

REVISTA DE ESTUDIOS DE DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL DE LA UNIVERSIDAD BLAS PASCAL

ISSN: 2362-3845



VOLÚMEN 3 / AÑO 2016

REVISTA DE ESTUDIOS
DE DERECHO NOTARIAL
Y REGISTRAL DE LA
UNIVERSIDAD BLAS PASCAL

UNIVERSIDAD BLAS PASCAL

REVISTA DE ESTUDIOS
DE DERECHO NOTARIAL
Y REGISTRAL DE LA
UNIVERSIDAD BLAS PASCAL

VOLÚMEN 3 / AÑO 2016

ISSN: 2362-3845

Córdoba
2016

**REVISTA DE ESTUDIOS
DE DERECHO NOTARIAL
Y REGISTRAL DE LA
UNIVERSIDAD BLAS PASCAL**

Editora

Maria Laura Guerri Fernández

Co-editor:

Guillermo Ford

Diseño, diagramación y producción:

*Renata Malpassi / Área de Diseño y
Desarrollo Web*

Copyright © 2016 *by* Editorial UBP Todos
los derechos reservados

Director

Néstor Pisciotta

Av. Donato Álvarez 380
CP X5147ERG Argüello, Córdoba
Argentina
Tel: 54 (0351) 414-4444

Para mayor información contáctenos en
www.ubp.edu.ar

O vía e-mail a:
editorialUBP@ubp.edu.ar

*Impreso en Argentina
Universidad Blas Pascal*



La reproducción de este libro, ya sea total o parcial, en forma idéntica o con modificaciones, escrita a máquina por el sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso, etc., que no fuera autorizada por Editorial UBP, es violatoria de derechos reservados. Su infracción está penada por las leyes 11.723 y 25.446 Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

**REVISTA DE ESTUDIOS DE DERECHO
NOTARIAL Y REGISTRAL DE LA
UNIVERSIDAD BLAS PASCAL**

COMITÉ EDITORIAL

Augusto Luis Piccon

María Laura Guerri Fernández

María Adriana Garay

El comité editorial de la Revista agradece especialmente a todas aquellas personas que han colaborado con esta publicación, tanto a los que han remitido gentilmente sus trabajos, como los que han asumido las tareas de análisis y referato de los mismos.

SUMARIO

- *Inaplicabilidad por parte del Registro Automotor de la ratificación de firmas del Art. 18 del Decreto 1759/72 a las firmas certificadas por escribano público. Esteban Bepre, Ana Telma Leticia Martinez.15*
- *Sistema de preferencias en la Constitución o transmisión de los Derechos Reales sobre inmuebles por actos entre vivos en el nuevo CCCN Ley 26994. José Ignacio Berrotarán.72*
- *Ética aplicada y deontología notarial. Cecilia Soledad Carrera.97*
- *Sociedad anónima unipersonal- su utilidad jurídico notarial. Ingrid Giselle Castiñeira, Marcos Edgardo Suarez Montes.117*
- *Derechos reales disposiciones generales en el CCCN. José Manuel Díaz Reyna.171*
- *Vehículos aéreos no tripulados (drones). Aspectos de interés e inscripción registral. Guillermo C. Ford Ferrer.206*
- *Caracterización del consentimiento contractual en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Alejandro E. Freytes.222*

- *El usufructo en el Código Civil y Comercial de la Nación.* María Adriana Garay.**261**
- *Conjuntos inmobiliarios: malls y ciudades empresariales.* María Laura Guerri Fernandez.**271**
- *Prueba sobre el carácter propio o ganancial de los bienes.* Ana Laura Pappano.**286**
- *Consignación extrajudicial.* Augusto Piccon.**306**
- *El asentimiento conyugal en el Código Civil y Comercial: una especial referencia al asentimiento anticipado y al poder para asentir.* SAENZ, Pedro Facundo Saenz.**335**
- *La expedición de testimonios y copias de escrituras en el Código Civil y Comercial de la Nación.* Gabriel B. Ventura.**381**

PRÓLOGO

Esta Obra es la tercer edición de una Revista Especializada en los Estudios del Derecho Notarial y Registral. Desde hace tres años, contamos con la valiosa colaboración de notarios, funcionarios judiciales y docentes universitarios que han contribuido a enriquecer la misma.

Los artículos que la componen tratan sobre distintas cuestiones vinculadas al quehacer notario registral, sumado a las connotaciones que el Código Civil y Comercial de la Nación han provocado en las diferentes instituciones.

Con basamento en los principios del notariado latino, la función del notario debe adecuarse al conocimiento de la ley, interpretando la voluntad de las partes en pos de la seguridad jurídica, evitando litigios o conflictos que puedan resolverse por medio de la mediación jurídica del notario.

Para ello, la actualización permanente, el análisis y estudio de las distintas problemáticas jurídicas , con el objeto de asesorar intereses de terceros en forma equitativa, ética, adecuada a los cambios legislativos, nos aproximan a lo que el jurista y filósofo francés Louis Josserand predecía “...es preciso que el jurista no se aparte de la realidad para que la realidad no se aparte del jurista....”

María Adriana Garay

**INAPLICABILIDAD POR PARTE DEL REGISTRO
AUTOMOTOR DE LA RATIFICACIÓN DE FIRMAS DEL ART.
ART. 18 DEL DECRETO 1759/72 A LAS FIRMAS
CERTIFICADAS POR ESCRIBANO PÚBLICO.**

Por Esteban BEPRE ¹y Ana Telma Leticia MARTINEZ²

Sumario. I.- Introducción. II.- La Administración Pública. Principios aplicables. Los principios de legalidad y de razonabilidad. III.- 1.1.- La ratificación de firmas y la violación al principio de legalidad por vulneración del principio de supremacía normativa. 1.2.- La ratificación de firmas y la violación del principio de legalidad por no reconocerse el principio de autenticidad de los instrumentos públicos. 1.3. La ratificación de firmas y la violación al principio de legalidad por no reconocerse el principio autenticador de la función notarial que surge de la legislación notarial local.- 1.4- La ratificación de firmas 1.5.- La ratificación de firmas y la violación del principio de legalidad por incorrecta aplicación del Art. 18 del Decreto 1759/72 y la violación del principio de legalidad por apartamiento de la normativa registral que impone un obrar distinto. 1.6.- La ratificación de firmas y la violación del principio de legalidad por apartamiento de la normativa registral sobre el trámite de transferencia de dominio. 1.7.- El cotejo, la ratificación de firmas y la violación del principio de legalidad por uso de una técnica de acción vedado por la reglamentación aplicable. 1.8.- Ratificación de firmas y la violación al principio de razonabilidad. IV.- Fin de la seguridad jurídica. V.- El rol de las instituciones orgánicas del notariado frente a problemáticas de este tipo. VI- Conclusiones

¹ Escribano Titular del Registro N° 381 de Córdoba.

² Encargada Suplente del Registro de Propiedad del Automotor N° 3 de Mar del Plata.

I.- INTRODUCCIÓN

Se advierte en la realidad profesional una práctica registral en la que incurren frecuentemente los Registros de Automotores que consiste en observar las transferencias registrales de dominio cuando las firmas estampadas por los titulares dominiales en los formularios de rogación de transferencias de dominio (Solicitud Tipo 08) que están certificadas por escribano público (-art. 13 D.L. 6582/58 y DNTR Título I, Capítulo V, Sección Iª, art. 1º)³, difieren en el trazo respecto de la firma que quedó registrada en sede registral. Es decir, ingresado un trámite de transferencia de dominio en donde el formulario de rogación tiene estampada y certificada notarialmente la firma del titular del dominio, algunos registradores “cotejan” el formato de la firma del titular registral en ese formulario, con el formato de la firma que este titular registró cuando adquirió en su momento el dominio de ese automotor. Este cotejo, no admitido por la ley, es realizado a pesar de contar dichas firmas con certificación notarial. Si a resultados del cotejo, los trazos no son coincidentes, estos registradores

³ **Art. 13 D.L. 6582/58:** “Los pedidos de inscripción o anotación en el Registro, y en general los trámites que se realicen ante él, sólo podrán efectuarse mediante la utilización de las solicitudes tipo que determine el Organismo de Aplicación, el que fijará su contenido y demás requisitos de validez. Cuando las solicitudes tipo no se suscribieren por los interesados ante el Encargado de Registro, deberán presentarse con las firmas certificadas en la forma y por las personas que establezca el Organismo de Aplicación....”.- **DNTR (Digesto de Normas Técnico Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor)**, Título I, Capítulo V, Sección Iª, art. 1º: Autorizados a Certificar: *Artículo 1º.- Las firmas en las Solicitudes Tipo que no se certifiquen por o no se estampen ante el Encargado de Registro de la radicación del automotor o del Registro donde se presentará el trámite, deberán estar certificadas en las condiciones establecidas en este Capítulo por:*
a) *Escribano Público. ...”*

observan la transferencia de dominio ingresada y solicitan la ratificación personal de la firma del titular dominial en el mismo Registro. Para ello fundamentan el proceder en una norma adjetiva –no de fondo- que es el art. 18 del Decreto 1759/72 del Poder Ejecutivo Nacional, reglamentario de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, N° 19549.⁴

Dicha norma faculta al funcionario público a solicitar la ratificación de firmas antes del dictado del acto administrativo, en el caso de que existan dudas sobre la “autenticidad” de las firmas del peticionante.

Pensamos que este procedimiento es violatorio del principio de autenticidad que deviene de la función pública fedataria que ejercen los escribanos de registro. En efecto, por imperio legal, la dación de fe del escribano da autenticidad al hecho que pasa por sus sentidos, y por lo tanto se deben considerar a esas firmas como auténticas hasta la redargución de falsedad judicial. Este es un principio elemental que se extiende a todos los instrumentos públicos (no solo a los notariales), y al estar establecido por el derecho de fondo, no puede ser contradecido por una norma adjetiva (art. 31 CN). En consecuencia resulta inaplicable respecto de las certificaciones notariales la norma del art. 18 del Decreto 1759/72 antes citado, que en realidad estuvo pensada para otros supuestos y no para ser utilizado en una práctica registral como ésta.

⁴ **Art. 18 del Decreto 1759/72:** “Ratificación de la firma y del contenido del escrito.- 18. –En caso de duda sobre la autenticidad de una firma, podrá la autoridad administrativa llamar al interesado para que en su presencia y previa justificación de su identidad, ratifique la firma o el contenido del escrito. Si el citado negare la firma o el escrito, se rehusare a contestar o no compareciere, se tendrá el escrito como no presentado.”

Este tema interesa al notariado como institución pues si bien indudablemente este proceder violenta los principios de legalidad y razonabilidad, en el fondo atenta contra la esencia de la función pública notarial, fundamentalmente por desconocer la autenticidad que otorga el notario con la dación de fe respecto de los hechos por él percibidos. Además de ello, también interesa al notariado porque en su faz material y fenomenológica, genera en los ciudadanos y usuarios del sistema notarial y registral, contratiempos y conflictividades, y lo que es más grave, interrupciones ilegítimas en la cadena de transmisión de dominio, generando inseguridad jurídica por los efectos de quedar observada la transmisión, y por la característica de cosa riesgosa que detentan los automotores, con la consecuente atribución de responsabilidad objetiva por daños que el derecho atribuye al titular dominial.

Es también un dato de la realidad, que en muchas ocasiones este procedimiento no es querido por los mismos Encargados de Registro, pero estos igualmente lo utilizan en virtud de que el incumplimiento de éste proceder les es reprochado por los inspectores y auditores que los fiscalizan, y ante ello, existe un temor de enfrentar un sumario administrativo. También es cierto que muy excepcionalmente, y en contadas ocasiones, se han detectado falsedades que en algunos casos han generado denuncias penales. Pero también es cierto que estos casos constituyen la excepción, y son una minoría de supuestos que generalmente a la postre, luego de un dispendio jurisdiccional enorme, terminan sin resolución alguna, prescribiéndose las causas, o sin condena, o sin poder determinarse los autores

materiales de los hechos, o bien no pudiendo encuadrar los hechos en tipo penal alguno, cayendo en saco roto todo un esfuerzo de intervención estatal y de utilización de recursos públicos que quizá sería más lógico que se utilicen en políticas públicas que informen al ciudadano sobre los recaudos a tener en cuenta en la comercialización de automotores usados y en políticas públicas que conlleven a una mayor fiscalización de los operadores de este sector comercial del tráfico jurídico, y de este modo poder atacar, y suprimir de la escena, esta patología que en si es minoritaria. Por otra parte, está claro que la patología y la excepción no pueden constituirse en la regla a seguir, y menos aún existiendo principios como el de la autenticidad del instrumento público. Por lo tanto generalizar este proceder es un contrasentido jurídico e institucional. No solo por los efectos legales indeseados que afectan el normal tráfico jurídico de bienes, sino por el enorme universo de casos a los que se aplicaría. Solo basta pensar y tener en cuenta que se ha estimado que el parque automotor supera los once millones de vehículos aproximadamente.⁵

Por lo tanto de ningún modo se puede admitir la generalización de un procedimiento que es contrario a derecho y que en el fondo genera inseguridad legal en el normal tráfico jurídico de bienes.

Cualquiera sea el lugar desde donde se lo vea, se trata de un procedimiento contrario a derecho y resultaría de mucha utilidad que el Registro Nacional aborde éste tema internamente y redacte una regulación acorde a los principios de legalidad y razonabilidad

⁵ <http://www.telam.com.ar/notas/201504/101205-informe-afac-promotive-parque-automotor-argentina.html>

estableciendo la prohibición de uso de esta técnica de cotejo y ratificación de firmas, ajustando el proceder a lo establecido por ley. Es decir, el imperio del principio de autenticidad de los instrumentos públicos, y en consecuencia, en caso de dudas fundadas, se formule la correspondiente denuncia judicial para que sea en todo caso un juez, quien en virtud de su poder de imperio constitucional, decida sobre este punto incluso precautoriamente si fuese necesario. Se hace necesario el dictado de esta regulación no solo por las razones expuestas precedentemente, sino porque debe uniformarse el proceder del Registro Automotor en el quehacer cotidiano ya que la actitud de algunos Encargados de Registro y de auditores e inspectores de dicho organismo, se contradice con lo dictaminado por el área jurídica de dicho organismo, la cual ya se ha pronunciado sobre este tema denegando facultad alguna a los Encargados de Registro para requerir a los usuarios la ratificación de firmas ya certificadas.⁶

Finalmente lo que pretendemos en éste trabajo es fundamentar jurídicamente la ilegalidad de este procedimiento

⁶ **Rivet, Helena María:** “Los trámites en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor. Recaudos generales. Nociones, normativa y dictámenes. Helena María Rivet. Pág. 135. Ed. Ambito Registral.-“Doctrina extraída de dictámenes: En el caso la autora cita un dictamen emitido por el área jurídica de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios: “(E. N° 2807/05) *Facultades del Encargado para requerir ratificación de firmas: se consulta si ante dudas respecto de las certificaciones de firmas hechas ante escribano público, el Encargado de Registro tiene facultades para citar a las partes a ratificar firmas. Respecto de las certificaciones de firmas, el Encargado que debe ajustarse a no normado en el D.N.T.R...*”, “...entendiéndose que no es facultad del Encargado citar a las partes a ratificar firmas si estas se encuentran certificadas conforme la normativa. Ahora bien, si se presentaran dudas respecto de hechos u omisiones que pudieran importar delitos, deberá proceder conforme lo instruido en el art. 2°, Sección 2, Capítulo IV del R.I.N.O.F.)”

registral, poniendo énfasis en la vulneración de los principios de legalidad y razonabilidad, y tratando de considerar todas las normas que el mismo contraviene, y el procedimiento que debe seguirse en éstas situaciones.

II.- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. PRINCIPIOS APLICABLES. LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE RAZONABILIDAD.

En la medida que el estado de derecho ha ido incrementando su rol como organización, no solo ha ido cumpliendo sus fines esenciales sino que también ha ido asumiendo la satisfacción de otras necesidades que considera de ineludible cumplimiento. Todo ello ha llevado a que el poder del estado se diversifique y fragmente en distintas funciones, surgiendo como consecuencia de ello la idea de que existen “distintas funciones públicas” y una “administración pública” que las ejerce.

José M. R. Orellehabla de un concepto de función pública integrado por distintos caracteres, que si bien provienen de un desarrollo histórico que deviene de la tensión permanente en la evolución de la humanidad hacia un estado de cosas más justas (en el cual el derecho tiene un rol protagónico) esos caracteres configuran un “sistema” porque articulan todos de un modo coordinado. Dentro de esos caracteres ubica entre otros a la división de poderes, la creación de órganos abstractos depositarios de las funciones del poder lo que hace evitar el personalismo, la fragmentación de las funciones asignando competencias, la elaboración de pautas para la selección de los agentes que ejercerán esas funciones, la generación de procedimientos de

garantías aplicables a cada función, la articulación de auditorías y controles, etc.⁷

Consecuentemente con la idea de la existencia de funciones públicas ejercidas por órganos de la administración pública, surge la necesidad de regular el modo en que estas se vinculan e inciden sobre los ciudadanos y viceversa también.

Tomas Hutchinson habla de que existen principios o garantías en la actividad administrativa que deben ser respetados con el objetivo de propender a un equilibrio justo entre los intereses de los particulares y la actividad de la administración pública. En este sentido, y dentro de las que denomina “garantías sustantivas”, menciona al “principio de legalidad”, el cual se traduce en la exigencia de que el accionar de la Administración se

⁷ **Orelle, José M.R.**, “Actos e Instrumentos Notariales” - La Ley. BsAs., 2008, pag. 46/47. “... El Derecho, recogiendo la difícil evolución de la humanidad hacia un estado de cosas más justas, se previene de los abusos, excesos y corrupción del poder a través de un conjunto de elemento garantistas, en un desarrollo seguramente no finalizado, pero que permite hoy destacar diferentes niveles: 1) División del Poder Único, originario, en funciones: Legislativa, Judicial, Administrativa; 2) Creación de órganos como entidades abstractas y permanentes, depositarias de las funciones, evitando el personalismo; 3) Fragmentación de las Funciones a través de competencias; 4) Elaboración de pautas para la selección de los agentes, tanto respecto a su idoneidad moral con técnica; 5) Generación de Procedimientos Garantistas aplicables a cada función: Códigos de Procedimientos, Expedientes, Solemnidades de los Actos Públicos, etc.; 6) Articulación de auditorías y controles; 7) Implantación de recursos tanto internos (administrativos) como externos (judiciales). Este “sistema” no solo tiene una fuente histórica, sino que constituye el concepto mismo de función pública. De Allí que el concepto de función integra un estructura o sistema, cuyos elementos solo los siguientes. a. La descripción de la función de que se trate: ejemplo judicial; b. La atribución a un órgano cuya estructura sea acorde con las necesidades propias de la función. La selección del agente con pautas predeterminadas, evitando elecciones basadas en intereses personales; e. La descripción de la competencia específica de ese órgano, diferenciándola o particularizándola respecto a la función de origen; d. La implantación de un procedimiento específico, acorde con la clase de competencia, que garantice el desarrollo práctico de la misma, congruentemente con los principios del derecho administrativo: legalidad, transparencia, publicidad, verificabilidad, etc.”

realice de acuerdo con las normas y valores del sistema jurídico. Significa negativamente que ninguna actividad administrativa debe contrariar a una norma jurídica vigente. Sostiene este autor que existe una vinculación entre el concepto de legalidad con el principio de jerarquía normativa, el cual con base en una estructura piramidal que edifica el derecho, determina el grado de potencia asignado a cada una de las normas jurídicas y por ende la prevalencia de unas sobre otras.⁸

Martin Espinoza Molla vincula el principio de legalidad como garantía, con la responsabilidad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones frente a los ciudadanos.⁹

Otra de las garantías administrativas que señala Tomas Hutchinson es el principio de razonabilidad o justicia.-”, por el cual “...*Todos los funcionarios están obligados a cumplir sus*

⁸ **Hutchinson, Tomás**, “Ley nacional de procedimientos administrativos – Reglamento de la ley 19549”, Astrea, Bs.As., 1988, Tomo 1, pag. 25 y sgtes.): “... *Principio de Legalidad.- Este principio se basa en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad con el ordenamiento positivo. ... El principio de legalidad se traduce en la exigencia de que el accionar de la Administración se realice de acuerdo con las normas y valores del sistema jurídico, es decir una forma de garantía de las funciones estatales que asegura plenamente su realización. La sujeción de la Administración a la ley constituye uno de los principios capitales del Estado de derecho. ... El principio de legalidad es de la esencia del Estado de derecho. Significa negativamente que ninguna actividad administrativa debe contrariar a una norma jurídica vigente. ... Vinculado a dicho concepto de legalidad se halla el principio de jerarquía normativa, que se erige sobre la base de una estructura piramidal en la edificación del derecho. Ello determina – según el grado de potencia asignado a cada una de las normas jurídicas- la prevalencia de unas sobre otras. ...* “

⁹ **Espinoza Molla, Martín R.** – “Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos” Publicado en: Sup. Adm.2014 (agosto), 3 - LA LEY2014-E, Cita Online: AR/DOC/2538/2014: “*En efecto, las diversas manifestaciones de la responsabilidad estatal y de los agentes públicos se erigen, pues, como una herramienta jurídica cuya función primordial consiste en la custodia de la debida sujeción de los poderes públicos a la juridicidad, para la obtención de la satisfacción del interés público, mediante una actuación de los poderes públicos que se halle en verdadero equilibrio con las garantías de los ciudadanos, factores –ambos– de trascendencia fundamental en todo Estado de Derecho. Se trata, en definitiva, de propender a la armonización de los intereses involucrados.*

cometidos con actos razonables, siendo la razonabilidad una exigencia para que el acto sea jurídico, debiendo extinguirse de oficio o a petición de parte, por razones de ilegitimidad, los actos arbitrarios producto del ejercicio irrazonable de las facultades administrativas”. ¹⁰

El Registro Nacional de la Propiedad del Automotor, como órgano que integra la Administración Pública Nacional, también se encuentra subordinado al acatamiento de los principios de legalidad y razonabilidad y en consecuencia debe ajustar el ejercicio de sus funciones a éstos principios. Como lo fundamentaremos a continuación a lo largo de éste trabajo, el tema que nos ocupa relativo a la práctica registral de exigir la ratificación de firmas que ya se encuentran certificadas por escribano público, es un claro ejemplo quebrantamiento de tales principios.

III.- 1.1. LA RATIFICACIÓN DE FIRMAS Y LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA NORMATIVA.

Cuando invocando el art. 18 del Decreto 1759/72 se exige la ratificación de firmas certificadas notarialmente, se viola el principio de legalidad ya que se vulnera el principio de supremacía y orden jerárquico de las normas establecido por la Constitución Nacional en el art. 31, el cual impone al registrador aplicar las

¹⁰ **Hutchinson, Tomás**, (ob.cit) *“Principio de razonabilidad o justicia.-”*: *“...Todos los funcionarios están obligados a cumplir sus cometidos con actos razonables, siendo la razonabilidad una exigencia para que el acto sea jurídico, debiendo extinguirse de oficio o a petición de parte, por razones de ilegitimidad, los actos arbitrarios producto del ejercicio irrazonable de las facultades administrativas”.*

normas del Código Civil y Comercial de la Nación por encima de cualquier otra norma adjetiva reglamentaria.

A su vez el Código Civil y Comercial de la Nación, en el artículo 289 inciso b) ¹¹ incluye dentro de los instrumentos públicos a los otros instrumentos que extienden los escribanos y que son distintos de las escrituras públicas -ya mencionadas en el inciso a) de dicho artículo-. Dentro de esta gama de instrumentos del inciso b), debe incluirse a las certificaciones de firmas. Y continuando con el sistema de autenticidad del Código Civil Velezano, el cual se inspiró en la tradición jurídica romanista, en el art. 296 el Código Civil y Comercial de la Nación sienta el principio de autenticidad de los instrumentos públicos estableciendo cual es su eficacia probatoria: “El instrumento público hace plena fe”.

Para Escudero Cuadri la certificación de firmas reviste el carácter de instrumento público, pero aclara que lo que constituye un instrumento público es la certificación del escribano en sí misma, y no el contenido del instrumento al que accede la misma, el que sigue conservando su carácter de privado. Siendo la certificación un instrumento público hace plena fe de la existencia material de los hechos relatados hasta que sea argüida de falsedad.¹²

En La “Primera Jornada Notarial del Cono Sur” celebrada en Punta del Este en el año 1976 se concluyó básicamente que:

¹¹ **C.C.yC.N.:** “ARTÍCULO 289.- Enunciación. Son instrumentos públicos: a. las escrituras públicas y sus copias o testimonios; b. los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes; c. los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión.”

¹² **Escudero Cuadri, María Verónica**- Publicado en sitio web del Concejo Federal del Notariado Argentino -www.cfna.org.ar-.

1- La certificación Notarial de firmas consiste en la autenticación de los hechos percibidos por el notario consistente en la suscripción del documento privado en su presencia, por personas de su conocimiento, o identificadas por los medios supletorios que admiten las leyes notariales de cada país.

2- Su fundamento radica en el ejercicio de la fe pública notarial. Mediante la certificación, el escribano confiere certeza, por evidencia directa, del hecho de la suscripción del documento.

3- La certificación de firmas reviste el carácter de documento público por cuanto es autorizado por notario competente en ejercicio de sus funciones.¹³

¹³ **Primera Jornada Notarial del Cono Sur, Uruguay, Punta del Este en el año 1976**—Organizado y convocado por la Asociación de Escribanos del Uruguay, con el auspicio de la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado Latino: *“Tema II: La Certificación Notarial de Firmas en los Documentos Privados. ... Declaración: Considerando: Que la certificación notarial de firmas integra lo que se ha llamado competencia funcional de carácter extraprotocolar. Que la actual evolución doctrinaria y jurisprudencial exige una revisión de los sistemas adoptados y en aras de una mayor perfectibilidad, seguridad, certeza y contralor, ha llegado a las siguientes conclusiones: 1) La certificación notarial de firmas consiste en la autenticación de los hechos percibidos por el Notario consistentes en la suscripción del documento privado en su presencia, por personas de su conocimiento, o identificadas por los medios supletorios que admitan las leyes notariales de cada país. II) Su fundamento radica en el ejercicio de la fe pública notarial. Mediante la certificación el Escribano confiere certeza, por evidencia directa, del hecho de la suscripción del documento. III) La certificación notarial de firmas reviste el carácter de documento público por cuanto es autorizado por Notario competente en ejercicio de sus funciones. IV) Tal documento se produce a requerimiento de parte interesada, fuera del Protocolo y circula en original unido al documento privado que lleva las firmas autenticadas. Tal documento privado conserva su naturaleza y al mismo no se extienden los efectos de la autenticación. V) En esta actuación el notario deberá enterarse del contenido del documento privado y negará la certificación en los siguientes casos: a) Si el documento es contrario a las leyes, a la moral, o las buenas costumbres. b) Si se instrumenta algún acto o negocio jurídico que requiera forma pública notarial. c) Si está redactado en lengua extranjera y no se acompaña con la correspondiente traducción, conforme a las normas que se requiere para la escritura pública. d) Si la firma ha sido dada en blanco o el documento contiene espacios en blanco. El sistema será congruente con los siguientes principios. Requerimiento: es aconsejable que tenga reflejo documental. Inmediatez. Como se ha dicho la firma debe ser estampada a presencia del notario. Cotaneidad. El documento de certificación debe extenderse simultáneamente con la suscripción. Conocimiento. Queda sobreentendido que se requiere el conocimiento personal del*

De todo lo expuesto puede ir concluyéndose que en el tráfico jurídico hasta tanto no exista una sentencia judicial firme que declare la falsedad de la certificación, debe tenerse por cierto lo que el notario afirma cuando certifica una firma puesta ante él.

En consecuencia por el carácter que tienen los instrumentos públicos y en virtud del principio de supremacía que surge del art. 31 del la C.N., no es lícito que el Registro Automotor dude de la autenticidad de lo certificado por un notario en ejercicio de su funciones si aquella cumple con todos los requisitos formales para su validez. Tampoco resulta lícito aplicar una norma adjetiva reglamentaria (art. 18, Decreto 1759/72) “derogando” para el caso concreto lo que establece la ley civil que es la norma de rango superior que debe aplicar el registrador.

A nivel de Registro de la Propiedad del Automotor, el principio de supremacía se encuentra receptado en el art. 1º del Decreto 644/1989, modificado por el Decreto 2265/1994, que regula la naturaleza y funciones de los Encargados de Registro. Esta norma establece que los referidos Encargados deberán ejercer sus funciones registrales en la forma y modo que lo

Escribano por sí o por los medios especiales que prevén las normas. Documentación. Deberán mencionarse expresamente el cumplimiento de los requisitos técnicos antedichos y además: a) nombre y apellido del Escribano autorizante; b) carácter en que actúa; c) datos filiatorios del firmante; d) las demás enunciaciones que señalen las leyes y reglamentos; e) fecha y lugar del otorgamiento. En el supuesto de que el suscriptor del documento firmado actúe en representación de personas físicas o jurídicas el notario, a su pedido, podrá certificar también la representación que inviste comprobando el alcance y vigencia de su representación. VI) Las excelencias y garantías insuperables de la escritura pública determinan una prevalencia indubitable y universal sobre cualquier otra forma documental conocida. Habida cuenta que en algunos países participantes en esta Jornada se estila celebrar en documento privado negocios jurídicos que deben formalizarse en escritura pública, es aconsejable denegar la certificación en tales supuestos”.- Pagina web de la Asociación de Escribanos del Uruguay (<http://documentos.aeu.org.uy/060/062-3-197-216.pdf>).

establezca *“la Ley, sus reglamentaciones y las normas que al efecto disponga la referida Dirección Nacional”*.¹⁴

Como puede advertirse, éste decreto ha puesto en primer orden a la “Ley” -que en nuestro caso sería el Código Civil y Comercial-, y luego de ello, en un plano inferior a las reglamentaciones - que en nuestro caso se trataría del art. 18 del Decreto 1759/72. antes citado-. Por lo tanto en el proceder registral, el Registro de la Propiedad del Automotor debe jerárquicamente regirse para procesar un trámite de transferencia por las normas del Código Civil y Comercial y luego por las normas reglamentarias, lo que equivale a decir que si se encuentra en presencia de un instrumento publico deberá estar al principio de autenticidad que establece el Código Civil y Comercial y no al principio de ratificación del art. 18 del Decreto 1759/72.

Por lo tanto a modo de conclusión podemos decir que cuando el registrador exige la ratificación de firmas certificadas existe una violación al principio de legalidad porque en tal caso no se respeta el orden jerárquico constitucional de normas que le impone que para valorar la eficacia de una certificación de firmas hecha por un notario debe aplicar legislación civil y comercial de fondo y no una norma meramente adjetiva y reglamentaria.

¹⁴ **Decreto PEN 644/89:** *“ARTICULO 1.- Los Registros Seccionales estarán a cargo de un Encargado de Registro quien deberá ejercer sus funciones en la forma y modo que lo establezca la Ley, sus reglamentaciones y las normas que al efecto disponga la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios.”*

1.-2 . LA RATIFICACIÓN DE FIRMAS Y LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR NO RECONOCERSE EL PRINCIPIO DE AUTENTICIDAD DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS.

Dentro de los parámetros que venimos señalando de conformidad al art. 289 inciso b) del Código Civil y Comercial de la Nación, los Encargados de Registro no pueden desconocer a la hora de calificar los actos sujetos a registración, principios y normas elementales del derecho civil. En particular no pueden desconocer los relativos a la autenticidad y valor probatorio que la ley le atribuye a los instrumentos públicos. No puede ignorar un Encargado de Registro que cuando está en presencia de una certificación notarial de firmas está frente a un instrumento público y que por lo tanto la misma goza del valor jurídico y probatorio que aquellos detentan y que se basa en el principio de autenticidad (296 C.C.y C.N.). Tampoco puede ignorar que ese valor probatorio permite que los instrumentos públicos circulen en el tráfico jurídico con tanta fuerza que solamente la redargución de falsedad, que concluya en una sentencia judicial firme, puede contrariar lo que ellos rezan como realizado o percibido por el funcionario que lo autoriza.

Como venimos diciendo, el principio de autenticidad es común a todo tipo de instrumento público y es un pilar básico del sistema jurídico argentino ya que dentro de éste sistema, el tráfico jurídico descansa en la presunción de veracidad que surge del mismo. Si no se la hubiese consagrado en nuestra legislación civil y comercial, la mayoría de los instrumentos públicos carecerían

de sustento y estarían sujetos a una posterior re certificación o comprobación.

Por ello tanto la magistratura, como otras autoridades administrativas - incluido el Registro Automotor- deben atenerse al precepto legal de la ley civil que establece ésta especial eficacia probatoria de los instrumentos públicos y no pueden desconocerla sin que se siga el procedimiento legal establecido para tener por falso lo que expresa el oficial publico autorizante de ésta clase de instrumentos.

Para Eduardo Cursack se trata de un caso de prueba legal que consiste en que el ordenamiento normativo asigna al acto de dación de fe pública el valor jurídico de considerar veraz la declaración del agente. Señala éste autor, que tal valor probatorio se aplica tanto al ámbito judicial, como en el trafico jurídico entre particulares y también ante los organismos del estado; y agrega que ni los organismos, ni las partes intervinientes, ni los terceros pueden desconocerlo.¹⁵

¹⁵ **Cursack Eduardo**, Revista del Notariado N° 865, Academia Nacional del Notariado, pág. 93, 94 y 95). "I. Valor probatorio de los instrumentos públicos.- Lo asigna el Código Civil en las siguientes normas: Artículo 993: ... 994: ... 995:..... Concretamente y referente a lo previsto en el artículo 993 del Código Civil, se trata de un caso de prueba legal que "consiste, prima facie, en la atribución por la norma a un medio de prueba de una especial eficacia probatoria en el proceso, de forma que resulte en mayor o menor grado eliminada la libre apreciación de aquél (juez). Que tal fenómeno responde a un fin de seguridad jurídica resulta indudable porque al prejuzgar en mayor o menor medida el resultado del proceso, tiende a evitar éste, y el proceso, en acto o en potencia, es un elemento de inseguridad (aunque sea una garantía de justicia)"... La prueba legal es un fenómeno de tipo sustantivo no procesal. Creo que los notarios no debemos aceptar la permanente mutilación que se hace de la actividad probatoria, vinculándola pura y exclusivamente con el proceso judicial, cuando el vocablo "probar" significa acreditar ante alguien la verdad de un hecho, lo cual no debe hacerse exclusivamente ante el juez o autoridad jurisdiccional sino que también se lo hace ante los particulares o ante otras autoridades. El valor probatorio asignado por el artículo 993 es denominado autenticidad o fe pública. ... II. Autenticidad o fe pública (como valor probatorio).- Dice Carminio Castagno que el acto notarial válido produce un efecto primordial: la fijación auténtica del hecho objeto, lo que es derivación de la propia naturaleza de

En similar sentido Jorge Alterini expresa que la fe pública produce un efecto de autenticidad impuesta por la ley, la cual no tiene como ámbito exclusivo la prueba judicial sino que tiene otros ámbitos de expresión con iguales efectos, como para mostrar la existencia del derecho contenido en el instrumento, para ser registrados, para declaraciones juradas tributarias, etc. La autenticidad, entonces, no se agota en la prueba (en sentido estricto) sino que también sirve para comunicar, exhibir, registrar, notificar, etc.¹⁶

la función ejercitada: fidedatio: “¿Qué es la autenticidad? El ordenamiento normativo asigna al acto de dación de fe pública un peculiar valor jurídico, que consiste en refutar veraz la declaración del agente. En su virtud, cada hecho que éste relata percibido se considera histórico, carácter que reviste erga omnes. En efecto, ni los otros órganos del Estado, verbigracia, los jurisdiccionales, ni los intervinientes, ni los simples terceros pueden desconocerlo, acorde a lo que se infiere del juego sistemático de varias normas, artículos 992 a 996, de nuestra ley de fondo”. ...”

¹⁶ **Alterini Jorge**, Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético - Tomo II- Editorial: La Ley. Comentario al Art. 296 del C.C.yC.N.: “...f) El instrumento es una cosa que enseña, que repite, comunica, que hace conocer. Es un ente real, perteneciente a la esfera del ser. Tiene ser, espacialidad, temporalidad, causalidad. En su sentido más estricto, lo que el documento recoge no es el hecho pasado, sino una versión personalísima, una imagen intelectual del o los autores (en el acto público, los intervinientes y el oficial público) de ese hecho. El instrumento recoge una representación del hecho, no el hecho mismo. Cuando se lo califica de público, hemos pasado de la esfera del ser a la esfera del valer, hemos cambiado la estimativa. Es lo mismo que decir que una cosa es buena o mala, es un juicio de valor (esfera de los valores). El documento como cosa es en sí mismo indiferente. g) Efecto de la fe pública, en cuanto al instrumento, es la autenticidad “legal o impuesta” del mismo. Dicha autenticidad no se manifiesta de modo exclusivo con la prueba —(en cuanto sinónimo de elemento necesariamente asociado a la impugnación o litigio) como generalmente es asociada— sino que tiene otros ámbitos de expresión. Muchos instrumentos jamás son impugnados, pero generan igualmente efectos, para simplemente mostrar la existencia del derecho contenido en ello, para ser registrados, para declaraciones juradas tributarias, etc. La autenticidad, entonces, no se agota en la prueba (en sentido estricto) sino que también sirve para comunicar, exhibir, registrar, notificar, etc. h) Algunas pruebas se forman dentro del proceso, otras afuera y antes del mismo, y se las denomina pruebas preconstituidas. Los instrumentos públicos son los de mayor importancia dentro de esta clase de pruebas. Otra característica referida a las pruebas, es el modo en que el juzgador las toma: hay formas de apreciación libre, y otras son pruebas legales. La prueba legal está valorada de antemano por la ley y es un juicio de valor hecho de antemano por el legislador y retenido (no delegado) por el derecho material. El fundamento de la prueba legal en materia de instrumentos públicos, es la fe pública.

Consideramos que de generalizarse el criterio de exigir la ratificación de los instrumentos públicos cada vez que se tiene alguna duda, entonces las sentencias judiciales, los oficios y testimonios judiciales, las actas judiciales autorizadas por el secretario de juzgado, los expedientes judiciales y administrativos, los títulos universitarios, las resoluciones administrativas, las partidas de nacimiento y fallecimiento del Registro Civil, el dinero circulante, los títulos de deuda pública, etc. y toda la infinidad de instrumentos públicos deberían ser recertificados en un obrar posterior a la de su emisión por parte de quien lo está utilizando. Eso sería hacer caer el sistema jurídico argentino de circulación de los instrumentos públicos y dar por tierra con una sistematización y práctica jurídica y ciudadana que se remonta hasta antes de la sanción del Código Civil en 1871.

Incluso si se siguiese este criterio, los mismos instrumentos públicos que emite el Registro Automotor para tener efectos probatorios en el tráfico jurídico (por ejemplo los títulos del automotor, las cédulas de identificación, etc) y en general todos los documentos registrales que expide el Registro Automotor, carecerían de valor por sí mismo y deberían ser constatados respecto de su autenticidad cada vez que alguno de ellos se nos presente, todo lo cual significaría un caos jurídico.

Es tal la fuerza probatoria que tienen los instrumentos públicos en virtud de éste principio de autenticidad, que solamente la redargución de falsedad dictada por sentencia firme permite desconocer lo que los instrumentos públicos expresan.

Señala Jorge Alterini, al comparar el texto del art. 993 del Código Civil derogado con el actual art. 296 del Código Civil y

Comercial de la Nación, que a diferencia de aquel, la nueva legislación establece expresamente que debe mediar “sentencia firme” para privar de efectos al instrumento público, con lo cual esta norma armoniza no solo con los principios esenciales del tráfico jurídico, sino que evita que una acción temeraria, sin fundamentos, pueda tener una consecuencia tan grave como la suspensión de los efectos de la fe pública. Con esta nueva redacción se supera la discusión doctrinaria que con el texto del viejo art. 993 citado había dividido a los que consideraban que la sola redargución era suficiente para suspender los efectos, de los que opinaban que debía mediar sentencia firme para la privación de los efectos. Asimismo señala que para el derecho penal no basta con la simple falsificación sino que es necesaria la existencia de un daño o la posibilidad de un daño material de conformidad al art. 293 del Código Penal.¹⁷

Evidentemente la idea de no trabar la circulación del instrumento público es una intención directa que ha tenido del legislador al sancionar la nueva legislación civil y comercial. En éste punto pensamos que esta intención se enmarca en un criterio aún mayor que advertimos que existe en esta nueva legislación

¹⁷ **Alterini Jorge**, Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético - Tomo II- Editorial: La Ley. Comentario al Art. 296 del C.C.yC.N.: “ 9. Falsedad. Pelosi define a la falsedad como toda alteración de la verdad. Para el Derecho Penal no es suficiente la mera falsificación, es necesario la existencia de un daño o la posibilidad de un daño material (art. 293 Código Penal). ...” 10. Redargución de falsedad El Código Civil derogado, en el art. 993, establecía que el instrumento público hacía plena fe hasta la redargución de falsedad, lo cual había dividido a la doctrina, ya que algunos opinaban que bastaba dicha redargución para suspender los efectos, mientras que otros autores sostenían que debía mediar sentencia firme. El Código Civil y Comercial, en el art. 296, determina que debe mediar sentencia firme para dicha privación de efectos, con lo cual armoniza no solo con los principios esenciales del tráfico jurídico, sino que evita que una acción temeraria, sin fundamentos, pueda tener una consecuencia tan grave como la suspensión de los efectos de la fe pública.”

civil y comercial, de dar impulso y dinamismo a todo el tráfico jurídico. No solo advertimos esta intencionalidad en la definición categórica del art. 296 que antes citáramos, sino que la inducimos de muchas situaciones reguladas en donde la nueva legislación ha ampliado el margen de posibilidades de actos jurídicos, y en otros casos la legislación ha destrabado situaciones que en doctrina y jurisprudencia estaban debatidas (como ocurre con la nueva redacción del art. 296 que zanjó la discusión doctrinaria sobre la necesidad de sentencia firme que declare la falsedad del instrumento público). Porejemplo advertimos esta idea de favorecimiento del dinamismo del tráfico jurídico en algunas normas como la del art. 1885 que introduce la figura de la convalidación con efecto retroactivo; la de los arts. 2560, 2561 y sges. y la de los arts. 1896 a 1899, que reflejan el acortamiento de los plazos de prescripción liberatoria y adquisitiva; la de los arts 2566, 912, y artículos concordantes en donde se introduce la caducidad como modo extintivo de derechos con el objetivo de consolidar situaciones; la de los art. 2129 y 2139 que introducen la posibilidad de la enajenación del usufructo; la de del art. 2120 que introduce la posibilidad de hipotecar el derecho real de superficie en miras de dinamizar el mercado inmobiliario y financiero; la de los arts. 2445 y 2448 que reducen la legítima hereditaria aumentando la posibilidad de la libre disposición en actos gratuitos; la del art. 2461 que deniega acción de colación a los legitimarios que consintieron el acto de enajenación oneroso o gratuito realizado en vida del causante a favor de otro legitimario; la del art. 1883 y la ampliación del objeto de los derechos reales a bienes autorizados por ley; la del art. 2232 y sges. referidos a la

prenda de créditos; la de del art. 2130. inc. b) relativo al usufructo de derechos; la del art. 1887 y siguientes que amplía el numerus clausus incluyendo nuevos derechos reales; el art. 1092 y sgtes. que regula al contrato de consumo como una modalidad del contrato civil; y fundamentalmente el art. 1º y el nuevo paradigma del reconocimiento e inclusión de nuevos derechos a través de la constitucionalización del derecho civil, al receptarse como fuente del derecho y ley aplicable, a los tratados en materia de derechos humanos, introduciendo la idea del respeto a la dignidad humana no ya frente al estado, sino entre particulares.

Cabe recordar que las normas del Código Civil y Comercial de la Nación deben ser tenidas en cuenta por el Encargado de Registro en todo momento porque el derecho civil es precisamente el “derecho común”, y por ello es que fue materia delegada a la Nación por todas las provincias (art. 75, inc. 12, C.N.) y como compendio del derecho común, corresponde a un Código Civil y Comercial definir el efecto, sentido y alcance que tienen los instrumentos públicos como forma de los actos jurídicos. Por ello hace al correcto ejercicio de la función registradora respetar esas normas para a su vez lograr una correcta aplicación de las normas registrales.

Alberto Omar Borella hace referencia a la aplicación de la legislación civil al ámbito registral cuando se refiere a las fuentes del régimen registral del automotor; y precisamente señala expresamente la necesidad de aplicar la legislación civil para una correcta aplicación de la normativa registral. Para éste autor, a pesar de que el régimen registral del automotor se apartó de algunas de las normas de la legislación civil respecto a la constitución y transmisión de derechos reales sobre bienes

muebles, numerosas prescripciones de éste cuerpo legal deben tenerse presente por los órganos inscriptores y cita ejemplificativamente a varias instituciones, entre ellas a los instrumentos públicos.¹⁸

Pero además consideramos que éste Código Civil y Comercial se enrola dentro de un proceso en donde se trató volver a de sistematizar la amplia dispersión jurídica que se generó luego del dictado del Código Civil en 1871 a partir de la sanción de numerosas leyes especiales, como por ejemplo el Decreto Ley 6582/58.

En éste sentido el art. 5 del nuevo Código¹⁹, señala que a la fecha de su sanción, la legislación que expresamente no sea derogada “mantienen su vigencia” como normas que

¹⁸ **Borella, Alberto Omar**, Régimen Registral del Automotor, Rubinzal – Culzoni, Bs. As., 1992, pag. 30 y 31, último y 1º párrafo respectivamente: “*Leyes aplicables: ... mencionaremos algunas disposiciones legales, cuya materia no es la registral del automotor, pero que deben tenerse en cuenta a los fines de una correcta aplicación del mismo: a) Código Civil. A pesar de que el régimen registral del automotor se apartó de algunas de las normas del Código Civil respecto a la constitución y transmisión de derechos reales sobre bienes muebles, numerosas prescripciones de éste cuerpo legal deben tenerse presente por los órganos inscriptores. Tales son las que regulan las siguientes materias: domicilio, incapaces, menores, dementes, inhabilitados y sordomudos; instrumentos públicos y privados; nulidad de los actos jurídicos; ... derechos reales: dominio, condominio, usufructo, ... etcétera*”.

¹⁹ **Ley 26.994** que Sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. “**ARTICULO 5º** — Las leyes que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código Civil o al Código de Comercio, excepto lo establecido en el artículo 3º de la presente ley, mantienen su vigencia como leyes que complementan al Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por el artículo 1º de la presente”. “**ARTICULO 3º** — Deróganse las siguientes normas: a) Las leyes Nros. 11.357, 13.512, 14.394, 18.248, 19.724, 19.836, 20.276, 21.342 —con excepción de su artículo 6º—, 23.091, 25.509 y 26.005; b) La Sección IX del Capítulo II —artículos 361 a 366— y el Capítulo III de la ley 19.550, t.o. 1984; c) Los artículos 36, 37 y 38 de la ley 20.266 y sus modificatorias; d) El artículo 37 del decreto 1798 del 13 de octubre de 1994; e) Los artículos 1º a 26 de la ley 24.441; f) Los Capítulos I —con excepción del segundo y tercer párrafos del artículo 11— y III —con excepción de los párrafos segundo y tercero del artículo 28— de la ley 25.248; g) Los Capítulos III, IV, V y IX de la ley 26.356”

complementan al Código Civil y Comercial de la Nación. De ésta norma surge que este nuevo Código, con sus principios y valores (y dentro de ellos incluimos a los referidos a los instrumentos públicos) constituye la institución jurídica principal a la cual las leyes especiales se anexan de modo complementario, debiendo estas armonizarse a los principios y valores de aquel, existiendo entre ambos, una relación de cosa principal y cosa accesoria. En otras palabras, si lo accesorio sigue la suerte de lo principal, surge una necesidad jurídica de generar en la interpretación y aplicación del derecho, una armonización de los contenidos de las leyes especiales complementarias con los que surge de la nueva codificación civil y comercial. En consecuencia, esto vale respecto del Decreto Ley 6582/58 y de todas las normas reglamentarias que constituyen el régimen registral del automotor.

Con respecto a este régimen legal específico, ya con anterioridad a la vigencia de la nueva codificación civil y comercial, la Excelentísima Cámara Federal de Apelaciones de Rosario dictó un fallo ejemplar a consecuencia de una observación registral improcedente. En ella sostuvo que si bien el del automotor era un régimen especial y rigurosamente formal en miras a proteger la circulación comercial de los automotores, este no podía sustraerse de los principios e instituciones del ordenamiento jurídico debiendo armonizarse con el mismo.²⁰

²⁰ **Cámara Federal de Apelaciones de Rosario**, Provincia de Santa Fe, dictado en los autos “DEMONTE, Maria N. y ot. s/ Decreto 335/88”), fallo de fecha 28 de diciembre de 2010: “... *No escapa al conocimiento del tribunal que la adquisición del dominio sobre los automotores está sometida a un régimen jurídico particular basado en la inscripción de los respectivos actos en registros públicos. Por ello pertenecen a la categoría de bien mueble registrable. La necesidad de proteger los numerosos intereses vinculados con su circulación comercial ha provocado que los automotores se sometan a un riguroso sistema de publicidad y formalismos. Ahora bien, este regimen formal instituido principalmente a traves del Decreto-ley 6582/58*

Es decir, que la jurisprudencia venía señalando con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial la necesidad de que en la aplicación del régimen registral del automotor debía realizarse una armonización con los principios de la legislación civil. Es decir ya los jueces advirtieron que en la aplicación de este régimen legal los registradores no podían apartarse de los principios del derecho Civil.

En este sentido, traemos a colación que el art. art. 1º de la Ley 19.549 sienta el principio de que el funcionario público debe obrar con “eficiencia” y no puede existir eficiencia cuando al aplicar el régimen del automotor se soslayan normas y principios jurídicos superiores.

Si partimos de la base de que el obrar eficiente que menciona dicha norma también se aplica a la interpretación y aplicación correcta de las normas jurídicas, se deduce que cuando no se aplica correctamente la norma, también se vulnera el principio de legalidad por violación del principio de eficiencia. Entonces, en salvaguarda de los principios de eficiencia y de legalidad, la interpretación y aplicación correcta de las normas constituye un obrar que debe exigirse a todos los funcionarios públicos, pero muy especialmente a los órganos técnicos jurídicos del estado, entro de los cuales se encuentran los Registros de la Propiedad del Automotor.

Por todo lo relacionado precedentemente, nuevamente concluimos que la exigencia de la ratificación de firmas

(ratificado por Ley 14.467) y el Digesto de Normas Técnico Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor no pueden sustraerse o ignorar principios e instituciones que hacen a todo el ordenamiento jurídico. Por el contrario, necesariamente deben armonizarse con aquel”.

certificadas que impone el registrador, constituye una violación al principio de legalidad por violentar el principio de autenticidad del instrumento público y por violar el principio de obrar eficiente que la legislación le impone a nivel funcional para reguardar la armonía del sistema jurídico.

1.3- LA RATIFICACIÓN DE FIRMAS Y LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR NO RECONOCERSE EL PRINCIPIO AUTENTICADOR DE LA FUNCIÓN NOTARIAL QUE SURGE DE LA LEGISLACIÓN NOTARIAL LOCAL.

Debe tenerse siempre presente que en la actividad certificante el notario realiza una dación de fe que se documenta en un instrumento público; y en lo atinente a la dación de fe, atento a que se trata de fe publica investida por cada estado provincial, la legislación sobre esa materia está constituida por normas sustanciales de fondo dictadas por cada provincia en ejercicio de una competencia reservada (y por tanto no delegada a la Nación). Y en éstos extremos, cabe citar que en la Provincia de Córdoba, la Ley Orgánica Notarial de la Provincia de Córdoba N° 4183, en su Art. 10, define al notario como el profesional de derecho y el funcionario público instituido para recibir y redactar conforme a las leyes las declaraciones de voluntad de los que requieren sus servicios y para dar carácter de autenticidad a los hechos y declaraciones que pasen en su presencia.²¹ Similar

²¹ **Ley Orgánica Notarial de la Provincia de Córdoba -Ley 4183** "Artículo 10°.- El escribano de registro es el profesional de derecho y el funcionario público instituido para recibir y redactar conforme a las leyes, los actos y contratos que le fueren encomendados y para dar carácter de autenticidad a los hechos, declaraciones y convenciones que ante él se desarrollaren, formularen o expusieren, cuando para ello fuere requerida su intervención.". Un texto prácticamente idéntico

concepto se encuentra en las leyes orgánicas notariales de las distintas provincias.

Estas características relativas a la actuación del notario ya fueron reconocidas por nuestro Poder Judicial de la Nación. en el fallo precedentemente citado de fecha 28 de diciembre de 2010 de la Excelentísima Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, en los autos “DEMONTE, Maria N. y ot. s/ Decreto 335/88”. En éste fallo, el Tribunal de Alzada, puso énfasis a la hora de sentenciar, en que el escribano da autenticidad a los hechos, declaraciones y convenciones que ante él se desarrollen, y conforme a ello, revocó una resolución del Registro Automotor que exigía reemplazar el documento notarial por un oficio judicial para inscribir una adjudicación extrajudicial de herencia instrumentada en escritura pública. El fundamento fue precisamente el hecho de que en dicha escritura el notario ejerciendo su función fedataria había formalizado el acuerdo particionario en una escritura pública.²²

es citado en la legislación provincial comparada (vg: leyes orgánicas notariales de la Ciudad de Buenos Aires –art. 10 Ley 12.990-, y de la Provincia de Santa Fe – Ley 6898-)

²² **Decreto Ley 6582/58. ARTICULO 37.**–“Las decisiones de los Encargados de Registro en materia registral, podrán ser recurridas ante la Cámara Federal de Apelaciones con competencia territorial en el lugar donde tenga su asiento el Registro Seccional contra cuya decisión se recurre. En la Capital Federal será competente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal. También podrá recurrirse ante el tribunal mencionado en último término, de las decisiones del Organismo de Aplicación en cuestiones de materia registral, relativas a conflictos o casos de carácter individual, o en los supuestos de cancelación o suspensión en el registro de los comerciantes habituales previstos en el artículo 9º o de aplicación de sanciones de multa contemplado en el artículo 23. Las actuaciones se elevarán al Tribunal por intermedio del Organismo de Aplicación. Cuando el recurso se interpusiere contra una decisión de este último se hará por intermedio del Ministerio de Justicia. El Poder Ejecutivo reglamentará los procedimientos y plazos para interponer el recurso y sustanciar su trámite. El plazo para dictar sentencia será de sesenta (60) días hábiles judiciales desde que se encuentre firme el llamamiento de autos. Dentro del plazo que el Poder Ejecutivo establezca para remitir las actuaciones al Tribunal, quien dictó la resolución recurrida podrá revocarla por contrario imperio. Dentro del mismo plazo, el

Y este reconocimiento de la función del notario cobra relevancia no solo por la investidura de la Excelentísima Cámara, sino porque fija un precedente de gran connotación, que mas aún se agiganta si se tiene en cuenta que en materia de impugnación de las decisiones de los Encargados de Registros Seccionales, es a la Justicia Federal a quien compéete entender de conformidad al art. 37 del Decreto Ley 6582/58.²³

En consecuencia los funcionarios a cargo de los Registros Seccionales del Registro Automotor no pueden desconocer la función autenticadora en el ejercicio de la dación de fe que establecen las leyes orgánicas notariales a los escribanos; sea que el instrumento publico que autorice el notario se trate de un documento protocolar como lo es la escritura (Art. 289 inc. a-) o que se trate de un documento extraprotocolar como lo es la actuación notarial en la certificación de firmas (Art. 289 inc. b-).

Organismo de Aplicación, cuando se tratare de decisiones de los Encargados de Registro, o el Ministerio de Justicia, cuando se tratare de decisiones de este último, podrán dejar sin efecto el acto impugnado”.

²³ **Cámara Federal de Apelaciones de Rosario**, Provincia de Santa Fe, dictado en los autos “DEMONTE, María N. y ot. s/ Decreto 335/88”), fallo de fecha 28 de diciembre de 2010: “... Repárese en primer término en que el Escribano es “el funcionario público instituido para recibir y redactar, conforme a las leyes, los actos y contratos que le fueren encomendados y para dar carácter de autenticidad a los hechos, declaraciones y convenciones que ante él se desarrollaren, formularen o expusieren, cuando para ello fuere requerida su intervención (art. 10 de la Ley de la Provincia de Santa Fe Nro. 6898 ...En el presente caso el escribano actuante ... transcribió la resolución ... en la que se declaró que por el fallecimiento de son sus únicos y universales herederos su cónyuge supérstite ... y a continuación consta la partición extrajudicial de la herencia que autoriza el art. 1184 inc. 2º del C.C. ... Así entonces, observar la inscripción de los automotores con fundamento en que “Falta Oficio Judicial de Sucesión” no resulta una resolución adecuada a derecho cuando en la escritura publica acompañada se transcribe la declaratoria de herederos del causante y la partición extrajudicial de los bienes que componen el acervo sucesorio, autorizada por el art. 1184 inc. 2 del C.C., por lo que la exigencia del Registro en orden al oficio judicial se traduce en un ritualismo meramente formal e inconducente. Corresponde entonces revocar la observación del Registro de la Propiedad del Automotor ...”

Consecuentemente con ésta idea el Digesto de Normas Técnico Registrales del Registro Automotor impone que los Encargados de Registro deben conocer las normas notariales de jurisdicción del certificante. Esa imposición -como deber funcional de los Encargados- fue establecida en la normativa que regula los requisitos a cumplimentar en materia de certificaciones de firmas (Título I, Capítulo V, Sección Tercera, art. 1, inc.a1). En esa normativa precisamente se cita que los Encargados de Registro deberán controlar que el texto de la certificación de firmas de cumplimiento a todos recaudos exigidos por las normas notariales de la jurisdicción del certificante. Por consiguiente, se sobreentiende que el Registro Seccional debe conocer esa normativa notarial local.²⁴

En síntesis, la verificación del cumplimiento de los recaudos que establecen las normas notariales de jurisdicción del certificante, es una función que integra la calificación registral que deben realizar los Registros Seccionales en el trámite inscriptorio; y por lo tanto, ello supone que el Encargado del Registro Seccional está en conocimiento de esa normativa. Evidentemente en la Provincia de Córdoba, dentro de dichas normas que deben ser conocidas por el Encargado de Registro, se encuentra la Ley Orgánica Notarial 4183, y en especial el art. 10 que señala el carácter que tienen los documentos en los que actúa un escribano.

²⁴ **DNTR (Digesto de Normas Técnico Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor)**, Título I, Capítulo V, Sección Tercera, art. 1, inc.a1): *“Artículo 1°.- Las certificaciones de firma de los certificantes mencionados en el artículo 1°, Sección 1ª de este Capítulo, deberán cumplir las formalidades especiales que en cada caso se indica, según fueren efectuadas por: a) Escribanos Públicos: será necesario cumplir, además de los recaudos generales, los siguientes: a.l. Todo recaudo exigido por las normas notariales de la jurisdicción del certificante ...”.*

1.4- LA RATIFICACIÓN DE FIRMAS Y LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR APARTAMIENTO DE LA NORMATIVA REGISTRAL QUE IMPONE UN OBRAR DISTINTO.

Como se expresó previamente, el art. 1º del Decreto 644/1989 impone que por aplicación del principio de legalidad y de supremacía constitucional se deben aplicar las normas relativas a los instrumentos públicos que surgen del Código Civil y Comercial de la Nación. En función de ello si existen fundamentos para desconocer la autenticidad de las certificaciones de firmas, el procedimiento a seguir es el de redargüir de falsas a las certificaciones notariales mediante la interposición de la denuncia judicial. No cabe posibilidad de dudas, ni de exigir ratificación de firmas.

Por lo tanto ante la diferencia de trazo de la firma certificada por notario con la firma registrada, el registrador tiene dos opciones:

a) debe procesar la transferencia solicitada en virtud de que el requisito de firmas certificadas se encuentra cumplimentado de acuerdo a la normativa registral en la materia. ²⁵

²⁵ **Según lo previsto por el Digesto de Normas Técnico Registrales** en el Título I. Capítulo V. Sección 1ra. Autorizados a certificar.- *Artículo 1º.- Las firmas en las Solicitudes Tipo que no se certifiquen por o no se estampen ante el Encargado de Registro de la radicación del automotor o del Registro donde se presentará el trámite, deberán estar certificadas en las condiciones establecidas en este Capítulo por: "a) Escribano Público..."* En la Sección 2da. Del mismo capítulo, Certificaciones en general dispone: *"Artículo 1º.- Para certificar los certificantes mencionados en el artículo 1º, Sección 1ª de este Capítulo, cumplirán las siguientes formalidades en general: a) Expresar el lugar, fecha y carácter que inviste el certificante. b) En su texto se hará constar: b.1. Nombre y apellido y documento de identidad del firmante (tipo y número que corresponda según lo dispuesto en el Capítulo IV, Sección 2ª, artículo 1º). b.2. Que la firma es puesta en ese acto en presencia del certificante. Las constancias indicadas en a) y b) deberán insertarse en la misma Solicitud Tipo, al*

b) o debe redargüir de falsa a la certificación si advierte elementos que impliquen la supuesta comisión de un delito con todas las consecuencias jurídicas que implican tanto para el notario interviniente, como para el funcionario registral que atribuye la falsedad en la dación de fe, como para los usuarios del servicio registral, especialmente el titular del dominio y su eventual adquirente.

Si ante la diferencia de trazo el Registro Seccional tiene dudas y en lugar de proceder a realizar la denuncia judicial, decide observar el trámite y citar al vendedor a ratificar sus firmas incurre en una violación normativa, ya que de acuerdo al Reglamento Interno Orgánico Funcional del Registro Automotor (reglamento que regula los derechos, deberes y prohibiciones de los Encargados de Registro) en su artículo 3º, Sección 2, Capítulo IV²⁶, relativo a las denuncias ante la justicia, establece que

pie de la firma que se certifica, en el lugar asignado al efecto en la respectiva solicitud o firmando y sellando en ésta y formulando las manifestaciones establecidas en este artículo en actuación separada, debidamente correlacionada con la Solicitud. En este supuesto bastará que el certificante firme una sola vez en la Solicitud Tipo aún cuando certifique varias firmas, en cuyo caso hará constar en la actuación separada las aludidas manifestaciones respecto de cada uno de los firmantes. El requisito de la certificación se exigirá cuanto menos en el original de la Solicitud Tipo y en el original de la foja notarial cuando las manifestaciones establecidas en este artículo sean formuladas por escribano en actuación separada.” Y por último en la Sección 3ra. Certificaciones en especial Artículo 1º, dispone: “Las certificaciones de firma de los certificantes mencionados en el artículo 1º, Sección 1ª de este Capítulo, deberán cumplir las formalidades especiales que en cada caso se indica, según fueren efectuadas por: a) Escribanos Públicos: será necesario cumplir, además de los recaudos generales, los siguientes: a.1. Todo recaudo exigido por las normas notariales de la jurisdicción del certificante. a.2. Se establecerá el tomo y folio del Libro de Requerimiento, cuando de acuerdo con las normas notariales de la jurisdicción a la que pertenezca el escribano certificante, deba llevarse el referido Libro. a.3. Consignará la forma en que hubiere justificado la identidad del firmante en los términos del artículo 306 del Código Civil y Comercial.”

²⁶ RINOF - <http://registros.dnrpa.gov.ar/rinof/rinofindice.htm>.- **Sección 2, Capítulo IV:Artículo 3º.-** “Denuncias ante la Justicia: Los Encargados de Registro deberán efectuar las denuncias correspondientes ante los Juzgados de su

constituye una obligación del Encargado denunciar los hechos que considere que puedan importar delitos que den lugar a la acción pública dentro de los cinco (5) días hábiles de adquirido el conocimiento agregando a ella los documentos o constancias originales guardando en su poder fotocopias autenticadas y recabando instrucciones al juzgado actuante sobre la disponibilidad del dominio e instrucciones tendientes a establecer las futuras pautas de actuación respecto de dicho dominio.

Como expusimos al inicio de éste trabajo, la Dirección Nacional del Registro de la Propiedad del Automotor, a través de sus área jurídica, en el dictamen relacionado previamente (N° 2807/05) se expresó declarando que los Encargados de Registro carecen de la facultad de solicitar la ratificación de firmas, y que en el caso de advertirse hechos u omisiones que pudieren importar la comisión de delitos, deberán formular la respectiva denuncia judicial.

Por lo tanto queda claro una vez más que la práctica registral de solicitar la ratificación de firmas es totalmente contraria a derecho.

jurisdicción que resulten competentes, respecto de los siguientes hechos: a) Cuando el Registro, en ejercicio de sus funciones adquiera el conocimiento de hechos y/u omisiones que puedan importar delitos que den lugar a la acción pública. b) Cuando se reciban denuncias formales de usuarios y particulares. c) Cuando se reciban denuncias formales de autoridad pública de cualquier carácter o nivel. La denuncia se practicará dentro de los CINCO (5) días hábiles de adquirido el conocimiento o recibida la denuncia a los que se refieren los incisos precedentes. Se agregarán a ella los documentos o constancias originales guardando en su poder fotocopias autenticadas. Si la denuncia importara, en forma total o parcial, la indisponibilidad registral de un determinado dominio, se recabarán al Juzgado actuante, instrucciones tendientes a establecer las futuras pautas de actuación respecto de dicho dominio. Dentro de los CINCO (5) días hábiles siguientes a la radicación de la denuncia, el Registro elevará a la Dirección Nacional copia autenticada del escrito de denuncia y de la documentación que le dio origen, junto con una nota explicativa de los hechos y de la actuación del Registro en la emergencia.”.

