eduardo Zannoni, estiman que la acción de petición de herencia es imprescriptible. Y ello en razón de su naturaleza y porque dicha pretensión se apoya en el llamamiento a la herencia, y no en la propiedad de cada bien en particular, y dicho llamamiento no tiene un

85 Ídem a la nota anterior, y: Zannoni, E., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 475, Nº 450. Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., T I, p. 362, Nº 482.

86 Segovia, Lisandro, *Código Civil de la República Argentina, con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Ed. Imprenta de Pablo E. Coni Editor, Bs. As. 1881, T II, p. 463, nota 39.

87 Lafaille, H., *Sucesiones*, cit., T I, p. 231/232.

tiempo de existencia que exija su reclamo; todo sin perjuicio de que el poseedor de los mentados bienes pueda oponer la prescripción adquisitiva cuando hubiere transcurrido el término para la usucapión<sup>88</sup>.

### c. La solución dada en el art. 2311 del Código Civil y Comercial

El art. 2311 del Código Civil y Comercial dispone: "La pretensión de herencia es imprescriptible, sin perjuicio de la prescripción adquisitiva que puede operar con relación a cosas singulares". Es evidente y de absoluta notoriedad que el artículo pone fin a una larga e intrincada controversia, y se decide por declarar la imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia. Como consecuencia de ello, desinteresa el tiempo que se hayan tomado los herederos reales para promover el reclamo judicial contra el heredero aparente.

De ese modo, la norma recepta e impone la idea que tenía mayoría en la doctrina de los autores y fuera volcada en los pronunciamientos judiciales<sup>89</sup>.

También aclara la referida norma que, sin desmedro de su naturaleza de vigencia temporal permanente, deben ser respetados los derechos de los poseedores en cuanto hayan cumplido con todo lo reclamado para pretender la usucapión, y de ese modo adquirir las cosas de forma originaria y por imposición legal.

Al respecto señala Di Lella: "... La petición de herencia contra quien ostenta la investidura hereditaria se entable cuando ya operó la pres-

88 Fornieles, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, Edit. Tea, 4ta. edic., Bs. As., 1958, T II, p. 265, N° 190. Maffia, J., *Tratado de las sucesiones*, cit., T II, p. 559, N° 432. Quinteros, F., *Petición de herencia*, cit., p. 152, N° 71. Zannoni, E., *Derecho de las sucesiones*, cit., T I, p. 475, N° 450. Santiso, J., comentario al art. 2311, en Rivera, J. C. - Medina, G., *Código Civil y Comercial, comentado*, cita un fallo de la C.N.Civ. S: C, que afirma: "... Si se considera a la petición de herencia como la reivindicación de un patrimonio, no estaría sujeta a extinguirse por el mero transcurso del tiempo, aunque pudiera operarse la prescripción adquisitiva con respecto a uno de los bienes particulares..." (CNCiv. S: C, fallo del 27-XII-2001).

89 Santiso, J., comentario al art. 2311, en Rivera, J. C. - Medina, G. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, cit., T VI, p. 117/118. Azpiri, J., comentario al art. 2311, en Bueres, A. J. (Dir.), *Código Civil y Comercial, analizado*, cit., T II, p. 524. Di Lella, P., comentario al art. 2311, en Bueres, A. J. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, cit., T V, p. 115/116. Gallo, Paolo, *Istituzioni di diritto privato*, cit., en referencia a la acción de petición de herencia en el "Codice civile" italiano, afirma: "... L'azione è imprescrittibile, salvi gli effetti dell'usucapione rispetto ai singole beni... (art. 533 2do. coma)".

cripción adquisitiva respecto de algunos o todos los objetos de la herencia...”, y en dicho caso, agrega “... el heredero que acciona y triunfa en la petición de herencia no podrá por la fuerza de su título hereditario obtener dichos bienes, porque el artículo (2311) que comentamos expresamente dispone que prevalece sobre el mismo...”<sup>90</sup>.

Por su parte el profesor Francisco A. M. Ferrer, señala que hay una excepción a la regla que fija la “imprescriptibilidad” en el caso previsto en el art. 2288 del Código Civil y Comercial. Dicha norma dispone: “El derecho de aceptar la herencia caduca a los diez años de la apertura de la sucesión, el heredero que no la haya aceptado en ese plazo es tenido por renunciante. El plazo para las personas llamadas a suceder en defecto de un heredero precedente que acepta la herencia y luego es excluido de ésta, corre a partir de la exclusión”<sup>91</sup>.

En ese supuesto el demandado, cuando se brinden las circunstancias referidas y transcurrido el término de los 10 años previstos, puede oponerle al reclamante la caducidad de su derecho de opción, ya que la ley le impone, a quien omitió aceptar, un estado de heredero que repudió la herencia.

La Plata, 11 de diciembre del 2023.

Domingo de verano y sol pleno, son las 15hs.

---

90 Di Lella, P., comentario al art. 2311, en Bueres, A. J. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, cit., T V, p. 115/ 116.

91 Ferrer, F. A. M., comentario al art. 2311, en Alterini, J. H. (Dir.), Alterini, I. E. (Coord.), *Código Civil y Comercial, comentado*, cit., T XI, p. 224. Garbini, Beatriz, comentario al art. 2288, en Bueres, A. J. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, cit., T V, p. 67.



# IDENTIDAD DE FINES INSTITUCIONALES ENTRE LOS ESCRIBANOS Y EL MINISTERIO PÚBLICO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES\*

Julio Conte-Grand

SUMARIO: 1. El Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires y los escribanos son instituciones al servicio de la juridicidad. 2. La certeza y la seguridad jurídica como componentes constitutivos del principio de juridicidad: su función antropológica. 3. La función notarial: rasgos actuales y generales. 4. El Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires: régimen legal del decreto-ley 9020/78. 5. Sobre la naturaleza jurídica del notario y de la función notarial en la doctrina y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 6. La figura del escribano y la función notarial en la jurisprudencia de la Procuración General ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. 7. A modo de conclusión. La relevancia institucional de la función notarial y su vinculación con la función del Ministerio Público

\* Trabajo basado en las palabras pronunciadas en el Plenario de Apertura de la 34 Jornada Notarial Argentina, el 3 de mayo de 2023, en la ciudad de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires.

## 1. El Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires y los escribanos son instituciones al servicio de la juridicidad

El Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires y los notarios o escribanos, estos individual o colectivamente son, en sentido estricto, instituciones que persiguen la concreción del interés general y del bien común a través de la preservación de la juridicidad, concepto que abarca naturalmente la legalidad.

Se trata de instituciones adscriptas a la gestión del bien común y del interés general, que buscan su realización bajo diversas formas, estructuras administrativas y técnicas (o más bien, *arte*<sup>1</sup>).

Tienen en común la impronta de lo público. Ambas ejecutan tareas que constituyen una actividad que concierne y coadyuva de modo directo a proteger el interés general.

En tanto integrante del Poder Judicial provincial, uno de los tres poderes del Estado, el Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, por definición, posee carácter público.

El art. 189 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires reza: "El Ministerio Público será desempeñado por el procurador y subprocurador general de la Suprema Corte de Justicia; por los fiscales de cámaras, quienes deberán reunir las condiciones requeridas para ser jueces de las cámaras de apelación; por agentes fiscales, asesores de menores y defensores de pobres y ausentes, quienes deberán reunir las condiciones requeridas para ser jueces de primera instancia. El procurador general ejercerá superintendencia sobre los demás miembros del Ministerio Público".

En modo particular, el Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, como lo determina el art. 1° de su ley orgánica 14.442, tiene como principal función la defensa de los intereses de la sociedad y el res-

---

1 Como conjunto de preceptos que indican el camino a seguir y los inconvenientes a evitar para idear, ordenar y redactar los actos y contratos de índole exclusivamente jurídico notarial; concierne a la dimensión práctica de la función notarial. De su lado, en tanto ciencia se refiere a las nociones teóricas y sapienciales del derecho notarial que llevan en sí la fuerza de protección de todo lo que incumbe al ordenamiento escriturario.

guardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales, desempeñando un rol institucional en materia de seguridad pública y acceso a la justicia de las personas en general y en particular de los sectores más vulnerables de la comunidad.

La ley 14.442, que es la ley orgánica del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, establece que “el Ministerio Público es el cuerpo de fiscales, defensores oficiales y asesores de incapaces que, encabezado por el Procurador General, actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales”.

Resulta entonces manifiesto el sitio de máxima relevancia que ocupa el Ministerio Público en el esquema institucional de la provincia de Buenos Aires.

Si se consultan los diversos dictámenes de la Procuración General ante la Suprema Corte de la Provincia, es dable observar que prácticamente en todos aparecen ventilados supuestos concretos y específicos de “interés público” que, por cierto, se engarzan con las “condiciones” de diversa índole que son requeridas para la realización del bien común, entre ellas, la vigencia irrestricta de la juridicidad.

Es decir, en todos los asesoramientos, más allá de la casuística, la intervención del Ministerio Público bonaerense se reconduce a la afirmación de un rol proactivo de la institución que se refleja en la legitimación para el cumplimiento sustantivo y efectivo de sus fines institucionales de rai-gambre convencional, constitucional y legal, a saber, la protección de los derechos de las personas y el interés público, esto es, la defensa de los intereses de la sociedad y la búsqueda de un eficaz equilibrio en la prestación de la justicia respetando los valores consagrados en las disposiciones constitucionales y convencionales.

Queda de manifiesto así un aspecto relevante en común entre la función del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires y la función notarial, en razón de la eminente naturaleza pública de la actividad notarial que deviene de su función propia.

En vinculación con esto, cabe consignar que la función notarial debe ser abordada como ciencia y como arte, en tanto, como expresión particular que es del saber jurídico, participa con este de la dual esencia especulativa

y práctica que le son propias al Derecho. En orden a lo primero concurren las nociones teóricas del Derecho Notarial que llevan en sí la fuerza de protección de todo lo que incumbe al ordenamiento escriturario. En la dimensión práctica, oficia como un conjunto de preceptos que indican el camino a seguir y los inconvenientes a evitar para idear, ordenar y redactar los actos y contratos de índole exclusivamente jurídico-notarial.

Además, como se sugiriera antes, no puede soslayarse que, por su soporte subjetivo, la estructura que la realiza, incluso en su individualidad, reviste el carácter de institución, por lo que bien puede hablarse de una institución notarial.

Es del caso rescatar que las instituciones reflejan los modos de organización de una comunidad en un momento histórico determinado, los procedimientos para la adopción de decisiones establecen y canalizan las pautas de convivencia en una sociedad, constituyen estructuras que tutelan y fortalecen los derechos fundamentales.

Las instituciones son la estructura formal de las sociedades; son formas, pero formas en sentido metafísico, aquello que imprime sustancia a la materia y le da sentido<sup>2</sup>.

Avicena, filósofo árabe de la Edad Media, destacó que la forma era "la certeza de la cosa", por lo que bien podemos decir, parafraseándolo, que las instituciones son la certeza de la sociedad.

En definitiva, las instituciones, que dan sentido a la sociedad, son formas que proyectan la sociedad hacia la armonía, la paz y el desarrollo, de singular trascendencia en cuanto al efectivo cumplimiento de la juridicidad y del orden público<sup>3</sup>.

La institución notarial comparte entonces con el Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires el carácter de institución, de institución ordenada al cumplimiento y garantía de la juridicidad, del interés público o general. La seguridad jurídica y la certeza del tráfico negocial que es expresión de la naturaleza social del hombre, hacen sin duda al

---

2 Conte-Grand, Julio, "Las instituciones, el orden público, los derechos y las garantías. Reflexiones a partir del debido proceso adjetivo" en: Borda, Alejandro (Dir.), Calderone, Sofía (Coord.), *El Derecho, 60 años*, Bs. As., 2022, p. 329 a 330.

3 V. Fiedrich, Carl J. y Brzezinski, Zbigniew, *Dictadura totalitaria y autocracia*, Libera, Bs. As., 1975, p. 21 y 22.

interés público en tanto aseguran la pacífica convivencia humana, la paz social y la concordia.

Como dijera, en el caso del Ministerio Público de la Provincia, se trata de una institución ciertamente de carácter estatal que plasma en su accionar una función pública prestada por los propios órganos del Estado.

En la figura del notariado, esta cualidad es derivación del principio de subsidiariedad, en tanto permite a los propios miembros de la comunidad la autoorganización del servicio público prestado y del colectivo profesional que lo brinda en un marco legal intensamente reglado; es decir, crea un campo de mayor espacio para el despliegue de la autoresponsabilidad de las personas.

Este matiz de autorregulación corporativa que aúna a la función pública fedataria o fideifaciente, el componente profesional privado, enraíza en la tradición histórica de la figura del notario que reconoce similitudes en el Derecho romano, con el oficio del *tabelión*. Este era un operador en las relaciones particulares, era un técnico en aspectos de derecho cuya función y actividad era netamente privada, no vinculada oficialmente con el Estado; redactaba documentos todos relacionados con la actividad particular de los romanos y en algunos casos brindaba asesoramiento jurídico; la figura dataría de la época de Alejandro Severo (siglo III d. C), pero adquirió un importante desarrollo y tratamiento en la legislación de Justiniano, perfilándose en esta época, su conexión con el interés público (S. VI d. C).

La recepción de la institución notarial por el Código de Vélez Sarsfield parece privilegiar el componente público que esta inviste en tanto la asimila con el funcionario público; esta identificación hoy parece modulada y reinterpretada por la evolución de la jurisprudencia de la Corte Federal que se detallará más adelante.

## 2. La certeza y la seguridad jurídica como componentes constitutivos del principio de juridicidad: su función antropológica

### 2.1. La necesidad del hombre de certeza y seguridad jurídica

La necesidad de certeza y de seguridad jurídica, así como de proyección en el tiempo, es un dato incontestable que provee la propia experiencia y observación del comportamiento del hombre como ser social.

Obedece esta necesidad a su vocación existencial de trascendencia; tanto de su ser individual en el marco de las relaciones sociales y del tráfico negocial que estas aparejan, como a través del tiempo, respecto de otras generaciones, es decir, intergeneracional.

En el plano temporal, esta necesidad de trascendencia se trasunta en la aspiración de que sus actos o los efectos de estos permanezcan en el tiempo incluso superando a quien los haya emitido.

Esta necesidad es constitutiva de la naturaleza del hombre, es un rasgo antropológico, es necesaria para la realización de sus fines existenciales propios y para la de los fines existenciales de la especie humana en general, destinada a reproducirse. Existe una necesidad de comunicación de los miembros de la especie humana tanto en sentido horizontal (con sus contemporáneos) como en sentido vertical (con sus antecesores y sucesores). Ella expresa este sentido de trascendencia ínsito en la naturaleza humana.

Para asegurar las condiciones que posibiliten la satisfacción de esta necesidad antropológica, que en lo temporal construye la cultura, la civilización, la economía, los negocios, las transferencias o sucesiones en los patrimonios, entre otros, existen el Estado y las instituciones subsidiarias.

El Estado encarna la pretensión de la superación de los déficits del ser humano mortal y posibilita esta trascendencia en el plano temporal y social; el Estado tiene vocación de perdurar a través del tiempo y ello permite la continuidad de las relaciones y de los actos humanos aun cuando sus protagonistas y autores ya no estén.

La primacía del Derecho, *rule of law* o juridicidad que garantiza que se cumplan los efectos previstos por las normas para los actos humanos

y que los convierte en actos jurídicos –y en ese marco– la fe pública que asegura la autenticidad y legalidad de ellos, constituye una de las condiciones fundamentales del Bien Común.

## 2.2. La fe pública como técnica que posibilita la satisfacción de esta necesidad antropológica de certeza y autenticación, como “ministerio” al servicio de la creencia y de la confianza

El Estado es, desde un ángulo, la referencia última del Derecho, su garante. En relación con ello, es de sumo interés destacar que la fe pública es, en un sentido, la atribución que el Estado confiere a los notarios para dar autenticidad y eficacia jurídica a los actos y documentos que autentican.

La fe pública notarial se basa en la confianza que deposita el Estado en la competencia, honestidad e imparcialidad de los notarios, quienes tienen la función de verificar y garantizar la legalidad y autenticidad de los actos y documentos que autentican.

La fe pública notarial es un elemento esencial para la seguridad jurídica y la protección de los derechos de las personas, ya que los actos y documentos notariales tienen una presunción de veracidad y autenticidad *erga omnes*, lo que incluye, en nivel relevante, a los tribunales y autoridades administrativas.

De esta manera, se pretende evitar la existencia de fraudes, falsificaciones y otros actos ilegales que puedan perjudicar los derechos e intereses de los ciudadanos y se construyen las condiciones que permiten avanzar en la concreción de la paz social.

## 3. La función notarial: rasgos actuales y generales

### 3.1. La función notarial y su complejidad público-privada

La función notarial es primariamente documental; tiende a la creación del instrumento público; se exterioriza a través del instrumento público; el instrumento público negocial por excelencia, que en la técnica notarial se denomina escritura pública.

La función notarial latina es una función compleja, y esta complejidad se debe a la continua presencia y actuación de componentes públicos y de componentes privados.

Existe unanimidad en el notariado argentino en determinar que la función del notario es la ejercida por un profesional de Derecho que inviste una "función pública", en virtud de la delegación de facultades con que le impone el Estado y que tiene por objeto la seguridad, valor y permanencia de hecho y de derecho del documento notarial y de su contenido.

En la República Argentina, notario o escribano es la persona autorizada por el Derecho a dar fe instrumental de los hechos actos y negocios jurídicos privados realizados de manera voluntaria.

Es un operador del Derecho, un jurista en ejercicio de una función pública y en todas las actividades que realiza, aun al momento de la constatación de un hecho material, ya que debe calificar como jurídico el derecho a constatar.

En general, se llama notario a quien se encuentra a cargo de un registro notarial habiendo accedido al mismo tras el cumplimiento de las prescripciones legales vigentes para la habilitación.

El deber primordial del notario en la parte profesional de su actuación es esencialmente el asesoramiento jurídico preventivo como consejero imparcial de las partes.

También, como receptor de sus voluntades y redactor del instrumento que las contiene, debe cumplir con el deber de imponerles a los intervinientes el conocimiento de las obligaciones que contraen.

Así, el escribano no sólo es el depositario de la fe pública, sino también el asesor y consejero jurídico que debe "precaver o cautelar" los eventuales conflictos que se pudieran presentar a las partes en los actos que él autorice. Es decir, cumplir el viejo adagio de Alfonso el Sabio: "Notaría abierta, juzgado cerrado".

La función notarial en este aspecto también obliga al notario a ajustar su labor técnica al principio de legalidad conforme a los textos legales, encauzando la voluntad de las partes en esquemas lícitos del Derecho, velando por el respeto del voluntarismo jurídico, pero con pleno acatamiento de la ley.

A juicio de Giménez Arnau "la función pública encomendada al notario es potestad que sanciona derechos, impone fe pública y autoridad documental, todo un proceso de adición o agregación de fe oficial a una labor jurídico profesional, elementos que, por integración, producen el instrumento público notarial..."<sup>4</sup>.

Para Carnelutti: "...La función del notario consiste en la función preventiva de la justicia, aunque no en la función de la litis sino en la formación del negocio jurídico..."<sup>5</sup>. Esa administración preventiva de la justicia se encuentra en la labor configuradora del notario y en su misión asesora en el campo jurídico, moral y social.

Según la definición del Primer Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires en 1948: "El notario latino es el profesional de Derecho encargado de una función pública, consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido".

### 3.2. El *numerus clausus* y su razón de ser: la necesidad del control

Vale traer a colación que es una característica esencial del notariado de tipo latino la limitación de ejercicio de esa función fedante que le pertenece al Estado y que éste delega en un particular para que actúe, en definitiva, en su nombre.

Los abogados para ser notarios requieren la investidura del Estado, que por vía de delegación de facultades le impondrá una función, que deberán administrar a la comunidad cumpliendo los requisitos intrínsecos y extrínsecos que le competan. Es decir, que ese abogado no

---

4 Citado por Allende, Alberto, Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Capital Federal (disponible en <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/22628.pdf> consultado el 27/11/23).

5 Citado por Allende, Alberto, Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Capital Federal (disponible en <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/22628.pdf> consultado el 27/11/23).

actuará como un simple particular, sino cumpliendo una función que, por su naturaleza, es pública.

En nuestro país, en general, rige el principio de restricción al acceso de la función notarial según el cual el ejercicio de esa función notarial debe ser limitado y restringido a un número establecido por el Estado acorde con las necesidades demográficas y con las incumbencias que deberá atender el notario según la legislación de cada jurisdicción.

La existencia del *numerus clausus* de los registros se basa, fundamentalmente, en el hecho de que el Estado, del que emana esa delegación de la fe pública, por la facultad de imperio que posee, debe velar por el severo contralor de los profesionales a quienes ha investido de este atributo que le pertenece (la fe pública).

En efecto; el poder administrador, del que depende el registro cuya titularidad ha puesto a cargo del notario, debe exigir y fiscalizar la observancia por parte de éste de los requisitos inherentes al cargo, esto es, de las inhabilidades, incompatibilidades, de la imparcialidad, competencia y cumplimiento estricto en la función de dar fe.

A los mencionados requisitos se suman las tareas de orden impositivo y fiscal que el Estado eventualmente le impone al escribano como agente auxiliar, que lo convierten en ciertos casos en un virtual recaudador de impuestos, debiendo efectuar una detallada rendición de cuentas, cargada de responsabilidades, que el poder central debe también fiscalizar.

Esto implica una tarea de control –de gran escala– que para poder administrarse y ejercerse, requiere la limitación en el número de registros.

A fin de cumplir esta misión de fiscalización que le compete al Estado, éste ha recurrido a los colegios notariales, que son corporaciones de derecho público con aptitud suficiente para recibir, por vía de delegación, funciones de contralor.

De tal modo, por imperio de la ley, los colegios notariales llevan el registro de la matrícula, participan en la designación de los notarios que ocuparán los registros vacantes, detentan el gobierno y disciplina del notariado, así como también la rúbrica de los protocolos, las legalizaciones, archivo de actuaciones notariales y otras funciones que el Estado ha puesto a su cargo.

Pero tanto para el poder administrador como para los colegios notariales que actúan en nombre de éste, la importantísima función de control y manejo de un gran número de registros –si no existiera el *numerus clausus*– se convertiría en una misión imposible de realizar con la seriedad y eficiencia con la que hoy se efectúa y que da como resultado la seguridad, valor y permanencia de hecho y de derecho del documento notarial y de su contenido.

#### **4. El Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires: régimen legal del decreto-ley 9020/78**

En la provincia de Buenos Aires, mediante la sanción del decreto-ley 9020/78 (texto actualizado por el decreto 8527/86, con las modificaciones introducidas por las leyes 10.542, 11.138, 12.008, 12.623, 14.099, 14.152 y 14.154), se establecen las condiciones y características de la actividad profesional de los escribanos, así como la organización y funcionamiento del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. A partir esta normativa, se pueden extraer, entre otras, las siguientes características generales:

1. Los escribanos son profesionales del Derecho que tienen como función principal dar fe pública a los actos y contratos que realizan las personas.
2. Para ejercer como escribano en la provincia de Buenos Aires es necesario estar matriculado en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.
3. Los escribanos pueden actuar en todo el territorio de la provincia de Buenos Aires dentro de los límites que correspondan al Registro de su actuación y están facultados para realizar todo tipo de actos y contratos que sean legales y que les sean solicitados.
4. Los escribanos tienen la obligación de cumplir con las normas éticas y deontológicas establecidas por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires y de mantener el secreto profesional.
5. Los escribanos pueden asociarse entre sí para conformar sociedades profesionales, siempre y cuando se ajusten a las normas establecidas por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

## **5. Sobre la naturaleza jurídica del notario y de la función notarial en la doctrina y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

### **5.1. La doctrina**

Uno de los temas centrales de la discusión notarial en Argentina fue, durante un tiempo prolongado, el tema de la naturaleza jurídica del notario: si era este o no era funcionario público.

De todos los aportes, una polémica interesante en el ámbito del Derecho Notarial en torno a este tema fue la sostenida por la exmiembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Elena Highton de Nolasco, y el recordado notarialista Eduardo Pondé.

Mientras que la primera se inclinaba a favor de la tesis del notario-funcionario con argumentos sustentados desde el Derecho Público, el segundo negaba categóricamente este carácter con argumentos provenientes del Derecho Privado Notarial.

Ambas posturas se encuentran sólidamente argumentadas. La aparente conciliación académica llega a partir del aporte de Antonio Rodríguez Adrados en España, quien comprueba lo inútil de la discusión acerca de la naturaleza de la función, precisamente porque existen en ella dos componentes que se exhiben tan inherentes como inescindibles; el componente público, relacionado con la potestad fedante, y el componente privado, que se conforma en la tarea asesora, informativa, consultora e investigadora propia también de la función notarial.

### **5.2. La función notarial, la figura del escribano y su tratamiento por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró, al dictar sentencia en la causa "Vadell" ("Fallos", T. 306:2030, considerandos 11 y 12), que si bien no caben dudas de que el escribano, como fedatario, cumple una función pública por la investidura con la que el Estado lo somete a su superintendencia (arts. 17, 35 y sigs. de la ley 12.990), es evidente que no se presentan las notas características de la relación de empleo público que permitan responsabilizarlo por las consecuencias de su

desempeño, ya que no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra, no está sometido al régimen de subordinación jerárquica que le es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración como puede serlo, la remuneración.

Agregó el Máximo Tribunal que el escribano de registro es un profesional del Derecho afectado a una actividad privada, pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, cuyos actos, vinculados al comercio jurídico privado, dan fe de esas relaciones privadas y no expresan la voluntad del Estado como éste normalmente la exterioriza a través de sus órganos.

Explicó asimismo que la referencia contenida en la nota al entonces art. 1112 del Código Civil que menciona a los escribanos entre los agentes públicos –ubicada en su preciso contexto temporal, por ser anterior a la vigencia de las leyes 1144 y 1983, que distinguen entre la fe pública notarial y la judicial– no es suficientemente indicativa si se toma en cuenta que, aun en aquellas normas, los escribanos de registro tenían su regulación junto a los escribanos secretarios –éstos sí incuestionablemente funcionarios estatales– en el marco de las leyes destinadas a ordenar la organización de los tribunales bajo la genérica definición de escribanos públicos.

Precisó en tal sentido que “aun admitiendo que la función fedataria sea la más trascendente de las que realiza el notario, no puede ignorarse que concurre con otras que no ostentan ese carácter y que son propias de su condición de profesional independiente. (...) El vínculo de la actividad notarial con el Estado dentro de un régimen de concesión no importa adjudicar a sus beneficiarios el rango de funcionarios públicos”.

Esta doctrina jurisprudencial fue ratificada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver en autos “Franco” en 2002 (Fallos 325:2968), sosteniendo que los escribanos públicos son profesionales del Derecho afectados a una actividad privada –pues la concesión que les otorga el Estado no importa adjudicarles el rango de funcionarios públicos– y, en consecuencia, no están sujetos al discrecional poder con que cuenta el Estado para la organización administrativa.

## 6. La figura del escribano y la función notarial en la jurisprudencia de la Procuración General ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

La Procuración General ante la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires ha seguido en sus pronunciamientos la jurisprudencia de la Corte Federal *supra* colacionada en lo relativo a la naturaleza jurídica del escribano y de la función notarial.

Pero es de destacar que ha perfilado con sus pronunciamientos vinculados con el límite de edad para el ejercicio profesional de los escribanos, una rica doctrina consolidada en torno al concepto de discriminaciones arbitrarias, que inscriben la temática en el campo de los derechos humanos, junto con diversas cuestiones discriminatorias perpetradas respecto de otros profesionales, como los docentes y los contadores.

Al respecto, entre muchísimos otros, Causa I 76.665, "Ferrairone, Eduardo Manuel c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad del art. 32 inc. 1 del decreto-ley 9020/78", fecha: 16 de marzo de 2021; Causa I 75.100, "Guerrieri, Florentino Basilio c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad decreto-ley 9020/1978", fecha: 10 de marzo de 2021; Causa I 76.807, "Caizza, Alberto c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad art. 32 inc. 1º, decreto-ley 9020/1978", fecha: 22 de febrero de 2021; Causa I 75.462, "Dómina María Nélide c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad decreto-ley 9020/1978", fecha: 02 de febrero de 2021; Causa I 76.092, "Medina, Carlos Alberto c/ Provincia de Bs. As. s/ inconstitucionalidad decreto-ley 9020/78", fecha: 20 de febrero de 2020; Causa I 75.987, "Ageitos, José Luis c/ Provincia de Bs. As. s/ inconstitucionalidad decreto-ley 9020/78", fecha: 20 de febrero de 2020; Causa I 74.802, "Cerratto Ovidio Oscar c/ Provincia de Bs. As. s/ inconstitucionalidad decreto-ley 9020/78", fecha: 7 de agosto de 2019; A 78107-2 del 31 de octubre de 2022.

En este sentido, la Procuración General de la provincia de Buenos Aires ha compartido el criterio de la Corte de Justicia de la Nación, en tanto ha afirmado que el art. 32 inc. 1º del decreto-ley 9020/78, dispone una suerte de presunción *juris et de jure* para quienes alcanzan la edad allí prevista y los encuentra incapacitados para ejercer la función notarial.

Añadiendo que tal precepto resulta arbitrario debido a su generalidad y a la falta de sustento racional, además de vulnerar el derecho de trabajar y la garantía de igualdad ante la ley, consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de jerarquía constitucional.

Se añadió por la Procuración General bonaerense que la arbitrariedad de la norma en cuestión surgía, en primer lugar, de la falta de proporción entre la limitación temporal del ejercicio de la profesión aludida con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, ya que el simple hecho de alcanzar la edad de 75 años no revelaría la ausencia de condiciones para cumplir la función encomendada y, por otra parte, porque si lo que se pretende es impedir el ejercicio de la actividad por quienes carezcan de condiciones para ello, esa finalidad está suficientemente resguardada en otras normas del decreto-ley (dictámenes I 74.802, I 75.987, I 76.092, I 75.462).

## **7. A modo de conclusión. La relevancia institucional de la función notarial y su vinculación con la función del Ministerio Público**

La unidad sustancial de objetivos que cabe predicar respecto de la función notarial y la actividad del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, da sentido último al Convenio Marco de Colaboración y Cooperación institucional suscripto el 23 de febrero de 2023 entre el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires y el Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, que tiene por finalidad acordar un marco institucional entre las partes que facilite, entre otros aspectos e intereses comunes, (i) la cooperación, la colaboración y el intercambio de información y conocimientos específicos con miras a optimizar la prestación de los servicios que las partes brindan a la comunidad en el ámbito de sus respectivas competencias; (ii) el fortalecimiento de la capacidad de gestión de las partes; (iii) la formación y la capacitación del personal que presta servicios para cada una de las partes; y (iv) el desarrollo y la incorporación gradual de medios de interacción y comunicación digitales que optimicen los tiempos de respuesta y brinden mayor transparencia.

Como atinadamente se dejó asentado en el citado convenio, resulta beneficioso y conveniente para la sociedad en su conjunto que el Co-

legio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, y por ende sus representados, y el Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, fortalezcan sus vínculos institucionales y formales, mediante el diseño e implementación de programas, actividades y políticas conjuntas en todas aquellas materias e intereses que resultan comunes y/o complementarios para ambas, en la convicción de que de esta forma se colabora para el logro de la armonía y la concordia en nuestra provincia de Buenos Aires.

Asimismo, se suscribieron en esta oportunidad, convenios específicos de capacitación y de cooperación tecnológica.

De esta manera, las instituciones firmantes se comprometen a participar conjuntamente en seminarios, talleres u otros encuentros académicos, favoreciendo el intercambio de experiencias y capacitación permanente; así como a generar canales de comunicación entre las partes que agilicen el intercambio de información necesario para las investigaciones penales, o para la definición, alcance y ejecución de medidas probatorias adoptadas en el marco de un procedimiento penal.

El convenio también contempla capacitaciones recíprocas: a los magistrados, funcionarios y/o empleados del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires en cuestiones notariales, y a los miembros del Colegio de Escribanos en cuestiones penales y procedimentales.

Es por ello que, para coordinar la realización e instrumentación de actividades y proyectos conjuntos, las partes conformarán una mesa de trabajo, que se encargará de la organización de los mismos, y podrá proponer la celebración de convenios específicos a fin de establecer –conforme los lineamientos del convenio marco– tareas en particular, sus alcances, plazos, y cualquier otro aspecto necesario para la consecución de sus fines.

En continuidad de la vinculación institucional, el 27 de octubre de 2023, se suscribieron entre el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires y el Ministerio Público bonaerense dos acuerdos para fortalecer la colaboración entre ambas entidades.

En primer lugar, se firmó un convenio específico con el propósito de establecer un protocolo de cooperación en materia penal, con el fin de facilitar y asegurar la ejecución de medidas de allanamientos en notarías. En este sentido, las partes acordaron la creación y aplicación

de un protocolo de actuación, a fin de asegurar y preservar la colaboración con la justicia y resguardar la documentación existente en los registros notariales.

El protocolo establece la implementación de cuatro canales de actuación y cooperación entre las instituciones para este tipo de procedimientos:

- 1- De asistencia, consulta y asesoramiento general: consiste en una herramienta fundamental que permite una comunicación de carácter confidencial entre el Cuerpo de Inspectores del Colegio de Escribanos y el Ministerio Público de la Provincia, así como la práctica de consultas por parte de los órganos competentes del Ministerio Público Fiscal sobre técnica notarial, documental y registral que refuercen la posibilidad de éxito de las medidas judiciales.
- 2- La asistencia pasiva en la ejecución de la medida y acompañamiento: consiste en la notificación previa al Colegio (antes delegaciones, hoy al Cuerpo de Inspectores) y la asistencia pasiva en el allanamiento, acompañando al oficial público designado para practicar la medida.
- 3- La asistencia activa en la ejecución de la medida: implica la posibilidad de que el Ministerio Público provincial o la autoridad que ordena el allanamiento directamente designe al Cuerpo de Inspectores como órgano encargado de llevar a cabo la medida íntegramente, con la posibilidad del auxilio de la fuerza pública. La utilización de este canal dependerá del criterio del fiscal interviniente o la autoridad que ordena la medida.
- 4- Cámara Segura de Resguardo de Documentación Secuestrada o Decomisada: complementando cualquier otra medida de cooperación y asistencia, y con la finalidad del resguardo de la documentación notarial secuestrada en el marco de allanamientos, el Colegio dispondrá de una cámara o sala de acceso o sala jaula, dependiente del Archivo de Actuaciones Notariales. El acceso a la documentación resguardada será permitido exclusivamente al Cuerpo de Inspectores y otros funcionarios autorizados por las autoridades intervinientes en los procedimientos que motivaron el secuestro de dicha documentación.

También el 27 de octubre de 2023, se suscribió una adenda al Convenio Específico de Cooperación Tecnológica firmado en febrero del mismo año.

El instrumento suscripto tiene por objeto establecer los términos y condiciones mediante los cuales el Colegio de Escribanos otorgará al Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, el acceso a la nómina de notarios, al servicio de búsqueda de protocolo, al módulo de verificación de compra de folios de actuación notarial, en su caso la verificación de los folios cuando estuvieren digitalizados, y al servicio de copia virtual del Archivo de Actuaciones Notariales, a fin de mejorar el servicio de justicia.

Asimismo, establece un procedimiento específico para la obtención de los protocolos en poder de los notarios en cumplimiento de los objetivos establecidos en el art. 86 del decreto-ley 9020/78.

Por su parte, el Ministerio Público se compromete a mantener la confidencialidad de la información a la que acceda en virtud del convenio, y a utilizarla exclusivamente para los fines para los cuales se le ha concedido dicho acceso. Del mismo modo, se compromete a cumplir con toda la normativa vigente respecto de la protección de los datos personales que se encuentren en cada uno de los actos que se consulten.

Se concretó mediante la firma de estos acuerdos un avance significativo en la cooperación entre el Ministerio Público bonaerense y el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, tanto en el ámbito penal como en el uso de tecnologías para mejorar el servicio de justicia.

Queda en claro asimismo la identidad de fines y objetivos que existe entre las funciones propias de notariado y las concernientes al Ministerio Público, orientados ambos a fortalecer los vínculos institucionales procurando la tutela del bien común y el resguardo del interés general.

# EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE PARA CONSTRUIR EN ARGENTINA

LAS DIMENSIONES DEL INMUEBLE  
AFECTADO COMO OBJETOS  
AUTÓNOMOS, LA PUBLICIDAD  
INMOBILIARIA Y SU REPERCUSIÓN  
CON DISCIPLINAS VINCULADAS<sup>1</sup>

Jorge Raúl Causee

---

<sup>1</sup> El texto completo de este aporte fue publicado por "Ratio Iuris". Volumen 11 N° 1, enero-junio 2023, Órgano de difusión jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). ISSN 2347-0151. Como resumen de la tesis presentada por el autor para acceder al grado académico de Doctor en Derecho, título otorgado por esta misma Universidad.

SUMARIO: Breviario. I. Introducción. II. Conocimiento acumulado sobre la temática de nuestra investigación. III. El derecho de superficie para el Codificador Vélez Sarsfield. La incorporación de este derecho en las codificaciones americanas. IV. La superficie forestal como nuevo derecho real. Algunos fundamentos propiciatorios de un nuevo régimen legal. V. Apostillas al derecho real de superficie en gestación. La doctrina expuesta. El nuevo régimen legal. Nuestra posición. VI. Las inconsistencias de la regulación vigente. Catastro y planimetría. VII. Rasante, vuelo y subsuelo como dimensiones autónomas. El factor registración inmobiliaria. VIII. Esquema final. Bibliografía. Fuentes de información

## Breviario

Nuestro objetivo esencial estuvo referido a establecer, frente al supuesto de constituirse el derecho de superficie para construir que, del soporte físico que le sirve de apoyo –el inmueble, terreno, solar o predio–, se desprenden tres dimensiones: la rasante o suelo, el vuelo y el subsuelo y que, a cada una de ellas, corresponde atribuirles autonomía sin que ello implique la generación de nuevos derechos reales.

En su caso se determinará el volumen del espacio libre de toda ocupación que se decida utilizar, a través de la planimetría necesaria, la que servirá de base para generarlo.

El documento cartográfico que se diseñe de ningún modo genera una situación jurídica, se trata de un instrumento útil para llevar a cabo los actos legalmente exigibles para constituir el derecho real de superficie con el aludido objetivo (construir).

Corresponderá la intervención de las dependencias catastral y registral inmobiliaria a fin de que se cumplan las respectivas incumbencias publicitarias.

Con el apoyo de doctrina relevante examinamos las respectivas disposiciones legales.

La metodología de nuestra investigación fue explicativa y básica, superadora de las limitaciones que trae aparejada la sobreelevación que, usualmente, se practica bajo el régimen legal de la propiedad horizontal.

Autores nacionales y extranjeros de igual modo que las diversas codificaciones fueron debidamente glosadas.

La aceptación de nuestra propuesta conlleva incentivar los procesos de inversión financiera, aumentar considerablemente todos los factores que intervienen en la construcción contribuyendo a remediar, en su medida, el déficit habitacional e incrementar la participación de todos los operadores del Derecho.

## I. Introducción

Esta exposición constituye un extracto del resumen de la Tesis Doctoral del autor para la obtención del título de Doctor en Derecho, otorgado por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), elaborada bajo la tutoría de la Dra. Marta Etel Cazayous.

La investigación acometida, cualitativa, no experimental, básica y explicativa buscó responder este interrogante: ¿qué alcance tienen las facultades del superficiario respecto del objeto sobre el que ejercerá su derecho en Argentina?

Desde la perspectiva de ese interrogante sostuvimos esta hipótesis: suelo o rasante, vuelo y subsuelo constituyen las dimensiones autónomas del inmueble que se afecta al derecho real de superficie para construir en el ámbito territorial de Argentina, oponibles desde su registración inmobiliaria.

Nos referimos al suelo, al vuelo y al subsuelo, proyectando sus efectos en la órbita del Derecho Administrativo, sobre los indicadores urbanísticos, respecto de la publicidad inmobiliaria y con relación a la economía. Esta consagración no implica crear nuevos derechos reales, manteniendo el suelo su condición de referencia primordial y necesaria para la operatividad de tales dimensiones.

Entre los objetivos finales más específicos ubicamos el de proponer, dentro de la estructura del art. 1884 del CCyC, al tiempo en que se constituya derecho de superficie para construir o sobre construcciones ya existentes en el inmueble de que se trate, que se le reconozcan como sus dimensiones autónomas las antes referidas: rasante o suelo, vuelo y subsuelo.

Va de suyo que, para alcanzar este objetivo, se deberá contar con el respaldo de las normas administrativas que dicten los organismos de aplicación, y que la edificabilidad se ajustará a los metrajes constructivos que admitan las respectivas comunas.

Por escritura pública se constituirá el derecho, registrándolo oportunamente.

En la economía se provoca la asistencia financiera, el aumento de la actividad laboral y profesional involucradas y el incremento de los espacios construidos para diversos destinos.

El interés demostrado desde lo urbanístico y la necesidad de paliar un déficit habitacional al que todavía no se le ha encontrado solución, le dan sentido y utilidad a nuestra propuesta.

Desde nuestra investigación cualitativa y con un diseño no experimental, explicativo y básico concluimos que, conferir autonomía a las tres dimensiones de los inmuebles afectados al derecho de superficie para construir, será un aporte sustancial al derecho, multiplica sus posibilidades operativas e implica validar opciones ventajosas para los usuarios.

En cuanto a la metodología empleada para la composición de nuestra tesis, apelamos a diferentes unidades de análisis.

Una primera y esencial fue el documento CCyC y la regulación contenida en el Título VII de su Libro Cuarto, abarcando los arts.: 2114 al 2128 inclusive relativos al derecho real de superficie.

Siguió a la anterior, a partir de lo dispuesto sobre la estructura de los derechos reales en el Título I del Libro cuarto del CCyC, analizar las Disposiciones Comunes que forman parte de ese título.

La tercera unidad de análisis estuvo vinculada, por un lado, con lo dispuesto por el art. 2120 y su réplica en el art. 2131, ambos del CCyC, normas relativas a la constitución del derecho real de usufructo por el superficiario y, por otro, con el derecho real de superficie forestal, regulado a través de la derogada ley 25.509/2001.

La cuarta estuvo dedicada a las planimetrías, actividad desplegada a través de las producciones cartográficas necesarias en cumplimiento de lo dispuesto por la ley 26.209/2007 de Catastro Nacional.

La última unidad de análisis fue la concerniente a la publicidad inmobiliaria, y su documento lo constituyó la ley 17.801/68.

## II. Conocimiento acumulado sobre la temática de nuestra investigación

Nos propusimos una lectura inferencial del derecho de superficie en tanto noticia relevante en el universo de los derechos reales.

Así advertimos que el art. 2114 del CCyC (2014) concibe al derecho de superficie: a) parapetándolo en la nómina de los derechos reales del art. 1887 del mismo cuerpo legal y con la calidad de temporario, b) como el que le otorga a su titular (vale aclarar que se trata de quien accede a este derecho de superficie y no del propietario del predio que se afecta), sobre un inmueble ajeno: las facultades específicas de uso, goce y disposición material y jurídica de un derecho.

Estos dos centros de imputación diferenciados se integran, cada uno de ellos, con las estipulaciones sobre el modo del ejercicio individual, ajustado al plazo de duración que se haya establecido. Todo ello bajo los parámetros del Título VII del CCyC (2014) que regula este derecho de superficie y leyes especiales de aplicación.

La equívoca técnica empleada para redactar el texto del art. 2114 no debe impedir lecturas alternativas.

Desde este posicionamiento afirmamos que ambas actividades se podrán desenvolver en el terreno, el vuelo o el subsuelo del inmueble ajeno involucrado.

La primera situación que la norma concibe se vincula con la actividad del superficiario desarrollada sobre un predio libre de mejoras y/o accesiones de cualquier tipo. Dicha actividad se podrá proyectar hacia el vuelo y/o hacia el subsuelo tratando de alcanzar el objetivo que se estableció en el acto constitutivo del derecho.

En la segunda situación se reconoce que ya existen plantaciones, forestaciones o construcciones producidas por el propietario del inmueble, quien luego devendrá en constituyente del derecho de superficie sobre ellas a favor de un tercero que pasará a ser su propietario.

Dentro del anecdotario sin autoría que alude al surgimiento del derecho de superficie, se ponderaron sus varias versiones.

También apelamos a la lectura de Van Wetter (1909), y a la respuesta de Allende (1964), sin omitir al perfil simplificador de Castán Tobeñas

(1957) señalando que el derecho de superficie provenía de la concepción pretoriana vigente en la época postclásica.

En el medioevo se admitió un derecho de superficie bifronte porque se lo podía aplicar a las plantaciones y a las edificaciones. La recepción del derecho de superficie en la codificación continental europea no fue uniforme.

Abreut de Begher (2015) señaló que algunos ordenamientos legales lo adoptaron limitando su constitución sólo con el objetivo de construir tal como ocurrió, por caso, con el Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB), con el Código Suizo (*Code Civil Suisse*) regulado en el art. 675 y con el Código Civil Italiano (*Codice Civile Italiano*) apprehendido desde el art. 952 al 956 inclusive.

Indagamos pormenorizadamente las disposiciones del *Code Civil Suisse* (1907) cuyo art. 675, bajo el título Derecho de superficie, en dos párrafos establece las siguientes previsiones: Que los edificios y demás obras excavadas o tapiadas en suelo ajeno, o de cualquier forma incorporados permanentemente al suelo o subsuelo, pueden tener un propietario especial, cuando su existencia se inscriba en el registro de la propiedad como servidumbre. Que este derecho no se aplica a los pisos individuales de un edificio.

A continuación, abordamos el decreto real del 16 de marzo de 1942, publicado el 4 de abril de ese mismo año, con el que entró en vigencia el *Codice Civile Italiano*.

En el título III, abarcando los arts. 952 a 956 inclusive, se regula el derecho de superficie. Se llevó a cabo un minucioso examen de estas disposiciones. Todas estas previsiones son aplicables al caso de concederse el derecho de construir bajo el suelo.

El Código Civil francés (1804) se apartó de lo que admitía el antiguo derecho y, por ende, no consideró normativamente al derecho de superficie, al menos no lo hizo de manera expresa. Era una consecuencia de su irrestricta adhesión al número limitado de los derechos reales. Se glosaron los arts. 552 y siguientes de este cuerpo legal, haciendo hincapié en los contenidos de sus disposiciones y de varias opiniones relevantes de importantes doctrinarios franceses.

Hasta la sanción de su Código Civil regía en Portugal la ley del 22 de junio de 1948, conocida como ley de inquilinato, dictada con el propósito

de paliar el déficit habitacional. Llevaba como título: "Ley para fomentar la construcción de habitaciones y para regula los arrendamientos urbanos".

Esta ley fue aplicable hasta que se sancionó el Código Civil, en cuyo art. 3° se prevé la derogación de toda norma legal que se refiera a lo que en ese Código se regula.

A través del decreto ley 47.344 se sanciona el Código Civil de Portugal (1967), estableciendo su art. 2° que regiría a partir del 1 de junio de 1967.

En el Título V y desde el art. 1524, le da recepción el derecho de superficie admitiendo que se constituya para plantar o construir, pudiendo ser temporario o perpetuo. Fueron examinadas todas sus disposiciones.

La experiencia española atravesó distintos estadios.

Allende (1964) señaló que los códigos españoles desconocieron al derecho de superficie no obstante lo cual, judicialmente, se admitió su recepción con el respaldo del art. 1655 de su Código Civil (1989). Luego agregó un detalle no menor que patentiza cierta desarticulación normativa. En efecto, aludió a lo que establece el art. 107 del Reglamento Hipotecario, hoy Ley Hipotecaria (1947) actualizada al 3 de junio de 2021, con el mismo texto que el nombrado había glosado.

Abarcando este plexo normativo se podría inferir que, en el Derecho Civil español, se admitiría la existencia del derecho de superficie.

El acontecer precedente reconoce como epílogo lo que establecen los arts. 40 y 41 de la ley sobre el régimen del suelo y ordenamiento urbano (2008), finalmente reguladores del derecho de superficie en el territorio español.

En Bulgaria, a través de la Ley sobre Propiedad (1951) dictada por su parlamento, se establecieron directivas mediante cuya aplicación fue operativo el derecho de superficie. Así consta en sus arts. 63 al 67 inclusive.

Transparentamos la aparición del derecho de superficie para, luego, referenciar las codificaciones en la Europa continental agregando expresiones autorales que se difundieron localmente.

Desde esta revisión queda revelada cierta uniformidad en la adopción codificada del derecho de superficie en la mencionada demarcación

territorial. Esto así porque en los requisitos que se deben observar para constituirlo se pone de relieve las diferencias que existen en sus respectivas articulaciones. En algunos casos se lo prevé sólo para la construcción y en otros, muy pocos, se lo admite también para plantaciones.

Esta circunstancia ubica al derecho de superficie que se regula en el CCyC entre los concebidos con la mayor amplitud de objetivos.

### **III. El derecho de superficie para el Codificador Vélez Sarsfield. La incorporación de este derecho en las codificaciones americanas**

Nuestro Codificador diseñó una estructura rígida para los derechos reales, disciplinándolos al amparo de un número limitado y la doctrina respondió con los argumentos que fueron expuestos y examinados particularmente (Alterini, 2003). La clausura en el número de los derechos reales que se admitían, consagrada en el art. 2503 del CC (1869) y la sanción dispuesta en el artículo anterior (2502), fueron principios esenciales que el Codificador plasmó con inocultable precisión.

La rigurosidad con la que el Codificador Vélez Sarsfield (1869) estructuró el régimen de los derechos reales quedó evidenciada en el art. 2502 y en su nota y en la nota al artículo siguiente, normas cuyos contenidos fueron debidamente examinados de igual modo que sus notas.

Seguidamente se abordaron los contenidos de los siguientes códigos. En algunos casos, por sus particulares especificaciones, reproducimos el texto de nuestro examen y así lo hacemos notar.

El Código Civil de Bolivia (1975); el Código Civil de Perú (1984); el Código Civil de Cuba, aprobado por la Asamblea Nacional a través de la promulgación de la ley 59 (1987); el Código Civil de la República Federativa de Brasil (2002); el Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos (1928);

Es inevitable la comparación del contenido de estos antecedentes legales con el régimen instituido en el CCyC.

Como resultado de este cotejo corresponde respaldar el que se adopta en este último porque, no obstante lo que sugerimos incorporar en esta tesis y otros detalles que aportó la doctrina especializada, es claro, coherente, debidamente estructurado, incorpora variables que viabilizan novedosas alternativas negociales y plantea derivaciones registrales de notable utilidad.

#### **IV. La superficie forestal como nuevo derecho real. Algunos fundamentos propiciatorios de un nuevo régimen legal**

El legislador argentino fue precavido. Tuvo muy presente la sanción prevista en el ya aludido art. 2502 del CC (1869) y durante años se llamó a silencio en orden a la instauración legal de nuevos derechos reales, entre ellos el de superficie. No nos satisface ninguna otra explicación para semejante comportamiento.

La postura del legislador, descalificada por algunos porque encerraba una postergación inexplicable, para otros justificada porque obedecía a la posibilidad de aplicar los derechos reales más semejantes aprovechando la versatilidad con la que el Codificador pergeñó el régimen de los admitidos.

La clausura en el número de tales derechos recién fue superada con la sanción de la ley 25.509 (2001) que habilita legalmente al derecho real de superficie forestal, incluyéndolo como inciso 8º en el art. 2503 del CC (1869).

Finalmente, en el art. 3º de la ley 26.994 (2014) entre otras leyes se deroga la 25.509.

Sintetizando sus características cabe mencionar las siguientes: afectaba inmueble ajeno, era exclusivo, temporal, transmisible, convencional y formal. Su constitución estaba condicionada a que recayera sobre inmuebles susceptibles de forestación o silvicultura.

La síntesis anterior fue nada más que una insinuación del contenido de esta derogada ley, razón por la que preferimos abordarla con detenimiento, aun a riesgo de incurrir en alguna reiteración, por tratarse de un antecedente de enorme valor frente a la concepción tan hermética que el Codificador Vélez Sarsfield adoptó en su CC (1869). Para la descripción que encaramos nos nutrimos de la que elaboró Mariani de Vidal (2002), por la claridad de su enfoque casuista y sistemático, acompañado de apreciaciones que permiten comprender cabalmente el contenido de la derogada ley 25.509. Nos remitimos a su desarrollo.

La excelente exposición de Mariani de Vidal (2002), en cuyos textos nos hemos apoyado para exteriorizar todos los costados que ofrecía

la derogada ley 25.509 (2001) y que tanto sirvió para el dictado del actual régimen del derecho real de superficie, regulado en la ley 26.994 (2014), es epilogada por ella señalando que su estudio no es sino una primera aproximación al nuevo instituto, elaborado sobre la base del articulado de la nueva ley. No pretende, como dije al principio, agotar la totalidad de las aristas y problemas que con el andar de su aplicación seguramente suscitará. Se trata sólo de un aporte que se endereza a su comprensión y que ojalá contribuya a que el derecho real de superficie forestal se difunda y utilice.

Por nuestra parte agregamos que la derogación de la ley 25.509 (2001), dispuesta en el inc. a) del art. 3° de la ley 26.994 (2014), que había establecido y regulado el derecho de superficie forestal, no descarta que, con arreglo a lo que dispone el segundo párrafo del art. 2116 del CCyC (2014), esto es, cuando se deba tener en cuenta la utilidad para el aprovechamiento según el destino al que se aplique el derecho de superficie, en el caso específico de la forestación o silvicultura, se deberán observar las disposiciones del texto actualizado de la ley 25.080 (1998) de inversiones para bosques cultivados.

Como lo adelantamos, la mención de la derogada normativa regulatoria del derecho real de superficie forestal, por lo que significó como antecedente para el dictado del vigente régimen del derecho real de superficie en los términos de la ley 26.994 (2014).

El proyecto de Código Civil que presentó la comisión designada por el Poder Ejecutivo Nacional (1995), conocido como Proyecto 98, fue acompañado por fundamentos en los que se aludía al derecho real de superficie. Ese Proyecto constituyó una de las fuentes esenciales para elaborar el Proyecto 2012 luego convertido en ley 26.994 (2014).

En aquellos fundamentos se señaló que la prohibición del derecho de superficie por el art. 2614 del CC (1869) aleja a nuestro Derecho del más prestigiado Derecho comparado pues, entre otros países, lo admiten Francia, España, Italia, Portugal, Bélgica, Alemania, Austria, Suiza, Japón, Bolivia, Perú, Cuba y hasta el casi reciente Código de Québec de 1991.

Nuestras glosas anteriores, sobre varios de los mencionados códigos, fue oportuna. Permite inferir cuáles de sus normas se tuvieron en cuenta a los efectos de redactar nuestro régimen legal vigente aplicable al derecho de superficie.

Así, por caso, los planos que se distinguen en el Código Civil italiano (1942) art. 952, o el reconocimiento de la indemnización debida al superficiario en el Código Civil de Portugal (1967) art. 1538.2.

El hecho de aludir al Código Civil de la provincia de Québec, Canadá (1991), que reemplazó al del Bajo Canadá, aprobado legislativamente en 1865, vigente a partir del 1º de julio de 1866, nos animó a considerar sus disposiciones en detalle.

El nuevo cuerpo legal, promulgado en el año 1991 y puesto en vigencia el 1º de enero de 1994, se ubica entre las codificaciones más modernas, circunstancia cronológica que justifica considerar sus disposiciones sobre el derecho de superficie. Así lo dejamos consignado en las páginas de nuestro desarrollo íntegro.

Razones hermenéuticas nos impulsaron a considerar las disposiciones contenidas en el Libro Quinto del Código Civil de Cataluña (2006), Capítulo IV relativas al derecho de superficie, abarcando los seis incisos de su art. 564. Sucesivamente glosamos sus textos, para nosotros vinculantes por su proximidad técnica y funcional con la regulación finalmente sancionada.

## **V. Apostillas al derecho real de superficie en gestión. La doctrina expuesta. El nuevo régimen legal. Nuestra posición**

La investigación acometida encaró la revisión de los mensajes que los especialistas emitieron, frente a la casi cierta sanción de un nuevo ordenamiento normativo civil y comercial.

A pesar de ciertos avatares poco claros que rodearon la definitiva sanción del CCyC, se examina con detalle el articulado que concierne al derecho real de superficie.

La doctrina posterior, obviamente, es objeto de nuestras consideraciones.

Mediante decreto 191 se creó la comisión que tuvo a su cargo elaborar el Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Ese decreto fue emitido por el Poder Ejecutivo Nacional.

Dicha comisión se integró con los doctores Elena Highton de Nolasco y Ricardo L. Lorenzetti, ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci.

A través del Mensaje 884 de fecha 7 de junio de 2012 el Poder Ejecutivo Nacional remitió al Congreso de la Nación el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

A fin de llevar a cabo la tarea de codificación se conformó una Comisión Bicameral que incorporó 168 modificaciones afectando 311 arts. de los 2671 proyectados, presentando los dictámenes elaborados.

La Cámara de Senadores le dio media sanción el 28 de noviembre de 2013 y la Cámara de Diputados la sanción definitiva el 1º de octubre de 2014. El 7 de octubre de 2014 se promulga la ley 26.994 que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación, que entrará en vigencia el 1º de enero de 2016.

Mediante ley 27.077 (2014) se dispuso que la ley 26.994 (2014) entrara en vigencia el 1º de agosto de 2015.

En el proyecto que finalmente fue convertido en ley 26.994 (2014), el derecho real de superficie está articulado con su numeración actual e idénticos sus contenidos. La única variante es que en el Proyecto se lo incluía en el Título VIII mientras que en la aludida ley forma parte del Título V del Libro cuarto.

Todo indicaría que la Comisión Bicameral, ponderando la propuesta ofrecida por el Proyecto 98, último elaborado con el casuismo que también destaca al Proyecto 93 (1993), amalgama una regulación final con aspectos que la completan de manera muy conveniente.

La sucinta glosa sobre el derecho de superficie que se proyectaba, redactada en los Fundamentos que acompañaron el Anteproyecto de Código Civil y Comercial, invita a considerar los que se sostuvieron acompañando al Proyecto 98 (1998). Ello así por lo sustancial de su contenido y porque anticipan con claridad el régimen legal que se propone.

Esto lo advertimos sin perjuicio de las convicciones que nos llevaron a plantear esta tesis.

Luego de examinar con detalle la doctrina extranjera especializada, abordamos la de nuestros autores, entre otros: Suares (1965), Cornejo (1987), Gurfinkel de Wendy (2012).

En el Título VII del Libro Cuarto del CCyC (2014) y abarcando desde el art. 2114 al 2118 inclusive, se regula al derecho real de superficie, jerarquía legal que le es atribuida en la primera de esas normas confirmando la nominación que se le asigna en el art. 1887 de ese mismo Código. Sucesivamente, en el texto completo de nuestro desarrollo y al que remitimos, hacemos una descripción de los contenidos de cada una de sus normas.

Al desarrollo remitido le siguieron algunas consideraciones sobre la visión catastral y registral inmobiliaria incursionando, relativamente, en algunas disposiciones técnico-registrales.

A continuación, anticipamos nuestro criterio frente al contexto legal del que dimos cuenta señalando que, dado el supuesto de constituirse el derecho de superficie para construir, el espacio libre por sobre lo edificado le pertenece al constituyente del derecho, esto es: al propietario del inmueble.

La disponibilidad útil de ese espacio libre por y para el propietario, está sujeta al hecho de que las construcciones a realizar por el superficiario terminen en un cerramiento hermético. Si así no ocurre o se emplean elementos de relativa consistencia, se tornaría impracticable aprovechar ese espacio aéreo o vuelo de lo edificado.

Nada obsta utilizar el subsuelo para constituir el derecho de superficie para construir.

Descartamos que, desde la preceptiva legal, el vuelo haya sido concebido prescindiendo de la existencia de un apoyo material que permita su efectivo empleo.

La titularidad del vuelo en cabeza del propietario constituyente ocurre también en el caso de que el derecho de superficie se haya conferido sobre construcciones existentes en el inmueble sobre el que recae.

La disponibilidad efectivamente cierta del vuelo en los casos indicados, le confiere a su titular la facultad de constituir sobre él el derecho real de superficie para construir. Esto así independientemente de que también lo verifique respecto del subsuelo del inmueble que le sirve de soporte material.

La necesidad de la planimetría guarda relación con la que se reclama en el art. 2116 del CCyC (2014) con cita de la ley 26.209 en el orden local.

El acto constitutivo del derecho de superficie sobre el vuelo o el subsuelo se deberá otorgar por escritura pública (art. 1017, inc. a) CCyC - 2014) y su inscripción en el registro inmobiliario provoca su oponibilidad a terceros interesados.

La cuestión registral abarcará una exposición casuista de las diferentes etapas por las que atravesó hasta su consagración legal en la Argentina, incluyendo el tratamiento específico dado a la registración del derecho de superficie, nomenclador de los datos indispensables a tales efectos y el carácter atribuible a la inscripción de los espacios autónomos del inmueble involucrado.

A propósito, es dable señalar que aquella registración determina la generación de distintos folios complementarios para publicitar las situaciones y relaciones jurídicas que sean consecuencia del ejercicio de las facultades que son propias del superficiario.

Todos estos folios derivan del que contiene la matrícula del inmueble del propietario constituyente.

Finalmente, a modo de compendio, dijimos que, sin lugar a dudas, la regulación del derecho real de superficie articulada en el Código Civil y Comercial de la Nación (2014) reúne condiciones relevantes, ello así no obstante nuestros reparos en cuanto a la inconsistencia que justificó nuestra tesis.

Su estructura cubre casi la totalidad de sus posibilidades operativas, bien que dejando abiertas las derivaciones registrales a que aquellas dan lugar. En ese orden de ideas aportamos soluciones integrales abarcando, claro está, las que se puedan suscitar de darse pie a las autonomías de las dimensiones que predicamos cuando el derecho de superficie se constituye para construir.

Una, quizá la principal, de las condiciones relevantes de su estructura, es la posibilidad de constituirse, tanto por el propietario como por el superficiario, derechos reales de garantía. Tales otorgamientos se presentan como medios óptimos para incentivar la inversión, tanto privada como pública, en particular cuando el derecho de superficie se otorga para construir.

Las expresiones vertidas por sus autores al comentar la regulación del derecho de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación

(2014), es consistente en cuanto se refiere a valorarlo destacando, en especial, la circunstancia que anotamos sobre la constitución de derechos reales de garantía.

## **VI. Las inconsistencias de la regulación vigente. Catastro y planimetría**

La técnica de redacción empleada en la formulación de los artículos que abarcan al derecho real de superficie, es la referencia esencial en la que sostuvimos la estructura de esta tesis.

Por su indudable relevancia para asegurar el principio de especialidad objetiva y dar respuesta a la publicidad necesaria en aras de lograr la mentada oponibilidad de los derechos reales, se abordaron, en este apartado, la función catastral y, en el siguiente, la registral.

En el art. 2114 del CCyC (2014), norma con la que se inicia la regulación del derecho real de superficie, se le confiere al superficiario, su receptor y en cuyo favor se constituye afectándose un inmueble ajeno, una facultad múltiple: uso, goce y disposición material y jurídica. El ejercicio de esta facultad se practicará en relación, o respecto, o sobre el derecho de plantar, forestar o construir. En esta situación jurídica se ubica el primer centro de imputación normativa.