1.5.- LA RATIFICACIÓN DE FIRMAS Y LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR INCORRECTA APLICACIÓN DEL ART. 18 DEL DECRETO 1759/72.

Consideramos que anida en el procedimiento registral de pedir la “ratificación de firmas”, un desconocimiento del verdadero sentido que ha tenido el art. 18 del decreto 1759/72 cuando en su texto establece que en caso de duda sobre la autenticidad de una firma, la autoridad administrativa podrá llamar al interesado para que ratifique la firma antes del dictado del acto administrativo.²⁷

Entendemos que este artículo 18º, se aplica a los supuestos en que en la petición realizada al Estado no existió control sobre la identidad de la persona que firmó la petición y sobre si la misma le pertenecía. Entonces, en esos casos, no existiendo autenticidad de la firma, antes de la toma de la decisión administrativa, se confiere la posibilidad al funcionario de solicitar al ciudadano que formuló la petición la ratificación de la firma en sede administrativa.

Pero ésta no es la situación de los formularios del Registro Automotor ya que en su mayoría son ingresados en sede registral con firmas certificadas, es decir con autenticidad de la firma. Por lo tanto no se da el supuesto de hecho que prevé la norma del art. 18 y por consiguiente no resulta posible que el funcionario público

²⁷ **Art.18 del Decreto 1759/72:** *“Ratificación de la firma y del contenido del escrito.- 18. –En caso de duda sobre la autenticidad de una firma, podrá la autoridad administrativa llamar al interesado para que en su presencia y previa justificación de su identidad, ratifique la firma o el contenido del escrito. Si el citado negare la firma o el escrito, se rehusare a contestar o no compareciere, se tendrá el escrito como no presentado.”*

registral pretenda que se ratifiquen firmas aplicando este decreto previsto para los casos de falta de autenticidad.

Claramente se produce la violación al principio de legalidad, ya que el hecho de que el funcionario registral solicite la ratificación de la firma del que efectuó una petición de registración con firma certificada, implica directamente que una norma reglamentaria adjetiva de rango inferior tendría supremacía sobre las normas del derecho civil y comercial de rango superior que establecen todo el sistema jurídico argentino relativo a los efectos de los instrumentos públicos y el valor probatorio de los mismos basado en el principio de autenticidad.-

La interpretación correcta de éste artículo pasa por considerar que este artículo 18° se inserta dentro del Título III de la reglamentación, la cual se refiere a la formalidad de las actuaciones, la cual a su vez tiene como objetivo reglamentar el art. 1° de la Ley 19.549, norma que por su parte estableció que el procedimiento administrativo se regirá por un principio de “Informalismo”²⁸ el cual está dirigido básicamente al ciudadano, que por imperio de la Constitución Nacional tiene el libre derecho a petionar ante la autoridad (Art. 14 C.N.). Consecuentemente subyace la idea de que ese derecho constitucional no puede ser vulnerado en base a requerimientos formales que lo coarten.

²⁸ **Ley 19.549:** “Artículo 1°.- Las normas del procedimiento que se aplicará ante la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad, se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos: Requisitos generales: impulsión e instrucción de oficio. ... Celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites;... Informalismo... Excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente...”

En efecto, en miras a garantizar que el ciudadano pueda realizar cualquier reclamo o pedido ante el Estado, se exige al mismo de cumplir con recaudos formales si de ser necesarios los mismos pueden ser cumplimentados a posteriori.

Un ejemplo es la formalidad de certificar firmas cuando ingresa su pedido iniciando el expediente administrativo. Es decir, para realizar la petición al Estado, el ciudadano la realiza sin certificación o control de firmas, con libertad de formas. No se ponen obstáculos formales a su petición. Ahora bien de ser necesario dejar constancia fehaciente de su firma para poder imputarle una declaración de voluntad, la misma se solicitará luego de su petición y antes del dictado del acto administrativo que motivó su pedido.

Dentro de éste concepto, el Art. 18 del Decreto Reglamentario regula el caso de la mal llamada “ratificación de firma y contenido” (debió decir “reconocimiento de firma y contenido”) y se refiere a los supuestos de duda de la autenticidad respecto de la firma del solicitante en que, partiendo de la base de que en función de la libertad de formas o informalismo del art. 1 de la ley 19.545, no existió control y certificación de firmas, ni en el inicio, ni durante la tramitación del expediente. De tal modo, con la llamada “ratificación” se pretende convincentemente atribuir el pedido a una persona concreta y determinada, con el objetivo de que la resolución a que se llegue en el expediente administrativo pueda aplicarse respecto de una persona concreta y con certidumbre. Es decir a partir de la “ratificación” se convalida retroactivamente todo lo que se vino realizando a nivel de administración pública con motivo del pedido del ciudadano y

se dictará el acto administrativo correspondiente. Y en el caso de que el ciudadano no ratificase su firma, ello implicará dejar sin efecto su pedido, como no presentado, y en consecuencia quedará sin efecto todo lo actuado.²⁹

Este es el sentido de éste artículo 18° que como lo venimos diciendo, estuvo pensado para la generalidad de tramitaciones administrativas en las cuales el control de la firma del solicitante pudo haberse omitido en aras de preservar el informalismo que garantiza el ejercicio de derecho de peticionar. Reiteramos que esta norma está destinada exclusivamente a ser aplicada a los casos donde hay dudas de la autenticidad de la firma.

Las tramitaciones ante el Registro Automotor constituyen una especie dentro de los trámites administrativos, y tienen a su vez sus propias regulaciones. Como se puede apreciar del articulado de todas las normas registrales del automotor de fondo y reglamentarias, el requisito de la certificación de firmas está establecido de manera expresa y al inicio del trámite registral ³⁰ y

²⁹ **Hutchinson, Tomás**, “Ley nacional de procedimientos administrativos – Reglamento de la ley 19549”, Astrea, Bs.As., 1988, Tomo 2, pag. 87). “... La ratificación tiene como efecto convalidar retroactivamente el acto realizado. Si el interesado niega la firma o el escrito o se rehúsa a contestar o, citado por segunda vez, no compareciere, la Administración debe tener el escrito por no presentado. Se considerará que el interesado no ha actuado y si lo hace en el futuro, quedará un vacío en su intervención en el trámite administrativo...”.

³⁰ **Art. 13 D.L. 6582/58**: “Los pedidos de inscripción o anotación en el Registro, y en general los trámites que se realicen ante él, sólo podrán efectuarse mediante la utilización de las solicitudes tipo que determine el Organismo de Aplicación, el que fijará su contenido y demás requisitos de validez. Cuando las solicitudes tipo no se suscribieren por los interesados ante el Encargado de Registro, deberán presentarse con las firmas certificadas en la forma y por las personas que establezca el Organismo de Aplicación....”.- **DNTR (Digesto de Normas Técnico Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor)**, Título I, Capítulo V, Sección Iª, art. 1º: Autorizados a Certificar: *Artículo 1º.- Las firmas en las Solicitudes Tipo que no se certifiquen por o no se estampen ante el Encargado de Registro de la radicación del automotor o del Registro donde se presentará el trámite, deberán estar certificadas en las condiciones establecidas en este Capítulo por:*
a) *Escribano Público. ...”*

³¹, por lo tanto no resulta de aplicación éste artículo 18 a los formularios 08 donde exista certificación notarial de firmas. En caso de duda fundada, reiteramos, lo que debe aplicarse es el artículo 296 inciso a) del Código Civil y Comercial de la Nación que impone la necesidad de argüir de falsa a la certificación.

En síntesis, en los casos en que el Registro Automotor exige la ratificación de firmas certificadas notarialmente, existe violación al principio de legalidad en éstos casos por aplicación del art. 18 del Decreto 1759/72 en forma incorrecta, en un sentido contrario al que quiso darle el legislador, configurándose una falsa motivación legal que implica la inexistencia de fundamentación jurídica del acto administrativo.

1.6.- LA RATIFICACIÓN DE FIRMAS Y LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR APARTAMIENTO DE LA NORMATIVA REGISTRAL SOBRE EL TRÁMITE DE TRANSFERENCIA DE DOMINIO.

En un extenso articulado, en el Título II, Capítulo II, Sección Primera del citado Digesto de Normas Técnico Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor³², se establecen

³¹ **DNTR (Digesto de Normas Técnico Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor)**, Título I, Capítulo I - Solicitudes Tipo - Sección 1^a - Expedición y validez - Artículo 1^o.- *“Las peticiones de anotaciones e inscripciones y en general los trámites que se realicen ante el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor, se efectuarán mediante el uso de las Solicitudes Tipo que para cada caso establezca la Dirección Nacional.... - Sección 2^a - requisitos a cumplimentar - Artículo 1^o.- Las Solicitudes Tipo deberán llenarse a máquina o con letra tipo imprenta en tinta negra o azul. Artículo 5^o.- Certificación: Las firmas se certificarán según la normativa prevista en el Capítulo V de este Título....”*.

³² **DNTR (Digesto de Normas Técnico Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor)**, Título II, Capítulo II, Sección Primera regulatoria del trámite de transferencia: *“Artículo 1^o.- La Solicitud Tipo “Contrato de Transferencia*

- *Inscripción de Dominio (08)*” (con los dos elementos -original y duplicado- que la integran) es de uso obligatorio para todos los trámites de transferencia, transmisión o cesión por cualquier título del dominio de los automotores ... Artículo 9°.- *Certificación: Las firmas de las partes intervinientes en el acto se certificarán de acuerdo a lo dispuesto en Título I, Capítulo V...*.- Artículo 27.- *Normas de Procedimiento en los Registros Seccionales: El Registro Seccional recibirá la documentación que se le presente, dando cumplimiento a lo dispuesto en el Título I, Capítulo II, Sección 1ª; luego de lo cual procesará el trámite de acuerdo a lo dispuesto en el mismo Título y Capítulo citados, Sección 2ª y en especial comprobará:*a) *Que los datos consignados en la Solicitud Tipo se correspondan con los obrantes en la documentación agregada al Legajo y con la que se acompañe con el trámite. b) Que según sus números de control el Título que se presente sea el último expedido por el Registro.*c) *Que se refiera al automotor inscripto según constancias del Legajo.*d) *Que se haya cumplido con la verificación física del automotor, cuando corresponda.*e) *Que el vendedor o transmitente sea el titular del dominio, según constancias del Legajo y cuente con capacidad suficiente para realizar el acto.*f) *En caso de condominio, que actúen como vendedores la totalidad de los condóminos que representen un porcentaje igual a la parte transferida (Ejemplo: si se transfiere el 100 % del condominio, deberá firmar la totalidad de los condóminos).*g) *Que se haya prestado el consentimiento conyugal, cuando de las constancias registrales resulte que el titular o titulares fueren de estado civil casado.*h) *Que no existan medidas restrictivas o afectaciones sobre el automotor (Ejemplo: medidas cautelares, automotores afectados al régimen - Ley N° 19.279, sin el certificado que acredite su libre disponibilidad expedida por la Dirección Nacional de Rehabilitación del Ministerio de Salud; automotores afectados al régimen - Ley N° 19.640, sin liberación aduanera). No impedirá la inscripción de la transferencia de dominio si el adquirente acepta adquirir el automotor embargado y siempre que de la orden judicial mediante la cual se trabó la medida, no resultare la prohibición de transferir o hubiere sido decretada en un proceso concursal, manifestando su conformidad en el rubro “Observaciones” de la correspondiente Solicitud Tipo o en hoja anexa con firma certificada.*i) *Que no existan inhibiciones u otras medidas cautelares respecto del titular. En todo los casos en que del Legajo resultare que se han producido rectificaciones en los nombres o apellidos o estado civil del titular, se verificará si se encuentran registradas inhibiciones por todos y cada uno de los nombres y apellidos anteriores y posteriores a dicha rectificación.*j) *Que el adquirente se haya hecho cargo de la deuda garantizada conforme lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley de Prenda con Registro, en caso de existir prenda.*k) *Que se hayan pagado los impuestos mencionados en los artículos 23, inciso e) y 24, y el de radicación de automotores de mediar Convenio de Complementación, en cuyo caso devolverá los comprobantes originales (excepto el del Impuesto de Sellos) y dejará fotocopia en el Legajo, procediendo en cuanto al impuesto de emergencia establecido por la Ley N° 23.760 en la forma prevista en el Capítulo XVIII, Sección 3ª de este Título, o en su defecto verificará que se haya presentado la Solicitud Tipo “02” a la que se refiere el artículo 26 de esta Sección.*l) *Que, de corresponder, se haya presentado el Certificado de Transferencia de Automotores (CETA) de acuerdo con lo previsto en este Título, Capítulo XVIII, Sección 5ª, y que, verificada su autenticidad y validez en la forma allí indicada, los datos en él contenidos en relación con el automotor y con las partes intervinientes resultaren correctos.*ll) *Que se haya agregado, en caso de existir prenda, la constancia de haber comunicado la transferencia al acreedor prendario, o en su defecto, que se haya entregado al peticionario a esos fines el telegrama colacionado o la carta documento para la tramitación y despacho a su costa.*m) *Que se haya agregado, si estuviera inscripto un contrato de leasing,*

constancia de que el tomador del leasing está en conocimiento de esa venta.n) Que se haya consignado en la Solicitud Tipo la clave única de identificación tributaria (C.U.I.T.) o el código único de identificación laboral (C.U.I.L.), comparando el número de clave o código indicado con el que surja de la constancia acompañada para acreditar la inscripción. De haberse declarado no poseer clave o código consignar la predeterminada por la Dirección General Impositiva conforme lo establecido en el Título I, Capítulo I, Sección 2ª, artículo 13 y verificar que se haya acompañado la documentación prevista para estos supuestos en dicho artículo 13. Que a su vez en el Artículo 28º se establece cual es el procedimiento que el Encargado de Registro debe realizar para la toma de razón del transmite de transferencia de dominio una vez que haya verificado los recaudos y comprobaciones establecidos en el Artículo 27º: “Artículo 28.- Cumplidos los recaudos indicados en el artículo anterior sin que medien observaciones, el Encargado procederá a:

a) Inscribir la transferencia en el espacio reservado al efecto, en el reverso de cada uno de los elementos de la Solicitud Tipo (original y duplicado), consignando la fecha en que se practica la inscripción; firma y sello del Encargado.b) Asentar la transferencia en la Hoja de Registro y en el Título del Automotor. Si la transferencia se hubiere efectuado en carácter de donación, consignará en el rubro de Observaciones del Título del Automotor la siguiente leyenda: “La transferencia de fecha se efectuó por donación”.c) Expedir nueva Cédula de Identificación del Automotor, excepto que un comerciante habitualista hubiere solicitado que no se la emitiera conforme a lo establecido en el Capítulo VI, Sección 5ª, artículo 5º de este Título o que mediare alguno de los impedimentos previstos en el artículo 3º, Sección 1ª del Capítulo IX de este Título, o se diera el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 25, Capítulo II del Título III, en virtud del cual no debe entregarse cédula. En todos los casos se anulará y destruirá la anterior Cédula, salvo la parte de ésta que contenga el número de control o de dominio, la que se agregará al Legajo.d) Si como consecuencia de la transferencia se operare un cambio de radicación, dar cumplimiento a lo dispuesto en este Título, Capítulo III, Sección 8ª. No se operará el cambio de radicación si simultáneamente con la transferencia se peticiona la baja del automotor.e) Si la transferencia se hubiera inscripto mediante la mecánica prevista en el artículo 26, dejar constancia en el Título del Automotor y en el rubro Observaciones de los dos elementos de la Solicitud Tipo “08” (original y duplicado), que se inscribe ante la insistencia del adquirente. Además, en los casos en que se trate de la falta de pago del Impuesto de Sellos y de no existir convenio de complementación para abonarlo en el Registro, en la fotocopia del original de la Solicitud Tipo “08” acompañada por el peticionario, el Registro también dejará la constancia de que se inscribió ante la insistencia del adquirente, certificará su autenticidad y agregará al Legajo B; entregando al peticionario el original de la Solicitud Tipo para que se abone el sellado. Además, en los casos en que se trate de la falta de pago del Impuesto de Sellos y no mediare convenio de complementación de servicios para abonarlo en el Registro, en la fotocopia del original de la Solicitud Tipo “08” acompañada por el peticionario el Registro también dejará la constancia de que se inscribió ante la insistencia del adquirente, certificará su autenticidad y la agregará al Legajo B, y entregará luego al peticionario el original de la Solicitud Tipo para que se abone el sellado.f) Entregar al peticionario el Título del Automotor, en el que deberá consignarse el código de identificación del Certificado de Transferencia de Automotores (CETA) presentado. El Título no se entregará si, existiendo prenda, no se hubiere presentado en el Registro la constancia de comunicación al acreedor prendario. Cuando el adquirente fuere un comerciante habitualista que hubiere

los requisitos para que opere la transferencia del dominio de un automotor, y en especial se establece que es obligación del Registro Seccional comprobar el cumplimiento de los requisitos del trámite de transferencia enumerando una serie de actos de

peticionado que no se le extienda Cédula conforme se establece en el Capítulo VI, Sección 5ª, artículo 5º de este Título, se consignará en el rubro "Observaciones" del Título del Automotor la siguiente leyenda: "Adquirido por comerciante habitualista - art. 9º R.J.A.- como bien de recambio. No habilitado para circular".g) Entregar al peticionario la nueva Cédula de Identificación, salvo en los casos en que, mediando convenio de complementación se hubiere inscripto la transferencia sin encontrarse oblado el impuesto a la radicación o patentes ante la insistencia del usuario (artículo 26), supuesto éste en que se procederá a retener dicho documento hasta tanto se acredite el pago del aludido impuesto. Se exceptuará de esta retención el supuesto de demoras en la regularización de su pago no imputables al usuario, en cuyo caso se le entregará la Cédula, debiendo dejar constancia en la Hoja de Registro de que se encuentra pendiente de regularización impositiva por causas no imputables al usuario. La Cédula no se entregará si, existiendo prenda, no se hubiere presentado en el Registro la constancia de comunicación al acreedor prendario. La Cédula no se entregará si, existiendo prenda, no se hubiere presentado en el Registro la constancia de comunicación al acreedor prendario.h) Archivar en el Legajo B el original de la Solicitud Tipo "08", el documento con el que se hubiere dado cumplimiento al Título I, Capítulo I, Sección 2ª, artículo 13 y la demás documentación acompañada.i) Remitir el duplicado de la Solicitud Tipo "08" a la Dirección Nacional, en la forma prevista en el Título I, Capítulo III, Sección 3ª.j) Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos e) y g), si la transferencia se hubiere inscripto mediante la mecánica prevista en el artículo 26 y el Registro no tuviese constancia dentro de los TREINTA (30) días corridos de la inscripción del efectivo pago del o de los tributos no obladados oportunamente, comunicará ese hecho al organismo recaudador correspondiente, acompañándole además fotocopia del original de la Solicitud Tipo "08" agregada al legajo, o informándole el nombre de las partes, el número de dominio, modelo y marca del automotor y fecha del acto de su inscripción. De existir convenio de complementación que trate este aspecto, se estará a lo previsto en él.k) Cuando se peticione una transferencia en forma simultánea con la baja del automotor, de mediar Convenio de Complementación igualmente se pedirá la correspondiente liquidación de deuda (artículo 25 de esta Sección). No obstante, la falta de pago de dicha deuda no impedirá la inscripción de la transferencia, ni de la baja."También se reglamenta en el artículo 29º el modo en que el Registro Seccional operará la transferencia de dominio cuando medió la existencia de un trámite de denuncia de compra."Artículo 29.- Casos Especiales: De mediar una DENUNCIA DE COMPRA y darse los supuestos previstos en los artículos 5º, último párrafo y 6º del Capítulo V de este Título, se procederá a formalizar la transferencia en la forma allí establecida. Que finalmente en el artículo 31º se establece el plazo en que el Encargado de Registro deberá expedir el trámite de transferencia de dominio."Artículo 31.- Las solicitudes de inscripción de transferencias deberán ser despachadas por el Registro dentro del plazo máximo de VEINTICUATRO (24) horas, salvo que se trate de una inscripción condicionada a la inscripción simultánea del contrato de prenda, en cuyo caso será de aplicación el artículo 3º de la Sección 12ª de este Capítulo".

comprobación (art. 27). Previamente a ello se explican los recaudos que se deben cumplir en los formularios para transferencias del dominio (art 1° a 22°), estableciéndose en el art. 9° que las firmas del vendedor y comprador deberán estar certificadas.

Todo ello permite concluir que el procesamiento del trámite registral impone al Encargado de Registro verificar si las firmas en el formulario 08 (Solicitud Tipo 08) se encuentran certificadas por funcionario competente y si la certificación contiene los requisitos que deben constar en la misma de conformidad a la reglamentación registral y de conformidad a las normas que regulan la actividad notarial de cada provincia.

Es evidente que al no existir en el trámite de transferencia de dominio norma alguna que lo habilite, existe un desvío funcional del registrador en los casos en que por la vía del cotejo se compulsa la firma registrada con la firma estampada en un nuevo formulario que ingresa en sede registral. También existe desvío funcional si en caso de duda sobre la autenticidad de esa última firma, a pesar de la existencia de la certificación notarial, se exige la ratificación firmas. Entonces podemos concluir que ese desvío o apartamiento de la conducta legal establecida, implica decir nuevamente que en estos casos se produce una violación del principio de legalidad por parte del Registro Seccional.

1.7.- EL COTEJO, LA RATIFICACIÓN DE FIRMAS Y LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR USO DE UNA TÉCNICA DE ACCCIÓN VEDADO POR LA REGLAMENTACIÓN APLICABLE.

El uso de la técnica del cotejo de la firma registrada con la que luce en el formulario de rogación de una nueva transferencia; constituye una práctica registral que no está reglada. No existe norma alguna que atribuya facultad al Encargado de Registro de controlar si las firmas son auténticas en base a la técnica del cotejo referido. Es por ello que como lo dijimos en el ítem precedentemente tratado, entendemos que en éstos casos existe también un desvío funcional en el ejercicio de la actividad administrativa registradora.

Respecto a la técnica del cotejo, existe en la normativa registral una norma que expresamente le niega valor y que está inserta reglamentariamente en la sección relativa al modo en que los certificantes autorizados deben realizar la certificación de firmas en cada formulario registral. En esa normativa se establece que no se aceptarán las certificaciones de firmas efectuadas por cotejo, circunstancia que se da cuando el certificante expresa que la firma de la Solicitud Tipo concuerda con otra semejante que ha sido puesta con anterioridad en registros que obran en su poder. Dicha norma se encuentra en el Digesto de Normas Técnico Registrales, Título I, Capítulo V, Sección 3ª, Art.2.³³

³³ **DNTR (Digesto de Normas Técnico Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor)**, Título I, Capítulo V, Sección 3ª, "Artículo 2º.- CERTIFICACIONES POR COTEJO: *En ningún caso se aceptará la certificación por cotejo, o sea aquella que se realiza cuando el certificante expresa que la firma de la*

Esta disposición es concordante con la norma del art. 1º de la Sección 2º del citado Digesto, que al regular los requisitos que debe contener el texto de la certificación de firmas establece el de consignar que “...la firma es puesta en ese acto en presencia del certificante.”, con lo cual impide cualquier posibilidad de uso del cotejo de firmas para la función de certificar (Titulo I, Capítulo V, Sección 2ª, Art.1).³⁴

Solicitud Tipo concuerda con otra semejante que ha sido puesta con anterioridad en registros que obran en su poder” .

(30) RINOF - <http://registros.dnrpa.gov.ar/rinof/rinofindice.htm>.- Capítulo IV, relativo a las prohibiciones, deberes y obligaciones de los Encargados de Registro, en la Sección 2ª, Artículo 1º La norma reza en su parte pertinente lo que seguidamente se transcribe:“...Los Encargados de Registro tendrán los siguientes deberes: a) Prestar el servicio con eficiencia y de modo personal e indelegable, en la forma y condiciones de tiempo y lugar que, sin perjuicio de las previstas en las normas legales o reglamentarias aplicables, se establecen en el presente reglamento interno; b) Cumplir con las normas que reglan su función y el régimen registral automotor y con las instrucciones que les imparta la Dirección Nacional por medio de los funcionarios autorizados para ello;i) Velar por el estricto cumplimiento por parte del personal a su cargo de todas las obligaciones enunciadas en los incisos a) a h) de este artículo para los Encargados de Registro, j) Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones registrales y circulares emanadas de la Dirección Nacional, o sus dependencias, únicos autorizados para dictarlas e interpretarlas, a fin de evitar que se exija al usuario el cumplimiento de requisitos distintos para la realización de los mismos trámites, según la jurisdicción en que se los presente, evitando generar confusiones y molestias. A tal fin deberán instruir a sus dependientes que asesoren al público usuario, acerca de la necesidad de ajustarse al cumplimiento de la normativa vigente y promover reuniones zonales a efectos de unificar criterios de aplicación, consultando a la Dirección Nacional (Departamento Registros Nacionales), ante cualquier duda o diferencia detectada ...”.

³⁴ **Según lo previsto por el Digesto de Normas Técnico Registrales** en el Título I. Capítulo V. Sección 1ra. Autorizados a certificar.- Artículo 1º.- Las firmas en las Solicitudes Tipo que no se certifiquen por o no se estampen ante el Encargado de Registro de la radicación del automotor o del Registro donde se presentará el trámite, deberán estar certificadas en las condiciones establecidas en este Capítulo por: “a) Escribano Público...” En la Sección 2da. Del mismo capítulo, Certificaciones en general dispone: “Artículo 1º.- Para certificar los certificantes mencionados en el artículo 1º, Sección 1ª de este Capítulo, cumplirán las siguientes formalidades en general: a) Expresar el lugar, fecha y carácter que inviste el certificante. b) En su texto se hará constar: b.1. Nombre y apellido y documento de identidad del firmante (tipo y número que corresponda según lo dispuesto en el Capítulo IV, Sección 2ª, artículo 1º). b.2. Que la firma es puesta en ese acto en presencia del certificante. Las constancias indicadas en a) y b) deberán insertarse en la misma Solicitud Tipo, al pie de la firma que se certifica, en el lugar asignado al efecto en la respectiva solicitud o firmando y sellando en ésta y formulando las manifestaciones

Entonces es evidente que el cotejo como modo de acción es una conducta descartada por la normativa registral del automotor. La normativa ha querido descartar esta facultad dentro de las funciones y atribuciones funcionales del registrador, no solo para certificar firmas, sino también para controlar la certificación de firmas que consta en los formularios de rogación que ingresan en sede registral. Esto permite inferir lo siguiente:

a) que el Encargado de Registro debe circunscribirse a controlar en el procesamiento del trámite de transferencia únicamente la existencia de la certificación de las firmas y que la misma cumpla con los requisitos generales y especiales que precedentemente se transcribieron.

b) que al eliminar toda posibilidad de utilización de la técnica del cotejo, el legislador tuvo en miras el respeto al principio de autenticidad que surge de los instrumentos públicos de conformidad al Código Civil y Comercial de la Nación.

Debe también considerarse que el Reglamento Interno de Normas Orgánico-Funcionales de los Registros Seccionales de la

establecidas en este artículo en actuación separada, debidamente correlacionada con la Solicitud. En este supuesto bastará que el certificante firme una sola vez en la Solicitud Tipo aún cuando certifique varias firmas, en cuyo caso hará constar en la actuación separada las aludidas manifestaciones respecto de cada uno de los firmantes. El requisito de la certificación se exigirá cuanto menos en el original de la Solicitud Tipo y en el original de la foja notarial cuando las manifestaciones establecidas en este artículo sean formuladas por escribano en actuación separada.” Y por último en la Sección 3ra. Certificaciones en especial Artículo 1°, dispone: “Las certificaciones de firma de los certificantes mencionados en el artículo 1°, Sección 1ª de este Capítulo, deberán cumplir las formalidades especiales que en cada caso se indica, según fueren efectuadas por: a) Escribanos Públicos: será necesario cumplir, además de los recaudos generales, los siguientes: a.1. Todo recaudo exigido por las normas notariales de la jurisdicción del certificante. a.2. Se establecerá el tomo y folio del Libro de Requerimiento, cuando de acuerdo con las normas notariales de la jurisdicción a la que pertenezca el escribano certificante, deba llevarse el referido Libro. a.3. Consignará la forma en que hubiere justificado la identidad del firmante en los términos del artículo 306 del Código Civil y Comercial.”

Propiedad del Automotor, en el Capítulo IV, relativo a las prohibiciones, deberes y obligaciones de los Encargados de Registro, en la Sección 2ª, Artículo .

1.8.- RATIFICACIÓN DE FIRMAS Y LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD.

Al comienzo de éste trabajo citamos la opinión de Tomas Hutchinson quien incluía al principio de razonabilidad dentro de las garantías que tiene el ciudadano frente a la administración pública. A su vez y en igual sentido, Córdoba Sosa y Jurio consideran que el principio de razonabilidad constituye un límite a la actividad administrativa dentro de una democracia constitucional en donde deben resguardarse los intereses generales sin menoscabar el interés individual.³⁵

Compartimos estos criterios garantistas y agregamos que el análisis de la razonabilidad en si implica considerar al acto administrativo como una derivación lógica legal del derecho vigente aplicable. Lo contrario es la arbitrariedad, es decir que el acto administrativo surge no del cumplimiento de una norma legal sino del criterio que sobre el punto en cuestión pueda tener el funcionario público.

³⁵ **Córdoba Sosa, Alejandro E. - Jurio, Mirta L.** "La censura previa como medida excepcional en el estado de derecho" Publicado en: Sup. Act. 26/05/2015, 26/05/2015, 1 - LA LEY26/05/2015, "Por esa misma necesidad que tiene que ver con la subsistencia misma del sistema, en una democracia constitucional, las limitaciones que se imponen deben ser razonables, respondiendo a una clara necesidad de salvaguarda de los intereses individuales y comunitarios. Estos límites legítimos no deberán en ningún caso conducir a un total desconocimiento de las garantías y su poder regulatorio debe ser objeto de interpretación restrictiva".

Esta disyuntiva nos lleva considerar que hay casos en donde la actividad administrativa es netamente reglada y casos en los cuales puede ser discrecional.

Consideramos que respecto de la actividad registral del automotor como función administrativa, esta se enrola dentro de la primera categoría, es decir dentro de la actividad administrativa reglada.

Y en ese sentido cabe decir que la registración de automotores es quizá una de las actividades estatales que más fue objeto de reglamentación por parte del Estado Nacional. Sin dudas es una de las actividades de la administración pública más necesitada de actividad reglamentaria. Y quizá fue por eso que, con sano criterio, se previó desde el inicio del sistema registral de automotores, la delegación reglamentaria en un órgano técnico jurídico específico. ³⁶Las razones de esta prolifera pero también necesaria actividad reglamentaria son de distinta índole, pudiéndose señalar en grandes rasgos, dos causas básicas: una de ellas es la de haber creado un registro constitutivo de derechos (innovando en la tradición jurídica argentina); y la otra razón es la

³⁶ **Decreto Ley 6582/58: ARTICULO 7º.-** “La Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios será el Organismo de Aplicación del presente régimen, y tendrá a su cargo el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor. El Poder Ejecutivo Nacional reglará la organización y el funcionamiento del mencionado Registro conforme a los medios y procedimientos técnicos más adecuados para el mejor cumplimiento de sus fines. Asimismo determinará el número de secciones en las que se dividirá territorialmente el Registro y fijará los límites de cada una de ellas a los efectos de las inscripciones relativas a los automotores radicados dentro de las mismas; podrá crear o suprimir secciones, y modificar sus límites territoriales de competencia. En los Registros Seccionales se inscribirá el dominio de los automotores, sus modificaciones, su extinción, sus transmisiones y gravámenes. También se anotarán en ellos los embargos y otras medidas cautelares, las denuncias de robo o hurto y demás actos que prevea este cuerpo legal o su reglamentación. El Poder Ejecutivo Nacional podrá disponer que determinadas inscripciones o anotaciones se cumplan ante la Dirección Nacional, en forma exclusiva o concurrente con los Registros Seccionales, cuando fuere aconsejable para el mejor funcionamiento del sistema registral.”

convergencia simultánea en la tarea registral de normas que provienen tanto del derecho privado -relativas a derechos personales y reales fundamentalmente- como del derecho público. Estas últimas no solo se refieren al funcionamiento interno del órgano registral en sí, sino a otras temáticas como por ejemplo la normativa aduanera relativa a la importación de vehículos; la normativa relativa a la circulación de vehículos en la vía pública; la normativa pública relativa a las características y condiciones de seguridad activas y pasivas que un automotor debe contener físicamente para poder ingresar al parque automotor; la normativa relativa los controles públicos de la comercialización de automotores; las normas relativas a imposiciones tributarias y fiscales del orden nacional, provincial y municipal, etc.

Es por ello que claramente se puede decir que la función registral del automotor es eminentemente reglada y por consiguiente está lejos de ser una función pública discrecional en donde imperen para el dictado de actos administrativos el “criterio” del funcionario público que lo dictará. En otras palabras, vale decir que en la temática registral del automotor, la actuación discrecional, o en base al criterio u opinión del funcionario actuante como base de la actividad funcional, está desplazada por la actuación reglada.

Se trata entonces de considerar a la actividad registral del automotor como una función pública administrativa reglada en donde se debe llegar al acto administrativo de inscripción registral ajustando el proceder al cumplimiento de normas preestablecidas y no a criterios propios de actuación que ejecute el funcionario.

El art. 1º del Decreto 644/1989, modificado por el Decreto 2265/1994, da un directriz en éste sentido, ya que al regular el modo en que los funcionarios registrales deben ejercer su cargo, señala que lo deben hacer en la forma y modo que lo establezca la Ley, sus reglamentaciones y las normas que dicte la Dirección Nacional.³⁷

Asimismo el Reglamento Interno de Normas Orgánico-Funcionales de los Registros Seccionales de la Propiedad del Automotor, impone la obligación de los Encargados de ajustarse a la normativa vigente, y al estricto cumplimiento de las disposiciones registrales y circulares que se dicten.³⁸

La existencia de normas que imponen determinadas conductas a los funcionarios públicos que realizan una tarea particular, importa decir que para ese cargo el Estado ha querido

³⁷ **Decreto PEN 644/89:** "ARTICULO 1.- Los Registros Seccionales estarán a cargo de un Encargado de Registro quien deberá ejercer sus funciones en la forma y modo que lo establezca la Ley, sus reglamentaciones y las normas que al efecto disponga la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios."

³⁸ **RINOF** - <http://registros.dnrpa.gov.ar/rinof/rinofindice.htm>.- Capítulo IV, relativo a las prohibiciones, deberes y obligaciones de los Encargados de Registro, en la Sección 2ª, Artículo 1º La norma reza en su parte pertinente lo que seguidamente se transcribe: "...Los Encargados de Registro tendrán los siguientes deberes: a) Prestar el servicio con eficiencia y de modo personal e indelegable, en la forma y condiciones de tiempo y lugar que, sin perjuicio de las previstas en las normas legales o reglamentarias aplicables, se establecen en el presente reglamento interno; b) Cumplir con las normas que reglan su función y el régimen registral automotor y con las instrucciones que les imparta la Dirección Nacional por medio de los funcionarios autorizados para ello;i) Velar por el estricto cumplimiento por parte del personal a su cargo de todas las obligaciones enunciadas en los incisos a) a h) de este artículo para los Encargados de Registro, j) Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones registrales y circulares emanadas de la Dirección Nacional, o sus dependencias, únicos autorizados para dictarlas e interpretarlas, a fin de evitar que se exija al usuario el cumplimiento de requisitos distintos para la realización de los mismos trámites, según la jurisdicción en que se los presente, evitando generar confusiones y molestias. A tal fin deberán instruir a sus dependientes que asesoren al público usuario, acerca de la necesidad de ajustarse al cumplimiento de la normativa vigente y promover reuniones zonales a efectos de unificar criterios de aplicación, consultando a la Dirección Nacional (Departamento Registros Nacionales), ante cualquier duda o diferencia detectada ...".

alejarse toda idea de obrar discrecional. En la temática de la registración de automotores vale decir que es voluntad del Estado Nacional que los agentes a quienes asigna la función registral de las relaciones reales con automotores, no obren a discreción sino ajustados a las normas legales.

Es por ello, que si bien en la realidad profesional se advierte muy frecuentemente una suerte de muletilla de que tal o cual exigencia registral durante el proceso inscriptorio proviene del “*criterio del Encargado de Registro*” para dicho caso, está claro que los Encargados de Registro no pueden realizar su función utilizando criterios propios, sino los principios de actuación que se establecen en la normativa registral y en las demás normas que resultan de aplicación, como las establecidas en la legislación civil y en otras normas sustanciales aplicables que en conjunto integran el sistema jurídico argentino; el cual está constituido por un ordenamiento de normas que en base al principio de especialidad y de supremacía, deben ser armoniosamente interpretadas y aplicadas.

Es también cierto que la complejidad y especificidad de los trámites registrales del automotor, como también la confluencia en el trámite de diversa variedad de normas, y asimismo la insuficiencia de los medios para oponerse a los criterios de los

Encargados de Registro ³⁹ y ⁴⁰ hace que si lo que propone este funcionario es más o menos factible de lograr, el ciudadano común

³⁹ **Decreto Ley 6582/58. ARTICULO 37.**-*“Las decisiones de los Encargados de Registro en materia registral, podrán ser recurridas ante la Cámara Federal de Apelaciones con competencia territorial en el lugar donde tenga su asiento el Registro Seccional contra cuya decisión se recurre. En la Capital Federal será competente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal. También podrá recurrirse ante el tribunal mencionado en último término, de las decisiones del Organismo de Aplicación en cuestiones de materia registral, relativas a conflictos o casos de carácter individual, o en los supuestos de cancelación o suspensión en el registro de los comerciantes habituales previstos en el artículo 9º o de aplicación de sanciones de multa contemplado en el artículo 23. Las actuaciones se elevarán al Tribunal por intermedio del Organismo de Aplicación. Cuando el recurso se interpusiere contra una decisión de este último se hará por intermedio del Ministerio de Justicia. El Poder Ejecutivo reglamentará los procedimientos y plazos para interponer el recurso y sustanciar su trámite. El plazo para dictar sentencia será de sesenta (60) días hábiles judiciales desde que se encuentre firme el llamamiento de autos. Dentro del plazo que el Poder Ejecutivo establezca para remitir las actuaciones al Tribunal, quien dictó la resolución recurrida podrá revocarla por contrario imperio. Dentro del mismo plazo, el Organismo de Aplicación, cuando se tratare de decisiones de los Encargados de Registro, o el Ministerio de Justicia, cuando se tratare de decisiones de este último, podrán dejar sin efecto el acto impugnado”.*

⁴⁰ **Decreto 335/88** – Sobre los requisitos y formalidades del Recurso – *“Artículo 16.- El recurso previsto en la ley se deducirá y tramitará en la forma y dentro de los plazos que se establecen en los artículos siguientes. Este recurso es la única vía para impugnar las decisiones de los Encargados de Registro en materia registral, y de la Dirección Nacional en la misma materia o cuando se trate de conflictos de carácter individual, o en los supuestos de cancelación o suspensión en el registro de comerciantes habituales o de aplicación de las sanciones de multa contempladas en el artículo 23 de la ley. Artículo 17.- El recurso se interpondrá ante el Registro Seccional o ante la Dirección Nacional, según quien fuere el organismo que dictó la resolución recurrida. El plazo para la interposición será de quince (15) días hábiles administrativos computados a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución recurrida. ... Artículo 18.- El recurso se presentará por escrito, con patrocinio de letrado habilitado para actuar ante el fuero federal, e incluirá su fundamentación y el ofrecimiento de prueba, y de manera particular expresará: a) Denominación y domicilio real del recurrente, y la constitución del domicilio en la ciudad de la sede del Tribunal. b) El acto o situación que motiva el recurso. c) La finalidad que se persigue. d) Los hechos pertinentes, explicados con claridad. e) El derecho aplicable, precisándose la ilegitimidad que se atribuye al acto o situación impugnada. f) La prueba ofrecida. Se agregarán los instrumentos originales que se invoquen y que no obren en las actuaciones administrativas. Respecto de los instrumentos que no estén en poder del recurrente, se referenciará sucintamente su contenido y se indicará el lugar donde se encuentren. Del escrito y de los instrumentos originales adjuntos se acompañarán sendas copias. Artículo 19.- Interpuesto el recurso mencionado en el artículo 16 se suspenderán los efectos de la resolución recurrida y se extenderá la prioridad para registrar el acto observado hasta tanto se resuelva en definitiva. Artículo 20.- Interpuesto el recurso ante el Registro Seccional éste deberá elevar las actuaciones al Tribunal por intermedio de la Dirección Nacional dentro de los (5) días hábiles administrativos siguientes a su*

directamente se allane a cumplir lo que le piden en aras a concluir con un trámite que para la generalidad de los usuarios resulta hartamente complejo.

IV.- FIN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.

Lograr la vigencia del principio de seguridad jurídica fue uno de los motivos que llevó al Estado Nacional al dictado del Decreto Ley 6582/58 que creó un estatuto especial para ésta clase de bienes y especialmente organizó la registración bajo el principio constitutivo. Este principio implica que hasta tanto no se produzca la inscripción no hay adquisición de derecho real de dominio.

presentación. El Registro Seccional podrá revocar el acto impugnado. En caso contrario, remitirá dentro de ese lapso las actuaciones a la Dirección Nacional, ... La Dirección Nacional podrá revocar el acto impugnado dentro de los (10) días hábiles administrativos siguientes a la recepción de las actuaciones. En caso contrario, dentro de ese lapso las elevará al Tribunal competente, pudiendo ampliar el informe y la prueba ofrecida por el Registro Seccional o elaborarlo y ofrecer prueba si éste lo hubiere omitido. Interpuesto el recurso ante la Dirección Nacional, ésta deberá elevar las actuaciones al Tribunal por intermedio de la Secretaría de Justicia dentro de los diez (10) días hábiles administrativos siguientes a la presentación del recurso. La Dirección Nacional podrá revocar el acto impugnado. En caso contrario, remitirá dentro de ese lapso las actuaciones a la Secretaría de Justicia, pudiendo acompañar un informe con las observaciones que le merezca el recurso y ofrecer prueba. La Secretaría de Justicia podrá revocar el acto impugnado dentro de los treinta (30) días hábiles administrativos siguientes a la recepción de las actuaciones. En caso contrario, dentro de ese lapso las elevará al Tribunal competente, pudiendo ampliar el informe y la prueba ofrecida por la Dirección Nacional, o producirlo y ofrecer prueba si ésta lo hubiere omitido. Si la Dirección Nacional o la Secretaría de Justicia revocaren el acto impugnado notificarán de ello al recurrente en la forma y plazo establecido en el artículo anterior. Artículo 22.- Recibidas las actuaciones el Tribunal proveerá dentro de los diez (10) días hábiles judiciales siguientes la prueba ofrecida, desestimando la que juzgue impertinente. La resolución se notificará por cédula o personalmente. Producida la prueba o desestimado su ofrecimiento, según el caso, el Tribunal llamará a autos para sentencia, pudiendo disponer de oficio medidas para mejor proveer. El plazo para dictar sentencia será de sesenta (60) días hábiles judiciales desde que se encuentra firme el llamado de autos. Supletoriamente se aplicará el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación".

Pues bien, cuando se interrumpe el proceso de inscripción y se pone en un compás de espera de tiempo indeterminado a la adquisición del derecho real de dominio –en este caso hasta tanto se produzca la ratificación de firmas exigida por el registrador-; se genera consecuentemente un estado de incertidumbre que en definitiva atenta contra la seguridad jurídica, pues no solo altera el proceso de mutación jurídica real, sino también afecta lo relativo a la responsabilidad por el uso del automotor como cosa riesgosa, y afecta las previsiones que en tal sentido las partes pudieron haber considerado por confiar en que la inscripción no sería observada por la causa que se observó. También habría que considerar dentro de este marco de inseguridad jurídica, la hipótesis en donde la persona que debería ratificar la firma se encuentre imposibilitada de “ratificar” en presencia del funcionario registral.

Esta situación, que en definitiva se vincula con el carácter constitutivo que tiene la registración de automotores, ya había sido considerada hace más de un siglo por el propio Vélez Sarsfield quien precisamente prefería un sistema de adquisición de derechos reales basado en el título suficiente y en un modo vinculado con la posesión sin intervención necesaria de terceros ni de órganos registrales. De éste modo con esos elementos, el derecho de dominio se encontraba constituido (o con posibilidades de quedar constituido por el transcurso del tiempo y la posesión). Por ello desconfiaba de los registros constitutivos (los menciona como “*registros de las propiedades para salvar la ilegitimidad de los títulos*”); en virtud del estado de incertidumbre en la titularidad

de los derechos que podía generarse al negarse la inscripción del dominio.⁴¹

En definitiva, la utilización de medios no previstos en la legislación como procedimiento registral implica la instalación de un medio de inseguridad jurídica a la hora de la mutación jurídico real, pues precisamente impide fijar con certeza los derechos de las partes involucradas.

Por lo tanto teniendo en cuenta el modo en que juega respecto de los automotores el principio constitutivo, y ante el estado de indefinición jurídica que producen éste tipo de observaciones registrales, resulta menester que la actividad registral se encause en los procedimientos previsto por la ley: esto es la circulación del instrumento publico con la presunción de autenticidad y en el caso de duda certera sobre la autenticidad, la inmediata denuncia judicial para que a partir de la intervención jurisdiccional se tomen medidas que incidan sobre la certidumbre de los derechos en juego. En consecuencia una vez más concluimos que debe descartarse del procedimiento registral el procedimiento de cotejo y ratificación que venimos comentando.

⁴¹ **Código Civil**- Nota al Capítulo VIII, Libro III “De la Cancelación de Hipotecas” el codificador sostuvo: “... *Lo que prescriben las leyes de los Estados que han creado los registros de las propiedades para salvar la ilegitimidad de los títulos, ataca en su fundamento el derecho mismo de propiedad. Si el oficial público se niega a registrar un título por hallarlo incompleto, ¿puede el interesado ocurrir al juez ordinario y comenzar ante el un verdadero juicio sobre la propiedad? ¿Pero con quien litiga el propietario que está en pacífica posesión de su derecho, aunque sea por un título que no ésta bajo las formas debidas, o que aparezca con un vicio, por ejemplo la incapacidad para adquirir o transmitir derechos reales? ¿Que genero de pleito será ese que no tiene contradictor alguno a la propiedad? ¿Cómo obrará el Poder Judicial, sin que el interés de las partes venga a solicitar su intervención? Entre tanto, el título no podrá registrarse, ni se podrá imponer un hipoteca en esa propiedad, aún cuando lo quieran el acreedor y el deudor*”.

V.- EL ROL DE LAS INSTITUCIONES ORGÁNICAS DEL NOTARIADO FRENTE A PROBLEMÁTICAS DE ESTE TIPO.

La ocurrencia de casos en los cuales se genera desde el Registro Automotor la exigencia de la ratificación de firmas en sede administrativa respecto de formularios en los cuales dichas firmas gozan de la autenticidad de la certificación notarial, pone en la escena el rol que en tal sentido tienen tanto la colegiatura como los órganos que ejercen la potestad disciplinaria del ejercicio del notariado.

Por un lado claramente debe considerarse a éstos casos como situaciones en las cuales el ejercicio profesional y funcional del notario se encuentra vulnerado. Tal situación amerita la intervención de los colegios notariales para la defensa de los derechos e intereses de los colegiados que se vean afectados. Repárese en que el notario ejerce una función pública delegada por el estado para cumplir un rol social; por lo tanto, en el fondo, cualquier afectación al normal servicio notarial, afecta a la comunidad toda. Es por ello que la intervención de los cuerpos orgánicos del notariado (que también cumplen funciones públicas delegadas por el estado en sus leyes orgánicas) tiene un doble fin: salvaguardar el ejercicio de la función notarial, y con ello, el servicio notarial disponible para los ciudadanos.

A nivel del derecho comparado local, podemos ver que las leyes orgánicas notariales han previsto la intervención de estas instituciones con fines de defensa gremial o bien de defensa ante los obstáculos que se produzcan al notario en el ejercicio de sus funciones.

Así vemos que la provincia de Córdoba reguló tal situación en el artículo 79 inciso “e” de la Ley 4183 asignando al Colegio de Escribanos la función de “defender los derechos e intereses profesionales”, y asimismo en la norma del art. 68 inc i) le otorga la función de “Atender a los escribanos en sus reclamos por las dificultades opuestas al ejercicio de sus funciones, promoviendo lo necesario para conjurarlas”.

Por su parte, la ley orgánica de la Provincia de Santa Fe (Ley 6898) estableció en el art. 44 que el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe se instituye para ejercer la representación colegiada de los escribanos de toda la Provincia y en el art. 50° asignó a) al Consejo Superior de dicho colegio la facultad de intervenir ante las autoridades administrativas, legislativas, judiciales y municipales para colaborar en demanda de cualquier resolución que tenga atinencia con el Notariado o que los escribanos creyeran oportuno formular sobre asuntos notariales (inciso a) y directamente el ejercicio en todo sentido, de la representación gremial de los escribanos (inciso b).

Similar situación se advierte en la Ley Orgánica de la Provincia de Formosa N° 1219, en donde en el art. 120°: se establece como atribución del Colegio de Escribanos de dicha provincia, la de atender a la defensa de los derechos de los escribanos y a su bienestar moral y material (inc 4°) y la de ejercer en forma exclusiva la representación profesional de los escribanos de la Provincia (inc.7°); y asimismo en el art. 121, se establece que el Colegio de Escribanos podrá presentarse ante las autoridades públicas en demanda de cualquier naturaleza que tenga atinencia con el notariado o los escribanos en general.

En la Provincia de Corrientes, la Ley N°5621 y modificatorias, en el art. 193° confirió al Colegio de Escribanos la función de colaborar con las autoridades en demanda de cualquier resolución que tenga atinencia con el Notariado o los Escribanos en general (inc.a) y ejercer en todo sentido la representación gremial de los Escribanos (inc.c).

La provincia de Catamarca, en la Ley 3843, en el Art.47 estableció que el Colegio de Escribanos tiene la representación gremial de los notarios y la facultad de presentarse ante las autoridades para colaborar con sus requerimientos y también en demanda de cualquier resolución que tenga atinencia con el notariado o los escribanos en general.

El Decreto Ley9020/78 (T.O. por Decreto N° 8527/86 y modificatorias) de regulación del notariado en la Provincia de Buenos Aires, estableció en el art. 84 que el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, tendrá la dirección y representación exclusiva del notariado de la Provincia, incluyendo dentro de sus objetivos fundamentales asegurar el respeto de la investidura de los notarios y el ejercicio regular de su ministerio y atender a la defensa de los derechos de los notarios y a su bienestar moral y material (art. 86 inc. 2 y 4). Asimismo le asigna la función de representar en forma exclusiva a los notarios colegiados de la Provincia (art. 86 inc.5). En el art. 100 inciso 8°, estableció como competencia del Consejo Directivo la de prestar asistencia a los notarios toda vez que se vean afectados en su investidura o en el ejercicio regular de sus funciones y promover en su consecuencia, las gestiones pertinentes.

La Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley 404 y modificatorias, estableció en el art. 123 que la

dirección y vigilancia inmediata de los escribanos colegiados y matriculados de la Ciudad de Buenos Aires, así como todo lo concerniente a dicha ley y al reglamento notarial, corresponderá al Colegio de Escribanos. En el art. 124 dispuso que es atribución de dicho Colegio la de Intervenir ante las autoridades administrativas, legislativas y judiciales en demanda de normas que tuvieren relación con el notariado o con los escribanos en general (inc. a); proteger a sus miembros por todos los medios a su alcance y prestarles asistencia cuando se vieren afectados en el ejercicio regular de sus funciones (inc. b); ejercer, con exclusividad, la representación gremial de los escribanos de la Ciudad (inc. w). Asimismo lo faculta a actuar en las órbitas administrativa y judicial, en las que podrá promover o cuestionar decisiones de los poderes públicos o entes privados, en tanto aquéllas se relacionen, directa o indirectamente, con la función notarial o el interés de los escribanos (inciso x).

Como vemos, de un rápido repaso de las normas notariales citadas, surge claramente la asignación de una función institucional que fue puesta en cabeza de los colegios notariales a quienes les incumbe intervenir para la defensa del normal funcionamiento de institución notarial. Pero también es cierto que los órganos que ejercen la superintendencia y sanción disciplinaria del notariado, tienen su cuota de intervención en tanto y en cuanto se les asigna el rol de la fiscalización de los notarios en el ejercicio de sus funciones, y en el respeto a todos los recaudos que en la función notarial estos deben cumplir. Y en ese sentido, frente a conductas jurídicamente reprochables, su papel es tanto preventivo como represivo.

VI- CONCLUSIONES

La técnica registral de cotejo de firmas entre una registrada y otra que accede a un nuevo proceso registral, como la exigencia de ratificación en caso de duda por diferir el trazo de las mismas, y la fundamentación del actuar en el art. 18 del Decreto 1759/72 Reglamentario de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo 19.549, es contraria a derecho por desconocer los efectos de la dación de fe pública por parte del notario y lo atinente al principio de autenticidad de los instrumentos públicos y su valor probatorio, violentándose principalmente las normas de los artículos 289 inc. b; 296 inc. a) y concordantes del C.C.y C.N.; art. 10 de la Ley 4183 -en el caso de la Provincia de Córdoba-; 31 de la Constitución Nacional, y las normas reglamentarias del Digesto de Normas Técnico Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor, como así también el Reglamento Orgánico de Normas Funcionales del citado organismo, quebrantándose con ello, los principios de legalidad y razonabilidad que deben imperar en el actuar funcional de los Registros de la Propiedad del Automotor.

Se propicia el dictado de una norma jurídica que específicamente reglamente a nivel interno dentro de dicho organismo la prohibición del uso de ésta técnica (cotejo y pedido de ratificación de firmas) y la exigencia de la formulación de denuncia judicial para los casos en que pueda advertirse a ciencia cierta la comisión de ilícitos.

**SISTEMA DE PREFERENCIAS EN LA CONSTITUCIÓN O
TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS REALES SOBRE
INMUEBLES POR ACTOS ENTRE VIVOS EN EL NUEVO CCCN
LEY 26994**

Por José Ignacio BERROTARAN¹

SUMARIO: I.-Los antecedentes del nuevo sistema de preferencias - II.- La aparición en sistema argentino de constitución o transmisión de los derechos reales de los registros constitutivos - III.- La reforma de la Ley 17711 y la registración perfeccionadora de los contratos de derechos reales sobre inmuebles - IV.- La inscripción “perfeccionadora” de los derechos reales sobre inmuebles en el viejo CC. - V.- La inscripción “perfeccionadora” del derecho real de hipoteca desde los orígenes del CC – Ley 340 - VI.- Un caso sin aclarar en el viejo CC.: Las servidumbres negativas - VII.- El doble sistema de preferencias en el viejo CC.: el primero en la tradición o el primero en la registración - VIII.- ¿Existió en el viejo CC. un “Jus Preferendi” para derecho personales? - IX.- El sistema de constitución, transmisión y preferencia de los derechos reales en el nuevo CCCN – Ley 26994 - X.- La inscripción declarativa y el requisito de la buena fe para el que recibió primero la posesión de la cosa - XI.- Conclusiones sobre el actual sistema de preferencias en la adquisición y constitución de derechos reales sobre inmuebles

* Profesor Adjunto de Privado V (Derechos Reales) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

I.-LOS ANTECEDENTES DEL NUEVO SISTEMA DE PREFERENCIAS:

1.2.- El nuevo CCC de la Nación (Ley 26994) ha sistematizado nuevamente las reglas que rigen la preferencia de derechos en caso de conflictos entre quienes pretenden estos derechos.

El anterior Código Civil (Ley 340 del 25/09/1869) tenía como disposiciones centrales los arts. 577 y 3265.

La regla básica era que “todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona sólo pasan al adquirente de esos derechos por tradición, con excepción de lo que se dispone respecto a las sucesiones.” (art. 3265 CC Ley 340).

Con esta enunciación parecería que “todos los derechos de una persona”, lo que incluiría tanto derechos personales como reales, sólo podían transmitirse por título y modo.

Con mayor razón desde que la única excepción explícita en el art. 3265 era la referida al régimen sucesorio.

1.3.- Sin embargo, en una correcta interpretación integradora, había que correlacionar el art. 3265 con el 577 (CC Ley 340) que aclaraba acabadamente que “Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre la misma ningún derecho real.”

Quedaba así definido que el sistema de “título y modo” solamente era operativo para la adquisición de los derechos reales.

La ubicación metodológica del art. 577 en el libro Segundo del viejo CC., que trata de “Las Obligaciones”, o más técnicamente,

de “Los Derechos Personales en las relaciones Civiles”, entre los Títulos VI y VII, marcaba además, y muy didácticamente, la dinámica de la transmisión de los derechos reales por actos entre vivos: El título debía ser un contrato, del cual resultarían obligaciones, entre ellas la de la entrega de la cosa, de cuyo cumplimiento recién resultaría la transferencia del derecho real.

1.3.- Por actos entre vivos, solamente cuando se sumasen el título y el modo, el derecho real habría sido transmitido o constituido.

1.4.- Otras reglas se aplicaban para la transmisión por causa de muerte, o para la adquisición originaria de los derechos reales.

II.- La aparición en sistema argentino de constitución o transmisión de los derechos reales de los registros constitutivos.

1.1.- En 1943 se dictó el decreto 17160, después convalidado por la ley 12913 de 1946, que estableció un registro constitutivo de derechos reales para las palomas mensajeras de carrera.²

1.2.- Más tarde, en 1958, se dictó el Decreto Ley 6582 (después ratificado por Ley 14467) que establecía, también para la adquisición de los derechos reales sobre automotores, su inscripción constitutiva: “La transmisión del dominio de los automotores deberá formalizarse por instrumento público o

² Todavía no había terminado la segunda guerra mundial, y quizá el legislador consideró la importancia de estos animalitos en los conflictos bélicos recordando el papel que cumplieron en la primera gran guerra. Recordemos, a modo de ejemplo, que luego de la batalla de Verdun el gobierno francés condecoró a una paloma mensajera que había tenido un desempeño destacado en las comunicaciones de su ejército que defendió esa localidad.

privado, y sólo producirá efecto entre las partes y con relación a terceros desde su inscripción en el Registro Nacional del Automotor” (art. 1 Dec. Ley 6582/58).

1.3.- El título, en este caso, era el acuerdo de voluntades entre el transmitente y el adquirente del derecho real, cuya forma era el instrumento público o el privado (en la práctica éste último requería un instrumento público complementario (la autenticación de las firmas de los contratantes), y el modo era la inscripción registral.

1.4.- Este modo – inscripción era constitutivo de los derechos reales sobre los automotores.

Antes de la registración, el contrato entre las partes solamente generaba obligaciones, pero recién al inscribirse la transferencia se producía la transmisión o la constitución del derecho real sobre los automotores.

1.5.- Como lo ha dicho la doctrina, en el caso de estos bienes registrables (los automotores, y también palomas mensajeras y caballos pura sangre de carrera), la mutación de su situación jurídica de dominio solamente se realiza dentro del registro, cuando se produce la inscripción de una transferencia, y no como en el caso de las demás cosas muebles e inmuebles, que no eran registrables en aquella época, y para los que la transmisión del derecho real se producía fuera del registro.

Comenzaba el tiempo de los derechos reales sobre muebles registrables.³

³ Gabriel Ventura incluye este fenómeno dentro de otro más amplio: la tendencia a registrar las relaciones jurídicas en general: “Es así como vemos aparecer en el tiempo, de manera escalonada, distintos registros jurídicos: de automotores, de caballos de carrera, de buques, aeronaves, de derechos intelectuales, de marcas y señales de ganado, etc. Todos estos fenómenos de registración han sido precedidos por otros sistemas registrales, como los registros personales de estado civil,

III.- La reforma de la Ley 17711 y la registración perfeccionadora de los contratos de derechos reales sobre inmuebles.

1.1.- Al reformarse el CC (Ley 340) en 1968 por Ley 17711, se sustituyó el art. 2505, que establecía genéricamente que los derechos reales se adquirían o se perdían por los actos o hechos previstos en aquél código, por una nueva norma que establecía específicamente que “La adquisición o transmisión de los derechos reales sobre inmuebles solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda..” (art. 2505 Ley 1771).

En 1968 comenzaba el tiempo de la registración de todos los derechos reales sobre los inmuebles.

Este registro era declarativo.

1.2.- Recién en 1973 se crearía otro registro constitutivo, que ya he mencionado anteriormente, para los caballos pura sangre de carrera, por Ley 20378.

primero a través de los asientos parroquiales, asientos bautismales, matrimoniales, defunciones y otros. Pero lo que distingue éstos de aquellos, es la finalidad misma que les da origen. Pues mientras aquellos procuran tutelar la seguridad de la propiedad, tanto en su faz estática como dinámica, éstos en cambio persiguen fines más relacionados con los llamados derechos personalísimos, como el estado de familia, el nombre, la capacidad, etc. Sin embargo no debemos desconocer que, en ocasiones, aun los registros de bienes pueden obedecer a otros fines que no sean la tutela dominial y del tráfico de ciertas cosas, sino que su objetivo apunta a intereses puramente tributarios, sociológicos, preventivos o estadísticos. Pues bien, los registros que aquí nos interesan, por relacionarse más directamente con el tema que nos atañe, los automotores, son los atributivos del dominio que, sin descartar aquellos fines genéricos que vemos como algunos de sus objetivos, centran sin embargo su atención en la dinámica constitutiva y de circulación dominial de los bienes que se asientan.” (Ventura, Gabriel en “El Régimen Registral del Automotor”, trabajo publicado originalmente en el “Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales”, Dirigido por la Dra. Palacio de Caero, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, pág. 14).

En este trabajo me he limitado al estudio los registros de derechos reales.

Pero a diferencia de los automotores, y de las palomas mensajeras, y de los caballos de carrera, para los que el legislador estableció la registración constitutiva, para los inmuebles la inscripción registral no era constitutiva sino meramente declarativa.

1.3.- Esto significaba, que aunque no estuviera inscripto el contrato, el mismo producía efectos entre las partes; pero cuidado: para que el adquirente recibiera el derecho real, debía efectuarse también la tradición.

1.4.- El sistema de título y modo posesorio del art. 577 continuaba vigente.

¿Qué había aportado de nuevo la reforma de 1968?

Mucho: se había incorporado al sistema legislativo el registro declarativo de todos los contratos referidos a derechos reales sobre inmuebles.

1.5.- El texto del art. 2505 incluido por la reforma de la Ley 17711 al viejo CC., disponía ahora que “Estas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.” (art. 2505 CC Ley 340, segunda parte).

1.6.- Implícitamente, y a diferencia del régimen de los automotores, donde sin registración la transmisión del derecho real no existía ni siquiera para las partes, se establecía que, en materia de inmuebles, para las partes y para algunos terceros, el contrato si era válido, y que, cumplida la tradición posesoria, el derecho real se habría transmitido.

1.7.- De otras normas surge que, tratándose de contratos referidos a derechos reales sobre inmuebles, para quienes hubieran conocido o debido conocer los actos causales, la transmisión también era válida y oponible.

Pero esta exigencia de publicidad para la oponibilidad de los derechos reales sobre inmuebles era solamente para una clase especial de terceros, los terceros interesados, o sea aquellos que eran acreedores del enajenante.

1.8.- De conformidad a la reforma introducida en 1968 (Ley 17711), para que el derecho real sobre inmuebles, adquirido por título y modo, fuera oponible a terceros interesados, el contrato causal debía registrarse: “Estas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.” (art. 2505 CC Ley 340, última parte).

IV.- La inscripción “perfeccionadora” de los derechos reales sobre inmuebles en el viejo CC.

1.1.- La inscripción que exigía el art. 2505 era perfeccionadora, porque hacía oponible el contrato, y el derecho real sobre inmueble que podía resultar de la consiguiente tradición de la cosa, a esta clase especial de terceros acreedores, para quienes, antes de la inscripción, ni el contrato, ni la modificación de la situación jurídica real de la cosa, eran oponibles.

1.2.- Podríamos decir que la oponibilidad era consecuencia del perfeccionamiento del contrato por su inscripción registral, o que al adquirir el contrato esta oponibilidad, el derecho real constituido por título y modo, se había perfeccionado por la adición de esta cualidad de la que antes carecía.

1.3.- Antes de la inscripción, el derecho real transmitido entre vivos por título y modo, existía, pero no tenía oponibilidad frente a los terceros acreedores del enajenante.

Es decir, no producía efectos frente a estos terceros.

1.4.- Sin embargo, debo señalar que, con la mera inscripción del contrato no se adquiría el derecho real sobre los inmuebles; ni para las partes, ni frente a los demás terceros.

Subsistente el art. 577 en el viejo CC., para que el adquirente recibiese el derecho real, debía haber tradición de la cosa.

1.5.- Para que la transferencia del derecho real existiese, tanto para los muebles no registrables, como para los inmuebles, debía haber tradición.

La exigencia de la tradición para la constitución del derecho real fue entendida por Vélez Sarsfield como una necesidad de sentido común, que éste explica, siguiendo el pensamiento de Freitas, en la nota al art. 577: “No se concibe una sociedad que esté obligada a respetar un derecho que no conoce.” (Nota al art. 577 del viejo CC).

1.6.- Advertimos así, que en el sistema proyectado por Vélez Sarsfield, la tradición posesoria era constitutiva e indispensable para adquirir el derecho real sobre un inmueble, lo que era, a la vez, una necesidad y una consecuencia inmediata del carácter absoluto de los derechos reales, que debían ser oponibles “erga omnes”: “El dominio es por esencia un derecho absoluto y sus correspondientes obligaciones comprenden a todos los individuos..” (Nota al art. 577 del viejo CC).