Sin solución de continuidad aparece el segundo y concierne a que las aludidas facultades se ejercerán sobre lo plantado, forestado o construido agregándose, sin signo gráfico que denote pausa, en el terreno, el vuelo o el subsuelo.

La imprecisión es evidente. Debió emplearse el signo adecuado que separe el elemento objetivo sobre el que se ejercerán las facultades, a fin de evitar que se interprete que sólo se ejecutarán respecto de lo que ya estaba plantado, forestado o construido sobre el inmueble ajeno.

No encontramos que la doctrina se haya detenido en lo que advertimos. Por caso hace hincapié en el desdoblamiento de este derecho separando sus dos manifestaciones, De una parte, la facultad tripartita ya conocida y por otra el derecho de usar y gozar lo que se haya producido en el inmueble, designado como propiedad superficiaria, polarización en la que vemos enrolados a los comentaristas.

El predicamento del principio *superficie solo cedit* no fue obstáculo para que hicieran pie posturas de avanzada, esgrimidas con el propósito de liberar de semejante atadura al inmueble que lo tiene como objetivo. Con esta finalidad se propicia abandonar la concepción bidimensional del inmueble, representada en un documento cartográfico (usualmente denominado plano), para visualizarlo en las fracciones que forman parte de él, verticalmente, en sentido positivo abarcando el vuelo y negativo abarcando al subsuelo.

Se trata de una visión que coadyuva a la celebración de negocios y vínculos jurídicos, independientemente de los que es habitual convenir teniendo como objeto sólo la rasante de un inmueble.

Con destacable anticipación Savatier (1967) pontificaba que, a su tiempo, el espacio cúbico acotado estará integrando el tráfico negocial con independencia del suelo sobre el que reposa.

En esta línea de pensamiento lo encontramos a Garrido de Palma (1969), autor que advirtió sobre la inconsistencia del principio romano *superficie solo cedit* porque está en contra de la realidad contractual y económica. Su evidencia la revela el diferente valor de la construcción respecto de la rasante, aumentando la cotización del inmueble edificado respecto del que está libre de mejoras.

La invocación del vuelo incluso del subsuelo se explica para sustentar no sólo que esos espacios se ocupen por la silvicultura o la forestación, en este caso innecesario porque ello es un efecto natural, una resonancia inmediata de este tipo de actividades, pero adecuado cuando ella concierne a la construcción. Obviamente porque lo que se edifique se elevará ocupando el vuelo y, en su medida, el subsuelo.

Urbaneja (2019) se posiciona con un criterio para nosotros opinable, advirtiendo que, si se constituyera un derecho de superficie que abarcara la totalidad de los planos horizontal y vertical, no quedaría ninguna facultad para el titular del suelo. Desde nuestro punto de vista el autor no ha considerado que, al propietario del terreno, le queda la libre disponibilidad del subsuelo, espacio sobre el que podría constituir derecho de superficie. Por otra parte, no se debe mirar con disfavor el supuesto de que el propietario haya constituido derecho de superficie sobre la rasante para construir y que le confiera a otro el derecho de superficie sobre el espacio aéreo que quede habilitado luego de termi-

nada la construcción. Está claro que la convalidación de este acontecer es dependiente de que se acepte la autonomía de los tres espacios que se le deben reconocer a los inmuebles, punto esencial de nuestra tesis.

Va de suyo que, con lo anotado en párrafos anteriores, no se agotan las observaciones que se le pueden imputar a este artículo en particular y también al régimen instaurado. Restaría establecer, entre otros aspectos, precisiones orientadoras sobre la fecha en que se tendrá por constituido el derecho real de superficie, los alcances de la intervención del organismo catastral y las repercusiones registrales consecuentes.

Todo lo anterior y aún más justificó que la técnica de redacción empleada en el art. 2114 del CCyC (2014), constituya la referencia esencial en la que apoyamos la estructura de nuestra tesis, respecto de la cual algo adelantamos glosando afirmaciones de Urbaneja (2019).

La existencia del vuelo o volumen y, desde esta percepción, su autonomía, fue nuevamente puesta en evidencia por Savatier (1967), partiendo de proponer como deber de los juristas, apoderarse y anexionar al derecho la tercera dimensión de Euclides. Sostuvo este autor que la cosa inmueble, así denominada porque está perpetuamente fija al globo terrestre, es usualmente dibujada como una porción de su superficie y se la designa con el nombre de parcela.

A todo evento, agrega, es incompleta esa representación del inmueble y, por otra parte, inconsistente para el Derecho salvo que a esa superficie se le adicione un volumen. Indispensable sumarle, además, la parte inferior de esa superficie: el subsuelo que siempre formará parte de aquella.

Estas situaciones de hecho son registradas por los organismos catastrales, previa verificación que los agrimensores las hacen constar en los estados parcelarios que producen, dando pie a la emisión de los certificados pertinentes.

Papaño (2012) acomete un minucioso desarrollo de los antecedentes legislativos que conciernen a la labor de estos organismos, señalando que el decreto ley 20.440 (1973) fue el último régimen nacional que reguló el funcionamiento de los catastros territoriales pertenecientes a las distintas jurisdicciones del país. Esta regulación fue operativa desde su entrada en vigencia hasta la promulgación de la ley 22.287 (1980). Antes regía la ley 14.159 (1952).

Por la ley 21.848 (1978) se sustituyó el art. 57 del decreto ley 20.440 (1973) estableciéndose que la Nación y las provincias debían dictar las regulaciones locales para la aplicación progresiva de los arts. 48 a 50 de este último.

Mediante ley 22.287 (1980) se dispuso la suspensión de los arts. 5 a 57 inclusive del decreto ley 20.440 (1973).

Finalmente, por el art. 19 de la ley 26.209 (2007) se derogan las leyes 20.440 (1973), 21.848 (1978) y 22.827 (1980).

Con la sanción de la ley 26.209 (2007) se puso fin al vacío de regulación legal que provocó la suspensión dispuesta por la ley 22.287 (1980), lo que dejó librado a la pericia de los funcionarios responsables la conducción de las dependencias catastrales y la implementación de los procedimientos necesarios. El examen de la ley fue debidamente abordado.

Papaño (2012), autor al que apelamos en el examen de esta temática por la completitud con la que la abarca, incursiona en varios aspectos que son glosados en nuestro texto final.

Se examinaron las diferentes temáticas articuladas. Entre ellas: asunción de la normativa por las jurisdicciones locales; confección del estado parcelario; lo relativo a la publicidad; el alcance de la certificación parcelaria y los supuestos en que es obligatorio contar con ella.

El art. 12° de la ley 26.209 (2007) pone en evidencia la necesaria comunicación que debe existir entre el Catastro Parcelario y el Registro de la Propiedad, para que la realidad física actualizada sea aprehendida por el derecho. Además, confirma la delimitación de las respectivas funciones registrales: de cosas y de documento o títulos respectivamente, y descarta cualquier tipo de interferencia entre ellos.

El art. 13 de la ley 26.209 (2007), ratificando la correspondencia funcional que debe existir entre el registro catastral y el de la propiedad inmueble, dispone que, a los efectos de las inscripciones de los actos jurídicos citados en el art. 12 de la aludida ley en el Registro de la Propiedad Inmueble, se acompañará a la documentación correspondiente el certificado catastral, sin cuya presentación no procederá la inscripción definitiva.

El art. 14 de la ley le asigna a los organismos catastrales de cada jurisdicción determinar, a los fines fiscales, la valuación parcelaria de su

territorio, lo que permitirá incorporarle a la parcela ese dato calificado como complementario en el apartado II del inc. a) del art. 5º de la ley 26.209 (2007).

Se completó el análisis de la ley 26.209 (2007) aludiendo al art. 16 de la ley, que le confiere al Consejo Federal del Catastro (de cuya creación se ocupa el artículo anterior) un protagonismo relevante en la coordinación de las metodologías para valorar inmuebles, ello así con el propósito de que se alcance un único criterio y que del mismo se le participe a los organismos de recaudación tributaria de todo el país.

Esta ley es complementaria del Código Civil (1869) y que se derogan las leyes 20.440 (1973), 21.848 (1978) y 22.287 (1980), ya identificadas.

## **VII. Rasante, vuelo y subsuelo como dimensiones autónomas. El factor registración inmobiliaria**

Arribados a esta instancia presentamos las dimensiones de la cosa inmueble a las que corresponde atribuir autonomía, sin que esto signifique generar nuevos derechos reales y, sucesivamente, dejamos expuestas varias precisiones vinculantes.

Que esas dimensiones son visualizadas a través de su comportamiento funcional.

Que la determinación de los estados parcelarios como preludio de la participación catastral es motivo de consideración en simultáneo con las instancias publicitarias para alcanzar la oponibilidad necesaria.

Que las dimensiones de la cosa inmueble son identificables a través de estas designaciones: la rasante o suelo, el vuelo y el subsuelo.

Rasante y subsuelo no requieren demasiadas explicaciones para comprender a qué espacios del inmueble nos estamos refiriendo.

En el Diccionario de la lengua española (2021) la acepción del término vuelo, referida al campo del derecho, está descripta aludiendo a que, en algunas divisiones tradicionales de la propiedad, equivale al derecho al arbolado con separación del que otra persona tenga sobre el suelo.

Desde la acepción descripta y como aproximación conceptual dentro del ámbito jurídico, el vuelo se relaciona con la noción de volumen,

esto es, al menos para Matheu Delgado (2011), el espacio a ocuparse con lo que el propietario del predio tenga pensado edificar. Como derivación, apunta este autor, se dará origen a los dominios distintos, uno el del dueño del suelo y otro el del vuelo o de lo que se haya edificado.

Idéntica concepción bifronte deduce Messineo (1954) agregando que, cuando la propiedad es inmobiliaria, lo que exista sobre el suelo tiene autonomía respecto del suelo propiamente dicho y, por supuesto, del subsuelo. De manera que, en el caso de este tipo de propiedad caracterizada por su especial objeto, estaremos en presencia del derecho de superficie.

Este derecho, para Messineo (1954), puede originarse a través de los procedimientos que particularizamos en nuestro desarrollo, exigidos por los singulares requisitos necesarios para que sean operativos, que también describimos.

Para nosotros, las dificultades que el autor glosado expone se verán superadas mediante asignarles virtualidad legal a los espacios autónomos en que se descompone la cosa inmueble toda vez que, obviamente, estemos frente a la constitución del derecho real de superficie para construir.

Es tiempo de advertir, de otorgarse el pertinente acto constitutivo del supuesto que acabamos de mencionar, el predicamento que le atribuímos al régimen horizontal, sobre todo a partir de lo que se establece en el segundo párrafo del art. 2120 del CCyC (2014). Oportunamente examinaremos pormenorizadamente la aplicación fáctica de esta previsión.

Relevamos, analizamos y contestamos buena parte de las expresiones de Linares de Urrutigoity y Pujol de Zizzias (2002), analizando el derecho real de superficie forestal regulado a través de la ley 25.509 (2001), pero haciendo pie en la postura que estas autoras esgrimen respecto del espacio como objeto de este nuevo derecho real.

Es de toda evidencia el esfuerzo importante de las nombradas por destacar la presencia del espacio como objeto al que, presuntamente, correspondería atribuirle algún tipo de calificación legal.

En esta línea de pensamiento Linares y Pujol (2002) puntualizan que se abocaron al análisis de la posibilidad de la inclusión del espacio

como objeto de este nuevo derecho real, para luego estudiar si el espacio puede ser objeto de un derecho real en forma independiente de su emplazamiento, si la superficie desmembra el derecho de dominio del propietario del suelo y cuáles son las consecuencias prácticas de nuestra postura.

Avanzando en su desarrollo Linares y Pujol (2002) se preguntan si puede considerarse al espacio aéreo como objeto de los derechos reales.

En respuesta argumentan que la principal objeción que ha existido en el mundo jurídico para sostener que el espacio no puede ser considerado objeto de los derechos reales, es que éste no es una cosa que exista materialmente, preconcepto que parece irrefutable para muchos juristas, pero que es totalmente discutido en filosofía.

En consecuencia, agregan, las negociaciones sobre el espacio aéreo entran en la órbita de los derechos personales.

No se les escapa que se ha dicho que el espacio no es cosa sino medio en que se encuentra la cosa y que es necesario para la existencia y ejercicio de la cosa y del derecho sobre la cosa, es decir que se trataría de un concepto de relación. Que es simple vacío y que por sí no da utilidad alguna.

Sin embargo, sostienen, también podría llegar a deducirse que el espacio aéreo es una cosa porque, desde el derogado CC (1869), se admite que el propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo y que puede extender en él sus construcciones y demandar la demolición de las obras del vecino.

Aunque parezca que, legislativamente, se pudo haber considerado al espacio como cosa, el Codificador Vélez Sarsfield no lo admitió como objeto (independiente del suelo) de un derecho real autónomo (el derecho de superficie). Las razones que tuvo para no admitir este derecho son el posible desmejoramiento de los bienes raíces y el hecho de que dicha figura podría ser fuente de pleitos. Debe advertirse, respecto de esta última objeción, que no existía en la época del Codificador un sistema de publicidad suficiente.

Linares y Pujol (2002) aluden a la cita de Carlos Maiorca (1934) afirmando que la solución afirmativa de la propiedad sobre el espacio está admitida desde el punto de vista del Derecho romano, del Derecho in-

termedio, del Derecho germánico, del Derecho Civil italiano y del Derecho extranjero... (según el cual, en el contrato constitutivo de superficie se enajena la propiedad del espacio).

Luego discurren acerca de la siguiente conjetura: si el legislador no quiso que el espacio fuera considerado objeto del derecho real sobre la unidad funcional privativa, no debió haber utilizado la expresión espacios susceptibles de aprovechamiento independiente para evitar confusiones. Ahora, si se admitiera la premisa de que el espacio puede ser objeto de un derecho real, como la propiedad horizontal, podríamos concluir que también puede ser objeto del derecho real de superficie.

Al respecto pensamos que, más allá de la intencionalidad legislativa, es necesario ser cuidadoso con la lectura de ciertas disposiciones legales.

Así debe ocurrir con los aludidos términos: espacios susceptibles de aprovechamiento independiente. Éstos fueron empleados en la órbita del régimen horizontal, tanto en el proyectado como en el vigente, dentro del marco conceptual asignado a la unidad funcional.

Consideramos arriesgado aproximar aquellos términos con una noción de espacio que empatiza con la idea de espacio aéreo. En tal sentido y desde el concepto de unidad funcional donde se inserta la terminología empleada, tales espacios deben estar determinados en un plano específico asimilándose a la porción de territorio que servirá de asiento a la edificación que se construya para servir al destino que se haya previsto.

Linares y Pujol se preguntan si la constitución de un derecho de superficie divide el derecho de dominio respondiendo que, si una persona tiene derecho a construir o forestar sobre el espacio aéreo pero no puede apoyar su construcción sobre el suelo, no le sirve su derecho, a causa de la ley de gravedad. Parecería, entonces, que el derecho real de superficie, en muchas ocasiones, tendrá una naturaleza mixta, principalmente derecho real sobre la cosa propia, a la que se le suma un derecho sobre la cosa ajena de manera accesoria y, aun cuando exista propiedad superficiaria, podría coexistir junto con el derecho real sobre cosa propia (la construcción o plantación) un derecho sobre la cosa ajena, que puede consistir en tener apoyada la cosa propia sobre el suelo ajeno, en hundir sus raíces sobre suelo ajeno o en el derecho a pasar sobre inmueble ajeno lo cual limitará rotundamente el

derecho de dominio del titular del suelo, desmembrándolo. Así, el propietario del suelo que ha dado en superficie el subsuelo y la superficie tiene una posibilidad de disfrute material del suelo prácticamente nula porque suelo sin espacio aéreo ni subsuelo no puede brindar mucha utilidad material.

El interrogante que plantean las autoras no debería tener como respuesta que el derecho de superficie para construir o forestar se confiera sobre el espacio aéreo.

Nuestra postura al respecto es bifronte. Si el derecho de superficie se confiere para forestar, es evidente que el superficiario, a través de la actividad que tendría que poner en juego, terminará ocupando el espacio aéreo del inmueble que se afecte al constituir el derecho de superficie. Se trata de una consecuencia natural e inevitable.

Sostenemos que de ninguna manera es concebible que el derecho de superficie para forestar se confiera derechamente sobre un espacio aéreo, siquiera pretendiendo asignarle algún tipo de autonomía.

Si no hay una plataforma física para sembrar la especie arbórea que se pretende obtener, jamás habrá forestación.

Distinto es el supuesto de que se confiera el derecho de superficie para construir porque, en tal caso, luego de terminada la construcción del edificio que ocupe la rasante, hará su aparición el espacio aéreo que circunde lo edificado y que le pertenece al propietario del predio.

Este poder de disposición es el que lo legitima para constituir un nuevo derecho de superficie, a lo que nosotros sumamos la conveniencia de que, a ese espacio aéreo, se lo admita como dimensión autónoma junto con la rasante y el subsuelo. Claro está, sólo aplicable cuando las dimensiones a las que propiciamos darle autonomía como elementos desglosados de la cosa inmueble que soporta la constitución del derecho de superficie.

Linares y Pujol concluyen señalando que lo más coherente es considerar al derecho de superficie como un derecho real sobre objeto propio, que generalmente acarrea también una desmembración del derecho de dominio del titular del suelo ajeno, tomando una fisonomía más bien mixta. Ya que muchas veces, aunque el espacio que se encuentra en la superficie sea propio, se trabajará sobre suelo ajeno, se penetrará en él y hasta en su subsuelo con cimientos y raíces, y se limitará la facultad

de disposición material del propietario del suelo, sobre la parte del suelo en la que se apoya la construcción o forestación y sobre la parte de éste necesaria para el aprovechamiento de la construcción o forestación.

No compartimos esta conclusión por considerarla inconsistente. En efecto, no encontramos posible que al derecho de superficie (*lato sensu*) se lo califique como derecho real sobre objeto propio sin que, previamente, se establezca quién fue el legitimado activo para constituirlo y, en tal caso, cuál fue el objeto y el destino tenido en cuenta por las partes.

Toda vez que el propietario del suelo sea quien constituye el derecho de superficie, ejerciendo su indudable legitimación y que, por ello, se afecta la rasante del inmueble que le pertenece, no abrigamos ninguna duda acerca de que está generando un derecho real sobre cosa ajena. Que, luego de producido el elemento material derivado del destino para el que se lo constituyó y seguidamente, por una disposición legal, el superficiario pasa a ser dueño de los elementos materiales que incorporó con su actividad y titular de un derecho real sobre cosa propia.

En este apartado pusimos al descubierto los eslabones esenciales de nuestro proyecto –las dimensiones autónomas del solar que sirve de apoyo físico al derecho de superficie– sin soslayar, al contrario, penetrando de lleno en la cuestión del espacio aéreo, para culminar con el examen casuista de toda la normativa que regula en nuestro país la registración inmobiliaria (ley 17.801). Para llevarlo a cabo apelamos al excelente desarrollo acometido por Dodda y Urbaneja (2019) a cuya extensa exposición debemos remitir.

Consideramos indispensable enfocarnos en dos regulaciones muy importantes: la que concierne a la función catastral, ya expuesta, y la que le corresponde a la registración inmobiliaria. Respecto de esta última actividad vale recordar uno de sus pormenores legales más significativos y relevantes. Nos referimos a la expedición del certificado de dominio con reserva de prioridad cuya aceptación irrestricta fue elocuente. En cuanto al tratamiento de las citadas regulaciones, remitimos a sus respectivos textos.

De sus contenidos son ostensibles los ámbitos urbanístico y administrativo que abarcan, ambos interferidos por el Derecho Civil, que tienen un rol decisivo al tiempo en que se ejerciten facultades sobre el inmueble que se afecte con el derecho de superficie cuando se constituye para construir.

En todo este devenir ubicamos a los elementos necesarios y principales para la existencia y operatividad de los espacios autónomos que son un desprendimiento natural de la cosa inmueble, en los casos en que el derecho de superficie se constituye para construir. En su descripción se distinguen claramente los elementos subjetivo y objetivo que se deben dar cita posibilitando el ejercicio legal del derecho de superficie.

Estas consideraciones fueron propicias para explicar, justificar y ejemplificar el funcionamiento y la trascendencia de las dimensiones de la propiedad inmueble cuya autonomía predicamos.

## VIII. Esquema final

Finalizamos este resumen haciendo constar los detalles operativos que se deberán tener en cuenta toda vez que se preste conformidad a nuestra propuesta, relativos a la constitución del derecho real de superficie en su variante para construir:

1. La totalidad de los actos constitutivos deben otorgarse por escritura pública. De su texto deberá resultar que se le reconoce autonomía a la rasante, el vuelo y el subsuelo como espacios que se derivan del inmueble involucrado. Para los respectivos actos constitutivos del derecho real de superficie para construir, su autorizante deberá requerir los certificados registrales y administrativos necesarios.
2. Las partes pueden celebrar el pertinente contrato a título oneroso o gratuito y debe mediar entrega material del bien de que se trate.
3. El derecho de superficie también puede adquirirse por partición privada o judicial y por subasta pública.
4. Se admite constituirlo afectando una edificación construida por el propietario del predio (variante a), o sobre la rasante de un inmueble (variante b), o sobre el espacio aéreo de lo construido por un superficiario determinado en plano redactado a los efectos de individualizarlo (variante c).
5. En todos los casos se genera un derecho real autónomo sobre cosa ajena.
6. La legitimación activa para estos otorgamientos le corresponde, en to-

das las variantes, al propietario del predio, quien deberá acreditar título suficiente y cumplimiento íntegro del modo suficiente.

7. La legitimación pasiva podrá ser ejercida por una persona física o jurídica asumiendo la calidad de superficiario.
8. El uso, goce y disposición material y jurídica de lo construido y de lo que construyan los superficiarios, en adelante denominada propiedad superficiaria, mediando su adquisición por los superficiarios, serán facultades cuyo ejercicio se establecerá convencionalmente por las partes apelando.
9. La enajenación a terceros de las construcciones que le pertenecen al superficiario importa que lo adquirido por aquellos queda subordinado a la validez temporal del derecho de este último.
10. La magnitud del volumen edificable y sus distintas superficies serán determinadas por el propietario constituyente del derecho a favor de los superficiarios.
11. Los superficiarios están autorizados a constituir derechos reales de garantía sobre la propiedad superficiaria que hayan adquirido.
12. Las partes establecerán los plazos que regirán para los derechos reales de superficie para construir que acuerden celebrar. En ningún caso la prórroga del que se hubiera establecido podrá superar el máximo legal de 50 años.
13. La transferencia del derecho del superficiario abarca las obligaciones que haya asumido.
14. El ejercicio de la posesión legítima por el superficiario y su calidad de titular de un derecho real, lo habilita a interponer todas las defensas legalmente admitidas.
15. La oponibilidad a terceros interesados, de los contratos que celebren el propietario y los superficiarios, será dependiente de su registro por el organismo con competencia en el territorio donde se ubiquen los inmuebles que se afecten con derecho real de superficie para construir.
16. A los efectos registrales, el o los autorizantes de los actos constitutivos que se otorguen, expedirá las primeras copias o testimonios necesarios.

17. Los asientos que sea necesario verificar, a propósito de los contratos registrables, deberán estar referidos a la matrícula del inmueble que le sirve de objeto físico a la constitución del derecho real de superficie para construir.
18. Corresponderá darle apertura a los folios complementarios que permitan publicitar: a todos los vínculos contractuales celebrados por el propietario y los superficiarios, a los derechos reales de garantía que otorguen los superficiarios, a las construcciones afectadas al régimen horizontal dándole autonomía registral a las unidades funcionales que formen parte de los distintos edificios, a sus actos dispositivos y a las garantías que las afecten. En todos estos asientos será obligatorio que conste el plazo de duración del derecho real de superficie para construir que se hubiera convenido por las partes.
19. Todas las registraciones aludidas, que se verifiquen efectivamente, no convalidan los defectos que pudieran afectar a los títulos invocados.
20. Supletoriamente se aplicarán las normas pertinentes de la ley registral inmobiliaria 17.801 (1968) actualizada.
21. Subsidiariamente se aplicarán las normas contenidas en el Título VII del Libro Cuarto del CCyC (2014).

A todo evento será necesario que las normas tributarias contemplen la situación de los sujetos involucrados, arbitrando la sanción de las regulaciones que tornen operativo al derecho de superficie para construir. Esto así por cuanto es innegable que constituye una herramienta útil para canalizar proyectos y negocios inmobiliarios ocupando, además, a los operadores en Derecho.

## Bibliografía

- Abreut de Begher, L. N.; e Iturbide, G. (2005), "Reflexiones sobre el nuevo derecho real de superficie forestal", *La Ley On Line*, <https://signon.thomsonreuters.com/?productid=WLAR&returnto=https%3A%2F%2Finformacionlegal.com.ar%2Fmaf%2Fapp%2Fauthentication%2Fsignon&bhcp=1>
- Abreut de Begher, L. N. (2015), "Comentarios sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial", Sistema Argentino de Información Jurídica, <http://www.saij.gob.ar/liliana-abreut-begher-comentarios-sobre-derecho-real-superficie->

codigo-civil-comercial-dacf150402-2015-07-15/123456789-0abc-defg2040-51fca-nirtcod?q=%20%20autor%3AAbreut%20AND%20autor%3Ade%20AND%20autor%3ABegher&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTribunal%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJurisdicci%F3n&t=1

Allende, G. L. (1964), *Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil*, Abeledo Perrot.

Alterini J. H. (2003), "Superficie forestal", *Revista del Notariado* 873, p. 121-126.

Castán Tobeñas, J. (1957), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Reus.

Cornejo, A. A. (1987), "El derecho real de superficie en el proyecto de unificación legislativa Civil y Comercial", *La Ley, (D)*, 1200. <https://signon.thomsonreuters.com/?productid=WLAR&returnto=https%3A%2F%2Finformacionlegal.com.ar%2Fmaf%2Fapp%2Fauthentication%2Fsignon&bhcp=1>

De Ruggiero, R. (1945), *Instituciones de Derecho Civil*, Reus.

Dodda, Z. A., y Herrera, V. I. (2019), "El Derecho Registral", en E. G. Clusellas (Coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado* (T 9, p. 1-26), Astrea-FEN.

Fuentes Lojo, J. V. (1969), *Suma de la propiedad por apartamentos*, Bosch.

Garrido de Palma, V. M. (1969), *Revista de Derecho Notarial*, Colegios Notariales de España.

Gurfinkel de Wendy, L. N. (2012), "Superficie", en Rivera, J. C. (Dir.), y Medina, G. (Coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012* (p. 1043-1051), Abeledo Perrot.

Josserand, L. (1951), *Derecho Civil* (S. Conchillo y Manterola, Trad.), Bosch, Ejea.

Laurent, F. (1873), *Principes de Droit Civil Français (Vol. 8)*, B. C. y Cie.

Linares de Urrutigoity, M. D., y Pujol de Zizzias, I. (2002), "Objeto del derecho real de superficie forestal", *Revista del Notariado* 867. <https://signon.thomsonreuters.com/?productid=WLAR&returnto=https%3A%2F%2Finformacionlegal.com.ar%2Fmaf%2Fapp%2Fauthentication%2Fsignon&bhcp=1>

Maoirca, C. (1934), *Lo spazio e i limite della proprietà fondiaria*, Instituto Giurídico della R. Università.

Mariani de Vidal, M. (1997), *Curso de derechos reales*, Zavalía.

Mariani de Vidal, M. (2002), "Derecho real de superficie forestal, Ley 25.509", *La Ley*, 2002-F, 1415. <https://signon.thomsonreuters.com/?productid=WLAR&returnto=https%3A%2F%2Finformacionlegal.com.ar%2Fmaf%2Fapp%2Fauthentication%2Fsignon&bhcp=1>

- Matheu Delgado, J. A. (2011), *Derechos de vuelo y subsuelo: doctrina registral y jurisprudencial*, Dykinson.
- Mazeaud, J., y Henri, L. (1969), *Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda* (Vol. IV; L. Alcalá Zamora y Castillo, Trad.), Ejea.
- Messineo, F. (1954), *Manual de Derecho Civil y Comercial* (T. III; Sentis Melendo, Trad.), Ejea.
- Papaño, R. J. (2012), *Derecho Civil, T 2, Derechos reales* (3° ed.), Astrea.
- Planiol M., y Ripert, G. (1946), *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, Vol. 3, Bibliográfica Uruguaya.
- Pujol de Zizzias, I., y Linares de Urrutigoity, M. D. (2002), "Objeto del derecho real de superficie forestal", *Revista del Notariado* 867. <https://signon.thomsonreuters.com/?productid=WLAR&returnto=https%3A%2F%2Finformacionlegal.com.ar%2Fmaf%2Fapp%2Fauthentication%2Fsignon&bhcp=1>
- Savatier, R. (1967), "La propiedad del espacio", *Revista de Derecho Urbanístico*, 1 (1).
- Suares, C. M. (1965), "La enfiteusis, el derecho de superficie y los censos", *Revista Notarial* 763, p. 1923-1953.
- Urbaneja, M. E. (2019), "Ley 17.801", en E. G. Clusellas (Coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado* (T 9, p. 27-401), Astrea-FEN.

## Fuentes de información

- Código Civil (BGB). 18 de agosto de 1896 (Alemania).
- Código Civil. Decreto ley 12.760 de 1975. 6 de agosto de 1975 (Bolivia).
- Código Civil de Cataluña. Ley 5 de 2006. 22 de junio de 2006 (España).
- Código Civil. Ley 59 de 1987. 12 de abril de 1988 (Cuba).
- Código Civil. Real decreto de 1889. 24 de julio de 1889 (España).
- Código Civil. Decreto ley 47.344 de 1966. 25 de noviembre de 1966 (Portugal).
- Código Civil. Decreto ley 295 de 1984. 24 de julio de 1984 (Perú).
- Código Civil Federal. 28 mayo, 14 julio y 31 agosto 1928 (México).
- Código Civil. 21 de marzo de 1804 (Francia).
- Código Civil. 16 de marzo de 1942 (Italia).
- Código Civil. 10 de diciembre 1907 (Suiza).
- Código Civil y Comercial de La Nación. Ley 26.994. 1 de octubre de 2014 (Argentina).

Ley de régimen de suelo y ordenación urbana. 12 de mayo de 1956. España. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1956-7013>.

Ley para fomentar la construcción de habitaciones y para regular los arrendamientos urbanos. 22 de junio de 1948. Portugal.

Ley sobre propiedad. 8 de febrero de 1951. Bulgaria.

Ley 8. Sobre régimen de suelo y ordenación urbana (2007). España. <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/05/28/8-23266/284>.

Ley 340. Código Civil de la Nación (1969). <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do;jsessionid=CE8D739ADBAAD3B76430382B4CA4BDDB?id=109481>.

Ley 14.159. Catastro Nacional (1952). <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/225000-229999/227217/norma.htm>.

Ordenanza Montils-les-Tours 1454.

# DONACIÓN ACEPTADA EN FORMA SOLIDARIA

Néstor Daniel Lamber

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Oferta y aceptación de donación en forma solidaria. 2.1. Modalidad de la oferta de donación para ser solidaria. 2.2. Aceptación solidaria, oferta de donación y gestión de negocios. 2.3. Aplicación a otros contratos a título gratuito. 3. Contrato de donación solidaria. 3.1. Derecho a no decrecer del donatario. 4. Título de propiedad causado en la donación solidaria. 4.1. Ratificación de la aceptación por otros donatarios solidarios y técnica de inscripción registral inmobiliaria

# 1. Introducción

## Emigración y soluciones jurídicas

La sociedad argentina ha visto en las últimas décadas la consolidación del fenómeno social de la emigración de sus habitantes, que provoca la separación de las familias y entre otras cuestiones la dificultad de reunir a sus miembros de modo presencial cuando los progenitores, radicados aún en el país, desean anticipar sus disposiciones de última voluntad en actos entre vivos como el contrato de donación.

Soluciones utilizadas hasta la reforma del Código Civil y Comercial en 2015, como la oferta de donación, se han vuelto insatisfactorias por la prohibición de ser aceptada después del fallecimiento del oferente; y el recurrir a poderes de representación otorgados en otros países se ven limitadas por falta de prestación de un servicio de documentos públicos o equivalentes en lugar cercano a la residencia del donatario, onerosidad de los mismos, situación personal en cuanto a las leyes de inmigración del país receptor, e incluso dificultades de interpretación en el futuro estudio de título sobre la forma del poder internacional, entre otras.

Estas circunstancias han llevado a jerarquizar y utilizar un antiguo instituto en materia de donaciones: la oferta y aceptación solidaria –ya regulada en el anterior Código Civil– subsistente en el nuevo ordenamiento del Derecho Privado nacional, en que basta que uno o algunos de los donatarios acepten la oferta solidaria para tener por formado el consentimiento, es decir, celebrado el contrato de donación. En consecuencia, al haber concluido la oferta por su aceptación, el donante no la puede retractar, ni siquiera con respecto a los donatarios que no hayan ratificado su voluntad de aceptar<sup>1</sup>, con la aceptación ya concretada por los demás donatarios solidarios.

---

1 Conf. Di Chiazza, Iván G., *Derecho Civil y Comercial. Contratos. Parte especial* (Dir. Rivera, Julio C. y Medina, Graciela, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1° ed., 1° reimpresión, p. 661: "... basta que uno de los donatarios acepte para que el donante no pueda revocar la donación, independientemente de lo que suceda con los otros beneficiarios... En consecuencia, cuando un beneficiario rechace su parte, por efecto de la solidaridad, la misma se conserva en cabeza de quienes la hubieran aceptado, ya que la solidaridad es por la totalidad del objeto; aceptada la oferta, por uno, ya el donante no podrá recuperar la cosa (ni siquiera en parte)".

## 2. Oferta y aceptación de donación en forma solidaria

### Formación del consentimiento

El art. 1547 CCyC regula la oferta conjunta de donación hecha en forma solidaria por el donante, y concluye que la aceptación de uno o algunos de los donatarios se aplica a la donación entera.

Prevé un supuesto excepcional a la formación del consentimiento por todas las partes del contrato en expresa disposición legal para apartarse del principio general en materia de contratos, pero debe notarse que guarda plena coherencia con el sistema jurídico en la necesaria remisión al régimen de la solidaridad de las obligaciones pasivas y activas del donante y donatarios, y el principio de estas establecido en el art. 829 CCyC: "cada uno de los codeudores solidarios, en la solidaridad pasiva, y cada uno de los acreedores en la solidaridad activa, representa a los demás en los actos que realiza como tal". La norma de donaciones tiene una lejana analogía con la formación del consentimiento previsto en el art. 977 CCyC al regular la aceptación de los contratos plurilaterales celebrados por varios oferentes y varios destinatarios, que requiere la manifestación de voluntad de todos, salvo que la convención o la ley autoricen a la mayoría para celebrarlo en nombre de los demás; esta es la lejana comparación que hace patente que la ley autoriza a uno o algunos donatarios a celebrar la donación en nombre de los demás.

La interpretación literal y contextual no indican que hay un reconocimiento legal de facultades de representación del donatario ausente al momento de la aceptación, que al manifestar posteriormente su voluntad estará ratificando la representación de la que habla el citado artículo en materia de solidaridad de la obligación, y guarda coherencia con los arts. 369 y 370 CCyC referidos a la ratificación de la representación voluntaria. El primero establece que la ratificación que en el futuro hará el donatario por quien otro donatario ha aceptado, suple el defecto de representación voluntaria (por ejemplo, falta de poder notarial previo para aceptar donaciones) y "la actuación se da por autorizada, con efecto retroactivo al día del acto". En tanto que el segundo determina que puede hacerse en cualquier momento, pero los interesados, en el caso los donatarios que aceptaron y los que ratificaron la donación solidaria hecha, pueden requerirla fijando un plazo no mayor de 15 días.

Las indicadas normas no hacen más que ratificar la clara norma del primer párrafo del art. 1547 CCyC, al decir que la aceptación de uno o algunos donatarios se aplica a toda la donación: se concluyen la etapas precontractuales, se forma el consentimiento y se celebra el contrato obligacional de donación, debiendo cumplir las formalidades especiales de este contrato: constar el consentimiento bajo la forma escritura pública en caso de tener por objeto bienes registrables (art. 1552 CCyC); o instrumento privado en los restantes objetos; o si el objeto es una cosa mueble no registrable (art. 1554 CCyC) en que basta con su entrega para acreditar la formación del consentimiento, situación que impide exteriorizar la situación jurídica de solidaridad si no se extiende una prueba por escrito de ella, es decir, el instrumento no es necesario para tener consentida la donación sino solo a los efectos de la prueba de la solidaridad.

## 2.1. Modalidad de la oferta de donación para ser solidaria

La regla es que la oferta sea mancomunada y no solidaria, es decir, cada uno aceptará su parte y no la de los demás, en que se forma el contrato con respecto a éste, y subsiste como oferta para los restantes no aceptantes. Las ofertas pueden ser formuladas en forma separada o en una oferta conjunta.

La oferta conjunta a varios destinatarios no se aparta del principio de la mancomunidad, que se debe entender por principio como varios actos jurídicos de oferta en un mismo instrumento, salvo que pueda interpretarse que fue hecha en forma solidaria. En la necesaria remisión a las obligaciones el art. 828 CCyC señala que "la solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o el título constitutivo de la obligación", la oferta y el contrato de donación. La norma supera las críticas a la enumeración que hacía su antecedente normativo, el art. 701 derogado: "Para que la obligación sea solidaria es necesario que en ella esté expresada la solidaridad en términos inequívocos, ya obligándose 'in solidum', o cada uno por el todo, o el uno por los otros, etcétera,..." reafirma que no requiere formas sacramentales, e incluso podría determinarse de la naturaleza de la obligación, pero al ser un régimen de excepción su interpretación siempre será restrictiva.

La importancia de la claridad de los términos en la técnica de redac-

ción es relevante, y es la voluntad del oferente donante, quien en este acto unilateral determina la solidaridad, salvo cuando se celebra el contrato de donación solidaria con aceptación y consentimiento inmediato por uno o algunos de los donatarios. Establecida la oferta de la donación de transmitir y entregar el bien en forma solidaria, la aceptación se regirá por las reglas de solidaridad activa de los acreedores. Los donatarios son acreedores con este especial carácter por la entrega y transmisión del bien por el donante.

El actual art. 1547 CCyC comienza bajo el título de "oferta conjunta", a diferencia de su antecedente normativo que no hace referencia a ésta y se inicia con la oferta hecha separadamente a varias personas. Si bien de la naturaleza de la oferta separada es que su aceptación sea mancomunada, en aras al principio de libertad contractual y no afectando normas de orden público, no hay impedimento legal para sostener que la oferta solidaria pueda ser otorgada en actos e instrumentos separados a cada donatario con la expresa y clara condición de la aceptación solidaria con las demás ofertas formuladas; con ello se satisface el requisito de ser inequívoco; y no ser la expresión en un único acto unilateral, con unidad instrumental como una condición de validez de la cláusula, más allá del título del actual texto legal.

El oferente debe establecer de modo inequívoco y expreso en la oferta de donación su carácter solidario, lo que determina sus especiales efectos y la aplicación subsidiaria de las normas en materia de obligaciones. Una vez aceptada, se dejan de aplicar las reglas de la oferta, y se rige por las normas del contrato y las obligaciones solidarias de las que es causa fuente.

## 2.2. Aceptación solidaria, oferta de donación y gestión de negocios

En el tema I de la 44° Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 2022 se concluyó: "V- Oferta de donación: habiéndose suprimido en el CCyC la posibilidad de aceptar *post mortem* las ofertas de donación otorgadas a partir del 1° de agosto de 2015, resultaron revitalizadas las donaciones solidarias, que pueden perfeccionarse con la sola aceptación de uno de los destinatarios de la oferta, pudiendo los restantes hacerlo a posteriori"; sin

embargo, debe notarse que esto apunta a un efecto práctico y parcial, y no debe perderse de vista que se trata de una figura diferente a la oferta de donación previa a la reforma<sup>2</sup> en la cual, una vez aceptada, el donante carece de derecho a retractarse de la oferta y al dominio a la cosa misma, ya que no se está ante una oferta sino a un contrato perfecto.

En sentido estricto, los demás aceptantes no tienen que aceptar posteriormente la donación, sino que deben ratificar la aceptación que por ellos hizo el o los aceptantes solidarios, quienes actuaron en nombre propio, en interés en parte propio y en parte ajeno, cuyo efecto legal propio de la figura es la representación jurídica, sujeta a la ratificación posterior por el interesado, por el régimen especial de esta modalidad de donación y obligaciones.

La situación puede encontrar alguna semejanza con la figura de la gestión de negocios, en que el donatario acepte para sí y para otra persona, de la que no tenga representación, pero que una vez aceptada la gestión por el beneficiario se rige por las normas del mandato<sup>3</sup>, y consecuente ratificación de representación que la confirme; pero no debe perderse de vista que es el oferente de la donación quien determina la solidaridad en su declaración de voluntad, la que debe ser inequívoca. No basta con la mera declaración del aceptante si del contrato no surge la intención de ser una oferta y donación solidaria, pero la situación fáctica es ante una oferta y aceptación –en parte en intereses propio y ajenos– surgen del mismo contrato donde el donante toma conocimiento y consiente que el dona-

---

2 Hemos explicado en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado* (Clusellas, Eduardo G. -Coord.-, Ed. Astrea-FEN, Bs. As., 2015, T. I, p. 26, que el actual Código Civil y Comercial ha incluido a la oferta de donación en el régimen general de la oferta contractual, a diferencia del instituto de la oferta de donación en el Código derogado que tenía un régimen diferenciado: "La oferta de donación en el Código derogado se diferenciaba de la oferta contractual en los siguientes aspectos: a. No le eran aplicables las normas de los arts. 1149 del Código derogado en cuanto su caducidad por incapacidad sobreviniente o muerte del oferente, pues el art. 1809 establecía que la capacidad del donante se juzga 'al momento en que la donación se prometió o entregó la cosa', siendo irrelevante su incapacidad sobreviniente, y el art. 1795 que el donatario podía aceptar aún después del fallecimiento del donante, existiendo obligación de los herederos de entregar la cosa donada, y tenía el donatario acción contra el donante o sus herederos (art. 1834). b. Tampoco era aplicable a la oferta de donación el art. 1150 derogado, por cuanto esta era esencialmente revocable (art. 1793 derogado) y pactarla irrevocable la desnaturalizaba y, además, en caso de fallecimiento del donante conculcaba la expresa prohibición del art. 1790 derogado".

3 Art. 1790 CCyC.

tario actúa de modo claro y expreso en interés ajeno, y a la vez dispone del total del bien sin reservas por las partes del ausente, parece estar en la previsión de la libertad de formas y expresiones no sacramentales para determinar que la solidaridad se presenta como inequívoca *a priori*.

La causa fin del acto parecería ser entonces ambigua, y no estar ante una gestión de negocios sino ante una verdadera donación solidaria, por error en la transmisión de la voluntad que no importa la nulidad del acto jurídico en tanto el art. 282 CCyC que establece que el acto jurídico es válido, aunque la causa expresada sea falsa si se funda en otra causa verdadera, con mayor razón cabe concluir su validez cuando fue erróneamente expresada o de modo ambiguo. Eficacia convalidatoria que se encuentra en el art. 384 CCyC cuando prevé la conversión del acto nulo en otro válido cuando el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad, siempre que el acto satisfaga los requisitos esenciales del acto válido, conlleva a sostener la donación solidaria en estos casos.

### 2.3. Aplicación a otros contratos a título gratuito

Las reglas de oferta y aceptación solidaria se aplican a los demás contratos a título gratuito por el principio de la subsidiariedad de las reglas de las donaciones a ellos establecido en el art. 1543 CCyC: entre ellos podrán pactarse cesión gratuita solidaria de herencia, de derechos gananciales por causa de fallecimiento, y de derechos en general<sup>4</sup>, en que se transmite la propiedad de todo derecho personal sobre bienes singulares o universalidades; o la transmisión gratuita a título de donación de los derechos reales de usufructo, uso o habitación<sup>5</sup>, entre otros.

## 3. Contrato de donación solidaria

El contrato de donación es consensual y de carácter obligacional, su obligación característica para el donante es la prestación de transmitir y entregar la cosa o bien donado, salvo el excepcional supuesto de la donación de cosa mueble no registrable y títulos al portador que re-

4 Conf. arts. 1614 y 2391 CCyC.

5 Conf. arts. 2142, 2155 y 2159 CCyC.

quieren la tradición del objeto donado al momento de su celebración.

La donación solidaria aceptada por uno o alguno de los donatarios tiene como consecuencia inmediata que los donatarios son acreedores en forma solidaria de la prestación a que el donante les entregue la cosa y les otorgue el título traslativo del derecho de dominio, si no lo hiciera en el mismo acto e instrumento.

Cualquiera de los donatarios podrá demandar la entrega de la cosa, y en su caso la escrituración de un inmueble, o de cuotas sociales cuando deban llevar tal forma por accesoriadad instrumental, o la suscripción de formulario 08 para la inscripción de la transmisión dominial del vehículo en el Registro Nacional de la Propiedad Automotor, entre otros, si solo se hubiere otorgado el contrato obligacional por escritura pública cumpliendo la exigencia del art. 1552 CCyC, en consecuencia, cualquiera de los acreedores solidarios (donatarios) puede reclamar al deudor (donante) la totalidad de la obligación (conf. art. 844 CCyC), por ejemplo suscripción del citado formulario 08 para la transmisión del vehículo automotor.

Así como la aceptación de uno lo es por la donación toda, la obligación de entrega de la cosa donada se extingue cuando uno de los acreedores solidarios (donatario) la recibe conforme la regla del art. 846 inc. a) CCyC, al igual que la de otorgar el correspondiente título traslativo según la naturaleza del bien donado, sin perjuicio del derecho de participación que conservan los demás donatarios que no ratificaron la donación, conforme la regla del art. 847 inc. a) CCyC, concordante con la interpretación *contrario sensu* del segundo párrafo del art. 1546 CCyC: cuando los restantes donatarios solidarios ratifican su aceptación se les debe reconocer su parte en el objeto donado.

### 3.1. Derecho a no decrecer del donatario

La segunda parte del art. 1547 CCyC despeja toda duda sobre el efecto de la obligación de entrega del bien y su transmisión al establecer que "si la aceptación de unos se hace imposible por su muerte, o por revocación del donante respecto de ellos, la donación entera se debe aplicar a los que la aceptaron".

El donatario que manifestó o ratificó su voluntad de aceptar es el titular del dominio del bien, y antes de su entrega, del derecho a que se le entregue la cosa. El donante deja de ser propietario y el dominio del bien se transfiere al patrimonio del o los donatarios que conformaron el consentimiento del contrato. La incapacidad posterior del donante o su fallecimiento dejan de ser relevantes en el caso, por ya no ser aplicables la reglas la oferta, sino las del contrato celebrado.

Los que no ratificaron la aceptación en su interés pueden perder el derecho a titularizar el bien donado en caso de su fallecimiento, dado que mientras no lo hagan no estará en su patrimonio sino en el de los demás donatarios aceptantes, y no se puede establecer en el caso un derecho de atribución por sustitución vulgar como en materia testamentaria o en el beneficio de un fideicomiso, normas excepcionales para los actos entre vivos. Del mismo modo lo perderá si, intimado a ratificar la aceptación hecha en su representación, no lo hace conforme el citado art. 370 CCyC, o no lo hace antes de los 10 años de la celebración de la donación en que los demás donatarios aceptantes pasarán a tener el dominio perfecto, caducando la condición resolutoria legal en la parte de quien no ratificara su aceptación<sup>6</sup>.

Los aceptantes también perfeccionarán su dominio del total del bien, si el donante revoca la donación a ese donatario que no ha ratificado su aceptación, en los términos del art. 1569 y concordante del Código Civil y Comercial de la Nación, en que promovida la acción judicial respectiva la sentencia resultante ya no puede ordenar la restitución al donante, quien se ha obligado con los aceptantes a entregarles el bien por el título de donación ya celebrado.

Rubén A. Lamber con respecto al anterior art. 1794 del Código Civil –directa fuente de la norma actual– concluía: “Dado que la solidaridad es por la totalidad del objeto, aceptado por uno, ya el donante no podrá recuperar la cosa, ni por el todo, ni en parte<sup>7</sup>”; por lo expuesto, se establece que queda bajo la titularidad de los donatarios que ya la tienen, pero ya no como un dominio imperfecto, sino con la plenitud de sus facultades. La revocación de donación se distingue de la retractación

---

6 Conf. art. 1965 CCyC.

7 Lamber, Rubén Augusto, *Donaciones*, Ed. Astrea, Bs. As., 2008, p. 101.

de la oferta por mera voluntad del oferente que solo puede ser ejercida durante la vigencia de la misma, la cual ya ha concluido desde el día de la aceptación, de allí el acierto de la terminología del Código Civil y Comercial al indicar la revocación de la donación como causal de perfección del dominio de los donatarios aceptantes.

Los donatarios aceptantes reciben todo el bien por la solidaridad de la oferta, claro que por su parte el condominio perfecto, pero imperfecto por la de los demás hasta que ratifiquen o no su aceptación, pero tiene vocación a todo el bien desde la celebración del contrato.

El Código Civil anterior, además de establecer la solidaridad de la oferta, preveía el derecho de acrecer en la oferta conjunta cuando era expresamente pactado –lo que no tuvo recepción en la reforma–, lo que motivó las explicaciones para diferenciar el derecho de no decrecer por la solidaridad del derecho de acrecer por expresa convención, como explicaba Machado al decir con respecto a la oferta conjunta solidaria: “los que la aceptaron lo hicieron por la totalidad de la cosa donada, y su derecho no disminuye porque los otros no puedan hacerlo”<sup>8</sup>. El aceptante tiene el derecho con vocación al todo desde la celebración, y la revocación o negativa u omisión de los restantes a recibir su parte no priva al donatario aceptante de esta prerrogativa jurídica que ya tiene en su patrimonio; no es que acrezca su parte, sino que ya es propietario del bien. Esta solución es concordante con la opinión de Vélez Sarsfield en la nota al art. 3810 del Código derogado, en que se lee negando el derecho de acrecer en la donación como lo hace el actual Código Civil y Comercial: “Si ellos no han sido aceptados, no hay contrato ni donación; la disposición queda sin efecto, y por lo tanto no puede servir como base al derecho de acrecer. Si la donación ha sido aceptada, tampoco puede haber derecho de acrecer, porque la cosa pasa a los herederos del aceptante. Sin embargo, si resultase formalmente de los términos de la donación, que ella es hecha *in solidum* a cada uno de los donatarios, la no aceptación de uno no podría dañar al otro, puesto que el aceptante habría aceptado por el todo, no por el derecho de acrecer, sino por lo que se llama *jus non decrecendi*”.

---

8 Machado, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Lajouane, Bs. As., 1899, T. V, p. 19.

## 4. Título de propiedad causado en la donación solidaria

### Dominio perfecto e imperfecto

El título del donatario solidario aceptante dependerá de la naturaleza del objeto donado, que en caso de ser inmuebles o bienes muebles registrables requerirá que sea otorgado bajo la forma escritura pública, tanto la oferta como la aceptación, que de ser en momento posterior deberá estar vigente la oferta en los contratos entre ausentes. La donación solidaria entre presentes deberá cumplir esta forma legal para los objetos indicados para ser válida como contrato obligacional, pero si además se pretende que constituya el título traslativo del derecho real, deberá cumplir los requisitos previos y posteriores para su inscripción en el registro según la naturaleza del bien.

La escritura pública de donación solidaria de inmuebles, con la aceptación de uno o algunos de los donatarios, y que a la vez constituya el título del derecho real por esta causa, deberá cumplir con todos los trámites preescriturarios para su inscripción a nombre solo de los aceptantes y no de los que no ratifiquen su aceptación:

- a) solicitar los certificados registrales con reserva de retropropiidad,
- b) solicitar certificación catastral y previo estado parcelario o su subsistencia cuando lo exija la legislación local,
- c) solicitar las certificaciones administrativas y de libre deuda de impuesto inmobiliario y tasa municipal y, en su caso, servicios de agua, expensas, entre otros;
- d) referencia de antecedentes del derecho a transmitir.

La toma de razón en el registro inmobiliario del respectivo primer o ulterior testimonio de la escritura pública de donación solidaria se hará solo con relación al o los donatarios aceptantes<sup>9</sup>, debiendo quedar

---

9 Conf. Congreso Nacional de Derecho Registral 2023, T. I, conclusión IV.a): "La donación solidaria implica que el donatario que acepte perfecciona el dominio por el todo, quedando el donante desplazado de la titularidad, sin perjuicio de que esta se modifique a medida que los demás donatarios vayan aceptando" (unanimidad).

anoticiado el carácter solidario<sup>10</sup> y la existencia de los demás donatarios que no expresaron su aceptación.

El o los donatarios aceptantes tiene un dominio perfecto hasta el límite de la parte indivisa que se les dona en interés propio, pero además convive con un dominio imperfecto que tienen por el exceso de partes indivisas por la participación de los restantes no aceptantes, titularizan por ellos con el derecho de no decrecer, que importa que si no llegan a ratificar la donación los restantes, pasarán a conservar esa titularidad de participación excedente ya no en interés de otros sino propio, consolidando el condominio pleno y perfecto sobre ellas.

La norma presenta un supuesto de condición resolutoria legal de estas partes indivisas, que se regirá por los principios generales del dominio revocable, en particular su perfección si a los 10 años no se cumple el hecho de la resolución: que el o los otros donatarios no lleguen a ratificar la aceptación que se hizo por ellos, y el dominio quedará definitivamente establecido por los que hubieren aceptado o ratificado su aceptación.

El plazo legal de diez años puede acortarse por ser de libre autonomía de la voluntad y la remisión a la expresa previsión legal de exigir el donatario representado, intimándolo a que lo haga en un plazo no mayor a 15 días (art. 370 CCyC). El oferente puede fijar convencionalmente un plazo menor, estableciendo el donante el domicilio en el cual notificar la intimación, lo que da una herramienta jurídica adicional al donatario para consolidar el dominio antes del plazo legal<sup>11</sup>.

La falta de ratificación de aceptación por uno de los donatarios solidarios, a la vez heredero legitimario del donante/causante, llevará al ejercicio de las acciones de protección de la legítima en momento oportuno. Si el donatario aceptante también es un descendiente o cónyuge del donante, será de aplicación la reforma de la ley 27.587 al art. 2386 CCyC en que el título del inmueble no será observable aun cuando

10 Conf. Congreso Nacional de Derecho Registral 2023, T. I, conclusión IV.b): "dado que la donación a varias personas no se presume solidaria, tal carácter debe constar de manera expresa en el título, situación que debe ser rogada y publicitada" (unanimidad).

11 Conf. 44° Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 2022, T. I: concluyó con respecto a la donación solidaria: "V- Resulta recomendable el establecimiento de un plazo para la aceptación".

afecte la porción disponible del donatario no aceptante, quien carece de acción con efectos reipersecutorios al bien donado, y es titular de un crédito en dinero contra el donatario aceptante, haya o no dispuesto el bien donado por cualquier título. En la colación de toda atribución gratuita que exceda la porción disponible más la legítima, aun cuando haya dispensa de colación o mejora, debe compensarse la diferencia en dinero. En cambio, si el donatario solidario aceptante no es un descendiente o cónyuge del donante, y sí lo es el no aceptante, éste tendrá la acción de reducción, que solo cede su eficacia reipersecutoria:

- a) una vez transcurridos 10 años de la celebración de la donación, o
- b) si se han transmitido o constituido derechos reales a un tercero, y éste adquiere a título oneroso y es de buena fe.

La falta de ratificación del o los restantes donatarios solidarios provoca que se tenga la donación como si desde el inicio siempre hubiera sido hecha a los aceptantes. La solidaridad en materia de donaciones la establece el donante porque su *animus donandi* tiene como razón categórica que el fin es donarle a todos, pero si no aceptan todos, solo lo será a los aceptantes. El donante desde la celebración establece que no recuperará el dominio y lo diferencia claramente del fin de la donación ordinaria o mancomunada, que se hace en partes.

La técnica notarial para dar publicidad registral, *erga omnes*, a esta consolidación del dominio perfecto, no es el otorgamiento de una nueva escritura pública de contenido negocial (título) en que las partes reiteren voluntad, la que ya fue dada al momento de celebración de la donación solidaria con la finalidad indicada, y solo resta acreditar el no cumplimiento de la ratificación por los aceptantes en el plazo legal o convención establecido. Corresponde una escritura pública-acta, complementaria de la escritura pública que constituye el título traslativo de donación solidaria ya inscripto, que dé cuenta del cumplimiento de la condición: hecho de no ratificación. El objeto de la escritura complementaria es un hecho que puede ser requerido por cualquier interesado, y no se deben acreditar elementos de legitimación sustancial de la donación que ya se cumplieron al momento de su originaria celebración y toma de razón. Esta consolidación del dominio que ya tiene se otorga al solo efecto de dar publicidad a terceros de la perfección del dominio previamente adquirido, y no requiere certificaciones con

reserva de retroprioridad, ni las exigencias catastrales ni administrativas ni de liberación de deudas tributarias al continuar el mismo titular dominial. El informe de dominio es de buena diligencia como un elemento probatorio de la inexistencia de ratificación de aceptación por los restantes donatarios del contrato.

Esta escritura tendrá vocación registral, como anotación marginal, que dará cuenta del cese del estado imperfecto de parte del dominio, de modo análogo a la previsión de la restitución del dominio revocable en la previsión de la parte final del art. 1968 CCyC.

La inscripción de esta escritura no será necesaria cuando el derecho de dominio o condominio se perfeccione por el transcurso del plazo legal o convencional.

#### 4.1. Ratificación de la aceptación por otros donatarios solidarios y técnica de inscripción registral inmobiliaria

El donatario solidario que no aceptó debe ratificar su voluntad de ser copropietario por este título causal bajo la forma jurídica que corresponda para la transmisión del bien según su naturaleza. Nadie puede ser obligado a adquirir bienes, y la actuación de los restantes por cuenta propia, pero en interés del no aceptante, requiere este nuevo acto formal. Señalamos que es la misma ley la que asigna a la actuación de un acreedor solidario –como lo es el donatario– el hacerlo en representación de los demás, por lo cual esta manda legal deviene en representación voluntaria cuando el interesado ratifica esta actuación en su representación con efectos retroactivos al momento de la celebración del acto.

La aceptación de la donación por uno o algunos de los donatarios es un hecho consumado, el donante no puede retractarse de la oferta y el bien donado no le será restituido al donante. El que no manifestó su voluntad de aceptar en legal forma, no tiene que aceptar la oferta que ha dejado de ser tal, sino que vendrá a ratificar la aceptación ya hecha en su interés, y de este modo efectivizar su derecho a recibir su participación entre los acreedores activos<sup>12</sup> (donatarios), al adquirir la parte indivisa que el donante ha expresado querer donarle.

---

12 Art. 847 inc. a CCyC.

La ratificación de voluntad de aceptación solidaria en donaciones de inmuebles requiere la forma escritura pública por modificar la titularidad del derecho real y también cambia el estado de imperfección del dominio del o los previos aceptantes. Se está ante una escritura pública en sentido estricto unilateral, cuyo objeto es un acto jurídico con esta necesaria expresión volitiva de ratificar la donación solidaria previamente consumada, que tiene vocación registral, y debe ser otorgada por el donatario ratificante o su representante legal o voluntario.

La ratificación importa que adquiere su parte indivisa, con el correlativo decrecimiento del o los que previamente aceptaron o ratificaron, y de ser el último pendiente de ratificar la donación, el condominio quedará definitivamente establecido del modo expresado por el donante, de modo perfecto en todas sus partes indivisas. El ratificante adquiere partes indivisas del donante con efecto retroactivo al momento de otorgarse la donación.

En caso de que el ratificante lo haga aún pendientes otra u otras ratificaciones, su ratificación importa que él recibirá una parte indivisa con vocación al todo al igual que los demás previamente aceptantes y ratificantes, siendo un condominio perfecto en la parte indivisa asignada por el causante e imperfecto por las restantes.

Por ejemplo, si el donante dona solidariamente un inmueble a sus tres hijos en partes iguales con aceptación de uno solo, se concluye el contrato de donación, y el que aceptó titulariza el total del dominio, claro que perfecto en un tercio e imperfecto por los restantes dos tercios. Esta situación del derecho real perfecto e imperfecto en parte debe tener reflejo registral, y su técnica más sencilla parece ser la nota de aceptación en forma solidaria para sí y para los restantes donatarios, de modo análogo a la gestión de negocios en la compraventa inmobiliaria.

Al otorgar el segundo donatario su ratificación de aceptación, es decir, de la donación solidaria misma, por su vocación al todo y su derecho a no decrecer, recibirá una parte igual al no aceptante, porque el *animus donandi* contiene la previsión de la propia ley que, si el tercer donatario no acepta, el segundo tiene el mismo derecho que el primero en la participación. Adquiere una mitad a parte indivisa, y el primer aceptante decrece solo hasta una mitad a parte indivisa del bien. Cada dona-

tario aceptante tendrá un dominio perfecto por un tercio (dos sextas avas partes indivisas) e imperfecto por una sexta avas partes indivisas. Esta escritura pública de ratificación será complementaria del título de propiedad y tendrá vocación registral al solo efecto de su oponibilidad. Su inscripción provocará un nuevo asiento en el rubro titularidad, manteniendo la nota de la aceptación en forma solidaria.

Por último, cuando el tercer donatario solidario otorgue la escritura de ratificación por su parte indivisa, recibirá su participación de una tercera avas partes indivisas, y los dos anteriores (aceptante y primer ratificante) decrecerán su parte indivisa a una tercera avas partes indivisas cada uno, y el condominio quedará definitivamente establecido con carácter perfecto para todas las partes indivisas adquiridas. Como en el caso anterior, tendrá vocación registral.

La ratificación de la donación solidaria hecha por los posteriores donatarios no importa una nueva donación; el dominio ya se transmitió del patrimonio del donante al donatario aceptante, pero éste lo recibe en parte perfecto en su interés y parte imperfecto para los demás donatarios, que ratificarán el contrato con posterioridad. La causa de la adquisición de la parte indivisa por el ratificante posterior es la donación que le hizo el donante, y el donatario aceptante no debe hacer una nueva transmisión de partes indivisas al donatario ratificante de la aceptación, sino que éste ejerce su derecho de participación en la prestación a que se obligó el donante mediante la titularización de las partes indivisas. A diferencia del dominio fiduciario, los donatarios solidarios que aceptaron no adquieren parte del condominio para transferir al otro, dado que si él no ratifica el dominio queda para ellos, situación que tiene vedada el fiduciario. El primer aceptante adquiere su parte indivisa y, a la postre, de no ratificar el contrato los demás, perfecciona el dominio (o condominio) de las restantes partes indivisas. Desde el inicio adquiere para sí, con la condición legal de poder decrecer, pero no requiere que otorgue transferencia alguna al ratificante, de allí que la ratificación de la aceptación por cada uno de los demás donatarios solidarios es un acto unilateral.

En los bienes registrables, tal situación de dominio imperfecto debe surgir de los asientos registrales, y con ello la oponibilidad *erga omnes* de este derecho a la participación de los restantes donatarios solida-

rios oponible a terceros. La toma de razón de esta anotación de solidaridad pendiente de ratificación de partes indivisas conlleva la prioridad frente a otras anotaciones, como sería una medida cautelar de embargo por la titularidad del primer aceptante, que en caso de ratificar los demás decrecerá la participación en el asiento de la garantía del deudor embargado y la ejecución del acreedor. En este sentido se sostuvo en la conclusión por unanimidad del tema I del Congreso Nacional de Derecho Registral del año 2023, celebrado en San Luis: "...IV-Donaciones solidarias... e) Si ingresara una medida cautelar respecto del donatario titular del dominio existiendo otros donatarios pendientes de aceptación, debe tomarse razón de la misma e informar al Juzgado la situación jurídica del bien".