1.7.- Si todos debían respetar los derechos reales de otros, estos derechos debían tener una publicidad que diera a todos los miembros de la sociedad, la posibilidad de conocer su existencia, sus modificaciones y su extinción.

Esta publicidad era la publicidad posesoria.

Sin embargo, en el Código de Vélez había derechos reales que no tenían esta publicidad posesoria.

V.- La inscripción “perfeccionadora” del derecho real de hipoteca desde los orígenes del CC – Ley 340.

1.1.- Aquí debemos hacer un alto en nuestras reflexiones históricas sobre el viejo CC. para reseñar que el derecho real de hipoteca fue excluido en el mismo de la exigencia de tradición de la cosa hipotecada, en razón de que, precisamente, este derecho no se ejercía por la posesión: “La hipoteca es un derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor.” (art. 3108 CC Ley 340).

1.2.- Consecuencia de esto era que la tradición no era requerida para la constitución de una hipoteca.

1.3.- Parecería de la norma citada que sólo el deudor podía constituir una hipoteca, pero seguidamente el viejo CC aclaraba que este derecho real también podía ser constituido por un tercero que no quedaba obligado personalmente: “No es necesario que la hipoteca sea constituida por el que ha contraído la obligación principal, puede ser dada por un tercero sin obligarse personalmente.” (art. 3121 CC Ley 340).

1.4.- La identificación del posible constituyente como “un tercero” que se hace en el art. 3121 antes citado despeja cualquier duda sobre la legitimación de un “no deudor” para constituir una hipoteca en garantía de una deuda ajena.

Entonces la hipoteca podía ser constituida tanto por el deudor como por un tercero, siempre y cuando que el

constituyente fuera capaz y propietario del inmueble hipotecado (art. 3119 CC Ley 340).

Aparece así, en el CC. original proyectado por Vélez Sarsfield, mucho antes de la reforma del art. 2505 por la Ley 17711, el concepto “registro declarativo” y de la “oponibilidad” de la hipoteca frente a terceros por su inscripción: “La constitución de la hipoteca no perjudica a terceros, sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a esos efectos..” (art. 3135 viejo CC.).

1.5.- Se refiere el sistema original del CC. Ley 340 también a los terceros interesados, ya que se exige en la norma que estos terceros puedan “ser perjudicados” por la hipoteca, y solamente estarían en este caso los acreedores del constituyente.

1.6.- También aparece en el CC de Vélez la idea del perfeccionamiento de este derecho real por su inscripción registral, ya que el mismo existe frente a todos sin necesidad de su inscripción: “Pero las partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el escribano y testigos, no pueden prevalerse del defecto de inscripción; y respecto de ellos, la hipoteca constituida por escritura pública se considera registrada..” (art. 3135 citado, segunda parte).

La inscripción de la hipoteca, en el viejo CC. Ley 340, era declarativa.

1.7.- En el sistema original del viejo CC. aparece otra idea fuerza, que es la del título suficiente: no sólo debe haber un contrato válido, entre personas capaces y donde el titular de un derecho real de dominio sobre un inmueble lo hipoteca, sino que este contrato también debe estar revestido de la forma solemne

escritura pública para existir como tal y tener eficacia (arg. art. 1184 inc. 1 del viejo CC).

1.8.- Sin escritura pública, el contrato constitutivo de hipoteca solamente podría valer como promesa de hacer esa escritura, si pudiera valer como tal, es decir si el constituyente hiciera esta promesa a título oneroso (arts. 1184 inc. 1 y 1810 inc. 1 CC Ley 340).

1.9.- La reforma de 1968 del CC vino a aclarar que, si un tercero prometiese, por instrumento privado, constituir una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad, para garantizar la deuda de un tercero gratuitamente, para beneficiar al deudor, este promitente benevolente no estaría obligado por esta promesa de hipoteca (arg. art. 1810 inc. con la reforma introducida por la Ley 17711 excluyendo la aplicación del art. 1185 para el caso de donaciones sobre inmuebles).

En el sistema jurídico argentino vigente, tanto los registros declarativos como los constitutivos son causales: del asiento deben resultar, tan sintéticamente como se pueda, todos los elementos del derecho real publicitado.⁴

⁴ “El registro causal toma la causa generadora o título del derecho como elemento fundamental del asiento registral. Las causas de adquisición, en realidad un extracto o resumen de ellas, van archivándose en orden cronológico en diversos protocolos, conforme a los derechos que hacen nacer o a las medidas judiciales que disponen. Así tendremos protocolos de dominios, de usufructos, de hipotecas, de embargos, de inhibiciones, etc. En cierta forma hay una especie de sistema de transcripción a la manera francesa, pero se sintetizan las causas colocándose en los asientos, sólo los elementos esenciales que requiere el tráfico. Cabe advertir, sin embargo, que sea cual fuere el sistema adoptado, todos los elementos de la relación jurídico real deben surgir del asiento. Como es obvio, habrá más precisión o método en la especialidad o determinación del elemento que se haya tomado por base de imputación; pero, en definitiva, todos los elementos deben surgir de la registración. (Ventura, Gabriel en “El Régimen Registral del Automotor”, trabajo publicado originalmente en el “Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales”, Dirigido por la Dra. Palacio de Caero, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, pág. 18).

VI.- Un caso sin aclarar en el viejo CC.: Las servidumbres negativas.

1.1.- El viejo CC no aclaraba la situación de las servidumbres negativas, como la servidumbre de no edificar, que como la hipoteca, tampoco se ejercen por la posesión, por lo que no existe la tradición, y cuya registración no fue prevista, pero para la que creo aplicable, por un motivo elemental de analogía, el régimen hipotecario de registración declarativa perfeccionadora.

VII.- El doble sistema de preferencias en el viejo CC.: el primero en la tradición o el primero en la registración.

1.1.- Llegamos así a una primera conclusión: Para los derechos reales sobre inmuebles, en el viejo CC., luego de la reforma de la Ley 17711, éstos se continuaban adquiriendo por título y modo (art. 577), pero sólo se hacían oponible a terceros interesados por su inscripción registral (art. 2505 T.O. Ley 17711).

1.2.- Cuando hay conflicto de intereses, ya sea porque A vende dos veces un mismo inmueble de su propiedad, contratando primero con B y luego con C, o porque A le vende a B, pero es embargado por su acreedor C, el sistema del viejo CC, luego de la modificación del art. 2505 por la Ley 17711, daba una solución alternativa: la preferencia la tenía el que primero inscribió o el que primero recibió, de buena fe, la posesión por tradición.

1.3.- En el sistema originario del viejo CC., en el caso de la doble venta, cuando A no hubiera entregado la posesión ni a B ni a C, la preferencia la tenía el acreedor cuyo título tuviese una fecha cierta más antigua.⁵

⁵ Esta solución, de preferir al poseedor más antiguo, se remonta en el tiempo y su persistencia en los distintos sistemas legales en el tiempo parece legitimar sus bondades. Tómese por ejemplo lo dispuesto por el Código Civil Español de 1889 en su artículo 445, y la valoración que de él hace Joaquín Eschiche: "Confirma el

1.4.- Con la reforma de la Ley 17711, que imponía la inscripción registral declarativa, deberíamos tener en cuenta además, el caso de que tampoco se hubiese inscripto el contrato - título a nombre de ninguno de los dos compradores.

1.5.- En ambos casos la preferencia la tendría el acreedor cuyo título tuviese una fecha cierta anterior.

1.6.- Sin tradición y sin inscripción, el viejo CC., con la reforma de 1968, para las obligaciones de entregar inmuebles para transmitir o constituir derechos reales, daba la preferencia a quién primero hubiera contratado, siempre y cuando su contrato tuviese fecha cierta: “Si la cosa fuera inmueble, y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, sin que a ninguno de ellos le hubiese hecho tradición

vigente Código Civil Español, como la generalidad de los códigos, la doctrina expuesta por Escriche en el texto.. La posesión no puede reconocerse en dos personalidades distintas fuera de los casos de indivisión. Si surgiere contienda sobre el hecho de la posesión, será preferido el poseedor actual; si resultaren dos poseedores, el más antiguo; si las fechas de las posesiones fueran las mismas, el que presente título, y si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósito o guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes (art. 445).” (Escriche, Joaquín D.; “Novísima Edición del Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia – Compilado, concordado y comentado por D. Francisco Pi y Arsuaga”, Editorial Garnier Hermanos, París 1901, Pág. 370, Posesión).

Recordamos además, la vigencia de este cuerpo legal desde 1889: “El Código Civil Español se publicó por autorización concedida en el Real decreto de 6 de octubre de 1888, con arreglo a las bases aprobadas por ley de 11 de mayo anterior y comenzó a regir en 1º de mayo de 1889, en virtud de lo dispuesto por Real decreto de 11 de febrero del mismo año. Se incurrió al hacer su publicación, en diversas inexactitudes, que enobediencia la ley de 28 de mayo del repetida año 1889, fueron rectificadas por Real decreto de 24 de julio siguiente. Por Real decreto de 31 del mismo mes se hizo extensivo el Código, sin modificación alguna, a Cuba, Puerto Rico y Filipinas.” (Escriche, Joaquín D.; “Novísima Edición del Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia – Compilado, concordado y comentado por D. Francisco Pi y Arsuaga”, Editorial Garnier Hermanos, París 1901, pág. 127 “Códigos y leyes civiles”).

de la cosa, será preferido el acreedor cuyo instrumento público fuese de fecha anterior.” (art. 596 CC Ley 340).

1.7.- La norma se refería a “Instrumentos públicos” y no a “escrituras públicas”, pero tratándose de contratos referidos a derechos reales sobre inmuebles, del art. 1185 (CC Ley 340) podría inferirse que los mismos deberían ser instrumentados en escritura pública para tener estos efectos de oponibilidad.

1.8.- Sin embargo, la referencia explícita a la “fecha cierta” me hace pensar que, aunque no se tratase de una escritura pública, sino por ejemplo, de un boleto privado con certificación de firmas, la preferencia la tendría el contrato con la certificación de fecha anterior.

1.9.- La certificación de firmas es, como ya se ha dicho, un documento complementario de un instrumento privado, autorizada por un escribano y que se registra en el Libro de Registro de Firmas a cargo del notario, gozando de autenticidad por su condición de instrumento público –salvo querrela de falsedad- y que traslada la certeza de la fecha de la certificación al instrumento privado adjunto.

VIII.- ¿Existió en el viejo CC. un “Jus Preferendi” para algunos derechos personales?

1.1.- Se aplica aquí la regla de que el primero en el tiempo tiene un mejor derecho, aún cuando no haya habido escritura pública, y aún cuando no se haya adquirido todavía ningún derecho real por no haber habido tradición de la cosa.

1.2.- Acá aparecería en el Código de Vélez Sarsfield un quiebre de la regla de que solamente los derechos reales tienen “Jus Preferendi”, ya que en el caso de una doble venta de inmuebles, donde no se ha hecho tradición a ninguno de los

compradores, no hay ningún derecho real, pero la preferencia la tiene el acreedor cuyo contrato está documentado en un instrumento público de fecha cierta primero en el tiempo.

1.3.- Tendríamos que decir que en aquél código, a veces, los derechos personales también tenían “Jus Preferendi”.

Es de hacer notar que este caso queda restringido a derechos personales que tienen vocación de constituir, a futuro, un derecho real.

IX.- El sistema de constitución, transmisión y preferencia de los derechos reales en el nuevo CCCN – Ley 26994.

1.1.- En el nuevo CCCN vigente (Ley 26994) el sistema de constitución del derecho real por título y modo se recibe en el art. 1892: “La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes..”

1.2.- Al igual que en el art. 577 del viejo CC, este sistema de adquisición de los derechos reales se aplica tanto para muebles como inmuebles, salvo regímenes especiales de registros constitutivos como se dan para los automotores, caballos pura sangre de carrera (Ley 20378 de 1973) y palomas mensajeras.⁶

⁶ Dice Gabriel Ventura: “Las palomas de carrera mensajeras, aquellas que tienen la costumbre de volver al punto en que se encuentra su criador, han sido objeto de regulación expresa por decreto 17160 de 1943, convalidado por la ley 12913/46. Se establece allí la necesidad de registración no sólo del dominio del animal, sino de su posesión o tenencia. Lo curioso de este registro es, además, que se trata del primer registro con efectos constitutivos en el país. Ver un breve desarrollo del funcionamiento de este registro en FANZOLATO, Eduardo I. “El Asentimiento Conyugal”, Ed. del autor, Córdoba, 1986, pág. 194 y ss. 1” (Ventura, Gabriel en “El Régimen Registral del Automotor”, trabajo publicado originalmente en el “Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales”, Dirigido por la Dra. Palacio de Caero, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, pág. 8.). Quizá la importancia de la registración de la tenencia de palomas mensajeras esté relacionado con el uso militar que se dió a las mismas en la historia reciente, uso quizá superado actualmente por otros medios de comunicación, aunque eventualmente estas mensajeras pudieran ser utilizadas eventualmente como medio de comunicación militar alternativo, o para algunas actividades criminales, como el narcotráfico.

1.3.- El art. 1892 del nuevo CCCN. continúa aclarando que la tradición a la que se refiere es aquella que consiste en la entrega voluntaria de la posesión: “La tradición posesoria es modo suficiente para constituir o transmitir derechos reales..” y que “la registración es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos.”

1.4.- La norma instala la posesión como “modo suficiente” para constituir los derechos reales y da igual tratamiento a la registración.

1.5.- ¿Podríamos entender que se ha establecido en el nuevo CCCN Ley 26994 una registración constitutiva para los derechos reales sobre los inmuebles?

1.6.- Sigue vigente la Ley 17801, complementaria del viejo CC., y ahora, con algunas modificaciones, complementaria también del nuevo CCCN., pero que mantiene el art. 2 referido actualmente a los nuevos arts. 1890, 1892 y 1893 y que mantiene la anterior disposición en cuanto a que la inscripción de los documentos “Que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles..” (inc. a. art. 2 Ley 17801 T.O. Ley 26994) debe ser inscripta “para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley..” (art. 2, primera parte).

1.7.- El art. 1890 del CCCN es una norma de contenido amplio, que establece que “Los derechos reales recaen sobre cosas registrables cuando la ley requiere la inscripción de los

títulos en el respectivo registro a los efectos que corresponda.” (art. 1890 CCCN.).

1.8.- Así, los derechos reales sobre automotores se inscribirán en el Registro del Automotor (Dec. Ley 6582/58), y los derechos reales sobre inmuebles en el Registro Inmobiliario (ley 17801).

1.9.- La inscripción en el Registro del Automotor será constitutiva (art. 1 Dec. Ley 6582/58), en tanto la de los inmuebles seguirá siendo declarativa (art. 2 Ley 17801 T.O. Ley 26994).

1.10.- Si la inscripción de los títulos en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria es para oponibilidad de este contrato sobre derechos reales sobre un inmueble, podemos decir que es perfeccionadora, ya que el derecho real, en el sistema del nuevo CCCN. se sigue constituyendo por título y modo, y la inscripción del título sólo lo hace oponible a terceros interesados, completándolo.

IX.- El sistema de registración “perfeccionadora” de los derechos reales sobre inmueble en el nuevo CCCN – Ley 26994.

1.1.- El sistema de inscripción declarativa “perfeccionadora” de los derechos reales sobre inmuebles se reafirma totalmente con el texto del art. 1893 del nuevo CCCN, que dispone que: “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.” (aart. 1893 CCCN.).

1.2.- En materia de automotores, si no hay inscripción no existe el derecho real.

Si no existe el derecho real no podemos hablar de oponibilidad.

1.3.- En materia de inmuebles, para la transmisión de derechos reales por actos entre vivos, el art. 1893 remite a los modos de constitución por actos entre vivos dispuestos en el CCCN, esto es, al art. 1892, que exige título y modo: es decir, contrato y tradición.

1.4.- Aparece nítido en el art. 1893 que los terceros que serán afectados por la oponibilidad serán los “terceros interesados”, esto es, terceros acreedores del enajenante o del transmitente.

Se aclara así cualquier duda que pudiera haber generado el texto del art. 1892 en cuanto a que “La inscripción registral es modo suficiente..”, porque en materia de adquisición de derechos reales sobre inmuebles, la inscripción registral no sustituye a la tradición.

1.5.- Tratándose de derechos reales que se ejercen por la posesión, el derecho solamente se adquiere, por actos entre vivos, cuando el título es completado por la tradición material de la posesión sobre la cosa.

1.6.- Para los automotores esta norma del art. 1892 es también de aplicación, pero con un sistema sustancialmente diferente, ya que la inscripción constitutiva sustituye a la tradición posesoria.

Para los automotores, la inscripción valdrá como modo suficiente y no será necesaria la tradición.

X.- La inscripción declarativa y el requisito de la buena fe para el que recibió primero la posesión de la cosa.

1.1.- Para los inmuebles, la inscripción registral tiene efectos publicitarios (art. 2 Ley 17801 T.O. Ley 26994) y afecta la buena fe de quién adquiere el derecho real después de que otro contrato sobre la misma cosa haya sido inscripto.

1.2.- Los arts. 21, 22 y 23 de la Ley 17801, disponen que el Registro Inmobiliario es público: “El Registro es público para quién tenga interés en averiguar el estado jurídico de los bienes, documentos, limitaciones o interdicciones inscriptas..” (art. 21 Ley 17801); El registro es obligatorio ya que “La plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición sólo podrán acreditarse con relación a terceros por las certificaciones a que se refieren los artículos siguientes.” (art. 22 Ley 17801).

1.3.- Digo además que la registración declarativa de los contratos referidos a derechos reales sobre inmuebles es obligatoria, porque únicamente con los certificados expedidos por el Registro Inmobiliario podrá acreditarse la situación jurídica actual de derechos reales sobre un inmueble.⁷

⁷ La registración constitutiva y la declaratoria de los derechos reales son obligatorias porque en el caso de la constitutiva, sin inscripción, no existe el derecho; en tanto en la declarativa, sin bien el derecho existe fuera del registro, sin registración no es oponible a ciertos acreedores: “Es importante también aclarar aquí, en materia de automotores, que la obligatoriedad de la inscripción no debe confundirse con el efecto constitutivo que se le asigna al registro, puesto que, si bien todo registro constitutivo es por principio obligatorio, dado que el no registrado no es titular de derecho alguno, más que una sanción, a los efectos de la clasificación de los registros, la falta de registración haría carecer al acto de uno de los elementos integrativos de la dinámica adquisitiva. Existen otras sanciones no tan drásticas y contundentes, por ejemplo multas o la condena a la inoponibilidad a ciertos terceros en particular de ese derecho no inscripto, una especie de ineficacia relativa.” (Ventura, Gabriel en “El Régimen Registral del Automotor”, trabajo publicado originalmente en el “Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales”, Dirigido por la Dra. Palacio de Caero, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, pág. 16).

1.4.- Es obligatorio también porque solamente con estas certificaciones podrán autorizar los escribanos “..los documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles..” (art. 23 Ley 17801).

1.5.- Entonces, en materia de oponibilidad de derechos reales sobre inmuebles, el nuevo CCCN (Ley 26994) ha mantenido el sistema del viejo CC (Ley 340) y de la Ley 17801: El primero en la tradición o en la registración tendrá un mejor derecho.

1.6.- Si A vende un mismo inmueble de su propiedad a B y a C, y le entrega la posesión a B sin que la venta se haya inscripto a nombre de C, B ha adquirido el Dominio sobre la cosa y este derecho real tendrá el “Jus Preferendi” frente a C que solamente será un acreedor frustrado y que conservará las acciones personales por incumplimiento de contrato y daños contra A.

1.7.- Si A vende a B y le entrega la posesión del inmueble, y después escritura la venta a favor de C, y este segundo contrato se inscribe, la prioridad también la tendrá B, que recibió primero la posesión del inmueble , quién incluso podrá pedir que se cancele la inscripción a nombre de C para poder inscribir su contrato.

1.8.- En este caso, es de hacer notar que, si el contrato de A a favor de B no se hubiera realizado por escritura pública, este título resultaría insuficiente por defecto de forma.

1.9.- Sin embargo, y pese al defecto formal, la situación ha sido resuelta por el legislador en el art. 2256 del CCCN. en favor del contratante que primero recibió la posesión.

1.10.- Este art. 2256 está en la Sección Segunda, del Capítulo Segundo, del Título Décimo Tercero del Libro Cuarto del CCCN (Ley 26994), en la parte que trata de la prueba en la reivindicación de inmuebles: "a.) Si los derechos del actor y el demandado emanan de un antecesor común, se presume propietario quién primero es puesto en la posesión de la cosa, ignorando la obligación anterior, independientemente de la fecha del título." (art. 2256 inc. a. CCCN Ley 26994).

1.11.- No se requiere que el título de quién primero fue puesto en la posesión de la cosa sea formalmente perfecto, es decir no se requiere la escritura pública; tampoco se requiere que el título de quién recibió primero la tradición sea anterior al de quién no recibió la posesión, pero se exige la tradición anterior, y muy especialmente, la buena fe de este poseedor, que al momento de recibir la tradición, debe ignorar la otra venta.

1.12.- Esto mejora el texto del art. 2791 del CC (Ley 340), que para el caso de doble venta disponía solamente que "el primero que ha sido puesto en la posesión de la heredad, se reputa propietario.", que si bien había sido interpretado por la doctrina y la jurisprudencia en el mismo sentido que ahora resulta explícitamente del texto del art. 2256 inc. a. del CCCN Ley 26994, no daba una solución tan completa al problema planteado.

1.13.- Más aún: podrían haberse generado dudas en cuanto a que el que primero recibió la posesión con un título formalmente imperfecto, como un boleto de compraventa, adquiriría realmente el derecho real o solamente se "reputaba

propietario”, lo que hubiese obligado a desarrollar la idea de que, aquél a quién “se reputa” o se trata como si estuviera en una determinada situación jurídica es porque no está en esa situación jurídica, o no tiene la calidad jurídica que se le atribuye, pero que “se reputa” como si la tuviera para algún efecto limitado, como en el caso, poder rechazar la acción reivindicatoria de quién no recibió la posesión.

XI.- Conclusiones sobre el actual sistema de preferencias en la adquisición y constitución de derechos reales sobre inmuebles.

1.1.- En el sistema actual la preferencia en la adquisición de los derechos reales, en caso de conflicto, se reconoce a quién primero recibió la posesión de la cosa de buena fe; o a quién primero inscribió su contrato.

1.2.- Esta preferencia permite rechazar la reivindicación de quién no la tiene.

1.3.- Para el caso de una doble venta sin tradición y sin registración, el art. 756 del nuevo CCCN mantiene la solución de preferir al acreedor “..que tiene título fecha cierta anterior.”

1.4.- La nueva sistematización es, en lo esencial, muy similar a la del anterior CC Ley 340, lo que debe valorarse positivamente ya que el sistema anterior, producto de una concepción original muy acertada sobre esta cuestión, y de las reformas que, como fruto de la experiencia y del debate jurisprudencial y doctrinario, se fueron introduciendo durante su vigencia, ha demostrado la conveniencia de su mantenimiento.

1.5.- Debe destacarse en el nuevo sistema, la depuración metodológica, la completitud de los supuestos previstos y de

sus soluciones, y que no se advierten redundancias ni contradicciones.⁸

BIBLIOGRAFÍA:

Ahumada, Daniel Eduardo; “Ley Registral Inmobiliaria – Ley 5771 y Disposiciones Técnico Registrales”, Editorial Alveroni, Córdoba 2002.

Alchouron, Carlos E. – Bulygin, Eugenio; “Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales”, Editorial Astrea, Bs. As. 1987.

Bortolatto, Ana María; “Derechos Reales – Manual”, Editorial Conosur, Córdoba 1994.

Bortolatto, Ana María; “Manual Guía de Derechos Reales”, Editorial Francisco Ferreyra, Córdoba 2000.

Escriche, Joaquín D.; “Novísima Edición del Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia – Compilado, Concordado y Comentado por D. Francisco Pi y Arsuaga”, Editorial Garnier Hermanos, París 1901.

⁸ En tanto en cuanto sistema de normas, el derecho debe adecuarse a ciertas pautas de racionalidad; la coherencia interna de las normas jurídicas, así como su compatibilidad mutua, son ejemplos de tales exigencias básicas. La eliminación de las contradicciones en las normas jurídicas es, por lo tanto, uno de los objetivos más importantes de la ciencia del derecho. Un papel no menos importante desempeña en la teoría jurídica la idea de completitud, que ha sido muy debatidas por los juristas y los filósofos del derecho bajo el rótulo de “lagunas del derecho”. Por último, la independencia de las disposiciones legales y la consiguiente eliminación de las redundancias es también uno de los objetivos del legislador y del científico. (Alchouron, Carlos E. – Bulygin, Eugenio; “Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales”, Editorial Astrea, Bs. As. 1987., pág. 22).

Highton, Elena; “Derechos Reales – Vol. 1: Posesión”, Editorial Ariel, Bs. As. 1979.

Kiper, Claudio; “Tratado de Derechos Reales – Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26994”, Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe 2016.

Laquis, Manuel Antonio; “Derechos Reales”, Editorial Depalma, Bs. As. 1975.

Lafaille, Héctor; “Curso de Derechos Reales – Notas Taquigráficas de Isauro Arguello (h) y Pedro Frutos”, Editorial Talleres Gráficos Ghio, Bs. As. 1925/1926.

Lafaille, Héctor; “Derecho Civil - Tratado de los Derechos Reales”, Editorial Ediar, Bs. As. 1943.

López de Zavalía, Fernando J.; “Derechos Reales”, Editorial Zavalía, Bs. As. 1989.

Martinez, Zenón; “La Posesión”, Editorial Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe 1939.

Mariani de Vidal, Marina; “Curso de Derechos Reales”, Editorial Zavalía, Bs. As. 1997.

Mariani de Vidal, Marina – Abella, Adriana; “Derechos Reales en el Código Civil y Comercial”, Editorial Zavalía, Ciudad Autónoma de Bs. As. 2016.

Martinez, Víctor; “La posesión en la codificación civil hispanoamericana (Concepto y Elementos)”, Editorial Banco Social de Córdoba, Córdoba 1990.

Moisset de Espanés, Luis; “Clases de Derechos Reales”, Editorial Advocatus, Córdoba, 1998.

Moisset de Espanés, Luis; “Publicidad Registral”, Editorial Advocatus, Córdoba, 1991.

Molinario, Alberto; “De las Relaciones Reales”, Editorial Universidad, Bs. As. 1981.

Musto, Néstor Jorge; “Derechos Reales”. Editorial Rubinzal – Culzoni, Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1981.

Papaño, Ricardo José; Kiper, Marcelo Claudio; Dillon, Grgorio Alberto y Causse, Jorge Raúl; “Derechos Reales”, Editorial Depalma, Bs. As. 1989.

Salvat, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino (Derechos Reales)” Tomo I; Editorial F. Pereyra e hijos – Editores”, Bs. As. 1927.

• *Asistente de Magistrado. Poder Judicial de la provincia de Córdoba. Investigadora. SeCyT - Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: ceciliasc2002@yahoo.com.ar*

•

Salvat, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino (Derechos Reales)” Tomo 2 – Segunda Parte Propiedad; Editorial Jesús Menendez, Bs. As. 1930.

Ventura, Gabriel B.; “El Régimen Registral del Automotor”, trabajo publicado originalmente en el “Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales”, Dirigido por la Dra. Palacio de Caeiro, Ed. La Ley, Bs. As., 2013.

Ventura, Gabriel B.; “Ley 17801 – Registro de la Propiedad Inmueble – Comentada – Anotada”, Editorial Hammurabi, Bs. As. 2009.

ÉTICA APLICADA Y DEONTOLOGÍA NOTARIAL

*Por Cecilia Soledad Carrera**

1. *Honra tu ministerio.*
 - 2.- *Abstente, si la más leve duda opaca la transparencia de tu actuación.*
 - 3.- *Rinde culto a la verdad.*
 - 4.- *Obra con prudencia.*
 - 5.- *Estudia con pasión.*
 - 6.- *Asesora con lealtad.*
 - 7.- *Inspírate en la equidad.*
 - 8.- *Cíñete a la ley.*
 - 9.- *Ejerce con dignidad.*
 - 10.- *Recuerda que tu misión es “evitar contienda entre los hombres”*
- Decálogo del Notario*¹.

Sumario: I. Introducción. II. Las virtudes notariales. III. Deontología Notarial en el marco de la Unión Internacional del Notariado Latino. IV. Palabras Finales.

¹De la ponencia de la delegación Ecuatoriana aprobada por aclamación en la sesión plenaria del VIII Congreso de UINL, celebrado en México, octubre de 1965, <http://www.cfna.org.ar/> [02 de agosto de 2016].

I. INTRODUCCIÓN

La Ética, en cuanto disciplina filosófica, consiste en el análisis racional y sistemático de la verdad moral² desde una perspectiva holística, comprensiva de la totalidad de dimensiones de la realidad humana. El propósito es revelar sus aspectos universales, yendo más allá del conocimiento moral espontáneo. Por ello forma parte de la filosofía práctica, ya que orienta el saber reflexivo y directivo hacia la praxis u obrar³; no es una disciplina meramente teórica.

Si se agrega el calificativo “notarial”, la ética referirá a una profesión específica, esto es, atenderá al ámbito del ejercicio del notariado. Su objeto material será el comportamiento libre de los escribanos. Es así porque sus acciones humanas o “conductas”, *“pueden ser puestas en relación con el modo de ser moral de la persona (ethos)”*⁴, generando la consecuente responsabilidad moral. Su objeto formal está configurado por la moralidad de los profesionales del derecho y funcionarios públicos antes señalados, tanto en su ser cuanto en la configuración de sus acciones, esto es según su sean virtuosas o viciosas.

En el campo de estudio dentro de la ética aplicada se encuentra la deontología, definida como *“el conjunto ordenado de deberes y obligaciones morales que tienen los profesionales de una*

² RODRIGUEZ LUÑO, Ángel, *“Ética General”*, Pamplona, EUNSA, 1991, pág. 17/18.

³ KRISKOVICH, Esteban, *“Introducción a la ética para una comprensión de la ética profesional”*, en KRISKOVICH de VARGAS, Esteba (director), *“Manual de Ética y Deontología de las profesiones jurídicas”*, Paraguay, Edit. Atlas Representaciones S.A., 2007, pág. 155.

⁴ *Ibíd.*, pág. 22.

*determinada materia*⁵. Esta reúne las prácticas y criterios de actuación de naturaleza ética, reconocidas como las “mejores” por un determinado colectivo humano, en este caso, una concreta profesión: la notarial. Tales prácticas tienden a consolidarse porque califican la bondad o no de las conductas, y fijan los principios que deben observar quienes están comprendidos en ese grupo y que son exigidos por la sociedad. Estas “mejores prácticas” pueden adquirir estatus normativo, dando lugar a los Códigos de Ética Profesional.

A partir del elemental marco dado por los conceptos vertidos, en el presente trabajo se hará foco en la ética y deontología notarial. La razón radica en que la función del escribano es pública, pues su autoridad proviene de una delegación estatal, pero su realización personal y el prestigio — individual y de todo el notariado— penden de un ejercicio profesional imparcial, honesto, responsable, independiente y respetuoso de los derechos de las personas.

Primero, se abordarán las virtudes esenciales que todo notario debe cultivar, a fin de ejercer la profesión con integridad y de fortalecer la confianza que la sociedad ha depositado en él. Luego, se analizarán los principios de deontología notarial consagrados en el Código de Deontología y Normas de Organización del Notariado, aprobado por la Asamblea de Notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado en el año 2013.

⁵KRISKOVICH, Esteban, Op. Cit., pág. 161. En similar sentido: SALDAÑA, Javier, “*Virtudes Judiciales: Principio Básico de la Deontología Jurídica*”, en KRISKOVICH de VARGAS, Esteban, Op. Cit., pág. 217.

II. LAS VIRTUDES NOTARIALES

La visión moral clásica –aristotélica– concibe a la virtud como la “[...] *la disposición para hacer el bien*”⁶. Ésta noción se corresponde con las virtudes cardinales, las cuales no son connaturales al ser humano sino que se adquieren y perfeccionan por la *praxis* y la costumbre. Si bien el hombre tiene una aptitud natural para poseer las virtudes, se requiere además de “[...] *una acción positiva del hombre, de su consentimiento, la cual se traduce en la práctica reiterada de la misma. Por eso, se puede afirmar que la praxis humana va construyendo al hombre virtuoso*”.⁷

En sentido similar se ha definido a la virtud como “[...] *un rasgo de carácter, manifestado en una acción habitual, que es bueno que una persona tenga. Y las virtudes morales son las virtudes que es bueno que todos tengan*”⁸. Surge, entonces, que es un hábito, un modo especial de proceder o de conducirse, aprendido por repetición de actos iguales o semejantes⁹.

La importancia de las virtudes radica en que se trata de *ideales morales*, imprescindibles para guiar *bien* la vida de los hombres y mujeres; es decir, ordena al ser humano a la acción incluso ante lo contingente. A la sazón, la persona, en cuanto ser racional libre, en su individualidad como en lo social, precisa de

⁶ SALDAÑA SERRANO, Javier, “Ética Judicial. Virtudes del Juzgador”, México, Corte Suprema de Justicia de la Nación – UNAM, 2010, pág. 25.

⁷ SALDAÑA SERRANO, Javier, Op. Cit., pág. 27.

⁸ RACHELS, James, “Introducción a la filosofía moral”, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, págs. 157/158, en ProQuest ebrary.

⁹ Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), 1ª acepción de la palabra “hábito”, <http://dle.rae.es/?id=Jvcxrlo>[09/09/2016].

directrices para su interacción con otros, en las múltiples realidades (familiar, laboral, etc.) que la comprenden.

Por otra parte, la adquisición y práctica de las virtudes exige de un acto humano realizado con conciencia, esto es con “[...] *un conocimiento pleno de la acción a realizar*”¹⁰. Además, tal acto debe estar precedido de una elección libre y tiene que ser ejecutado “[...] *con ánimo firme e inconvencible*”¹¹. Ello es conteste con la afirmación de que la virtud es el “*hábito de la buena elección*”¹², de acuerdo al “*justo medio [,] según la recta razón*”¹³.

Cultivar las virtudes es una tarea ardua. Se ha señalado que “*no es difícil tener una idea general de lo que es vivir moralmente bien o de lo que da valor a la vida humana. Lo que es difícil es la realización concreta de ese ideal cada día, lo que requiere, primero, perseverar en él y, después, saber cómo realizarlo en situaciones y circunstancias muy diversas, a veces nuevas e incluso imprevisibles*”¹⁴.

Cabe aclarar que, existiendo necesidades y problemas compartidos, que el hombre enfrenta en todas las sociedades y atemporalmente, es que no hay virtudes privativas. No obstante, en el marco de la ética profesional, en general, y de la ética notarial, en particular, esas virtudes *comunes* adquieren matices particulares. Ello se debe a las peculiaridades de la profesión del escribano.

¹⁰ SALDAÑA SERRANO, Javier, “Ética Judicial. Virtudes del Juzgador”, México, Corte Suprema de Justicia de la Nación – UNAM, 2010, pág. 29.

¹¹ *Ibidem*.

¹² RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel, “Ética general (6a. ed.)”, Navarra, EUNSA, 2010, pág. 214, en ProQuest ebrary.

¹³ RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel, Op. Cit., pág. 216.

¹⁴ RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel, Op. Cit., pág. 213.

Sentado lo anterior y sin pretender agotar la nómina de virtudes que debe cultivar el notario, es dable poner de resalto que la prudencia, la justicia, la fortaleza, la templanza, la independencia, la imparcialidad, la magnanimidad, la humildad y el orden son esenciales a su profesión. Por ello se hará un breve análisis de ellas.

- *Prudencia.*

Esta virtud, conforme el Diccionario de la Real Academia Española, “[...] *consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello*”¹⁵. En tan simple definición quedan expuestas las dos facetas que se integran en ella. Por un lado, la prudencia se identifica con la *deliberación*. Ello implica saber reflexionar sobre las cosas buenas y malas para el hombre, lo que se hace desde la razón. Así, el escribano ejercerá esta virtud cuando delibere en su fuero íntimo a fin de establecer lo que es justo y debido ante cada requerimiento profesional que se le realice. Esa reflexión, luego, quedará manifiesta en su conducta, trascendiendo hacia el exterior su recto juicio.

La segunda perspectiva es la *prevención*. Desde este punto de vista, la prudencia refiere a “[...] *tener una posición anticipada, que se traduce en la precaución y protección de las eventualidades que puede uno enfrentar*”¹⁶. Por ende, el escribano será prudente cuando delibere, no sólo para lograr el mejor resultado sino que, además, considere todas las circunstancias y efectos de un determinado modo de actuar, a fin de determinar si serán

¹⁵ DRAE, 3ª acepción, <http://www.rae.es/>

¹⁶ SALDAÑA SERRANO, Javier, “Ética Judicial. Virtudes del Juzgador”, México, Corte Suprema de Justicia de la Nación – UNAM, 2010, pág. 33.

ajustados a derecho y sus consecuencias favorables o adversas para las partes. Ello se corresponde con una nota particular de la actividad notarial, cual es que su labor está dirigida a garantizar la seguridad jurídica y prevenir conflicto.

En definitiva, un notario prudente llevará adelante las tareas de asesoramiento, y de conformación y autenticación de los instrumentos públicos con diligencia, estudiando cada caso reflexivamente, en base a una deliberación profunda que le permita anticipar las vicisitudes que puedan presentarse. En esa tarea, deberá implicar todos sus conocimientos —jurídicos, argumentativos, técnicos, sociales, culturales, etc.—, capacidades y el tiempo que la solución exija.

- *Justicia.*

Esta virtud es definida como “[...] *el hábito por el que [la persona] ha de ejercitarse en la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo, su derecho, lo que es debido*”¹⁷. Por ende, el notario tendrá que desempeñar su labor profesional examinando el derecho de cada parte del acto o negocio jurídico y ejecutar la tarea encomendada conforme a la práctica notarial¹⁸. En otras palabras, deberá buscar la solución más arreglada a derecho, armonizando los intereses de las personas, para mantener el orden jurídico y evitar conflictos.

¹⁷ SALDAÑA SERRANO, Javier, “Ética Judicial. Virtudes del Juzgador”, México, Corte Suprema de Justicia de la Nación – UNAM, 2010, pág. 37.

¹⁸ La práctica notarial refiere al “hacer” o “praxis” del notario. En concreto, es el conjunto de reglas técnicas y de conducta que van a regir la actividad que tiene el notario, en sus dos aspectos, tanto profesional como funcional.

- Fortaleza

En el Diccionario de la Real Academia Española se pone de resalto que la fortaleza “[...] *consiste en vencer el temor y huir de la temeridad*”¹⁹. En efecto, esta virtud reclama firmeza de ánimo y constancia impecable. Tiene por objeto la conservación de la justicia mediante la auto-restricción. Pero para lograrlo se requiere de la concurrencia de las virtudes de la prudencia y de la justicia.

Al igual que respecto del juez, del escribano puede predicarse que se ejercitará en esta virtud “[...] *si antes ha conocido el bien, y en caso de su profesión, lo justo*”²⁰. En efecto, será virtuoso que el escribano resista frente a la inequidad y a la injusticia, valiéndose de la reflexión prudente y confiando en que el derecho le permitirá atender los casos en los que su intervención se ha requerido.

- Templanza

La templanza es una virtud que ordena la “*moderación de los apetitos y el uso excesivo de los sentidos, sujetándolos a la razón*”²¹. Dicho en otras palabras, es una cualidad que debe disponer a la persona que ejerce una determinada profesión a usar los poderes y facultades de los que está investido, “[...] *a considerar que los límites de ejercicio de ese poder no son únicamente los*

¹⁹DRAE, 4ª acepción, <http://www.rae.es/>

²⁰ SALDAÑA SERRANO, Javier, “Ética Judicial. Virtudes del Juzgador”, México, Corte Suprema de Justicia de la Nación – UNAM, 2010, pág. 43.

²¹ SALDAÑA SERRANO, Javier, “Ética Judicial. Virtudes del Juzgador”, México, Corte Suprema de Justicia de la Nación – UNAM, 2010, pág. 45. También, DRAE, 4ª acepción, <http://www.rae.es/>

establecidos por las normas, a esforzarse por no imponer a los otros su propias opiniones, ideologías, etc.”²².

A mérito de esta virtud, el notario deberá velar por su honradez y prestigio, evitando un goce desmesurado de los placeres y cuidándose de incurrir en aficiones extremas. Ello encuentra justificativo en que las proyecciones de un obrar en contrario se extienden a los ámbitos privado y público, causando el descrédito y desprestigio de todo el cuerpo notarial.

- Independencia

Esta virtud señala a la autonomía de conciencia e implica no aceptar que haya interferencias en la tarea propia, provenientes de factores externos. Ella es un rasgo relevante del notariado. Al respecto se ha dicho que la “[...] *independencia en el ejercicio de su función debe ser categórica, sin que pueda existir ningún indicio de sospecha, que empañe o pueda dejar entrever alguna duda en su conducta. Es que el Notario es el receptor de la confianza que le brinda la comunidad. La confianza ha sido definida como la seguridad y esperanza firme que se tiene en una persona o en una cosa*”²³.

Por ello, como se dijo, la verdadera independencia “*se encuentra en no permitir que factores de cualquier índole, sobre todo aquellos pertenecientes al sistema social, político o económico, puedan influir en los criterios y razonamientos jurídicos (sentido*

²² ATIENZA, Manuel, “Ideas para una Filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino”, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2008, pág. 129.

²³DICTAMEN CONSULTA DEL COLEGIO DE NEUQUÉN III, Consejo Federal del Notariado Argentino – Consejo Consultivo de Ética [Consultado en http://www.cfna.org.ar/documentacion/convenio-consultivo-etica--dictámenes/dictamen_consulta_colegio_neuquen_III.pdf, 02 de septiembre de 2016].

amplio) [...]”²⁴. En caso contrario, se verá negativamente afectada la vida profesional del escribano, más tal afección se extenderá en demérito de todo el notariado.

- Imparcialidad

Esta virtud consiste en “[...] *falta de designio anticipado o contemporáneo, favorable o contrario a los intereses que se planteen en el ámbito de su intervención, traducido en el deber de indagarlos a fin de buscar una solución que no se desvirtúe por la prevalencia de uno sobre otro, ni se influya por el del propio notario sobre cualquiera de ellos*”²⁵. En otras palabras, la imparcialidad es la independencia respecto de todo interés particular o privado y de todo prejuicio que pueda afectar la rectitud de obrar.

Una condición esencial de imparcialidad es la objetividad. Por ello, el escribano debe ceñirse a las reglas de competencia personal, ya que de no hacerlo podría sentir la inclinación de favorecer a alguna de las partes.

- Magnanimidad

La magnanimidad se relaciona con el carácter trascendental de la función que el notario desempeña en la sociedad. Él, como depositario de la confianza pública, debe contribuir con su actuar al bien común. A fin de lograrlo, debe buscar permanentemente la

²⁴ SALDAÑA SERRANO, Javier, “*Virtudes Judiciales: Principio básico de la deontología jurídica*”, en KRISKOVICH DE VARGAS, Esteban, Op. Cit., pág. 224/225.

²⁵ DICTAMEN CONSULTA DEL COLEGIO DE NEUQUÉN III, Consejo Federal del Notariado Argentino – Consejo Consultivo de Ética, [Consultado en http://www.cfna.org.ar/documentacion/convenio-consultivo-etica--dictamenes/dictamen_consulta_colegio_neuquen_III.pdf, 02 de septiembre de 2016], citando a Francisco J. Siri.

excelencia a través de su perfeccionamiento personal y profesional.

- *Humildad*

La humildad “[...] *consiste en el conocimiento de las propias limitaciones y debilidades y en obrar de acuerdo con este conocimiento*”²⁶. Esta virtud conlleva a que el notario no debe hacer ostentación de poder, autoridad o posición (económica, social, profesional, etc.). Un obrar en sentido contrario será reflejo de la codicia y el orgullo. En definitiva, implica actuar de modo tal que se esté por encima del egoísmo personal y se busque en todo tiempo la verdad.

- *Orden*

Esta virtud reclama al escribano *organización* en la Escribanía, en todos los aspectos posibles. Así, deberá contar con personal calificado y adecuado, con una distribución del espacio y el mobiliario apropiados, y con las medidas de seguridad necesarias. El resultado redundará en satisfacción laboral y eficiencia en el cumplimiento de la función notarial.

III. DEONTOLOGÍA NOTARIAL EN EL MARCO DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

El notariado es una profesión jurídica de fuerte ascendencia social. De allí la conveniencia del desarrollo de un *ethos profesional notarial*. Siendo consciente de ello, en el marco de la

²⁶ DRAE, 1ª acepción, <http://www.rae.es/>

Unión Internacional del Notariado se ha trabajado en el establecimiento de estándares de comportamiento ético para los notarios. Estos se asientan en los valores y principios cultivados por la tradición latina y sirven para que cada país que adscribe a tal sistema pueda desarrollar su deontología notarial.

En el año 2004, la Asamblea de Notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, reunida en México, aprobó los "Principios de Deontología Notarial". Esta declaración fue actualizada en 2005, con la aprobación de los "Principios Fundamentales del Sistema de Notariado de Tipo Latino". Con posterioridad, se actualizó el contenido de esos textos, y la Asamblea de Notariados aprobó un Código al que intituló "Unión Internacional del Notariado (UINL). Deontología y normas de organización del Notariado".

Este último cuerpo es una Ley Uniforme, que pretende servir como modelo de organización y funcionamiento del servicio público notarial, es decir, constituye una referencia obligada para los cuerpos notariales de aquellos países que adscriben al sistema del notariado latino. Los parámetros que fija sirven de base para establecer normas deontológicas locales, o permitir la revisión de la ordenación vigente.

El objetivo del Código "[...] *es ordenar el ejercicio de la profesión notarial en un sentido positivo, recogiendo los valores éticos de la misma y atribuyéndoles el carácter de normas deontológicas, en cuanto marcan no solo la forma de ser (ética) de la actuación notarial, sino la forma del "deber ser" (deontología notarial) de la misma, los deberes profesionales que debe cumplir el notario, y por ello establece comportamientos positivos y contiene*

*sanciones para los supuestos de su infracción*²⁷ (de la Presentación).

En cuanto a su estructura, este cuerpo normativo programático tiene una Introducción, un Preámbulo, una Presentación y cinco Títulos. El contenido de estos últimos es el siguiente: Título I, de los principios y reglas de la organización notarial; Título II, de las reglas que rigen la relación del notariado con el Estado; el Título III, de las reglas que rigen la relación del notariado con el Colegio Profesional; Título IV, de las reglas que rigen la relación del notariado con los colegas, el personal de la Escribanía y los usuarios de los servicios, y el Título V, el régimen disciplinario.

A continuación se examinarán los principios deontológicos recogidos expresamente en el Código y que guían toda la reglamentación.

- *Actitud ética*

Este principio impone a los escribanos el deber de ejercer sus funciones de manera virtuosa, para dignificar su persona y su profesión. El art. 5.1 reza *“los notarios deben mantener una actitud personal ética en el ejercicio de su función que dignifique su persona y la Institución de la que forman parte, absteniéndose de comportamientos que conlleven a la pérdida de confianza de los ciudadanos en la institución notarial o sean contrarias a la dignidad del Notariado”*.

²⁷ DEONTOLOGÍA Y REGLAS DE ORGANIZACIÓN DEL NOTARIADO, en Revista Internacional del Notariado N° 119, Año 2013, 2° Semestre, pág. 104, <http://www.onpi.org.ar:8080/ONPIRIN/119-es.pdf> [01/09/2016]. Se aclara que, salvo referencia en contrario, las normas que se citan en lo sucesivo corresponden a este cuerpo normativo.

- *Legalidad*

El art. 5.2 establece que “*el Notario deberá desarrollar su función con corrección y competencia en la aplicación de la ley y en todas las manifestaciones de su actividad profesional, buscando la forma jurídica más adecuada a los intereses públicos y privados correspondientes a su ministerio*”. Luego, exige al notario la sujeción a la ley, la que deben aplicar rectamente, evitando toda situación que apareje el fraude a la ley y lesiones a los derechos de las personas.

- *Imparcialidad*

La fórmula normativa se corresponde con la virtud tratada en el capítulo anterior. El art. 5.3 de la Ley Modelo reclama imparcialidad respecto de las partes del acto o negocio jurídico y de aquellos terceros sobre quienes estos últimos proyecten sus efectos. Conteste con ello, el notario es caracterizado como un “tercero de confianza”, que debe preservar la seguridad jurídica, dando un trato equitativo y objetivo a quienes solicitaron su intervención profesional.

- *Independencia*

Este principio de actuación notarial también se corresponde con la virtud que se analizó en el acápite anterior. Su regulación está en el artículo 5.4 y dice: “*el notario deberá actuar con independencia respecto de las partes y de la administración, aunque nunca en perjuicio de la misma. El notario deberá evitar la influencia de una de las partes y la discriminación de las mismas*”.

- *Respeto de los derechos fundamentales*

Los derechos humanos son “[...] un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”²⁸. Su esencia se encuentra en la dignidad de la persona humana, la que es “[...] el fundamento de los derechos con los que el hombre defiende los bienes esenciales de su personalidad frente a las demás personas y del Estado”²⁹.

Al ser la existencia de los derechos fundamentales consustancial a la del ser humano³⁰, el escribano deberá orientar su conducta profesional a la tutela de los mismos. Esto es lo que exige el art. 5.5, que, textualmente, dispone: “*el Notario deberá respetar y proteger los Derecho del Hombre, el medio ambiente [...], la justicia, la libertad, la verdad, la honradez y la fiabilidad, y deberá guardar secreto profesional*”.

Luego, el art. 18 vuelve sobre esta regla, y hace especial mención a los derechos a la vida, a la alimentación, a un ambiente limpio y al desarrollo sostenible. También reconoce los derechos de las comunidades originaras.

²⁸TALEVA SALVAT, Orlando, “Derechos Humanos (2a. ed.)”, Argentina, Valletta Ediciones, 2009, pág. 9, en ProQuest ebrary, citando a Enrique Pérez Luño.

²⁹ GENTILE, Jorge A., *La dignidad de la persona humana como fundamento de los Derechos Humanos*, en Foro de Córdoba, Año XVI, N° 100, 2005, pág. 195.

³⁰ VIDAL RAMIREZ, Fernando, *Del ius romano a los Derechos Humanos de la Convención Americana*,

<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artdeliusromano> [15 de septiembre de 2014].

- *Disponibilidad y diligencia*

La primera regla de actuación se encuentra en el art. 5.6. Demanda al escribano el deber de prestar el su servicio profesional de acuerdo a las exigencias y las necesidades de la comunidad. Para ello debe valerse de todos los recursos necesarios.

Esta regulación es ampliada en el art. 30, que hace referencia al deber de contar con los recursos materiales y tecnológicos, y con el personal de escribanía, que permitan un “[...] *funcionamiento regular y eficaz*”. A renglón seguido añade que “*el notario debe ercer su función en la oficina notarial de tal forma que asegure una efectiva disponibilidad en el servicio, estando personalmente presente y respetando un horario conforme con las exigencias de los usuarios*”.

La segunda pauta de actuación, también contemplada en el art. 5.6, exige al escribano disposición para actuar con excelencia, cuidado y probidad.

- *Responsabilidad*

En el art. 5.6 la Ley Uniforme hace mención a la responsabilidad que debe asumir el notario de las consecuencias derivadas de su actuación profesional. Al respecto, señala: “*el Notario será responsable de los daños y perjuicios causados por su culpa o negligencia (por su actuación o por actos autorizados por él en contra de la ley o sin la diligencia de un excelente profesional), y esa responsabilidad deberá estar asegurada*”.

Ahora bien, esta pauta deontológica va más allá del deber de responder por el daño injustamente causado a partir del ejercicio

profesional; requiere de una valoración axiológica. La razón radica en que el escribano “[...] *debe afrontar tareas complejas y arduas para las que, no solo son necesarias las cualidades profesionales, sino una vocación para sentir la gravedad y dificultades de su labor y empeñar sus mejores esfuerzos para obtener los más óptimos resultados*”³¹.

- *Autonomía Profesional*

La última regla general de actuación notarial indica al escribano que es soberano en su actuación profesional. La colegiación obligatoria y la delegación del poder público por el Estado no se traducen en la subordinación del ejercicio de la función notarial. Así lo establece el art. 5.7 del Código de Deontología y Reglas de Organización del Notariado.

IV. CONCLUSIÓN

El escribano, atento la trascendente función social que desempeña, debe ser un profesional prudente y honesto, que tenga especial cuidado de la rectitud de sus acciones, obrando con mesura, preocupado y ocupado por el *ser* y por la imagen que proyecta a la sociedad. Esta última espera y exige, cada vez con mayor fuerza, que los notarios asuman conductas destacadamente probas y honorables, lo que asegura un servicio independiente, imparcial y justo.

³¹ZURBRIGGEN, Judith, *La deontología y el ejercicio notarial*, en Zeuz Córdoba N° 482, Año X, 08 de mayo de 2012, Tomo 20, pág. 372.

Así, el notario no sólo debe ser idóneo en el derecho (formación técnico-jurídica), sino que debe observar los más elevados estándares éticos en su ejercicio profesional. Todo comportamiento no virtuoso, o vicioso, socavará la confianza pública en que se sustenta la función notarial. En tal sentido se ha señalado que “[...] *la actividad profesional deberá estar motivada y vivenciada por unas actitudes éticas personales, pero no podrá ignorar la evaluación ética de su impacto social y lo que ello significa para el compromiso profesional, a nivel personal y colectivo*”³².

En definitiva, el notario debe tener siempre presente que “[...] *la profesión debe ser vivida como responsabilidad: ante sí mismo (vocación), por la obra bien hecha (profesionalidad), por las consecuencias de la obra bien hecha (servicio a los intereses comunes), en el marco institucional (responsabilidad por la justicia)*”³³.

Bibliografía citada y consultada

ATIENZA, Manuel, “Ideas para una Filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino”, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2008.

BLASCO, Pedro Luis, “La justicia entre la moral y el derecho”, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2013, en ProQuest ebrary.

³² ETXEBERRÍA, Xabier, “Temas básicos de ética (4a. ed.)”, Bilbao, Editorial Desclee de Brouwer, 2009, pág. 192, en . ProQuest ebrary.

³³ ETXEBERRÍA, Xabier, Op. Cit., pág. 199.

DICTAMEN CONSULTA DEL COLEGIO DE NEUQUÉN III, Consejo Federal del Notariado Argentino – Consejo Consultivo de Ética [consultado en http://www.cfna.org.ar/documentacion/convenio-consultivo-etica--dictamenes/dictamen_consulta_colegio_neuquen_III.pdf, 02 de septiembre de 2016].

DEONTOLOGÍA Y REGLAS DE ORGANIZACIÓN DEL NOTARIADO, en Revista Internacional del Notariado N° 119, Año 2013, 2° Semestre, pág. 104, <http://www.onpi.org.ar:8080/ONPIRIN/119-es.pdf> [01/09/2016].

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (DRAE), primera acepción de la palabra “hábito”, <http://dle.rae.es/?id=Jvcxrlo> [09/09/2016].

ETXEBERRÍA, Xabier, “Temas básicos de ética (4a. ed.)”, Bilbao, Editorial Desclée de Brouwer, 2009, en ProQuest ebrary.

GENTILE, Jorge A., *La dignidad de la persona humana como fundamento de los Derechos Humanos*, en Foro de Córdoba, Año XVI, N° 100, 2005.

KRISKOVICH, Esteban, *Introducción a la ética para una comprensión de la ética profesional*, en KRISKOVICH de VARGAS, Esteba (director), “Manual de Ética y Deontología de las profesiones jurídicas”, Paraguay, Edit. Atlas Representaciones S.A., 2007.

RACHELS, James, “Introducción a la filosofía moral”, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, en ProQuest ebrary.

RODRIGUEZ LUÑO, Ángel, “Ética General”, Pamplona, EUNSA, 1991.

“Ética general (6a. ed.)”, Navarra, EUNSA, 2010, en ProQuest ebrary.

SALDAÑA SERRANO, Javier, “Ética Judicial. Virtudes del Juzgador”, México, Corte Suprema de Justicia de la Nación – UNAM, 2010.

SALDAÑA, Javier, *Virtudes Judiciales: Principio Básico de la Deontología Jurídica*, en KRISKOVICH de VARGAS, Esteban, (director), “Manual de Ética y Deontología de las profesiones jurídicas”, Paraguay, Edit. Atlas Representaciones S.A., 2007.

TALEVA SALVAT, Orlando, “Derechos Humanos (2a. ed.)”, Argentina, Valletta Ediciones, 2009, en ProQuest ebrary.

VIDAL RAMIREZ, Fernando, *Del ius romano a los Derechos Humanos de la Convención Americana* [consultado en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artdeliusromano>, 15/09/2014].

ZURBRIGGEN, Judith, *La deontología y el ejercicio notarial*, en Zeuz Córdoba N° 482, Año X, 08 de mayo de 2012, Tomo 20.

**“SOCIEDAD ANÓNIMA UNIPERSONAL- SU UTILIDAD
JURÍDICO NOTARIAL”**

*“LEY GENERAL DE SOCIEDADES. IMPACTO DE LA
REFORMA INTRODUCIDA EN LA LEY 19.550.*

*UNIPERSONALIDAD. REDUCCIÓN A UNO DEL NÚMERO DE
SOCIOS. SOLUCIONES. SOCIEDADES NO CONSTITUIDAS SEGÚN
LOS TIPOS PREVISTOS Y OTROS SUPUESTOS. ADQUISICIÓN DE
BIENES REGISTRABLES. SITUACIÓN DE LAS SOCIEDADES
CIVILES EXISTENTES”*

***Por Ingrid Giselle CASTIÑEIRA y Marcos Edgardo
SUAREZ MONTES***

SUMARIO: I. Introducción – II. Sociedad unipersonal y el análisis comparativo de la figura en el anteproyecto de reformas del Régimen Societario y la actual Ley General de Sociedades modificada por Ley 26.994 – III. Aspectos relevantes: casos posibles - interrogantes – IV. Capital social : a)- Integración de aportes- encuadre normativo:- b) Integración de aportes no dinerarios- bienes registrables- adquisición de bien registrable por parte de s.A.U en caracter de aporte- la inscripción preventiva, análisis del Artículo 38 lgs- c). Aportes irrevocables- d) infracapitalización y el rol del escribano- colofón. V. Conclusión final – VI. Modelos sugeridos de escrituras de constitución de s.A.U- VII. Jurisprudencia – VIII. Bibliografía.-

I. INTRODUCCIÓN

Una de las reformas más relevantes introducidas por la ley 26.994 modificatoria de la Ley de Sociedades Comerciales- actual Ley General de Sociedades- es la posibilidad que el nuevo régimen otorga a los sujetos, para constituir Sociedades Unipersonales, con lo cual la constitución no queda limitada a la exigencia de pluralidad de socios para permitir el nacimiento de una Sociedad.

Una de las cuestiones mas importantes a analizar, con relación a la Sociedad Unipersonal, es su aplicabilidad, utilidad y posibilidad de ser adoptada y tomada como tipo societario posible, ágil y útil.

Antes de iniciar con el desarrollo acabado del tema y vertiendo una conclusión anticipada, consideramos que la Sociedad Unipersonal quedó limitada y restringida a un tipo societario y con requisitos en cuanto a su constitución y funcionamiento, que a priori pareciera no permitir una aplicabilidad en forma sencilla y flexible que permita su utilización y desarrollo para las pequeñas y medianas empresas (Pymes), siendo factibles solo de utilización para los macro emprendimientos, ya sea empresas nacionales y/o internacionales.

Analicemos lo antedicho, con relación a la primera limitación, en cuanto al tipo societario aplicado,- la Sociedad Anónima- y siguiendo los lineamientos del Doctor Daniel Roque

Vitolo¹, conciliamos en que este tipo societario aplicado no es el más adecuado, ya que hubiera sido más conveniente restringir la constitución de Sociedades Unipersonales a la utilización del tipo societario de Responsabilidad Limitada. Dado que bajo este tipo de sociedad se garantiza mayor transparencia en la actuación del ente y también en la relación con los terceros puesto que el cambio del único socio conlleva a la modificación del contrato social y requiere de publicación e inscripción en el Registro Público, con lo cual ya sea por exhibición del contrato o por su inscripción en el Registro Público el tercero conocerá quien es el actual y real titular del total del capital social.

A mas de lo antedicho, y coincidiendo con la fundamentación brindada en la

Exposición de motivos del anteproyecto², el instituto de la sociedad unipersonal en si, posee grandes beneficios ya que utiliza mecanismos societarios difundidos, conocidos, practicados y perfectamente aplicables, susceptible de merecer algunas adaptaciones. Por otra parte la admisión de la sociedad unipersonal impide -tal cual será desarrollado a lo largo de la ponencia -, la disolución por reducción a uno del número de socios, cuando no pueda acudir a una recomposición de la pluralidad perdida, en el término concedido, conservando la empresa. Creemos que la LGS debió haber admitido, mínimamente, la constitución como unipersonal de la sociedad de responsabilidad limitada, cuyas características podrían responder

¹ Vitolo, Daniel Roque: "La ley de Sociedades Comerciales reformada por la ley que sancionó el Código Civil y Comercial"- Publicado en: La Ley 27/10/2014. LA LEY 2014-F, 692.-

² Dr. Norberto Rafael BENSEÑOR. "REFORMA DEL CODIGO CIVIL y COMERCIAL UNIFICACION LEGISLATIVA REGIMEN SOCIETARIO"- . Principales Características.

certeramente a los requerimientos y necesidades del empresario medio individual.

Sin embargo y analizando la segunda limitación originada, a nuestro parecer, por el Poder Ejecutivo, una vez que se elevó el proyecto al mismo, es el cumplimiento de excesivos requisitos y reglas que este instituto debe contemplar, las cuales serán examinadas en el desarrollo del presente trabajo, que llevan a concluir que el diseño optado para admitir la sociedad unipersonal, difícilmente sea utilizada generalizadamente y dudamos de su operatividad efectiva, salvo para alguna radicación controlada por sociedades multinacionales no siendo una sociedad viable de ser aplicada para los pequeños comerciantes y micro desarrollos empresariales.

Comencemos con el desarrollo acabado del tema

II. SOCIEDAD UNIPERSONAL Y EL ANALISIS COMPARATIVO DE LA FIGURA EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMAS DEL REGIMEN SOCIETARIO Y LA ACTUAL LGS MODIFICADA POR LEY 26.994

Tomando como base los lineamientos vertidos por los renombrados Doctores Efrain Hugo Richard, Rafael Manovil y Horacio Roitman,³ a quienes se les encargó sugerir normas para el anteproyecto de reformas del régimen societario, contemplando incluir la sociedad Unipersonal, se observa que los mismos generaron una previsión normativa en torno a la sociedad

³ Efraín Hugo RICHARD -“LA SOCIEDAD UNIPERSONAL” Publicado en Código Civil y Comercial de la Nación, Suplemento Especial. Aspectos Tributarios, comerciales y empresariales, contables, Ed. Erreius, Buenos Aires 2015, pág. 77.

unipersonal que abarcara todos los tipos societarios que no requieran dos categorías de socios. Surge del trabajo citado que tuvieron en cuenta las bases de la concepción española y francesa que admiten una Sociedad de Responsabilidad Limitada de socio único. La comisión de Reformas Kemelmajer, Highton y Lorenzetti recepitó la norma y sus fundamentos expresando lo siguiente: *“Sociedad unipersonal. Se recepta la sociedad de un solo socio. La idea central no es la limitación de responsabilidad, sino permitir la organización de patrimonios con empresa -objeto-, en beneficio de los acreedores de la empresa individual de un sujeto con actividad empresarial múltiple ... La Comisión consideró conveniente dejar esta norma en el ámbito societario y no incluirla como norma general en materia de personas jurídicas, como también se propuso. La razón fundamental es que se trata de un fenómeno fundamentalmente societario y no se da en las asociaciones, fundaciones u otras personas jurídicas privadas que no son sociedades comerciales. También se ha considerado conveniente limitar la cuestión a una norma permisiva, dejando librado a la iniciativa privada el resto de los desarrollos. Por ello, se ha omitido una regulación más detallada, que podría obstaculizar la utilización del instituto. Además, cabe tener en cuenta que la mayoría de los problemas que se pueden presentar tienen solución con las reglas generales”*.

Continuando con el análisis del Anteproyecto elevado al Poder Ejecutivo Nacional, este disponía lo siguiente en cuanto al concepto de Sociedad: *“Hay sociedad si una o más personas en*

⁴ Dr. Norberto Rafael BENSEÑOR. “REFORMA DEL CODIGO CIVIL y COMERCIAL UNIFICACION LEGISLATIVA REGIMEN SOCIETARIO”-. Principales Características.

forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. Si el tipo social prevé dos clases distintas de socios, los socios deben ser dos o más -el subrayado nos pertenece-(art. 1 sustituido de la ley 19.550).

Es decir esta iniciativa admitía la sociedad unipersonal para todos los tipos societarios, salvo aquellos que exigiesen dos categorías de socios, como ser sociedades en comandita simple o por acciones y las de capital e industria. Esta generalidad permitía, como fue expuesto precedentemente, constituir bajo este tipo societario unipersonal a la sociedad de responsabilidad limitada y la colectiva, no dejando limitado su utilización sólo a la Sociedad anónima. No obstante esto, el Poder Ejecutivo Nacional modificó sustancialmente restringiendo la posibilidad de constituir sociedades unipersonales sólo a las sociedades anónimas y planteando exigencias particulares como condición de la unipersonalidad, quedando plasmado en la Ley General de Sociedades de la siguiente forma:

El texto del artículo 1 de la ley 19.550 quedo redactado así:

“Hay sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. La sociedad unipersonal solo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal.”