El acreedor embargante asentará la cautelar sobre un dominio en parte imperfecto, y su ejecución no puede crear un derecho mayor al que tenía el deudor (donatario aceptante), y aún adquirido por un tercero en subasta judicial, el comprador recibirá este derecho sujeto a la posibilidad de decrecimiento si los restantes donatarios ratifican. El deudor embargado o ejecutado recibe el bien del donante, al igual que los ratificantes posteriores y, en consecuencia, carecerán de causa traslativa las partes indivisas que exceden la participación del primer aceptante cuando las restantes las toman, es decir, devienen ajenas para el primero, aun cuando haya sido objeto de embargo y enajenación forzosa.

Las escrituras públicas de ratificación no requerirán para su toma de razón certificados en los términos del art. 23 de la ley 17.801, ni de inhibiciones por el donante que ya transmitió, ni del donatario aceptante, que nada transmite. Tampoco será necesario certificado de dominio con reserva de retroprioridad por adquirir directamente del donante, quien ya abandonó su posición jurídica de *dominus*, incluso en los asientos registrales, y se solicitó el correspondiente certificado de dominio oportunamente al momento de la donación, a la que la ratificación tiene efecto retroactivo. Solo será de buena técnica del notario autorizante solicitar un informe de dominio que dé cuenta del asiento de la anotación de la solidaridad para la aceptación que habilite el tracto registral para esta titularización de partes indivisas.



ESPECIAL PARA REVISTA NOTARIAL

# ASPECTOS PRAGMÁTICOS DE CAPACITACIÓN Y EJERCICIO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

José M. R. Orelle

SUMARIO: Introducción. Capítulo primero. Plan sistematizado de aprendizaje. Capítulo segundo. Pasos metodológicos sistematizados. Capítulo tercero. Cómo aprovechar las exposiciones de docentes. Capítulo cuarto. La especialidad de la interpretación notarial

## Introducción

Tradicionalmente, se considera que la capacitación notarial se basa en la asistencia regular a cursos, exposiciones, talleres. Esta tendencia pareciera partir de dos premisas:

- a. Que el ejercicio de la función notarial solo requiere la adquisición de conocimientos intelectuales sobre los temas en los cuales recae dicho ejercicio.
- b. Que los aspectos pragmáticos del ejercicio son temas que por sus características no generan problemas importantes, que sin duda alguna son plenamente dominados por quienes ejercen, sin necesidad de dedicarles esfuerzo alguno.

Mi experiencia en el ejercicio profesional, que además ha sido enriquecida por un ejercicio de introspección sobre el modo en el cual se desarrollan los actos notariales<sup>1</sup> y la dedicación a la docencia, me ha persuadido sobre la identidad e importancia de ambas dimensiones del tema.

Debido a ello, el presente trabajo constituye un primer esbozo sobre una manera sistematizada de desarrollar capacitaciones que garantice un mejor aprovechamiento del esfuerzo que cada profesional dedica al aprendizaje y al ejercicio profesional.

No ignoro que el estudio de los aspectos pragmáticos requerirá –al menos en mi opinión sobre su trascendencia– una gran amplitud, extensión y profundización de estudios, pero al menos aspiro a que estas iniciales líneas de avance sirvan de estímulo para quienes compartan la convicción expuesta.

## Capítulo primero Plan sistematizado de aprendizaje

Como toda tarea humana, se obtienen mejores resultados si se organiza previamente de un modo técnico. Mi propuesta en este capítulo es la conveniencia de partir de un conjunto de pilares conceptuales que facilitan de modo extraordinario el dominio de los temas notariales.

---

1 Remito a la descripción de las etapas de dicho acto notarial en mi obra Orelle, José M. R., *Actos e Instrumentos Notariales*, La Ley, 2008, p. 139 y sgts.

## A. Estructuras o marcos conceptuales generales aplicables a todos los temas

### 1. *Nociones básicas sobre Teoría del Conocimiento*

Uno de los riesgos más frecuentes que se observan en la práctica jurídica notarial, es la pretensión "ultrapositivista" de los textos jurídicos, pretendiendo, bajo el objetivo de la seguridad, que todo enfoque quede comprendido lo más claramente posible en los significados de los vocablos de los textos legales, ya sea del Código o de cualquier otra normativa.

Para corregir esta apreciación a todas luces errónea, es imprescindible la comprensión de las características del conocimiento humano (en general) y del conocimiento jurídico (especialmente) para aprehender las posibilidades gnoseológicas reales de la captación de aquello que llamamos "verdad" respecto a los temas jurídicos. Me apresuro a expresar que solo propongo una aproximación genérica, con la finalidad de captar los puntos esenciales del tema, ya que el estudio profundizado excede largamente los propósitos de esta propuesta.

Más allá de la muy nutrida bibliografía sobre el tema, recomiendo personalmente las obras de los siguientes autores: Hessen<sup>2</sup>, Atienza<sup>3</sup>, Grajales y Negri<sup>4</sup>. Estas obras permiten comprender con suficiente claridad las relaciones entre la realidad de la convivencia humana, las diversas reglas que la cultura ha generado, el rol del lenguaje y las limitaciones propias de los conceptos, de las teorías, entre las cuales se destaca la inutilidad de la aspiración a encontrar la "verdadera naturaleza jurídica" de la conducta humana<sup>5</sup>.

---

2 Hessen, Johannes, *Teoría del conocimiento*, 1er ed., Losada, Buenos Aires, 2006.

3 Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013.

4 Grajales, Amós Arturo y Negri, Nicolás, "Argumentación jurídica", Editorial Astrea, Buenos Aires, 2014.

5 Sobre estos puntos específicos es imprescindible consultar los trabajos de Guibourg, Ricardo, *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Colihue, Universidad, Filosofía, Buenos Aires, 2006. Carrio, Genaro, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 5ta ed., Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2006.

## 2. La Teoría General de los Actos Jurídicos

Toda acción humana queda encuadrada en esta teoría, por lo cual su utilidad es inmediatamente apreciable para quien pretende interpretar actos y negocios jurídicos. Es un marco conceptual imprescindible para la comprensión del accionar humano, cualquiera sea su plano de consideración: civil, penal, administrativo en cualquiera de sus ramas. Describe sus elementos, o sea:

- Los sujetos (con su gran variedad de características individuales).
- Sus finalidades (que aspiran o pretenden).
- El proceso psíquico en el cual se desarrollan las etapas de estímulo, reacción emocional, evaluación racional, decisión, planificación.
- La etapa de exteriorización de dicha planificación, o sea lo que se denomina tradicionalmente como "forma" y que en mi caso denomino acciones, o sea movimientos psicofísicos mediante los cuales cada sujeto procura obtener el o los resultados que ha planificado conseguir.
- La etapa de la generación de actos unilaterales, o de consentimiento en actos multilaterales.
- La etapa de "fijación material" de lo acordado, o sea la acción de instrumentar.
- La obtención de los instrumentos, o sea el elemento material en el cual se ha fijado lo sucedido o realizado.

El dominio de esta estructura conceptual (que solo se obtiene mediante la reflexión permanente y constante, no solo por lecturas ocasionales) es esencial, ya que permite ubicar con precisión técnica el punto que cada intérprete aspira a comprender, objetivo que se consigue mediante dicho dominio<sup>6</sup>.

## 3. La función notarial y su esencia (seguridad)

Al ingresar al mundo de "lo notarial" todos percibimos una curiosa mezcla del tema que surge de la permanente oscilación entre lo profesional y la "fe pública". Coloco entre comillas "fe pública" porque se lo remarca como la nota distintiva de aquello que ejercemos. La armoni-

---

6 He trabajado este tema con especial referencia para el ejercicio de la Función Notarial en mi obra Orelle, José M. R., *Teoría General de las Formas y Solemnidades Jurídicas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2022.

zación técnica del tema es claramente explicable (como desarrollaré más adelante) pero es llamativo todavía hoy que no se haya difundido con suficiente intensidad en los medios forenses, y aun internamente en el notariado, dicho encuadre técnico doctrinario.

Paso a describir el encuadre técnico que clarifica el tema que surge de precisos conceptos propios del Derecho Administrativo, por una parte, y de conceptos de Derecho Privado que los integra.

El pilar básico lo constituye el concepto de funciones públicas, que a su vez forma parte de la siguiente estructura que he detallado en obra anterior<sup>7</sup>.

- a. Las funciones públicas derivan como instituciones descentralizadas de la división republicana de un Poder Central Originario, en tres ramas tradicionales: Poder Legislativo, Judicial, Administrativo.
- b. Cada una de dichas ramas se descentraliza en tantas funciones como necesidades sociales existen, para abastecer a los ciudadanos.
- c. Dichas funciones se atribuyen a órganos impersonales (Congreso, juzgados, registros de diversa índole: notariales, registrales, administrativos).
- d. Las funciones son desempeñadas por agentes públicos, que son seleccionados por su idoneidad moral, conocimientos técnicos especializados, son investidos de modo oficial, y permanentemente auditados en el ejercicio profesional.
- e. Además, deben proceder conforme minuciosos procedimientos obligatorios para asegurar homogeneidad, transparencia, legalidad y garantías.

Basándome en dichos principios, he propuesto la siguiente definición:

“Función Notarial es la que ejerce un órgano auditado regularmente, cuya competencia es la realización eficaz de actos determinados legislativamente, mediante la actuación de un agente con idoneidad técnica y moral, que, interviniendo imparcialmente, escucha, indaga y se interioriza personalmente del acto, asesora, configura e interviene co-actuando con los requirentes y que documenta lo percibido conforme solemnidades

---

7 Orelle, José M. R., *Actos e Instrumentos Notariales*, La Ley, 2008, p. 46.

rigurosamente establecidas por ley, resultando un instrumento oficial o público según los casos, que es resguardado y archivado conforme a Derecho”.

Esta descripción técnica reviste esencial importancia, ya que permite corregir descripciones reduccionistas como las referidas al comienzo (los escribanos “dan fe pública” o “hacen escrituras”). La versión precisa, que además muestra la esencia protectora de la función es: los escribanos acompañan a los ciudadanos en los actos que ellos deciden realizar, para proteger su validez, legalidad, eficacia, oponibilidad y prueba, mediante operaciones técnicas que desarrollan previas a los actos, durante su desarrollo guiando y controlando, aplicando la acción de instrumentar con importantes recaudos garantistas, y guardando instrumentos matrices que conservan, ordenan y resguardan para su acceso a quienes están legitimados para ello. La esencia es dicho “acompañamiento” protector. Las demás notas, fe pública, escrituras, son notas derivadas del conjunto de operaciones protectoras.

#### **4. Los riesgos generales de los actos jurídicos**

El ejercicio de la autonomía privada, como principio general de libre desenvolvimiento por parte de los ciudadanos, con la contrapartida de la obligación de aplicar recaudos para su celebración (diligencia debida). Para la gran mayoría de dichos actos, basta con dicho principio general. Pero para ciertos actos, por su trascendencia, que excede los intereses de los contratantes y se proyecta sobre la sociedad, el Derecho ha elaborado a través de los siglos, y para los ordenamientos jurídicos preventivos, la intervención de agentes públicos para resguardarlos (matrimonio, acciones en defensa de sus derechos, actos no onerosos, constitución de derechos reales, testamentos, etc.). Esta protección es para evitar o al menos disminuir los riesgos que afecten a los actos, y que devienen de la complejidad del accionar humano. Algunos de los más importantes son:

- a. Ausencia de capacidad o de discernimiento.
- b. No comprobarse la identidad de los intervinientes.
- c. Falta de titularidad de los derechos a ser transmitidos (falta de legitimación).
- d. Expresiones de voluntad de modo ambiguo, confuso, sin los requisitos necesarios.

- e. Actuar de modo irreflexivo, atropellado.
- f. Equivocarse por falta de información.
- g. Actuar bajo presión, sea por presiones internas (estado de necesidad, vulnerabilidad por edad, o estado de salud) o externas (ataque, amenazas).
- h. Quedar sometidos a aprovechamientos para obtener beneficios ilegales mediante engaños.
- i. Daños por circunstancias previsibles.
- j. No aplicar operaciones jurídicas protectoras de la expresión de voluntad (testigos, traductores para el caso de quien no conoce el idioma), expresar la voluntad por escrito para obligar a una mayor reflexión (testamentos ológrafos, algunos contratos).
- k. No instrumentar lo pactado, lo cual pone en riesgo no solo la prueba, sino el poder consultar lo convenido, no asegurarse de la redacción necesaria, de la obtención de ejemplares.
- l. En caso de realizarse instrumentos, no cerciorarse del grado de conocimiento necesario, de la redacción técnica, de los ingredientes, tipo de sede material, legibilidad, recaudos que disminuyan las adulteraciones (formato), permanencia, del control antes de firmar, lugar de la firma, que los firmantes suscriban de modo simultáneo.

## **5. El acto notarial**

### **A. Acto compuesto**

En la obra citada anteriormente<sup>8</sup> esgrimí la tesis de que el acto notarial es un acto compuesto y complejo. Fundamenté que dicha propuesta surge de la integración de un acto privado (el de los ciudadanos: por ejemplo, compraventa inmobiliaria, permuta, donación) y un acto público: el acto notarial en su faz estricta, o sea el conjunto de operaciones jurídicas que el escribano debe desarrollar.

Advertí que esta integración compuesta no es exclusiva del ámbito notarial: en el acto judicial (desarrollo del proceso) también el magistrado interviene para componer intereses particulares dañados, y el

---

8 Orelle, José M. R., *Actos e instrumentos notariales*, La Ley, 2008, p. 89.

oficial encargado del acto matrimonial integra la decisión privada de los contrayentes con el ejercicio de su imperio legalizador. Me ocupé de señalar que el concepto de acto compuesto no se explica como una mera descripción de independencia de cada uno. La suma genera un solo acto con matices que se integran, se fusionan, se retroalimentan.

La consecuencia de esta característica, que tiene relevante trascendencia para este estudio, es que algunos elementos del acto se rigen por el Derecho Privado, y otros elementos por el Derecho Público.

Por ejemplo: en el caso de la compraventa inmobiliaria, lo previo y regido por el Derecho Privado es:

- a. La voluntad de uno de ellos de vender un inmueble, y del otro de comprarlo y adquirirlo.
- b. El objeto del acto para el vendedor es obtener el precio, la del comprador de obtener el inmueble.
- c. La causa fuente para ambos es arribar al consentimiento contractual, generador de las obligaciones recíprocas.
- d. La causa fin o motivo individual subjetivo, variable, personal, podrá ser para el vendedor obtener dinero para mudarse al exterior, y para el comprador vivir cerca del lugar donde trabaja.

Estos elementos jurídicos (voluntad, objeto, causa fuente, causa fin) son previos a la intervención notarial, se rigen por la autonomía de la voluntad.

El Derecho Público se aplica en lo relativo al accionar del escribano. El Orden Público se aplica con plena intensidad para proteger al ciudadano en actos seleccionados por las leyes por su trascendencia superior al interés privado.

Cuando concurren los contratantes al escribano, le exponen el negocio que han concertado, el escribano lo audita, califica que los presupuestos y elementos se hayan reunido: libertad, autonomía, discernimiento, razonable veracidad conforme el modo de actuar de las partes, comprensión de las consecuencias, de los recursos que son necesarios, y procede a desarrollar numerosas operaciones jurídicas que describiré en el próximo punto. El escribano no interviene libremente: su accionar está minuciosamente reglado por pautas rígidas, impuestas por el procedimiento notarial.

Esta convergencia de normativas, una vez descriptos los campos internos del acto compuesto, surge –en mi opinión– con claridad conceptual. También se evidencia que esta integración tiene un sólido fundamento: la especial protección de ciertos actos por parte del Estado.

#### *B. Acto. Procedimiento*

Denomino al acto notarial como procedimiento para exhibir la magnitud de su regulación. Los actos procedimentales son la regla general de los actos públicos y sus características se han creado para disminuir riesgos, para dotarlos de homogeneidad, legalidad, transparencia, tecnicismo, validez y eficacia. Sería extremadamente peligroso que el ejercicio de las funciones públicas quedase al arbitrio de cada agente. El acto notarial se desarrolla en fases:

##### *-Primera fase. Requerimiento*

En la experiencia cotidiana, es el pedido de intervención que hace el solicitante. Es informal, y permite una primera información provisional sobre la naturaleza del pedido y comprobar si se ajusta a las características de la función. Normativamente, la ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires lo consigna en el art. 20.

##### *-Segunda fase. Calificaciones*

El agente, a partir del requerimiento, tiene el deber jurídico de cumplir con la normativa específica (art. 20, inc. a], art. 29, inc. d] y art. 60). Escuchar, indagar, recibir por sí mismo las declaraciones de voluntad, evaluar la licitud del acto o negocio. Identificar a los sujetos, la capacidad de obrar, juzgar sobre la legitimación para disponer y analizar la documentación habilitante, lo cual implica: efectuar estudio de títulos, solicitar certificados registrales si el acto lo requiere, tramitar certificados tributarios, analizar la congruencia entre intención y voluntad, la licitud y precisión de objeto y causa.

##### *-Tercera fase. Asesoramiento. Configuración*

La capacitación técnica del agente es clave para que –habiéndose interiorizado de la voluntad de los sujetos otorgantes– los informe, asesore, proporcione alternativas, haga presupuestos de gastos e imposiciones fiscales, y explique las consecuencias y efectos del futuro acto. Una vez depurado el análisis, debe efectuar la configuración técnica que el caso exija. Generalmente, la conclusión de esta etapa se traduce en

un primer borrador que se pone a consideración de los intervinientes, para su conocimiento, reflexión y análisis.

-Cuarta fase. El acto

Se anuncia mediante las citaciones correspondientes. El acto debe desarrollarse con un ritual, que exige como escenario previo: presencia de todos quienes intervienen ante el agente, identidad de las personas durante la realización, espacio temporal, unidad de declaraciones, entregas, operaciones materiales propias de su naturaleza, sin interrupciones. Esta situación jurídica se denomina unidad de acto.

-Quinta fase. Acción de documentar

Sucedido el acto como evento exterior, en el mismo momento, o sea coetáneamente (lo cual evita olvidos, distracciones) se procede a la documentación: debe efectuarse en el protocolo, cuyas características se detallarán más adelante (art. 60, ley 404); grafía: puede efectuarse con diversos medios, inclusive electrónicos, en la ley 404 se aplica el art. 62. La tinta debe ser indeleble, no alterar el papel, y la impresión debe ser legible y sin espacios en blanco, o procedimientos que generen riesgos de intercalaciones o modificaciones, redacción técnica (art. 60, ley notarial), menciones obligatorias, que surgen tanto sea del Código como de las leyes notariales, tales como estado civil, datos de las personas jurídicas, datos de los bienes, naturaleza del acto, etcétera.

-Sexta fase. Lectura, enmiendas, firma, autorización

Lectura (art. 79, ley 404). Es una solemnidad que permite una nueva oportunidad de reflexión, de obtener certeza y plena comprensión y confirmar la decisión de la realización del acto, modificaciones, agregados. Si de la lectura surge que deban efectuarse modificaciones a pedido de los intervinientes, deberán practicarse. Además, si se han detectado errores de impresión o escritura, deberán efectuarse en ese momento, la firma de los intervinientes (partes, cónyuges, testigos, etc.), operación material que implica un nuevo consentimiento con el acto, con la redacción y asumir la autoría del acto y del instrumento (art. 79, ley 404), la autorización, o sea la suscripción por parte del agente (art. 79, ley notarial).

#### -Séptima fase. Reproducciones

Es la etapa de expedición de copias, cuya operación jurídica debe ser realizada con la misma exigencia de recaudos técnicos, ya que constituye para las partes su "original", pues la matriz es de propiedad del Estado. Las leyes notariales reglamentan esta etapa:

Las copias pueden ser totales o parciales (art. 105, ley 404), pueden expedirse testimonios por exhibición o en relación, que cumplen finalidades diferentes a las copias, en cuanto a acreditaciones de elementos parciales del acto (art. 109, ley 404), copias simples (art. 111, ley 404), que son meras constancias y solo sirven para el objeto y destino para el cual se expiden, por ejemplo, para trámites tributarios.

#### -Octava fase. Diligencias complementarias

Pueden ser, conforme al tipo de acto: inscripciones registrales (art. 29, inc. d, ley 404), pagos de tributos (art. 29, inc. d, ley 404), notificaciones.

#### -Novena fase. Guarda. Conservación. Archivo

Es una diligencia que constituye uno de los pilares de la credibilidad asignada a los instrumentos públicos, ya que garantiza el acceso y auditabilidad permanente de los mismos. La ley 404 de la ciudad de Buenos Aires, establece: es deber del escribano conservar en perfecto estado el protocolo (art. 29, inc. f), debe guardar, encuadernar y facilitar con índices el hallazgo de los documentos (art. 69). El protocolo no debe extraerse de la oficina, salvo causa fundada (art. 70), la exhibición solo puede hacerse a quienes tienen interés legítimo, o por orden de juez competente (art. 73).

Reitero que el dominio pleno por parte de los agentes notariales sobre las características de sus propios actos permite ubicar el análisis específico de cada acto en sus dos vertientes, lo privado y lo público, por lo cual constituye una guía imprescindible para el ejercicio, para la interpretación y la argumentación.

## Capítulo segundo

### Pasos metodológicos sistematizados

#### Primer paso: el escenario del tema a resolver

La conveniencia de este paso es para comprender qué necesidades e intereses plantea el tema (partir de la "realidad").

- a. Las características de las personas que intervienen,
- b. Tipo de acto,
- c. Conocimientos y habilidades que requiere el tema,
- d. Tipo de información y asesoramiento necesarios,
- e. Modos de acompañamiento profesional,
- f. Cómo facilitar las diferentes etapas hasta llegar al acto (etapas preliminares).

#### Segundo paso: preguntas habilitantes

La comprensión de cada caso con sus circunstancias se afina extraordinariamente mediante preguntas orientativas, habilitantes, tanto sea en un plano imaginario primero, como luego en las entrevistas con los interesados.

Por ejemplo: Ud., vendedor de un inmueble:

¿Cuál es su necesidad?

¿El único modo de satisfacerla es mediante una venta?

¿Se ha informado o asesorado?

¿Está en una situación de posibles presiones?

¿Cómo incide el tiempo que demanda obtener el resultado deseado?

¿Ha examinado otras alternativas?

¿Cuáles son sus recursos?

¿Tiene idea aproximada de costos, gastos, situaciones tributarias?

¿Se ha informado sobre los detalles operativos de la venta?

¿Ha advertido los riesgos?

¿Dispone de alguna red familiar, o de otro tipo, que colabore con Ud.?

La información que brinda esta metodología es extraordinaria, no solo porque permite al profesional captar el foco del tema, sus detalles, circunstancias y modos de colaborar, sino que genera en quienes son atendidos la necesidad, utilidad, conveniencia y la trascendencia del servicio profesional.

### Tercer paso: las finalidades de quienes intervienen

Las finalidades son aquellos objetivos que cada persona aspira o desea obtener. Para el caso de un vendedor, es el dinero que conseguirá con la venta, para el comprador el inmueble. Este tema tiene una particularidad: los diversos planos que contiene.

- a. En el caso mencionado del vendedor, es cierto en un primer plano que su objetivo es obtener dinero, pero también es cierto que los objetivos humanos constituyen una especie de cadena o eslabones: dinero para realizar un viaje largo, dicho viaje para visitar a mi familia de origen, dicha visita para cumplir un deseo profundo que forma parte de mi personalidad, etcétera.
- b. En el plano jurídico, este punto se lo pretende explicar con los vocablos causa fin y motivo. Causa fin es el medio que las personas elegimos para satisfacer un "primer plano". Elegimos la venta porque nos permite obtener dinero, ya que la tipicidad de dicho contrato es dicha obtención. La causa fin es fija, inmutable, permanente, objetiva, igual para todos quienes eligen dicho contrato. En cambio, el vocablo "motivo" es el deseo personal de cada sujeto, o sea los demás planos que he mencionado, que es variable para cada uno, subjetivo, individual, con tantos matices como personas haya.
- c. Esta particularidad surge de la etapa psíquica, de los actos jurídicos, y se desarrolla a través de la decisión, la planificación, las acciones y los grados de identidad con los resultados de las mismas. Aplicando lo expuesto a la compraventa de inmueble, para el vendedor que desea obtener el dinero para realizar un viaje, dicho deseo incide poderosamente en el tiempo que estimará para concretar la venta, cómo planificará sus acciones, los grados de flexibilidad frente a las ofertas, y los grados de satisfacción o frustración frente a aquello que "realmente" consigue.

- d. De lo expuesto surge claramente la gran trascendencia que tiene para cada persona la obtención de sus fines. De allí se deriva la misma trascendencia para los escribanos, ya que constituye la esencia del ejercicio de la función y la aplicación de un minucioso procedimiento a través de las entrevistas con las partes e inclusive con los demás participantes (testigos, traductores, cónyuges) para interiorizarse con la debida profundidad.
- e. Un aspecto de gran importancia en el tema es la inclusión con el debido detalle al asesorar, guiar, e instrumentar, dichas finalidades ya que son esenciales para la generación del consentimiento contractual, la redacción de los instrumentos y la interpretación de los instrumentos respectivos.

#### Cuarto paso: el caso y la separación de sus partes

Una causa muy frecuente de dificultad para afrontar casos con muchos factores, que a la hora de las consultas surge de modo permanente, es la pretensión de resolverlo "inmediatamente" aplicando fórmulas y modelos habituales. Cualquier caso, ya sea simple o de alta complejidad, requiere abstenerse (lo cual no siempre es sencillo) de proceder de modo "mecánico" a la primera impresión. Todo caso exige (aunque al principio requiera mucho esfuerzo de "entrenamiento") pensar, analizar, evaluar, no sucumbir a las tentaciones de lo inmediato, a los modelos conocidos. Por ello la técnica idónea para analizar un caso, implica:

1. Detectar y separar cuáles puntos integran el caso.
2. Analizar cada punto captando qué intereses presenta, qué bienes jurídicos hay que proteger y qué alternativas pueden aplicarse.
3. Habiendo repetido dicho procedimiento con cada punto, analizar diferentes modos de integrar lo singular en un cuadro general, o sea diferentes configuraciones técnicas.
4. Seleccionar aquella que ofrece mayores garantías, con clara descripción de los fundamentos que la sustentan.
5. Comentar con las partes el resultado del trabajo y sus fundamentos.
6. Asistir a las partes en el desarrollo del acto conforme la tarea preparatoria desarrollada.
7. Generar y conservar elementos probatorios del trabajo realizado.

## Quinto paso: consulta y evaluación de textos legales aplicables. Doctrina y jurisprudencia

Finalizada esta etapa de haber detectado claramente el caso y las finalidades de quienes han requerido nuestro servicio, corresponde pasar a las etapas de lecturas necesarias y proporcionadas a la importancia y características del caso. Este trabajo profesional debería conferirnos mucha seguridad, porque hemos pasado de una primera impresión a un conocimiento técnico profundo, completo, habilitante para nuestro crecimiento. Inclusive nos permite detectar qué temas han recibido consenso doctrinario y cuáles tiene un cierto margen de polémica.

## Sexto paso: diálogo y evaluación con los requirentes. Redacción de un primer proyecto

Esta etapa significa pasar de la abstracción del pensamiento a la materialización de la acción de instrumentar, que genera una importante inclusión de detalles relativos al caso específico, o sea llevar a una sede material y técnica lo decidido por los intervinientes.

La acción de instrumentar presupone al menos un mínimo aprendizaje y entrenamiento. Prueba de ello, es que en el caso de un graduado con honores que deba redactar una escritura por primera vez, no le bastará el mejor conocimiento teórico. Redactar un texto requiere conocimientos técnicos adicionales que solo se obtienen mediante la repetición inteligente, la redacción de varias clases de acto, captar qué subpuntos tienen mayor importancia, cómo agregar los demás detalles menores pero necesarios, etc. Algunos de dichos subpuntos son:

- a. Como presupuestos, tener en claro qué necesidad o aspiración ha expresado cada parte.
- b. Los riesgos del tipo de acto.
- c. Los bienes jurídicos a proteger derivados de dicha necesidad.
- d. En caso necesario, integrar la propia intervención con otros profesionales cuando el o los temas requieran otra clase de conocimientos.
- e. Los recaudos protectores de dichos bienes (las solemnidades del acto).
- f. Cómo integrar todo ello en un texto claro, preciso, técnico.

- g. Cómo cerciorarse de que cada parte se siente interpretada en la redacción.
- h. Cómo proteger el texto leído, consensuado y firmado para permitir el acceso al mismo toda vez que sea necesario y que tenga permanencia, legibilidad, permanezca inalterable, y sea fácil encontrarlo.

## **Capítulo tercero**

### **Cómo aprovechar las exposiciones de docentes**

La asistencia a exposiciones doctrinarias e inclusive a cursos con varias exposiciones, por lo general se realiza sin un método facilitador que permita obtener el mayor provecho posible. Por ello es que propongo el siguiente método:

#### **a. Antes de concurrir, anotar una primera aproximación personal sobre el tema**

Dicha aproximación ordena al asistente, permitiéndole partir de un marco genérico de comprensión muy útil. Todo expositor parte de un modelo de abordaje, que generalmente no explica: sigue un encadenamiento personal del tema. Si quien asiste a la exposición ha detectado a partir de una lectura básica los puntos esenciales, se le facilita mucho captar los detalles del conferenciante.

#### **b. Redactar un mapa conceptual de los puntos esenciales**

Adicionalmente, si el asistente lleva escrito un mapa conceptual, le agrega un recurso muy valioso, ya que le permite realizar anotaciones de lo que le interesa de la exposición en puntos previamente seleccionados, y en caso de agregar otros a su mapa, quedan igualmente ordenados. Los mapas de conceptos esenciales permiten no solo resaltar los puntos esenciales, sino los diversos grados secundarios. Es altamente recomendable para esta tarea el denominado "Método Buzan de Mapas Mentales" que por su utilidad se aplica prácticamente en todo el mundo. Puede consultarse en internet con abundante información y además se consigue en varias ediciones en el país.

c. Luego de la asistencia, volver a redactar un mapa conceptual más completo y reflexionar sobre lo aprendido

El ajuste del mapa es el resultado esperado de toda exposición por parte de un especialista. Pero es imprescindible el aporte reflexivo del asistente, ya que debe armonizar su propio estilo de pensamiento respecto al material escuchado, y cuyo resultado debería consistir en una comprensión mucho más profundizada del tema.

d. Redactar varios textos que contengan el contenido de lo aprendido para integrar el modo de aplicarlo en el ejercicio de la Función Notarial

Tratándose de capacitaciones para el ejercicio profesional de la función, es de toda evidencia que no basta con el conocimiento meramente intelectual. Reitero que pasar del pensamiento a la acción requiere destrezas adicionales, cuyos detalles aparecen redactando textos en los cuales se aplica dicho conocimiento. Las explicaciones orales de quienes exponen, inclusive en los casos del estilo "talleres", no agotan las prácticamente infinitas variaciones que la vida profesional exige. Por ello la ejercitación con redacciones escritas agrega planos muy importantes de conocimiento.

## **Capítulo cuarto**

### **La especialidad de la interpretación notarial**

Premisas en que se fundamenta este capítulo:

#### **A. Pilar central: capacitación permanente**

El pilar central, focal, que ha inspirado este artículo, es la propuesta de una especialización profundizada y permanente de los estudios e investigaciones de los agentes notariales, para brindar un servicio de excelencia a la sociedad.

## B. La “mirada notarial”

Dicha especialización debe generar el resultado de un enfoque o mirada particular sobre el Derecho, derivada del deber de protección en la realización de los actos en los cuales interviene el notariado, que por cierto no es la misma de otros operadores jurídicos. Por ello, las doctrinas notariales no deben quedar subordinadas a dichas otras miradas o enfoques, porque cada oficio o profesión tiene finalidades distintas. Ello no quita que los escribanos puedan nutrirse de estudios jurídicos de autores civilistas, pero su aplicación e interpretación deben centrarse siempre en la finalidad esencial de la Función Notarial: la protección de los actos.

## C. Teoría y ejercicio de la función

El ejercicio de la función implica para quienes la desarrollan una necesaria y evidente especialización, que integra dos planos inseparables, ambos constitutivos del conocimiento profesional.

Me interesa sobremanera profundizar el punto de los aspectos pragmáticos del accionar profesional, ya que –al menos en mi opinión– no se ha advertido la importancia que tiene. Sin embargo, el análisis detallado de la secuencia técnica del trabajo cotidiano encierra muchos “secretos académicos” que no surgen mediante los trabajos teóricos. Por ejemplo, las denominadas “operaciones de ejercicio”:

- Acreditación de identidad, capacidad, comprensión (discernimiento).
- Comprobación de legitimaciones para accionar.
- El estudio de documentos y de títulos.
- Los ensayos de configuración.
- La redacción de los textos resultantes de las finalidades de los sujetos y de los elementos de la configuración.
- Los requisitos propios y minuciosos de la acción de instrumentar.
- El procedimiento a aplicar para cerciorarse de los grados de comprensión de los sujetos, de la plenitud y libertad del consentimiento, de la lectura, de la firma.
- Pago de tributos, inscripciones, notificaciones.

- Resguardo de los instrumentos matrices de modo ordenado, con seguridades, facilidad de acceso.

Dichas operaciones exigen aplicar técnicas que deben aprenderse, verificarse e inclusive mejorarse para un mejor ejercicio profesional y funcional. Por ejemplo: el tema de la evaluación de capacidad de un sujeto negocial. No basta conocer los textos legales, las doctrinas: el tema es mucho más complejo:

- Generar precauciones personales del escribano para aplicar en las entrevistas.
- Haber reflexionado sobre el modo de detectar signos reveladores de perturbaciones de la comprensión.
- Analizar el modo de proceder ante dichas perturbaciones (¿basta con la mera convicción subjetiva? ¿Es conveniente o necesario obtener test de capacidad?).
- ¿Cómo evaluar los riesgos?
- ¿Dialogarlo con las otras partes?
- ¿Qué elementos probatorios "objetivos" agregar?

Estos puntos también tienen importantes elementos académicos, del mismo modo que un mecánico de autos no solo debe haber obtenido certificaciones de estudios, sino haber adquirido la habilidad operativa de emplear las herramientas, los tiempos de trabajo, la calidad de los materiales, etc.

Por ello es que considero que el conocimiento, en una acepción profundizada, se integra con una formación básica que debe adquirirse, con un aprendizaje "de ejercicio" con tutores, maestros, personas con experiencia, y con un permanente "entrenamiento" para adquirir un expertizaje mayor.

#### D. Apertura en la acción de interpretar

La necesidad de abandonar criterios con excesos "positivistas" que llevan a calificaciones apresuradas sobre observabilidad de los títulos de actos jurídicos, sin detenerse a considerar los avances y flexibilizaciones doctrinarias y jurisprudenciales. En tal sentido, Agustina Curcio ha

redactado un orientador trabajo en la misma línea que se ha esbozado en el presente, del cual extraigo los siguientes puntos<sup>9</sup>:

- En muchas ocasiones la interpretación notarial cae en posiciones ultrapositivistas, con un descomunal apego a las normas sin importar si su aplicación resulta justa o razonable.
- Pareciera que sobrevuela en ellas un positivismo ideológico o ético, que se traduce en un deber absoluto e incondicionado de obedecer a la ley como tal.
- Para muchos escribanos el Derecho posee un valor "per se" -el orden- y por ello debe ser observado siempre.
- El Derecho debe integrar la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina.
- Debe superarse la aspiración a una aplicación meramente formal.
- Conforme la trascendente doctrina sobre argumentación debe propenderse a la argumentación notarial, dejando la mecánica de los formularios. Se espera del notariado una jurisprudencia notarial, que surge desde una síntesis de la razón, de la voluntad, de las valoraciones y de lógica y de principios universales y de circunstancias singulares, que emana de la consideración del Derecho como práctica.

## E. Evitar calificaciones apresuradas ante vicios de actos e instrumentos

En el caso de la detección de un vicio de un acto, se escuchan en algunas ocasiones en los medios profesionales expresiones tales como "es un acto nulo", "le falta tal requisito", "es observable" y desalientan al interesado. Desde la perspectiva de la línea argumental que desarrollo, de "acompañamiento técnico" a los interesados, sostengo que debe partirse de otro enfoque: una actitud reflexiva, analítica, de ponderación de cada caso, estimando los factores relevantes:

- Antigüedad del vicio.

---

9 Curcio, Agustina, "La creación del documento: el rol del escribano y la Teoría General de Derecho aplicada a la Función Notarial", *Jurisprudencia Argentina*, viernes 25/11/2022.

- Análisis y evaluación profundizada del tipo de solemnidad, con investigación sobre la realidad del acto y su relación con los símbolos exteriores, para centrarse en la esencia.
- Reuniones, audiencias con los protagonistas e interesado para obtener información suficiente para una evaluación global, absteniéndose de afirmaciones apresuradas en base a opiniones abstractas y genéricas sobre validez, nulidad, clase de calificación aplicable al caso.
- Estimar posibilidades de subsanación de vicios.
- Integrar la evaluación informando a los interesados de otras vías de posibles subsanaciones, con intervención de letrados de cada uno.

La aplicación técnica profundizada, implica, además:

#### F. La necesidad de flexibilizar la trascendencia de las palabras, expresiones jurídicas y conceptos

Los vocablos y expresiones jurídicas (ejemplo firma, nulidad, absoluto, relativo, etc.) son "objetos ideales" creados socialmente para facilitar la comunicación, pero no agotan las infinitas variedades de las conductas humanas, por ello no corresponde apegarse ni ontologizarlas, ya que son meras "etiquetas" orientadoras. Por ello la interpretación de conductas requiere comprender qué situaciones vitales se han desarrollado y a partir de ello acudir a los conceptos y clasificaciones sin pretender coincidencias "perfectas". El rol de las reglas jurídicas es brindar una especie de "mapa general y abstracto" del modo de tratar las relaciones jurídicas (que constituyen el territorio real de hechos y actos).

#### G. Un ejemplo de análisis profundizado: el caso de falta de firma en instrumentos

He sostenido en reiteradas ocasiones de exposiciones docentes, que el solo hecho de la falta de firma en un instrumento no es suficiente por sí mismo para generar nulidad, y menos aún que sea calificable de absoluta, ya que la ponderación aplicable exige averiguar y probar si el acto realmente se desplegó en su dimensión de realidad, si transcurrió normalmente o no con todos los sujetos, si hubo o no declaraciones,

entregas, consentimientos, si a pesar de la falta de firma la persona intervino plenamente en todo el desarrollo, etcétera.

Las solemnidades se aplican para proteger la realización de los actos, con recaudos garantistas del bien jurídico protegido de cada solemnidad. Dicha finalidad, se conecta de modo directo con el grado o intensidad del riesgo que cada solemnidad está destinada a proteger. Por ejemplo, la solemnidad de imponer testigos es para contar, en caso de cuestionamiento posterior sobre la validez del acto, con personas neutrales que puedan complementar la actuación de los agentes públicos: caso de testigos en actos matrimoniales, o de testamentos por acto público<sup>10</sup>.

En un plano genérico, abarcativo de todas las solemnidades, no cabe duda de que se encuentra fuertemente vinculado con el Orden Público, en el sentido de que consiste en la protección de ciertos actos legislativamente seleccionados, debido a que su trascendencia excede la esfera de los intereses particulares de sus generadores. Desde esta perspectiva, corresponde sostener que el incumplimiento global de las solemnidades genera la nulidad absoluta, por contravenir el interés público.

Pero en el plano específico de cada solemnidad, no está en juego en el matiz singular de la solemnidad el interés público: está en juego el interés individual de cada protegido. En consecuencia, el incumplimiento singular de alguna solemnidad puede generar la ineficacia relativa, ya que el mismo interesado puede confirmar el acto cumpliendo con la solemnidad omitida.

Además, corresponde separar conceptualmente la situación en la cual se omite una solemnidad (ausencia de herramienta protectora) del agravio al bien jurídico protegido. Sostengo que no cabe subrogar, o absorber la "herramienta preventiva" o sostener que el incumplimiento de la solemnidad es condición suficiente para que se haya afectado el bien jurídico protegido. Caer en dicha superposición o absorción es caer en un supuesto no probado, es afirmarlo como una condición absoluta, suficiente.

---

10 Orelle, J. M. R., *Teoría General de las formas y solemnidades jurídicas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2022, p. 80.

Esta tesis reconoce un límite comprensible: los casos en los cuales existe la imposición de solemnidades absolutas (por ejemplo las solemnidades testamentarias) ya que, al haberse pronunciado el legislador con especial rigidez, queda privado el intérprete para realizar consideraciones extensivas.

En el caso de falta de firma, puede apreciarse la utilidad de esta separación conceptual:

1. La expresión "falta de firma" tiene un fuerte componente de ambigüedad. Puede sostenerse que se la identifica como si fuera inexcusable que aluda a la ausencia del firmante en el acto, o a la falta de conformidad del interesado con el texto. Esta fuerte referencia, que en este comentario se considera riesgosa y generadora de confusiones y equívocos, es objeto del desarrollo que se realiza a continuación. El fundamento de un análisis profundizado de la temática tiene por finalidad proponer que dicho defecto (falta de firma) pueda ser examinado desde las numerosas variantes posibles, y proporcionar la intensidad y naturaleza de la sanción aplicable, en vez de declarar de modo genérico, abstracto y aislado del peso de las circunstancias, que en todos los casos se genera la nulidad absoluta de lo actuado.
2. La firma, por sí misma, es un mero símbolo. Representa o sugiere al intérprete presencia y conformidad con el texto. Pero precisamente por tratarse de un símbolo, es separable de la "realidad" de la presencia de los sujetos en el acto y de su conformidad con el texto. El símbolo es el significante, la presencia y la conformidad son el significado.
3. Los requisitos de validez del acto público exigen que los sujetos hayan comparecido, que hayan intervenido durante la totalidad del desarrollo del acto, que el agente (también presente durante todo el acto) haya redactado el instrumento de modo coetáneo, que lo haya leído, se hayan hecho en su caso las adecuaciones o correcciones, y que todos hayan prestado su consentimiento con lo redactado. La validez, entonces, es resultado de la "realidad" de dicha secuencia. La firma, que simboliza lo descripto, es separable. Que falte es un defecto, pero si los requisitos de validez en el plano de la "realidad" se han cumplido y quedan probados ante el juez, la falta del símbolo es perfectamente subsanable.

4. La ambigüedad del lenguaje, y el matiz emotivo de ciertas expresiones, inducen al pensamiento en una primera impresión a conferirle a los vocablos una extensión que en verdad no tienen. La expresión falta de firma precipita a imaginar que el sujeto, o no ha intervenido, o no ha prestado su conformidad con la redacción. Pero el Derecho, como técnica extraordinariamente refinada, no admite estas precipitaciones que el lenguaje genera.

Ejemplifico lo referido con la visualización de algunas situaciones que pueden estar comprendidas con el hecho "material" de la falta de firma:

1. Instrumento que narra un hecho no sucedido (instrumento apócrifo). Es el caso en el cual el sujeto cuya firma falta, ni siquiera intervino. Se ha consignado su presencia, pero en la realidad del caso, no compareció.
2. Caso en el cual el sujeto compareció, intervino, pero se retira antes de la conclusión del acto por disconformidad.
3. Caso en el cual el sujeto intervino de principio a fin, prestó su consentimiento con la redacción, se realizaron las declaraciones, entregas y demás recaudos propios del acto, y se omitió la firma de alguno de los intervinientes (errores humanos comprensibles ya que suceden en todos los ámbitos de la vida).

Este es el caso en el cual –en mi opinión– se abre la alternativa al juzgador para evaluar conforme a los factores implicados, ya sea declarar la validez del acto y la nulidad relativa del instrumento (por ejemplo, por haberse producido la confirmación expresa o tácita, o por haberse probado que el consentimiento ha sido prestado); ya sea la nulidad parcial (por ejemplo, en el caso de negocios u obligaciones separables), o ya sea la nulidad plena en caso en que la ilicitud cometida genere por sus características tal efecto. Juzgar o calificar estas circunstancias con vocablos de "absolutez" implica un grave apartamiento de la realidad de la convivencia humana. En un plano general, cabe observar en la vida cotidiana y en los actos humanos, que el error no es un factor ocasional o de casi inexistente probabilidad. Por el contrario, es un elemento permanente de la convivencia social. En el plano jurídico, uno de los autores que con mayor elocuencia ha resaltado con sabiduría este hecho es Gordillo: "Hay que aprender a ver del error en nuestra condición

humana, no un fracaso personal. Hay innumerables ejemplos de error y no deben verse con censura ni rubor<sup>11</sup>.

H. Revalorar el hecho de que los actos jurídicos conservan su validez hasta que sean declarados nulos judicialmente. Mientras tanto no es técnicamente correcto expresar “que son nulos” porque dicha calificación es de incumbencia exclusiva del Poder Judicial.

I. Investigar la posible aplicación de recursos jurídicos que permitan enfoques superadores, aplicando conocimientos profundizados: nulidades parciales, acciones judiciales, tramitar la usucapión, etcétera.

J. Evitar inducir a quienes debemos asesorar e informar temores desproporcionados, sin la ponderación suficiente de las características de cada caso, ya que ofrecer alternativas y posibilidades superadoras fortalece el buen ejercicio de la Función Notarial.

---

11 Gordillo, Agustín, *Introducción al Derecho*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p. E-9.



# LA TEORÍA DEL TÍTULO Y MODO EN LAS ESCRITURAS TRASLATIVAS DE LA PROPIEDAD

Gabriel B. Ventura

SUMARIO: Introducción. I. El título y el modo en el Código Civil y Comercial. II. La teoría de los actos propios. El principio de incolumidad formal. III. La causa instrumentada en escritura pública y su relación con la posesión. IV. ¿Cuándo se es titular del derecho real? V. La tradición y su relación con la actividad notarial. VI. La llamada "cláusula traditoria". VII. Las supuestas excepciones a la exigencia de la tradición. VIII. Supuesto en el que el transmitente continúa ocupando la cosa. IX. Títulos notariales en contra de actuales poseedores. X. La transmisión de inmuebles ocupados por terceros contradictores. XI. La garantía de evicción. XII. El usucapiente frente a los nuevos titulares cartulares o registrales de derechos. XIII. Los actos posesorios. XIV. Las actas posesorias

## Introducción

Como bien se sabe, una de las diferencias que suelen resaltarse entre los derechos reales y los personales, es que mientras estos quedan constituidos con el solo contrato, es decir con el acuerdo, sea la suscripción o la anuencia verbal, aquellos en cambio exigen el cumplimiento de dos pasos; además del título se requerirá también una concreción fáctica de la voluntad que en la generalidad de los casos se efectiviza con la tradición. He ahí la conocida teoría del título y modo que planteaba tan claramente el art. 577 del Código de Vélez, replicada hoy en el art. 750 del Código Civil y Comercial: "El acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, excepto disposición legal en contrario".

Pues bien, el notario tiene el privilegio de protagonizar, como instrumentador, esa teoría; pues al ser en la gran mayoría de los casos el autor del título mencionado en esa dinámica adquisitiva, percibe la concreción práctica de estos elementos. En efecto, aunque la tradición se manifiesta fundamentalmente en el mundo de los fenómenos, mientras que el título se confecciona en la oficina notarial, siempre será menester, sea como parte del asesoramiento obligatorio que debe dar el notario, tanto al adquirente como al transmitente, sea por la inclusión de la que hemos dado en llamar "cláusula traditoria", en la que las partes expresan cómo y cuándo se concretó o concretará el modo, en este caso la "traditio" (art. 1923 del CCyC), al menos una referencia a este elemento constitutivo resultará también un contenido frecuente, si no necesario, en las fórmulas traslativas del dominio. Pero el modo, como elemento fáctico, en cuanto a su concreción, queda en general fuera del acto instrumental, y se materializa luego de la audiencia o previamente a ella<sup>1</sup>.

---

1 Solo a los fines anecdóticos, y por tratarse de una nota simpática de nuestro notariado, mencionamos a la Escribana Elsa Manrique, recientemente fallecida, quien ejercía su función en la ciudad de Río Ceballos, Provincia de Córdoba. Ella, para evitar dejar en la clandestinidad la entrega de la cosa, solía acompañar al adquirente hasta el inmueble que acababa de adquirir, siempre que estuviera en esa villa serrana, le obsequiaba un árbol y ayudaba a plantarlo en el inmueble. Contribuía así a la acreditación de la tradición mediante la concreción de un público acto posesorio (art. 1928 del CCyC). Va así nuestro humilde homenaje a esta creativa escribana cordobesa quien, además, era ecologista y amaba los árboles.

Queda muy en evidencia así la trascendencia de la actividad notarial en la aplicación de la teoría del título y modo, sobre todo teniendo presente que al menos un sesenta por ciento de la actividad del escribano está referida a la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, en aplicación del art. 1017 del CCyC.

Nos proponemos analizar aquí las diversas situaciones que pueden plantearse tanto en la elaboración de los títulos con particularidades en el modo, como los conflictos que pueden suscitarse atinentes a ello. Sobre todo, teniendo presente que sin título suficiente no habrá modo suficiente, aunque en lo material la entrega de la cosa objeto del derecho se haya producido; y, recíprocamente, sin modo suficiente el título solo, por más bueno que sea, tampoco será suficiente a los fines traslativos. Hay pues una suerte de relación simbiótica entre ambos elementos, si se nos permite la expresión.

Vélez, respecto de esa "relación simbiótica" aludida, con mayor contundencia que el Código Civil y Comercial, expresaba en el art. 2602 de su Código: "La tradición debe ser por título suficiente para transferir el dominio"; es decir que si no hay título o el título es nulo, el cumplimiento de la entrega de la cosa será solo una tradición posesoria, pero no traslativa del dominio.

El art. 1892 del CCyC, en su 6º párrafo, sin la contundencia de Vélez, también lo expresa: "Para que el título y el modo sean suficientes para adquirir un derecho real, sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto". En efecto, la legitimación aludida en la norma apunta a la existencia del derecho en el *tradens*, lo que equivale a exigirle el título suficiente de la vieja norma de Vélez.

## I. El título y el modo en el Código Civil y Comercial

Cuando a nuestro primer Codificador le tocó regular lo atinente a la constitución de los derechos reales, decidió apartarse expresamente de la más importante legislación del momento, que era el Código Civil francés de 1804, en virtud de que en dicho cuerpo normativo se establecía un sistema en el que el solo consenso hacía nacer el derecho real, aun cuando la cosa permaneciera en cabeza del transmitente. La publicidad posesoria brillaba por su ausencia.

En verdad, para quienes estamos acostumbrados a la tradición del sistema romanista, se hiere la sensibilidad jurídica, si se nos permite la expresión, con ciertas normas francesas que, en algunos casos, hasta determinan expresamente que la tradición no será menester ya que basta sin más el contrato. Solo a manera de ejemplo citamos algunas normas de este cuerpo normativo: el art. 1196 del Código Civil francés regula los efectos de los contratos, y expresa que "En los contratos que tengan por objeto la transferencia de la propiedad o la cesión de otro derecho, la transferencia se produce desde la conclusión del contrato ( )"<sup>2</sup>. Respecto a la compraventa el art. 1583 establece que "La venta queda perfeccionada entre las partes y la propiedad adquirida, por derecho, para el comprador y perdida para el vendedor desde que se ha convenido la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido entregada ni el precio pagado". En la permuta el art. 1703 determina que "La permuta opera por el solo consentimiento de la misma manera que la venta". Finalmente, en la donación, art. 938, se establece que "La donación debidamente aceptada quedará perfeccionada por el solo consentimiento de las partes; y la propiedad de los objetos donados queda transferida sin necesidad de tradición".

La perplejidad que aún hoy siguen generando estas normas fue criticada en su momento por la más conspicua doctrina francesa, que manifestó su asombro frente a este cambio que subvertía el sistema romano. Por eso leemos en Vélez, en la nota al art. 577 de su Código: "La innovación del Código Civil de Francia fue tan inesperada, tan peligrosa, tan opuesta a la buena razón, que por mucho tiempo se dudó que ella hubiese derogado el régimen de las leyes anteriores. Troplong, Martou y otros muchos jurisconsultos no dejaron de confesar que esta innovación tan grave fue subrepticamente introducida, sin la discusión especial y profunda que ella reclamaba"<sup>3</sup>.

---

2 Tener presente que el Código Civil francés sufrió importantes modificaciones en los años 2016 y 2017. La norma del art. 1196, con diferente redacción, corresponde al art. 1138 de la vieja numeración.

3 Esta nota nos hace ver que no solo hoy se padece esta actitud improvisada y un tanto autoritaria por parte del legislador. Recordemos que entre los proyectos previos al que en definitiva se usó para la sanción del Código Civil y Comercial del 2015, a instancias de Helena Highton, se intentó introducir un régimen registral constitutivo para los inmuebles, como si los operadores no hubieran advertido los problemas que ya generaba y sigue generando el sistema constitutivo registral en el ámbito de los automotores. En nuestro caso la doctrina salió al cruce a tiempo, lo que se refleja en los fundamentos del CCyC, cuando se explica que "... a pedido de los escribanos

Pero ocurrió que a Vélez no solo le causó estupor la innovación francesa, sino que tampoco le satisfacía totalmente la clandestinidad del sistema romano, cuando se utilizaba el procedimiento de la "mancipatio", ya que este, aun previendo la tradición como modo constitutivo, se contentaba tan solo con un rito: el "librepens" sosteniendo la balanza, que representaba el sinalagma contractual, o sea el equilibrio de valores entre las dos prestaciones (el bien a transferir y su precio); el puñado de "gleba" (tierra) depositado en uno de los platillos de la balanza si el inmueble estaba baldío o la "tégula" (teja) si se trataba de una edificación, y el cobre posado en el otro platillo de la balanza<sup>4</sup>. En definitiva, esa tradición tan poco ostensible para la comunidad, que solo estaba representada por cinco testigos, pero todo ocurrido en la oficina del porta-balanza, no dejaba de ser una virtualidad que tenía poco de pública.

Tanta trascendencia daba nuestro primer Codificador al efecto publicitario de la tradición, por ser la que más se aproxima a la realidad de los hechos, que prefirió apartarse también de esos ritos simbólicos de los romanos y determinó que siempre la *traditio* debía manifestarse por actos exteriores. En efecto, en ese sentido Vélez resultó ser, a nuestro entender, más romanista que los mismos romanos. Por ello eliminó el efecto constitutivo de la tradición manifestada solo en símbolos o expresiones verbales en el título (la "traditio chartae"). Sin dudas a ello debemos el exagerado pronunciamiento del art. 2378 del Código derogado cuando expresa: "La tradición se juzgará hecha, cuando se

---

y registradores, con invocación de la falta de preparación de los registros para tal modificación, el Anteproyecto mantiene el sistema vigente en el cual la inscripción constitutiva solamente se incluye como excepción...". Esta frase, en nuestra opinión, mantiene la espada de Damocles en torno a incluirla en futuras reformas. El pedido de escribanos y registradores al que alude el fundamento transcrito se manifestó sobre todo en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, desarrolladas en la ciudad de Tucumán en el año 2011. En efecto, nos habían enviado algunos textos del proyecto en los que se avizoraba un registro inmobiliario con efectos constitutivos. Por eso la comisión se detuvo especialmente a analizar el desatinado intento. A esos efectos, en la última parte del despacho de la Comisión de Derechos Reales, a nuestra instancia, se incluyó el siguiente párrafo: "La adopción de un sistema registral inmobiliario con efectos constitutivos significa un retroceso en la dinámica adquisitiva de los derechos reales. La inscripción constitutiva no responde ni atiende a la realidad de los hechos, desprotege a los poseedores y ello repercute negativamente en la seguridad jurídica, tanto dinámica como estática".

4 Petit, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, trad. por Manuel Rodríguez Carrasco, Araujo, Buenos Aires, 1943, p. 213-214.

hiciera según alguna de las formas autorizadas por este Código. La sola declaración del tradente de darse por desposeído, o de dar al adquirente la posesión de la cosa, no supe las formas legales”.

## II. La teoría de los actos propios. El principio de incolumidad formal

Decimos que la disposición del viejo art. 2378 del Código de Vélez resulta un tanto exagerada, porque es de justicia evidente que, al menos entre las partes, aun la mera declaración debería tener algún efecto jurídico. El reconocimiento de los contratantes, *tradens* y *accipiens*, en cuanto al desprendimiento de la cosa y su correlativa recepción, no podría ser negado luego por ninguna de las partes. En efecto, desconocer luego que se desprendió de la posesión uno y que la recibió el otro constituiría una contradicción de los propios actos, conducta reñida directamente con lo normado hoy en el art. 1067 del CCyC, que recepta la tan mentada teoría de los propios actos (“venire contra factum proprium nulli conceditur”)<sup>5</sup>.

Por otra parte, estas expresiones de los contratantes en un acto traslativo de inmuebles necesariamente resultarán alcanzadas por el llamado “principio de incolumidad”, previsto en el art. 297 del CCyC, que impide contradecir o variar lo declarado en un instrumento público. Dice este dispositivo que los testigos de un instrumento público y el oficial público que lo autorizó no pueden contradecir, variar ni alterar su contenido, si no alegan que testificaron u otorgaron el acto siendo víctimas de dolo o violencia.

En verdad este principio ya estaba en el Código de Vélez (art. 992), en términos muy similares a los del art. 297 del CCyC. Básicamente podemos aproximarnos a su concepto, apelando al significado que nos brinda el Diccionario de la Real Academia Española sobre la palabra “incólume”: “Sano, sin lesión ni menoscabo”; lo que, relacionado al supuesto normado, viene a expresar que el documento no sufre daño alguno, en cuanto a su valor probatorio, frente al hecho de que los testigos o el

5 Moisset de Espanés, Luis, “La doctrina de los actos propios”, Comercio y Justicia, 13.607, Córdoba 9/12/78. Borda, Alejandro, La teoría de los actos propios, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 59-64.

oficial público autorizante se desdigan de lo dicho en él. La norma, en definitiva, impide que se modifique o contradiga en alguna medida lo que se ha expresado en el instrumento público. Lamentablemente este principio aparece en el nuevo Código con la misma falencia con la que ya lo encontrábamos en el de Vélez. Se menciona a los testigos del instrumento público y al oficial público que lo autoriza, pero se omite a las partes, que son los principales protagonistas del acto instrumentado. Por ello creemos que la norma debe ser objeto de una adecuada hermenéutica, con la ayuda de la nota que redactara el propio Vélez al pie de su dispositivo equivalente (el citado art. 992)<sup>6</sup>. Así, aplicando la que consideramos una correcta hermenéutica, diremos que si la norma veda al notario y a los testigos variar o contradecir lo declarado en oportunidad del otorgamiento del instrumento público, con mayor razón ("a fortiori") les estará vedado a las partes involucradas en el acto hacerlo, puesto que estas, sin dudas, asumen un papel mucho más protagónico que los nombrados en el dispositivo.

Remarcamos que, a ese respecto, en el viejo Código teníamos la balsámica nota de Vélez al art. 992 que aportaba lo suyo a los fines de la correcta interpretación de la norma, ya que mencionaba expresamente a las partes. Decía Vélez en la citada nota: "... cuando las partes hacen extender un acto, es de la primera importancia que ellas y el oficial público lo redacten de manera que más tarde no venga a ser el origen de un proceso. Al lado de este deber de orden público, está la sanción de la ley que no permite probar con las mismas personas que dan formas al acto, que no ha sido ejecutado fielmente, lo que pudo evitar el autor del acto, el oficial público y los testigos, si hubiesen cumplido sus primeros deberes".

En definitiva, conforme a lo expresado, el principio de incolumidad no debe aplicarse solo a los sujetos mencionados, sino también a cualquiera de los presentes en el instrumento público, sean partes o simples presentes, como podría ser el caso de los futuros herederos que se encuentran asistiendo a los fines de tomar conocimiento de las disposiciones del transmitente.

---

6 Ventura, Gabriel B., *Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 103-104.

Se entiende que quien efectúa una declaración formal por instrumento público, advierte la seriedad de su declaración, y no sería dable admitir una actitud impulsiva de suscribirlo sin el conocimiento acabado, como para tolerar luego el arrepentimiento de su declaración. En su explicación, Vélez exalta adecuadamente la importancia de la forma, pues coloca a los sujetos contratantes en alerta respecto de la importancia del acto que están protagonizando.

Justamente atendiendo a las expresiones del anterior Codificador que hemos transcripto en los párrafos precedentes, solemos elogiar al funcionario que hace galas de la correcta observación de las llamadas “formas intrínsecas” del acto<sup>7</sup>; del cumplimiento minucioso de todas las solemnidades en la audiencia de otorgamiento; desechando la improvisación y la celeridad a la que suelen apuntar las jóvenes generaciones, en desmedro de la responsable lectura y profunda reflexión previas a la suscripción; pues todo el aspecto psicológico al que se alude en la nota al viejo Código derogado, sólo se garantiza mediante una adecuada técnica de acción por parte del funcionario instrumentador, la lectura del acto, la “cercioratio” que es el asesoramiento tempestivo a las partes (art. 311 inc. d), y la reiteración del consentimiento final<sup>8</sup>.

### III. La causa instrumentada en escritura pública y su relación con la posesión

Es de destacar que la causa generadora de los derechos reales sobre inmuebles casi siempre proviene de sede notarial, a tal punto que los legos suelen referir a sus títulos designándolos como “la escritura”, aun cuando se están refiriendo, por ejemplo, a hijuelas de adjudicación en un

---

7 Si bien es cierto que la forma, en el criterio aristotélico, siempre debería ser extrínseca, los instrumentadores estamos acostumbrados al distingo entre forma extrínseca, la que surge del acto instrumentado, y la intrínseca que se manifiesta en la audiencia notarial, que no necesariamente surgirá del instrumento mismo. Ejemplo de esta última sería, entre otras, la apreciación por el instrumentador de la voluntad sana de los contratantes, la comprensión del acto, la presencia física de las partes, etc. Por otra parte, no debemos olvidar la correcta alusión a las formas intrínsecas que hace Vélez Sarsfield en la nota a su art. 4012.

8 Núñez Lagos, Rafael, *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1953, p. 99. Explica el maestro matritense que no basta con la lectura del acto, sino que el notario debe ilustrar sobre el contenido del documento y sobre sus consecuencias.

juicio sucesorio o a la documentación judicial que instrumenta la adquisición en una subasta, etc. De ello se deriva que la teoría del "título y modo", al menos en el iter genético, resulte más atinente a los notarios que a los abogados. Es el escribano pues, quien realiza, en la gran mayoría de los casos, la *praxis* de esa teoría instrumentando los títulos generadores de los derechos reales sobre inmuebles.

Sin embargo, en la práctica son pocas las veces en que se toma conciencia cabal de lo que venimos exponiendo. En efecto, ¿cuántas veces se dice que al elaborar un título se está transfiriendo un derecho de dominio o constituyendo un usufructo, o el derecho real de que se trate? Sabemos pues que en verdad no es así, ya que, en la generalidad de los casos, el notario se relaciona solo con uno de los elementos constitutivos que es el título, como causa eficiente o generadora del derecho; pero no participa ni garantiza la verdadera transmisión o constitución que el instrumento de su facción pregona. Este documento sólo dio forma al contrato haciendo nacer derechos personales, como la obligación de pagar el precio, para el adquirente en el contrato de compraventa (art. 1123 CCyC) y la correlativa obligación de entregar la cosa vendida para el transmitente<sup>9</sup>.