Estas modificaciones sustanciales realizadas por el Poder Ejecutivo, acarrearán gran cantidad de consecuencias, una de ellas

es el manteniendo de una unipersonalidad acotada rigurosamente y como corolario de ello derivan las siguientes consecuencias⁵:

1) Eliminación de toda posibilidad que las sociedades de responsabilidad limitada y las colectivas puedan constituirse como unipersonales.-

2) Imposibilidad de que una sociedad unipersonal constituya otra unipersonal, si bien, esto ya estaba previsto en el Proyecto de 2004 es de destacarse que éste último ordenamiento incluía previsiones para el supuesto caso en que esa situación provenga de la reunión de todas las participaciones en una sola sociedad accionista, en cuyo caso se presentaban diversas alternativas de solución, como ser, la incorporación de nuevos socios en el plazo de tres meses, la disolución de la participada o la fusión entre las sociedades comprendidas (art. 30 del Proyecto de 2004), ninguna estas se han trasladado al nuevo texto

3) La constitución de una sociedad anónima como unipersonal obliga a manifestar esto en la denominación, ya que la LGS en su texto definitivo contiene el siguiente Artículo n°164: *“La denominación social puede incluir el nombre de una o más personas de existencia visible y debe contener la expresión “sociedad anónima”, su abreviatura a la sigla S.A. En caso de sociedad anónima unipersonal deberá contener la expresión “sociedad anónima unipersonal” o su abreviatura a la sigla S.A.U.”*

⁵ Remito a cita n° 3.-

El inconveniente se presentará cuando la sociedad, inicialmente unipersonal, recomponga su pluralidad con la admisión o el ingreso de nuevos accionistas, en cuyo caso, una interpretación exagerada podría exigir la modificación del estatuto, para adaptar la denominación, con los costos y trámites que ello irroga y ejecutar el trámite inverso, cada vez que retorne a la unipersonalidad.

Sin perjuicio de lo expuesto, y siguiendo la Linea de pensamiento del Doctor Norberto Rafael Benseñor⁶ se puede visualizar una mas favorable interpretación: el estatuto podría regular la situación apuntada, previendo que la expresión unipersonal, la abreviatura respectiva o la sigla S.A.U. seán utilizadas en la denominación mientras la sociedad mantenga la condición de unipersonal, omitiendo dicha expresión cuando disponga de pluralidad de socios, sin necesidad de reformar el estatuto.

Sin embargo el actual Artículo 164 de la mencionada ley se prevé que ante la omisión de dicha mención se hará responsable ilimitada y solidariamente al representante de la sociedad junto con esta por los actos que celebren bajo estas condiciones, solución y consecuencia desafortunada, a nuestro parecer, pudiendo tal como fue expuesto aplicar una solución más favorable.

⁶ Remito a cita n° 3.-

II. ASPECTOS RELEVANTES - CASOS POSIBLES - INTERROGANTES

Sin extendernos demasiado en el tema veremos los requisitos que debe tener en su formación y desarrollo esta sociedad y cómo surge la misma, a través de la eliminación de la causal disolutoria de la reducción a uno de número de socios:

- La ley requiere que la sociedad unipersonal al constituirse adopte el tipo sociedad anónima.-
- Que conste en el nombre sociedad anónima unipersonal o la sigla SAU (artículo 164, LGS).-
- Asimismo, requiere que no sea constituida por otra sociedad anónima unipersonal.-
- Quedan sometidas a la fiscalización estatal permanente del artículo 299 inciso 7 de la LGS y control y fiscalización de la autoridad de contralor de su domicilio.-
- Requiere contar con un directorio plural de 3 directores, y no es posible prescindir de la sindicatura la cual también debe ser colegiada y en número impar .Por lo tanto deberá tener 3 síndicos, titulares como mínimo, y 3 suplentes. Con lo expuesto para poder constituir una Sociedad Anónima Unipersonal se requieren como mínimo 9 personas y ello siempre y cuando el titular de la misma requiera integrar el directorio, dado que en caso contrario se requerirán 10 personas.
- Por último el capital debe ser integrado en el acto constitutivo en un 100 % (artículos 11, inc. 4 y 186, inc. 3,

187), veremos cómo se aplica este requisito cuando se trate de aporte de bienes registrables, tales como los bienes inmuebles.

En relación con el tema de la eliminación de la causal de disolución diremos en primer lugar que la Ley 26.994 modifica el artículo 1 de la Ley 19550, como relacionáramos precedentemente requiriendo una o más personas para constituir una sociedad, en lugar de dos o más. En segundo lugar y en armonía con el artículo 1 de la Ley 19550 reformada, desaparece el inciso 8 del artículo 94, en el cual la reducción a uno del número de socios acarrearla la disolución. A más de ello, el artículo 94 bis incorporado por la Ley 26994 establece que la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución; pero, impone la transformación en el término de tres meses, de pleno de derecho y si no se decidiera otra solución en ese plazo, en sociedades anónimas unipersonales, de las sociedades en comandita simple o por acciones y de capital e industria omitiéndose de la nómina de las sociedades afectadas por la causal a la sociedad de Responsabilidad Limitada y a la colectiva, que tampoco pueden ser unipersonales de acuerdo con el artículo 1 modificado de la LGS.

Continuando con el análisis de este artículo 94 bis de LGS nos preguntamos lo siguiente: ¿qué ocurre si no se transforma la Sociedad en el término de tres meses?, ¿qué sanción contempla la ley? y más importante aún ¿cómo se efectiviza la transformación de pleno derecho?.

La doctrina está dividida con relación con estos temas toda vez que para algunos autores tales como:

La Escribana Soledad Richard⁷, según nuestra interpretación, analiza este supuesto contemplado por el artículo 94 bis LGS, que dispone que en la sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, es decir tipos societarios que requieren dos categorías de socios como requisito tipificante. En caso de que se reduzca a uno el número de socios, y que no se transformen de pleno derecho en SAU corresponderá su regulación bajo las normas establecidas en la Sección IV de la LGS. Por otra parte, y siguiendo el análisis de la norma realizado por la escribana observamos que dentro del supuesto del artículo 94 bis LGS, no contempla la reducción a uno del número de socios de la sociedad colectiva o de la sociedad de responsabilidad limitada o incluso de una sociedad anónima que se constituyó en su origen con varios accionistas. Esta laguna obedece a que originariamente la sociedad unipersonal estaba prevista para todo tipo de sociedad, salvo para aquellas que requiriera necesariamente dos clases de socios. En este caso, nada se dice sobre la necesidad –o no- de transformación de pleno derecho, generando un vacío que necesariamente deberá ser suplido por la normativa prevista en la Sección IV de la LGS, en caso de que no se recomponga la pluralidad de socios.

Otra vertiente doctrinaria de la mano del doctor Norberto Rafael Benseñor⁸ expone que no queda claro cómo opera una transformación de pleno derecho. Mientras el socio único no modifique el estatuto, adecuando el mismo al régimen de la

⁷ Soledad Richard "Estudios de Derecho Empresario" - ISSN 2346-9404- "LA SOCIEDAD SIMPLE EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES" -.

⁸ Dr. Norberto Rafael BENSEÑOR. "REFORMA DEL CODIGO CIVIL y COMERCIAL UNIFICACION LEGISLATIVA REGIMEN SOCIETARIO"-. Principales Características.

sociedad anónima, organice el directorio, conforme los órganos asamblearios, designe la comisión fiscalizadora, resulta casi imposible pretender que la sociedad funcione con el tipo de sociedad unipersonal, por mas aplicación de pleno derecho que se haga si no se cumple este procedimiento previo. La ley hace la salvedad referida a “otra solución en el término de tres (3) meses”. Este autor considera que el término indicado deberá ser aplicable, tanto para encontrar e instrumentar otra solución como para ejecutar la transformación. Lo que la norma no dice es que sucede cuando transcurre el plazo y no se hizo nada. Por último y no menos importante el doctor Daniel Roque Vitolo⁹ en el trabajo citado, entiende que de la aplicación del artículo 94 bis resultan las siguientes consecuencias: la sociedad anónima pluripersonal en la cual se reduzca a uno el número de socios y no recomponga la pluralidad de socios en el término de tres meses, pasará a regirse por las normas de la sociedad anónima unipersonal; y en cuanto a las sociedades en comandita simple y por acciones y las sociedades de capital e industria en las cuales quede reducido a uno el número de socios, se transformarán de pleno derecho en sociedades anónimas unipersonales, si no se decidiera otra solución en el término de tres meses, entendiendo el autor que en este caso no habría derivación al régimen de la Sección IV del Capítulo I, dado que el nuevo art. 21 en la redacción asignada por la ley 26.994 está referido a sociedades que no “...se constituyan...” o que “... omitan...” requisitos o “... incumplan con las formalidades...”, y no a aquellas que por circunstancias

⁹ Vitolo, Daniel Roque: “La ley de Sociedades Comerciales reformada por la ley que sancionó el Código Civil y Comercial”- Publicado en: La Ley 27/10/2014. LA LEY 2014-F, 692.-

sobrevinientes queden reducidas a uno en el número de socios, supuesto —éste— que, bajo la ley 26.994 —desaparece como causal de disolución. Continuando con la línea de pensamiento del Doctor, entendemos que si bien la ley contempla como consecuencia la "transformación de pleno derecho", tampoco puede soslayarse que no es posible que una sociedad quede "transformada" en otro tipo "de pleno derecho" cuando la propia ley de sociedades —en disposiciones cuya modificación el Anteproyecto no propicia— regula un procedimiento específico, complejo y con exigencias documentales precisas para poder acceder a la transformación de una sociedad quizás lo adecuado debería haber sido consignar que la sociedad "...deberá transformarse...", colocando alguna sanción si no se transformare en el plazo que la ley señale; básicamente, cambiar el régimen de responsabilidad. Todo hace pensar que esta norma no será operativa.

Estas son algunas de las teorías y soluciones vertidas por parte de la doctrina, sin descartar otras no menos importantes, sin embargo y en honor a la brevedad del trabajo hemos elegido algunas. Según cual sea la postura en la que nos enrolemos será la solución aplicable a los distintos interrogantes vertidos.

IV. CAPITAL SOCIAL

A)- INTEGRACIÓN DE APORTES

A modo de introducción a este punto de la ponencia referiremos en forma breve y abarcativa de todo tipo societario al

concepto y diferencia entre Capital Social, Patrimonio, y Aporte social:

El capital social-el resaltado nos pertenece-, según el doctrinario Norberto Rafael Benseñor¹⁰: *...” es un componente técnico del derecho societario. Representa una cifra, de carácter nominal y estático, la cual una vez establecida se desvincula de los incrementos o disminuciones valorizables reales.*

Este numeral permanece invariable hasta tanto no sea modificado el contrato o estatuto, ya sea por aumento o reducción de capital...

El patrimonio, -el resaltado nos pertenece- por otra parte, *comprende todas las relaciones jurídicas de las cuales es titular una sociedad, que en su haber tiene el activo y en su debe o pasivo las obligaciones que gravitan sobre aquél. Desde el punto de vista técnico, el capital social representa una expresión numérica que necesariamente debe existir. Decimos que “debe existir” y no que “existe” por cuanto no puede descartarse que, en algún tiempo, por las propias contingencias sociales, un estado contable, practicado a tal efecto, compruebe que, efectivamente, la cantidad de bienes remanentes, después de satisfacer todas las obligaciones, no alcance el monto del capital y, tal vez, corresponda efectuar una operación de reducción de capital para adaptarlo al real o resolver la disolución por pérdida de capital.*

Por último **el aporte social** -el resaltado nos pertenece- es *la prestación que se obliga a cumplir a favor de la sociedad quien asume la calidad de socio en la constitución o en la reforma de la*

¹⁰ Norberto Rafael Benseñor “APORTES DE BIENES REGISTRABLES A SOCIEDADES”. Negociación de los aportes. Cuestiones registrales

sociedad. La prestación consiste en la obligación de dar o de hacer a favor de la sociedad, siendo la entrega del aporte o el cumplimiento efectivo- en la mayoría de los estatutos societarios- actos posteriores de ejecución de aquélla. Tomando el concepto de aporte dado por el Dr. Vitolo¹¹ el mismo expresa que El aporte es un acto a título oneroso, consistente en la operación jurídica mediante la cual un sujeto pone en común ciertos bienes afectándolos a la realidad del objeto social de una sociedad comercial. Se desprende entonces que el capital social se integra con las aportaciones de los socios, formando una verdadera conjunción patrimonial, cuyo único titular es la sociedad.

Todo lo antedicho teniendo en cuenta que en las personas jurídicas para determinar el capital necesario deberá estar previamente y como punto de partida determinado y precisado el objeto de la misma¹².

ENCUADRE NORMATIVO

El capital de la persona jurídica, como atributo, de la misma está contemplado tanto en el Código Civil y Comercial de la Nación como en la Ley General de Sociedades. El CCC en su artículo 154 establece que toda persona jurídica debe tener un patrimonio,

¹¹ Vitolo, Daniel Roque, "Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital: cuestiones doctrinarias y jurisprudenciales", en Favier Dubois (H.), Eduardo M. (Dir.), op. cit.(cfr. nota 3), pp.99-122. En cit. Guillermo F. Panelo- Aporte irrevocable de inmuebles para futuros aumentos de capital.-

¹² Resolución IGJ 1416/2003 (4/11/2003), en el expediente "Gaitán, Barugel & Asociados SRL -Pilar M. Rodríguez Acquarone- "Personas jurídicas" Academia Nacional del Notariado-LXIX Seminario Teórico-Práctico "Laureano Arturo Moreira" 4 y 5 de junio de 2015.

estableciendo de tal forma su importancia que luego en el artículo 162 Inc.i se contempla como causal de disolución el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla.

En la LGS también se contempla para las sociedades en general la necesidad de contar con un Capital Social en sus artículos 10 Inciso 7, 11 inc 4 – Contenido del Instrumento constitutivo, 38 a 49 , 51 y 53.

Con relación a la Sociedad que nos atañe S.A.U la importancia radica en la **integración del capital social**, ya que se exige la integración total del capital social, al momento de la suscripción aun cuando el mismo sea depositado en efectivo.

No pudiendo integrar sólo una parte, exceptuando a estas sociedades de la facultad que asiste a los accionistas de sociedades anónimas pluripersonales en los casos que el aporte comprometido consista en sumas de dinero en efectivo, pudiendo estos integrar el 25% al momento de la suscripción y el resto, es decir 75%, dentro del plazo de dos años.

En el contrato de suscripción debe identificarse con precisión los aportes en especie y con relación al aporte en dinero en esta etapa constitutiva el accionista único debe depositar el cien por ciento del capital social en el banco de uso oficial, conforme la establece la LGS.

Uno de los interrogantes de relevancia, planteados por el Autor Molina Sandoval, Carlos A.¹³ es con relación a que ocurre cuando la: "... *unipersonalidad es derivada y acaece antes de que se haya cumplido el plazo acordado a los accionistas para que*

¹³ Molina Sandoval, Carlos A "Sociedades anónimas unipersonales" Publicado en: LA LEY 09/12/2014, 09/12/2014, 1 - LA LEY2014-F, 1209 - Enfoques 2015 (febrero), 23/02/2015, 109- Cita Online: AR/DOC/4408/2014

integren el saldo del capital. En efecto, una vez constituida la sociedad anónima (e integrado el veinticinco por ciento del capital social con un plazo de dos años para integrar el saldo), si un accionista se transforma en el único, ¿deberá integrar el cien por ciento del capital social pese a tener un plazo previsto en la constitución? Pese al vacío legal, parece razonable entender —en función de la finalidad de la norma— que el mero hecho de que la sociedad devenga en unipersonal hace exigible la integración del saldo al momento que se adquiera dicha unipersonal.

Lo que busca, a nuestro entender, el legislador con todo esto es fortalecer el régimen de protección a terceros, ya que en el caso de la S.A.U. existe un solo socio o accionista, y solo él y en forma limitada a la integración del aporte comprometido en la suscripción, será quien responda frente a terceros.

B)- INTEGRACIÓN DE APORTES NO DINERARIOS

Habiendo analizado anteriormente la integración del aporte dinerario ahora examinaremos el aporte no dinerario, en este supuesto el artículo 187 in fine de la LGS dispone que para la Sociedad Anónima en General los aportes que no sean dinerarios deberán integrarse en el momento de la suscripción, acotando la naturaleza de los posibles aportes no dinerarios a obligaciones de dar, y su cumplimiento debe justificarse al tiempo de solicitar la conformidad de la autoridad de contralor y su inscripción en el Registro Público en los términos del artículo 167 de la LGS. Es decir esto concluye en que si el suscriptor compromete el aporte de bienes en especie no hay posibilidad de cumplimientos parciales de integración al tiempo de la suscripción y diferir los

saldos para una oportunidad ulterior¹⁴. Los aportes en especie deben constituir aportes de bienes determinados susceptibles de ejecución forzada.

BIENES REGISTRABLES - ADQUISICIÓN DE BIEN REGISTRABLE POR PARTE DE LA S.A.U EN CARACTER DE APORTE- LA INSCRIPCIÓN PREVENTIVA ANALISIS DEL Art. 38 LGS-

Cuando se trata de aportes de bienes registrables deberá acreditarse lo siguiente¹⁵:

- La titularidad dominial del bien en cabeza de quien realiza el aporte antes de la inscripción "preventiva", adjuntando documento que avale dicha titularidad como ser certificado de dominio, o en su caso, que del propio instrumento de constitución de la sociedad resulte vinculada dicha titularidad, como que el mismo no está inhibido, para disponer y gravar el bien y el carácter en que lo adquirió.
- La inscripción "preventiva" -tema que desarrollaremos a continuación –, en caso que fuera un aporte a nombre de una sociedad en formación (Artículos 38 ley 19550 y 154 párrafo 2º CCC).

¹⁴ Daniel Roque Vitolo " Sociedades Comerciales" Ley 19.550 Comentada- Doctrina-Jurisprudencia- Bibliografía- Tomo V-B- Reformas Introducidas por la Ley 26.994. (Código Civil y Comercial de la Nación)

¹⁵ Extractos interpretados Daniel Roque Vitolo " Sociedades Comerciales" Ley 19.550 Comentada- Doctrina-Jurisprudencia- Bibliografía- Tomo V-B- Reformas Introducidas por la Ley 26.994. (Código Civil y Comercial de la Nación).

- La valuación fiscal o justificación del valor asignado mediante tasación realizada por profesional u organismo oficial.

Con relación al segundo presupuesto que deberá acreditarse, entendemos que como regla general el cumplimiento del aporte deberá ajustarse a los requisitos dispuestos por las leyes de acuerdo a la naturaleza de los bienes (artículo 38 segundo párrafo). Este artículo genera el cumplimiento de las normas emanadas del derecho común y/o de los ordenamientos específicos regulatorios de la condición jurídica y transmisión de los bienes que se aportan.

En materia de inmuebles, y con relación en este caso particular a las Sociedades en Formación, permanece vigente la obligación de hacer tradición, otorgar escritura pública y obtener la inscripción registral.

Antes de entrar de lleno a la interpretación y crítica de la locución contemplada en el artículo 38 de la LGS sobre la transferencia del aporte, cuando dice que se requiera la inscripción en un registro, y que *“ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación”*, previo a ello expondremos el procedimiento que debe cumplimentar una S.A.U en formación, para la inscripción en el Registro de la Propiedad de una transferencia de dominio de un inmueble hecha a su favor, en calidad de aporte de un socio; procedimiento aplicable también para las ya inscriptas en el Registro Público, ya que por aplicación del principio de la identidad jurídica¹⁶, la sociedad regularmente

¹⁶ Conforme autos: “Ferrari c. Tecnopapel S. A.”, CCom., Sala A, 20/10/80, Declaración del III Congreso Nacional de Derecho Registral, Mar del Plata, 1979, y arts. 183 y 184, ley 19550, ref. por ley 22903.

inscripta es la misma que la sociedad en formación; salvo el último paso, (anotar al Registro de la propiedad sobre la inscripción en el Registro Público):

Como introducción al tema diremos que una sociedad se considera en formación desde el mismo momento de su instrumentación, hasta su registración.

Ahora bien, para la inscripción de un bien inmueble, en calidad de aporte, a nombre de la S.A.U, deberá operar la transmisión utilizando el documento idóneo para ello, cumpliendo todos los recaudos impuestos por las leyes de acuerdo con la naturaleza de los bienes. Tratándose de bienes inmuebles, deberá realizarse la transferencia de dominio por escritura pública, sustituyendo la titularidad del aportante por la de la sociedad, no pudiendo prescindirse de la tradición, integrando el aportante dicho aporte no dinerario totalmente al tiempo de la celebración del contrato social. La rogación del asiento registral respectivo puede ser solicitada, en cumplimiento por lo establecido en el artículo 6 de la ley 17801, por el notario interviniente, por el socio aportante, por el órgano de representación de la sociedad en formación y por quien acredite interés legítimo en asegurar el derecho que se ha de registrar , sin ser necesarias la intervención judicial, registral o de la autoridad administrativa de control. Siendo conveniente que una vez inscripta la sociedad en el Registro Público, se proceda a anotar al registro de la único objeto de que se consigne en el asiento la inscripción de la sociedad en el Registro Público y se deje constancia de ello en el título (art. 28 de la ley 17801).

Ahora si analizando el relacionado artículo 38 tercer párrafo de la ley 19550, vemos que el mismo establece, como dijimos, que

cuando para la transferencia del aporte se requiera la inscripción en un registro, **ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación.** A los fines de la interpretación de este artículo y siguiendo la corriente doctrinaria de BENSEÑOR, Norberto Rafael¹⁷ al analizar el presente artículo y la ley que lo contempla hay que tener en cuenta las siguientes premisas:

1-que la terminología empleada por la ley de sociedades no ha respetado la elaborada por el derecho registral;

Tenemos que diferenciar, dentro del derecho registral, el término “inscripción” que define una toma de razón (asiento principal) de carácter definitivo, que se practica como consecuencia de la presentación de un documento dispositivo, declarativo o extintivo de un derecho real, con la finalidad y efectos que resulten de la ley, de la voz “anotación” que califica el asiento temporal que se practica con relación a una inscripción y del cual resulta que la integridad de ésta queda afectada por alguna causal expresa o consecuente del documento que la origina (medidas cautelares, gravámenes).

2- que la interpretación de la norma debe preservar la “ratio legis”, la naturaleza del negocio de aportación, la personalidad y capacidad de la sociedad en formación y la realidad subyacente. Lo que ocurre es que al tiempo de la sanción de la ley de sociedades no era receptada y reconocida como hoy la personalidad jurídica de la sociedad en formación y la consecuente capacidad para adquirir los

¹⁷ Norberto Rafael Benseñor “APORTES DE BIENES REGISTRABLES A SOCIEDADES”. Negociación de los aportes. Cuestiones registrales.-

aportes recibidos, con todo lo que ello trae aparejado, cuestión que hoy es receptada en la LGS .

No está de más recordar que, el nacimiento de la personalidad jurídica no se produce recién con la inscripción en el Registro Público. Para la ley societaria, la inscripción cumple efectos “ad regularitatem”, es decir que a partir de ella se considera obtenida la regularidad, pero esta es un efecto posterior a la adquisición de la personalidad jurídica, la cual debe reconocerse adquirida a partir de la constitución social. Siguiendo la visión de Noberto Rafael Benseñor, coincidimos con el autor en que al ser la aportación un verdadero negocio dispositivo, a favor de un sujeto capacitado para recibir, no debe ser limitada su eficacia, parcelando su proyección inscriptoria.¹⁸, así mismo y en consonancia con la visión del mencionado autor observamos que cuando la ley exige la integración total o parcial de un aporte, ésta se cumple simultáneamente con la constitución de la sociedad. Operando ello tanto para la porción del aporte dinerario comprometido, como para aportes en especie especificados . En razón de ello, no cabe lógica jurídica que permita la existencia de soluciones en las que la eficacia del aporte de bienes registrables pueda ser disminuida mediante anotaciones deficitarias, pretendiendo que la inscripción preventiva ocasiona únicamente un asiento temporal o incompleto.

En razón de lo antedicho el patrimonio obtenido por vía de aportes constituye prenda común de los acreedores, al responder no sólo por los actos necesarios para la constitución, realizados por los directores, sino también por aquellos relativos al objeto

¹⁸ Remito a Cita n° 15.-

social, cuya ejecución durante el período fundacional haya sido autorizada en el acto constitutivo (artículo 183, ley 19550). Respondiendo los directores, fundadores y la sociedad en formación en forma solidaria e ilimitada por estos actos mientras la sociedad no este inscripta. Presuponiendo en consecuencia, que se responderá con el patrimonio conformado por los aporte.

Esta responsabilidad patrimonial en resguardo y seguridad de los intereses de los terceros que contratan con la sociedad impediría volver atrás el estado de adquisición de los aportes en tanto éstos deben ser liquidados y restituidos en función del remanente existente, después de cancelar los pasivos generados, salvo que como ya diferenciaremos quede observado el proceso inscriptorio por el examen calificador del registrador, que no es lo que ocurre en el texto literal del artículo 38 de la LGS bajo la premisa "preventivamente".

En razón de ello resaltamos que tampoco es admisible igualar la inscripción del art. 38 de la LGS con la del artículo 9 inciso b) de la ley 17801 que solamente autoriza a practicar un asiento de carácter provisional, provisoriedad del asiento registral que responde a la existencia de defectos subsanables en los documentos que se presenten, ateniéndose a lo que resulte de ellos en confrontación con los asientos registrales. Conocida como facultad calificadora del registrador. Dicho esto, no es acertado equiparar el período inscriptorio de una sociedad con la existencia de una falla subsanable proveniente del mismo documento o de su comparación con los asientos registrales precedentes, no son situaciones análogas a las cuales pueda aplicárseles soluciones análogas.

En consecuencia el hecho de que el acto constitutivo de una sociedad se encuentre pendiente de inscripción en el Registro Público no constituye un defecto de título que impida registrar el aporte, por cuanto éste último fue transferido a quien legalmente estaba capacitado para recibirlo y la culminación del proceso inscriptorio de la sociedad es ajena al tracto registral dominial.

En función de lo expuesto, arribamos a las siguientes conclusiones con relación a la Sociedad Anónima Unipersonal en formación que adquiera un bien registrable:

a) El haber utilizado la palabra “Preventivamente” para remitir a la inscripción de la transferencia de un aporte a una sociedad en formación es un error, y la forma de paliarlo es interpretar la frase “**ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación**”, como “**ésta se hará originariamente a nombre de la sociedad en formación**”¹⁹-lo resaltado nos pertenece- .

b) La Inscripción a la que se refiere el artículo 154 CCC y 38 relacionado se trata de una **registración definitiva de transferencia de dominio**, a nombre de la sociedad en formación que lo adquiere antes de operar su inscripción en el Registro, ya que no es una inscripción Provisional (plazo de 180 días prorrogables) contenida en la ley Registral 17801.

C) APORTES IRREVOCABLES

¹⁹Remito a Cita n° 15.-

Decidimos desarrollar aquí este tema, aunque este trabajo este destinado principalmente al estudio de la S.A.U., para analizar su utilidad y factibilidad con relación a toda persona jurídica, a todo tipo societario pluripersonal, dada la importancia del instituto y la falta de regulación legal.

Remitiéndonos al concepto vertido anteriormente de aporte, y Siguiendo un trabajo desarrollado por el doctrinario Panelo²⁰, diremos que el aporte Irrevocable tiene lugar cuando un socio o un tercero entrega fondos a la sociedad (en dinero o especie), que esta requiere para su desenvolvimiento empresario, con el fin de gozar de los beneficios de un socio, accediendo a la participación social. Uno de los presupuestos a contemplar en dicha definición es que estos aportes responden a una urgencia –generalmente financiera– de la sociedad, los recibe el órgano de administración y se otorgan, sin que exista una decisión del órgano de gobierno es decir la Asamblea, de efectuar el aumento de capital, pero con el compromiso de convocarla oportunamente para considerar su capitalización.

Si bien este instituto a nuestro entender es de insoslayable utilidad, ha sido utilizado como un instrumento de licuación de las participaciones societarias minoritarias, y hasta han encuadrado esta conducta en la tradicional figura del mutuo. Con lo cual no ha sido incorporado un estudio acabado del tema, luego de las modificaciones legislativas lo cual hubiera sido optimo ya que la mayoría de las veces es rechazada la figura y tachada de improcedente por entender que no se configura el requisito de

²⁰ Guillermo F. Panelo-Aporte irrevocable de inmuebles para futuros aumentos de capital.-

emergencia o urgencia en su concreción. Presupuesto a nuestro entender que deberá ser analizado en cada caso particular.

Según la mayoría de la doctrina dentro de la cual participa Pabelo, consideran que, en realidad, deberían llamarse adelantos o anticipos, ya que a estas entregas no podemos llamarlas aportes en el sentido estricto que la legislación le asigna a este concepto ya que tendrán ese nombre una vez que hayan sido aceptados por la asamblea.

Antes de ingresar por completo al análisis de los aportes irrevocables, y siguiendo la visión de este jurista ²¹ expondremos los tipos de aportes existentes, según la oportunidad que se realicen:

1. El aporte inicial o constitutivo. El que se materializa en el momento de la constitución de la sociedad.

2. El aporte incremental. Es el que aparece cuando, por una decisión del órgano de gobierno, se decide aumentar el capital social.

3. El aporte en caso de constitución sucesiva. Cuando la sociedad se constituye de acuerdo con lo normado en los artículos 168 y siguientes de la LSC hoy LGS, bajo la condición de que, de no cubrirse la suscripción en el término establecido, los contratos se resolverán de pleno derecho, restituyendo el total entregado.

4. El anticipo de aporte irrevocable a cuenta de futuros aumentos de capital. Si bien y como ya expusimos este tema no se encuentra legislado actualmente ni tampoco en la LSC, como sí lo están los otros, se entiende que puede darse en

²¹ Remito a cita n° 20.

cualquier tipo de sociedad y de manera especial en las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada.

En cuanto a las características²² de este contrato de aporte irrevocable, expondremos las más relevantes:

1. No se trata de un contrato unilateral, pues el aporte que se compromete debe ser aceptado por la sociedad (en este caso, el órgano de administración).

2. No es un acto a título gratuito, ya que el aportante espera como contraprestación la participación societaria.

3. Para Pabello es una relación obligacional aleatoria toda vez que la asamblea puede o no aceptar ese aporte o aun, decidiendo favorablemente el aumento, puede darse que los socios decidan suscribir el mismo, dejando sin derecho al tercero aportante de obtener la participación esperada. Para nosotros esto se puede evitar fijando bases claras en el contrato que se celebre entre aportante y sociedad.

4. Hay sinalagma funcional y orgánico, pues tanto la sociedad como el aportante adquieren derechos y comprometen obligaciones.

5. Hay en principio una conmutación de valores. El valor del aporte debe guardar equivalencia con el valor de la participación

6. No es definitivo en la medida que se encuentra sujeto a una especie de condición suspensiva en sentido lato.

²² Remito a cita n° 20

Uno de los Objetos de este instituto que se destacan del resto es dotar fondos al capital de giro de la sociedad, de forma ágil, sin esperar a cumplir los procedimientos previstos en la LSC- hoy LGS respecto del aumento de capital.

Este aporte o anticipo irrevocable se lleva a cabo mediante un procedimiento por el cual primero el aportante y la sociedad suscriben un contrato, a nuestro modo de ver este es el instrumento de mayor trascendencia y etapa importante donde el aportante podrá plasmar las cláusulas que resguarden sus intereses y no deje librado los mismos a las negligencias o avatares por los que atraviesa la sociedad.

Lo antedicho se logra de la siguiente manera: precisando en el contrato no solo los datos de las partes, sino el plazo al cual se sujeta la irrevocabilidad , entendiéndolo este como el plazo al cual se compromete el órgano de administración a convocar a la asamblea para definir el aumento. Establecer cantidad y calidad de acciones y si el aporte es en especie establecer que en caso de frustración del contrato se devolverán los valores y no el inmueble o viceversa, según lo que acuerden. Por último acordar en el mismo, que el órgano de administración tiene la obligación de convocar a asamblea a efectos de considerar el aumento de capital social, y el plazo en el cual deberá celebrarse la asamblea y aquí es donde consideramos que el tercero aportante debe resguardar también su derecho estipulando que en caso de resolverse no capitalizar el aporte, se resguarde el derecho del aportante de pedir la restitución del aporte.

Con relación al tema de los aportes irrevocables de inmuebles, debemos tener en cuenta si la adquisición del dominio por parte de la sociedad tiene carácter de revocable o está sujeta

a alguna condición. Nuestro Código Civil Velezano y el actual Código Civil y comercial contemplan el sistema de título y modo para la transmisión del dominio. El título estaría representado por el contrato de aporte y el modo, por la tradición efectiva del aportante a la sociedad. Sin integración, ya sea en dinero o bienes, no hay aporte. Una vez que se realizó la transmisión, esta se torna irrevocable. No está condicionada a que la emisión se realice.²³ Razón por la cual y para resguardar los derechos del aportante y de la sociedad hay que ser cauteloso a la hora de suscribir el contrato y fijar sus cláusulas

En este punto de la ponencia es donde analizaremos si el aporte de un inmueble puede ser tratado o no como aporte irrevocable, toda vez que, pareciera ser que no hay urgencia sino como lo coincidiera el Escribano Pabelo *Necesidad*, nosotros no coincidimos aquí con el mencionado autor, toda vez que tal y como fue interpretado de su trabajo, podrá darse que la sociedad necesite incorporar rápidamente un bien para el desarrollo de un emprendimiento determinado en marcha, y ante la urgencia y necesidad, conjuntas si se quiere, acepte el aporte irrevocable, con el objeto de no perder lo aportado o que necesite un préstamo del banco que genere fondos líquidos para financiar el desarrollo del producto y poder seguir funcionando como tal, y requiera por exigencia del banco una garantía hipotecaria para que le otorguen el préstamo, ante lo cual el tercero ofrece como aporte irrevocable su bien inmueble, esperando que a cambio se produzca el aumento de capital y correspondiente emisión de acciones, tal como lo hemos expuesto.

²³ Remito a cita n° 20.

A modo de colofón con relación a este tema coincidimos con el escribano citado en que se debería incorporar una reforma legislativa, debió haberse aprovechado la oportunidad de la reforma e introducir el tema en su tratamiento, quedando zanjado el problema si se incorporase no solo el instituto sino también la posibilidad de que este fuere en dinero o en especie. Logrando así aplicarla de forma tal que sea transparente y reguarde los derechos tanto del aportante como de la sociedad y de terceros que contraten con la misma.

D) INFRACAPITALIZACIÓN Y ROL DEL ESCRIBANO

INFRACAPITALIZACIÓN SOCIETARIA

Las sociedades, conservan un elemento esencial de la personalidad, que es inescindible de su naturaleza misma como centro de imputación autónomo y diferenciado de derechos y obligaciones (personalidad jurídica), esto es el patrimonio social.

La doctrina señala la importancia del capital social, dada las funciones que cumple en el negocio societario: 1) Es parámetro del posicionamiento del socio respecto de la sociedad, 2) Es un medio para lograr la finalidad del objeto social, sirviendo como fondo operativo para el desarrollo de la actividad comercial, 3) Es la garantía de los acreedores sociales (art. 242 CCCN), en su faz netamente activa.

El principio debe estimarse de la siguiente manera: el capital social en su aspecto activo (sin contar el endeudamiento o el patrimonio neto), debe resguardar proporcional, coherente y

adecuada relación con el endeudamiento actual y futuro previsible de la entidad. Es decir, el activo debe resguardar razonable y efectivamente los gastos de la actividad y endeudamiento previsible de la entidad (entre otros concepto, el giro del negocio).

Aquí nace la consecuente “obligación de medios”, por parte de administradores y socios, en resguardar razonable y previsiblemente la faz activa del capital social y su adecuación al nivel del pasivo previsible y nivel de gastos de la actividad (gastos, endeudamiento, pérdidas).

En otras palabras, la infracapitalización es el desbalance de una relación o ecuación económica: activo actual y pasivo actual o previsible futuro.

Cuando se viola esta relación entre endeudamiento actual y previsible futuro de la entidad respecto de la garantía, se viola un deber de previsibilidad por parte de los directivos, socios y controlantes, al dejar al “descubierto” ilegítimamente el patrimonio de los terceros que contratan con el ente. Solo salva la responsabilidad de los directivos y socios, el riesgo empresario, la imprevisibilidad, el hecho del príncipe y el caso fortuito o fuerza mayor o sencillamente, la prueba de la no culpa.

CONCEPTO

La infracapitalización, del ente societario, puede asumir distintos significados. Sin duda, todos conllevan a un capital inferior a “algo”, pero ¿Qué es ese algo?.

Existe infracapitalización cuando el capital social (la garantía de terceros, el activo) resulta económicamente desajustado, desproporcionado y sensiblemente menor en

comparación con el giro²⁴ del negocio societario (el endeudamiento y gastos corriente, habitual y previsible) y/o el objeto societario. La infracapitalización puede ser originaria o sobreviniente.

En general, el objeto social determina el volumen de las operaciones, siendo el primero un indicador del segundo. Si el objeto social determina el otorgamiento de mutuos para el consumo a terceros consumidores, nos indicara un nivel de operaciones mucho menor que si el objeto social de la entidad fuera la construcción y ensamblado de automotores. El producto ofrecido a terceros por la primera sociedad (un crédito de consumo) es económicamente menor que el producto ofrecido por la segunda entidad (un automotor); ergo, seguramente la segunda sociedad requerirá la suscripción de un mayor capital social en protección del objeto social y de los terceros.

El principal efecto derivado de la infracapitalización, es la incursión necesaria actual o futura del ente en imposibilidad de acceder al objeto social y en “insolvencia” previsible; o en otras palabras, en la exclusión de la garantía patrimonial que el ente societario debe brindar a los terceros a cambio de la limitación de su responsabilidad que la ley otorga.

Al ser previsible, tanto administradores (que permitieran este estado de actividad, como lo ocultaren o no lo pusieren en conocimiento de los socios) como los socios mismos, violan un deber de diligencia, por cuanto o no prevén el destino fatal de insolvencia societaria –que es previsible- o bien, lo tienen previsto pero actúan en consecuencia (dolo) e indiferencia respecto de terceros acreedores. Una sociedad sin patrimonio no puede

²⁴RAE: “giro” ...**5.** m. Com. Conjunto de operaciones o negocios de una empresa.

cumplir con su fin de utilidad social, como entidad creadora de bienes, servicios y trabajo. Por ser necesaria y previsible la exclusión de la garantía hacia los terceros, la sociedad que así funciona lo hace bajo el tamiz de una “actividad ilícita” sin perjuicio de la licitud del objeto social.

En otras palabras, una empresa que maneja más de 10 empleados (con un salario de \$7.000 promedio cada uno), contratos que alcanzan el valor de automotores (okm hoy valor de \$200.000), o abonan servicios de alto costo para subsistir en el mercado (precio de la locación del local (\$10.000), impuestos y tasas, salarios, costos de mercaderías, etc.), no pueden tener un capital a valores de hoy de \$100.000. Un reclamo laboral usual, corrompe y excede en varias veces el capital social invertido.

Si la empresa se dedica a la comercialización de automotores y a la financiación del precio, no puede existir un capital social equivalente a un automotor, por cuanto –obviamente de mala fe– la caída de 1 sola venta determina la muerte del capital social y la incursión automática en insolvencia previsible, cesación de pago de los gastos esenciales de la actividad.

La idea es la siguiente: la entidad debe tener previsiblemente un capital social que permita afrontar su actividad comercial con normalidad (dada por el objeto social), en las magnitudes de las operaciones (activas, pasivas y gastos), en el soporte de sus costos esenciales (servicios, mano de obra, publicidad, etc.), y en previsibilidad a un normal endeudamiento de la entidad. Debemos indagar en la parte activa (¿Qué bienes posee la entidad de su titularidad?), pasiva (¿Qué nivel de endeudamiento posee la entidad?) y los gastos usuales operativos, esenciales (¿Qué gastos

y costos de producción tiene la sociedad para presentarse en el mercado, para subsistir?)

Si existe desproporción entre garantía y magnitud comercial, pues existe la violación de los deberes de un buen administrador o un buen socio o empresario (standard de diligencia – responsabilidad subjetiva), en tanto acomete el mercado con una sociedad que previsiblemente no logrará soportar los mínimos vaivenes, o su pasivo corriente.

LA SOCIEDAD FICTICIA POR INFRACAPITALIZACIÓN

La sociedad ficticia, tiene la característica de ser una sociedad con un capital evidentemente inferior al giro del negocio o que determina la imposibilidad de acceder al cumplimiento del objeto social. Generalmente, la actividad (en sí ilícita por las condiciones de funcionamiento) no se mantiene con el capital social de la empresa, sino que recibe inyecciones de capital – usualmente dinerarias o préstamos de uso de bienes- de manera informal, por parte de sus controladores, o socios que dada la informalidad o el tipo de contratación (préstamos de uso) queda fuera de la agresión patrimonial de terceros acreedores del ente. La sociedad no es autosuficiente, sino que depende en su actividad habitual de esas inyecciones de dinero.

Entonces, la sociedad se maneja sin aumentos formales de capital, con dinero en negro “que aparece” en caso de ser necesario, en un circuito informal, cuyos orígenes no pocas veces son imposibles de detectar o bajo contrataciones fraudulentas (préstamos de los socios, quienes se reservan el recupero del crédito sin acrecentar el patrimonio societario).

¿Qué anda mal?. Los controlantes, o los interesados, controlan la solvencia de la entidad, los medios de constricción de los terceros acreedores (cautelares), por cuanto el patrimonio del ente societario es puesto artificial e informalmente “desde afuera”, sin exponer el capital propio del interesado y sin ponerlo en titularidad de la entidad endeudada. El tercero, tiene dificultades para encontrar bienes que embargar (por cuanto no conoce el origen de los fondos), sin poder rastrear los bienes que se utilizan por la sociedad (de titularidad de terceros) y sin tener la sociedad capital suficiente para responder por las acreencias.

Es así, como los terceros se ven estafados, por cuanto aparece la entidad como activa y solvente (ficticia) pero carece de patrimonio social para responder por las obligaciones.

DEBER DE DILIGENCIA DE SOCIOS

Los socios, son los principales responsables por el capital social invertido en la actividad societaria, sobre todo en aquellos tipos societarios en que la licitación de la responsabilidad está pensada como devolución de la adecuada conformación del capital social. Los socios deben prever las consecuencias de la desproporción del binomio capital- endeudamiento previsible, por cuanto la actividad no le es ajena.

Los estados contables son indicadores concretos del estado patrimonial societario, que deben ser conocidos y seguidos por los socios. El socio que no toma contacto con los estados contables, pues incurre en negligencia en la medida que permite que la entidad –sin control- sea un riesgo ilegal para terceros.

Lo socios que afectan un capital irrisorio –respecto de la actividad- como centro de imputación de la personalidad societaria, deben prever que la sociedad está destinada a la insolvencia y a la conmoción de sus cimientos en pequeñas o pocas actividades o negocios. He aquí violación al deber de diligencia, por cuanto no puede ejercerse lícitamente una actividad, sin cumplir con el fin útil y que resultara previsiblemente en perjuicio de terceros.

INFRACAPITALIZACIÓN ORIGINARIA O SOBREVINIENTE

Distintos son los supuestos de infracapitalización originaria o sobreviniente.

La **infracapitalización originaria** (que debería controlar el juez que autoriza la inscripción de la entidad y los organismos del estado) conlleva una culpa inicial del socio, por cuanto ingresa un centro de imputación de obligaciones (centro de endeudamiento) al mercado, con un pronóstico de insolvencia necesaria asegurada. Si ello acontece, pues se consolida el daño cierto a los terceros acreedores, que deben enfrentar un patrimonio vaciado de contenido, un patrimonio irresponsable.

La **infracapitalización sobreviniente**, puede ocurrir por cuanto ocurrieron elementos extraordinarios de endeudamiento e incumplimiento, o por aumento la magnitud de los negocios que resulto en perjuicio del ente societario. La situación cambia según el supuesto.

En el primer supuesto (elementos extraordinarios de endeudamiento e incumplimiento), no puede haber

responsabilidad societaria de los socios, por cuanto los hechos extraordinarios o de difícil habitualidad o repetición (crisis, cambio de leyes, recesión del mercado, aumento inusual de la competencia, pérdida de clientes o proveedores principales, prohibición del objeto, actos de caso fortuito o fuerza mayor, aumentos inusitados de costos de producción o servicios, etc.) interrumpen la previsibilidad de los negocios, la normalidad económica. Aquí no puede haber responsabilidad, en general.

En el segundo supuesto (aumento la magnitud de los negocios) en principio los socios deben readecuar la garantía patrimonial al volumen de los negocios, a efectos de equilibrar el activo respecto del pasivo previsible. Para ello acontece necesariamente tiempo. Mientras más estrepitosos y violentos sean los aumentos de los negocios y sus magnitudes, mayor rapidez de adecuación será necesaria, debiendo los administradores convocar las asambleas ordinarias y extraordinarias para el tratamiento de los aumentos del capital. Si el pasivo es susceptible de aumentar vertiginosamente, vertiginosamente debe aumentar el patrimonio en garantía de ello. Ahora, si el volumen de los negocios aumenta progresiva y gradualmente, de esa forma deberán hacerse los ajustes de los activos comprometidos en la actividad.

El buen administrador y buen socio ajusta el capital al giro empresarial, a medida que éste último valla mutando por la actividad del ente, en tiempo oportuno. Si la sociedad asume riesgos extraños a su giro, excesivos o tan riesgosos que la detracción de las operaciones puede resultar en un perjuicio patrimonial esencial para el ente, no debe verificarse el negocio en

razón de que el patrimonio no interesa solamente a la sociedad o a los socios, sino los terceros (art. 242 CCCN).

Todos estos elementos, pueden observarse en la prueba pericial contable, requiriendo del idóneo los puntos de pericia que determinen la evolución del activo, del pasivo y del patrimonio neto.

ELEMENTOS QUE SIRVEN PARA CORROBORAR EL DESAJUSTE

Algunas de estas medidas, sirven para comparar el capital social con el pasivo social, y su adecuada relación, en parámetros de razonable suficiencia. Debe tomarse el activo, y compararlo con el pasivo habitual o previsible.

El pasivo actual o previsible se puede observar en los siguientes indicadores: el salario de los administradores, el pasivo corriente, la cantidad de empleados y el nivel de sueldos, el nivel de endeudamiento impositivo, la magnitud de los contratos y la responsabilidad patrimonial comprometida, el riesgo de la operación, el nivel de endeudamiento por créditos bancario u otros, la cantidad de demandas en contra del ente societario, el rechazo de cheques, el precio habitual de la locación del local comercial, el pago habitual a proveedores, la manutención de los servicios esenciales de producción (agua, luz, gas, mercaderías, insumos), etc.

Todos estos indicadores –mediante la correspondiente exhibición de la documentación contable y/o pericial contable – deben ser comparados con el soporte patrimonial activo del ente

societario y el capital social, para determinar así una adecuada comparación en parámetros de razonable suficiencia.

Hablo de “razonable suficiencia” por cuanto no le está vedado a la entidad asumir ciertos riesgos patrimoniales razonable, producto de una actividad normal, o readecuar su patrimonio a mayores exigencias, por aumentos de capital social.

DEBER DE DILIGENCIA DEL ADMINISTRADOR

Los administradores, como órganos de gestión permanente y como beneficiarios “indirectos” del capital social, tienen responsabilidad por la infra-capitalización de las sociedades que administran en perjuicio de terceros.

Los administradores, pueden captar más rápidamente la relación entre el volumen del capital y de los negocios, por cuanto el contacto permanente con tales parámetros, impacta espontáneamente en la racionalidad de ellos. Sin embargo, sus funciones y diligencias se encuentran atenuadas, a poner de manifiesto a quienes tienen el poder de hacerlo (los socios).

La disponibilidad de activo para el pago de deudas, depende del capital que los socios ponen a disposición del administrador, no pudiendo evitar éste el pago de deudas desajustadas a la garantía puesta por los socios. El administrador no puede inventar capital, por cuanto si la sociedad incurre en estado de cesación de pagos por la infracapitalización misma y su desproporción, no puede ser responsable.

De otro costado, al ser el mismo el sujeto de habitualidad en los negocios cotidianos del ente, su diligencia se limita –en este supuesto de infracapitalización – en la puesta a consideración de

los socios del desajuste percibido, en un tiempo razonable, convocando las asambleas ordinarias y extraordinarias pertinentes. El desajuste debe ser evidente, concreto y permanecer en un *lapsus* de tiempo que permita avistar la incongruencia entre garantía y endeudamiento actual o futuro previsible.

Pero recordemos, que el administrador es un “órgano social”, que maneja los negocios cotidianos, pero que no provee a la sociedad de los fondos para que esta opere en regularidad y normalidad.

Si se le exigiera al administrador responsabilidad por infracapitalización –que él mismo anoticio al órgano pertinente-, se estaría condenando a una persona que se encuentra en imposibilidad de cumplir lo exigido por la ley a otros (*Ultra posse nemo obligatum - Nadie está obligado a lo imposible*).

La limitación de la responsabilidad al capital suscrito, es un beneficio acordado por la ley a los socios, no a los administradores; ergo quienes en principio son beneficiados por la infracapitalización son los socios, quienes desarrollan la actividad empresarial en perjuicio de los terceros, sin asumir los riesgos propios de la actividad social.

FUNDAMENTO: EXCLUSIÓN PREVISIBLE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

El fundamento de la responsabilidad por infracapitalización, se encuentra en la previsible defraudación o perjuicio necesario de los derechos de terceros acreedores (actuales o futuros), por parte de los que la hicieron posible al introducir al mercado un sujeto previsiblemente insolvente y la consecución de una actividad

ilícita. A la postre, este sujeto societario será maligno para la economía, por cuanto se excluirá su sentido útil: no producirá bienes, no generará trabajo, será irresponsable. La ilicitud radica en la potencialidad cierta o necesaria de insolvencia del ente societario en un marco de previsibilidad y complicidad, destinada a ser una fuente de irresponsabilidad, de mala fe.

Proponemos en este acápite, jurisprudencia acorde al tema:

INFRACAPITALIZACIÓN – SUPUESTOS

“Se ha definido a la subcapitalización societaria desde dos aristas: (i) una material que se presenta cuando su capital propio no es suficiente para satisfacer, de acuerdo al tipo y dimensión de la actividad económica efectiva o propuesta, las necesidades financieras de mediano y largo plazo no susceptibles de ser normalmente cubiertas por créditos de terceros (Leandro Javier Caputo, Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria, Ed. Astrea, 2006, pág. 258; con cita al pie de Ulmer, citado por Manóvil en Grupos de Sociedades, p. 558); y (ii) una nominal que es aludida en los casos en que se presenta una cuestión vinculada con la sinceridad de la expresión del monto del capital e incluye, por ejemplo, la cuestión de los préstamos sustitutivos de aportes -esto es, cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social, pero las necesidades de fondos propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios- (conf., ibídem, con cita al pie de Boldó Roda, El levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español, pág. 426). Es decir que habrá infracapitalización material en el supuesto de que la sociedad

carezca totalmente de medios adecuados para cumplir su objeto social. Y será meramente formal cuando exista un capital social inadecuado pero los socios o accionistas lo "maquillen" proveyendo de recursos financieros a la sociedad, tales como préstamos o constitución de reservas distintas a las legales. Otro aspecto de esta temática, de difícil conceptualización, está constituido por el grado de subcapitalización capaz de generar responsabilidad. Se relaciona con él la determinación del objeto a analizar para concluir si la sociedad está o no subcapitalizada. Se entiende que debe evaluarse no sobre la base del capital social nominal, sino en función de la prelación entre obligaciones y recursos propios o entre patrimonio neto y pasivo exigible por terceros (Ibíd., con cita de Cabanellas de las Cuevas, Derecho Societario, Parte General, La personalidad jurídica societaria, p. 364)".²⁵

INFRACAPITALIZACIÓN: DESVINCULACIÓN BINOMIO OBJETO Y CAPITAL SOCIAL

“Es dable sostener que la disponibilidad del capital social es esencial para el cumplimiento del objeto, único y preciso, de la sociedad, por lo que, ligados ambos conceptos, si ésta presenta una ruptura manifiesta entre el capital y la actividad que lleva a cabo, estamos hablando entonces que la sociedad se encuentra infracapitalizada (Méndez Juan José, Responsabilidades Emergentes de la Infracapitalización Societaria en “Derecho Comercial y de las Obligaciones. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica”, 2005-A, año XXXVIII, p.

²⁵CNCom, Sala F, Mayo 13 de 2014, “Víctor Carballude SRL sobre quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica”.

651 y ss.). *El capital social, como está planteado en la LSC, es una cifra de retención y ello es lo que realmente constituye la garantía de terceros, por lo que si los socios o accionistas vulneran esta garantía, su responsabilidad ya no será limitada y responderán más allá del capital aportado*".²⁶

IRREGULARIDAD EN FUNCIONAMIENTO – OMISIÓN DE LIQUIDAR – INSOLVENCIA

*“Adviértase que la sociedad demandada estaba funcionando en clara violación de sus estatutos sociales, no se había procedido a renovar el mandato de sus directores, los que actuaban con mandato vencido, el síndico y el síndico suplente habían renunciado hacía dos años y no habían sido reemplazados ... los administradores y representantes de la sociedad no han obrado con la lealtad y la diligencia requerida por el art. 59 de la ley de sociedades, por lo que conforme el texto legal son responsables ilimitada y solidariamente por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión ... El art. 56 de la ley 19.550 establece que la sentencia que se pronuncie contra una sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales ... **la sociedad ha quedado en la situación jurídica señalada en el art. 96 de la ley de sociedades de pérdida total de capital, quedando solamente en funcionamiento formal pero no real, por cuanto nadie ha iniciado los trámites de su liquidación (siendo causa de***

²⁶ CNCom, Sala F, Mayo 13 de 2014, “Victor Carballude SRL sobre quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica”.

disolución conforme art. 94 inc. 5 de la ley de sociedades), la jurisprudencia ha encuadrado este caso en lo peticionado en autos al señalar: ‘existe fraude a la ley o abuso de personalidad jurídica en el supuesto de reducción de la persona jurídica a mera figura estructural, mero recurso técnico utilizado como instrumento para excluir la responsabilidad de los integrantes de la sociedad ... (CNAT, sala II, 31-07-73, TSS 1973-620) [...] conforme al tipo societario utilizado, no resulta pertinente la condena hacia los accionistas de dicha sociedad, en la medida que no se acredite que los mismos han tenido participación en aquellos actos que generan la conducta abusiva que permite avanzar sobre la persona ideal. En autos tal supuesto no se ha dado, ya que no se ha requerido el acompañamiento de las constancias de las asambleas ordinarias o extraordinarias realizadas de modo tal que se pudiera determinar participación decisiva de tales accionistas de distraer el bien inmueble de la sociedad para de ese modo descapitalizarla a la misma, conforme a lo explicitado supra. Atento a ello no consideramos que sea posible, en estas circunstancias y condiciones la extensión de condena requerida hacia los socios no integrantes del directorio. Tampoco consideramos que deba ser extendida la condena hacia el síndico renunciante ...’²⁷

²⁷ CAM. TRAB. CBA, sala X, en autos “Cano Segundo D. c/ Julian Calzada Hnos SAIC y F – demanda”, resol. 15-10-2002 (Comentario Alejandro I. Fiorenza, p. 106).

INFRACAPITALIZACIÓN – EXTENSIÓN DE RESPONSABILIDAD

“Por otra parte, se está en presencia de una sociedad que tiene un capital de \$ 20.000.- (cfr. fs. 93), lo cual pone al descubierto que lo que realmente se pretende es desbaratar los derechos de quienes trabajaron a sus órdenes en la misma y de esta manera tratar de mantener incólume sus patrimonios personales, extremo éste que no puede ser consentido .²⁸

COLOFÓN

Nos encontramos ante un cambio de paradigmas, dirigido a comprometer la responsabilidad por la prevención de los posibles daños²⁹.

Partiendo de dicha premisa, observamos que dicho cambio de paradigmas fue contemplado en el CCCN, toda vez que toma la figura de la prevención del daño y la contempla a lo largo de su articulado, (arts. 1708 y cc.). Estas normas son aplicadas no solo a los administradores de las personas jurídicas en particular, sino a todo aquel sujeto que por medio del control de hecho o de derecho, directo o indirecto, pudo evitar dañar a terceros; en el supuesto del artículo 144 se extiende dicha responsabilidad a todo aquél que pudo por medio del control de hecho o de derecho,

²⁸ CAM. LAB. Cba., sala VII (Voto. Dr. Bornancini), sent. 9-5-14, en autos “BARRIONUEVO, Lorena Veronica c/ IN TOUCH HOLISTIC SOLUTIONS S.A. - ORDINARIO - DESPIDO - EXPEDIENTE: 200120/37

²⁹ Pilar M. Rodríguez Acquarone- “Personas jurídicas” Academia Nacional del Notariado-LXIX Seminario Teórico-Práctico “Laureano Arturo Moreira” 4 y 5 de junio de 2015.

directo o indirecto, evitar dañar a terceros. A su vez, esta norma del artículo 144 CCCN hay que integrarla e interpretarla junto con los siguientes principios contemplados en el CCCN: "Principio de buena fe ", "Abuso del derecho". "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto".

Consideramos que si bien el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización; también analizamos acá el rol del escribano, que debe ser anterior al del juez, dado que nosotros tenemos una tarea y un papel importante con relación a la sociedad entera, para lo cual y más allá de las sociedades que se constituyan por instrumento público, a la que vamos a tener acceso y asesoramiento directo, en los restantes casos que lleguen a nuestra escribanía para ser asesorados sobre su constitución, capital, etcétera debemos aconsejar, y prevenir de modo tal que podamos contribuir a evitar que se sigan formando sociedades infra-capitalizadas ya sea por desconocimiento, negligencia o ardid ,en el accionar de sus socios.

El alto índice de sociedades infra-capitalizadas que operan en el mercado Argentino con total impunidad y en perjuicio de terceros, nos obliga a concluir la necesidad de aumentar los controles notariales, administrativos y judiciales.

Tales controles deberían producirse con mayor intensidad previo a la constitución del ente societario (relación objeto-capital social), en el acto de constitución, durante el funcionamiento del ente, y con posterioridad a la extinción.

Tales controles, deberán ser complementados también con una mayor investigación judicial de la entidad societaria en aspectos patrimoniales, que determine la responsabilidad de administradores y socios que operen en infracapitalización incluso de oficio.

V.- CONCLUSIÓN FINAL

Como analizáramos, en sus comienzos, la implementación de la Sociedad Anónima Unipersonal tuvo en miras la finalidad de posibilitar que las personas físicas,-humanas CCCN- puedan separar su patrimonio personal y familiar de aquel que se encuentra sujeto al desarrollo de explotación comercial, beneficiando así al propio accionista y a los acreedores quienes tendrían identificados los bienes que eventualmente podrían garantizar sus acreencias.

Entonces si bien en el anteproyecto fue planteado como una sociedad que serviría de motor de desarrollo, para que alguien que quiera iniciar un negocio, pueda hacerlo respondiendo como dijéramos, con ese capital y no con todo su patrimonio. Al plasmarlo en la legislación vigente-LGS- y solicitar la misma el cumplimiento de excesivos requisitos, reglas y quedar limitada y restringida a un tipo societario -Sociedad Anónima- cuando a nuestro entender, como ya expusiéramos, podría haberse restringido la constitución de Sociedades Unipersonales a la utilización del tipo societario de Responsabilidad Limitada, dado que esta sociedad cuenta con más beneficios a la hora de ser aplicada y garantiza mayor transparencia en la actuación del ente,

todo lo cual lleva a concluir que el diseño optado para admitir la sociedad unipersonal, difícilmente sea utilizada generalizadamente y dudamos de su operatividad efectiva, salvo para alguna radicación controlada por sociedades multinacionales no siendo una sociedad viable de ser aplicada para las pequeñas y medianas empresas (Pymes).

Por lo cual concluimos en que, si bien la incorporación de las sociedades unipersonales es una novedad en el ordenamiento argentino, y que hay que ver cómo funciona y se adapta al mismo, requiere de una integración entre el esquema clásico de las sociedades pluripersonales con el nuevo régimen, guiadas por el sentido práctico y concreto de utilidad Social. El régimen, como evaluáramos, tiene algunos defectos, pero el sentido práctico del jurista, del legislador, del juez, escribano y de los restantes profesionales tiene que ser el de procurar soluciones razonables a un instituto novedoso en el sistema societario. Será la práctica y los problemas cotidianos los que irán determinado los correctos alcances de esta nueva figura, e introduciendo los cambios legislativos necesarios para hacerla útil y beneficiosa para toda la sociedad y no solo para las sociedades multinacionales o emprendimientos de gran envergadura.

IV. MODELOS SUGERIDOS DE ESCRITURAS DE CONSTITUCIÓN DE S.A.U:

Sugerimos tomar como modelos de Escritura de constitución de *“Unipersonalidad Pura”*, *“Sociedad Anónima pluripersonal que prevé una eventual unipersonalidad”*

sobreviniente”, y “*Sociedad Anónima Inicialmente Unipersonal que prevé una eventual recomposición de la pluripersonalidad*” los modelos analizado y trabajados por el Escribano Norberto R. Benseñor, en LXXI Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira, año 2016.³⁰

Así como también en cuanto a la conformación del Estatuto que prevé la posibilidad de funcionar como Sociedad Unipersonal o pluripersonal recomendamos los modelos realizados por el Escribano D’Alessio, Carlos ³¹ .

Modelos de reconocidos Escribanos que podemos tomar como base y analizar, con el fin de lograr, con relación a las constituciones de S.A.U. una técnica instrumental- escrituraria correcta y adecuada al nuevo régimen.

VII. JURISPRUDENCIA:

- ³² Para las sociedades, deberá tenerse en cuenta la relación capital-objeto, que en el ámbito de la IGJ (organismo de contralor y registración de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) rige la resolución que fue originada en el expediente “Gaitán, Barugel & Asociados SRL”. “Resolución IGJ 1416/2003 (4/11/2003),
- Al sancionarse la Ley 19550, hubo distintas interpretaciones respecto al carácter declarativo o

³⁰ Norberto R. Benseñor, “LXXI Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira”, -9 y 10 de junio de año 2016.-

³¹ D’Alessio, Carlos y otros 2ª Ed. La Ley 2015. “Fuente teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados”

³² Pilar M. Rodríguez Acquarone- “Personas jurídicas” Academia Nacional del Notariado-LXIX Seminario Teórico-Práctico “Laureano Arturo Moreira” 4 y 5 de junio de 2015.

constitutivo del art. 60 por su especial remisión al art. 12. Si bien la jurisprudencia ha sostenido reiteradamente la inscripción como declarativa y no constitutiva de los actos de la persona jurídica que se pretenden inscribir. La tendencia jurisprudencial en forma pacífica dictaminó su carácter declarativo. En este sentido: CNCom., Sala A, 15/2/1977, “Caeba SA c/Castro D. E.”; CNCom., Sala A, 20/5/1977, “Autobuses Sudamericanos SRL c/ Rodegios SA”; CNCom., Sala B, “Financiera Baires c/ Kuperman J”; CNCom, Sala B, 15/11/1977, “Talleres Metalurgicos Haedo SA c/ Voltage SA”; CNCom., Sala D, 31/3/1977, “Contrera c/ Vicente Lopez SA”; CNCom., Sala C, “Banco Internacional SA c/Papa, Pascual”, 15/8/1977 www.csjn.gov.ar. Si bien de los testimonios acompañados no surge que la designación de presidente de la sociedad anónima acta haya sido inscripta en el Registro Público de Comercio (Ley 19.550, art. 60) ello no hace que los actos realizados por el mismo, en el caso, otorgamiento de poder judicial, acto para el cual está expresamente autorizado por el directorio carezcan de validez, habida cuenta que la mencionada registración, si bien obligatoria, tiene carácter declarativo: todo ello sin perjuicio de los derechos que los terceros pueden invocar, de conformidad a los arts. 12 y 60; CNCom., Sala A, “Trabajadores Transportistas Asociados SA c/ Quinteros J.” 3/8/1977; CNCom, Sala D, “Capital Cía. de Seguros c/Sur Cía. Argentina de Viviendas Familiares SA”. El Directorio es tal y el presidente el representante legal de la sociedad con independencia de la registración, sin perjuicio de las consecuencias que su falta puede producir respecto de

terceros. CNCom., Sala B, “Financiera Baires SA c/ Kuperman Juan C.” La inscripción de nombramiento de nuevos administradores societarios no tiene fuerza constitutiva ni purificadora, aunque se reconozca que de la inscripción nace presunción. CNcom, Sala D, “Publicidad Promotor SA s/ Incidente de calificación de conducta”, 27/4/1984. CNCom., Sala A, “Incocer SA c/ G. E. Goedhart y Cia.”, 20/4/1987. La inscripción prevista por el art. 60 es meramente declarativa, al igual que la designación o cesación de los administradores, desde la decisión asamblearia y no desde el acto de inscripción, ya que ello solo cumple una función de forma de publicidad.

- CNCom, Sala F, Mayo 13 de 2014, “Victor Carballude SRL sobre quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica”.-

- CNCom, Sala F, Mayo 13 de 2014, “Victor Carballude SRL sobre quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica”.-

- CAM. TRAB. CBA, sala X, en autos “Cano Segundo D. c/ Julian Calzada Hnos SAIC y F – demanda”, resol. 15-10-2002 (Comentario Alejandro I. Fiorenza, p. 106).-

- CAM. LAB. Cba., sala VII (Voto. Dr. Bornancini), sent. 9-5-14, en autos “BARRIONUEVO, Lorena Veronica c/ IN TOUCH HOLISTIC SOLUTIONS S.A. - ORDINARIO - DESPIDO - EXPEDIENTE: 200120/37.-

VIII. BIBLIOGRAFÍA

1. BENSEÑOR Norberto Rafael. "REFORMA DEL CODIGO CIVIL y COMERCIAL UNIFICACION LEGISLATIVA REGIMEN SOCIETARIO"- . Principales Características.

2. Benseñor Norberto Rafael "APORTES DE BIENES REGISTRABLES A SOCIEDADES". Negociación de los aportes. Cuestiones registrales.-

3. Benseñor, Norberto R. "LXXI Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira", -9 y 10 de junio de año 2016.-

4. CNCom, Sala F, Mayo 13 de 2014, "Victor Carballude SRL sobre quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica".-

5. CNCom, Sala F, Mayo 13 de 2014, "Victor Carballude SRL sobre quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica".-

6. CAM. TRAB. CBA, sala X, en autos "Cano Segundo D. c/ Julian Calzada Hnos SAIC y F – demanda", resol. 15-10-2002 (Comentario Alejandro I. Fiorenza, p. 106).-

7. CAM. LAB. Cba., sala VII (Voto. Dr. Bornancini), sent. 9-5-14, en autos "BARRIONUEVO, Lorena Veronica c/ IN TOUCH HOLISTIC SOLUTIONS S.A. - ORDINARIO - DESPIDO - EXPEDIENTE: 200120/37.-

8. Conforme autos: "Ferrari c. Tecnopapel S. A.", CCom., Sala A, 20/10/80, Declaración del III Congreso Nacional de Derecho Registral, Mar del Plata, 1979, y arts. 183 y 184, ley 19550, ref. por ley 22903.-

9. D'Alessio, Carlos y otros 2ª Ed. La Ley 2015. "Fuente teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados"

10. Extractos interpretados Daniel Roque Vitolo "Sociedades Comerciales" Ley 19.550 Comentada- Doctrina- Jurisprudencia- Bibliografía- Tomo V-B- Reformas Introducidas por la Ley 26.994. (Código Civil y Comercial de la Nación).-

11. Molina Sandoval, Carlos A "Sociedades anónimas unipersonales" Publicado en: LA LEY 09/12/2014, 09/12/2014, 1 - LA LEY 2014-F, 1209 - Enfoques 2015 (febrero), 23/02/2015, 109- Cita Online: AR/DOC/4408/2014.-

12. Panelo, Guillermo F. -Aporte irrevocable de inmuebles para futuros aumentos de capital.-

13. RAE: "giro" ... 5. m. Com. Conjunto de operaciones o negocios de una empresa.-

14. Resolución IGJ 1416/2003 (4/11/2003), en el expediente "Gaitán, Barugel & Asociados SRL -Pilar M. Rodríguez Acquarone- "Personas jurídicas" Academia Nacional del Notariado-LXIX Seminario Teórico-Práctico "Laureano Arturo Moreira" 4 y 5 de junio de 2015.-

15. Rodríguez Acquarone- Pilar M. "Personas jurídicas" Academia Nacional del Notariado-LXIX Seminario Teórico-Práctico "Laureano Arturo Moreira" 4 y 5 de junio de 2015.-

16. RICHARD Efraín Hugo -"LA SOCIEDAD UNIPERSONAL" Publicado en Código Civil y Comercial de la Nación, Suplemento Especial. Aspectos Tributarios,

comerciales y empresariales, contables, Ed. Erreius, Buenos Aires 2015, pág. 77.-

17. Richard, Soledad “Estudios de Derecho Empresario”- ISSN 2346-9404- “LA SOCIEDAD SIMPLE EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES.-

18. Vitolo ,Daniel Roque “ Sociedades Comerciales” Ley 19.550 Comentada- Doctrina- Jurisprudencia- Bibliografía- Tomo V-B- Reformas Introducidas por la Ley 26.994. (Código Civil y Comercial de la Nación).-

19. Vitolo, Daniel Roque, “Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital: cuestiones doctrinarias y jurisprudenciales”, en Favier Dubois (H.), Eduardo M. (Dir.), op. cit.(cfr. nota 3), pp.99-122. En cit. Guillermo F. Panelo-Aporte irrevocable de inmuebles para futuros aumentos de capital.-

20. Vitolo, Daniel Roque: “La ley de Sociedades Comerciales reformada por la ley que sancionó el Código Civil y Comercial”- Publicado en: La Ley 27/10/2014. LA LEY 2014-F, 692.-

DERECHOS REALES DISPOSICIONES GENERALES EN EL CCCN

*Por José Manuel DÍAZ REYNA**

Sumario. I) Introducción. II) Parte general de todos los derechos reales. III) Principios comunes. A) Concepto de derecho real, y numerus clausus. B) Efectos de la violación del numerus clausus. C) Convalidación, aplicación a la hipoteca. D) El jus preferendi y jus persecuendi. E) Enumeración. Consideraciones. F) Clasificaciones. Presunción. G) Ejercicio de los derechos reales. Cuasiposesión. IV) Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad. A) Necesidad del modo tradición. B) Oponibilidad. Publicidad posesoria y registral. C) Falta de publicidad. No invocable. D) Adquisición legal de muebles por subadquirente. E) Muebles registrables y buena fe. F) Prohibición a los jueces. G) Modo prescripción adquisitiva breve. Novedad. H) Prescripción breve cosas muebles robadas o perdidas. I) La buena fe para prescripción breve. J) Posesión ostensible. K) Posesión continua. L) Unión de posesiones. M) Juicio de usucapión. N) Transmisibilidad y extinción. V) Disposiciones generales dentro de los derechos específicos. VI) Conclusiones.

I-INTRODUCCIÓN

Abordaremos sucintamente el libro IV del Código Civil y Comercial de la Nación, que trata de los derechos reales, haciéndolo a partir de su metodología, en la que se observan

* Integrante de la Cámara Octava Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba.

diferencias con la del Código Civil antes vigente¹. Es de destacar que en este libro se ve reflejado el método del nuevo Código, en efecto así como el cuerpo normativo comienza con todas las disposiciones que constituyen la parte general², también en materia de derechos reales, antes de regularse aspectos específicos o particularidades, se comienza por una parte general, aplicable a toda la materia.

A su vez al regular los derechos reales comienza igualmente haciéndolo por sus generalidades. Ello evita repeticiones, y debemos tenerlo en cuenta, porque al comparar con el anterior cuerpo normativo podemos pensar que algún aspecto no está ahora regulado, cuando en realidad lo que sucede es que se encuentra establecido en las disposiciones generales.

Asimismo daremos un rápido vistazo de algunas de las disposiciones generales, y señalaremos que la metodología del Código Civil y reiterada en el libro IV se refleja en los distintos títulos.

II) PARTE GENERAL DE TODOS LOS DERECHOS REALES

El Título I del libro IV (Derechos Reales) trae una parte general, lo que es una novedad. El Código Civil no la tenía aunque

¹ En el anterior código los derechos reales eran tratados en el libro III.

² Ello que no sucedía en el Código Velezano aunque no implica que no existiera una parte general, sino que no estaba sistematizada como tal. *“Solo que las normas respectivas están distribuidas en distintas partes del código...”* Beatriz Arean “Curso de Derechos Reales”, pag. 10

contenía cuatro artículos (2502 a 2505) que constituían un rudimento de parte general³.

El C.C. antes de tratar propiamente los derechos reales regulaba sobre las cosas y la posesión. Empezaba por lo que consideraba los elementos de los derechos reales⁴. No es que ya no lo sean, pero como las cosas no solo tienen relevancia para los derechos reales, ahora se regulan en la parte general del C.C.C.N. (arts. 225/243) junto con los bienes. Estando incluido en el concepto de bienes como bienes materiales (art. 16). Nótese que se había señalado “...*las cosas no sólo son el objeto inmediato de los derechos reales, sino que también pueden ser objeto mediato de los derechos personales, por lo que su tratamiento corresponde a la Parte General del Derecho Civil*”⁵

De hecho las menciona como objeto de los derechos reales en el art. 1883, donde incluye también la posibilidad que sea un bien (ejem. usufructo de créditos, art. 2130 inc. b, o una universalidad total o parcial de derecho como una sucesión testamentaria 2130 inc. d). En cuanto a la posesión se regula ya dentro de los derechos reales y de manera conjunta con la tenencia, como relaciones de poder. Sin embargo se regula antes de los derechos reales.

Las disposiciones sobre que los derechos reales se ejercen por posesión (1891), que la posesión en un medio de publicidad (art. 1893) y su tratamiento como relación de poder, a la par de la

³“En el título IV, que consta de sólo cuatro artículos, se establecen normas generales que constituirían así la base, muy reducida por cierto, para una teoría general de los derechos reales”. Néstor Jorge Musto, “Derechos Reales” tomo I, pag. 23, Rubinzal – Culzoni Editores

⁴ Así lo decía Vélez Sarsfield en la nota al libro tercero.

⁵ Beatriz Arean, ob. cit. pag. 11.

tenencia, permitirían, prima facie, concluir que en el nuevo código, la posesión no es un derecho real⁶.

Llama la atención que el artículo 1883 haga referencia⁷ a que el derecho real se pueda ejercer sobre una parte materialmente determinada de la cosa. Sin embargo entendemos que se refiere al supuesto de la propiedad horizontal en cuanto al derecho exclusivo, lo que además se aplica a los conjuntos inmobiliarios (art. 2075 C.C. y C). También el derecho de superficie se puede ejercer sobre una parte material de la cosa, conforme lo autoriza el art. 2116 C.C. y C.

Este título I tiene dos capítulos el primero dedicado a principios comunes y el segundo a la adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad, obviamente de los derechos reales.

III) PRINCIPIOS COMUNES.

A) CONCEPTO DE DERECHO REAL. NUMERUS CLAUSUS

El primer artículo sobre los principios comunes, trae un concepto de derecho real, con ello se diferencia del Código Civil, ya que Vélez no era partidario de las definiciones legales⁸.

⁶ El punto no es simple y da para un estudio mayor. Es que la naturaleza jurídica de la posesión ha sido motivo de debate permanente, ni el Código Civil ni en el nuevo código se expide sobre esa cuestión, porque no incide en su régimen legal. Por tanto el tema queda librado a la interpretación a partir de las normas que contiene.

⁷ Alberto J. Bueres –dirección “Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado” Tomo 2, pag.242.

⁸ De ello se ocupaba la doctrina, a partir del art. 497 C.C. diferenciándolo de los derechos personales. Marina Mariani de Vidal, “Curso de Derechos Reales”, Tomo I, pag. 20. Zavalía Editor. Papaño, Kiper, Dillon, Cause “Derechos Reales” Tomo I,

El art. 1882, define el derecho real, pero evita la habitual referencia a relación directa e inmediata con la cosa⁹, que generaba críticas por que el derecho implica una relación entre sujetos¹⁰, por eso dice que es un “*poder jurídico, de estructura legal*”, en vez de relación con una cosa y expresa “*que se ejerce directamente sobre su objeto*”.

Conceptúa “*en forma autónoma*”, para remarcar que a diferencia de los derechos personales no necesita de la actividad de otra persona (deudor)¹¹. Luego incluye en la definición dos rasgos característicos de los Derechos Reales, el *ius persecuendi* y el *ius preferendi*. “*Y las demás previstas en este código*”. Con ello anticipa que las facultades que otorga cada uno de los derechos reales, emergen de la ley. Estas dos son características de todos los derechos reales, pero existen otras que surgen de la normativa específica de cada derecho.

Esto es coherente con la adopción del *numerus clausus*, que se mantiene en el art. 1884 donde dispone que la regulación de los derechos reales es establecida solo por la ley. El anterior art. 2502 C.C. decía que los derechos reales solo podían ser “*creados*” por ley, ahora reemplaza esa palabra por “*establecida*”, referida a todo lo que debe surgir de la ley. Esto es, hace una enumeración de todo lo que depende de la ley. Así menciona sus

pag. 12. Domingo Cura Grassi destaca las definiciones de derechos reales que Vélez menciona en sus notas “Derechos Reales I – Parte General” pag. 1

⁹ Así lo señalaba la concepción clásica. Sobre las distintas posturas puede verse Musto obra citada pag. 24/42.

¹⁰ “La relación jurídica sólo se da entre personas y no entre una persona y una cosa”, Musto, obra citada pag. 29

¹¹ El sujeto pasivo determinado, esta teoría es explicada por Edmundo Gatti “Teoría General de los Derechos Reales” pag. 47. También puede verse Musto ob. cit. pag. 38.

elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción.

B) EFECTOS DE LA VIOLACIÓN DEL NUMERUS CLAUSUS

La mayor novedad al respecto es que antes se establecía que los derechos, que se establecieran en contra de esta norma, valdrían como personales, en caso de ser posible. Vélez en la nota del art. 2503 proponía el ejemplo de la enfiteusis que estaba prohibida pero que podría valer como locación. Lo que era criticado¹² por las notables diferencias existentes entre los derechos reales y personales, lo que hacía de muy difícil aplicación la previsión¹³.

Por ello ahora directamente se establece que *“Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura”*. Por ejemplo una capellanía, o un conjunto inmobiliario con una estructura diferente a la legal.

No obstante nada impide que la conversión se produzca por acuerdo de partes. Pero no se trata de conversión legal, sino que implica un nuevo acuerdo de voluntades adecuando el derecho nulo, a las previsiones legales, es decir subsanando la nulidad.

Se ha opinado con sustento en el art. 384 CCCN¹⁴, que podría efectuarse una interpretación como la que propiciaba el art. 2502 CC.

¹² *“...podría acarrear graves problemas, y si así no ha sucedido ha sido porque no ha tenido prácticamente aplicación”* Mariani de Vidal, ob. cit. pag. 59.

¹³ Manuel Antonio Laquis, expone las diferentes consideraciones efectuadas por la doctrina sobre el tema, en su obra *“Derechos Reales”* tomo I, pag. 116/125

¹⁴.Bueres –dirección ob. cit. pag. 243

Gustavo Bono ha expresado: *“Solo se dispone la nulidad del acto que contraviene la regulación legal de los derechos legales, y en los fundamentos de la Comisión Redactora se expresa que se ha querido dejar al juzgador la decisión de si el acto carece de todo valor, o si importa un derecho personal o si, finalmente, deviene en un derecho real próximo. Aun cuando consideramos más adecuado el sistema de conversión fijo en los derechos personales en cuanto pueden valer, estimamos que en este tipo de supuestos podrá el juzgador buscar la solución del conflicto según la aplicación del tipo correspondiente, al menos por la analogía y con apoyo en esta variante abierta del fenómeno jurídico de conversión (art. 384, CCyC)”*¹⁵

No comparto tal idea, pues entiendo que al ser el art. 384, una norma genérica, aplicable a los actos jurídicos, no podría aplicarse para un cambio tan esencial como pasar de derecho real a personal, sin la voluntad expresa de los interesados, lo que además implicaría por vía de interpretación dejar de lado la previsión específica al respecto, contenida en la norma que prevé el numerus clausus de los derechos reales. A lo que se suma que el legislador en la nueva norma, a mantenido el numerus clausus, pero ha omitido tal previsión que contenida el precedente artículo 2503 derogado.

Por cierto se termina con la contradicción que surgía entre la enumeración del art. 2503 y lo que disponía en el art. 2614 que innecesariamente refería a derechos reales prohibidos¹⁶. Pues sino estaban regulados ni enumerados no se podían constituir, pero

¹⁵ Gustavo Bono “El art. 7° Frente a los Derechos Reales” en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-I, nota 15 a pie página 345

¹⁶ Gatti ob. cit. pag. 131.

que dejaba abierta la puerta considerar la posibilidad de constitución de censos por cinco años. Por lo tanto es coherente que no exista norma que indique derechos reales prohibidos¹⁷.

Siempre ha considerado la doctrina nacional un acierto el *numerus clausus*¹⁸, prueba de ello es que se ha mantenido.

C) CONVALIDACIÓN, APLICACIÓN A LA HIPOTECA

Dentro de las previsiones de la parte general, y por tanto aplicable a todos los derechos reales, se mantiene la convalidación de los derechos reales (art.1885), siendo menester señalar que al regular la hipoteca no la exceptúa, como lo hacía el art. 3126 del C.C. O sea que la hipoteca también es convalidable. Era motivo de críticas aquella excepción, pues no se advertía porque, solo en el caso de este derecho, no podría considerarse subsanada la nulidad, mediante la posterior adquisición de derecho del que se carecía.

Es que la convalidación implica en realidad la subsanación de una nulidad por haber transmitido el derecho quien no lo tenía (principio *nemo plus iuris* –art. 399 CCCN). No obstante cuando luego adquiere el derecho que había transmitido o gravado, se subsana la nulidad, y el derecho se considera transmitido a la fecha de título subsanado.

¹⁷ Vélez Sarsfield incluye tal prohibición expresa, porque en esa época eran comunes los derechos reales que no regulaba, y por eso considero necesario la redundancia de prohibirlos.

¹⁸ Vélez en la nota al art. 2502 da las razones para su adopción.

D) EL JUS PREFERENDI Y JUS PERSECUENDI

De manera expresa se establece el derecho de persecución y preferencia de los derechos reales (art. 1886), que antes surgían del texto legal sólo para la hipoteca y la prenda¹⁹, pero que se encuentran implícitos en todos los derechos reales, como parte de sus caracteres fundamentales²⁰, y eran admitidos por toda la doctrina. Es claro que no solo rigen para los derechos de garantía en los que tienen mayor manifestación, y en donde por lo general se pone el acento. Se trata de dos caracteres esenciales de los derechos reales²¹. Nótese que la preferencia es tanto sobre derechos reales como personales, pero que depende de que haya obtenido oponibilidad, esto a su vez depende de la publicidad, sea posesoria o registral según el derecho (art. 1893 segundo párrafo C.C.C.N.).

E) ENUMERACIÓN. CONSIDERACIONES

Al igual que hacía el Código Civil histórico, luego de haber establecido el numerus clausus, trae la enumeración de los derechos reales, que es más amplia que la del anterior, porque incluye la Propiedad Horizontal²² y los llamados nuevos derechos

¹⁹ Bueres – dirección, ob. cit. pag. 243

²⁰ Musto ob. cit. pag.61/63

²¹ “Los derechos reales se caracterizan porque la ley les ha reconocido dos facultades fundamentales, el ius persecuendi y el ius preferendi...” .Luis Alberto Peña Guzman “Derecho Civil- Derechos Reales” Tomo I, pag.20. Cura Grassi en la obra ya citada pag. 5/6 los enumera dentro de los caracteres de los derechos reales.

²² El derecho de superficie forestal había sido agregado a la enumeración del art. 2503 del C.C. por la ley 25509. Ahora se incluye pero sin la limitación al forestal.

reales. Sin embargo, al igual que la anterior enumeración, no es taxativa²³ en el sentido que existen otros derechos reales previstos por otras leyes²⁴, y porque otras leyes pueden en el futuro crear derechos reales²⁵.

Es de notar que el dominio y el condominio son enumerados por separado, lo que no es una novedad, pues antes estaban en el mismo inciso, y se discutía si el condominio era un derecho real autónomo del dominio o solo una modalidad de este²⁶. La misma enumeración implica que se está tomando partido por la autonomía del condominio, aun cuando se le apliquen las disposiciones del dominio, en cuanto sean compatibles. Pero ello también sucede con la propiedad horizontal, cuya normativa será de aplicación supletoria a los conjuntos inmobiliarios que se enumeran a continuación, y que engloban varios tipos de multipropiedad, como los country, barrios cerrados o parques industriales.

Se incluye como derecho real el tiempo compartido. Sin embargo de la normativa surge que puede constituirse también como derecho personal. Sigue vigente la ley 26356 de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido, puesto que solo es derogada

²³ Se ha estimado ociosa la discusión, pues lo importante es “*si un derecho real determinado está autorizado o no por un texto legal, sea éste el Código Civil u otra ley cualquiera*” Laquis, obra citada pag. 128.

²⁴ Siempre se mencionaba como ejemplo la propiedad horizontal, que ahora forma parte de la enumeración, no obstante aún hay numerosos derechos reales no incluidos, que seguirán sirviendo de ejemplo, tales los warrantes, los debentures, la prenda con registro, la hipoteca naval. Mariani de Vidal ob. cit. pag. 23.

²⁵ Musto ob. cit. pag. 107, concluye el tratamiento del tema diciendo “No cabe duda sin embargo que existe una taxatividad legal”

²⁶ Antonio R.M. Coghlan en “El condominio sin indivisión forzosa”, pag. 7, adhiere a la corriente doctrinaria que lo considera fundamentalmente distinto del dominio, pero cita que autores de la talla de Lafaille y Peña Guzmán se expresan por la tesis contraria. Musto ob. cit. Tomo 2, pag. 377 se expide por la autonomía pero reconoce la fuerza de la otra posición.

parcialmente por el art. 3 ley 26994. Se puede sostener que hay un Tiempo Compartido Genérico, y como especie el destinado a turismo regulado por la ley 26356.

También se enumera los cementerios privados, al que se tipifica como derecho real autónomo cuya finalidad es la inhumación de restos humanos (art. 2103). Con lo que queda fuera la posibilidad cementerios para inhumación de animales.²⁷ Ambos derechos implican como accesorios, indispensables para su ejercicio, cosas y servicios necesarios, con lo que las facultades del titular van más allá del mero poder jurídico sobre la cosa, ya que tiene derecho a servicios complementarios, pero además tiene obligaciones generadas por ello²⁸.

Se incluye la superficie²⁹, que en realidad no es un derecho nuevo, pero que en el código de Vélez estaba expresamente prohibido, y que la ley 25509 derogada había previsto, pero solo para la forestación. Ahora se prevé lisa y llanamente el derecho de superficie, lo que implica que también se puede constituir con respecto a edificaciones o con la finalidad de edificar. El concepto lo da el art. 2114 e implica una desmembración entre la titularidad del suelo y lo que hay en sobre él, es decir sobre su superficie, pero también bajo él. En lo forestal incluye también las raíces.

También se enumera por separado el uso y la habitación que el art. 2503 del C.C. enumeraba juntos. Con ello también remarca que son derechos distintos.

²⁷ Bueres, ob. cit. pag. 401.

²⁸ Esto ya sucedía con la Propiedad Horizontal, que al igual que estos derechos generan la obligación de pagar gastos o expensas comunes.

²⁹ Puede verse "Comentarios sobre el derecho real de superficie" Liliana Abreut de Begher en "Derecho Privado- Reforma del Código Civil IV", Año II, Número 5, Pag. 17/29 Infojus.

Se menciona la servidumbre a secas, mientras que el código anterior hacía referencia a servidumbres activas, lo que obedece que se está tomando posición en cuanto a que el usufructo el uso y la habitación son derechos reales diferentes, y no servidumbres, lo que era discutido³⁰. Algunos los consideraban servidumbres personales, en las que no había fundo dominante (activo) sino solamente sirviente (pasivo). Mientras que las servidumbres reales eran activas – pasivas pues implican dos fundos. A estas últimas se refiere la enumeración con la simple mención de servidumbres.

Por último se enumeran los tres derechos de garantía. Nos llama la atención que se haya mantenido el derecho de anticresis, dada su falta de inserción en la vida jurídica argentina.³¹ No solo se mantiene sino que se amplía pues ahora se permite también para las cosas muebles³² registrables³³, quizás pensando que será más factible su aplicación³⁴. *“Para algunos autores la institución puede rendir sus réditos si se la remoja y sabe aplicar...”*³⁵

F) CLASIFICACIONES. PRESUNCIÓN

Luego trae clasificaciones de los derechos reales, lo que no hacía el C.C. sino que eran elaboración de la doctrina³⁶. Es de

³⁰ “El usufructo ¿es una servidumbre?”, Mariani de Vidal Ob. cit. Tomo 2 pag. 357

³¹ Posiblemente por no ser conveniente para el acreedor, que para cobrar debe asumir responsabilidades y hacer producir la cosa.

³² El derecho romano la permitía sobre muebles. Bueres ob. cit. pag. 461.

³³ El art. 2212 establece *“que recae sobre cosas registrable individualizadas”* O sea el requisito es que sea registrable, no que sea inmueble, por tanto quedan incluidos los muebles registrables.

³⁴ Se nos ocurre que podría entregarse en anticresis un automotor, para que el acreedor lo explote como taxi y así cobre su crédito...

³⁵ Bueres, ob. cit. pag. 461.

³⁶ Puede verse Musto ob. cit. pag. 110/112. Gatti lo trata minuciosamente, ob. cit. pag. 168/183.

señalar que al clasificarlos en derechos reales sobre cosa propia o ajena (art. 1888 CCCN), en el segundo párrafo deja sentado el principio que las cosas se presumen sin gravamen, es decir sin estar afectadas por un derecho real sobre cosa ajena. Esto es reiterado, de manera expresa al regular el derecho de dominio en el art. 1941 CCCN, cuando establece que el dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario. El art. 1888 CCCN da como pauta interpretativa que toda duda se interpreta a favor del titular del fundo gravado. Es decir, que habrá que estar a la interpretación que implique la menor restricción al ejercicio del derecho del titular de la cosa propia. El art. 3011 del C.C. traía una disposición semejante sobre el alcance de las servidumbres, estableciendo que toda duda sobre su extensión se interpreta en favor del propietario del fundo sirviente, es decir del fundo gravado.

Se introduce la clasificación de derechos reales sobre cosas registrables y no registrables (art. 1890 CCCN). Esta obviamente en la época de Vélez carecía de relevancia³⁷, pero viene siendo notable la importancia que ha tomado. De hecho actualmente los derechos reales sobre inmuebles, carecen de oponibilidad sin registración, o sea que al modo tradición se suma el modo inscripción, e incluso hay algunos derechos en que la inscripción es constitutiva y reemplaza como tal a la tradición (automotores). La distinción que recibe esta clasificación refleja un aspecto de los derechos reales, que cada vez tiene mayor relevancia jurídica,

³⁷ Vélez conocía la existencia de los registros, de hecho lo previó para la hipoteca, pero considero que en nuestro país no estaban dadas las condiciones para su regulación de manera más amplia

en cuanto a los efectos que tiene su registración o no, y aquellos casos en que es necesaria o no.

G) EJERCICIO DE LOS DERECHOS REALES. CUASIPOSESIÓN

Los elementos de los derechos reales son la cosa, sobre la que recaen, y la posesión que en general es el medio de hacer efectivo el derecho. Es por eso que el art. 1891 dispone que todos los derechos reales se ejercen por posesión excepto las servidumbres y la hipoteca. La norma es correcta y adecuada a lo que la doctrina enseñaba de acuerdo a lo que surgía de la regulación de los derechos reales. Con ello da por concluida la cuestión de si en el caso del usufructo hay posesión o cuasiposesión. Dicho de otro modo desaparece la cuasiposesión como relación real (o relación de poder según la denominación del nuevo código). La misma existencia de la cuasiposesión era debatida³⁸.

Sin embargo el artículo parece contener una inconsecuencia³⁹ pues dice que las servidumbres se ejercen por actos posesorios sin que se ostente la posesión. En realidad se refiere al ejercicio de una determinada facultad, que podría considerarse acto posesorio si se tratara de uno de los otros derechos. Ejemplo, transitar. Por ello es que dice “*actos posesorios concretos y determinados*”, es decir aquellos que constituyen la facultad que el titular del fundo dominante puede ejercer sobre el sirviente.

³⁸ Musto ob. cit. pag. 285. Mariani de Vidal Ob. Cit. pag. 105

³⁹ Bueres -Dirección, ob. cit. pag. 247

Es que la servidumbre permite alguna facultad sobre la cosa, sea el ejercicio de alguna potestad positiva, por ejemplo transitar, sacar agua, etc. o negativa, impedir que el titular del fundo sirviente realice algún acto que su derecho real le permitiría si no existiera el gravamen.

IV) ADQUISICIÓN, TRANSMISIÓN, EXTINCIÓN Y Oponibilidad

El capítulo segundo de la parte general trae las disposiciones sobre la adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad de derechos reales. Se reitera la necesidad del título y el modo. Allí introduce los modos de adquisición legal, dentro de los que incluye la posesión de buena fe de una cosa mueble adquirida a título oneroso que no sea robada o perdida, y la prescripción adquisitiva. Aunque al igual que el Código Civil redactado por Vélez⁴⁰, luego en el libro Sexto, Título I, Capítulo I, traerá disposiciones comunes a ambas prescripciones para evitar repeticiones.

Entonces, lo referido a la prescripción adquisitiva se incluye dentro de la parte general de los derechos reales, como un modo de adquisición legal⁴¹ de los derechos, pero los aspectos generales de la prescripción se regulan al tratar los aspectos comunes de los derechos reales y personales. Ahí se encuentran las normas generales sobre prescripción, computo del plazo, suspensión, interrupción, y dispensa.

⁴⁰ Vélez legisló todo lo atinente a la prescripción en un mismo título, pero trae disposiciones comunes a ambos tipos de prescripción.

⁴¹ Cumplidos los requisitos por imperio de la ley el poseedor adquiere el derecho, y su posesión ilegítima pasa a ser legítima, el día que se cumple el plazo prescriptivo.

A) NECESIDAD DEL MODO TRADICIÓN

El art.1892 ratifica la necesidad del título y el modo⁴², ambos siguen siendo necesarios para la adquisición del derecho real⁴³. En el tercer párrafo se ratifica que el modo tradición es de aplicación general, ello es concordante con lo establecido en el art. 750, cuando dispone que el acreedor de obligaciones de dar cosa no adquiere derecho real antes de la tradición. Sin embargo el cuarto párrafo del art. 1892 menciona la inscripción registral como modo constitutivo cuando lo prevea la ley. Es decir que es posible que la tradición no sea constitutiva, pero ello debe surgir de una ley específica, porque la regla es la sentada en el párrafo precedente del mismo artículo. Esto que nosotros tenemos interiorizado, sobre todo a raíz de la legislación sobre automotores, luego de la sanción del Código Civil en el siglo XIX, era impensado en nuestro país.

Para el caso de las servidumbres en el mismo artículo se indica que el primer uso es modo suficiente para adquirir el derecho real. Antes ello se mencionaba al regularse las servidumbres, y se decía que el primer uso hacía las veces de tradición (art. 2977 CC). Esto pone de manifiesto que se trata de una parte general, y por ello deja incluido el caso particular de este derecho real, en lugar de hacerlo por separado al regularlo.

⁴² Gatti señala que la teoría del título y modo *“se vincula con la tradición, como modo de adquisición del dominio; tiene su origen en el Derecho Romano...”* Ob. cit. pag. 255.

⁴³ No obstante hay supuestos en que es necesario el modo inscripción a los fines de la oponibilidad, conforme exigencia del art. 1893 segundo párrafo.

B) OPONIBILIDAD. PUBLICIDAD POSESORIA Y REGISTRAL

El art. 1893 tiene la previsión sobre la registración, antes contenida en el art. 2505 del C.C. En realidad es más amplio, pues se refiere a la inoponibilidad de todos los derechos reales, mientras que el 2505 del Código derogado se refería a los derechos reales sobre inmuebles. Así en su primer párrafo dice que la adquisición o transmisión de los derechos reales no son oponibles a terceros interesados de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente. Es decir que comprende a todos los derechos reales.

Luego en consonancia con el art. 1890 establece “*Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso*”. Por tanto para los derechos reales inmobiliarios la tradición otorga la posesión y constituye el modo constitutivo, pero el ejercicio de esa posesión no es suficiente para la oponibilidad. Mientras que para los derechos reales no registrables la tradición otorga la posesión, con ello se adquiere el derecho pero además, a partir de ese momento, el ejercicio de la posesión constituye la publicidad de la existencia del derecho.

Aquí se ve claro aquello que como estudiantes surgía del programa de derechos reales⁴⁴, cuando veíamos la posesión como publicidad posesoria y luego la publicidad registral. La posesión no es solo el modo de adquirir derechos reales, sino que constituye también una forma de publicidad, de hecho era la forma de publicidad general que preveía el Código Civil. La publicidad registral es un fenómeno jurídico relativamente moderno, que adquirió relevancia en el siglo veinte.

⁴⁴ Cursamos reales en 1984 en la Facultad de Derecho de la U.N.C.

El artículo se ocupa de la inscripción constitutiva y dice que ella es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real. Es decir que en ese caso no hace falta tradición para la oponibilidad. Sin embargo, la misma será necesaria para el efectivo ejercicio del derecho, pues es a través de la tradición que se adquiere la posesión, elemento de los derechos reales, que posibilita el ejercicio de todos los derechos reales sobre cosa propia, y de la mayoría de los que recaen sobre cosa ajena, así surge de lo previsto por el art. 1891, solo se exceptúan la hipoteca y las servidumbres.

C) FALTA DE PUBLICIDAD. NO INVOCABLE

El último párrafo deja claramente sentado un principio que la doctrina y la jurisprudencia tenía aceptado, esto es que no pueden prevalerse de la falta de publicidad (sea posesoria sea registral) quienes participaron en el acto (esto surge también del art. 20 de la ley 17801)⁴⁵ *“ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real”*. Esto se vincula con la buena fe. *“...siendo el registro público para todo aquel que tenga interés legítimo en conocer la condición jurídica del inmueble, si el tercero interesado no toma los recaudos pertinentes ha actuado sin la debida diligencia y por ende no puede considerársele de buena fe”*⁴⁶

Se trata no solo de quienes participaron en el acto y por tanto lo conocieron, sino de aquellos que sin participar lo

⁴⁵ Esta ley sigue vigente pues la ley 26.994 art. 3 no la deroga, y en el anexo al que remite el art. 2, se limita a efectuar pequeños retoques sin relevancia.

⁴⁶ Julio César Rivera –Graciela Medina –Directores “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Tomo V Pag. 236.

conocieron o que de haber obrado con diligencia debieron conocerlo. Por tanto hay casos de oponibilidad sin publicidad formal. La doctrina enseña comentando el art. 20 citado *“...aun frente a un conocimiento no formal por parte de otras personas, ello no podría constituir un obstáculo para la no prevalencia de la falta de inscripción a su respecto, toda vez que lo importante en el caso es el conocimiento efectivo del acto, que no podría ser ignorado por las mismas. Un elemental principio de buena fe impone esta solución frente a tal situación”*⁴⁷. Se evidencia así que la registración es meramente declarativa, aunque necesaria.

D) ADQUISICIÓN LEGAL DE MUEBLES POR SUBADQUIRENTE

Luego de disponer los casos de adquisición legal de derechos reales, en el art. 1895 que regula la situación que preveía el art. 2412 del Código Civil, lleva como título *“Adquisición legal de derechos reales sobre muebles por subadquirente”*, lo que es toda una toma de posición sobre sus efectos y naturaleza jurídica. No se trata de una mera presunción⁴⁸, sino de una verdadera adquisición legal del derecho. *“No dudamos en el acierto de hacerlo ingresar en la nueva ley como un verdadero modo de adquirir legal, ya que hemos sostenido siempre que esa es su verdadera naturaleza.”*⁴⁹ Es claro que quien puede invocar la adquisición legal es un tercero, como surge de la referencia al subadquirente,

⁴⁷ Luis O. Andorno – Marta Marcolín de Andorno *“Ley Nacional Registral Inmobiliaria. Comentada. Anotada”* 2ª Edición, pag. 350.

⁴⁸ Se discutía la naturaleza jurídica de lo dispuesto por el art. 2412 C.C. y se entendía que el codificador había adherido a la que consideraba que se trataba de una presunción de propiedad. Musto Ob. Cit. pag. 312.

⁴⁹ Bueres, ob. cit. pag. 251.

nunca podrá invocarla quien tiene obligación de restituir la cosa a su dueño, sea tenedor o poseedor por interversión del título, porque en ese caso carecerá de buena fe⁵⁰. La expresión tantas veces usada de que en estos casos “*la posesión vale por título*”⁵¹, adquiere máxima relevancia, no solo vale por título, implica el título, un título de naturaleza legal puesto que no emana del anterior propietario. En este aspecto es equivalente a la usucapión, es la ley la que otorga la propiedad al poseedor, cuando se dan los requisitos previstos por el Código para cada caso.

De su regulación surge que si bien los requisitos son los mismos que antes, ya no hay una presunción de propiedad, sino que directamente otorga la propiedad, hay una adquisición legal. Tal era una de las posturas sobre su naturaleza legal, aunque chocaba con la expresa disposición del 2412 de que era una presunción de adquisición.

E) MUEBLES REGISTRABLES Y BUENA FE

Luego, el art. 1895 recalca que en las cosas muebles registrables no hay buena fe sin inscripción a favor de quien la invoca.

¿Porque esta referencia a muebles registrables? Parece que como está previendo el supuesto de cosas muebles, adquiridas por un sub adquirente de quien no era su dueño, ha querido dejar sentado que en caso de muebles registrables, registración no constitutiva, la registración y su conocimiento tendrá incidencia

⁵⁰ Rivera –Medina ob. cit. pag. 240.

⁵¹ Se utilizaba la expresión del art. 2279 del Código Civil Francés.

para la valoración de la buena fe, como requisito indispensable para la atribución legal de propiedad.

De todas maneras me parece, que aun cuando la previsión no estuviera, igualmente debería considerarse no solo la existencia de la registración sino su conocimiento o posibilidad de conocimiento, que al fin y al cabo es la finalidad de la publicidad registral, para determinar la buena fe. Es que si pudo advertir que quien le transmitía no tenía derecho recurriendo al registro y no lo hizo, no habrá buena fe. Por tanto solo habrá buena fe, si la publicidad registral lo hubiera llevado a poder creer que quien le transmitía tenía derecho para hacerlo.

El tercer párrafo establece que tampoco habrá buena fe si, pese a la inscripción, no coinciden los elementos identificatorios que prevé la ley especial. Esto se aplica obviamente a los automotores, pero el artículo es más amplio y será aplicable para cualquier cosa mueble registrable. Es que el registro pone a disposición del interesado información, que no puede desconocer, o al menos no debe desconocer, por lo que si los datos identificatorios de la cosa, no concuerdan con los del registro, no puede invocar buena fe, porque no obró diligentemente, y nadie puede ampararse en su negligencia.

En materia de automotores la norma servirá para determinar cuando hay o no buena fe, sin embargo nunca será aplicable el art. 1895, o sea no puede darse el supuesto de posesión que valga por título, porque la tradición, por la que se adquiere la posesión, no es modo suficiente. Por lo que ningún poseedor de un automotor puede invocar el art. 1895 como no podía hacerlo con el 2412 C.C. La previsión específica para el caso es el art. 2254 C.C.C.N. Allí la ley contempla el supuesto de

automotores inscriptos de buena fe, no robados o hurtados, que no serán reivindicables. Disposición análoga al art. 1895 la que excluye la reivindicación contra el poseedor de buena fe de cosas muebles no robadas ni perdidas. *“El sistema especial reemplaza el principio de posesión vale por título, por el de inscripción vale título...”*⁵²

F) PROHIBICIÓN A LOS JUECES

El art. 1896 veda a los jueces la potestad de constituir derechos reales o imponer su constitución. No creemos que la norma se refiera a la posibilidad de que el juez disponga un derecho real no previsto por la ley, porque la norma sería redundante pues el art. 1884 ya dejó claro que solo la ley puede configurar derechos reales⁵³. Interpretamos que la ley impide que el juez constituya un derecho real en una resolución en favor de alguna de las partes.

Pero ello no impide que, si el motivo del juicio fuera un contrato que implicara su constitución, pueda condenar a que en cumplimiento de la obligación contraída se constituya el derecho real. Pero no es la voluntad del juez la que lo impone, lo que está prohibido. Por cierto que debe tratarse de un derecho real típico, es decir previsto por la ley. No podría a partir del contrato disponer la constitución de un derecho real no regulado.

El Código Civil no traía ninguna norma semejante de aplicación general, aunque del art. 3115 se seguía la prohibición para los jueces de constituir o imponer hipotecas, pues la norma

⁵² Rivera- Medina ob. cit. pag. 240.

⁵³ Rivera –Medina ob. cit. pag. 242

solo establecía la posibilidad de hipoteca convencional, lo que se mantiene en el art. 2185 C.C.C.N.. También surgía del art. 2818 del C.C. que los jueces no podían constituir usufructo en la división y partición de bienes.

Pese a la disposición general, el C.C.C.N. de manera redundante establece en el art. 2133 la prohibición al juez de constituir usufructo, y lo mismo en el art. 2169 sobre la servidumbre.

G) MODO PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA BREVE. NOVEDAD

Como está regulando todo lo atinente a la adquisición de los derechos reales, se ocupa de lo referido a la usucapión.

El art. 1898 prevé la prescripción breve o decenal. Las condiciones son las mismas que con el anterior código, justo título y diez años de posesión. El concepto de justo título no varía, aunque la redacción es más precisa (art. 1902).

Pero el segundo párrafo tiene una novedad pues establece *“Si la cosa es registrable, el plazo de posesión útil se computa a partir de la registración del justo título”*. Aquí hay una modificación en cuanto al cómputo del plazo. No será desde el momento en que se tuvo el justo título y posesión, posesión con la que, de haber tenido un título suficiente, se hubiera adquirido el derecho.

Si tenemos en cuenta que el efecto de la prescripción breve es saneador de un título existente pero imperfecto, es lógico que la prescripción deba correr desde que se reunieron ambos elementos, es decir no solo el modo tradición sino también el modo declarativo inscripción. Por ello se ha dicho que como la

prescripción breve corrige los defectos del título, es que se exige que el plazo corra desde la registración del justo título⁵⁴. A partir del 1 de agosto de 2015, la ley expresamente establece que el término de prescripción corre desde la registración del título. Es que si a partir de ahí la posesión es útil, quiere decir que antes de ella no lo es, o sea no sirve para la prescripción breve.

Aquí la ley está dando trascendencia a la inscripción, quiere que el adquirente tenga un justo título que pueda ser conocido por cualquier interesado. Que su buena fe sea tal que haya concluido todos los trámites para hacer oponible el título que él consideraba perfecto. Como el justo título no emana del propietario o este carecía de capacidad para realizar el acto jurídico⁵⁵, se pretende que para su saneamiento sea cognoscible a través de la registración.

O sea que en este caso a la posesión ostensible o sea pública, para que pueda ser conocida la adquisición del derecho a sanear, se suma la necesidad de publicidad registral. La exigencia es solo para la prescripción breve, ello quiere decir que aunque hubiera justo título⁵⁶ para la prescripción larga el plazo corre desde la posesión.

H) PRESCRIPCIÓN BREVE COSAS MUEBLES ROBADAS O PERDIDAS

⁵⁴ Rivera – Medina ob. cit. pag. 246

⁵⁵ El Código Civil y Comercial establece la posibilidad de capacidades restringidas (art. 31y siguientes).

⁵⁶ Podría no haber buena fe y por ello no poder invocar la prescripción decenal.

También se prevé el plazo de dos años para la prescripción breve de cosas muebles robadas o pérdidas o sea aquellas a las que no se aplica el art. 1895. De la ubicación de la norma se entiende que requiere justo título y buena fe. Es obvio que si la cosa es robada o perdida, no tendrá título suficiente. Aquí adquieren relevancia las disposiciones sobre la buena fe del art. 1895.

Se unifica el plazo en dos años, no se distingue como hacia el art. 4016 bis del C.C. entre muebles registrables y no registrables. En el caso de automotores, es necesaria la inscripción, pues es constitutiva y sin ella no se puede invocar buena fe, es decir no puede estar convencido que adquirió el derecho, lo mismo surge del segundo y tercer párrafo del art. 1895. Por tratarse de cosa registrable el plazo se computa desde la registración (art. 1898 segundo párrafo).

I) LA BUENA FE PARA PRESCRIPCIÓN BREVE

El tercer párrafo del art. 1902, al considerar la buena fe para la prescripción breve, expresamente establece que para que exista se debe haber examinado la documentación, y las constancias registrales, y el cumplimiento de los actos de verificación establecidos en el régimen especial. O sea que, en el caso de inmuebles, la escritura debe haberse labrado con todas las previsiones de la ley registral, lo que es lógico porque de lo contrario no podría estar convencido de la legitimidad del derecho que cree adquirir, que es lo que sustenta la buena fe. Este tercer párrafo concuerda con el segundo, pues implica que no ha podido

conocer la falta de derecho, pese a haber tomado todos los recaudos legales.

En realidad aunque en el Código Civil no había un texto como el de estos dos párrafos, la doctrina y la jurisprudencia tenían en cuenta la situación, para considerar la buena fe. Es que del concepto mismo de buena fe y la finalidad de la publicidad registral⁵⁷, se deriva como consecuencia lo que ahora de manera expresa establece la ley.

J) POSESIÓN OSTENSIBLE

En materia de prescripción lo más interesante es el art. 1900 en cuanto establece que la posesión debe ser ostensible y continua. O sea que aquella habitual expresión de posesión pública, pacífica, continua, ininterrumpida, no precaria y sin vicios, tan usada en la jerga para la usucapión, es reemplazada por esta más breve y concisa.

Sin embargo no implica ninguna modificación sustancial en cuanto a la forma de ejercicio de la posesión. La posesión ostensible equivale a la posesión pública. Respecto a los otros vicios, en realidad lo que interesa para la usucapión, como en toda prescripción, es la inacción del propietario, mientras la inacción sea injustificada la prescripción debe correr, por ello es que la posesión debe ser ostensible, porque si no la inacción está justificada en que la posesión no se exterioriza no se manifiesta, por tanto no se conoce existe.

⁵⁷ Hacer cognoscibles situaciones jurídicas.

En cambio, en el caso de la violencia apenas concluye la desposesión con ese vicio, el propietario ya puede accionar, y si eventualmente la estuviera sufriendo al momento de cumplirse la prescripción podrá solicitar la dispensa⁵⁸. En cuanto al abuso de confianza tan pronto se intervierte el título y es excluido de la posesión está en condiciones de accionar. Por ello la simplificación de la norma.

Lo primero que pensamos ante la expresión ostensible, es en que la posesión debe ser pública, es decir sin el vicio de clandestinidad, que por otra parte sigue estando previsto (art. 1921). Sin dudas que se refiere a ello, lo que el legislador pretende señalar es que se ejerce de manera evidente, de manera notable. No olvidemos que la posesión es también una forma de publicidad (art. 1893 segundo párrafo), que en el caso permite conocer quien se comporta como dueño. Por ello es un elemento indispensable para la prescripción, se comporta como dueño y tal comportamiento es conocible por ser ostensible.

¿Pero ello implica que si se tienen los otros vicios que prevé el art. 1921, igualmente se puede prescribir? ¿El único vicio que lo impide es la clandestinidad? Recordemos que la inacción es uno de los motivos que justifican toda prescripción. Indudablemente si la posesión es clandestina, no es ostensible o publica, el propietario puede no tener conocimiento de su existencia y por ello no acciona y no por mera inacción.

La diferencia con la violencia es que cuando la deposición es violenta, apenas concluye la desposesión el propietario ya

⁵⁸ Art. 2550 el nuevo código amplía el plazo a seis meses en lugar de los tres mes que preveía el art. 3980 del Código Civil.

puede ejercer la acción, en cambio mientras no cese la clandestinidad no puede saber que fue desposeído.

Igual que con la violencia sucede con el abuso de confianza. Concretada la desposesión, se puede ejercer la acción. Ello aun cuando la posesión adquirida sea viciosa. Lo que interesa es la posibilidad del propietario de poder ejercer la acción real.

Por eso la prescripción corre desde que nace la acción, desde que conoce que se la tiene⁵⁹. Esto sucede recién cuando la posesión sea ostensible, o sea dejó de ser clandestina si se adquirió por ese vicio. O cuando ceso la violencia, o cuando se concretó el despojo por abuso de confianza.

K) POSESIÓN CONTINUA

También implica una simplificación, pues el Código Civil distinguía entre posesión continua e ininterrumpida. Así mientras la primera dependía de la voluntad del poseedor. La continuidad dependía del poseedor, de que ejerciera la posesión, si dejaba de hacerlo se discontinuaba. Consistía en que no hubiera omisión por parte del poseedor. Mientras que la interrupción dependía de un acto de un tercero o del mismo poseedor en contra del ejercicio de la posesión. Pero la interrupción implicaba la discontinuidad de la posesión, así la nota al art. 2481 del Código Civil decía que

⁵⁹ El art. 2554 establece para la prescripción liberatoria que el plazo comienza a correr el día que la prestación es exigible, o sea el día que nace la acción. No hay motivo para no considerar que el plazo comienza a correr en la adquisitiva el día que el propietario tiene acción, lo que sucede en el momento en que el poseedor comienza su posesión, si es que el propietario no se encuentra impedido de ejercerla, lo que sucede mientras duran los vicios.

“una posesión es discontinua, cuando ha sido interrumpida, pero una posesión puede ser discontinua sin haber sido interrumpida”⁶⁰.

Por ello parece correcta la reforma. Lo que interesa es que la posesión sea ejercida durante veinte años de manera constante y que sea siempre la misma posesión. O sea que no se haya dejado de poseer un tiempo y luego retomado la posesión. No importa si la discontinuidad se produjo por una omisión del poseedor o si fue consecuencia de un acto voluntario suyo o de un tercero, a los fines de la prescripción es lo mismo.

En el actual régimen legal la situación es la misma que antes, lo que sucede es que ambos supuestos están comprendidos ahora en la expresión “continua”. Que la posesión sea continua implica que durante todo el plazo de prescripción el poseedor realice actos de posesión, sea de manera permanente o periódica, según la naturaleza de la cosa poseída⁶¹, pero que evidencia una conducta, como dueño, constante sobre la cosa.

L) UNIÓN DE POSESIONES

El art. 1901 se ocupa de la antes llamada accesión de posesiones, que estaba regulada al tratar de la posesión, con alguna norma al regular la prescripción adquisitiva (art. 2474, 2475, 2476 y 4005 del Código Civil). En una sola disposición se regula todo lo atinente a la posibilidad de sumar el plazo del anterior poseedor. Ya no se exige la anualidad. La expresión unión de posesiones, nos parece, hace más comprensible la cuestión técnica que implica. Cabe recordar que la posesión no se

⁶⁰ Ver Musto, ob cit. Tomo I pag. 423

⁶¹ Rivera –Medina ob. cit. pag. 250

transmite, sino que mediante la tradición se transmite la cosa, con lo que una posesión concluye y comienza otra, por ello se hace referencia a unión de posesiones.

En cuanto al heredero, en consonancia con las previsiones del derecho sucesorio, se establece que continúa la posesión del causante, lo que antes se preveía en el art. 3418 del Código Civil.

Para la prescripción breve se mantiene la exigencia de la buena fe por parte de ambas posesiones que se unen, debiendo existir un vínculo jurídico, que relacione al último poseedor con el justo título del primero.

M) JUICIO DE USUCAPIÓN⁶².

Otra novedad es que dentro de esta parte general y referida a la usucapión trae una disposición expresa sobre el juicio de usucapión. El artículo 1905 se refiere expresamente al título instrumental, es decir a la sentencia de prescripción adquisitiva.

Como sabemos la ley 14159 en su art. 24 tiene algunas disposiciones respecto al proceso de usucapión, que constituyen reglas a las que se han tenido que adecuar las leyes procesales. Lo primero es hacer notar que esta ley no ha sido derogada, por lo que al igual que otras leyes especiales seguirá vigente⁶³. En efecto, la ley 26.994 que en su art. 1 aprueba el nuevo Código Civil y

⁶² El análisis de esta norma excede el marco de este trabajo. Lo hemos tratado con anterioridad, allí remitimos: "Juicio de Usucapión y el art. 1905 del CCCN" Semanario Jurídico Número 2023 del 24 de septiembre de 2015, pag.529/533. Corresponde a Tomo 112 -2015-B

⁶³ Rivera, ob. cit. pag. 258, pareciera dar a entender lo contrario, porque hace referencia a que el art. 1905 mantiene algunos de los principios de la ley 14159, lo que implicaría que la reemplaza.

Comercial de la Nación que la integra como anexo, en el art. 3 establece que normas se derogan dentro de las cuales no se encuentra la ley que nos ocupa, y el art. 5 dispone que la leyes complementarias, o que se encuentran incorporadas al Código Civil o de Comercio que no fueron derogadas por el art. 3 *“mantienen su vigencia como leyes que complementan al Código Civil y Comercial de la Nación...”*.

N) TRANSMISIBILIDAD Y EXTINCIÓN

El art. 1906 establece que todos los derechos reales son transmisibles, salvo disposición legal en contrario. Esta norma específica para los derechos reales, es concordante con el art. 398 que establece en general que todos los derechos son transmisibles. O sea que la regla es la transmisibilidad.

Señalaremos que durante la vigencia del Código Civil derogado los únicos derechos reales transmisibles eran los que recaían sobre cosa propia, el usufructo, el uso y la habitación eran intransmisibles. Las servidumbres y los derechos de garantía, en tanto derechos reales accesorios, solo se transmitían de manera conjunta con el derecho al que accedían⁶⁴.

De manera expresa se establecía que el derecho de usufructo era intransmisible (art 2870 C.C.), ahora en cambio, además de esta norma genérica (art. 1906 C.C.C.N.), tenemos que de manera expresa se establece que puede ser transmitido, aunque para su duración se considera la vida del usufructuario transmitente y no la del adquirente (art. 2142 C.C.C.N.), lo que también se aplicará

⁶⁴ Bueres, ob. cit. pag. 260.

al uso (art. 2155 C.C.C.N.). No obstante se mantiene la imposibilidad de transmitir el derecho de habitación (art. 2160 C.C.C.N.), norma específica que excluye la aplicación del art. 1906 para este derecho.

El último artículo del título de las disposiciones generales, el 1907, se refiere a la extinción de los derechos reales, por destrucción de la cosa, por abandono y por consolidación en el caso de los derechos reales sobre cosa ajena, ello sin perjuicio de que se extinguen por los medios que fenecen todos los de derechos patrimoniales, y por los especiales previstos para algunos derechos reales.

Aquí se evidencia claramente la metodología del nuevo cuerpo normativo, es una norma general que se aplica a todos los derechos reales, mientras que en el Código Civil, se regulaban los modos de extinción al tratar cada uno de los derechos reales.⁶⁵ Parece acertada la nueva metodología pues *“la mayoría de los modos de extinción son susceptibles de generalizarse para aplicarse a todos los derechos reales o a muchos de ellos”*⁶⁶

V) DISPOSICIONES GENERALES DENTRO DE LOS DERECHOS ESPECÍFICOS

En su articulado del libro cuarto, el nuevo código repite la metodología, y comienza por traer disposiciones generales, que serán aplicadas a la institución que a continuación regula. Esto es no hay que considerar solo los artículos particulares, sino

⁶⁵ Rivera – Medina ob.cit. pag. 260.

⁶⁶ Bueres, ob. cit. pag. 261.

también tener en cuenta los generales. Siempre considerar las disposiciones generales.

Así por ejemplo al regular la posesión y la tenencia (Título II), el Capítulo I trae las disposiciones generales, en donde las agrupa como relaciones de poder, y la mayoría de sus normas se aplican tanto a la posesión como a la tenencia.

El primer capítulo que regula el dominio trae las disposiciones generales, su concepto, caracteres, facultades, extensión, distinción del dominio perfecto e imperfecto. El condominio en su primer capítulo trae las disposiciones que se aplicaran a todo condominio tanto al de indivisión forzosa como al de indivisión forzosa perdurable

Lo mismo sucede con la propiedad horizontal (Título V, Capítulo I). Allí la caracteriza y tipifica, y entre otras disposiciones expresamente establece que constituye una persona jurídica. Es importante señalar que sus disposiciones regirán los conjuntos inmobiliarios, conforme lo dispone el art. 2075. O sea que esas disposiciones generales deberán ser tenidas en cuenta también para estos otros derechos reales.

El esquema se reitera en el usufructo (Título VIII, Capítulo I), debiendo tenerse en cuenta que la disposiciones sobre este derecho se aplican al uso (art. 2155) y habitación (art. 2159). También trae disposiciones generales en materia de servidumbres.

Donde adquiere particular interés esta metodología es en los derechos reales de garantía, pues en el Título XII que los regula, comienza igualmente con disposiciones comunes. Allí se regula todo aquello que se aplicará a todos los derechos reales de garantía que luego legislará específicamente. *“Con ello se logra la unidad de fondo, lo cual implica extender, de manera expresa, a*

todos los derechos reales de esta índole, normas que la regulación anterior mantenía asignada a un único tipo o repetidas en las restantes figuras... Este método... permite reducir el tratamiento específico de cada una de las garantías reales receptadas”⁶⁷

Luego de la parte general aplicable a todos, se regula cada derecho real de garantía en particular.

El esquema se reitera al regular la prenda, porque al prever prenda de cosas y de créditos, se consideró necesario primero traer las disposiciones aplicables a toda prenda.

El esquema tampoco podía faltar al tratar las acciones reales, así principia por las disposiciones generales donde da el concepto de acciones reales y enumera las acciones reales típicas, cuatro en lugar de las tres que traía el Código Civil. Pues, además de la reivindicatoria, confesoria y negatoria, con acierto incluye la acción de deslinde que antes estaba regulada al tratar el condominio, por relacionarlo con ese derecho, como si hubiera un condominio por confusión de límites (2746 CC) sobre la zona confundida sino se podida determinar el límite⁶⁸.

Entendemos que deja claro el ámbito de aplicación de cada acción, lo que se ve ratificado al regularlas en particular, de lo que se ocupa luego de las disposiciones generales.

⁶⁷ Gabriela Alejandra Iturbide “Disposiciones comunes a los derechos reales de garantía”, en “Derecho Privado- Reforma del Código Civil IV”, Año II, Número 5, Pag. 125, Infojus.

⁶⁸ El tema excede este trabajo, puede verse en cualquier libro de derechos reales las críticas que se hacía a tal idea. Por ejemplo Arean ob. cit. pag. 370, donde cita a Bibiloni.

VI) CONCLUSIONES

El Código Civil y Comercial, ha adoptado como metodología comenzar la regulación de los derechos reales por las disposiciones comunes, incluyendo las normas que se aplicaran a todo el libro cuarto. Con lo que ahora la existencia de una parte general de los derechos reales tiene clara recepción normativa lo que, siguiendo la ley sustancial ayudará al abordaje de la materia de manera más ordenada.

Esta metodología es una constante, pues así como el Código Civil y Comercial incluye una parte general del derecho privado, y lo que vendría ser una parte general de los derechos reales, también al tratar los distintos aspectos (relaciones de poder, acciones) y derechos reales, principia por traer disposiciones generales.

Parece un acierto en la regulación ir de lo general a lo particular, facilita la comprensión y en muchos casos evita repeticiones o remisiones.

VEHÍCULOS AÉREOS NO TRIPULADOS (DRONES). ASPECTOS DE INTERÉS E INSCRIPCIÓN REGISTRAL.

*Por Guillermo C. Ford Ferrer**

SUMARIO: Antecedentes. Denominación. ¿Son Aeronaves o no? Ventajas y desventajas de aplicar el régimen de aeronaves. Tarea de la OACI y de la ANAC (Argentina). Reglamento provisorio de la ANAC. Registro Nacional de Aeronaves: Registro de VANT. Idoneidad de la tripulación. Algunas reflexiones a modo de conclusión.

ANTECEDENTES

Los drones aparecen en su versión ya definida en la Primera Guerra Mundial, la cual fue prolífica en ensayar artificios susceptibles de causar gran daño a los seres humanos. Fue tal la potencialidad de daño de esta invención, que en 1944, en oportunidad de suscribirse el Convenio Internacional de Aviación Civil, se los incluyó expresamente con el único objeto de prohibirlos, como regla general. En efecto, el art. 8 del Convenio de Chicago, expresa que “...ninguna aeronave capaz de volar sin piloto volará sin él sobre el territorio de un Estado Contratante, a

* Director de las Carreras Jurídicas de la UBP, Profesor Titular de Derecho del Transporte y de las Telecomunicaciones de la Carrera de Abogacía de la UBP y de la cátedra “A” de Derecho de las Navegaciones de la Carrera de Abogacía de la UCC.

menos que se cuente con autorización especial de tal Estado y de conformidad con los términos de dicha autorización. Cada Estado contratante se compromete a asegurar que los vuelos de tales aeronaves sin piloto en las regiones abiertas a las aeronaves civiles sean controlados de forma que se evite todo peligro para aeronaves civiles...”¹

DENOMINACIÓN

El término más extendido para nombrar a estos aparatos es el de “dron” que es el recogido en la 23.^a edición del [Diccionario de la lengua española](#), derivado por asimilación, del inglés *drone*, que literalmente significa [zángano](#), siendo su forma plural regular *drones*. Con este término se designa a diversos tipos de vehículos aéreos no tripulados. En una primera etapa, este término aludía a aparatos básicamente de uso militar y con aspecto similar al de un avión, por lo que se extendió como alternativa al término procedente del inglés la expresión «avión no tripulado», que puede considerarse adecuada en muchos casos. No obstante, más recientemente hay una gran cantidad de drones de uso civil que no guarda semejanza con los aviones. Por tal motivo pueden emplearse expresiones más genéricas como «vehículos aéreos no tripulados» o «robots voladores», según los casos. Otra denominación utilizada es la de Aeronaves Tripuladas a Distancia La autoridad aeronáutica argentina (ANAC) de manera muy prudente ha preferido designarlos como “Vehículos aéreos no tripulados”, hasta que la OACI complete el ciclo de la adaptación

¹ Ver Decreto Ley 15.110/46, ratificado por Ley 13.891.

legislativa de esta nueva realidad tecnológica, evitando así, una asimilación total con el régimen de las aeronaves.

¿SON AERONAVES O NO?

La doctrina más autorizada en forma mayoritaria sostiene que responden a la categoría de aeronaves, sin duda alguna. Entre los argumentos más utilizados están los que afirman que la propia convención de Chicago los incluyó en el art. 8 como “aeronaves sin piloto”, no dejando margen para otra discusión. Otros sostienen que responden a todas las definiciones, tanto a las técnicas (aparatos que utilizan las reacciones del aire como medio de sustentación o propulsión) como a las jurídicas. El artículo 36 del Código Aeronáutico Argentino habla de “*aparatos o mecanismos que puedan circular por el espacio aéreo y que sean aptos para transportar personas o cosas*”. En 1996 el autor de este trabajo propuso definir a la aeronave como “*artefacto o mecanismo destinado a la aeronavegación con independencia de la superficie terrestre y acuática*”². En todos los casos, es cierto, que los drones responden a estas descripciones, pero es lícito aclarar que puede predicarse exactamente lo mismo de las pequeñas embarcaciones (por ejemplo, botes o esquifes) o de las embarcaciones o aparatos de navegación deportiva, en relación con los buques, sin que aquellos puedan asimilarse absolutamente a estos últimos³.

² Ford, Guillermo y otros, “Introducción al Derecho Aeronáutico, Espacial y de las Telecomunicaciones”, Ed. García Torralba, Córdoba, 1996.

³ En efecto, durante la década del ochenta se han gastado jornadas enteras de discusiones sobre la naturaleza jurídica de las embarcaciones deportivas. Llevar al extremo la literalidad de las definiciones puede llevar al absurdo de pretender que una colisión entre dos tablas de windsurf constituyen un abordaje y por ende la

Otros autores, como Romualdi, sostienen que no son aeronaves, dado que son tantas las excepciones que hay que aplicarles que hay que admitir que son otra cosa diferente⁴. Se destacan particularmente las disposiciones como las del art. 79 del C.A. que dispone que toda aeronave “...*debe tener a bordo un piloto habilitado para conducirla, investido de las funciones de comandante...*” o la del art. 52 que ordena la constitución de hipoteca para gravarlas con un derecho real de garantía, estando vedada la constitución de prenda con registro. Tampoco se ha considerado aplicable el régimen de limitación de la responsabilidad del Convenio de Roma de 1952⁵, análogo al del artículo 160 del C.A. y la realidad de estos aparatos hacen imposible la aplicación plena del art. 10, segundo párrafo del mismo cuerpo legal, toda vez que son poco factibles las inspecciones que allí se prevén.

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE AERONAVES

Si consideramos a los drones como aeronaves, la actividad realizada con los mismos, encuadra en el artículo 1º del Código

necesidad de aplicación de las normas de fondo y procesales de la Ley de Navegación a dicha situación.

⁴ Romualdi, Emilio, sus intervenciones en los debates de las XXXIX y XL Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial, 2015 y 2016, respectivamente.

⁵ Morsello, Marco Fabio, “Aspectos jurídicos principales de las aeronaves sin piloto. Consideraciones críticas”, ponencia, en “XL Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial”, Universidad Nacional de Mendoza, 23, 24 y 25 de agosto de 2016.

Aeronáutico y por ende, debe ser regulada, en principio por este último. De más está decir que la Administración Nacional de Aviación Civil, asumió el desafío de su regulación a través de un reglamento provisorio que se comentará posteriormente. Las ventajas evidentes son las de someter a estos aparatos notoriamente riesgosos a un control más exhaustivo por parte del Estado, a través de dos mecanismos que tiene el régimen de las aeronaves: la registración del dominio (art. 49, C.A.), la cual es esencial para determinar con certeza al eventual responsable por los daños y perjuicios que puede ocasionar el objeto y la obligación de asegurar por daños causados a terceros y sus bienes (art. 192 C.A.). Es de particular interés que también quede abarcada su actividad por las disposiciones del título IX del C.A., las cuales determinan la competencia administrativa de la Junta de Investigación de Accidentes de Aviación⁶ en caso de accidentes e incidentes, lo que permite aprovechar la experiencia de los infortunios para mejorar a futuro la regulación legal y procurar que no se produzcan en el porvenir accidentes por las mismas causas.