Para determinar con precisión si efectivamente se ha constituido o transmitido el derecho real deberemos acudir a los hechos: la posesión; respecto de la que ya no puede discutirse su naturaleza solo fáctica, atentos a la definición que brinda el art. 1909 del CCyC que claramente determina que es un poder de hecho sobre una cosa<sup>10</sup>. Decimos que debemos atenernos a los hechos porque, hasta que no se haya operado la entrega de la cosa no se habrá producido mutación real alguna, según nos lo decía el ya citado art. 577 del Código derogado y lo reitera el CCyC en su art. 750.

En definitiva, para todos estos supuestos que implican una discordancia entre lo que surge de los títulos y lo real, procuraremos sentar algunas pre-

---

9 Lopez de Zavalía, Fernando J., *Curso introductorio al Derecho Registral*, Zavalía, Buenos Aires, 1983, p. 352, expresa: "Los registralistas hablan del documento portante de derecho real cuando lo que porta es generalmente una obligación. (...) Nosotros sabemos bien que el derecho real no se transmite ni se constituye por palabras, y hace falta la tradición... Lo de 'portante' sólo será cierto en algún caso, como el de constitución de hipoteca..."

10 En verdad, aún vigente el Código de Vélez, casi toda la doctrina nacional sostenía la tesis de la posesión-hecho, pero no faltaban autores de prestigio que adoptaban la idea de que se trataba de un derecho; así, por ejemplo, lo hacían Borda, Guillermo A., *Derechos Reales*, Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 34: "(...) desde luego es un derecho real..." y Emilio Díaz Reyna, en sus clases.

misas y dar, en consecuencia, algunas ideas sobre la redacción concreta, dentro del acto notarial, que cada supuesto requiere.

#### IV. ¿Cuándo se es titular del derecho real?

Antes de analizar cada supuesto en concreto, es menester formular algunas aclaraciones que facilitarán nuestro desarrollo. Nos referimos sobre todo a la expresión tan común usada por expertos y legos: la titularidad de un derecho. En particular nos inquieta el tema cuando lo relacionamos con los derechos reales. He ahí el motivo del título de este punto de nuestro análisis.

Bien sabemos que en la dinámica adquisitiva de los derechos reales campean tres elementos: título y modo en la constitución, y la registración a los fines de su perfecta oponibilidad (arts. 1892 y 1893 del CCyC). Pues bien, siendo así, surge claramente que ninguno de estos elementos aisladamente nos brinda la certeza de estar frente a un propietario.

Por ello creemos que se hace necesario, tal como lo hemos hecho ya en otras oportunidades, aclarar que, al hablar de "titularidad de un derecho real", podemos estar haciendo alusión a tres situaciones con matices ontológicos bien diferenciados<sup>11</sup>:

##### a) Titularidad cartular

Es la que se logra con el instrumento idóneo para producir la adquisición, modificación, etc. del derecho real sobre inmuebles. Así, por ejemplo, cuando se instrumenta la venta de A a B, se está haciendo titular *cartular* a B del inmueble objeto del acto que acabamos de celebrar. O cuando el juez, luego de efectuadas las operaciones de partición de los bienes hereditarios quedados al fallecimiento de A, aprueba las mismas que adjudican los bienes a B, con el pertinente auto interlocutorio<sup>12</sup>.

11 Ver nuestro: "Dinámica de la constitución de los derechos reales y su repercusión registral", en Anuario de Derecho Civil, Alveroni, Córdoba, 1994, p. 195-197. También en "La acción reivindicatoria del adquirente por usucapión antes de la sentencia que declara su dominio", en Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield, T III, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Córdoba, 2000, p. 173.

12 En verdad, en estos casos no se estaría instrumentando una causa de adquisición, sino una causa de modificación. Surge esta distinción del art. 259 del CCyC cuando enumera las consecuencias

## b) Titularidad registral

Es la que surge de las constancias registrales. Así diremos que es titular quien figure en la matrícula como sujeto activo del derecho real de que se trate. Generalmente esta titularidad registral surge como consecuencia de una titularidad cartular, puesto que la ley impone como obligatoria, al menos en el Derecho argentino, la registración de los derechos reales sobre inmuebles en los registros pertinentes<sup>13</sup>. El valor de esta titularidad dependerá del valor que se le adjudique a la registración en cada sistema jurídico: por ejemplo, no será lo mismo en el sistema alemán o el Torrens, que son esencialmente convalidantes, que en nuestro sistema registral inmobiliario en el que la inscripción no convalida los vicios de que adoleciere el título según las leyes (art. 4 ley 17.801).

## c) Titularidad real

Esta es, sin dudar, la situación más completa e implica tener efectivamente el derecho real que se pretende. Si se ha confeccionado un título idóneo para transferir derechos reales, con todas las formalidades de ley y además se ha hecho tradición de la cosa (cumplimiento del modo) se ha transformado en titular real de ese bien al adquirente (art. 1892 del CCyC).

De lo expresado surge claramente que ni la sola titularidad cartular, ni la registral, según nuestra terminología, determinan con certeza que el adquirente en la escritura pública que instrumenta una causa de adquisición sea realmente el propietario. En efecto, el notario ni sabe ni tiene porqué saber que se ha operado u operará la tradición de la cosa.

Obviamente si el requirente lo exigiere, para mayor recaudo, podría labrarse un acta posesoria a los fines de dejar constancia de la toma de la posesión, según veremos más adelante; pero en la generalidad de los casos este elemento fáctico cae bajo exclusiva responsabilidad de

---

inmediatas que generan los actos jurídicos. El heredero no adquiere la cosa por el acto de adjudicación, sino que ocupa el lugar del causante según lo preceptuado en el art. 2280 del CCyC.

13 Moisset de Espanés, Luis, *Publicidad registral*, 2da. ed., Advocatus, Córdoba, 1997, p. 90: "(...) toda norma dotada de coactividad es *obligatoria* (...)".

los contratantes, por lo que el notario no puede asegurar que se haya efectivizado la "traditio"<sup>14</sup>.

## V. La tradición y su relación con la actividad notarial

A pesar de lo dicho en nuestra introducción, siempre se acostumbra colocar una cláusula en la que se deja constancia del cumplimiento o no de la entrega objeto del contrato traslativo. Si se entregó con anterioridad a la celebración del título, o se lo hace en ese mismo acto, o se lo hará más adelante.

Evidentemente, aquí se alude, técnicamente hablando, al modo del que veníamos hablando. Este modo "tradición" habría tenido lugar en sede notarial, por lo menos una formulación virtual, si se nos permite la excepción. Es la llamada "traditio chartae" o tradición escrituraria a la que justamente Vélez restó toda trascendencia jurídica en art. 2378 al que ya hemos aludido.

En el Código Civil y Comercial la situación es bien diferente, pues se le asigna a la mera declaración pleno efecto entre partes. En efecto, el art. 1924 CCyC al definir la tradición, expresa que "Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. Debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa, los que no se suplen, con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega de darla a quien la recibe, o de éste de recibirla".

Elogiamos este dispositivo, pues al tiempo que impide que una simple declaración pueda tener valor de tradición haciendo adquirir a su vez el dominio al adquirente, no resta, sin embargo, todo el valor que en verdad tiene entre las partes. Sin dudas se ha mejorado la que habíamos calificado de exagerada norma de Vélez (art. 2378).

Tenemos expresado, junto a Moisset de Espanés, en referencia al viejo art. 2378 de Vélez que, entre las partes, dicha manifestación implicaba haber efectuado la tradición por vía del "constituto posesorio", siempre que esa circunstancia no perjudicara a terceros y que en el momento de efectuarse la

---

14 En España el sistema es bien diferente puesto que, según preceptúa el art. 1462 del CC español, cuando la causa de adquisición es una venta instrumentada en escritura pública, este instrumento hace las veces de tradición, si no se estipulare lo contrario; razón por la cual podremos considerar que surgen de la escritura el título y el modo en forma conjunta.

declaración el que entregaba la posesión estuviese efectivamente en dicha relación de poder<sup>15</sup>.

En los casos en que media la dicha declaración habrá de considerarse que se ha operado uno de los supuestos de tradición abreviada, el "constituto posesorio". Es decir que, si a pesar de que el vendedor declaró que entrega y el comprador declara que recibe, pero en los hechos no ocurre así y el vendedor sigue ocupando la cosa, merced a la declaración notarial se considerará que el transmitente se ha transformado en simple tenedor a nombre del adquirente. Se trata pues, de la aplicación concreta de lo previsto en los arts. 1923 CCyC para la tradición posesoria, y 1892, tercer párrafo CCyC para la constitución de derechos reales.

Se advierte así la importancia de consignar en el acto notarial que se hace tradición, aun cuando esa afirmación, según dijimos, no valga respecto de terceros.

## VI. La llamada "cláusula traditoria"

Esta costumbre que hace a la buena técnica notarial documental<sup>16</sup>, ha dado nacimiento a lo que de nuestra parte hemos denominado "cláusula traditoria". Esa parte del título en la que las partes aluden al modo, aun sin ninguna acreditación fáctica. Se determina en esta parte del documento qué ocurre con la entrega de la cosa (1924 del CC), o con la notificación al tenedor en los casos de la tradición por indicación (arts. 1923 y 1892 3º párrafo CCyC), en fin, a todos aquellos actos o conductas que permitirán, de efectivizarse realmente, la definitiva concreción del derecho en cabeza del adquirente.

15 Ventura, Gabriel B. y Moisset de Espanés, Luis; "La tradición escrituraria" en Zeus, Rosario, T 40, diarios del 11/02/1986 al 13/02/1986. Nota al fallo de la Cámara Cuarta Civil y Comercial de Córdoba del 03/04/1985, en autos "Toso, Humberto y otro c/Catini, Julia E. y otro".

16 En nuestras clases de "Práctica Notarial" dividimos la técnica notarial en "técnica documental" y "técnica de acción". Mientras la primera se ocupa de la redacción concreta del documento notarial, la segunda en cambio analiza el comportamiento del notario en su quehacer funcional (imparcialidad, presentación funcional, asesoramiento, lecturas e información a las partes, etc.). Es importante la distinción pues, mientras el legislador en ocasiones alude al contenido documental, en otras, simplemente se refiere a la conducta exigida al funcionario, sin pretender, en cambio, un reflejo documental.

Es necesario remarcar que la declaración de encontrarse ya en posesión el adquirente suele ser una realidad cotidiana, ya que, en muchos casos, si no en la mayoría, la entrega ya se ha operado mediante un previo boleto de compraventa. Igualmente, para ser coherentes con el sistema del Código, no podemos negar que esa "traditio" con motivo de un boleto, no es la que se exige en el art. 1892 CCyC, puesto que para que sea traslativa del dominio deberá estar complementada con una causa idónea, requisito que no satisface un simple boleto de compraventa. En el Código derogado, tal como habíamos adelantado al referirnos a cierta relación simbiótica, esto estaba dicho de manera más explícita en el art. 2602 que directamente expresaba que para que la tradición hiciera nacer el dominio se requería que ella fuera en virtud de un título suficiente. La tradición causada en un simple boleto solo transfiere una posesión ilegítima y de mala fe, pero no el derecho real. Obviamente, cuando el derecho de dominio se adquiere por la instrumentación del título idóneo, aquella misma tradición en oportunidad del boleto pasa a ser, ahora sí, la tradición dominial del art. 1892 CCyC. Se habría producido una suerte de "convalidación" de la posesión que dejó de ser ilegítima y de mala fe, para convertirse en posesión legítima.

## **VII. Las supuestas excepciones a la exigencia de la tradición**

Según expresan los arts. 1923 y 1892 del CCyC, habría casos en los que no sería menester la tradición como modo de constitución de los derechos reales. En ambas normas aparecen tres supuestos en los que no sería necesaria la tradición para que la posesión sea transmitida y el derecho real constituido.

Estas situaciones, que en nuestra opinión no son excepciones a la tradición, como expresión técnica que alude al elemento complementario del título, dentro de la teoría del título y modo, acrecientan enormemente la importancia del tema de nuestro análisis, ya que será directamente la constancia de dicha situación la que operará la constitución del derecho.

Corresponde aclarar que estos casos solo constituyen excepción al traspaso material de la cosa, pero no significa que no se manifieste aquí la necesidad del modo. Ocurre pues, que la expresión "tradición" si bien tiene una acepción vulgar que justamente significa "entrega de una cosa

a alguien”, desde el punto de vista técnico-jurídico alude puntualmente al modo como elemento constitutivo del derecho real. Es esta acepción técnica la que debe primar en un análisis jurídico de cualquier situación.

Los supuestos a los que aludimos son el “constituto posesorio”; la “traditio brevi manu” y la tradición por indicación que, como ya dijimos aparecen reiterados con idénticas palabras en los arts. 1923 del CCyC para la tradición de la posesión y 1892 para la tradición traslativa del dominio.

En el primer supuesto el adquirente ya estaba en posesión de la cosa en su carácter de propietario y vende el inmueble, pero permanece en él un tiempo como locatario, comodatario o simple depositario. Ha mutado pues su relación de poder de posesión a tenencia.

En el segundo supuesto se da el caso inverso, quien ocupaba como tenedor en carácter de locatario, comodatario o cualquier otro contrato que lo coloque en contacto con la cosa, adquiere luego el dominio de ella.

Finalmente, el tercer caso se da cuando el propietario ya había entregado la cosa a un tercero que la ocupa como tenedor, y en ese estado decide transferir el bien a otro sujeto que será obviamente el continuador del contrato por el cual se había transferido la tenencia.

Como puede advertirse no hay en estos casos una exteriorización fáctica de la tradición, justamente porque se ha producido por una manifestación puramente verbal en el ámbito de la audiencia notarial. Sin embargo, tal como adelantáramos, no puede decirse que no sea menester en estos casos el modo como elemento constitutivo del derecho real, que es lo que pareciera surgir de la redacción de las normas. En verdad la tradición se ha operado de manera abreviada; pero, insistimos, no se prescinde del modo para constituir el derecho.

El notario deberá redactar adecuadamente el instrumento dejando constancia de esa abreviación de la tradición, puesto que ahora, al prescindirse de lo fáctico, la acreditación del modo tradición queda totalmente en su desempeño técnico.

En concordancia con lo que venimos exponiendo, no podemos sino reprochar a los legisladores que hayan dicho que no es menester la tradición en estos casos. Igual reprensión hacíamos a Vélez cuando, de manera similar, regulaba los supuestos en el art. 2387 del Código derogado. Estimamos que las normas citadas deberían expresar, simplemente, que “hay igualmente tradición en los siguientes casos” y enumerar allí los tres supues-

tos que hemos enunciado. De esta manera no se subvierte el sistema de constitución de los derechos reales y, al mismo tiempo, se respeta la lógica de la teoría del título y modo. Por otra parte, no puede negarse que la tradición se ha producido, con efectos solo entre partes, pero se ha producido.

Corresponde hacer alguna aclaración respecto de la tradición por indicación, pues en la escritura debe surgir con claridad: 1) que el inmueble se encuentra ocupado, dado en locación (comodato, depósito, etc.)<sup>17</sup>; 2) que se entrega la documentación que así lo acredita (de la que podrá o no agregarse copia autenticada al protocolo, según requerimientos -no lo estimamos necesario-); 3) la cesión de todas las acciones que tenía el transmitente proveniente del contrato respectivo. Si bien esto no sería imprescindible, resulta sin embargo conveniente su inserción para evitar planteos dilatorios por el tenedor en caso de conflicto a la hora de exigirse la restitución del inmueble.

Recomendamos, en consecuencia, hacer constar en la escritura que se hace tradición de la cosa en su modalidad abreviada "por indicación", en los términos del art. 1892 CCyC, de lo que se notificará oportunamente al locatario (comodatario, depositario, etc.). El efecto constitutivo de la tradición, en estos casos, se genera a partir de la notificación al tenedor, según lo determina expresamente el art. 1923 CCyC. Esta notificación no deja de ser, al mismo tiempo, la notificación al deudor cedido exigida también en el artículo 1620 del CCyC.

## **VIII. Supuesto en el que el transmitente continúa ocupando la cosa**

Este caso podría ser la causa de lo detallado en el punto precedente, es decir del hecho de no consignarse la entrega de la cosa justamente porque la misma no se efectiviza. Pero tenemos bien claro que estos supuestos deben solucionarse por otros medios, y no omitiendo la cláusula de tradición escrituraria, ni expresando que la entrega se efectivizará en otra oportunidad.

---

17 No podemos dejar de advertir el grueso error conceptual del art. 1140 del CCyC, que al regular el contrato de compraventa de inmuebles expresa que la cosa debe entregarse "... libre de toda relación de poder..." ignorando así la posible tradición por indicación que estamos analizando, y que se encuentra expresamente permitida.

Es frecuente que el vendedor solicite al adquirente que le permita ocupar la vivienda vendida por un tiempo hasta que él, por ejemplo, consiga otra vivienda. Se estaría haciendo uso así de la llamada "constituto posesorio", es decir, el poseedor legítimo (el dueño) queda ocupando la cosa como tenedor legítimo a nombre del adquirente. Desde un punto de vista puramente jurídico nos atrevemos a expresar que no habría inconveniente alguno en consignar en el título que la cosa no se entrega en ese acto, sino que se hará en un tiempo futuro; pero si lo analizamos en detalle, se advierte que ello puede resultar perjudicial para el adquirente.

En primer lugar, porque no es conveniente que queden obligaciones pendientes en los actos traslativos notariales. En efecto, en caso de pérdida o extravío del primer testimonio, se hará necesaria la anuencia de la otra parte para solicitar la expedición de un segundo testimonio, y en caso de negar este su asentimiento, se deberá recurrir a la vía judicial (art. 308 del CCyC), con toda la demora y costos que ello implica. En segundo lugar, es beneficioso que del mismo título surja, como efecto inmediato al menos entre partes (art. 1924 CCyC) la constitución del derecho real en cabeza del adquirente. Téngase presente que hasta una acción real requiere, *prima facie*, la titularidad del derecho real. Si en el título se expresó que la cosa no se entregaba se posibilita argumentar que el derecho real no se constituyó (art. 750 CCyC) con el inconveniente que hemos señalado.

Consideramos prudente, en estos casos, la formulación de un contrato de comodato (art. 1533 del CCyC) que, por otra parte, coincide totalmente con la realidad de los hechos. El adquirente que ha recibido la cosa por la sola declaración "inter partes", art. 1924 CCyC, por *constituto posesorio*, según lo sentado en el art. 1892, 3º párrafo del CCyC, pasa a ser el nuevo "dominus"; por eso puede ahora "entregar" la cosa objeto de su derecho al actual ocupante a título de comodatario. Tanto el dominio (art. 1892), como el comodato (art. 1923) han quedado constituidos por la virtual declaración y el contrato respectivo.

También es conveniente, dentro del contrato de comodato, la inserción de un pacto de desalojo para facilitar el trámite respectivo en caso de presentarse algún inconveniente frente al incumplimiento de la restitución<sup>18</sup>.

---

18 No es correcto denominar a este contrato "tenencia precaria", como lo vemos a diario, porque la tenencia es la relación de poder que nace con motivo del contrato. Por otra parte, en el Código

## IX. Títulos notariales en contra de actuales poseedores

Un título adquisitivo y su registración sólo acreditarán el derecho a poseer, pero no la posesión misma, según pregona el art. 2239 del CCyC que, junto con lo estatuido en el art. 2240, consagran el principio posesorio enunciado como "prohibición de obrar de propia autoridad". Por ello resulta de especial interés analizar en qué situación queda quien luego de adquirir no puede entrar en posesión porque la cosa se encuentra ocupada por un tercero contradictor.

En este caso, el titular cartular podrá reclamar al vendedor que cumpla con una de las obligaciones que le impone el contrato traslativo: la entrega de la cosa. Recordemos que la presencia de un contradictor en el inmueble impide considerar efectivizada la tradición, según lo determinado en el art. 1926 del Código Civil y Comercial, por lo que bien puede inferirse que el vendedor no ha cumplido con la dicha obligación. Estimamos que siempre ha de ser esa la conducta más adecuada del adquirente, dado que si él encara por propia cuenta las acciones en contra del poseedor u ocupante<sup>19</sup> correrá el riesgo de ser vencido por un propietario por usucapión; es decir un poseedor que tenga veinte o más años de posesión en las condiciones establecidas por ley (arts. 1899, 2565 y correlativos del CCyC). El vendedor será quien tenga la prueba adecuada para contradecir los dichos del ocupante.

Por otra parte, queda siempre al adquirente la automática garantía de evicción en contra del transmitente, ante el más mínimo cuestionamiento a su derecho o de su posesión (arts. 1034 y 1044 del CCyC). En efecto, el art. 1044 establece que "La responsabilidad por evicción asegura la existencia

---

Civil y Comercial no existe la tenencia precaria como categoría diferente a otra especie, a pesar de que la expresión aparece en algunos códigos de procedimiento. El contrato sería de comodato, depósito, etc., y en todos esos casos el ocupante es un simple tenedor (art. 1910 CCyC).

19 El adquirente tendrá acciones posesorias como sucesor a título singular del transmitente, siempre que la posesión del ocupante no tenga más de un año, en cuyo caso se habría operado la prescripción de la acción (art. 2564, inc. b del CCyC). También podría encarar la acción reivindicatoria, por aplicación de la teoría de la cesión tácita mediante el título de transmisión. Ver al respecto nuestro *Acciones reales según el CCyC*, Zavalía, Buenos Aires, 2017, p. 100-107. También en "Acciones reales" en *Cuestiones esenciales en derechos reales*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 151-152.

y legitimidad del derecho transmitido, y se extiende a: a) toda turbación de derecho, total o parcial, que recae sobre el bien, por causa anterior o contemporánea a la adquisición; b) los reclamos de terceros fundados en derechos resultantes de la propiedad intelectual o industrial, excepto si el enajenante se ajustó a especificaciones suministradas por el adquirente; c) las turbaciones de hecho causadas por el transmitente”.

La sola turbación posesoria pues, ya es fundamento suficiente para hacer funcionar la garantía de evicción, según lo establece la norma transcrita<sup>20</sup>.

La venta sin hacer referencia a la ocupación de un tercero, o a un problema de límites, por ejemplo, constituye la turbación a la que hacemos alusión. El oportuno asesoramiento del notario, en el momento de solicitarse su intervención como instrumentador del contrato, impedirá el ocultamiento de estas situaciones que generarán un conflicto *inter partes* de no plasmarse apropiadamente en la escritura, tal como veremos en el punto siguiente.

## **X. La transmisión de inmuebles ocupados por terceros contradictores**

El primer interrogante que se nos puede plantear ante esta situación es saber si puede o no transferirse un inmueble en esas condiciones. Sin lugar a dudas el título puede instrumentarse, sea gratuito u oneroso.

El único recaudo que debe tomar en cuenta el notario es la declaración de la circunstancia, y de la manera lo más precisa posible en el acto escriturario, para que no aparezca como una omisión dolosa que anularía el acto por aplicación del art. 271 del CCyC. Por supuesto que, si el ocupante es ya un titular real por usucapión, de poco le valdrán al comprador las acciones que pudieren cedérsele; pero eso es otra cuestión y presumimos que se habrá tenido en cuenta dicho riesgo en la contratación y su precio, para que no se altere el equilibrio sinalagmático. Pero el acto es plenamente válido.

---

20 Recomendamos la consulta de Ferreyra, Edgard A., *Principales efectos de la contratación civil*, Ábaco, Buenos Aires, 1978, p. 315-316. El autor hace un profundo análisis de los efectos de la evicción. Su lectura es muy ilustrativa a pesar de ser obra escrita en el entorno del Código derogado.

El notario deberá asesorar tanto al vendedor como al comprador en estos supuestos, para que, una vez celebrado el título, pueda concretarse lo que, en definitiva, se procura: el desalojo y el consiguiente recupero de la cosa.

Remarcamos que es importante que el notario deje plasmado en la escritura la declaración del transmitente en cuanto a que el inmueble se encuentra ocupado, caso contrario pesarán sobre él las acciones civiles que hemos enunciado: evicción, entrega de la cosa vendida, amén de que puede verse inculpado injustamente en la figura de la estafa y hasta de estelionato<sup>21</sup> si el ocupante ya fuere el propietario por usucapión. Por ello recomendamos insertar esa declaración que deberá ser expresamente aceptada por el adquirente en conocimiento preciso de esa circunstancia, liberando también expresamente al transmitente de la garantía de evicción tal como posibilita el art. 1036 del CCyC. En un juicio posterior, el nuevo propietario se encargará, pero a su riesgo, de obtener el recupero de la cosa.

Es importante también que la cláusula contenga la cesión expresa de las acciones pertinentes para procurar el recupero del bien. Aunque casi todos los autores, a excepción de Salvat<sup>22</sup>, acordaron con el plenario Arcadini contra Maleca que en el caso de que el transmitente hubiere perdido la posesión de la cosa que vende, la sola suscripción de la venta en la escritura ya producía la cesión tácita de todas las acciones emergentes del dominio<sup>23</sup>, siempre solemos expresar que las aplicaciones tácitas de ciertos institutos o figuras jurídicas, en el ámbito notarial, debemos reservarlas para los olvidos, errores u omisiones notariales y no usar de ellas cuando estamos en conocimiento cierto de determinadas circunstancias que pueden generar perjuicios o controversias luego. Es siempre conveniente

---

21 En el nuevo CCyC ya no aparece el estelionato, como ocurría en el Código de Vélez; pero nada autoriza a considerar que no está presente en cualquier contratación sobre cosa ajena como propia. Por otra parte, como delito penal se halla expresamente tipificado en el art. 173, inc. 9 del Código Penal.

22 Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos reales*, ob. cit., 4º ed. actualizada por Argañarás, TEA, Bs. As., 1959, T III, p. 638-642.

23 En especial rescatamos del plenario citado, las opiniones de Cichero y de Llambías que fueron, por así decir, quienes más aportaron al resolutivo que generó la teoría de la cesión tácita. Tenemos un análisis resumido de ese pronunciamiento (Fallo plenario "Arcadini, Roque (sucesión) v. Carlos Maleca", en LL 92-463) en nuestro *Acciones reales según el Código Civil y Comercial*, Zavalía, Buenos Aires, 2017, p. 100-107.

pues, dejarlas expresamente regladas y aceptadas en el instrumento, para evitar hacer ingresar en el título y su valor jurídico, todo el debate doctrinario en torno a la validez de la cesión tácita a la que hemos aludido<sup>24</sup>.

Entre los argumentos surgidos del citado plenario, quizás el más importante fue el del Dr. Cichero, que se basaba en la nota de Vélez al art. 2109 de su Código, cuando el primer codificador expresaba que "Se juzga que cada enajenante ha transferido la cosa a su adquirente *cum omnia sua causa*, es decir, con todos los derechos que le competían. El último adquirente, es pues tácita y necesariamente subrogado en todos los derechos de garantía de los que han poseído la cosa antes que él, y reúne esos derechos en su persona"<sup>25</sup>. Es evidente, además, que el art. 2256 del CCyC que regula la prueba en la reivindicación de inmuebles, hace aplicación legal de estos principios.

Ahora bien, si hemos dicho que el notario debe asesorar al vendedor para que declare que el inmueble se encuentra ocupado por un tercero contradictor, es obvio que, con una mínima diligencia profesional y funcional, también deba sugerirle una cesión expresa de la acción reivindicatoria que le corresponde al vendedor.

## XI. La garantía de evicción

La evicción, o más exactamente la "garantía de evicción" existe para custodia de la adquisición y con total independencia de la buena o mala fe del transmitente. La existencia de un poseedor contradictor; es decir que se oponga a que el adquirente tome la cosa en su totalidad o que limite su ocupación por uno de sus límites, es uno de los supuestos más característicos que hacen procedente esta garantía automática.

---

24 Enseñamos en nuestras clases que la sola presentación del título a los estrados judiciales para que el juez se pronuncie sobre la validez del mismo o de su contenido, aun cuando el resultado fuere favorable a su bondad, ya nos permite dudar de lo notarial. Decimos que no debe quedar duda luego de la intervención del notario en un acto jurídico. Por ello la necesidad de poner especial celo en la redacción de estas cláusulas que tienden a evitar pendencias por falta de previsión contractual. En materia de teorías jurídicas relacionadas con la técnica documental, el notario, con independencia de su opinión personal, debe adoptar la más severa y rigurosa, para que nadie se atreva tan siquiera a cuestionar su sentido y validez.

25 Ventura, Gabriel B., *Acciones reales según...*, ob. cit., p. 100 a 107. También *Acciones reales*, ob. cit., Lexis Nexis, p. 144.

Sus consecuencias son obligar al enajenante a coadyuvar, cuando no a ser el protagonista principal en las acciones contra el ocupante y, en caso de resultar estas infructuosas, deberá responder con la reparación de los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado al adquirente.

Se encuentra receptada en nuestro Código Civil y Comercial a partir del art. 1034 CCyC y más específicamente en el art. 1044 y ss. Desde la óptica puramente notarial corresponde hacer las siguientes observaciones en cuanto a esta institución; a saber: ella no funciona para exigir la reparación de los daños respecto de situaciones que eran conocidas por el adquirente (art. 1040, inc. a).

Esta garantía, al igual que la redhibitoria, funciona de manera automática, sin necesidad de pacto expreso, según lo sienta el art. 1036 del CCyC. Por ello siempre nos ha llamado la atención, sobre todo en estos tiempos en que se procura reducir las fórmulas notariales, encontrar esta garantía consignada en los textos de casi todos los títulos adquisitivos<sup>26</sup>. Lo único que sí debe estar manifestado en el contrato es su renuncia, ampliación o disminución (art. 1036 CCyC), pero su vigencia automática está impuesta por la ley.

## **XII. El usucapiente frente a los nuevos titulares cartulares o registrales de derechos**

Este es un problema de singular trascendencia si tenemos en cuenta lo que dijimos al comienzo; que ni la escritura de transferencia ni su registración garantizan la titularidad real del derecho. En efecto, el poseedor que ha adquirido por usucapión puede oponer su título a todo otro titular, sea cartular o registral. Él tiene lo que calificamos más arriba como "titularidad real".

---

26 La situación general de inestabilidad en las decisiones jurisprudenciales hace que, a veces, sea mejor repetir una costumbre, aunque legalmente no fuere menester, que asumir el riesgo de una redacción científicamente correcta, pero novedosa. Probablemente la redacción omitiendo la garantía podría dar pie a alguna argumentación sofisticada que hiciera menguar la eficacia de la garantía. Es, en verdad, bastante común en los textos escriturarios, por la razón expuesta, que los notarios reiteran algunas cláusulas que en rigor de verdad no deberían aparecer en los títulos notariales; por ejemplo: el pacto de mora automática (art. 886 del CCyC).

El poseedor usucapiente, por el solo transcurso del tiempo en las condiciones determinadas en la ley (art. 1899 y 2565 CCyC) ha adquirido el dominio de la cosa por un modo originario; es decir que no lo ha recibido de nadie. Es esta característica especial, ser un modo originario, lo que le permite ignorar cuantas mutaciones jurídicas, cartulares o registrales se hubiesen operado respecto de la cosa y que no hayan sido reconocidas o respetadas en su posesión.

El título del usucapiente se basa en su posesión y, tal como ya lo expresamos, la posesión es un hecho. A ella no puede oponerse un derecho, ni mucho menos una registración.