No parece razonable la aplicación al caso de las normas que limitan la responsabilidad del explotador, ya que dichas disposiciones protectorias son fundadas en razones de fomento de la empresa de transporte aéreo comercial, cuestión totalmente ajena a la naturaleza y función variada que tiene un dron, limitación que, por otra parte, es severamente cuestionada por la doctrina mayoritaria desde el punto de vista jurídico.⁷

⁶Decreto 934/70 (B.O.17/04/70).

⁷ Morsello, Marco Favio, op. cit.

LABOR DE LA O.A.C.I. Y DE LA A.N.A.C. (ARGENTINA)

Por el momento la Organización de Aviación Civil Internacional, con sede en Montreal, desde 2011 tiene publicado un completo manual de operaciones, publicado mediante la Circular 328 AN/190 denominado “Sistema de Aeronaves No Tripuladas” (UAS)⁸ que no tiene valor vinculante y que constituye un conjunto de estándares y prácticas recomendadas, como es usual en este organismo.

También actualmente la OACI se encuentra elaborando el marco normativo que regulará la operación de dichos vehículos aéreos y, de acuerdo a lo previsto en los documentos citados, a medida que cada tema y tecnología alcancen suficiente madurez, se adoptarán Normas y Métodos Recomendados (SARPS, por su sigla en inglés: Standards and Recommended Practices) pertinentes, previendo que ello constituirá un proceso evolutivo y gradual⁹.

Por su parte, el Poder Ejecutivo Nacional, mediante el Decreto N° 1.770 de fecha 29 de noviembre de 2.007 estableció que la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC) ejerce, entre otras facultades, las acciones necesarias competentes a la Autoridad Aeronáutica derivadas del Código Aeronáutico, las Regulaciones Aeronáuticas, los Convenios y Acuerdos Internacionales, el Reglamento del Aire y demás normativas y disposiciones vigentes, tanto nacionales como internacionales. En tal virtud este organismo dictó la Resolución 527 del 10 de julio

⁸http://www.icao.int/Meetings/UAS/Documents/Circular%20328_es.pdf (fecha de lectura 06/09/2016).

⁹Fundamentos de la Resolución 527/2015 de la A.N.A.C.

de 2015 denominada “Reglamento provisional de los vehículos aéreos no tripulados”, que entraría en vigencia, según su art. 3 a los ciento veinte días de su publicación en el boletín oficial.

Como es común en este tipo de normas que son reflejo de disposiciones de organismos internacionales, tiene un espacio dedicado a las siguientes definiciones:

▪ **Aeromodelo:** Aparato o mecanismo que puede circular en el espacio aéreo, controlado o conducido a distancia por un sistema de radio control (que acciona directamente sus servos) que opera a la vista de su operador y cuyo destino es exclusivamente recreativo y/o deportivo.....”

▪ **Espacio aéreo segregado.** Espacio aéreo de dimensiones especificadas asignado a usuarios específicos para su uso exclusivo.

▪ **Estación de piloto remoto.** Estación en la cual el piloto remoto dirige el vuelo de un vehículo aéreo pilotado a distancia.

▪ **Miembro de la tripulación remota.** Miembro de la tripulación, titular de una autorización, encargado de tareas esenciales para la operación de un sistema de vehículo aéreo pilotado a distancia durante el tiempo de vuelo.

▪ **Noche.** Las horas comprendidas entre el fin del crepúsculo civil vespertino y el comienzo del crepúsculo civil matutino, o cualquier otro periodo entre la puesta y la

salida del sol que especifique la autoridad correspondiente¹⁰.

▪ **Observador de vehículo aéreo pilotado a distancia.** Miembro de la tripulación remota quien, mediante observación visual del vehículo aéreo pilotado a distancia, ayuda al piloto remoto en la realización segura del vuelo.

▪ **Operación exclusivamente autónoma.** Una operación durante la cual un vehículo aéreo no tripulado vuela sin intervención de piloto en la gestión del vuelo.

▪ **Operación con visibilidad directa.** Operación en la cual la tripulación remota mantiene contacto visual — sin el auxilio de instrumentos— con el vehículo aéreo para dirigir su vuelo y satisfacer las responsabilidades de separación y anticolisión.

▪ **Pilotada a distancia.** Control de un vehículo aéreo desde una estación de piloto remoto que no está a bordo de aquél.

▪ **Piloto a los mandos.** Persona que manipula los mandos de vuelo de un vehículo aéreo y es responsable de la trayectoria del vuelo de aquél.

▪ **Piloto remoto.** Persona que manipula los controles de vuelo de un vehículo aéreo pilotado a distancia durante el tiempo de vuelo.

▪ **Sistema de vehículo aéreo pilotado a distancia.** Conjunto de elementos configurables integrado por un

¹⁰NOTA: El crepúsculo civil termina por la tarde cuando el centro del disco solar se halle a 6° por debajo del horizonte y empieza por la mañana cuando el centro del disco solar se halle a 6° por debajo del horizonte.

vehículo aéreo pilotado a distancia, sus estaciones de piloto remoto conexas, los necesarios enlaces de mando y control y cualquier otro elemento del sistema que pueda requerirse en cualquier punto durante la operación de vuelo.

Transferencia. Acción de trasladar el control del pilotaje de una estación de piloto remoto a otra.

▪ **Uso recreativo o deportivo.** Operación del vehículo aéreo pilotado a distancia o del sistema de vehículos aéreos pilotados a distancia por diversión, esparcimiento, placer o pasatiempo o con fines terapéuticos y sin otra motivación. Por ello, no se considera uso recreativo o deportivo el uso de estos vehículos para: 1) la fotografía o filmación no consentida de terceros o de sus bienes o pertenencias; 2) la observación, intromisión o molestia en la vida y actividades de terceros. 3) la realización de actividades semejantes al trabajo aéreo.

▪ **Vehículo aéreo exclusivamente autónomo.** Vehículo aéreo no tripulado que no permite la intervención del piloto en la gestión del vuelo.

▪ **Vehículo aéreo no tripulado.** Vehículo aéreo destinado a volar sin piloto a bordo.

▪ **Vehículo aéreo pilotado a distancia.** Vehículo aéreo que no lleva a bordo un piloto a los mandos.

Este reglamento prescribe de modo provisorio los requisitos generales de operación de los vehículos aéreos pilotados a distancia, cualquiera sea su naturaleza constructiva y de los sistemas de vehículos aéreos pilotados a distancia en el territorio

de la República Argentina, sus aguas jurisdiccionales, el espacio aéreo que lo cubre y los espacios aéreos extraterritoriales, cuando por convenios internacionales se acuerde que dichos espacios se encuentran bajo jurisdicción de nuestro país y establece como autoridad de aplicación en el rubro a la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC) (Conf. Arts. 1 y 2).

La normativa alcanza a toda persona física o jurídica que pretenda obtener una autorización para operar vehículos aéreos pilotados a distancia o sistemas de vehículos aéreos pilotados a distancia o que pretenda ser miembro de la tripulación remota, como así también a toda persona que lleve a cabo la conservación de tales aparatos. A tal fin se establece una clasificación tripartita que describe tres categorías: Vehículos autónomos; vehículos aéreos pilotados a distancia y sistemas de vehículos aéreos pilotados a distancia. Por su peso, en cambio, se clasifican en: a) pequeños (hasta 10 kg. de peso vacío); b) Medianos (entre 10 kg. y 150 kg. de peso vacío; y Grandes, de más de 150 kg.

Resulta de mucha importancia destacar que, a partir de este régimen jurídico, todo sujeto que pretenda operar un vehículo aéreo pilotado a distancia o un sistema de vehículos aéreos pilotados a distancia **deberá contar con una autorización expedida por la ANAC**, con excepción de los vehículos pequeños con fines deportivos o recreativos. Asimismo, el reglamento prohíbe la operación de vehículos aéreos pilotados a distancia o sistemas de vehículos aéreos pilotados a distancia en espacios aéreos controlados, corredores visuales y helicorredores; o en áreas sensibles al ruido; o dentro del área de influencia de la senda

de aproximación o de despegue de un aeródromo; o zonas prohibidas, restringidas y/o peligrosas que se hayan establecido como tales; todo ello, excepto que previamente se haya obtenido una autorización especial de la autoridad aeronáutica con intervención del prestador de servicios de tránsito aéreo.

Fuera de los supuestos previstos en el artículo anterior, los vehículos aéreos pilotados a distancia o sistemas de vehículos aéreos pilotados a distancia estarán limitados para operar hasta una altura máxima de 122 metros (400 pies) sobre el nivel del terreno. Amén de ello, los vehículos aéreos pilotados a distancia o sistemas de vehículos aéreos pilotados a distancia no podrán ser operados a más de 43 metros (140 pies) de altura sobre nivel del terreno debajo de un espacio aéreo controlado o dentro de un radio de 5 kilómetros del centro geométrico de la pista de un aeródromo. Excepcionalmente, y siempre que lo requiera la naturaleza de la operación y se establezcan medidas de seguridad apropiadas, la autoridad aeronáutica podrá conceder autorizaciones especiales para la operación en estos sectores, con intervención del prestador de servicios de navegación aérea, cuando se trate de un aeródromo donde se presten dichos servicios o del jefe de aeródromo, en caso que no existir dicho servicio.

Por otro lado, se prevé que ningún vehículo aéreo pilotado a distancia o sistema de vehículos aéreos pilotados a distancia podrá operar a una distancia menor a un (1) kilómetro del límite lateral de un corredor destinado a operaciones realizadas según reglas de vuelo visual o VFR (por su sigla en inglés: visual flight rules), salvo excepción otorgada en los términos expresados más

arriba. Luego el reglamento continúa con alguna casuística sobre la operación de estos vehículos, a cuyos términos este autor se remite en honor a la brevedad.

Otro detalle de gran importancia de esta normativa es que precisa que la operación de un vehículo aéreo pilotado a distancia o de un sistema de vehículos aéreos pilotados a distancia será responsabilidad de quienes la lleven a cabo o faciliten, incluyendo la responsabilidad por los daños y perjuicios que puedan provocar a terceros durante sus operaciones. Al respecto, si bien es cuestionable que una simple resolución de autoridad administrativa legisle sobre cuestiones de fondo, como la responsabilidad civil, no es menos cierto que dichas previsiones se encuentran dentro de lo establecido en el art. 1757 del Código Civil y Comercial que establecen responsabilidad objetiva, no solamente por operar cosas riesgosas, sino también por “actividades” riesgosas. Otro tema de discusión, que excede este trabajo es dilucidar si realmente es dable aplicar las normas de los artículos 155 y siguientes del Código Aeronáutico¹¹,

Como consecuencia de lo anterior, los propietarios u operadores de vehículos aéreos pilotados a distancia o sistemas de vehículos aéreos pilotados a distancia están obligados a contratar un seguro de responsabilidad por los daños a terceros que pudiera ocasionar su operación. No se autorizará la circulación aérea de vehículo alguno, concluye el reglamento, “..

¹¹ La aplicatoriedad de esta normativa tiene consecuencias graves, en lo que se refiere a la institución de la limitación de la responsabilidad y en que acota el alcance del daño indemnizable a los daños exclusivamente directos.

a menos que acredite tener asegurados tales daños. Las coberturas de riesgos no podrán ser inferiores a las establecidas, para aeronaves, en el artículo 160 del Código Aeronáutico...”¹²

Luego de una larga caustica referida nuevamente a la operación de estos vehículos, el art. 22 declara la categórica prohibición de operaciones de cualquier tipo y con cualquier finalidad de vehículos aéreos exclusivamente autónomos, es decir que no tienen ningún tipo de control a distancia, todo ello por su evidente potencialidad de daño.

El capítulo tres del reglamento dedica todo su articulado en reglamentar las operaciones de los vehículos aéreos no tripulados pequeños con fines recreativos o deportivos, las cuales, en esencia, son responsabilidad de los que las llevan a cabo o de quienes las faciliten. No se les aplica a estos vehículos las disposiciones de los artículos 13, 14, 17, 30 y 31 de la normativa comentada¹³.

¹² Conf. Art. 13 del reglamento.

¹³CAPÍTULO III.- RÉGIMEN DE LOS VEHÍCULOS AÉREOS NO TRIPULADOS PEQUEÑOS CON FINES RECREATIVOS O DEPORTIVOS.

ARTÍCULO 23.- Los miembros de la tripulación remota de un vehículo aéreo pilotado a distancia o un sistema de vehículos aéreos pilotados a distancia de esta categoría deberán ser mayores de 16 años de edad y cumplir los requisitos establecidos en el Capítulo V del presente reglamento.

ARTÍCULO 24.- Cuando la tripulación remota estuviera integrada por un miembro menor de 18 años y mayor de 16, deberá encontrarse bajo la supervisión directa de un mayor de edad responsable por sus actos y omisiones.

ARTÍCULO 25.- Todo miembro de la tripulación remota de un vehículo aéreo pilotado a distancia o de un sistema de vehículos aéreos pilotados a distancia deberá adoptar las medidas necesarias para comprobar el correcto funcionamiento del vehículo aéreo o sistema antes de iniciar su uso.

ARTÍCULO 26.- La operación será responsabilidad de quienes la lleven a cabo o faciliten, incluyendo la responsabilidad por los daños y perjuicios que puedan provocar a terceros durante sus operaciones.

ARTÍCULO 27.- Su operación deberá desarrollarse en un radio nunca inferior a los TREINTA (30) metros en la horizontal y de DIEZ (10) metros en la vertical respecto a personas ajenas a la tripulación remota.

ARTÍCULO 28.- Ningún miembro de la tripulación remota participará en su

REGISTRO NACIONAL DE AERONAVES. REGISTRO DE VANT

De conformidad con el reglamento comentado, los vehículos aéreos pilotados a distancia y los sistemas de vehículos aéreos pilotados a distancia deberán inscribirse en un registro especial, que será organizado y administrado por el Registro Nacional de Aeronaves. Se dispone que estos vehículos aéreos o sistemas deberán llevar una placa de identificación inalterable fijada a su estructura, con arreglo a la Parte 45 Subparte B Sección 45.13 de las Regulaciones Argentinas de Aviación Civil (RAAC) que indique: su identificación, su número de serie o de manufactura y el nombre y domicilio del propietario y del operador, si correspondiera. La estación de piloto remoto llevará inscripta la individualización del vehículo aéreo que desde dicha estación se controle.

Consecuentemente, el Registro Nacional de Aeronaves, ha instrumentado el registro de VANT y describe los pasos en su página web¹⁴:

1.- Completar el formulario de Declaración de Propiedad de Vehículo Aéreo No Tripulado en el Casillero Aeronáutico Digital

operación bajo los efectos del alcohol o drogas.

ARTÍCULO 29.- No será aplicable al uso y la operación de los vehículos aéreos no tripulados pequeños con fines recreativos o deportivos, lo dispuesto en los Artículos 13, 14, 17, 30 y 31 de este Reglamento.

¹⁴<http://www.anac.gov.ar/anac/web/index.php/1/1248/vehiculos-aereos-no-tripulados-vant/pasos-para-la-registracion>

(CAD). En caso de no poseer dicho acceso, se debe gestionar por internet, buscando el perfil VANT.

2.- Abonar el arancel.

3.- Presentar el formulario generado en el CAD, con la firma del interesado certificada (y legalizada en caso de corresponder), junto con el recibo de pago del arancel, sea personalmente en la mesa de entrada del Registro Nacional de Aeronaves (Av. Paseo Colón 1.452, Planta Baja, (C1063ADO) C.A.B.A. o remitiendo la solicitud por correo dirigido a la misma dirección.

4.- Transcurridas 48 horas se puede consultar el estado del trámite en el CAD. En caso de estar validado, se puede descargar e imprimir el certificado de inscripción del VANT.

Finalmente el capítulo V se ocupa de reglamentar los requisitos para la tripulación remota de los vehículos. La reglamentación les exige ser mayores de edad; contar con aptitud psicofisiológica certificada por un hospital público, que de cuenta de su aptitud visual y auditiva como así también de su motricidad fina (este recaudo deberá ser acreditado cada dos años); acreditar, mediante una evaluación por parte de la autoridad aeronáutica, el conocimiento de la reglamentación vigente; y acreditar, mediante una evaluación por parte de la autoridad aeronáutica, su aptitud para operar en forma segura el tipo de vehículo aéreo o sistema para el cual solicite autorización. Al margen de ello, el reglamento también exige al final que la tripulación se sujete a las

disposiciones vigentes en materia de radiocomunicaciones y declara que el piloto a los mandos es el responsable de su conducción y maniobra.

ALGUNAS REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

Este reglamento provisional, como su propio título lo señala es el primer intento en la Argentina de regulación de la actividad de los drones que ya es una realidad innegable (e imparable) en todo el mundo. Se considera altamente positivo que el Estado Nacional, a través de la ANAC, asuma plenamente el rol que le compete como garante del bien general y particularmente de la seguridad de la circulación aérea.

No obstante ello, quedan por delante muchas incógnitas y habrá que esperar a que la OACI vaya decantando un sistema jurídico global que sirva de orientación para todos los Estados en lo que concierne a esta actividad.

Sin bien los interrogantes son muchos, es de particular significación establecer en el orden interno un criterio legal y definitivo en materia de limitación de la responsabilidad, ya que el reglamento comentado, lejos de esclarecer el tema, lleva a confusión en razón de su tangencial referencia al art. 160 del Código Aeronáutico, siendo que conforme la opinión mayoritaria de la doctrina, no es conveniente la trasladar lisa y llanamente el régimen de limitación de la responsabilidad de los explotadores de aeronaves a actividades de la naturaleza descrita en el reglamento provisorio objeto del presente análisis.

**CARACTERIZACIÓN DEL CONSENTIMIENTO
CONTRACTUAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
DE LA NACIÓN**

*Por Alejandro E. Freytes**

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación introdujo modificaciones trascendentes al régimen del Código Civil de Vélez Sarsfield para la formación del contrato, algunas superadoras del anterior diseño, otras en cambio, evidentemente inconvenientes y claramente ajenas a nuestra tradición jurídica.

SUMARIO: 1. El contrato en nuestros días. 2. Hecho y acto jurídico. 3. El contrato como acto jurídico. 4. El consentimiento. 5. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: a. El acuerdo y la conducta de las partes. B. La oferta. C. La aceptación. D. Formación progresiva y acuerdos parciales.

1. EL CONTRATO EN NUESTROS DÍAS

Es un dato irrefutable de la realidad que la noción de contrato como vínculo relacional con proyecciones jurídicas o como instrumento de intercambio de bienes y servicios ha sufrido y es probable que siga sufriendo mutaciones, desgajamientos o alteraciones de aquel diseño clásico que pergeñaron los autores racionalistas del siglo XVIII y XIX, y que hoy resultan

irreconocibles en la multifacética realidad comercial y en sus variados requerimientos operativos.

Ha dicho recientemente Denis Mazeaud¹, analizando la situación francesa a este respecto, que si la reforma del *Code* de 1804 se impusiera, ello implicaría aceptar que el Código Napoleón ha dejado de ser el estuche del derecho común de los contratos, la fuente de sus reglas fundamentales, pues lo esencial del derecho de los contratos se encuentra hoy fuera del ámbito del Código Civil francés, residiendo en la legislación de consumo, el Código de Comercio, en el Boletín Civil de los fallos del Tribunal de Casación, etc., presentándose como un ordenamiento diseminado, fragmentado, difuso y desintegrado.

Es que el paradigma contractual que imaginaron los juristas que abordaron el movimiento codificador en la Europa del siglo XIX, de donde se desplazó a la América Hispánica, se sustentaba en un vínculo relacional paritario, singular, de prestaciones equilibradas, fruto de una voluntad interna elaborada sin vicios que la afecten, manifestada sin restricción alguna por ciudadanos libres, capaces y económicamente autorreferentes, que podían discernir con la más absoluta libertad las cláusulas de un acuerdo que protegía sus intereses patrimoniales volcados en los moldes típicos que los códigos preordenaban.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Abogado, Escribano Público Nacional, Profesor en Ciencias Jurídicas, Profesor Adjunto de Derecho Privado III en la Facultad de Derecho UNC, Tutor Superior de Derecho Civil III y Notarial II en la Facultad de Derecho de la UBP, Prosecretario Académico de la Facultad de Derecho de la UNC, miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ MAZEAUD, D. *Las reformas al Derecho francés de los contratos*, La Ley, Bs. As., 2014-B, entrega del 17 de marzo de 2014.

¹MAZEAUD, D. *Las reformas al Derecho francés de los contratos*, La Ley, Bs. As., 2014-B, entrega del 17 de marzo de 2014.

Pero el mundo ha cambiado sustancialmente desde aquella concepción presumiblemente igualitaria y equilibrada. Los cambios socio-económicos obligan hoy a modificar los moldes jurídicos, imponiendo una urgente adecuación a un orden que se presenta absolutamente distante y distinto de aquel otrora soñado.

Entre nosotros, Edgardo I. Saux, ha señalado con acierto² que tales mutaciones se han debido a tres causas especiales: la manera de contratar, la inexistencia de una voluntad interna sana y sin vicios, y una profusa legislación complementaria que ha conmovido los pilares sobre los que se asentaron las estructuras contractuales de nuestro Código Civil de 1871.

El mundo globalizado permite hoy una más ágil circulación de bienes y servicios, y ha debido abandonar el modelo de contrato de cambio celebrado entre partes que expresaban libremente su voluntad sin vicios ni cortapisas, fruto de la autonomía negocial más genuina y perfecta. Actualmente los contratos se celebran por mera adhesión³, sin tratativas previas que den tiempo a reflexionar, influidos por regulaciones estatales que le dan un marco inexorable y que contienen cláusulas generales idénticas

²SAUX, E. *Contratos en general. Disposiciones generales. Definición. Libertad de contratación. Efecto vinculante. Facultades de los jueces. Breves referencias al Proyecto de Código Civil y Comercial unificado del año 2012*, **Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2014-I, Problemática central. Contratos en general**, Rubinzal Culzoni, Bs.As., 2014, p. 11 y ss.

³DREUX, G. *De la nature juridique des contrats d'adhesion*, en **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Sirey, Paris, 1910; DE CASTRO Y BRAVO, F. **Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes**, Civitas, Madrid, 1985; GORLA, G. *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, en **Rivista di Diritto Commerciale**, Vallardi, Milano, 1963, n° 3 y 4; VALLESPINOS, C. **El contrato por adhesión a condiciones generales**, Universidad, Bs. As., 1984; MARQUEZ, J.F. – CALDERON, M. *Contratos por adhesión a condiciones generales en el proyecto de código civil y comercial de 2012*, **Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2014-I, Problemática central. Contratos en general**, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2014, p. 267 y ss.

para toda una categoría negocial. Con ello la noción de consentimiento como pauta basilar del instituto, se ha diluido generando una figura predispuesta, pre redactada y ofrecida en bloque a una categoría indeterminada de personas.

El contrato figura jurídica que ha sentido como ninguna otra los cambios políticos, sociales y económicos de la civilización, ha visto conmovida la noción clásica de consentimiento, dando paso a nuevas modalidades contractuales, en las que no se advierte un reparto de riesgos fruto del ejercicio puro y genuino de la autonomía de la voluntad, sino la propuesta de un negocio pergeñado unilateralmente sin negociación de sus cláusulas, desplazando la custodia del equilibrio contractual al Estado y a sus órganos de control.

Hace relativamente poco tiempo encumbradas voces pronosticaron el crepúsculo del contrato⁴ y el mito perimido de la autonomía de la voluntad (Galgano, Gabrieli, Marchetti), tratando de advertir que la figura perdía los perfiles eminentemente consensualistas defendidos en el siglo XIX⁵.

Sin embargo, en el *corsi e ricorsi* de la evolución normativa jusprivatista, hay paradójicamente un reverdecimiento de la autonomía, fenómeno que Federico de Lorenzo⁶ ha llamado “el péndulo de la autonomía de la voluntad” evidenciado en varios de nuestros proyectos de reforma al Código Civil y manifestado a través de institutos novedosos como el consentimiento informado en prácticas médicas, los testamentos vitales, las modificaciones al régimen de la incapacidad, las directivas sobre el propio cuerpo,

⁴ GILMORE, G. **The death of contract**, Ohio, EEUU, 1974, p. 61.

⁵ STARCK, B. y BOYER, R. **Derecho Civil. Obligaciones**, Paris, 1986, tomo II.

⁶ DE LORENZO, F. *El péndulo de la autonomía de la voluntad*, en obra colectiva, **Derecho Privado**, libro homenaje al Dr. Alberto Bueres, Hammurabi, Bs. As., 2001, p. 447.

las disposiciones de trasplantes de órganos tanto entre vivos como para después de la muerte, los pactos de convivencia en cuestiones de familia, la tendencia a la supresión de la prohibición de los pactos de herencia futura, el alcance post mortem de disposiciones contractuales por ejemplo en el fideicomiso, el vínculo filiatorio fundado en la vocación procreacional, etc.

Esta tendencia se advierte incluso en los proyectos de unificación regulatoria del derecho contractual europeo como los Principios de UNIDROIT, el Proyecto Gandolfi, y el Proyecto Ole Landó tratando de resguardar a los vulnerables del tráfico negocial frente a quienes asumen un rol protagónico, para limitar los abusos contractuales y propender a una libertad contractual y de contratar sustentada por un marco de equidad, justicia y razonabilidad.

2. HECHO Y ACTO JURÍDICO

El contrato constituye una especie de un género mucho más amplio: el acto jurídico. La noción de acto o negocio jurídico, tiene más de dos siglos y medio de vida, apareció en 1749 en la obra de Nettebladt *Sistema elemental y universal de jurisprudencia positiva*, para referirse a la actividad voluntaria del hombre con trascendencia en el mundo del derecho⁷. Sin embargo, una formulación completa y armónica de la figura fue hecha recién un siglo después por Savigny en su *Sistema de Derecho Romano actual*, por lo que puede señalarse, sin temor a equívocos, que la

⁷Véanse GALGANO, F. **Diritto Civile e Commerciale**, Cedam, Padova, 1993, tomo I, p. 51, nota 22; DE CASTRO Y BRAVO, F. **El Negocio Jurídico**, Civitas, Madrid, 1971, p. 20, n° 16, entre otros.

noción de negocio jurídico fue un aporte de los pandectistas germanos del siglo XIX. Ellos elaboraron un sistema normativo que pretendieron extraer del *Corpus Iuris Civilis* en su primera versión justiniana, incluyéndolo como elemento central de la teoría general del derecho, de la que fueron sus artífices más destacados. Las obras más difundidas fueron las de Windscheid⁸ y Dernburg⁹ que tuvieron decisiva influencia en la codificación germánica posterior.

El concepto de negocio jurídico fue construido por los pandectistas para comprender por entero la vasta área en la que la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas depende, en mayor o menor medida, de la libertad de determinación del hombre, es decir, de la voluntad de los involucrados. El acto jurídico que como género admite varias especies dentro de las cuales el contrato es una de ellas, posee un común denominador: la voluntad que entraña una fuente indiscutida de la que manan las mutaciones jurídicas que el negocio entraña o provoca.

Esa noción constituyó para estos autores, una súper categoría lógico-jurídica fruto de un proceso de abstracción, una típica construcción generalizante sin contenido histórico previo que no correspondía a ningún tipo social anterior y efectivo, como alguna vez afirmó Galgano citándolo a Cerroni¹⁰.

Pero además, la noción de acto jurídico así concebida, como expresión de la voluntad del hombre que impacta en las relaciones

⁸WINDSCHEID, B. **Diritto delle pandette**, traducción y notas de C. Fadda y P. E. Bensa, Utet, Torino, 1930, tomo II.

⁹APARICIO, J.M., **Contratos. Parte General**, Hammurabi, Bs. As., 1997, tomo I, p. 32.

¹⁰GALGANO, F. **Diritto Civile e Commerciale**, Cedam, Padova, 1993, tomo I, p. 52.

jurídicas, sirvió para distinguirlo de otro concepto íntimamente vinculado a él, el hecho jurídico que alude a sucesos o acontecimientos que también generan consecuencias jurídicas, pero sin la determinación volitiva de los interesados.

En este esquema aunque los hechos incluyan a los actos jurídicos, solo estos últimos son obra de la voluntad del hombre, de su libre y amplio poder de determinación, y así los definió el Nuevo Código Civil y Comercial de reciente vigencia en sus Arts. 257 y 260 reproduciendo en esencia, a las previsiones de los Arts. 897 y 944 del Código de Vélez.

Desde esa perspectiva, la noción de acto jurídico aparece íntimamente relacionada con la voluntad humana y con la autonomía privada, que suponen que las personas están autorizadas a disciplinar sus propias relaciones, en cuanto se les atribuye una esfera de intereses que les pertenece y un poder de iniciativa para regularlos, que hunde sus raíces en la libertad individual¹¹.

3. EL CONTRATO COMO ACTO JURÍDICO

En el vasto universo del acto jurídico, anida una especie más reducida, el contrato, en el cual la voluntad de las partes no solo tiene la virtualidad de crear un vínculo recíproco entre ellas, sino que además, puede fijar el contenido de esa relación, sin más

¹¹NICOLAU, N. *El concepto de contrato*, Enciclopedia de la responsabilidad civil, Alterini-López Cabana (Dir.), Abeledo Perrot, Bs. As., 1999, p. 577.

limitaciones que las derivadas de las normas imperativas, la moral y las buenas costumbres¹².

Así, el contrato constituye un instrumento técnico de valiosa utilidad para la consumación de operaciones jurídico-patrimoniales, y se apoya en tres presupuestos ideológicos que le sirven de sustento: la libertad de los contratantes, en cuanto seres independientes para obligarse; la libertad contractual que entraña la facultad fijar de un contenido negocial intrínsecamente equitativo; y su fuerza obligatoria, que como colorario de los dos anteriores, constriñe a las partes a honrar el compromiso asumido.

La autonomía privada, que supone la facultad de disponer de los propios intereses, genera así un instrumento normativo o reglamentario al que las partes deben adecuar su conducta, pues el ordenamiento jurídico las obliga a respetar escrupulosamente lo convenido, al tiempo que concede efectos jurídicos al contenido libremente acordado¹³. En ello consiste la llamada fuerza obligatoria del contrato, que Vélez Sarsfield inspirado en Marcadé, consagró en el Art. 1197 del Código Civil, y que el nuevo diseño contiene en su Art. 958 cuando declara la libertad contractual en estos términos “*las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres*” y en el Art.

¹² ORGAZ, A. **Hechos y Actos jurídicos**, Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1963; *Tratativas contractuales y formación del contrato*, LL, 75-239; BREBBIA, R. **Hechos y actos jurídicos**, Astrea, Bs. As., 1979, tomo I; SALVAT, R. **Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General**, comentado por López Olaciregui, Tea, Bs. As., 1964, tomo II.

¹³ ALTERINI, A. – LOPEZ CABANA, R. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1989; MOSSET ITURRASPE, J. *Contratos en general. Principios y valores comprometidos en la contratación*, **Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2014-I, Problemática central. Contratos en general**, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2014-I, p. 45 y ss.

959, cuando reafirma su efecto vinculante señalando que *“todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”*

Desde esa óptica, el contrato es la expresión más sublime, amplia y genuina de ejercer la autonomía de voluntad, y constituye una categoría ideal para brindar seguridad jurídica a las transacciones, aportando certeza a las obligaciones asumidas, en la medida que el derecho puede procurarla¹⁴.

La doctrina tradicional enalteció el rango de la voluntad en el contrato, asignándole el papel de causa eficiente de los efectos jurídicos que produce. Sin embargo, si la observación se realiza en profundidad y con la necesaria cuota de realismo, se advierte que la que dota de eficacia a la declaración para que ella sea generadora de tales efectos, no es la voluntad en si misma de las partes, sino ley. Es el ordenamiento jurídico el que autoriza la autonomía privada y hace posible que el negocio produzca consecuencias jurídicas al investirlo de eficacia. En realidad, la declaración de voluntad constituye el supuesto de hecho, la matriz generadora de los efectos, que luego la ley reconoce y tutela¹⁵.

Es que la voluntad de los sujetos se mueve en pos de la realización de resultados empíricos, prácticos o económicos, que suponen un cambio que se quiere lograr en la situación preexistente, y que cuentan con la protección de la ley que hace

¹⁴TRABUCCHI, A. **Instituzioni di Diritto Civile**, 28° edizione, Cedam, Padova, 1986.

¹⁵ La limitación de la voluntad autónoma resalta en la concepción de SANTORO PASARELLI, F. *Doctrinas generales del Derecho Civil*, traducción de A. Luna Serrano, **Revista de Derecho Privado** Madrid, 1964, para quien “el negocio jurídico es un acto de autonomía privada, encaminado a un fin que el ordenamiento considera merecedor de tutela jurídica, véase p. 139 y ss.

jurídicamente exigible su realización¹⁶. Así por ejemplo, en la compraventa el comprador piensa en la vivienda y el vendedor en la obtención del dinero en efectivo que necesita, pero ninguno de ellos repara en la evicción, en los vicios redhibitorios o en la resolución por incumplimiento. Sin embargo, ambos actúan con la firme convicción, aunque fuere inconsciente, de que el contrato que perfeccionaron cuenta con amparo jurídico, que existen normas y tribunales que autorizan a reclamar el cumplimiento de las obligaciones que de él emergen, aunque carezcan de la versación que les permita la representación mental de los efectos propios del negocio. El derecho, en auxilio de la voluntad de las partes, acuerda consecuencias jurídicas al acto, las que se ajustan a los fines prácticos que los negociantes persiguieron desde el inicio de las tratativas.

4. EL CONSENTIMIENTO

El tema de la formación del contrato supone el del consentimiento, que se ha interpretado desde antaño como el núcleo central o el corazón del acuerdo¹⁷. Como nuestro derecho

¹⁶ DANZ, E. **La interpretación de los negocios jurídicos**, Suárez, Madrid, 1926, p. 21; ROPPO, E. **Il contratto**, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 9 y ss; entre nosotros, LLAMBIAS, J. **Tratado de Derecho Civil. Parte General**, 5ta. edición, Perrot, Bs. As. 1973, tomo II, p. 299; BORDA, G. **Tratado de Derecho Civil. Parte General**, 6ta. edición, Perrot, Bs. As., 1976, tomo II, p. 72 entre muchos otros.

¹⁷ OSTI, G. *Voz Contratto*, en **Novissimo Digesto Italiano**, Utet, Torino, 1968, tomo IV, p. 460; VON TUHR, A. **Derecho Civil. Teoría General del derecho civil alemán**, Depalma, Bs. As. 1942, volumen II-1, p. 250; MESSINEO, F. **Doctrina General del contrato**, Ejea, Bs. As., 1952, tomo I, p. 92.; LARENZ, K. *Derecho Civil. Parte General*, **Revista de Derecho Privado**, Madrid, 1978, p. 705; APARICIO, J.M. **Contratos...**, ob. cit., tomo I, p. 195 y la abundante doctrina allí citada; del mismo autor, *Contratos en general. Observaciones al proyecto de Código*. LL, 2012-F, Sección doctrina, p. 1213; TARANTO, H. *Introducción al tema de la formación del contrato. La manifestación negocial. El consentimiento*, en **Contratos. Teoría General**, R. Stiglitz (Dir.), Depalma, Bs. As., 1993, tomo II; SOZZO, G. *La*

positivo, a diferencia de otros, nunca definió legislativamente los elementos constitutivos del contrato, la doctrina se ocupó de caracterizarlos como aquellos que le dan fisonomía propia, son estructurales, intrínsecos al acto, y resultan indispensables para que pueda asignársele naturaleza contractual.

Una clasificación tradicional de origen escolástico los llamó elementos esenciales, caracterizándolos como aquellos sin los cuales la figura en general o una variedad específica, no puede existir como tal. En el primer caso, referido al contrato en general, los elementos esenciales coinciden con los constitutivos, estructurales o de existencia. El primero se vincula a los sujetos (pluralidad de partes), el segundo a su génesis (consentimiento) y el tercero a su contenido (disciplinar las relaciones jurídico-patrimoniales que afectan los intereses de las partes). Surgían de la definición de contrato que Vélez, siguiendo a Savigny, incluyó en el Art. 1137 del Código Civil, y que aparecen ahora reproducidos con ligeras variantes en el Art. 957 del Nuevo Código Civil y Comercial.

El segundo de esos elementos esenciales, el consentimiento, es la manifestación o exteriorización de la voluntad unilateral que formula cada uno de los contratantes y la conjunción de esas manifestaciones que dan origen a una declaración de voluntad común. Las manifestaciones unilaterales tienen naturaleza recepticia pues van dirigidas recíprocamente una a la otra, se

*formación del contrato en el proyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Nación. Su comparación con el Código Civil vigente, **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, 2014-I, Problemática central. Contratos en general, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2014, p. 97 y ss.*

intercambian, entrecruzan o combinan, para coincidir en una única voluntad encaminada a un fin común¹⁸.

El consentimiento constituye, el núcleo del derecho contractual, su parte más fundamental y problemática, y está enlazado con la razón justificativa de la vinculación de las partes, con el alcance de su responsabilidad en la formación del negocio, con los problemas relativos al momento en que se perfecciona el acuerdo, etc.

El significado de consentimiento emana de la raíz etimológica del término, que proviene de dos vocablos latinos: *cum* y *sentire*; sentir con otro, lo que traduce la idea de una pluralidad de personas que coronan las tratativas abordadas con la consumación de un acuerdo. Sin embargo, la palabra consentimiento, como ya se adelantó, es utilizada anfibológicamente para designar no solo al concurso de voluntades de dos o más personas, sino también para referir a la conformidad o adhesión unilateral de cada una de ellas al acuerdo que celebran, y cuya coincidencia resulta inexorable para alcanzarlo.

Ahora bien, el consentimiento requiere algo más que el intercambio de las diferentes manifestaciones de la voluntad, que la yuxtaposición de estas, que su unión o combinación, requiere una resultante, que supone la integración recíproca de esas voluntades en un negocio común o unitario. Y si bien es cierto que los intereses o fines que mueven a las partes a contratar pueden ser contrapuestos, el contrato representa la obra común de conciliación de esos intereses, por ello esas manifestaciones de la voluntad tienen idéntico contenido, pues el consentimiento

¹⁸SCHMIDT, J. *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, Paris, 1982.

entraña la coincidencia total de las partes sobre las estipulaciones que se corporizan en el negocio, que le dan vida propia y autonomía respecto de aquellas.

En el consentimiento es dable distinguir dos elementos esenciales, el subjetivo, que alude a la voluntariedad del acto, y el objetivo que refiere a la manifestación propiamente dicha de la voluntad.

1. El elemento *subjetivo* tiene como núcleo central a la voluntad, puesto que el contrato constituye un medio de autodeterminación de los interesados¹⁹.

Tanto en el contrato como en el acto jurídico en general, las manifestaciones que emanan de las partes deben guardar siempre una estricta correspondencia con la voluntad interna de los manifestantes. Por eso el anterior Art. 897 del Código de Vélez y el Art. 260 del nuevo diseño, definen a los actos voluntarios como aquellos practicados con discernimiento, intención y libertad.

Desde esa perspectiva, se ha dicho que la voluntad está integrada por dos elementos positivos: el discernimiento y la intención, y uno negativo, la libertad. En su aspecto positivo la voluntad se compone entonces de un saber, el discernimiento, que implica un obrar consiente, y de un querer, la intención, que supone un conocimiento aplicado a la realización de un acto concreto. El discernimiento es entonces saber lo que se quiere, la intención, querer lo que se sabe. El aspecto negativo por su lado, implica la ausencia de coacción externa, de violencia física (fuerza) y moral (intimidación), que afecten la libertad tornando involuntario al acto.

¹⁹APARICIO, J.M. **Contratos**...ob. cit. tomo I, p. 198 y ss.

La concordancia entre la voluntad interna y su exteriorización o declaración, dio lugar a una de las disputas jurídicas más celebres de las que tenga memoria el derecho privado. En la actualidad el ardor y el interés por el tema han declinado por estimárselo demasiado teórico y ya superado. Sin embargo, el planteo tiene importancia pues resulta indispensable determinar si el ordenamiento legal, prefiere lo que quiso el declarante (su voluntad real o psicológica) o lo que manifestó (su voluntad declarada), pues la solución que se adopte tiene impacto no solo entre los contratantes, sino también en los terceros, normalmente ajenos a una voluntad diversa a la declarada.

En esta disputa, la doctrina *clásica o subjetiva* liderada por Savigny²⁰, seguida por Windcheid²¹ y más modernamente por Stolfi²², sostenía que la voluntad es el elemento esencial y dominante del negocio jurídico, pues el querer efectivo de las personas es el que recoge el derecho para asignarle consecuencias jurídicas, y porque ese querer constituye la expresión más genuina de la autonomía individual en el campo social. La declaración en cambio, es solo un medio, un vehículo para que la voluntad se vuelva ostensible para los demás. Solo así se asegura que la voluntad sea un instrumento de autodeterminación, pues de lo contrario, habría una reversión a los sistemas primitivos en los que las formulas vacuas, las puras formas, prevalecían por sobre el verdadero querer de las personas, como ocurría en el antiguo derecho romano.

²⁰SAVIGNY, F. **Sistema de derecho romano actual**, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1839-1847 tomo II, p. 153 y ss.

²¹WINDSCHEID, B. **Diritto delle pandette**...ob. cit., tomo I, p. 235

²²STOLFI, G. *L'obbligo legale a contrarre*, **Rivista di Diritto Civile**, Cedam, Padova, 1932, p. 131 y ss.

Frente a la radicalidad de esta postura, reaccionó la teoría *objetiva de la declaración*, que vio en ella la verdadera fuente productora de los efectos jurídicos, con independencia de que corresponda o no al querer efectivo del declarante, defendida en Alemania por Danz²³ y Von Tuhr²⁴.

La teoría de la voluntad favorece y protege exclusivamente al agente que se manifiesta, dando un exagerado predominio al elemento anímico, subjetivo e interno, sin tener en cuenta la protección que también merece el destinatario de la declaración por las expectativas que ella le genera. La de la declaración al contrario, atiende exclusivamente a lo manifestado en mengua de la voluntad interna, en un intento de proteger el tráfico y amparar la buena fe.

Ambas posturas aparecen extremas. En realidad, el derecho debe dar soluciones justas a necesidades concretas de la vida social, y alejarse de los pruritos teóricos, abandonar posiciones irreductibles, intentando resolver las cuestiones reales con sentido práctico y justo en cada caso particular.

En un intento de superar a ambas posturas, la llamada teoría de la *responsabilidad*, asignó preeminencia a la declaración por encima de la voluntad si la divergencia entre lo querido y lo manifestado, se debe al dolo o culpa del declarante, en cuyo caso este debe asumir las consecuencias de una manifestación discordante con su voluntad.

Por su lado, la teoría de la *confianza* analizando a la inversa la conducta del destinatario, precisó que si éste obrando con

²³DANZ, E. **La interpretación de los negocios jurídicos**, Suárez, Madrid, 1926, p. 21 y ss.

²⁴VON TUHR, A. **Derecho Civil. Teoría General del derecho civil alemán**, Depalma, Bs. As. 1942, volumen II-1, p. 250 y ss.

diligencia, conoció o pudo conocer que la voluntad del declarante es contradictoria a su manifestación negocial, debe soportar las consecuencias de la invalidez del acto, pues de lo contrario se lastiman la confianza y buena fe. Así por ejemplo, el Código Civil de Vélez atemperaba el rigor voluntarista en supuestos vicios de la voluntad por error (Art. 929), dolo (Art. 932), intimidación (Art. 939) y limitaba los alcances de la nulidad respecto de los terceros, liberándolos si eran adquirentes de buena fe y a título oneroso (Art. 1051). Hoy están reproducidas estas excepciones en los Arts. 272, 337, 390 y 392 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En realidad la teoría voluntarista se configuró cuando el contrato suponía un negocio elaborado artesanalmente por la voluntad de las partes que le daban vida, concibiendo un reglamento hecho a su medida para satisfacer intereses particulares, pero desde el advenimiento de la revolución industrial, la masificación, estandarización y despersonalización influyeron decisivamente en la formación del consentimiento, produciendo una verdadera erosión del papel de la voluntad en el negocio y un correlativo enaltecimiento de la declaración en provecho de la seguridad del tráfico y el amparo de la buena fe.

Hoy muchos contratos se celebran según modalidades muy dispares de aquellas que supuso la teoría voluntarista. La automatización de las conductas y la mecanicidad que ellas trasuntan, evidencian que muchas veces la voluntad y hasta la declaración de las partes permanecen en las sombras: la aprehensión de un billete, de un ticket o un vale contra el pago del precio ya fijado de antemano, son suficientes para consumir un convenio desprovisto de toda ceremonia, por ejemplo, al subir el micro, o aparcar el automóvil en una playa de estacionamiento.

Estas relaciones contractuales de hecho²⁵ como las llamó la doctrina germana, han superado la idea de contrato como instrumento de la voluntad individual, como expresión directa de la personalidad de los autores en el ámbito patrimonial y han dado paso a una figura objetiva e impersonal. Si para la tesis clásica, el contrato era la fusión íntima de voluntades, para la sociedad actual se presenta muchas veces como el resultado de conductas mecánicas, lindantes con lo inconsciente y concluidas por personas que en ocasiones, ni siquiera tienen comprensión cabal del acto que celebran.

2. *Elemento objetivo.* Para que la voluntad pueda tener gravitación jurídica, es menester que trascienda del fuero interno, se traduzca en acto y se manifieste al mundo exterior. La manifestación es la corporización de la voluntad, expresión de esta, que se agota al exteriorizarse. Con ella el negocio deja de estar sujeto a las fluctuaciones y vaivenes de la voluntad del agente, pasa a ser algo ya querido, voluntad objetivada, plasmada en la manifestación, autónoma e independiente.

La manifestación, en cuanto exteriorización de la voluntad puede realizarse a través de *declaraciones* o de *comportamientos* de los involucrados encaminados a la conclusión del acuerdo.

Los autores no coinciden sobre el número de especies, la terminología ni el criterio a seguir para hacer una clasificación de los modos de manifestación negocial²⁶.

Siguiendo el temperamento del Art. 1145 del Código de Vélez, tomado a su vez del Landrech prusiano y de las enseñanzas

²⁵MOSSET ITURRASPE, J. *Las relaciones contractuales fácticas (obligaciones que nacen del mero comportamiento)*, LL, 1993-B-274.

²⁶APARICIO, J.M., **Contratos...**, ob. cit., tomo I, p. 219 y la abundante doctrina citada en su nota 32.

de Savigny, el Art. 262 del Código Civil y Comercial, expresa que los actos jurídicos –y obviamente dentro de ellos el contrato– *pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material*. Estas especies entrañan los modos *expresos* de manifestación negocial, mientras que la manifestación *tácita*, según lo indica el actual Art. 264, *se revela con actos de los cuales se la pueda conocer con certidumbre*, utilizando una expresión más brumosa que la contenida en el Art. 1145 del Código Civil que caracterizaba al consentimiento tácito como aquel que derivaba de hechos o actos que presuponían la voluntad o autorizaban a presumirla, excepto cuando la ley exija una manifestación expresa de la voluntad, o las partes hubieren estipulado que las convenciones no fueren obligatorias, sino después de llenarse algunas formalidades

Otro modo de manifestación posible es el silencio²⁷, que continua teniendo ahora, como antes, una especie de carácter negativo, del que no es dable inferir una manifestación negocial, salvo casos en los que haya un deber de expedirse impuesto por la ley, por la voluntad de las partes, los usos y prácticas, o una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes (Arts. 263 y 979 última parte). Aunque algunos consideraron al silencio como una declaración tácita o presunta, nadie ha discutido, al menos desde las épocas en que se le asignaba valor por imperio de las normas canónicas, que el silencio solo puede tener eficacia excepcional fundada en la necesidad de mantener incólume la seguridad jurídica en armonía con la buena fe creencia.

²⁷APARICIO, J.M. **Contratos...** ob. cit. tomo I, p. 227 y la completa reseña de su nota 40.

Pero tampoco es del todo exacto, según lo revelan las posiciones más modernas sobre el valor y entidad que debe dársele a las manifestaciones negociales, que el agente exprese siempre e íntegramente la voluntad querida por medio de las diversas manifestaciones reconocidas.

La escuela pandectística alemana de la segunda mitad del siglo XIX comenzó a estudiar de modo sistemático el contenido psicológico de la voluntad y las representaciones mentales de las partes al momento de contratar.-defendiendo la existencia de la base del negocio como un aspecto dinámico de la función económico-social del contrato.

Con el vocablo alemán “Voraussetzung” (presuposición) Bernard Windscheid, ya hacia 1850, definía la presuposición como una expectativa o creencia sin la cual quien emite una declaración de voluntad desistiría de formularla²⁸.

²⁸ WINDSCHEID, B., **DirittodellePandette** ...ob. cit. p. 332, párr. 97; LEHMANN, H., **Tratado de derecho civil - Parte general**, Ed. **Revista de Derecho Privado**, Madrid, 1956, p. 417 y ss.; LARENZ, K., **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**, trad. de Carlos Fernández Rodríguez, **Revista de Derecho Privado**, Madrid, 1956, p. 21 y ss.; **Derecho civil - Parte general**, **Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas**, Madrid, 1978, p. 535 y ss; FLUME, W. **El negocio jurídico**, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 580 y ss.; MARTORANO, F., *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, **Rivista di Diritto Civile**, Tomo I, Cedam, Padova, 1958, p. 69 y ss.; SCOGNAMIGLIO, C., *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, **Rivista del Diritto Commerciale**, Tomo II, Dott -Vallardi, Milano, 1985, p. 130; ESPERT SANZ, V., **La frustración del fin del contrato**, Tecnos, Madrid, 1968, p. 68 y ss.; LEÓN, P., *La presuposición en los actos jurídicos*, en **Estudios de derecho civil. Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield**, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1935; RIVERA, J. C. *La doctrina de las bases en el proyecto de unificación legislativa*, **Revista de Derecho Comercial y de la obligaciones**, año XX, n° 115-120, p. 876 y ss.; SALAS, A. E., *La cláusula oro y la teoría de la presuposición*, JA, 1943-II-43 y ss., Sección Doctrina; MARTÍNEZ CARRANZA, E., *El cambio de las circunstancias y e acto jurídico*, Boletín del Instituto de Derecho Civil, n° 1-4, Córdoba, 1943, p. 310 y ss.; ORGAZ, A. *El contrato y la teoría de la imprevisión*, LL, 60-691; FORNIELES, S., *La cláusula rebus sic stantibus*, JA, 1942-IV-9; MASNATTA, H., *El cambio de circunstancias y el contrato*, JA, 1959-IV, 10, Sección Doctrina; APARICIO, J. M., **Contratos....**, ob. cit., tomo II, p. 298 y ss.; MORELLO, A. M., **Ineficacia y frustración del contrato**, Abeledo-Perrot, La Plata, 1975, p. 87 y ss.; RAY, J. - VIDELA ESCALADA, F., *La*

El negocio no es sólo lo dicho o “puesto” en el acuerdo por los declarantes, sino también lo “presupuesto”. Se manifiesta sólo aquello en lo que se está de acuerdo o en lo que se puede disentir ahora o mañana, expresándolo del modo más claro posible, tratando de evitar disensos futuros. Pero por debajo de todo lo que se expresa o piensa en el momento del perfeccionamiento, hay algo que no se piensa siquiera, y que sin embargo anida en la raíz más profunda de la voluntad humana. Esta sagaz distinción entre lo “puesto” y lo “presupuesto” constituye el genial aporte de Windscheid.

La doctrina fue completada por Karl Larenz que distinguió la base subjetiva de la objetiva que refieren a diferentes supuestos de hecho, producen diversas consecuencias jurídicas y merecen, por tanto, un tratamiento distinto.

Por “base subjetiva” entiende Larenz la común representación mental de los contratantes, de la que parten al concluir el negocio y que influye decisivamente en ambos al fijar el contenido del acto. Y es posible distinguir dos hipótesis: la inexacta representación de situaciones presentes o pasadas que se presuponen, o bien, la variación sobrevenida de circunstancias existentes al momento de contratar.

Cuando esa representación común no se realiza, y por ello la base subjetiva falta o desaparece, las partes han incurrido en un error en los motivos, generador de un vicio en la voluntad que lleva a la ineficacia del acto.

La “base objetiva” en cambio, es un conjunto de circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o

frustración del contrato y la teoría de la causa, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, Año XXIX, N° 22, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 24 y ss.

subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, según la intención de las partes, pueda subsistir como una regulación dotada de sentido.

La interpretación de un contrato, dice Larenz, no depende exclusivamente de las palabras utilizadas o de su significado literal, sino también de las circunstancias en medio de las cuales fue celebrado, y a las que las partes se ajustaron. Si posteriormente se produce su transformación, puede ocurrir que el contrato, de ejecutarse bajo las nuevas condiciones imperantes, pierda por completo su sentido originario y tenga consecuencias absolutamente diferentes a las proyectadas. Ello ocurre: cuando la relación de equivalencia entre las prestaciones se destruye generando supuestos de imprevisión o bien, cuando la común finalidad objetiva del negocio, resulta inalcanzable, comprensiva de los supuestos de hecho que Krückmann calificó como de “imposibilidad de conseguir el fin”²⁹.

Admitida en la doctrina y jurisprudencia germanas con posterioridad a la construcción de Larenz, la doctrina de base del negocio, mereció consagración en la reforma integral de 2002 modificando el § 313 del texto originario del Código Civil alemán, y en el Código Civil y Comercial argentino que consagro la frustración del fin como un modo extintivo del negocio (Art.1090).

Ahora bien, la combinación de las voluntades declaradas no se logra generalmente de una manera instantánea, sino que requiere de un proceso de gestación, denominado *iter contractus* o

²⁹KRUCKMANN, E. *Cláusula rebus sic stantibus*, Kriegsklausel, -Streikklausse, separata de ArchZPr, 116, 1918 y en los trabajos aparecidos en ArchPr, 128, 131 y 157, citados K. LARENZ, **Base del negocio y cumplimiento de los contratos**, traducción de Carlos Fernández Rodríguez, **Revista de Derecho Privado** Madrid, 1956.

iter consensus, cuya extensión y complejidad depende del negocio de que se trate, en el cual pueden advertirse jalones o etapas, algunos necesarios y otros eventuales o contingentes, desarrollados durante las tratativas iniciales que preceden al momento en que se anuda el acuerdo.

La doctrina suele distinguir una formación *instantánea* del consentimiento, que ocurre cuando el proceso se inicia y se cumple en un lapso de tiempo indivisible sin solución de continuidad ni discusión entre las partes, como ocurre en los contratos por adhesión, y una formación *progresiva*, o de tracto sucesivo, que requiere elementos diversos y distintos momentos dentro de su formación, en la que se puede distinguir:

El periodo de la *ideación*, compuesto por actitudes meramente predispositivas a través de las cuales las partes piensan iniciar los contactos, precisan los puntos de discusión, fijan las cláusulas del futuro contrato, sin originar por ello vínculo jurídico alguno y sin limitación de la facultad de apartarse, siempre que fuere ejercida de modo regular y por causas justificables, pues de lo contrario puede generarse responsabilidad precontractual.

El periodo de la *concreción*, materializado en actos que aun siendo provisorios o preliminares del contrato definitivo, son vinculantes para las partes porque determinan los elementos del contrato en ciernes o constituyen figuras negociales autónomas (preliminares o preparatorios).

Este tramo supone la coincidencia de declaraciones de voluntad de las partes que confluyen a los mismos efectos jurídicos. La primera de ellas, con independencia de quien provenga, se denomina oferta, y la subsiguiente aceptación. Se trata de dos declaraciones de voluntad de contenido diverso,

opuesto y correlativo, que responden a distintos fines e intereses que se encuentran y aúnan en el contrato.

Estas manifestaciones no solo deben emitirse, sino también intercambiarse, pues las declaraciones o comportamientos que constituyen esas manifestaciones deben seguir un orden, una secuencia, caracterizado por la propuesta de un proyecto de reglamentación negocial de una de las partes y la recíproca aceptación de tal propuesta por la otra. Hay una suerte de derrotero inexorable entre la comunicación de la propuesta y de la aceptación como presupuesto indispensable del consentimiento.

Y si bien es cierto que hay algunos casos en los que resulta difícil identificar a quien corresponde la iniciativa de la oferta y a quien la de la aceptación, como ocurre cuando las manifestaciones de la voluntad se intercambian simultáneamente en un documento contractual, no hay dudas que en tales hipótesis las partes verifican un intercambio de manifestaciones idénticas para disciplinar sus intereses aunque lo hagan simultáneamente.

5. EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

a. El acuerdo y la conducta de las partes. El capítulo 3 del título 2 del libro 3 del Nuevo Código Civil y Comercial, trata la formación del consentimiento contractual. Sus disposiciones se inspiraron en el Proyecto de 1998. El Código de Vélez Sarsfield en el Art. 1144 expresaba que el consentimiento debía manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra.

En el Art. 971 del Nuevo C. Civil y Comercial, bajo el título de “formación del consentimiento”, se expresa que “*los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta, o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo*”. La disposición se inspira en lo sustancial en el Art. 2.1 de los Principios de UNIDROIT.

En el ordenamiento que sirvió de modelo hay preceptos que adicionan notas explicativas de cada uno de ellos y en este caso específico intentan resaltar el papel que debe atribuirse a la conducta de las partes en la formación del consentimiento, como elemento relevante para demostrar la existencia del acuerdo. Se hace entonces referencia a que en la práctica de la contratación mercantil, especialmente cuando se trata de operaciones complejas, los contratos se perfeccionan después de prolongadas y tortuosas negociaciones, sin que sea posible en muchas ocasiones identificar de modo preciso la secuencia de oferta y aceptación, ni determinar si se ha anudado el acuerdo, ni cuándo se ha cristalizado el mismo. Es entonces cuando la conducta desplegada por las partes en trance a finiquitar el negocio, puede adquirir una singular relevancia para demostrar la existencia del convenio ya concertado. Se cita como ejemplo para ilustrar el comentario a las negociaciones con miras a establecer una asociación en participación (*joint venture*)³⁰.

Incluso es posible que si estas negociaciones se prolongan en demasía, y restan solo puntos de escasa importancia para cerrar el acuerdo, las partes comiencen a cumplir las obligaciones que de él emergen o a exigir el respeto de los derechos ya concedidos. Estos comportamientos, como es obvio imaginarlo,

³⁰APARICIO, J. M. *Contratos en general. Observaciones...* ob. cit. p. 1218 y ss.

autorizan a presumir el perfeccionamiento del contrato, esto es, autorizan a inferir que se ha producido el encuentro y la conformidad entre una oferta y una aceptación.

El texto del Art. 971 impone formular las siguientes observaciones:

a) En puridad de concepto la previsión del nuevo ordenamiento, resulta inapropiadamente ubicado, pues conforme las notas explicativas del precedente utilizado, se alude a la importancia que puede adquirir la conducta de las partes durante las tratativas para *probar* la existencia del contrato, pero no al perfeccionamiento del contrato mismo. Es decir, no se está aludiendo a una formación progresiva o parcializada del negocio que termina su consumación por vía del consentimiento definitivo, sino a la relevancia que puede adquirir la conducta de los involucrados para corroborar la existencia del negocio. En definitiva, y en términos mas claros, se legisla sobre la prueba de la existencia del convenio, pero no sobre el consentimiento en si mismo considerado.

b) En segundo lugar, y como ya se ha indicado, el nuevo Código adopta el sistema de la recepción como el momento en que una declaración es susceptible de producir la ligazón nacida del acuerdo. Sin embargo, en el Art. 983, que en esto sigue al Art. 21 del Proyecto Gandolfi que a su vez se inspira en el Art. 1335 del Código Civil italiano, se expresa de modo evidentemente contradictorio *A los fines de este capítulo se considera que la manifestación de la voluntad de una parte es recibida por la otra, cuando esta la conoce o debió conocerla, trátase de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de de un instrumento pertinente, o de otro modo útil.* La alusión al conocimiento que se

formula en el precepto desvirtúa su sentido pues si se ha adoptado el sistema de la recepción dentro del *iter* de formación del contrato, es obvio que esta supone un momento anterior al conocimiento. Primero se recibe y luego se conoce. Y si se conoce es obvio que se ha recibido. Pero la recepción no implica necesariamente tener conocimiento del contenido de la misiva del destinatario aceptando la oferta del proponente en el supuesto de los contratos entre ausentes. En el Proyecto Gandolfi (Art. 11.2) y en el Código Civil italiano (Art. 1335) se adopta un sistema más coherente, que quizá se tuvo en miras al redactar la norma argentina, pero sin reparar en el yerro cometido. Allí, como ya se adelantó, se recepta la teoría del conocimiento para el perfeccionamiento de los contratos entre ausentes, aunque la declaración se reputa conocida cuando llega al domicilio del destinatario, salvo que este pruebe haber estado sin su culpa imposibilitado de conocer su contenido.

c) Finalmente, y ya que se aludió a conductas de las partes suficientes para demostrar la existencia de un acuerdo, debió haber sido tratada con mayor detenimiento la aceptación por comportamientos concluyentes en cuanto configuran lo que la doctrina ha llamado negocios de actuación. Son tratados por el párrafo 151 del BGB, el Art. 1327 del Código Civil italiano, el Art. 18.3 de la Convención de Viena de 1980, el Art. 2.6 apartado 3 de los Principios de UNIDROIT y el Art. 21 del Proyecto Gandolfi, como supuestos en los que por un acuerdo previo de las partes, por las practicas entre ellas acordadas, por autorización del oferente, por la naturaleza del negocio o por los usos, el contrato se concluye antes de que el oferente reciba la aceptación a consecuencia de un acto del destinatario que consiste en la

ejecución de su prestación o en la apropiación de la prestación de la contraparte.

b. La oferta. El nuevo Art. 972, caracteriza a la oferta como *una manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada.* Los requisitos de la oferta que siempre se entendieron como los caracteres que sirven para identificarla, se desprendían del Art. 1148 del Código Civil: la autosuficiencia, la intención de obligarse y su dirección a persona o personas determinadas.

La autosuficiencia alude a la precisión que debe tener la oferta, entendiéndola completa y suficiente, concebida en términos tales que baste un lacónico “si” del aceptante para que el acuerdo quede perfeccionado. En el anterior diseño, a este respecto, se exigía que fuere formulada sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos del contrato, en el nuevo texto en cambio, se alude a las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir en caso de ser aceptada, fórmula que en realidad no traduce con fidelidad la idea que pretende enunciar, por cuanto lo fundamental para caracterizar a este elemento esencial del consentimiento, no son los *efectos* que el acuerdo pueda producir en el ámbito patrimonial de los involucrados en caso de que la propuesta se acepte, sino los *elementos esenciales* que la propuesta debe necesariamente contener para que plantee con toda precisión y detalle los aspectos más salientes del negocio aún en ciernes.

En lo atinente a la dirección de la oferta el Código Civil establecía que debía ser hecha a persona o personas determinadas, expresión demasiado estrecha que incluso no

coincidía con la opinión del codificador vertida en la nota al Art. 1148, con cita de la opinión de Zacharie. El nuevo Código Civil y Comercial, de manera más flexible y superadora, prescribe en el Art. 972 que debe ser dirigida a persona determinada o determinable recestando una opinión que era mayoritaria en la doctrina.

El tema de la dirección se vincula con la oferta hecha al público, que siempre se ha considerado una invitación a formular ofertas. El Art. 973 el Nuevo Código Civil y Comercial establece que *si la oferta va dirigida a personas indeterminadas es considerada como una invitación para que se hagan ofertas, excepto que de sus términos o de las circunstancias de su emisión, resulte la intención de contratar del oferente, en cuyo caso se la entenderá emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos*. El análisis de los términos de formulación, de las circunstancias de su emisión y de la intención del oferente supone una farragosa tarea de interpretación que debe abordar el jurista para precisar si se está en el supuesto de una invitación a ofertar o en una oferta propiamente dicha. Hubiere sido mucho más simple, coherente e idóneo, reproducir el impecable Art. 1336 del Código Civil italiano que expresa que *la oferta al público, vale como oferta cuando reúna los requisitos de ella, es decir, contenga los elementos esenciales del contrato a cuya conclusión va dirigida y no resulte lo contrario de las circunstancias o de los usos*.

El Código Civil y Comercial atribuye *fuera obligatoria* a la oferta en el Art. 974, indicando que *la oferta obliga al proponente a no ser que lo contrario resulte de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso*. Se revierte así el sistema de la fragilidad adoptado por el Código de Vélez que permitía su revocación mientras no hubiere sido aceptada (Art.

1150), El nuevo texto solo admite *la retracción si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta* (Art. 975).

La importancia practica del tema obliga a distinguir según se trate de contratos entre presentes (en los que no media un plazo entre la propuesta y su aceptación) en los que la consumación del acuerdo se produce inmediatamente, o entre ausentes, en los que mediando ese plazo, es posible que el aceptante no se exprese inmediatamente, provocando la posibilidad que mientras el mismo transcurre, el oferente se retracte de su formulación. Para este supuesto en concreto el Art. 974 prevé *el proponente queda obligado hasta el momento en que pueda razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación*.

Es indudable que en estos casos cabe distinguir dos hipótesis, según el oferente haya fijado un plazo para formular la aceptación o no lo haya hecho³¹. La norma solo alude al segundo supuesto habiendo omitido toda consideración al primero, fijando un sistema vacuo e incompleto. Hubiere convenido, como lo hace el parágrafo 148 del BGB consignar que si el oferente ha fijado un plazo para la aceptación de la oferta, la misma solo puede verificarse en ese plazo. Esa era además la previsión del Art. 924 inc. c) del Proyecto de Reforma de 1998 de la que el nuevo Código se aparta sin razón suficiente.

Por otro lado, en el Art. 924 in fine del Proyecto de 1998, que ha servido de antecedente, se previó que la vigencia de la oferta comience *desde la fecha de su emisión*, en el nuevo diseño, el Art.

³¹APARICIO, J. M. *Contratos en general. Observaciones...* ob. cit. p. 1221 y ss.

974 invierte la regla, y da vigencia a la oferta *desde la fecha de recepción*. La solución es también inapropiada, si se piensa que la recepción de la oferta puede demorarse por motivos extraños a la voluntad del oferente, que se vería perjudicado por la imposibilidad del destinatario de aceptar. E incluso si el retardo se debiere a causas imputables al oferente, hubiere sido conveniente que se prevea la prórroga del plazo de caducidad como lo hace el proyecto Gandolfi (Art. 15.4) en beneficio del destinatario que podría tener intención de aceptarla fuera del plazo ya vencido.

Otro de los temas que deben abordarse al tratar la oferta aparte de su posibilidad de revocación, es el de su *autonomía* que implica determinar si una vez formulada adquiere vida propia e independiente o queda sujeta a los avatares personales del oferente como su muerte o incapacidad. A ese respecto el nuevo diseño, mantiene el sistema tradicional adoptado por Vélez ratificando que la oferta caduca por el fallecimiento o la pérdida de capacidad del oferente antes de haber sabido de la aceptación o del aceptante antes de haber aceptado, pero estableciendo que tales hechos deben producirse antes de la recepción de la aceptación.

Con el temperamento que se adopta, el nuevo Código Civil y Comercial mantiene la hipótesis tradicional de responsabilidad precontractual que ya fijaba el Art. 1156 del Código de Vélez, y que ahora reproduce el Art. 976 *El que aceptó una oferta ignorando la muerte o la incapacidad del oferente, y que a consecuencia de su aceptación hubiere hecho gastos o sufrido pérdidas, tiene derecho a reclamar su reparación.*

c. *La aceptación.* El Art. 978 el C. Civil y Comercial trata la aceptación que es la manifestación de la voluntad por la cual el

destinatario presta su adhesión a la oferta. El precepto menciona el primer requisito que debe observar este elemento del consentimiento para que sea idóneo a los fines del perfeccionamiento del contrato, consistente en la plena conformidad o concordancia con la oferta. En ese orden de ideas y coincidiendo con lo dispuesto por el Art. 1152 del Código Civil, prescribe que cualquier modificación que el destinatario haga al manifestar su aceptación no vale como tal, sino que importa la propuesta de un nuevo contrato. En la parte final la norma menciona como excepción a la regla que acaba de formular, que las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante. Se abandona así la estrictez de Vélez que no admitía ninguna modificación en ningún supuesto, y se sigue la formula adoptada por el proyecto de 1998 (Art. 929) que contenía idéntico reparo respecto al principio general de la absoluta e irrestricta coincidencia entre ambos elementos del consentimiento contractual.

Respecto a la tempestividad, el otro recaudo que se ha formulado desde la doctrina tradicional a la aceptación, el Art. 980 inc. a) establece que si la oferta es entre presentes debe considerarse concluido el acuerdo desde que esta es manifestada, cuando en realidad hubiere correspondido con mayor precisión indicar “inmediatamente”, pues en esos supuestos no hay solución de continuidad entre oferta y aceptación; caso contrario, si el contrato es entre ausentes prescribe el inc. b), la aceptación perfecciona el contrato si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta, lo que resulta coherente con el sistema adoptado para la formación de contratos de esta naturaleza.

El Art. 979 refiere a los modos de aceptación disponiendo que *toda declaración o acto del destinatario que revele conformidad con la oferta, importa aceptación*. También en este caso, como ya se adelantó respecto de la oferta, la norma ha omitido toda consideración, pese a su innegable importancia, a la aceptación por comportamientos concluyentes que configura lo que doctrinariamente se denomina negocio de actuación.

d. Fonación progresiva y acuerdos parciales. Consideración aparte y muy especial, merecen los llamados acuerdos parciales y la formación progresiva del contrato³². A ese respecto el Art. 982, reproduce el Art. 916 del Proyecto de 1998, estableciendo que *Los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato, si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. En tal situación el contrato queda integrado conforme a las reglas del capítulo 1. En la duda, el contrato se tiene por no concluido. No se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta de un borrador respecto de alguno de los elementos o de todos ellos*.

Los acuerdos parciales se vinculan con la formación progresiva del contrato. Las partes abordan ciertos puntos que luego formarán parte del negocio, gestando paulatina y progresivamente el acuerdo a través de la concordancia sobre cada uno de ellos. Puede ocurrir que dejen constancia documentada de tal avance y de cada uno de los puntos sobre los que han

³²MESSINEO, F. voz *Contratto* en **Enciclopedia del Diritto**, tomo IX, p. 847; CARRARA, F. **La formazione dei contratti**, Milano, 1915, p. 20; FERRI, G. *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, **Revista di Diritto Commerciale**, 1969, tomo I, p. 187; VON TUHR, A. **Derecho Civil. Teoría general del derecho civil alemán**, ob. cit., Volumen II-2, p. 161; FLUME, W. **El Negocio jurídico**, ob. cit., p. 734; BREBBIA, R. **Responsabilidad precontractual**, La Roca, Bs. As., 1987, p. 239.

alcanzado ya el consenso. Tales documentos reciben el nombre de minuta o puntualización.

El principio, el contrato se reputa celebrado cuando las partes han alcanzado acuerdo sobre todas y cada una de las condiciones del negocio y han aprobado el texto completo y definitivo luego de un pormenorizado análisis y discusión de cada una de ellas. Por eso los acuerdos fragmentarios o parciales que dejen puntos sin resolver para su tratamiento en el futuro, no constituyen oferta ni aceptación en sentido estricto, sino meras tratativas inconclusas³³.

Sin embargo, desde largo tiempo atrás la doctrina se ha interrogado si cuando media acuerdo sobre los puntos o elementos esenciales, es dable admitir el perfeccionamiento del contrato con independencia de que aún no hubiere consenso sobre puntos secundarios o cláusulas meramente accesorias. El Código Civil Suizo de las Obligaciones consagró una solución afirmativa a esta posibilidad en su art. 2. El parágrafo 154 del BGB adopta una posición contraria indicando que el contrato no puede considerarse concluido mientras las partes no se hubieren puesto de acuerdo sobre todos los puntos que lo integran, restando todo valor a la conformidad sobre algunos puntos concretos aunque hubieren sido documentados en un borrador.

La solución del Código suizo, admitido por una franja realmente minoritaria de la legislación comparada, ha sido duramente criticada porque la distinción entre puntos esenciales y secundarios es siempre arbitraria y porque si las propias partes

³³SANTARELLI, F. *La formación del consentimiento contractual, la oferta y la aceptación*, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Contratos, 2015 (febrero) 25/2/2015, p. 83.

han discutido algunos durante las tratativas subordinando la conclusión del negocio a su aprobación, es obvio que estos revisten importancia y afectan sus intereses, por lo que el acuerdo no puede estimarse consumado mientras no medie conformidad sobre todos los puntos que lo integran.

Ello no obstante, el nuevo Código Civil y Comercial en la primera parte del texto transcripto, adhiere al criterio suizo, siguiendo el temperamento adoptado por el Proyecto de 1998, en cuyos fundamentos se expresa que la teoría de la *punktation*, es la adoptada por el Código centroeuropeo y entre nosotros por la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías de 1980, aprobada por la ley 22.765.

En realidad, es inexacto que la Convención de Viena haya incorporado ese criterio. Su Art. 19.2 prevé un supuesto que si bien puede tener una relación de parentesco con el analizado, no hay dudas de que refiere a un supuesto diverso. Allí se prevé que la respuesta a una oferta que contenga elementos adicionales o diferentes de los de la propuesta que no alteren sustancialmente los de ella, constituirán aceptación válida si el oferente no objeta sin demora injustificada tal discrepancia. Es decir, no se trata de la formación progresiva del contrato, sino de la correspondencia o concordancia que debe mediar entre los dos elementos esenciales del consentimiento, admitiendo la posibilidad que el aceptante le introduzca alteraciones sin producir modificaciones esenciales, invistiendo al oferente con la facultad de impedir la formación del contrato, si no le agradan las modificaciones que le introdujo el aceptante al aceptar. De allí no puede colegirse, como lo hacen los fundamentos del Proyecto de 1998 que ha servido de antecedente al nuevo diseño, que la situación fáctica aluda a los acuerdos parciales y a la formación progresiva del contrato.

Es más, al discutirse el mentado Art. 19.2 de la Convención de Viena en el seno de la UNCITRAL, se dio un acalorado debate en torno a la dificultad del distingo entre los que cabe considerar elementos sustanciales de la oferta y los que no lo son. La posibilidad de hacer modificaciones si bien parece incorporar un sistema elástico en la formación del consentimiento, tiene la desventaja de transformarse en una fuente de controversias, por ello, para salvar el escollo se incorporó el apartado 3 al referido Art. 19, que indicó con claridad meridiana que las alteraciones en el precio, el pago, la calidad y cantidad de mercaderías, el lugar y la fecha de entrega y la responsabilidad por incumplimiento, son sustanciales, fijando así un estrecho margen al aceptante que desee alterar las condiciones iniciales del oferente.

En la segunda parte del Art. 982, se expresa que no se considera acuerdo parcial la extensión de alguna minuta o borrador respecto de alguno o de todos los elementos, siguiendo el precepto del párrafo 154 del BGB, lo que constituye la consagración del sistema inverso adoptado en el Código Suizo³⁴.

Resulta así evidente que la norma argentina recientemente sancionada ha combinado dos fuentes antagónicas y dos soluciones antitéticas, en un vano intento de conciliar como si ello fuere posible, los sistemas adoptados por los dos cuerpos normativos europeos que evidencian sin ninguna duda, una disparidad irreconciliable.

Y por si ello no fuere bastante³⁵, no puede perderse de vista que el Art. 978 del Código Civil y Comercial de la Nación, dispone

³⁴FLUME, W. **El negocio jurídico...**, ob. cit. p. 741.

³⁵Lo comenta SOZZO, G. *La formación del contrato en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Su comparación con el Código Civil vigente*, en **Revista de**

que *Para que el contrato se concluya, la aceptación debe expresar plena conformidad con la oferta. Cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación, no vale como tal sino que importa la propuesta de un nuevo contrato, pero las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante.* En esencia el texto no introduce modificaciones conceptuales al Art. 1152 del Código de Vélez, que siempre se ha interpretado como la manifestación más precisa y acabada del recaudo de concordancia entre la oferta y la aceptación, pero es evidente que no se compadece con el texto del mentado Art. 982.

El sistema adoptado por el Código Civil de Vélez respecto de los acuerdos parciales en la formación progresiva del contrato, construido en torno al Art. 1152 además de ser el predominante en la legislación comparada, no había dado lugar a ninguna dificultad que tornare necesaria su modificación. La regla general según la cual la conclusión de un contrato requiere la conformidad de todos los puntos sometidos a discusión, pudo haber continuado vigente dando coherencia al sistema, sin perjuicio que según las circunstancias que rodean a la formación del consentimiento, siempre quede espacio para determinar hipótesis en las que existiendo conformidad sobre elementos esenciales, las partes consideren al negocio tácitamente concluido, ya sea porque han perdido interés en continuar las discusiones sobre elementos secundarios, o porque, como lo expresa el Art. 971, han desplegado una conducta suficiente para demostrar la existencia del acuerdo, ejecutando directamente lo ya convenido. Se trata de

Derecho Privado y Comunitario, Problemática central. Contratos en general, 2014-I, Rubinzal Culzoni, p. 133 y ss.

situaciones de hecho que deben examinarse en cada caso particular desentrañando la voluntad de las partes y las conductas por ellas desplegadas durante la etapa de formación del acuerdo.

Aún admitiendo que pudiere encontrarse razón y sentido al brumoso Art. 982 del nuevo Código Civil y Comercial, lo cierto e innegable, como ha destacado Alejandro Borda recientemente³⁶, es que la norma introduce la teoría de la *punktation* a través de los denominados acuerdos parciales, lo que constituye un desacierto grave. No solo porque es una institución ajena a nuestra tradición jurídica, sino por el peligro que encierra su consagración.

Hay que reparar que esta norma establece que basta con que se alcance consenso sobre elementos *esenciales* particulares para que el acuerdo quede perfeccionado. Pero ha de repararse que no se alude a los elementos esenciales de los contratos (consentimiento, objeto, forma y causa), cuestión en la que no ha habido innovación, sino a los elementos esenciales *de un contrato en particular*. Si acudimos al articulado de la compraventa (título IV, capítulo 1) por ejemplo, veremos que no hay una norma expresa que establezca cuales son los elementos esenciales

³⁶BORDA, A. *Es perjudicial incorporar la teoría de la punktation al ordenamiento jurídico argentino*, ponencia presentada en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 26 al 28 de septiembre de 2013. En contra, sosteniendo que los acuerdos parciales permiten la consumación del consentimiento contractual, véanse CAMELO DIAZ, G. su comentario al Art. 982 en **Código Civil y Comercial de la Nación comentado**, R. LORENZETTI (Director), Rubinzal Culzoni, Tomo V, p. 631; STIGLITZ, R. **Contratos Civiles y Comerciales. Parte General**, 2da. edición, La Ley, Bs. As., 2010, tomo I, p. 203; LEIVA FERNANDEZ, L. su comentario al Art 982 en **Código Civil y Comercial. Contratos. Tratado exegético**, A. ALTERINI (Director), La Ley, tomo V, p. 153 y ss; RIVERA, J.C. su comentario al Art. 982 en **Código Civil y Comercial de la Nación Comentado**, RIVERA J.C. – MEDINA, G. (Directores) La Ley, Bs. As., 2014, tomo III, p. 452.

particulares de la compraventa. Pero supongamos que fueren la cosa y el precio, ¿sería suficiente que hubiere acuerdo sobre ellos para que el negocio se estime concluido? Indudablemente que no. Obviamente resultan también importantes el lugar de entrega de la cosa, la forma de pago, las garantías por saldos insolutos, las penas por incumplimientos imputables, etc.

Así, con el sistema adoptado se avanza sobre la autonomía de la voluntad de los involucrados, creando un contrato al que las partes aún no han caracterizado como tal, que ha nacido incompleto, y que impone su integración judicial en caso de eventuales controversias. Y es bastante poco probable que los jueces se muestren solícitos a considerar a los acuerdos parciales como contratos definitivos, superando las discrepancias de los contratantes y la inexistencia de una conformidad contractual plena³⁷.

En definitiva, la regla fijada en el Art. 978 del Código Civil y Comercial de la Nación exige la “plena” coincidencia de la aceptación con la oferta para que haya contrato, por lo que el Art 982 del mismo plexo normativo solo puede ser interpretado como

³⁷La cuestión fue ampliamente debatida en el seno de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Bahía Blanca entre el 1 y el 3 de octubre de 2015 que al tratar específicamente a los acuerdos parciales, produjo dos despachos: 1) *Mayoría: Los Arts. 978 y 982 regulan situaciones diferentes en la formación progresiva del consentimiento contractual En tal sentido el primero atiende a la aceptación singular de una oferta y al tratamiento que debe darse a las modificaciones que introduzca el aceptante. El segundo contempla, en cambio, los supuestos de fraccionamiento del iter contractual en acuerdos sucesivos., A los fines de determinar si se alcanzaron los requisitos exigidos por el Art. 982 corresponde atender, entre otros factores a la naturaleza y finalidad del contrato, a las circunstancias en que se desarrollaron las negociaciones (Art. 1065) como así también a la protección de la confianza y a lealtad que como pauta hermenéutica establece el Art. 1067, siempre en el marco de una interpretación que conforme lo dispone la norma, en caso de duda el contrato se tiene por no concluido;* 2) *Minoría: El acuerdo parcial solo permite demostrar el avance de las tratativas sin comprometer la libertad contractual de las partes, y es incompatible con la necesidad del consentimiento integral para el perfeccionamiento del contrato que exige el Art. 978 del C.C.y C.N.*

una excepción. De modo entonces, que si falta integridad en la aceptación y si la misma refiere a elementos esenciales del tipo contractual, no puede otorgarse a ese acuerdo eficacia vinculatoria definitiva.

EL USUFRUCTO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

*Por María Adriana GARAY**

Sumario. I.- Introducción. II.- Cesión . 1. Cesión del ejercicio. II.- Usufructo de derechos y transmisión del usufructo. I.1.Usufructo de Derechos. 1.2 Transmisión del Usufructo. a) Alcance. Responsabilidad. 2. Constitución de otros derechos. 3. Formalidades de la cesión y proyecciones registrales de la enajenación del usufructo. Embargo. 4. Formalidades de la cesión y proyecciones registrales de la enajenación del usufructo. Embargo. 5. Formalidades de la cesión y proyecciones registrales de la enajenación del usufructo. Embargo. III. Conclusión.

1.- INTRODUCCIÓN

No proponemos analizar la regulación de este derecho a la luz de la legislación vigente y la innovación de la cesión del mismo, cuya admisión generó polémica en la doctrina, con las implicancias prácticas que ello conlleva.

La transferencia del derecho real de usufructo constituye una potestad jurídica por la que el usufructuario está legitimado para ceder su derecho real transfiriéndolo al cesionario. En cambio la transmisión de su ejercicio, que si lo legislaba el Código

* Profesora Adjunta de la Asignatura Instrumentos de Derechos Reales y Registral de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Sede Córdoba, Profesora Adjunta de Derecho Registral II y Practica Notario Registral de la Carrera de Notariado en la Universidad Blas Pasca, Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Civil en su viejo artículo 2870, en tanto mantiene incólumnes las relaciones jurídicas reales entre el cedente y nudo propietario, dejando subsistente la fianza, no provocaba el desprendimiento de la calidad de usufructuario. De allí que resulte relevante el análisis de la cesión del derecho en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

II.- CESIÓN

El estudio del origen y evolución del usufructo en el Derecho Romano clásico, la legislación extranjera y su regulación en nuestro derecho vigente refleja que la causa de su intrasmisibilidad, es por su inherencia personal y en el carácter alimentario del usufructo en sus orígenes, que entre otras cosas impedía hipotecarlo. Pero al desaparecer gradualmente la finalidad asistencial, adoptando el derecho real un perfil económico, comenzó a observarse la tendencia mayoritaria de las legislaciones modernas, flexibilizando la negociabilidad y alentado su transferencia.

Así el Proyecto Legislativo de 1998, y el de 2012, ya se orientaban de permitir la transmisión, embargo y ejecución del usufructo.

No podemos soslayar que la transmisibilidad del instituto trasciende el campo teórico, toda vez que por sus proyecciones prácticas, no comprendiendo los fines tuitivos mencionados, que puede constituir el contenido de diversos negocios onerosos, no sólo entre personas físicas, sino mediante su constitución y transferencia a personas jurídica como partes a sociedades, fideicomisos en garantía, entre otros, pues en la medida de su

individualización y ejecución forzada, el usufructo integra la prenda común de los acreedores .¹

1. CESIÓN DEL EJERCICIO

El viejo Código Civil establecía en el artículo 2871 que el usufructuario puede dar en arriendo el usufructo o ceder el ejercicio de su derecho a título gratuito u oneroso pero permanece directamente responsable al propietario, lo mismo que el fiador, aun de los menoscabos que tengan los bienes por culpa o negligencia en la persona que le sustituye. Los contratos que celebre terminan al fin del usufructo.

La doctrina discutía sin perjuicio de la expresión “arriendo”, si se podía dar en locación el usufructo. Y el criterio no era unánime

Así eran partidarios del arrendamiento de derechos: Planiol-Repert-Perreau, Baudry, Lacantinerie y Barde, Guillouard, Aubry et Rau, Enneccerus-Lehman, Puig Peña, Castan Tobeñas, de Ruggiero, Polacco y Simonelli, Fabini . En contra, Barrassi, Messineo, Natoli, Fubini.

La doctrina nacional tampoco resultaba pacífica, así autores como Llerena y Machado, admitían la locación. Salvat, Lafaille y Segovia, entre otros la negaban.

Resulta importante destacar que mientras en la cesión de ejercicio solo se cede un derecho personal, subsistiendo el derecho de usufructo en cabeza del cedente, lo que le permite conservar la disponibilidad de su derecho real , en la enajenación del derecho

¹Pepe, Marcelo Antonio, Transferencia del usufructo, La Ley, 11 de setiembre de 2013, Bs As.

se transfiere la calidad de usufructuario, con la totalidad de los derechos, deberes y facultades del usufructuario enajenante.

II.- USUFRUCTO DE DERECHOS Y TRANSMISIÓN DEL USUFRUCTO

1.1- USUFRUCTO DE DERECHOS

El artículo 2130 del Código Civil y Comercial de la Nación dice que “El usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa de los siguientes objetos:un derecho, solo en los casos en que la ley lo prevé....)”

Resulta una novedad, que excepcionalmente, el usufructo puede recaer sobre un derecho, lo que impedía el artículo 2482 del Código de Vélez.

Un ejemplo lo sería la constitución de un usufructo sobre un crédito instrumentado. Así en este supuesto al usufructuario le corresponderían los intereses devengados durante la vigencia del usufructo.

Al cobrarse el crédito, el usufructo se extinguiría al desaparecer su objeto. Otro supuesto surge del artículo 2213 CN, en la constitución de la anticresis del usufructo.

Esta incorporación de usufructo de derechos permite que el derecho real de usufructo sea objeto de usufructo, más aún cuando está permitida su transmisión en el artículo 2142 del CCCN.

1.2 TRANSMISIÓN DEL USUFRUCTO

a) ALCANCE. RESPONSABILIDAD

El artículo 2142 del CN regula “El usufructuario puede transmitir su derecho, pero es su propia vida y no la del adquirente la que determina el límite máximo de duración del usufructo.....”. En concordancia con el artículo 2140 CCCN que establece respecto de la intransmisibilidad hereditaria “El usufructo es intransmisible por causa de muerte, si perjuicio de lo dispuesto para el usufructo a favor de varias personas con derecho de acrecer”.

La cesión de ejercicio o del derecho de usufructo no puede alterar las normas de orden público en materia de usufructo que tienden a evitar la desmembración indefinida entre la nuda propiedad y el uso y goce de los bienes, por lo que la ley prohíbe la transmisión mortis causa del usufructo,

De allí que si se pueda transmitir por actos entre vivos siendo el límite máximo la vida del transmitente, siempre que no se haya fijado otro plazo menor, conforme artículo 2153. En esta transmisión no exige el Código la conformidad del nudo propietario.

En distinta situación, se encuentran aquellos que por tratarse de cuestiones alimentarias o asistenciales, como sucede en los derechos reales de uso y habitación, son intrasmisibles.

Esta posibilidad de transmitir el derecho constituye una potestad jurídica por la que el usufructuario está legitimado para ceder su derecho real transfiriéndolo al cesionario, quien así, lo sustituye en la titularidad del derecho.²

²Pepe Marcelo, ob.cit.

Suscita dudas el alcance de la responsabilidad en este último supuesto. Así el artículo 2142 nada dice en su primer párrafo al referirse a la constitución de derecho real de usufructo, pero si lo dice en el segundo párrafo de la citada normativa cuando expresa “El usufructuario puede constituir los derechos reales de servidumbre y anticresis, uso y habitación y derechos personales de uso y goce. En ninguno de estos casos el usufructuario se exime de sus responsabilidades frente al nudo propietario”.

De esta forma si no se libera de responsabilidad por constituir un derecho de uso o una locación, menos aún liberaría en el supuesto de constituirse un usufructo.

No obstante ello, las aguas se dividen . Hay autores que sostienen que la transferencia de usufructo libera de responsabilidad al enajenante luego de la cesión asumiendo el adquirente la responsabilidad del enajenante, previa garantía suficiente- a quien reemplaza en el usufructo, pero subsistiendo además la responsabilidad del garante, salvo pacto en contrario.³

Otros autores como Kiper⁴, sostienen que el usufructuario original mantiene su rol de parte en la relación obligacional con el nudo propietario. Me inclino por esta segunda hipótesis ya que el artículo es claro en su segundo párrafo cuando expresa “en ninguno de estos casos el usufructuario se exime de responsabilidad frente al nudo propietario”, situación que entiendo abarca a la transferencia de usufructo.

Otra cuestión a resolver es la muerte del cesionario. Entiendo que se extingue el usufructo consolidándose el mismo en el nudo propietario. Tal conclusión surge porque no puede

³Ver Pepe. Marcelo, ob. Cit.

⁴Kiper Claudio, Tratado de Derechos Reales, pag. 91.

volver el derecho al usufructuario original pues el mismo en su momento, se transmitió en forma definitiva, no habiendo lugar a ningún tipo de reversión , como tampoco podría pasar a los herederos del usufructuario, pues no es transmisible por causa de muerte (artículo 2340 CCCN).⁵

2. CONSTITUCIÓN DE OTROS DERECHOS

El segundo párrafo del artículo 2142 del CCCN admite la constitución del derecho real y de anticresis y derechos personales de uso y goce”.⁶

En relación a la anticresis la citada norma es concordante con el artículo 2213 que al referirse a la legitimación del anticresistas expresa “Pueden constituir anticresis los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie y usufructo”

Como bien lo explica Kiper⁷ el usufructuario al ser titular de un derecho real que se ejerce por la posesión y gozar del derecho de disponer, puede gravar con uso, habitación, servidumbre o anticresis el inmueble sujeto a usufructo, con duración limitada a su derecho. Nada dice el Código sobre la posibilidad de constituir hipoteca sobre el derecho del superficiario, entendemos que si existe esa posibilidad, teniendo en cuenta que se admite la

⁵En sentido contrario Pepe Marcelo, ob.cit, opinaba antes de la Reforma del Código”...Ante la muerte del cesionario sus sucesores universales gozaran del derecho a los frutos como acreedores del crédito objeto de cesión a favor del autor de la sucesión, que autoriza a reclamar del usufructuario cedente el uso y goce de los frutos...en la enajenación del derecho, los sucesores universales serán titulares de un derecho real que constituye el objeto de la enajenación o subasta”.

⁶ Doctrina minoritaria opinaba lo contrario: Allende Guillermo, tratado de las Servidumbres, Abeledo Perrot, Bs As, 1962,p.197.

⁷Kiper Claudio, ob.cit.,p92.

ejecución del usufructo por parte de los acreedores (artículo 2144 CCCN).

El Código consagra una novedad importante en el artículo 2144⁸. Así como el usufructuario puede transmitir su derecho, puede hacerlo embargar o ejecutar por los acreedores. No obstante la claridad de la norma pareciera contradecirse con el artículo 744 inc. e que establece “ Bienes excluidos de la garantía común. Quedan excluidos de la garantía prevista en el artículo 743:

2....e) los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales, que solo pueden ejecutarse en los términos de los artículos 2144, 2157 y 2178...”

Entendemos que el artículo 2144 por ser norma especial referida al usufructo prevalece y que el propio artículo 744 deja de lado el supuesto del 2144, siendo por lo tanto ejecutable y reflejado en ambas normas.

3. FORMALIDADES DE LA CESIÓN Y PROYECCIONES REGISTRALES DE LA ENAJENACIÓN DEL USUFRUCTO. EMBARGO

Ya en la cesión del derecho, al transferirse un derecho personal se rige en cuanto a sus formas por la forma escrita, no siendo necesaria la escritura pública. En cambio si se trata de la enajenación del derecho, será la escritura pública a los fines de la publicidad y oponibilidad a terceros. Así, el art 17801 determina que “ Se inscribirán o anotaran, según corresponda, los siguientes

⁸“Si el acreedor del usufructuario ejecuta el derecho debe dar garantía suficiente al nudo propietario de la conservación y restitución de los bienes”

documentos: a) Los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles; b) Los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares...”. Sabemos que el cambio de titularidad con proyección registral tiene por finalidad divulgar a los terceros con la mayor exactitud la realidad extraregstral, sino también con el principio registral de tracto sucesivo.⁹

Así el artículo 15 de la ley 17801 establece: "No se registrara documento en el que aparezca como titular del derecho de una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente. De los asientos existentes en cada folio deberán resultar el perfecto encadenamiento del titular de dominio y de lo demás derechos reales registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones" De allí que el embargo del derecho de usufructo debe tener siempre emplazamiento registral, al modificar la situación registral del titular del derecho.

Cuando nos referimos a muebles registrales como automotores (art 7, tercer párrafo, del decreto-ley 6582/58), al ser la inscripción de carácter constitutivo no solo la propiedad del bien o del derecho se adquiere con la inscripción registral, sino también todos lo demás derechos reales. En materia de automotores, buques, (ar 156 y 159 de la ley 20094) u otras cosas muebles reguladas por regimenes especiales de inscripción, tanto la transferencia del usufructo como el embargo constituyen situaciones registrales pues provocan un cambio de titularidad del derecho real inscribible o se afecta el poder dispositivo de su titular.

⁹Pepe, Marcelo, ob.cit.

III. CONCLUSIÓN

1. La transferencia del derecho real de usufructo constituye una potestad jurídica por la que el usufructuario está legitimado para ceder su derecho real transfiriéndolo al cesionario, con todas las connotaciones prácticas que ello conlleva.

2. El usufructuario al ser titular de un derecho real que se ejerce por la posesión y gozar del derecho de disponer, puede gravar con uso, habitación, servidumbre o anticresis el inmueble sujeto a usufructo, con duración limitada a su derecho.

3. Respecto de la posibilidad de constituir hipoteca entendemos que tampoco le está vedado al usufructuario, teniendo en cuenta que se admite la ejecución del usufructo por parte de los acreedores (artículo 2144 CCCN).

4. En materia inmobiliaria, dada la necesidad de registrar la cesión a los fines publicitarios, será necesario su instrumentación por escritura pública y su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble.

CONJUNTOS INMOBILIARIOS: MALLS Y CIUDADES EMPRESARIALES

Por María Laura GUERRI FERNANDEZ^{1}*

SUMARIO: Introducción. Precisiones Terminológicas. Elementos. Marco Legal .Naturaleza Jurídica. Análisis del artículo 2075. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

En el Contexto de la Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, se incluyó la Figura de Conjuntos Inmobiliarios, las distintas corrientes doctrinarias discuten si consiste en una derivación de propiedad nueva y especial, enmarcada como Propiedad Horizontal Especial o si es la creación de un nuevo Derecho Real que viene a ampliar el *Númerus Clausus* de la ley de fondo, como una alternativa legal nueva, que se suma a los ya existentes y declarados en el código velezano.

Durante años, previos a la reforma, se escribió mucho sobre Conjuntos Inmobiliarios, particularmente, sobre los Barrios Cerrados, Clubes de Campo, Chacras Clubes, Cementerios Privados y Parques Industriales, para aportar sobre un tema que carecía de legislación de fondo a nivel nacional y la legislación

* Coordinadora Académica de las Carreras Jurídicas de la Universidad Blas Pascal.

provincial que poca era, siempre se cuestionó por inconstitucional.

Con este trabajo se procura analizar respecto a los **Conjuntos Inmobiliarios** dos figuras o propiedades especiales, que han tenido poco o nulo tratamiento doctrinario, a saber: **Los Malls o Centros Comerciales de Gran Superficie y las Ciudades Empresariales.**

Se intenta aportar ideas aclaratorias en el debate sobre si son derechos reales o derechos personales. Y si son nuevos derechos reales autónomos que amplían el espectro del número de clausus o si son una ramificación especial derivada de la Propiedad Horizontal y por ende se le puede extender subsidiariamente la aplicación de las normas previas de la reforma que la legisla, pero caracterizada como una propiedad especial conforme a su finalidad o destino de tipo comercial, social y utilidad.

PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

El Código Civil y Comercial Argentino en su artículo 2073 brinda como concepto: *...”**Son Conjuntos Inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o inmobiliaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas o locales...**”*

Según Ricardo Javier SAUCEDO, en su trabajo de Comentario y análisis del Capítulo 1 del Título VI que versa sobre el Tema Conjuntos Inmobiliarios, en la obra: Código Civil y Comercial Comentado de RIVERA, dice: ...”Los conjuntos inmobiliarios son manifestaciones modernas del derecho de propiedad, relativas a uno o más inmuebles determinados, que tienden a satisfacer diversas finalidades, que sus múltiples titulares (personas físicas o jurídicas por igual) no pueden obtener de manera aislada e individual, por la imposibilidad material o jurídica que presentan estos efectos, las cosas que constituyen su objeto, en todo o en parte, o por resultar en los hechos sus aprovechamientos, excesivamente oneroso para los interesados...”

1

Héctor ALTERINI los define como “aprovechamientos comunitarios movidos por finalidades comunes: utilización de viviendas permanentes o transitorias (clubes de campo, barrios cerrados o chacras) desarrollo de actividades comerciales o industriales (centros de compras, parques industriales), etcétera”. Define a los Conjuntos Inmobiliarios como género de las nuevas propiedades especiales, incorporadas en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.²

Y Marcela TRANCHINI lo conceptualiza así: ...” Los conjuntos inmobiliarios constituyen situaciones jurídicas comunitarias de índole funcional originadas en el aprovechamiento que hace una pluralidad de sujetos de un inmueble o conjunto de inmuebles, integrado por partes privativas y sectores, cosas y servicios comunes o de uso común, indisolublemente unidos...”²

²TRANCHINI Marcela H. en “Tratado de los Derechos Reales 2º edición ampliada”. Tomo VI, página 270. Ed. La Ley y Ediar. Ed. Bs. As. 2010.

Los **Malls**, llámese también Centros Masivo de Compras, o Superficies Comerciales a gran escala, Son establecimientos privados, cerrados, ubicados en zonas estratégicas de las ciudades, organizados en sucursales, para abarcar a la mayor parte de la población, que contienen galerías con tiendas de rubros múltiples, supermercados o hipermercados, bancos, complejos de oficinas, centros de eventos, entretenimientos y convenciones, hoteles y en algunos casos tienen integrados emprendimientos inmobiliarios en alturas o complejos de departamentos, está compuesto por partes propias o privadas y con instalaciones o servicios comunes o compartidos. Es decir, el Mall es un centro comercial y urbano donde se puede residir de modo permanente o transitorio, según las instalaciones incluyan departamento u hoteles, se puede ingresar y permanecer en él con propósito laboral o comercial. Puede pertenecer a un solo dueño por lo que algunos lo catalogan como un derecho personal, o a varios propietarios bajo la forma de Consorcio, que confieren derechos personales mediante arrendamiento o a una Sociedad y en ese caso avanzaría más a una escisión entre derechos reales y derechos personales. Entra como propiedad especial, y subespecie de Complejo Inmobiliario, ya que posee algunas de las características definidas por ley como tal.

Las **CiudadesEmpresariales** se entienden por tales aquellos complejos privados y cerrados, que se asientan en las periferias de las ciudades, sean en puntos cercanos a aeropuertos o al límite del ejido urbano y las principales rutas, integrados por hoteles para residir transitoriamente, centro de convenciones que alquilan para actividades empresariales, centro comercial, gabinetes con los últimos medios tecnológicos para intercomunicaciones de sus usuarios o visitantes, centro de eventos y/o entretenimiento y

parques deportivos que abarca gimnasios, canchas para actividades deportivas.

Urbanizaciones Comerciales son complejos naturaleza privada, comercial o empresarial, abiertas para clientes y con derecho de acceso y/o circulación interna que junto al uso de sus instalaciones son de tipo restringido y condicionado al permiso o autorización de los dueños.

ELEMENTOS DE LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS

El Código Civil y Comercial de la Nación, hace una enumeración, no taxativa sino meramente enunciativa, a través del artículo 2074, a saber:

1- Cerramiento Perimetral, para controlar y dar seguridad en el ingreso y/o egreso de sus instalaciones y para fijar límites fijos entre el complejo y el resto de la ciudad o territorio.

2- Partes o Unidades Privadas: Significa su pertenencia a un particular, con exclusividad en su uso, goce para ese particular o titular, dependiendo del destino o naturaleza del bien si es de residencia, laboral o comercial.

3- Partes Comunes: Están ensambladas a las partes privadas, estas son de uso y goce compartido entre dueños e incluso para aquellos terceros que se autoricen o habiliten a usarlas y gozarlas, este derecho de uso y goce, tiene correlación con la obligación de su mantenimiento y financiamiento

4- Subordinación funcional v/o jurídica de las partes comunes a la propiedad de las partes privativas o exclusivas. Es decir, tener la propiedad o poseer una unidad exclusiva o privada, trae como consecuencia o accesorio el uso y goce proporcional sobre las instalaciones, servicios y partes comunes. La interdependencia es tal, que no se pueden disponer o transferir de modo separado, y no se puede privar a la propiedad principal del uso y goce de las instalaciones accesorias comunes. Incluso por Reglamento de Propiedad y Uso, está prohibida su disposición separada.

5- Obligación de Contribución en el financiamiento de los gastos y cargas comunes sobre las instalaciones comunes, según lo que se establezca por Reglamentos de Propiedad, por contrato e incluso por la fuente que es la escritura traslativa o adquisitiva del dominio de la unidad del Complejo Inmobiliario.

6- Reglamento sobre el funcionamiento, derecho y obligaciones de los propietarios de las unidades privadas y su proyección en el uso y goce de las partes comunes, su responsabilidad en proporción a la magnitud o porcentaje de su propiedad, prevee las restricciones o límites a los derechos de los particulares, régimen disciplinario, derecho de admisión jurídica y funcional, derecho de preferencia estipulado en los casos que se transmita una unidad funcional por parte de uno de los copropietarios. Definición del Órgano Administrador, su conformación, el régimen de administración, regulación de su poder disciplinario.

7- Nueva Persona Jurídica, es decir un Órgano de Funcionamiento de tipo Administrativo, conformado por los propietarios de las unidades privadas del complejo inmobiliario que son también copropietarios de las instalaciones comunes, es un Consorcio con Personalidad Jurídica y Responsabilidad Civil distintas a la de sus miembros. A dicho órgano le compete la administración, gestión, representación jurídica de sus miembros y poder de policía sobre sus miembros en lo que es control del cumplimiento del reglamento, en el uso y goce debido de las partes comunes y en el poder de policía y sancionatorio, garantiza la convivencia pacífica, acorde a los expresado en el Reglamento de Copropiedad y Convivencia, respecto a las infracciones cometidas por los integrantes del mismo, las que fueron expresamente definidas como conductas pasibles de sanción. Este nuevo Ente tendrá su responsabilidad frente a los propietarios como a terceros, conforme a las normas de Responsabilidad Civil del código de fondo.

NATURALEZA JURÍDICA

El Conjunto inmobiliario, orientados por ALTERINI, constituiría el género y las urbanizaciones especiales como son los *Malls*, *Ciudades Empresarias*, Cementerios privados, Barrios Cerrados, Parques Industriales, Empresariales o Náuticos serían sus derivados o ramificación, que son los que enumera de modo enunciativo en el artículo 2073, que deja abierta la puerta a nuevas incorporaciones y su consecuente regulación. Brinda una

definición sobre los **Conjuntos Inmobiliarios** como nuevos derecho reales autónomos en virtud de los antecedentes legales, que se dieron a través de los distintos proyectos de reforma del Código Civil y Comercial, pero considera que dicha autonomía es dudosa, si nos detenemos a analizar cada subespecie o derivación del conjunto inmobiliario y también considera que el propio Código Reformado oscila entre Derecho Real Autónomo y la Propiedad Horizontal Especial. Sin embargo, su postura es clara, pese a existir una doctrina mayoritaria en contra de apertura del *númerus clausus* y de la creación o incorporación indiscriminada de nuevos derecho reales basados en necesidades sociales, comerciales y/o inmobiliarias, para subsanar y compensar vacíos legales de fondo. Para caracterizar su Naturaleza Jurídica, los designa como: “...**Propiedades Coparticipativas... no lo hace para abarcar un grupo de derechos subjetivos y patrimoniales sino de designar de ese modo a ciertos objetos de tales derechos que han surgido por iniciativa de particulares y que se han materializado en emprendimientos inmobiliarios ...**”³

Respecto a la designación del tipo de Naturaleza Jurídica de estos emprendimientos llamados MALLS, PARQUES COMERCIALES y las CIUDADES EMPRESARIALES, los ha caracterizado como una forma de **APROVECHAMIENTO COMUNITARIO**, movidos por finalidades de residencia, desarrollo comercial o industrial, que surgió por el crecimiento de las poblaciones urbanas y ante la falta de inmuebles, de ese modo surgen estas formas de Aprovechamientos comunes de inmuebles

³ALTERINI Jorge H. “Código Civil y Comercial Comentado- Tratado Exegético” Tomo X. Artículo 2073, página 6 Ed. La Ley. Ed. Bs. As. 2015.-

por varios titulares, que generan nuevas situaciones jurídicas comunitarias, sobre las que les corresponde derechos iguales sobre los objetos en común, sobre los que tienen porciones o cuotas. Por esto sostiene que estos “*hipercentros de consumo*” escapan a los conjuntos inmobiliarios, pertenecen a un solo dueño que luego celebra contratos con distintos usuarios de los negocios que se instalan en su complejo. Nada obsta que no puedan organizarse como dichos conjuntos inmobiliarios por razones económicas, políticas y sociales pero en cuanto a naturaleza jurídica no serían considerados derechos reales sino derechos personales.

Para autor llamado Daniel LUNA, que es citado por aquel autor, es conveniente recurrir a la noción de Propiedades Especiales o Nuevas Propiedades, en lugar del Derecho Real de Dominio, por ser más amplia y resultar incompatible que confiera al titular sobre una parte plenitud de potestades y sobre otras porciones potestades más limitadas. Lo que nos resulta lógico, porque si se están creando un nuevo y autónomo Derecho Real, su designación incluso debe ser diferente, novedosa, inédita y no reiterar el ya existente “Dominio”.⁴

Para SAUCEDO los Emprendimiento Inmobiliarios no pueden incluirse como Derechos Personales ni ser una combinación compleja de Derechos Personales y Reales, porque implica la transferencia de la propiedad del complejo de las partes comunes a favor de un tercero que sea persona jurídica (consorcio de propietarios y administrador) el cuál luego distribuirá una porción del capital común para uso, goce y para obtener

⁴LUNA Daniel. “Consideraciones sobre las propiedades coparticipativas y su tratamiento en las 22° Jornadas Nacionales de Derecho Civil”. Ap. Online.

beneficios a favor de los titulares de partes privadas, como era antes aplicable. El legislador estipuló obligatoriamente la naturaleza de Derecho Real, descartando así la aplicación de esas alternativas sui géneris, que incluso podrían ser tachadas de violatorias del orden público.

MARCO LEGAL

Como Fuentes Normativas:

1)- Conforme al artículo 1970 del Código Civil y Comercial, las disposiciones locales de provincias y municipios, esferas del poder que en ejercicio de su poder de policía, reglamentaron con naturaleza de Derecho Público y Administrativo la forma de utilizar racionalmente el suelo, las operaciones de subdivisión, loteos, ventas e inversiones inmobiliarias, parcelamiento, planificación urbana, desarrollo de urbanizaciones privadas con fines comerciales o residenciales de parte de nuevos inversores privados. Entre las que se pueden citar en Buenos Aires Los Decretos 2489/63 y 8912/77 con sus respectivas reglamentaciones, que legislas sobre Ordenamiento Territorial y el uso del suelo, el decreto 27/1998 sobre Barrios Cerrados y otros emprendimientos urbanísticos de Buenos Aires, la registración de estos emprendimientos privados en la Provincia de Buenos Aires a través del Decreto 1727/02 y 974/04, la ley provincial 13.744 del 2007 que legisla sobre Agrupamientos Industriales, Establecimientos Manufactureros y de Servicios con la obligación de Registrarse en Dirección de Personas Jurídicas. El Decreto 9404/1986 que reglamentan en parte la Ciudad Pueblo de Nordelta de Tigre, Buenos Aires. Y en la Ciudad de Córdoba el

Concejo Deliberante Municipal sancionó en el año 1991 la Ordenanza 8606/91 que estableció un régimen especial para las Urbanizaciones Residenciales Cerradas o Especiales, conocidos como countries o barrios cerrados, siendo el principal referente el Country de Las Delicias de propiedad y administración societaria y su posterior modificatoria la Ordenanza N° 10.760 del años 2004 que estableció que el Consorcio del barrio cerrado será el administrador de la provisión de los servicios de alumbrado, vigilancia, control de vías de acceso, recolección de residuos, tratamiento, provisión de agua.etc.⁵ La mayoría de estas disposiciones fueron acusadas de inconstitucionales por el sector tradicional de la doctrina nacional y se valora a la presente reforma del Código Civil y Comercial de la Nación porque deroga estas leyes locales para regir con ley de fondo en todo el país, acorde a nuestra carta magna. Pero a pesar de la reforma, aún hoy los Conjuntos Inmobiliarios debe ajustarse a estas normas locales.

2)- Anteproyectos de reforma y/o unificación de código civil y comercial de la nación, el más influyente y cercano doctrinariamente fue el Anteproyecto de 1998 el cual legisla sobre “propiedades especiales” y trata por separado Conjuntos Inmobiliarios de Tiempos Compartidos, dentro del contexto de derecho reales y propone régimen de condominios con indivisiones forzosas y Propiedad Horizontal para estas nuevas propiedades especiales, en cambio los proyectos de 1987, 1993 catalogan estos

⁵LIBORIO Miriam. (2007) “ Repensando la planificación urbana y el paisaje desde la huella ecológica”- Ed. Marenga Editora. Facu UNC. Ed. Córdoba 2007. On line en:
<http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/85a69a561f9ea43d03257234006a8594/f6c3283dfbdd8e8403257f37006376b6?OpenDocument>

emprendimientos sobre inmuebles comunes como derechos personales.

ANÁLISIS DEL 2075 Y ADECUACIÓN DE LOS EMPRENDIMIENTOS EXISTENTES A ESTA NORMA NUEVA...

Recita el artículo 2075: “MARCO LEGAL. Todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derecho personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real...”

Esta norma, es de múltiple propósito, en su primera parte designa los elementos de los conjuntos inmobiliarios y reconoce y delega las leyes administrativas, de derecho público de la jurisdicción donde se encuentre el inmueble del conjunto inmobiliario, reconoce lo establecido por el artículo 1970 del mismo código, que reconoce la autoridad de las normas locales en

pos del interés público y garantizando las relaciones de buena vecindad cuando establecen las limitaciones al Dominio Privado, incluso dicho el aprovechamiento, uso y goce del inmueble, ya que conforme al Sistema de Estado Federal de nuestro país, avalado por la Constitución Nacional, cada provincia conserva sobre su territorio todos aquellas facultades o poderes no delegados al Estado Federal/Nacional, entre las que se incluye la creación y aplicación del derecho local.

En el segundo párrafo ordena el sometimiento de los Conjuntos Inmobiliarios a las normas del Derecho de Propiedad Horizontal y los califica como Propiedad Horizontal Especial, este fragmento fue analizado por las autoras MARIANI DE VIDAL Y ABELLA, quienes alegaron que esta nueva especie se basa en que las unidad objeto del conjunto inmobiliario pueden construidas o en proceso de construcción; que son necesariamente comunes las partes y lugares del terreno destinado a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades varias y porque se contempla el Derecho de Admisión en la Transmisión de las Unidades. ⁶En el tercer párrafo contempla los Conjuntos Inmobiliarios previos, a los cuales no les reconoce autonomía sino que los deriva a las normas de Propiedad Horizontal, en función de caracterizar a estos emprendimientos “como Propiedad Horizontal Especial”. En el trabajo de Código Civil y Comercial Comentado por ALTERINI, expresa sobre esta norma: *...” Si en esencia los conjuntos inmobiliarios se someten a la propiedad horizontal, por más que ésta pueda presentar algunas*

⁶MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana N. “CONJUNTOS INMOBILIARIOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS PREEXISTENTES”...LA LEY. 2015-B.]

matizaciones en la modalidad de análisis, no luce como congruente crear un nuevo derecho real en virtud de tales matices... no se presenta como feliz que antes las simples particularidades de los conjuntos inmobiliarios se los quiera tipificar como un derecho real específico, cuando se decide que es un derecho real de propiedad horizontal especial". ⁷

CONCLUSIÓN

Nosotros pensamos que, al legislar la figura de los Conjuntos Inmobiliarios, con la reforma del código de fondo, se crea un nuevo derecho real. Positivamente se reconoce y consolida la realidad negocial y jurídica, que durante años fue contemplada en leyes locales de naturaleza administrativa y de orden público para realizar el control y ejerciendo el poder de policía de cada gobierno local sobre los inmuebles objeto de los Conjuntos Inmobiliarios sitios su jurisdicción. En lo correspondiente a la legislación de fondo a nivel nacional, no habían precedentes y se procuró compensar con la asimilación a la Propiedad Horizontal, figura que aquellas reglamentaciones locales también receptó para contener a los emprendimientos inmobiliarios emergentes, por eso se la legisló como Encuadre legal para estos nuevos emprendimientos de grandes superficies de los desarrollistas inmobiliario. Porque el **Nuevo Derecho Real Autónomo** no es el Conjunto Inmobiliario en si sino las porciones de propiedad

⁷ALTERINI, Jorge. H. "Primeras Consideraciones sobre los Derechos Reales en el Proyecto del Código. Academia Nacional de Derecho, Septiembre de 2012. Página 1]. Ed. La Ley. Ed. Bs. As. 2012.-

exclusiva o privativa y principal, sobre las que cada titular posesión plena, potestades reales y es oponible a terceros desde de su Registración Inmobiliaria, asimismo, va ligada al uso y goce sobre las partes comunes o compartidas, que son también objeto de la posesión que para cada co-titular se extiende, de modo proporcional, desde su unidad exclusiva e incluso aumentan las diferencias si se considera específicamente la modalidad jurídica sui géneris de los Centros de Compras o Ciudades Empresariales que por sus características físicas, negociales y jurídicas, nada tiene que ver con los esquemas físicos y legales planteados para la Propiedad Horizontal.

**PRUEBA SOBRE EL CARÁCTER PROPIO O GANANCIAL DE
LOS BIENES**

Por Ana Laura PAPPANO

SUMARIO: I- Introducción. II. Bienes Propios y Gananciales en el Código Civil y Comercial. III- Oponibilidad entre partes y frente a terceros. IV- Artículo 466 CCYCN- Principio general de Presunción de Ganancialidad. V- Medios de Prueba. VI. Omisión Declaración Bien Propio en Escrituras. VII- Vía Judicial. VIII- Conclusiones. IX Bibliografía.

INTRODUCCIÓN:

Estamos cursando el primer año de un Código nuevo, uno que unifica en un solo cuerpo dos de las principales ramas del derecho, es el Código Civil y Comercial de la Nación.

Como amantes del derecho es todo un desafío y una responsabilidad, porque ya no podemos dar nada por sentado, debemos estudiarlo integralmente y afianzarnos a este nuevo cuerpo normativo que si bien, ya lleva un año entre nosotros, no deja de generar incógnitas, encuentros y desencuentros entre los que lo estudiamos y quienes trabajamos con él.

Este trabajo se acota a una minúscula parte del mismo, pero de un modo profundo, queriendo dar un espacio suficiente a algo tan cotidiano, pero a veces desconocido o “mitificado” como es el régimen patrimonial del matrimonio; puntualmente a la

calificación de los bienes que lo conforman, con sus medios probatorios.

La novedad de este Código es que se adecuó progresivamente a la contemporaneidad y sus normas a la realidad de las familias modernas. Familias desestructuradas e informales, donde ya no es malicioso plantear el tema patrimonial en el matrimonio y donde se les permite a sus integrantes, bajo la plena autonomía de la voluntad elegir bajo qué régimen ampararse y dejando por escrito pautas que regirán su vida en matrimonio, los bienes que lo compondrán y hasta incluso la forma en que se liquidará.

El legislador trató de cubrir lagunas o silencios que generaban controversias, buscando así, celeridad en los actos jurídicos para beneficio de las partes y descongestionando la justicia en beneficio aquí del Poder Judicial.

Queda mucho por recorrer, y seguramente junto con el tiempo y con investigación constante evolucione nuestro parecer para con las normas, hasta quizás desechemos o cambiemos nuestro parecer, o no. Pero mientras más profundicemos nuestro estudio y no descartemos ninguna corriente estaremos en el sendero indicado.

I-BIENES PROPIOS Y GANANCIALES EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL:

Es menester dejar en claro la diferencia entre ambas categorías de bienes a los fines de, posteriormente, poder establecer su modalidad de administración, gestión y disposición

dentro del régimen patrimonial matrimonial al que decidan someterse los futuros cónyuges.

A modo de conceptualización son “*bienes **propios** de los cónyuges aquellos que aporta cada uno al matrimonio, los recibidos posteriormente por herencia, donación o legado y los adquiridos con el producto de aquellos*”¹ y son **gananciales** todos los adquiridos indistintamente por cualquiera de los mismos desde la celebración del matrimonio y hasta su disolución.

Aclarando, siempre que estemos bajo el régimen (supletorio) de comunidad de ganancias²; ya que vale no dejar de señalar que nuestra legislación sustancial actual nos brinda un sistema patrimonial matrimonial que consiente que se opte entre dos régimen patrimoniales matrimoniales pre establecidos y que regulan la manera de gestionar los bienes propios y gananciales y la responsabilidad de cada cónyuge frente a sus acreedores, tanto durante la vigencia de la sociedad conyugal como a su disolución.

Habilita también a los futuros cónyuges a someterse, mediante convención matrimonial instrumentada por escritura pública al efecto, al régimen de separación de bienes, perdiendo allí importancia esta clasificación referida debido al sometimiento de la totalidad de los bienes al carácter de propios de cada uno de sus adquirentes (titulares).

Otros autores califican por descarte, es decir son bienes gananciales todos los que no son propios.

La calificación de un bien puede presentarse durante la vigencia del matrimonio e incluso posteriormente a su extinción,

¹BORDA, Guillermo, Tratado de Derecho Civil. Familia, 6ª ed. Act., Perrot, Buenos Aires, t. I, N° 302, p. 251.

²Art. 463- Carácter supletorio. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Dto.1795/2014.

en estos momentos será importante tener certeza de la calidad del bien en cuestión para poder luego, de ser necesario, enajenarlo ya sea para cumplir con el requisito del asentimiento del cónyuge no titular o para repeler a un acreedor que acciona contra él.

El CCYCN hace una pormenorizada descripción en sus Arts. 464 y 465 de ambas calificaciones.

II-OPONIBILIDAD ENTRE PARTES Y FRENTE A TERCEROS:

Un sistema jurídico con reglas y normas claras tiene como principio general y regla primordial la seguridad jurídica.

La familia y el matrimonio como su célula fundante, tiene paralelamente a su aspecto espiritual y moral, un conjunto de actos que necesariamente son jurídicos, y que se desprenden de esta inmersión social en la que se encuentra el mismo, las relaciones y actos que de él se derivan.

Todos ellos deben ser bajo un cuerpo normativo claro y seguro internamente (para los contrayentes) y externamente (para con los terceros).

Los futuros cónyuges deben, en concordancia con la autonomía de la voluntad que la ley les confiere, elegir bajo qué régimen harán regir su matrimonio, su extinción y su posible o eventual futura modificación.

Hecha esta opción, las consecuencias de las mismas se hacen extensivas a los terceros.

Así lo explica Aida Kemelmajer de Carlucci *“el régimen de comunidad puede ser modificado por los esposos en sus relaciones internas, pero no en sus relaciones externas (con los acreedores y*

terceros adquirentes) (...) una vez elegido el régimen de comunidad, sus normas son obligatorias en las relaciones con terceras personas.”³

Entre los esposos pueden reconocerse y ser validas las declaraciones internas del carácter propio o no de un bien, lo que no significa que tenga que ser oponible a terceros. Categóricamente son de ningún valor estas declaraciones frente a terceros.

Aquí entra a jugar el orden público, como conjunto de principios de eminente importancia que en su conjunto buscan la subsistencia de una sociedad ordenada y justa, como pilar para mantener la seguridad jurídica y reglas claras partiendo desde el régimen patrimonial del matrimonio y haciéndose extensivo a todos los actos y relaciones jurídicas que de él derivan.

III-ART 466 CCYCN - PRINCIPIO GENERAL DE PRESUNCION DE GANANCIALIDAD:

Para abordar este principio debemos remitirnos al primer párrafo del artículo en cuestión.

“ARTICULO 466.-Prueba del carácter propio o ganancial.

Se presume, excepto prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad. Respecto de terceros, no es suficiente prueba del carácter propio la confesión de los cónyuges.

Este artículo del CCYCN es el eje de este trabajo y es de vital

³ Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014. Dirigido por Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras. -1ª edición- Santa Fe. Rubinzal-Culzoni, 2014 Pág.688.

importancia para entender una gran cantidad de situaciones de la vida del matrimonio que son regidas por el mismo.

Cuando un bien es parte de la masa que esta bajo el régimen de la comunidad es necesario dejar claro qué consecuencias jurídicas y prácticas trae aparejado su carácter de **ganancial**.

Esta característica de los bienes cobra relevancia sólo frente a la disolución de la comunidad ya que, si esto no ocurre, el bien sigue siendo de propiedad de quien lo adquirió; tal cual surge de la primera parte del art. 470 del Código Civil y Comercial de la Nación, sin perjuicio de aquellos actos que requieren asentimiento del otro cónyuge o en su defecto, autorización judicial.

Autores hablan de “derecho actual” distinguiendo del “derecho eventual”, esto significa que mientras perdure el matrimonio cada cónyuge tiene un derecho actual sobre la mitad de los bienes y solo de un “derecho eventual” frente a una disolución que ocasionalmente ocurra, sobre el cincuenta por ciento del total de los bienes gananciales que son parte de la comunidad.

El porqué de la existencia de esta característica (ganancialidad) no es nueva, y se basa en una presunción de que los bienes, sean cuales sean, provienen de un esfuerzo mutuo de los cónyuges.

Procuró de este modo el legislador proteger a la parte mas débil de ambos contrayentes con esta presunción *–in dubio pro communitate–* llegado el caso de tener que disolver la comunidad, y contando con bienes que generen controversia sobre su carácter.

“El fundamento de la ganancialidad reside en la existencia de una presunción sobre la concurrencia de ambos cónyuges en un esfuerzo solidario para llevar adelante los fines del matrimonio. Ello es así, con prescindencia de cual de los esposos obtuvo los ingresos

monetarios o de otra especie para la adquisición de los bienes de que se trata, suponiéndose, si fue uno solo el que los consiguió, que el otro realizo en el hogar las tareas necesarias para el desarrollo en familia de la vida diaria”⁴

Del Art. 466 del Código Civil y Comercial surge claramente que quien alega el carácter propio de un bien, tiene la carga de la prueba de demostrarlo.

Hay una presunción que infiere, salvo prueba en contrario, que todo bien que no pueda calificarse como propio pertenece a la comunidad.

“Es una regla de prueba, un sustituto, que opera eficazmente cuando esta no es susceptible de llevarse a cabo”⁵

Dejando así, este artículo, por sentado el carácter ***iuris tantum*** de la presunción de ganancialidad y de ***interpretación restrictiva*** la decisión de sustraer un bien de la masa ganancial.

En el otro extremo tenemos el régimen patrimonial de separación de bienes, aquí la presunción es otra.

Así como en el régimen de la comunidad ante una controversia respecto al carácter de un bien se presume la ganancialidad, en este régimen de separación, donde todos los bienes son propios de sus titulares dominiales, ante la misma duda se considera que el bien es propio de ambos cónyuges en condominio y por partes iguales.

En el próximo apartado se explicará con detalle lo planteado en el el párrafo precedente.

⁴ Sambrizzi, Eduardo A. El régimen patrimonial del matrimonio en el Nuevo Código Civil y Comercial. Buenos Aires, La Ley, 2015. Pág. 214

⁵ Marisa Herrero, Gustavo Carmelo, Sebastian Picasso. Código Civil y Comercial comentado. Tomo II. Pág. 126.

IV- MEDIOS DE PRUEBA:

Aquí necesitaremos, para poder comprender la actividad probatoria de la calificación de los bienes en el régimen de la comunidad, tener presente el último extracto del artículo en cuestión que reza:

“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.

En caso de no podérsela obtener, o de negarla éste, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición.

El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición.”

Ante todo, debemos distinguir el tipo de bien, para ver qué actividad probatoria requerirá.

Seguramente un bien mueble no registrable requerirá una actividad más compleja para lograr probarlo, mientras que frente a un inmueble o mueble registrable la calificación debemos remitirnos en principio a lo que determina el instrumento de adquisición respecto de la fecha, pero puede ser también un caso de subrogación para el cual la letra del CCYCN nos da pautas claras que veremos en los párrafos que siguen.

Para ser más claros, diferenciaremos la actividad probatoria según el régimen opcional en el cual se haya subsumido el

matrimonio, empezando por el régimen supletorio de comunidad de ganancias.

RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANACIAS:

Frente a la pregunta de cómo probar que un bien no es ganancial, quebrando la presunción del art. 466 debemos diferenciar si es entre las partes o frente a terceros.

De dicho artículo *“surge claro que mientras respecto a los terceros el cumplimiento del Art. 466 es de orden público, entre los cónyuges y sus herederos la prueba del carácter propio se puede demostrar con cualquier medio de prueba”*⁶

Cuando hablamos de cualquier medio de prueba esto significa que incluso podemos tomar indicios y presunciones.

Entre los cónyuges pueden pactar cualquier tipo de acuerdo o contrato, ya sea de forma explícita o no, incluso llegada la oportunidad de disolver y liquidar la comunidad pueden convenir dividir los bienes como decidan, incluso no por mitades.

Por lo contrario, frente a terceros, el régimen de comunidad no puede modificarse ante ellos, esto es por el orden público y la seguridad jurídica que anteriormente referenciamos, derivados de la letra del CCYCN en su Art. 466.

A la hora de adquirir un bien puede haber dos situaciones:

Que el cónyuge que no adquiere declare o confiese unilateralmente que el bien que adquiere el otro consorte es propio del mismo. (confesión de privatividad)

⁶ Sambrizzi, Eduardo A. El régimen patrimonial del matrimonio en el Nuevo Código Civil y Comercial. Buenos Aires, La Ley, 2015. Pág. 756.

Por otro lado, puede ocurrir que ambos en conjunto señalen que el bien es de propio de uno de los dos. (atribución de privatividad).

La primera de estas situaciones, la confesión de privatividad es claramente válida entre ellos, y de no formularse el bien sería presuntivamente ganancial; en el segundo de los casos, donde ambos declaran el carácter propio de un bien, no será oponible erga omnes si no cumple con los recaudos del Art. 466 in fine que procederemos a detallar en este título.

Si seguimos desmembrando el artículo en cuestión, surge de su segundo párrafo la **prueba de subrogación**.

Aquí se deja de ver una evolución en la redacción del legislador, que estableció recaudos legales para reputar como propio al bien que reemplaza en el patrimonio del cónyuge a otro del mismo carácter.

por no cumplir con los requisitos establecidos en la última parte del Art. 466 del CCYCN, estos son:

- a) que se deje constancia de esa circunstancia en el acto de adquisición,
 - b) que se declare el origen de los fondos para su adquisición,
- y
- c) la conformidad del otro cónyuge.

Vale aclarar que no es necesario que la confesión de privatividad, sea de forma simultánea a la adquisición del bien, puede ser también por acto posterior; si es claramente necesario que quien la otorga sea uno de los esposos, lo haga de forma personal o con poder especial en su defecto a los fines de dicha confesión; y sea quien se perjudica por admitir el carácter de propio del otro consorte del bien en cuestión, perdiendo así ese derecho actual al cual nos referíamos precedentemente.

De más está remarcar que debe hacerlo con plena capacidad de obrar, gozando de plena voluntad, libertad y discernimiento.

Sólo podría ese cónyuge posteriormente impugnar su reconocimiento si demuestra que el mismo fue declarado sin discernimiento, intención o libertad; tal como lo pregona el Art. 260 del Código Civil y Comercial; o que llegue a su conocimiento con posterioridad al reconocimiento, documentación que demuestre que de haber tenido constancia o noticia de la misma no hubiera calificado del modo que lo hizo a ese bien.

A modo de resumen:

ENTRE CÓNYUGES:

- Pesa sobre el que pretende excluir la ganancialidad, alegando la propiedad exclusiva de un bien.
- Está expresamente admitida la idoneidad de la prueba confesional que puede ser unilateral o conjunta (presunción o atribución de privatividad)
- La confesión puede ser simultánea al acto de adquisición o posterior.
- El reconocimiento es irrevocable para quien lo otorgó, salvo que alegue vicios en la voluntad o que llegue a su conocimiento posteriormente documentación que demuestre el error en lo manifestado previamente.

FRENTE A TERCEROS:

- Son terceros los acreedores y también los herederos forzosos de uno de los esposos.

- Para probar el carácter de propios bastará acreditar la fecha de adquisición documentada en los instrumentos de operación.

SUBROGACIÓN - PRUEBA.

Según el último párrafo del Art. 466 del CCYCN la oponibilidad a terceros de un bien adquirido por subrogación requerirá:

- Que en el acto de adquisición se deje constancia de la calidad por la cual se adquiere: permuta o reinversión de fondos propios.

- Manifestar el origen propio de estos fondos, especificando la causa. (si son derechos hereditarios deberá surgir de la escritura los datos que individualizan la sucesión; donación o enajenación de un bien propio). Se debe reseñar dichos actos jurídicos, por ejemplo: datos de las escrituras donde constaron.