Veamos los casos que pueden presentarse:

#### A) El usucapiente frente al adquirente por un contrato traslativo

Este caso puede plantearse cuando confeccionado el título adquisitivo, la escritura pública, el adquirente no puede tomar posesión del bien porque se encuentra ocupado por un propietario por usucapición. Este supuesto resultó ya parcialmente analizado en el presente estudio. Al comprador le asistirá la posibilidad de exigir al vendedor la entrega de la cosa que no pudo operarse por no haber "tradición vacua" (art. 1926 CCyC), y en consecuencia puede también hacerse valer la garantía de evicción a la que acabamos de referirnos. En ambos casos resultará de aplicación, subsidiariamente, la reparación de los daños y perjuicios por no ser posible el cumplimiento de la obligación, según surge de los arts. 1040, 1716, 1737 y 1738 del CCyC y la norma general del art. 730, inc. c. Pero es indudable que, frente al adquirente por usucapición, nada puede hacer el nuevo titular cartular y verá irremisiblemente perdidas sus posibilidades dominiales sobre la cosa no entregada.

#### B) El acreedor hipotecario frente a un adquirente por usucapición

Este ha de ser el supuesto más interesante en el que se enfrenta un título hipotecario con la posesión de quien ya tiene cumplido a su favor el plazo de veinte años para adquirir por usucapición (art. 1899 CCyC). Como adelantamos, tratándose de un modo originario, el usucapiente

puede válidamente ignorar toda mutación jurídica que se hubiese efectuado sobre la cosa en sede cartular o registral. No así si la modificación hubiese sido física (1928 del CCyC), o se hubiesen dado las otras condiciones que prevé la ley, arts. 2545, 2546 y 2548 del CCyC, como supuestos de interrupción.

Por ello estimamos como una diligencia mínima del acreedor hipotecario verificar que el constituyente esté efectivamente en posesión del bien a hipotecar; pues la pérdida de la posesión del mismo hará tambalear también su garantía hipotecaria de igual manera que corre riesgo el dominio mismo sobre la cosa<sup>27</sup>. Obviamente esto involucra también al notario instrumentador, dado que es su obligación el asesoramiento oportuno al respecto.

Casi todos los autores que adherían a la ineficacia de la hipoteca en estos casos, antes de la sanción del Código Civil y Comercial, basaban su opinión en la atribución de un imaginado "efecto retroactivo" de la usucapión. Así, decían, el dominio se retrotraía a favor del usucapiente al momento inicial de su posesión, es decir antes de que se hubiese constituido la hipoteca<sup>28</sup>.

Por nuestra parte, siempre renegamos de esa tesis. Decíamos que considerar dicho efecto retroactivo sería una ficción que, amén de no tener sanción legislativa, concedería facultades inadmisibles a un simple poseedor ilegítimo en vías de usucapir.

Adviértase que con ese criterio hasta se podría conceder a un usucapiente sin plazo cumplido la facultad de hipotecar, por ejemplo. Creemos pues que el efecto retroactivo, en general, solo puede admitirse en los casos concretos en que el legislador, en tutela de una situación especial, lo prevé expresamente. Pero, además, el fundamento de nues-

---

27 Ventura, Gabriel B., "La usucapión opuesta al acreedor hipotecario", en LL Córdoba, 1988, p. 616. Ver también nuestro *Acciones reales según...*, ob. cit., p. 58 y ss.

28 Salvat, Raymundo M., *Derechos reales*, TEA, Buenos Aires, 1962, T II, N° 1014, p. 293. Peña Guzmán, Luis A., *Derecho Civil. Derechos reales*, TEA, Buenos Aires, 1973, T II, N° 697, p. 259. Marcolín de Andorno, Marta N., *Prescripción adquisitiva*, 2da. ed., Zeus, Rosario, 1975, p. 99. Lapalma Bouvier, Néstor D., *El proceso de usucapión*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1979, p. 208-210. Levitán, José; *Prescripción adquisitiva de dominio*, 2da. ed., Astrea, Bs. As., 1979, p. 256-259. Díaz Reyna, Emilio A., "El efecto retroactivo de la usucapión", *Revista Notarial (Córdoba)*, N° 43, 1976, p. 15. Smayevsky, Miriam y Penna, Marcela A., *Usucapión*, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 172.

tra postura de considerar ineficaz la hipoteca constituida por el titular cartular y registral, que ya no tiene dominio por haber alguien poseído por el plazo legal (art. 1899 CCyC) radica, en cambio, por el hecho de que consideramos imprescindible la existencia de la posesión en manos del constituyente, al momento mismo de la constitución de la garantía<sup>29</sup>.

Es evidente que la ley, al crear la garantía hipotecaria, presupone título y posesión en el constituyente. El hecho de que la hipoteca no exija tradición, según disposición expresa del art. 2205 del CCyC, no implica que el constituyente no deba tener la posesión de los bienes objeto de la hipoteca; todo lo contrario, ello surge de manera expresa de la citada norma, cuando dice que el inmueble "continúa en poder del constituyente". Pues bien, esa "continuación en el poder", no es más que la posesión actual, su continuación y permanencia. No debemos olvidar que la hipoteca implica una eventual ejecución futura y dicha ejecución hace forzosa la posesión del constituyente, ya que, si la relación de poder estuviese en manos de otro sujeto distinto que el constituyente y que no hubiera recibido de este la posesión, ese tercero podrá defenderse por las vías posesorias y hasta interponer válidamente, en su caso, el llamado "despojo judicial" en contra de la resolución que imponga su desposesión<sup>30</sup>.

Piénsese en lo absurdo que resultaría condenar al dueño de la cosa frente al propietario por usucapión y rescatar, sin embargo, de dicho efecto, al acreedor hipotecario que habría obtenido su derecho de quien ya no era propietario. Creemos pues, en definitiva, que en estos casos debe triunfar siempre el usucapiente<sup>31</sup>. Por eso remarcábamos

---

29 Ventura, Gabriel B., "La usucapión opuesta al acreedor hipotecario", LL Córdoba, 1988, p. 616. Ver también nuestro *Acciones reales según...*, ob. cit., p. 58 y ss.

30 Salvat, Raymundo M., ob. cit., 5ta. ed., TEA, Buenos Aires, 1961, T I, Nº 564, p. 440. Mariani de Vidal, Marina, *Curso de derechos reales*, 4ta., Zavalía, Buenos Aires, 1997, T I, p. 251: (...) cuando el fallo se ha dictado sin haber oído ni dado intervención en el pleito al afectado, pues en tal caso aparecería violada la garantía de la defensa en juicio que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional.

31 Ventura, Gabriel B., *La usucapión opuesta...*, ob. cit., p. 613. Decíamos ahí: "Consideramos más justo exigir al acreedor hipotecario verificar la posesión del constituyente, que hacer cargar al usucapiente con una hipoteca ajena por completo a su relación real y que no configura en nada un acto posesorio de los previstos en el art. 1928 del CCyC. La hipoteca ha nacido en una escribanía con total independencia de un sustento fáctico. A nuestro entender se ha abusado de la no exigencia de la tradición y de la titularidad registral y cartular.

más arriba la obligación notarial de asesoramiento al acreedor sobre este aspecto. Para nuestro beneplácito, los autores que fundaban la inoponibilidad de la hipoteca ante el propietario por usucapión, atribuyendo un efecto retroactivo que la ley no autorizaba a la sentencia de usucapión, hoy han quedado sin argumentos, pues el art. 1905 del CCyC, en su segundo párrafo, expresamente declara que "La sentencia declarativa de prescripción larga no tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión". La discusión, en nuestra opinión, ha quedado zanjada definitivamente frente a este coherente dispositivo que no merece más que elogios<sup>32</sup>.

### XIII. Los actos posesorios

Es importante que el notario instrumentador de un contrato traslativo del dominio asesore al adquirente respecto de la realización de actos posesorios; aunque sea de poca monta. Ello facilitará la prueba, el día de mañana de ser menester, de los actos posesorios que le permitan argumentar que el derecho real ha quedado válidamente constituido por haberse dado los dos elementos constitutivos del derecho real: el título y el modo. Esta precaución es más importante aún si se trata de un inmueble baldío que facilita la intrusión de extraños que luego pueden cuestionar la titularidad real del adquirente.

---

32 Uno de los principales argumentos para sostener la retroactividad radicaba en la obligación de devolver los frutos que tenía el poseedor condenado a restituir la cosa frente a una reivindicación triunfante. Para ello argumentaban que durante todo el plazo prescriptivo ese poseedor habría sido de mala fe, lo que hacía aplicable el art. 2423 del Código derogado que establecía que solo el poseedor de buena fe hacía suyos los frutos. Si era de mala fe, *a contrario sensu*, debía restituirlos. Considerar que la usucapión no tenga efecto retroactivo implicaría, según esta opinión, que la sentencia debía condenar al usucapiente que habría sido de mala fe hasta la obtención de la sentencia, a restituir esos frutos. El error de esta argumentación resulta de no haber advertido, merced a una omisión del legislador, tanto en el viejo Código como en el nuevo CCyC, de consignar que el poseedor tiene entre sus derechos inherentes, el derecho de usar y gozar de la cosa. Probablemente por una obviedad no se dejó esto aclarado en el art. 1932 del CCyC, ni en la norma equivalente de Vélez (art. 2420 y 2421). Adviértase que, si el poseedor no usa y goza de la cosa poseída, no se estaría comportando como si fuera titular de un derecho real, según la exigencia del art. 1909 CCyC que determina cuándo se está ante esta relación de poder; en definitiva, no sería poseedor. De esto resultaría que, para ser poseedor, deberá usar y gozar de la cosa como si fuera el dueño; pero luego, al adquirir por usucapión le reprocharíamos que lo hubiera hecho así.

El art. 1928 del CCyC establece que "Constituyen actos posesorios sobre la cosa los siguientes: su cultura, percepción de frutos, amojonamiento o impresión de signos materiales, mejora, exclusión de terceros y, en general, su apoderamiento por cualquier modo que se obtenga". Como puede advertirse, tal como ocurría en el viejo artículo 2384 del Código de Vélez, la norma acude a la enumeración no taxativa<sup>33</sup>, de hechos que producirán, en definitiva, la prueba de la posesión. Sin embargo, el criterio de la enumeración no resulta a veces el más apropiado para garantizar la correcta expresión de la esencia conceptual de ciertos fenómenos o institutos. En efecto, hemos visto como, a veces, por la falta de un concepto general de "acto posesorio", abstraído de casos concretos, se le atribuye dicho carácter a supuestos que distan mucho de la voluntad legal<sup>34</sup>.

Hay una serie de conductas y acciones que no presentan ninguna dificultad en cuanto a adjudicarles el carácter de acto posesorio en sentido técnico, dado su encuadre perfecto dentro de la literalidad de la norma del art. 1928 del CCyC. Así, por ejemplo, nadie dudaría en atribuirle esa entidad a una ocupación, a la actividad de alambrar o cercar, edificar en general, mejorar la edificación existente, sembrar el predio o plantarlo, etc. Pero hay otros supuestos, en cambio, que no aparecen con tanta claridad, sea por no figurar en la enumeración del artículo, sea por no participar exactamente de su sustancia. Así lo vemos, por ejemplo, en el caso de la mensura que, configurará sin duda alguna un acto posesorio<sup>35</sup>.

---

33 Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos reales*, TEA, 5ta. ed., Buenos Aires, 1961, T I, p. 113. Highton, Elena I., *Derechos reales. Posesión*, Ariel, Buenos Aires, 1979, 95, p. 70.

34 El decreto-ley 5756/58 establece que se admitirá toda clase de antecedentes... introduciendo, a la vez la exigencia de la demostración del cumplimiento de las cargas fiscales, pero como uno de los medios tendientes a la comprobación de la existencia y continuidad de los actos posesorios. Cám. Civil 2º de Córdoba, "Segovia, Ramón - Usucapión", La Ley, Córdoba, 1988, p. 888. Levitán, José, en *Prescripción adquisitiva de dominio*, Ed. Astrea, Bs. As., 1979, p. 214, destaca que la importancia especial que la ley asigna al pago de impuesto hace que equivocadamente se esgrima, en algún fallo, la falta de pago como presunción en contra del prescribiente.

35 Partimos de la base de una mensura efectuada correctamente; es decir concurriendo al lugar y produciendo *in situ* todas las actividades pertinentes. El art. 1928 CCyC no menciona la mensura, sino el amojonamiento, que es actividad posterior a la mensura; pero sin dudas la sola mensura, aun sin amojonamiento, configura acto posesorio, más allá de la dificultad probatoria al no haber dejado "huella". En contra, Raymundo M. Salvat, ob. cit., T I, p. 112.

Por todo lo hasta aquí expuesto creemos que es importante partir de un concepto general y técnico de acto posesorio, para facilitar el análisis de supuestos no contemplados expresamente. La norma del art. 1928, no debió acudir a la enumeración, sino a la explicación genérica de actividades y circunstancias que se consideren legalmente actos posesorios. Es el reproche que hemos venido haciendo a la norma de Vélez (art. 2384) y que no podemos dejar de remarcar igualmente en el nuevo CCyC, puesto que persiste en la falencia de no haber dejado sentada, de manera técnica, una definición preceptual de lo que debe considerarse acto posesorio<sup>36</sup>. Ello nos mueve, procurando completar lo que de nuestra parte es una falencia legal, a la luz del art. 1928 del CCyC y de todas las normas complementarias a este, a decir que: acto posesorio es un hecho voluntario que produce una modificación física sobre la cosa supuestamente poseída y que permite llegar al convencimiento de haber estado en contacto con ella, con ánimo de dueño.

#### **XIV. Las actas posesorias**

No son demasiado extraños al accionar notarial los requerimientos en los que se pretende dejar acreditado que un sujeto determinado se encuentra en posesión de una cosa. En estos casos ya el notario no actúa confeccionando el título causa del derecho real mediante una escritura pública (art. 299 CCyC), sino verificando el hecho de la posesión mediante una escritura acta (art. 310 CCyC). Concretamente dejando constancia de la existencia o inexistencia de posesiones. Ello se verificará mediante la constancia de los ya analizados actos posesorios.

Se le requiere al notario que verifique que, en un determinado inmueble, no hay posesión alguna; o que el requirente se encuentra en posesión de él. El escribano deberá entonces concurrir al inmueble y verificar tales hechos. En estas actuaciones debe hacerse especial alusión a la inexistencia o existencia de opositores que se niegan a dejar ingresar al compareciente, para que quede acreditada la posesión vacua

---

36 Ventura, Gabriel B., "Conceptualización de los actos posesorios", Revista Notarial de Córdoba, 61, p. 96 a 98. Ventura, Gabriel B., "Aspectos probatorios del juicio de usucapión", LL Córdoba, 1988. Ventura, Gabriel B., "Los títulos notariales y la posesión", Anuario de Derecho Civil, Alveroni, Córdoba, 2003, T VIII, p. 58. Ver también en nuestro *Acciones reales según el CCyC*, ob. cit., p. 39 y ss.

prevista en el art. 1926 del CCyC a la que ya hemos aludido. Ese es uno de los principales indicios de que se tomó posesión de la cosa.

También es importante demostrar que se ha ingresado al inmueble y se ha recorrido. Si el requirente expresa que tal o cual modificación ha sido efectuada por él obviamente puede ser una prueba importante de la posesión, aunque corresponde aclarar que la realización concreta por el solicitante no quedará comprobada por sus solos dichos. En su oportunidad deberá completarse la prueba, ya que su sola expresión no genera la eficacia convictiva suficiente para argumentar su autoría.

También aporta cierta particularidad a un acta de esta naturaleza el estado del inmueble, ya que, si el mismo no se encuentra alambrado, por ejemplo, se necesitará recorrer o describir al menos someramente la zona que se pretende poseída.

Finalmente, y aunque parezca una verdad de Perogrullo, consideramos importante aclarar, como precaución en este tipo de diligenciamientos, que el notario no puede corroborar la rotura de una cerradura, cadena o candado en una puerta o de una tranquera, pues ello implicará la constatación de una violación de domicilio o usurpación, según los casos, en la que habría participado el mismo notario autorizante. Si bien es cierto que puede tratarse del dueño que ha extraviado su llave, la corroboración de una circunstancia así no da cabida a un acta notarial sin comprometer seriamente al notario que interviene.

Son muchos y muy lamentables los casos que hemos visto de esta imprudencia notarial, por eso nuestro énfasis en explicarlo. En algunos casos el notario hasta ha dejado constancia de la rotura de una cerradura para poder ingresar.

Distinto sería el supuesto en que el requirente hubiese ido con anterioridad y hubiera roto la cerradura sin la presencia notarial. Si el notario no ha tenido conocimiento de ese proceder no podrá verse comprometido en ilícito alguno<sup>37</sup>.

---

37 Enseñamos en nuestras clases de Práctica Notarial, dentro de la técnica de acción, que el notario sólo puede ingresar a inmuebles por el procedimiento normal. No sin pecar de Perogrullo decimos "el notario debe ingresar por la puerta, que ha sido abierta especialmente por el requirente". Nunca por una ventana, ni por los techos, ni rompiendo o saltando defensas.







# Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

## Áreas y Comisiones Asesoras

**PRESIDENTE** / Diego Leandro MOLINA

Unión Internacional del Notariado

Consejo Federal del Notariado Argentino (CFNA)

Encuentros plenarios de delegaciones

Relación con la Legislatura

Equipo de Comunicaciones Presidencia

Instituto de Documentación Digital

**VICEPRESIDENTE 1°** / Alicia Noemí BROCCARDO

Archivo de Actuaciones Notariales

Centro Institucional de Mediación

Departamento de Registros Especiales

Departamento de Inspección General

Oficina de Regularización Dominial y Vivienda Social

Tribunal de control de los RNRD

**Comisión de Compromiso Social, Vivienda y Hábitat:** Manuel José Carricajo (Presidente); Julia Irene Díaz; Francisco Alejandro Chicote; María Jimena Brusco; Emilio Ballina Benites; Carolina Boltiansky; Lilita Cossini; Pablo Javier Courett; Roberto Pablo Silbert.

**Comisión de Congresos, Jornadas y Encuentros:**

Maximiliano Molina (Presidente); Vilma Claudia Roselló; Marina Susana Eyra Villar; Maisa Lorena Di Leo Recalde; Gabriela Dina Piccardo; Fernanda Morán de Cosola; Marcelo Falbo; Verónica Andrea Galiana; Ana Clara Sabatini Ayarra.

**Comisión de Regularización Dominial:** Marcela Voiscovich (Presidente); Carolina Rita Gerino; Esteban Bedoya; Cora María Barreto Peltzer; Juan Luis Cadierno; Luis Marinelli; Luciana Bernardo; Valeria Pierrot.

**Comisión de Seguros:** Pablo Alexander Balero Reche (Presidente); María Eugenia Grebol; Lidia Rossi; Armando Luis Arcone; María Belén Suares; María Cecilia Sardi; Maximina Zabala.

**VICEPRESIDENTE 2°** / Nelly Olga LÓPEZ

Tribunal Notarial

Asesoría Tributaria

Biblioteca Jurídica Central "Dalmacio Vélez Sarsfield"

Relación con la Dirección Provincial de Personas Jurídicas y el Ente Provincial

Instituto de Derecho Tributario

**Comisión de Concursos:** María Cecilia López (Presidente); Gastón Erramouspe; Estefanía Casati; Emiliano Raúl Villalba; Natalia Blasi Bucciarelli; Valeria Pepe; Estela Zubiaurre; Fabiana Balzano Scioletta.

**Comisión de Noveles:** Juan Andrés Bravo (Presidente); Agustín Valenti; Catalina Malara; Andrés Pianzola; Emilia Zylberberg; Catalina Vattuone Marti; Emmanuel Ojeda Georgieff; Pilar Senra; Esteban Ebrecht (oyente).

**Comisión de Bibliotecas:** Graciela Curuchelar (Presidente); Fabiana Beatriz Ingrassia; Silvia Beatriz Salem; Marina María Copello (novel); Adela Lilita Marino de Vampa; María Guadalupe Eiras.

**Comisión de Personas Jurídicas:** Marcos Heredia (Presidente); Jano Pacho; Laura Isabel Bresso; Martín Leandro Russo; María de las Mercedes Lynn Berecibar; Marcela Alejandra Muscarillo; Leonardo Daniel Villegas; Ariel Martín Moreno.

## SECRETARIA DE GOBIERNO / Karen Maína WEISS

### Asesoría Notarial Personalizada

Lavina; Guillermo Borges; Felipe Basanta; Milena García; Mario Germán Bordenave; Verónica Storti; Sebastián Ugalde; Gabriela Alejandra Vaccaro; Ana Antonieta Lavecchia; Laura Inés Vázquez; Pablo Adrián Álvarez; Delia María Miranda.

### Coordinación de Gestión

### Relación con ARBA

### Relación con la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad

**Comisión de Asuntos Fiscales y Administrativos:** Brígida Gloria Raffo (Presidente); Osvaldo Natalio Togni; María Alejandra Re; Florencia Gómez; Nicolás Máspoli; Bárbara Drake; Patricia Edith Montes; Juan Ignacio Rodríguez.

### Relación con municipalidades

### Instituto de Derecho Registral

**Comisión de Asesores Registrales:** Magdalena de Vega; Alfredo Ceferino Troilo Marcos; Mariana Armendariz; Carlos Martín Pagni; María del Carmen Kiricos; Viviana Rita María Pellegrino de Scotto

**Comisión de Legislación y Jurisprudencia:** Rodolfo Vizcarra (Presidente); Mariana Hefling; Daniela Villares; Juana Bovati; Andrea Fernanda Salvini; Marcela Spina; Gastón Renato di Castelnuovo; Franco Spaccasassi; María Losardo.

## SECRETARIO DE ADMINISTRACIÓN / Patricio Rodolfo VILLAMAYOR

### Desarrollos informáticos para la administración

**Comisión de Personal y Administración:** María Florencia Perés (Presidente); Juan Pablo González Fortini; Francisco Eitel Barreto Peltzer; Rodrigo Aguirre (novel); Estela Susana Luis; Marcela Pizarro; Nicolás Alejandro Ruzzante; Martín Guerrieri; Mariana Moral.

### Departamento de Recursos Humanos

## SECRETARIA DE ASUNTOS PREVISIONALES / María Paula VELILLA

### División Atención de la Salud

**Comisión de Jubilaciones y Subsidios:** Laura Susana Montani (Presidente); Roberto Adrián Favelis; Alicia Susana Salvatore; Susana María Wallace; María del Carmen Gaudino; Rebeca Waisman; Horacio Ramón Iribarren; Stella Maris Perdriel.

### División Jubilaciones y Subsidios

### División Préstamos y Turismo

**Comisión de Atención de la Salud:** María Nélica Dómina (Presidente); Natalia Martínez Dodda; Pablo Alejandro Di Giano; Silvina Verónica Bento; María Lía Iriarte; Haydée Sabina Podrez Yaniz; Raúl Alberto Borges; Juan Pablo Giannini; Ramiro María Flores; Aldana Miliuzzi; Esteban Morcillo; Juan Esteban Fal; Gustavo Alfredo Silva; Mónica Esther Saluppo; Laura Marisa Patricio; María Fernanda Lorenzo Mendy; María Carolina Méndez.

**Comisión de Préstamos y Turismo:** Gustavo Emanuel Mittica (Presidente); Juan Pedro Calou; Matías Wertheimer; Eugenia Irene María Bagnoli; Gustavo Görg; Pedro Ilarregui; María Florencia Moussou; Daniel Cristian Franco; Lorena Suanno.

**SECRETARIA DE RELACIONES INSTITUCIONALES** / Carina PÉREZ LOZANO

**Boletín Informativo**

**Curso de Ética**

**Escuelas apadrinadas**

**Federación de Entidades Profesionales Universitarias (FEPUBA)**

**Fundación Editora Notarial (FEN)**

**Revista Notarial**

**Sistema Orgánico de Información Notarial (SOIN)**

**Universidad Notarial Argentina (UNA)**

**Delegados de la Universidad Notarial Argentina**

**Comisión de Extensión Cultural:** Otilia Zito Fontán (Presidente); María Cecilia Sacoski; Patricia Mónica Etchegoyen; María Sol Togni; Gerardo Agustín Clavin; Nilda Beatriz Rosa; Ana María Unchalo; Silvia Ugalde; Haydeé Susana Maggiolo.

**Comisión de Género y Derechos Humanos:** Susana Mabel Surace (Presidente); René Carlos Casas; Kelina Dinet López; María Andrea Sánchez Negrete; María Paula Etchart; Lucía Gianfrancesco; María Lucía Cajarville; Gabriela Samantha Porpich.

**SECRETARIO DE APORTES** / Andrés MARTÍNEZ (h)

**Asesoría de Aportes**

**Convenio con Fundación Æquitas**

**Comisión de Aportes:** Marina José Catania (Presidente); Cintia Edith Pesciallo; Santiago Martín Taborda; Eugenia Inés Zarranz; Gustavo Aníbal Bras; Marcia Della Rosa; Jorge Daniel Biglieri; Josefina Laurens.

**Comisión de Interpretación de Arancel y Facturaciones Notariales:** María de los Ángeles Pablos (Presidente); Alexis Baltazar Molina; Verónica

Echeverría; María Emilia Chalela; Romina Trentin; Sebastián de Salas; Sonia Mabel Cardozo; María Alejandra Valero.

**Comisión de Deportes y Recreación:** Carla Merlini (Presidente); Fiorella Pía Cacace; Juan Manuel Espil; Julián Eduardo De Marco; Fausto Basanta; Francisco Amaya; Raúl Fernando Das Neves Vargas; Luciano José Loraschi.

**TESORERO** / Juan Manuel AREA

**Auditoría externa**

**Sitio web institucional ([www.colescba.org.ar](http://www.colescba.org.ar))**

**Redes sociales**

**App institucional**

**Taller de Producción Gráfica**

**Departamento Comunicaciones**

**Comisión de Bancos:** Silvia Gabriela Giler (Presidente); Federico Lallement; Javier Francisco Santarone; Juan Antonio Vilanova (h); Enrique Javier Jonas; Fernando Olaberria; Benjamín Tenti; Francisco Calou; Amalia Suhilar.

**Comisión de Comunicaciones:** Gonzalo Matías Vásquez (Presidente); Mariana Ronchetti; María Na-

talía Sequeiro; Paula Benegas Laria; Cecilia Cuitiño; Carolina Andrea Martínez; María del Pilar Llorens Rocha; Isabel Rosana Soto.

**Comisión Especial Registral:** María Eugenia Monarca (Presidente); Gabriela Figueredo; Esteban Rafael Tisnés; Suplentes: Jorge Ignacio Cambet; Fernando de Salas; Gonzalo Ricardo Arizmendi.

**Comisión de Finanzas:** Diego Gustavo Giacomelli (Presidente); Franco de Zorzi; Christian Mauricio Flavio Troglio; Diego Ariel Hollmann; Nicolás Cavagna; Pedro Salvador Coccoza; Ignacio Agustín Vilhena; Eduardo Bras.

**Comisión de Imprenta:** Carlos Federico Ballestrin (Presidente); Luca Emanuel Paladino Toledo (novel); Gonzalo Castellar; Delfina Etchart; María Julia Vázquez; María Luciana Villate; Santiago Pinto; Fernando Riaño Laboranti.

**PROTESORERA** / María Beatriz AGUIRRE

**Comisión de Edificios:** Alejandro Alberto Glaría (Presidente); Rubén Santiago Stradiot; Eduardo Mario de Jesús Rivarola; Sandra Mirna Fernández; Ignacio Fioramonti; Ana Laura Bastián; Guillermo Agustín Lagier; Julio César Antollini.

**Comisión de Hacienda:** Juan Ignacio Cavagna (Presidente); Esteban Horacio Colabella; Simón Enrique Labaqui; Juan Matías Morrone; Gastón

Javier Bavera; María Florencia Segura; Eduardo Atilio Brizuela; Maricel Hermida; Cecilia Dubini; Hernán Itoiz; Marisa Alejandra Martín; Marta Catalina Loidi; José Luis Inda; Paola Julieta Pierri; Luis Eugenio Manassero Vilar; Diego Daniel de San Pablo; Mauro Lionel Antinori.

# Organismos Notariales

## Archivo de Actuaciones Notariales

### Centro Institucional de Mediación

Directora: Graciela Beatriz Curuchelar  
Secretaria: Carla Gabriela Balducci  
Tesorera: Graciela Vilalta  
Colaboradora: María Cristina García  
Colaboradora académica:  
Mariana Rospide

### Departamento de Inspección General

Inspectora General: Olga Haydée Arreseygor  
Cuerpo de inspectores:  
Inés Bulos, María Cristina Catalano, Ramiro  
Hernán Ceballos Depaoli, Silvia Elena Doratti,  
Julieta Glaría, Marta Catalina Loidi, María Antonia  
Maggi, Paula Mariana Marelló, Luis Alberto Milani,  
Virginia Milani, Evangelina Moreno, Selene Eva  
Posteraro Sánchez, Liliana Rodríguez Ferro, Matías  
Scandroglio,

### Departamento de Registros Especiales

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

## Fundación Editora Notarial

Comité Ejecutivo  
Presidente:  
Diego Leandro Molina  
Vicepresidente y Directora Ejecutiva:  
Alicia Noemí Broccardo  
Tesorero: Juan Manuel Area  
Secretaria: Karen Maína Weiss  
Vocales: Juan Miguel Tamborenea y  
Teresa María de los Milagros Gasparin

### Tribunal Especial de Control del Funcionamiento de los RNRD

Miembros titulares:  
Alberto David López  
Luis César Marinelli (h)  
Osmar Ariel Pachó  
Miembros subrogantes:  
Luis Felipe Basanta  
Silvia Nelly Fernández de Ayan



## **CONSEJO DIRECTIVO**

**Rector** Sebastián Justo Cosola

**Vicerrector** Eduardo Gabriel Clusellas

**Secretaria General** Karina Vanesa Salierno

**Prosecretaria** Elba María de los Ángeles Frontini

**Tesorero** Fernando Sánchez

### **Consejeros**

María Luján A. Lalanne

Néstor Daniel Lamber

Carlos Agustín Sáenz

### **Consejo Consultivo Honorario**

Augusto Mallo Rivas

Néstor O. Pérez Lozano

### **Doctores Honoris Causa**

Rafael Núñez Lagos (†)

José María Mustapich (†)

Carlos Alberto Pelosi (†)

Juan Vallet de Goytisoló (†)

Aquiles Yorio (†)

Alberto Villalba Welsh (†)

Carlos Cossio (†)

Ángel Martínez Sarrión (†)

Mauro Cappelletti (†)

Rubén Compagnucci De Caso

Natalio Pedro Etchegaray

Sedes:  
Avda. 51 N° 435  
(B1900AVI) La Plata  
Calle Guido 1841  
(C1119AAA) Buenos Aires

## Organismos con sede en el Colegio

### Tribunal Notarial de la Provincia de Buenos Aires

Presidente: Cecilia Saling

Miembros Titulares:

Marcela Rapa

Gabriela Verna

Miembros Subrogantes:

Daniel Mayo

Alberto Malvino

Laura Lucía Villamayor

### Asociación de Jubilados y Pensionados Notariales

Presidente: Rubén Darío Barriviera

Vicepresidente: Leyla Leonor Palumbo de Acosta

Secretaria: Beatriz Alejandra López Cafasso

Prosecretaria: Beatriz Gladys Castrillo

Tesorera: Ana María Unchalo

Protesorero: Rafael Alberto Nievas

Vocales titulares

María Susana Torlo

Graciela Ángela Lobato

Martha Beatriz Salas de Mallo Rivas

Dora Rosa Mc Britton

Vocales suplentes

Gabriel Arturo García

Estanislao Raúl Vargas

Gladys Acosta de Peruggini

Revisores de cuentas

Alba Graciela Micheletti

Amanda Azucena Delavault

Lucía Elena Ruiz de Galarreta

Revisores de cuentas suplentes:

Mabel Eulalia Rodríguez

Adda Gramolini

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

#### Distinciones recibidas:

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

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

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

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

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

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

Segundo Accésit APTA-RIZZUTO año 2012 en la Categoría Tapas

Primer APTA - RIZZUTO año 2017/18 a la mejor Revista de Instituciones.