- Conformidad del cónyuge no adquirente. Dándole el rasgo de sinceridad en la calificación del bien.

No cumplir con lo precedentemente relatado hará que sea inoponible el carácter de propio de un bien frente a terceros, y por lo tanto que el bien adquirido mientras regía la comunidad, sea de propiedad del cónyuge que adquirió.

“No obstante ello, podrá oponerse denunciado la falsedad de la manifestación del adquirente, su cónyuge -siempre que no haya mediado su expresión de conformidad al respecto, en cuyo caso se

necesitará contradocumento- o sus herederos, en tanto acrediten perjuicio en su legítima”⁷

Los acreedores del cónyuge que no adquirió podrían también impugnar tal manifestación, ya sea bajo el título de simulación o de fraude, teniendo ellos la carga de la prueba en su contra.

Es de destacar la minuciosidad en la explicación que surge de la redacción del Nuevo Código, dando así quizás fin a muchas controversias y discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que se originaban por los blancos de la ley en ciertas cuestiones que hacían a la prueba en un ámbito tan complejo para discutir cuestiones patrimoniales como lo es el matrimonio.

Prueba de esto es este fallo que Zambrizzi menciona de la Suprema Corte de Santa Fe de la década del ochenta, en que se decidió que *“la compra durante el matrimonio con recursos que es inverosímil que se hayan producido durante su transcurso, permite calificar como propios los fondos aplicados a la compra, y consiguientemente al bien adquirido”⁸.*

RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES:

Art. 506 CCYCN: “Tanto respecto del otro cónyuge como de terceros, cada uno de los cónyuges puede demostrar la propiedad exclusiva de un bien por todos los medios de prueba. Los bienes cuya propiedad exclusiva no se pueda demostrar, se presume que pertenecen a ambos por mitades.

⁷ Marisa Herrero, Gustavo Carmelo, Sebastian Picasso. Código Civil y Comercial comentado. Tomo II.

⁸ LA LEY, 1982-B, 186, con nota cit. De MÉNDEZ COSTA, MARIA JOSEFA, “El cónyuge adquirente y la prueba en contra de la ganancialidad”

Demandada por uno de los cónyuges la división de un condominio entre ellos, el juez puede negarla si afecta el interés familiar”

Bajo este régimen entonces contamos con un amplio campo probatorio en el aspecto interno y externo del matrimonio.

En cuestión de presunción aquí contamos con la presunción de comunidad de bienes pro indiviso.

“Con esta solución se busca proteger a un cónyuge, al evitar un acto de disposición sobre un bien de titularidad incierta”⁹

V-OMISIÓN DECLARACIÓN BIEN PROPIO EN ESCRITURA, EFECTOS:

Aquí, indefectiblemente, debemos hacer mención de los Arts. 1246 y 1247 del Código de Vélez, donde con carácter de orden público se establecía que los bienes inmuebles que se adquirían con dinero propio de la mujer (se hace extensible a ambos cónyuges) eran de su propiedad, siempre que se deje asentado en la escritura de compra que la misma se hace bajo el carácter de propio y dejando constancia con su manifestación del origen del mismo.

Lo mismo ocurría con la reinversión de los mismos.

Con esto lo que se buscaba era evitar que se viole la disposición que prohíbe la contratación entre cónyuges, además de proteger los eventuales derechos de terceros (cualquier tercero o herederos forzosos de las partes) que resulten afectados pero,

⁹ Adriana N. Krasnow. TRATADO DERECHO DE FAMILIA. Relaciones personales y patrimoniales de pareja. Tomo II. 2015.

sobre todo, darle una solución a posibles controversias sobre el carácter de los bienes.

Lo que si era una controversia doctrinaria, era si estos artículos se referían sólo a bienes inmuebles o también a muebles registrables, y se planteaba que los muebles no registrables aparentaban haber sido dejados de lado.

Autores como Borda estimaban que el Art. 1246 de Vélez también hacía referencia a bienes muebles registrables, mientras que otros, como Zanonni, advertía que solo se trataba exclusivamente de bienes inmuebles.

Ahora, ya enfocados en el actual y vigente Código Civil y Comercial de la Nación debemos decir que no hay un enunciado que nos responda literalmente lo referido y cuestionado en el título de este apartado.

Si se omite en la escritura de adquisición de un bien, bajo el régimen de la comunidad ganancial, la manifestación de la calidad de propio del bien.

¿Puede luego esto subsanarse con una escritura complementario u aclaratoria?

Teniendo claro el articulado del Código Civil y Comercial de la Nación, pero sin perder de vista nuestro Código predecesor podemos afirmar que frente a la omisión de declarar el carácter propio de un bien en su escritura de adquisición podemos decir que de la segunda parte del Art. 466 se desprenden los requisitos para que el dicho carácter de un bien registrable adquirido por los esposos mientras rige la comunidad sea oponible a terceros.

Entre los requisitos encontramos que "...es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge".

Si analizamos la letra del CCYCN pareciera surgir la imposibilidad de una escritura posterior que subsane la falta de declaración de ambos cónyuges en situación de realizar el acto de adquisición; pero la doctrina no lo entiende así por no encontrar en ninguna norma una prohibición al respecto o un eventual derecho a perjudicar; ahondando más en el tema encontramos que en el Código Civil y Comercial de la Nación comentado¹⁰ se expresa que no hay impedimento para que ambos cónyuges efectúen una declaración notarial complementaria en caso de haberse omitido tal manifestación al instrumentar la adquisición.

VI-VÍA JUDICIAL.

Para poder darle curso a este apartado del trabajo debo remitiré a la última parte de este artículo que ha sido la base del mismo desde un comienzo.

Finalmente, el Art. 466 del CCYC expresa: “En caso de no podérsela obtener (*y con esto se refiere a la conformidad del cónyuge adquirente*), o de negarla éste, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición”.

¿Qué vía es la idónea para requerir al Poder Judicial que se expida sobre la calificación del bien, frente a la falta de

¹⁰Código civil y comercial de la Nación comentado / dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti — 1e ed. — Santa Fe : Rubiozal-Culzoni, 2015. Pág. 113.

conformidad del otro cónyuge o si se omitió la misma en el acto de adquisición?

Creemos que es la acción declarativa de certeza o también llamada meramente declarativa, ya que, a través de ella se puede definir la situación con falta de certeza acerca de la existencia o de las particularidades de un derecho.

De la norma no surge un plazo de tiempo o límite para deducirla, pero estimamos que si bien lo más común será en la etapa de liquidación de la comunidad ya sea por divorcio o sucesorio, nada obsta a que esta sea deducida mientras rige la comunidad por alguna controversia existente y siempre que exista interés legítimo.

La sentencia que declare la privatividad del bien deberá anotar en forma marginal en el instrumento donde originalmente surgía la adquisición.

VII-CONCLUSIÓN:

- La familia y el matrimonio como su célula fundante, tiene paralelamente a su aspecto espiritual y moral, un conjunto de actos que necesariamente son jurídicos, y que se desprenden de esta inmersión social en la que se encuentra el mismo, las relaciones y actos que de él se derivan.
- Nuestra legislación sustancial actual nos brinda un sistema patrimonial matrimonial ordenado, que permite la opción entre dos regímenes patrimoniales matrimoniales claramente tipificados.

- son “*bienes **propios** de los cónyuges aquellos que aporta cada uno al matrimonio, los recibidos posteriormente por herencia, donación o legado y los adquiridos con el producto de aquellos*”¹¹ y son **gananciales** todos los adquiridos indistintamente por cualquiera de los mismos desde la celebración del matrimonio y hasta su disolución.
- La calificación de un bien puede presentarse durante la vigencia del matrimonio e incluso posteriormente a su extinción, en estos momentos será importante tener certeza de la calidad del bien en cuestión para poder luego, de ser necesario, enajenarlo ya sea para cumplir con el requisito del asentimiento del cónyuge no titular o para repeler a un acreedor que acciona contra él.
- Hay una presunción que infiere, salvo prueba en contrario, que todo bien que no pueda calificarse como propio pertenece a la comunidad.
- Del Art. 466 del Código Civil y Comercial surge claramente que quien alega el carácter propio de un bien, tiene la carga de la prueba de demostrarlo. Dejando así, este artículo, por sentado el carácter ***iuris tantum*** de la presunción de ganancialidad y de **interpretación restrictiva** la decisión de sustraer un bien de la masa ganancial.

¹¹BORDA, Guillermo, Tratado de Derecho Civil. Familia, 6ª ed. Act., Perrot, Buenos Aires, t. I, N° 302, p. 251.

- Entre los esposos pueden reconocerse y ser válidas las declaraciones internas del carácter propio o no de un bien, lo que no significa que tenga que ser oponible a terceros. Categóricamente son de ningún valor estas declaraciones frente a terceros.

- El Art. 466 del Código Civil y Comercial surge claramente que quien alega el carácter propio de un bien, tiene la carga de la prueba de demostrarlo.
Hay una presunción que infiere, salvo prueba en contrario, que todo bien que no pueda calificarse como propio pertenece a la comunidad.

- Entre los cónyuges pueden pactar cualquier tipo de acuerdo o contrato, ya sea de forma explícita o no, incluso llegada la oportunidad de disolver y liquidar la comunidad pueden convenir dividir los bienes como decidan, incluso no por mitades.
Por lo contrario, frente a terceros, el régimen de comunidad no puede modificarse ante ellos, esto es por el orden público y la seguridad jurídica.

- Bajo el régimen de separación de bienes contamos con un amplio campo probatorio en el aspecto interno y externo del matrimonio.
 - En cuestión de presunción aquí contamos con la presunción de comunidad de bienes pro indiviso. “Con esta

solución se busca proteger a un cónyuge, al evitar un acto de disposición sobre un bien de titularidad incierta”¹²

- Si analizamos la letra del CCYCN pareciera surgir la imposibilidad de una escritura posterior que subsane la falta de declaración de ambos cónyuges en situación de realizar el acto de adquisición; pero la doctrina no lo entiende así por no encontrar en ninguna norma una prohibición al respecto o un eventual derecho a perjudicar; ahondando más en el tema encontramos que en el Código Civil y Comercial de la Nación comentado¹³ se expresa que no hay impedimento para que ambos cónyuges efectúen una declaración notarial complementaria en caso de haberse omitido tal manifestación al instrumentar la adquisición.
- ¿Qué vía es la idónea para requerir al Poder Judicial que se expida sobre la calificación del bien, frente a la falta de conformidad del otro cónyuge o si se omitió la misma en el acto de adquisición?
- Creemos que es la acción declarativa de certeza o también llamada meramente declarativa, ya que, a través de ella se puede definir la situación con falta de certeza acerca de la existencia o de las particularidades de un derecho.

¹²Adriana N. Krasnow. TRATADO DERECHO DE FAMILIA. Relaciones personales y patrimoniales de pareja. Tomo II. 2015.

¹³Código civil y comercial de la Nación comentado / dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti — 1e ed. — Santa Fe : Rubiozal-Culzoni, 2015. Pág. 113.

CONSIGNACIÓN EXTRAJUDICIAL

Por Augusto PICCON

SUMARIO: I.- Introducción. II.- La vieja discusión. III.- Lógica del análisis que se hacía. IV. 1.1. Valor de las normas provinciales. 1.2. En el derecho español. 1.3. Repasando obligaciones establecidas. 1.4. Pago por consignación. 1.5. Funcionamiento de la consignación extrajudicial. 1.6. La naturaleza jurídica de la consignación extrajudicial. V.- ¿Se puede hacer un acta para constatar la entrega del dinero?. VI- Conclusión.

I.- INTRODUCCIÓN

El nuevo código Civil y Comercial trae una nueva figura, se trata de la consignación extrajudicial, o específicamente la consignación notarial.

Es común en la escribanía la solicitud de los requirentes para dejarnos a cargo de cierto dinero para entregar, de alguna llave para que alguien retire, etc. Pero no hay una regulación específica al respecto, entonces ¿por qué surgen estos requerimientos? ¿Alguna vez existió esta posibilidad? ¿Había alguna costumbre en este sentido?

No, la respuesta es en realidad otra. Generalmente ante un conflicto con alguien, lo mejor sería acudir a la Justicia, pero es cierto que la imagen de este poder en la sociedad está alicaída, en

el sentido que se tiene miedo de chocar contra un burocracia lenta, trabada, onerosa, a la par de tener ya que dar intervención a un abogado, lo que significa entrar ya en el conflicto mismo, que la gente quiere evitar a toda costa. Por otro lado ve en este escribano otra imagen, la de un funcionario con el que le fue muy simple hacer una notificación, que le da toda la confianza para realizar los actos más sensibles, importantes de su vida familiar o comercial (compra de su única casa, o constitución de la sociedad con la que desenvuelve su trabajo, etc). Entonces ya que está ante este funcionario que le da tanta confianza al requirente, y que lo pone en un pie de igualdad al del magistrado judicial, en cuanto que es un funcionario y es imparcial, ¿por qué no es posible que el pueda dar un paso más, y en vez de dejar esto que debe entregar a su acreedor en manos del funcionario judicial, dejarlas en manos del funcionario notarial?

Lo cierto es que el tema no es nuevo, pero si lo es esta norma, que nos trae el nuevo Código Civil y Comercial, por lo tanto vamos a ver si tiene un nuevo giro la cuestión.

II.- LA VIEJA DISCUSIÓN

Hay una vieja discusión sobre el tema de las llamadas “actas de depósito” en las que se discutía acerca de su naturaleza jurídica, y su validez o no.

En algunas leyes provinciales como la de Mendoza o Buenos Aires está incluida la posibilidad notarial de realizar un acta de depósito, así en el Capítulo IV referido a actas de la ley 9020 de la provincia de Buenos Aires reza el art 164 Depósitos: “En los actos y en las formas que dispongan las leyes, los notarios recibirán en

depósito, o consignación, cosas, documentos, valores y cantidades. Su admisión es voluntaria y sujeta a las condiciones que se determinen cuando no exista obligación real. Las circunstancias relativas a los intervinientes, objetos, fines y estipulaciones constarán en actas, excepto cuando puedan documentarse mediante certificación o simple recibo. Siempre que el escribano lo considere conveniente para su seguridad, podrá conservar los depósitos que se le confíen en la caja de seguridad de un Banco instalado en su jurisdicción, advirtiéndolo así y consignándolo en el certificado. Queda prohibido recibir depósitos en dinero para su aplicación, por el notario, a operaciones en las que él intervendrá como autorizante de la escritura respectiva y el depositante como sujeto instrumental.”

III.- LÓGICA DEL ANÁLISIS QUE SE HACÍA

En esta vieja discusión se analizaba en primer lugar, si se trataba de escrituras actas o escrituras públicas propiamente dichas, analizando los casos en que se hicieran protocolarmente estos instrumentos. La mayoría de la doctrina entendía entonces que en realidad se trataba escrituras públicas propiamente dichas, por ser el depósito un contrato.

Decía el Código de Velez en el art. 2182 "El contrato de depósito se verifica cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía, y a restituir la misma e idéntica cosa. " Y en relación a ello decía por ejemplo Giralt Font que “podrá discreparse acerca de si la gratuidad es de su esencia (en el depósito civil, ya que en el

comercial siempre es oneroso, constituye un acto de comercio y una de las partes debe ser, necesariamente, comerciante) o si es una característica que puede ser dejada de lado por los contratantes. Los que adoptan la primera de dichas interpretaciones sostienen que si se pacta una contraprestación a favor del depositario, el contrato será de locación de servicios; para los otros, la onerosidad convenida no altera su tipicidad. Podrá también discutirse si el contrato continúa siendo unilateral cuando es oneroso, pero en todos los casos **no caben dudas de que el depositario es uno de los dos sujetos** que tipifican el contrato y su principal obligado. Constituye, además y fundamentalmente, un acto de confianza del depositante en el depositario.”¹

Hoy el nuevo código nos dice que es contrato de depósito en el “ARTÍCULO 1356.- Definición. Hay contrato de depósito cuando una parte se obliga a recibir de otra una cosa con la obligación de custodiarla y restituirla con sus frutos.” Lo cual no cambia de lo que se estableciera anteriormente, pero si se establece la presunción de onerosidad a renglón seguido “ARTÍCULO 1357.- Presunción de onerosidad. El depósito se presume oneroso. Si se pacta la gratuidad, no se debe remuneración, pero el depositante debe reembolsar al depositario los gastos razonables en que incurra para la custodia y restitución.”

Por otro lado, se analizaba el contenido del art 985 del CC que exigía la imparcialidad del notario, de muy similar manera como lo hace ahora el art 291 del nuevo Código Civil y Comercial,

¹ GIRALT FONT, Jaime “LAS ACTAS DE DEPÓSITO Y EL ARTÍCULO 985 DEL CÓDIGO CIVIL”Revista del Notariado 826 de 1991

estableciendo la nulidad absoluta de todos los instrumentos donde aparezca el notario como parte interesada en el negocio instrumentado.

Por ende la conclusión era simple, esa escritura que contenía un contrato de depósito donde el notario era el depositario, era nula por violar el principio de imparcialidad. Así por ejemplo Petric llega a determinar como conclusión de su trabajo "a) El "acta de depósito" notarial, atendiendo a su contenido y a su configuración jurídica, contiene un acto o negocio jurídico. b) Sus partes son el cliente - depositante y el notario - depositario. c) Es de aplicación el art. 985 del Código Civil que implica la nulidad absoluta de tales "actas".²

IV.- 1.1. VALOR DE LAS NORMAS PROVINCIALES ESTABLECIDAS

De todas maneras en la doctrina veían como correcta la posibilidad de que el escribano celebrara contratos de depósito (por instrumento privado) con los requirentes de este servicio, en virtud de que él es "para el común de la gente, persona de confianza; es confiable. No es entonces de extrañar que a él se recurra con frecuencia para constituirlo en depositario de dinero, títulos, documentos y demás bienes. Y está bien que así sea, por lo que hemos dicho recién. En efecto, por su condición de profesional del derecho de probada objetividad, elaborador e intérprete de normas, por las cualidades intelectuales y morales

² PETRIC, José Pablo "REFLEXIONES ACERCA DE LA LLAMADA "ACTA DE DEPÓSITO NOTARIAL" Revista Notarial N°714 del 1970

requeridas para ejercer la función notarial, es persona indicada para fiarse de él como depositario.”³

Por lo tanto no negaban el valor de las normas provinciales en este aspecto, pero siempre y cuando el notario no hiciera un instrumento público en relación al contrato, en todo caso, se aconsejaba ir con otro notario que dejara plasmado el mismo. Si bien algunos podrían pensar que estas normas establecían una nueva competencia material, el argumento que esgrime Giralt Font, es que “nuestro régimen constitucional no admite que disposiciones legales de menor jerarquía normativa modifiquen o dejen sin efecto leyes de rango superior”⁴

1.2 EN EL DERECHO ESPAÑOL

Unas de los argumentos esgrimidos a favor de la posibilidad de realizar actas de depósito (por escritura pública), era que la legislación española, muy vinculada a la nuestra, contenía una regulación específica de estas actas.

Específicamente “el Reglamento Notarial español, en sus arts. 216 a 220, regula cuidadosamente las actas de depósito ante notario, sobre la base de una norma (el art. 216) similar a las citadas de las leyes de las provincias de Buenos Aires y Mendoza. Es menester hacer notar que la referida disposición del Reglamento español también constituye una excepción a la incompetencia establecida en su art. 139, por el que se prohíbe a los notarios autorizar escrituras en que se consignen derechos a

³ GIRALT FONT, Jaime “LAS ACTAS DE DEPÓSITO Y EL ARTÍCULO 985 DEL CÓDIGO CIVIL”Revista del Notariado 826 de 1991

⁴ GIRALT FONT, Jaime “LAS ACTAS DE DEPÓSITO Y EL ARTÍCULO 985 DEL CÓDIGO CIVIL”Revista del Notariado 826 de 1991

su favor, aunque sí las en que sólo contraigan obligaciones o extingan o pospongan aquellos derechos, por lo que pueden autorizar la escritura de su propio testamento y poderes por ellos conferidos. Pero no pueden, en cambio, autorizar actos jurídicos de ninguna clase que contengan disposiciones a su favor o de su esposa o parientes de los grados previstos en la misma norma, aun cuando tales parientes y el propio notario intervengan en carácter de representantes legales o voluntarios de un tercero. Es preciso tener presente también, que el mencionado Reglamento español, que determina los alcances de la ilegitimación de la intervención notarial por razón de las personas y legisla a las actas de depósito como excepción de la misma, reviste las características de lo que nosotros entendemos por ley de fondo.”⁵

De la misma manera el Anteproyecto de ley de los Documentos Notariales preveía una norma similar en su art. 58: "I. El notario podrá documentar en acta el depósito o custodia de dinero, cosas, valores y documentos; las circunstancias atinentes al depositante, a los fines del depósito y a la individualización de lo depositado y estipulaciones de los interesados e igualmente si lo es por plazo o no. Se exceptúa el caso en que ello pueda hacerse constar mediante certificado o recibo.

II. Su admisión es voluntaria y sujeta a las condiciones que se determinen cuando no exista obligación legal. ”⁶ Pero es de hacer notar que “en la nota relativa a dicho artículo se indica que el acta de depósito hace al notario interviniente parte del acto, puesto que crea específicas obligaciones a su cargo, agregando

⁵ GIRALT FONT, Jaime “LAS ACTAS DE DEPÓSITO Y EL ARTÍCULO 985 DEL CÓDIGO CIVIL”Revista del Notariado 826 de 1991

⁶ GIRALT FONT, Jaime “LAS ACTAS DE DEPÓSITO Y EL ARTÍCULO 985 DEL CÓDIGO CIVIL”Revista del Notariado 826 de 1991

que debe considerarse, por consiguiente, una excepción a la prohibición del art. 3º, inc. 2, del mismo Anteproyecto, por el que, en concordancia con lo establecido en el art. 985 del Código Civil, se prohíbe actuar al notario si el acto o algunas de sus disposiciones le interesaren personalmente a él, a su cónyuge o a cualquiera de los parientes determinados en el inciso anterior", que son los consanguíneos hasta el tercer grado o sus afines hasta el segundo, quedando comprendido el parentesco por adopción.”⁷

Todo esto en relación a las llamadas “actas de depósito”, pero vamos a analizar ahora específicamente esta llamada consignación extrajudicial, que está a cargo del notario para ver si tiene puntos de conexión, si es lo mismo, o si es otra cosa que nada que ver.

1.3 REPASANDO OBLIGACIONES

Pago

ARTÍCULO 865.- *Definición.* Pago es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación.

Algunos discuten en la doctrina su naturaleza jurídica como un simple acto voluntario o un acto jurídico, la mayoría se inclina por esta última, entendiéndolo un acto unilateral del solvens que a veces necesita de la cooperación del accipiens, pero que no integra el acto.

⁷ GIRALT FONT, Jaime “LAS ACTAS DE DEPÓSITO Y EL ARTÍCULO 985 DEL CÓDIGO CIVIL” Revista del Notariado 826 de 1991

Caracteres del pago

ARTÍCULO 867.- Objeto del pago. El objeto del pago debe reunir los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización.

Mora

ARTÍCULO 886.- Mora del deudor. Principio. Mora automática. Mora del acreedor. La mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación.

El **acreedor incurre en mora** si el deudor le efectúa una oferta de pago de conformidad con el artículo 867 y se rehúsa injustificadamente a recibirlo.

“El cumplimiento de una obligación puede no concretarse en tiempo propio, no por un comportamiento reprochable del deudor, sino debido a una falta de cooperación del acreedor en la recepción del pago cancelatorio de deuda”⁸. Se criticaba al antiguo código puesto que no hablaba acerca de la mora del acreedor, sino en una nota al art 509. La reforma de 1968 tampoco introdujo nada sobre el tema. Solo se establecía directamente la posibilidad del pago por consignación.

De allí que la doctrina, analógicamente a lo que establecía para la mora del deudor establecía cuales eran las condiciones

⁸ ALTERINI, Atilio Aníbal, “CURSO DE OBLIGACIONES” Tomo I, Ed Abeledo Perrot, Bs As 1992

para que existiera mora del acreedor y sus efectos, lo cual he resumido del libro de Atilio Alterini de la siguiente manera:⁹

Condiciones de la mora

1- Falta de cooperación del acreedor, que obstaculiza el cumplimiento de la obligación.

2- Esa falta de cooperación debe ser imputable al acreedor por dolo o culpa.

3- Debe mediar ofrecimiento real de pago por parte del deudor, rechazado injustamente por el acreedor.

No es necesario este ofrecimiento en algunos casos (manifestación anticipada del acreedor a rechazarlo, cuando se ha pactado antes que la falta de cooperación lo constituye en mora, cuando no es posible efectuarlo por culpa del acreedor, etc).

Efectos de la mora

1- Responsabilidad del acreedor por daños moratorios sufridos por el deudor.

2- Traslación al acreedor de los riesgos que soportaba el deudor.

3- Cese del curso de los intereses moratorios o punitivos a cargo del deudor (no los compensatorios, porque conserva el capital).

4- Liberación si resulta imposible el cumplimiento.

⁹ ALTERINI, Atilio Aníbal, "CURSO DE OBLIGACIONES" Tomo I, Ed Abeledo Perrot, Bs As 1992

5- Impedimento para la constitución en mora del deudor.

1.4 PAGO POR CONSIGNACIÓN

La ley, permite un procedimiento a los efectos de garantizar este derecho que tiene el deudor de liberarse de la obligación, mediante lo que reglamenta como pago por consignación. Estaba por supuesto en el Código de Velez y está en el nuevo Código Civil y comercial.

Veamos cómo es el procedimiento en relación a la consignación judicial, para examinar luego el caso de la consignación extrajudicial

En primer lugar establece cuando procede esta posibilidad del deudor en el art 904

ARTÍCULO 904.- Casos en que procede. El pago por consignación procede cuando:

- a. el acreedor fue constituido en mora;
- b. existe incertidumbre sobre la persona del acreedor;
- c. el deudor no puede realizar un pago seguro y válido por causa que no le es imputable.

Es de notar que en el primer caso exige la constitución en mora, la mora automática solo se da en relación al deudor, para que haya mora del acreedor debe haber específicamente ofrecimiento de pago y la negativa a recibirlo por parte del acreedor

(art 886), la constitución en mora consiste precisamente en la prueba de dicho ofrecimiento y negativa, es también lo que exigía el anterior art 757 del código de Velez en su inc 1° (“Cuando el acreedor no quisiera recibir el pago ofrecido por el deudor). En los otros casos no hay mora, sino que se tienen dudas, que deben ser justificables, por ejemplo acerca de quien es el acreedor (lo que estaba previsto en el inciso 4° del 757 del código de Velez) y el último caso cuando no hay posibilidad de hacer el pago de modo seguro y válido, en el Código de Velez se hablaba por ejemplo de la pérdida del título de la deuda, o sea con títulos al portador que pueden ponernos en riesgo que aparezca otra persona con el mismo a cobrar, o deuda embargada. El Código de Velez hacía una enumeración que la doctrina consideraba como no taxativa. Entiendo que esta enumeración que hace el nuevo código tampoco es taxativa, así por ejemplo en el caso de la ausencia del acreedor, o el acreedor desconocido, o domicilio incierto, etc.

Distingue luego la forma en que debe hacerse según el objeto de obligación, si es una obligación de dar sumas de dinero, una obligación de género o una obligación de dar cosas ciertas. De todas maneras sea cual fuere el objeto siempre queda reducido a una obligación dineraria, que es lo único que queda depositado.

ARTÍCULO 906.- Forma. El pago por consignación se rige por las siguientes reglas:

a. si la prestación consiste en una suma de dinero, se requiere su depósito a la orden del juez interviniente, en el banco que dispongan las normas procesales;

b. si se debe una cosa indeterminada a elección del acreedor y éste es moroso en practicar la elección, una

vez vencido el término del emplazamiento judicial hecho al acreedor, el juez autoriza al deudor a realizarla;

c. si las cosas debidas no pueden ser conservadas o su custodia origina gastos excesivos, el juez puede autorizar la venta en subasta, y ordenar el depósito del precio que se obtenga.

Luego de realizado el procedimiento de la consignación, existe la posibilidad que no se declare válido el pago, porque no reúne los requisitos del mismo. Pero la otra posibilidad, más allá de los detalles (como por ejemplo a partir de cuándo se considera que tiene efectos), es que produce PAGO o sea dar por cumplida la obligación, y no solo por voluntad del acreedor que no la impugna, sino también por la posibilidad de que el juez declare válido el mismo por cumplir con los requisitos, y se libere finalmente al deudor, de allí su importancia.

ARTÍCULO 907.- Efectos. La consignación judicial, no impugnada por el acreedor, o declarada válida por reunir los requisitos del pago, extingue la deuda desde el día en que se notifica la demanda.

Si la consignación es defectuosa, y el deudor subsana ulteriormente sus defectos, la extinción de la deuda se produce desde la fecha de notificación de la sentencia que la admite.

Mientras no haya sido “aceptada ni aprobada, no se puede hablar propiamente de pago”¹⁰ por eso no se permite oponer como pago en juicios ejecutivos, y en juicios ordinarios deben acumularse ambos. Así algunos criticaban al antiguo 761 de Velez que decía que cuando se retiraba el monto depositado “renacía” la obligación, puesto que recién con la aceptación o aprobación había pago, pero Llambias decía que “el uso de la expresión es defendible porque siendo el pago un acto jurídico unilateral, opera por su sola virtualidad la extinción de la obligación”¹¹

También, como en el Código de Vélez, se permite desistir al deudor de la consignación, siempre y cuando no haya sido aceptada, o declarado válida. Luego solo con consentimiento del acreedor, pero pierde todos los accesorios de esa obligación. Difícil de entender esta posibilidad, evidentemente las partes no pueden hacer revivir algo que murió, es simplemente la creación de una nueva obligación.

ARTÍCULO 909.- Desistimiento. El deudor tiene derecho a desistir de la consignación antes de que la acepte el acreedor o de que haya sido declarada válida. Con posterioridad sólo puede desistir con la conformidad expresa del acreedor, quien en ese caso pierde la acción contra los codeudores, los garantes y los fiadores.

¹⁰ ALTERINI, Atilio Aníbal, “CURSO DE OBLIGACIONES” Tomo I, Ed Abeledo Perrot, Bs As 1992

¹¹ ALTERINI, Atilio Aníbal, “CURSO DE OBLIGACIONES” Tomo I, Ed Abeledo Perrot, Bs As 1992

Hay que aclarar además que se permite también hacer el pago por consignación al deudor moroso. Pero es un caso excepcional, ya que el pago por consignación debe reunir todos los requisitos del pago (identidad, integridad, lugar y tiempo) debe ser realizado en el tiempo fijado para cumplir, ni antes ni después. Esta oportunidad que le da la ley al deudor moroso también de consignar (con los intereses punitivos o moratorios que correspondan) tiene sus límites, así no podrá ser válido “cuando el cumplimiento por ser tardío, ha dejado de ser útil al acreedor, o si el cumplimiento del deudor trajo aparejada la resolución de la obligación por la existencia de un pacto comisorio expreso”¹²

ARTÍCULO 908.- Deudor moroso. El deudor moroso puede consignar la prestación debida con los accesorios devengados hasta el día de la consignación.

1.5 FUNCIONAMIENTO DE LA CONSIGNACIÓN EXTRAJUDICIAL

En primer lugar, plantea la norma que esta consignación es opcional a la consignación judicial, no es necesariamente previa. Sin embargo la opción no se da en todos los casos, puesto que hay diferencias que no permiten en todos los casos optar por una y otra vía.

ARTÍCULO 910.- Procedencia y trámite. Sin perjuicio de las disposiciones del Parágrafo 1º, el deudor

¹² ALTERINI, Atilio Aníbal, “CURSO DE OBLIGACIONES” Tomo I, Ed Abeledo Perrot, Bs As 1992

de una suma de dinero puede optar por el trámite de consignación extrajudicial.

A tal fin, debe depositar la suma adeudada ante un escribano de registro, a nombre y a disposición del acreedor, cumpliendo los siguientes recaudos:

a. notificar previamente al acreedor, en forma fehaciente, del día, la hora y el lugar en que será efectuado el depósito;

b. efectuar el depósito de la suma debida con más los intereses devengados hasta el día del depósito; este depósito debe ser notificado fehacientemente al acreedor por el escribano dentro de las cuarenta y ocho horas hábiles de realizado; si es imposible practicar la notificación, el deudor debe consignar judicialmente.

Así la consignación extrajudicial es solo para una obligación de dar sumas de dinero, como se desprende del art 910. No prevé las otras situaciones como si lo hace la ley para la consignación judicial (obligaciones de género, obligaciones de dar cosa cierta). Aunque vale la pena volver a remarcar que al final del procedimiento, en última instancia la consignación judicial al igual que la extrajudicial, solo consiste en el depósito de una suma de dinero.

También vemos que para este tipo de consignación, debemos tener claridad en cuanto al acreedor, o sea no puede ser el caso de acreedor dudoso, ni su no determinación, y no solo eso sino que también debe ser posible notificarlo, o sea debemos contar con un domicilio correctamente determinado.

ARTÍCULO 911.- Derechos del acreedor. Una vez notificado del depósito, dentro del quinto día hábil de notificado, el acreedor tiene derecho a:

a. aceptar el procedimiento y retirar el depósito, estando a cargo del deudor el pago de los gastos y honorarios del escribano;

b. rechazar el procedimiento y retirar el depósito, estando a cargo del acreedor el pago de los gastos y honorarios del escribano;

c. rechazar el procedimiento y el depósito, o no expedirse. En ambos casos el deudor puede disponer de la suma depositada para consignarla judicialmente.

ARTÍCULO 912.- Derechos del acreedor que retira el depósito. Si el acreedor retira lo depositado y rechaza el pago, puede reclamar judicialmente un importe mayor o considerarlo insuficiente o exigir la repetición de lo pagado por gastos y honorarios por considerar que no se encontraba en mora, o ambas cosas. En el recibo debe hacer reserva de su derecho, caso contrario se considera que el pago es liberatorio desde el día del depósito. Para demandar tiene un término de caducidad de treinta días computados a partir del recibo con reserva.

1° Notificación de día, hora y lugar a realizarse el depósito.

2° Realizar el depósito (en el día, hora y lugar establecido).

3°Notificación dentro de las 48hrs hábiles de haberse realizado el depósito.

4°Esperar 5 días hábiles, puede comparecer el acreedor y optar.

	A	B	C
D			
	Aceptar	Rechazar	Rechazar
No expedirse			
	Retirar	Retirar	No
retirar			
	Paga Esc	Paga Esc	Paga
Esc y retira depósito			
	Deudor		Acreedor
Deudor			

30 días para reclamar

Diferencia o pago de escritura

Al igual que lo dijésemos con la consignación judicial, puede consignar el moroso, pero hay ciertos límites, y aquí los plantean específicamente.

ARTÍCULO 913.- Impedimentos. No se puede acudir al procedimiento previsto en este Parágrafo si antes del depósito, el acreedor optó por la resolución del contrato o demandó el cumplimiento de la obligación.

Forma

No se especifica en ningún momento que si el procedimiento debe ser plasmado en escritura pública, solo habla de notificaciones por medio fehaciente.

También menciona específicamente al recibo, en que se debe dejar constancia de la reserva que hace de su derecho a reclamar diferencias, sino se lo considera liberatorio.

1.6 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONSIGNACIÓN EXTRAJUDICIAL

La ley no define lo que es la consignación.

Etimología Viene de consignare:

Con (junto)

Signus (seña)

Ar (Verbo)

Señalar completamente, dar una orden. Consigna (instrucción que da un jefe).

Significados varios que da el Diccionario:

- 1- Señalar o destinar el rédito de una finca o efecto para el pago de una cantidad o renta.
- 2- Asentar en un presupuesto una partida para atender determinados gastos.
- 3- Entregar por vía de depósito.
- 4- Tratándose de opiniones, votos, doctrinas, hechos, circunstancias, datos, etc, asentarlos por

escrito, a menudo con formalidad jurídica o de modo solemne.

5- Enviar remitir las mercaderías a cierto destinatario.

Es difícil establecer un correcto significado, si bien la tercera acepción es la que más se acerca, al tema que estamos tratando, todo esto suma para tener un más completo entendimiento. De la etimología podríamos decir que el que recibe un pago por consignación, se le está señalando, marcando, y podríamos ir más allá, podríamos decir se le está ordenando, porque desde el punto de vista tanto del funcionario judicial como el notarial tienen la obligación de prestar el servicio, no es voluntario el realizar lo que está dentro de su competencia material, por eso no me gustaría referirme a este encargo como una manda (a manera de mandato) porque no hay acuerdo para hacerlo o no.

Ahora ¿que se le está señalando? Podríamos decir como en la primera y segunda acepción que sería imputar una partida a un fin determinado, o una renta a un destino específico, y también nos estaríamos acercando porque el que consigna debe decir (señalar), en este caso no solo que quiere el pago, sino marcar el pago de que obligación quiere hacer, está señalando más bien el destino de un determinado objeto para cumplir, y también cabe que impute esa suma a capital o intereses.

Y también estamos hablando ya sin quererlo de que hay un objeto que debe ser destinado, y ese objeto que debe ser destinado, la única forma que lo sea es que sea previamente entregado a quien debe cumplir con la consigna y quien lo recibe debe cuidarlo, o sea el tercer significado, la entrega vía depósito

La consignación se da en un marco especial en la ley, y es que específicamente estamos en lo que es el PAGO por consignación, o sea se está realizando un pago, y ese pago lo es a través de la consignación.

O sea tenemos un deudor que quiere cumplir con su obligación y no puede, y la ley le da un camino, recurrir a un funcionario imparcial, entregarle al mismo el objeto debido en su prestación, señalarle que obligación quiere cumplir para que este, mediante el procedimiento establecido por la ley lo ponga a disposición del acreedor. Pero a partir de aquí nos encontramos con una diferencia grande entre la consignación judicial y la extrajudicial, puesto que en la primera no depende de la voluntad del acreedor, no hace falta que coopere, basta solo poner a su disposición el objeto de la prestación, y sino coopera puede analizar si se cumple con los requisitos, para establecer que hay pago y resolver en tal sentido. En cambio la consignación extrajudicial se queda a mitad de camino, puesto que luego de poner a disposición el objeto de la prestación depende de la voluntad del acreedor para lograr el pago.

Así podríamos decir que en realidad no es una verdadera consignación pues no termina cumpliendo la orden, la consigna, sino más bien es un procedimiento establecido para un ofrecimiento de pago (por eso no se requiere que esté constituido en mora el acreedor).

Así podríamos decir que en realidad no es una verdadera consignación pues no termina cumpliendo la orden, la consigna, sino más bien es un procedimiento establecido para un ofrecimiento de pago (por eso no se requiere que esté constituido en mora el acreedor).

Podemos decir que entonces reglar el ofrecimiento de pago, trae ciertas ventajas, como:

-La tabulación del procedimiento no deja la efectividad del ofrecimiento al arbitrio del juez (ej porque cuando no se constató la existencia del dinero)

-El acreedor también sabe como reaccionar ante este procedimiento y sus consecuencias

-Y lo más importante como efecto, es que queda establecida la mora del acreedor, que produce en lo práctico los efectos más importantes, casi tanto como si se hubiera cumplido, la única diferencia es que se siguen generando intereses compensatorios para parte de la doctrina.

Pero a su vez el procedimiento como está reglado trae aparejada la gran desventaja de ser un ofrecimiento de pago en el que se termina en algunos casos llevando el dinero el acreedor, dejando subsistente el problema para el deudor por las diferencias que pretende el acreedor.

V.- . ¿SE PUEDE HACER UN ACTA PARA CONSTATAR LA ENTREGA DEL DINERO?

1.1.- En vista de lo que hemos hablado y en relación a las actas de depósito, tenemos que decir que estamos en una situación diferente. En primer lugar **no se da un depósito en sentido estricto**, puesto que el mismo es un contrato en que una parte se obliga a recibir de otra una cosa con la obligación de custodiarla y restituirla con sus frutos, aquí no se recibe con el fin de restituirla sino de entregarla al acreedor, **solo en caso de rechazo de este se devuelve a su dueño**, pero este no es el fin

deseado, sino el fin por defecto. Por otro lado lo que se entrega en consignación extrajudicial es una suma de dinero, no puede ser una cosa, por lo tanto en todo caso debería ser depósito irregular o un mutuo, esto último imposible de entender puesto que no podría servirse de esa suma el notario.

El servicio que se solicita al notario es la consignación, la entrega para poner a disposición del acreedor, el depósito que se da o la custodia que debe hacer de esta suma de dinero, es necesario y establecido por ley, es similar a la que hace el funcionario judicial, y nadie piensa de este que está haciendo un contrato de depósito.

También el notario custodia otros elementos, no solo pensemos en el antiguo caso del testamento cerrado que le fuera entregado, sino también los testimonios de las escrituras que llevamos a inscribir hasta tanto las retiren, y como parte de nuestra función somos custodios de los protocolos del estado, con todos los instrumentos no solo que debemos agregar a él por ley sino también por aquellos que las partes nos piden agregar, o sea que este deber de tener el cuidado y custodia de ciertos elementos, nos es establecido por ley en muchos casos y este sería uno más, y no por ello, vamos a ver un contrato de depósito entre el requirente y el notario. El ejemplo más claro lo veo en el acta de protesto, donde se nos entrega el pagaré original, y nadie duda de que somos responsables de él, de su custodia y que deberemos devolverlo al requirente en caso de que no se pague. Pero no por eso vamos a entender que hay un contrato de depósito en sentido estricto con el requirente, sino más bien en sentido vulgar, como un acto material más de las tareas que debe realizar el notario, para ejercer su función y que están incluidas dentro de las diligencias a realizar para cumplir el requerimiento. La intención

de las partes no es darnos un pagaré para que lo cuidemos, seguramente hay quien se pueda encargar mejor de eso, sino que el fin de su entrega es realizar el correspondiente protesto.

1.2 El nuevo código Civil y Comercial reafirmó el principio de imparcialidad de la función notarial, redactando una norma que ha agregado más casos a los ya establecidos (como el caso del cónyuge y del conviviente) y hasta sacó la excepción prevista para los directores de las Sociedades Anónimas.

Si bien no estamos en una acta de depósito, se podría discutir la posibilidad de que el escribano redactara un acta en la cual dejara constancia de la entrega del requirente de una suma de dinero.

Para eso debemos tener en claro que el escribano no solo da fe de hechos ajenos, sino también de actos propios, pero no actos jurídicos, simples actos voluntarios lícitos, por eso damos fe de la lectura de la escritura, de haber agregado tal documentación al protocolo, etc. No entiendo que esta norma establezca una excepción al principio de imparcialidad, el escribano deberá dar fe de un acto voluntario lícito, que no es un acto jurídico, no tiene como fin principal, crear, modificar o extinguir derechos, simplemente está dejando constancia del procedimiento ritual llevado a cabo de acuerdo a la ley. El contrato fuera del instrumento público será en todo caso de locación de servicios, por la realización del procedimiento de consignación extrajudicial

VI.- CONCLUSIÓN

Creo que el nombre de “consignación extrajudicial”, queda grande para los efectos que produce. Es para mi en realidad un procedimiento establecido para efectuar en forma fehaciente el ofrecimiento de pago, con el que se puede lograr la constitución en mora del Acreedor, pero al ser opcional no quita que pueda realizarse este ofrecimiento de otra manera, que no de lugar por ejemplo al **retiro del depósito bajo reserva**, ni establezca esta gran cantidad de plazos a tener en cuenta, que lo tornan oneroso y difícil en los tiempos modernos con las múltiples actividades que se nos encomienda, cumplir correctamente el procedimiento.

Debería tener en todo caso alguna ventaja seguir este procedimiento, más allá de que esté perfectamente tabulado y deja menor margen para la interpretación del arbitrio judicial, como por ejemplo excluirlo expresamente de pagar intereses compensatorios, que pueda hacer suyos los frutos de ese capital, o el beneficio de un plazo, ante la aparición del deudor con la exigencia del cumplimiento de la prestación, en fin cualquier beneficio por seguir un procedimiento de este tipo, y no el simple ofrecimiento constatado por acta notarial.

Algunos datos útiles para tener en cuenta ...

Tratamiento en las Jornadas de Derechos Civil

XXIV Jornadas de Derecho Civil de 2013

8. Pago por consignación extrajudicial “Es acertada la incorporación del mecanismo de consignación extrajudicial. No obstante lo cual no está justificado que el accipiens que acepta con reservas el pago deba afrontar los gastos y honorarios conforme al art. 912 del Proyecto.”

Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998

PARÁGRAFO 2º. Consignación privada.

ARTÍCULO 846.- Procedencia y trámite. Sin perjuicio de las disposiciones del Parágrafo anterior, el deudor de una suma de dinero puede optar por el trámite de consignación privada. A tal fin debe depositar la suma adeudada ante un escribano de registro o el banco de depósitos judiciales del lugar de ejecución de la obligación, a nombre y a disposición del acreedor, cumpliendo estos trámites:

a) Notificar previamente al acreedor del día, la hora y el lugar en que será efectuado el depósito.

b) Efectuar el depósito, el que debe ser notificado inmediatamente al acreedor por el escribano o el banco.

Este procedimiento no es aplicable si la notificación del acreedor resulta imposible.

ARTÍCULO 847.- Derechos del acreedor. Una vez notificado del depósito, el acreedor tiene derecho:

a) A retirar la suma depositada, si paga los gastos irrogados por las notificaciones y los gastos y los honorarios notariales, sin perjuicio de su derecho a demandar ulteriormente su repetición. Si considera que no está en mora, o que el pago no es íntegro, puede hacer reservas. Si no las formula, la deuda queda extinguida desde el día en que fue efectuado el depósito.

b) A rechazar el depósito dentro del quinto día de notificado. En tal situación, o si el acreedor no se expide, el deudor puede disponer de la suma depositada.

Anteproyecto Español de jurisdicción voluntaria del 31/10/13 para entrar en vigencia el 15/07/15

Se cambian unos artículos del código civil 1178 a 1180 que da cabida a la consignación notarial y se reforma el art 68 de la ley del notariado que dice así.

1. El ofrecimiento de pago y la consignación de los bienes de que se trate podrán efectuarse ante Notario.

2. El que promueva expediente expresará los datos y circunstancias de identificación de los interesados en la obligación a que se refiera el ofrecimiento de pago o la consignación, el domicilio o los domicilios en que puedan ser citados, así como las razones de la actuación, todo lo relativo al objeto del pago o la consignación y su puesta a disposición del Notario.

3. Cuando los bienes consignados consistan en dinero, valores e instrumentos financieros, serán depositados en el establecimiento que designe el Notario.

Si fueran de distinta naturaleza a los indicados en el apartado anterior, el Notario dispondrá su depósito en un establecimiento del que disponga o encargará su custodia a establecimiento adecuado a tal fin, asegurándose de que se adoptan las medidas necesarias para su conservación.

4. El Notario notificará a los interesados la existencia del ofrecimiento de pago o la consignación, a los efectos de que en el plazo de diez días acepten el pago, retiren la cosa debida o realicen las alegaciones que consideren oportunas.

Si el acreedor contestara al requerimiento aceptando el pago o lo consignado en plazo, el Notario le hará entrega del bien haciendo constar en acta tal circunstancia, dando por finalizado el expediente.

Si transcurrido dicho plazo no procediera a retirarla, no realizara ninguna alegación o se negara a recibirla, se procederá a la devolución de lo consignado sin más trámites y se archivará el expediente

El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en su informe sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, señala que **el expediente notarial de consignación adolece de un tratamiento muy tímido que lo hace prácticamente inservible para los fines a los que se supone enderezado, quedando prácticamente reducido al aspecto concerniente al ofrecimiento de pago**. Por el contrario, el expediente judicial de consignación sí está concebido para que pueda servir a la finalidad de lograr la extinción de la obligación y la liberación del deudor.

ANTEPROYECTO DE LEY DE DOCUMENTOS NOTARIALES

(Revista del Notariado 765 de 1979)

“Actas de Depósito y Consignación

Art. 58. - I. El notario podrá documentar en acta el depósito o custodia de dinero, cosas, valores y documentos. Las circunstancias atinentes al depositante, a los fines del depósito y a la individualización de lo depositado y estipulaciones de los interesados e igualmente si lo es por plazo o no. Se exceptúa el caso en que ello pueda hacerse constar mediante certificado o recibo.

II. Su admisión es voluntaria y sujeta a las condiciones que se determinen cuando no exista obligación legal.

Antecedentes legislativos Artículos 216 a 220 del Reglamento español, que contienen una prolija reglamentación de esta clase de actas.

El acta de depósito hace al notario interviniente parte del acto, puesto que crea específicas obligaciones a su cargo. Debe considerarse, por consiguiente, una excepción a la prohibición del artículo 39, inciso 2.

Por mandato legal o debido a las necesidades que se crean en las actuales características del tráfico de los negocios, estas actas se han hecho cada vez más frecuentes y ello justifica que se las haya incluido en el proyecto.

En consecuencia, con el texto de la norma, se supera una larga controversia suscitada durante la vigencia del derogado CC, consagrándose expresamente la sanción de nulidad **El asentimiento a la luz del código civil y comercial:**

Una especial referencia al asentimiento conyugal anticipado y poder para asentir.

**EL ASENTIMIENTO CONYUGAL EN EL CODIGO CIVIL Y
COMERCIAL: UNA ESPECIAL REFERENCIA AL
ASENTIMIENTO ANTICIPADO Y AL PODER PARA ASENTIR**

Por Pedro Facundo SAENZ

SUMARIO: I) Introducción. II) Desarrollo: a) Asentimiento conyugal del artículo 470 CCyC (naturaleza jurídica del asentimiento conyugal – actos comprendidos – bienes alcanzados – boleto de compraventa - remisión). b) Asentimiento conyugal del artículo 456 CCyC (régimen primario y fundamento de la norma – actos jurídicos alcanzados - consecuencias jurídicas de la omisión del asentimiento). c) Asentimiento conyugal anticipado y poder para asentir (doctrina durante la vigencia del código civil – asentimiento conyugal anticipado - poder para dar asentimiento conyugal y mandato entre cónyuges - Evolución histórica a la luz de los proyectos legislativos). III) A manera de Síntesis. IV) Conclusiones. V) Bibliografía.

I) INTRODUCCIÓN

El objeto principal de este trabajo es analizar, a la luz del régimen actualmente vigente, lo atinente al asentimiento conyugal haciendo un especial abordaje a los recaudos a tener en cuenta a la hora de prestar asentimiento de manera anticipada o bien otorgar un poder para que otra persona lo haga en representación del cónyuge no titular, adelantando desde ya que, según nuestra opinión, se trata de situaciones jurídicas diferentes por lo que han de tener un tratamiento también diverso.

Al efecto se impone analizar en qué casos se requiere el asentimiento conyugal, las pautas de interpretación de las normas en cuestión, los efectos de la omisión del asentimiento y las pautas aplicables al otorgamiento del asentimiento de manera anticipada y al poder especial para asentir, lo que justifica la metodología empleada en el presente.

El Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) - siguiendo las consideraciones de la mayoría de la doctrina especializada y los lineamientos también consagrados en los últimos anteproyectos de reforma del Código Civil (en adelante CC)- marca el abandono del régimen legal único, forzoso, inmutable e inderogable que, en materia de régimen patrimonial del matrimonio venía rigiendo la vida de los argentinos desde la sanción del código civil velezano. En efecto, procurando reafirmar el principio de autonomía de la voluntad del individuo y la igualdad jurídica de los cónyuges, ha consagrado la posibilidad de optar por un régimen de separación de bienes y, en caso de que los cónyuges no hayan manifestado su voluntad de acogerse a dicho régimen convencional, se aplica de manera automática el régimen de comunidad históricamente vigente en nuestro país, régimen este último que de imperativo ha pasado a ser supletorio.

Tanto en el régimen de comunidad como en el de separación de bienes, la normativa actualmente vigente, siguiendo el criterio legislativo rector del CC a partir de la sanción de la Ley 17.711, ha mantenido el principio de gestión separada, es decir, que cada cónyuge administra y dispone libremente de los bienes de su titularidad (art. 469 y 470 primer párrafo – para el régimen de comunidad - y art. 505– para el régimen de separación de bienes). No obstante lo dicho, en algunos casos se exige el asentimiento del

cónyuge no titular para poder otorgar válidamente determinados actos jurídicos.

El asentimiento conyugal, en el régimen del CCyC, se erige como un instrumento tuitivo, puesto en manos del cónyuge no titular, a los fines de satisfacer dos intereses claramente diversos desde el punto de vista teórico. En efecto, por un lado, encontramos la exigencia del asentimiento conyugal consagrada en el artículo 470, aplicable a aquellos matrimonios que se encuentran sometidos al régimen de comunidad, supuesto en el cual lo que se procura es garantizarle al cónyuge no titular el control sobre los actos de mayor trascendencia económica a los fines de reguardar sus eventuales derechos gananciales, de ahí que el citado artículo exclusivamente cobre virtualidad respecto de los bienes de tal carácter¹. Y, por otro lado, el asentimiento conyugal se presenta como una herramienta de protección de la vivienda familiar en el artículo 456, el cual, debido a tal finalidad tuitiva, resulta aplicable independientemente del régimen patrimonial al cual se hayan sometido los cónyuges y sin distinguir entre bien propio o ganancial.

De esta forma, puede advertirse que el asentimiento conyugal, como requisito de validez de determinados actos jurídicos, puede tener como objeto la protección intereses estrictamente patrimoniales del cónyuge no titular (art. 470) o

¹ AL RESPECTO SE HA DICHO QUE CON EL ASENTIMIENTO CONYUGAL EXIGIDO POR EL ARTÍCULO 470, “SE PRETENDE ASEGURAR EL RESPECTIVO CONTROL DE CIERTOS NEGOCIOS REALIZADOS DURANTE LA VIGENCIA DE LA COMUNIDAD, QUE PUEDEN AFECTAR LOS DERECHOS EVENTUALES SOBRE LOS GANANCIALES DE TITULARIDAD DEL CÓNYUGE QUE LA LEY CONFIERE, LOS QUE SE ACTUALIZARAN AL MOMENTO DE LA DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD.” KEMELMAJER DE CARLUCCI AÍDA, HERRERA MARISA, LLOVERAS NORA. TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2014. RUBINZAL - CULZONI EDITORES 2014. TOMO I P. 645.

bien la salvaguarda del interés familiar, que excede las tensiones estrictamente económicas derivadas naturalmente de la ganancialidad (art. 456).

A los fines del presente trabajo, parece más adecuado metodológicamente abordar en primer lugar el artículo 470, a efectos de analizar su ámbito de aplicación y hacer algunas consideraciones, para después adentrarnos, con mayor profundidad al estudio de los artículos 456 y siguientes, que constituyen el andamiaje legal aplicable a todos los supuestos en los que se requiere el asentimiento conyugal, por expresa remisión legal establecida en el artículo 470 *in fine*.

II) DESARROLLO

a) ASENTIMIENTO CONYUGAL DEL ARTICULO 470 CCYC.

Tal como se adelantara, el artículo 470 se enmarca dentro de las disposiciones atinentes al régimen de comunidad, en la Sección 4° Capítulo 2, Título II del Libro Segundo, de manera tal que resulta aplicable a todos los matrimonios que no han optado por el régimen de separación de bienes.

Lógicamente, el artículo 469 se encarga de consagrar expresamente el principio de gestión separada respecto de los bienes propios, salvo lo dispuesto en el artículo 456, referente a la vivienda familiar que más adelante se tratará. En ese mismo orden de ideas, el artículo 470 - en su primer párrafo - reitera idéntico principio en materia de bienes gananciales, encargándose a continuación de establecer la excepción a la regla, especificando

en qué casos deberá requerirse el asentimiento del cónyuge no titular.

La norma literalmente reza:

ARTÍCULO 470.- Bienes gananciales. La administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido.

Sin embargo, es necesario el asentimiento del otro para enajenar o gravar:

a) los bienes registrables;

b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824.

c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior;

d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios.

También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores.

Al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los artículos 456 a 459.

NATURALEZA JURÍDICA DEL ASENTIMIENTO CONYUGAL

En primer lugar, cabe destacar que el CCyC depura la cuestión terminológica, acogiendo la crítica unánime que oportunamente recibió el artículo 1277 del CC luego de la reforma de la ley 17.711, en cuanto a que la norma en análisis – al igual que el artículo 456 – deja bien en claro que la manifestación de voluntad del cónyuge no titular constituye “asentimiento” y no

“consentimiento” como establecía el derogado 1277 CC. Efectivamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han encargado de destacar que el consentimiento es un elemento esencial del contrato, atribuible a las partes del mismo, que hace a la formación y existencia del negocio contractual, en tanto que el cónyuge no titular se limita a manifestar su conformidad con relación a la voluntad negocial del disponente.²

El asentimiento del cónyuge no titular se limita a remover un obstáculo con que tropieza el poder dispositivo del cónyuge disponente, obstáculo legalmente establecido para permitirle ejercer el control de los actos de mayor trascendencia económica que pretenda realizar su consorte, pero siempre ejerciendo ese contralor dentro de los límites inherentes al ejercicio regular de los derecho subjetivos.

Como consecuencia de esta distinción, el cónyuge no titular no codispone, por lo tanto, pese a intervenir en el negocio jurídico a los fines de asentir, no asume ningún tipo de responsabilidad frente al cocontratante, no tiene derecho a percibir o exigir la mitad del precio, su inhibición no impide concretar el negocio, y, por último, en caso de no poderse obtener el asentimiento por ausencia, incapacidad, impedimento transitorio o negativa injustificada de su parte, se habilita la autorización judicial (art.

²Al respecto se ha sostenido durante la vigencia del CC: “Cabe acotar aquí que el uso de la expresión *consentimiento* – gramaticalmente correcto, pues consentir es permitir o autorizar, en su primer acepción – ha sido criticado porque jurídicamente puede producir confusión, ya que el consentimiento, como elemento de los contratos, es el que proviene de las partes del acto. Por ello, se prefiere el vocablo *asentimiento*, que da mejor idea de que se trata de la conformidad de un terceros que no es parte.” Código Civil y Leyes Complementarias Comentado, Anotado y Concordado. BELUSSCIO Director. ZANNONI Coordinador. Editorial Astrea. 1° Reimpresión. Año 1992. Tomo VI. Pág. 172.

458), lo que sería inadmisibile con relación al cónyuge propietario, cuya voluntad, como titular del derecho y parte del negocio, no podría ser sustituida por una decisión del juez.³

ACTOS COMPRENDIDOS

Siguiendo el análisis del texto del artículo, aparece otro acierto en materia de redacción, toda vez que el asentimiento conyugal es exigido para realizar actos encuadrables en la categoría de enajenación y gravamen, superando de esta forma otra crítica formulada tradicionalmente al artículo 1277 CC, que requería el asentimiento conyugal para “disponer y gravar” los bienes gananciales, cuando en realidad el acto jurídico por el cual se grava un bien ya está comprendido dentro del concepto genérico de acto de disposición.

Asimismo, al no existir en el CC definición normativa de actos de administración y disposición, fueron los doctrinarios y los jueces quienes debieron intentar un concepto para establecer el límite entre ambas categorías, no existiendo acuerdo incluso acerca de los parámetros aptos para definir cada especie en particular.

³PELOSI Carlos A., Revista del Notariado N° 700 Año 1968 p. 738, el autor sostiene: “Asentir es mostrarse conforme con el parecer ajeno, lo que implica que el consentimiento es totalmente extraño a quien asiente.” En el mismo sentido ver SAMBRIZZI, Eduardo A. en “Tratado de Derecho de Familia”. Editorial La Ley. Año 2010. Tomo III p.120 y ss. Del mismo modo la jurisprudencia ha resuelto: “El cónyuge que debe dar su asentimiento no es parte en el contrato de compraventa, con lo cual no deja de ser un tercero por mucho que tal asentimiento se exija” Cam. Apel. Civ. y Com. San Martín, Sala II, 20/01/09, “Alegre, Alejo c Quintana, Ramón Jesús y otro”, Lexis n° 1/70067396, citado por AZPIRI Jorge O. en “Régimen de bienes en el matrimonio”. 3° Edición actualizada y ampliada. Editorial Hammurabi. p. 187.

En este sentido, en materia de actos de disposición – que es lo que aquí nos interesa – mientras algunos sostienen una tesis restrictiva, considerando actos de este tipo solo aquellos que implican la enajenación de un bien, es decir, el desplazamiento de un bien de un patrimonio a otro (incluyendo actos abdicativos), otros propugnan una concepción más amplia, considerando acto de disposición a todo aquel negocio jurídico que, sin implicar un desprendimiento, conlleva la alteración sustancial de los elementos que integran el patrimonio o compromete gravosamente el patrimonio de la persona⁴.

Con relación a la interpretación que debe hacerse de los términos utilizados por la actual norma legal, debemos recordar que la enajenación es el acto por cual se transmite la propiedad de una cosa o un derecho, pasando esa cosa o derecho del patrimonio de una persona al de otra, por una justa causa⁵. Asimismo, entendemos incluida también en este concepto a la renuncia, entendida como dejación voluntaria que, de manera expresa o tácita se hace de una cosa o derecho.⁶

⁴ Las disquisiciones conservarán vigencia pues la actual legislación tampoco se encarga de delimitar estos conceptos. Al respecto, cabe aquí recordar: “El concepto de los mismo (actos de disposición) es una construcción teórica, registrándose divergencias en los autores argentinos. Se ofrece un criterio objetivo-funcional, orientado por Orgaz y seguido por la mayoría de la doctrina, que conceptúa el acto de disposición por sus efectos sobre el capital, que disminuye o modifica sustancialmente o cuyo porvenir compromete por largo tiempo, no persiguiendo simplemente la productividad de los bienes o haciéndolo de un modo anormal o extraordinario. Dentro de este criterio, López de Olaciregui subraya lo objetivo de manera que el acto de disposición es el que recae sobre el capital y el de administración, el que lo hace sobre los frutos o rentas. Spota, el gobierno normal (administración) o riesgoso (disposición)”. MENDEZ COSTA, María Josefa y D’ANTONIO Daniel Hugo en “Derecho de Familia” Tomo II. Editorial: Rubinzal Culzoni. Año: 2001. Pág. 214

⁵FERNANDEZ DE LEON, Gonzalo. “Diccionario Jurídico”. Editorial ABECE S.R.L. 2° Edición. Buenos Aires. Año 1961. Tomo II. Pág. 295.

⁶FERNANDEZ DE LEON, Gonzalo. Ibid. Tomo VI. Pág. 281.

Siguiendo a Graciela Medina, podemos incluir dentro del concepto de “enajenar” a los actos de transferencia de derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo o uso, como así también los actos de constitución de derechos reales de condómino, superficie, usufructo, uso, habitación y servidumbres, y los actos de transferencia de titularidad de los títulos valores registrables, ya sea a título onerosos y gratuito. En tanto que los actos que gravan son todos aquellos actos de constitución de derecho real de garantía, así como también los de dación de embargo y desmembramiento del dominio ⁷

De esta manera se pone fin a una ya vieja polémica acerca de la exigencia de asentimiento conyugal en el acto de afectación de un inmueble al régimen de propiedad horizontal, toda vez que mientras los sostenedores de un concepto amplio de acto de disposición lo encuadraban dentro de esta categoría, por implicar una alteración sustancial de un elemento del patrimonio (el inmueble queda sujeto a un nuevo régimen jurídico), otros lo consideraban un acto de administración, pues la sola afectación a ese régimen no implicaba desprendimiento ni comprometía el patrimonio del titular. Efectivamente, dado que el CCyC solo requiere asentimiento para enajenar o gravar, claramente el acto jurídico por el cual se afecta un inmueble al régimen de propiedad horizontal ha quedado fuera del ámbito de aplicación del art. 470.

En materia de división de condominio, donde también se ha planteado similar debate, pues, en virtud de este acto el derecho

⁷MEDINA Graciela en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”. Julio Cesar RIVERA y Graciela MEDINA Directores – Mariano ESPER Coordinador. Editorial La Ley. Año: 2014. Tomo II p.180.

indiviso – alícuota inmaterial – pasa a ser una parte materialmente determinada, debemos ser más cautos ya que, tras una aparente división de condominio podría encubrirse una enajenación, adjudicándose a un comunero una materialidad que no representa proporcionalmente el valor real de su participación en el condominio extinguido. Desde luego que en la división de condominio podrían entrar en juego, a la hora de establecerse los lotes a adjudicar a cada comunero, cuestiones que el notario no podrá evaluar acabadamente, tales como aspectos afectivos, potencialidad productiva de los bienes involucrados, ubicaciones de los lotes de terrenos, etc. que podrían justificar la adjudicaciones de partes materiales que sin coincidir aritméticamente con el porcentaje de derecho indiviso que correspondía al adjudicatario, no implican por ello una verdadera enajenación o acto abdicativo.

Ante esto, consideramos conveniente que, ante la eventual posibilidad de que se plantee la existencia de una enajenación encubierta, se requiera el asentimiento de los cónyuges de los condóminos involucrados.

BIENES ALCANZADOS

En lo atinente a los bienes gananciales respecto de los cuales el CCyC exige asentimiento conyugal para su enajenación

o gravamen, el artículo 470 hace una enumeración en cuatro incisos que se analizarán brevemente a continuación:

a) *los bienes registrables*: ya el artículo 1277 CC exigía el asentimiento conyugal para disponer y gravar bienes cuyo registro hubieran “impuesto las leyes en forma obligatoria”, de manera tal que el artículo 470 CCyC parece ser más comprensivo en este sentido, pues se refiere a bienes registrables, sin distinguir si la registración es o no obligatoria. No obstante ello, se ha sostenido que si el registro no es obligatorio, no se puede exigir el asentimiento⁸.

b) *las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824*: en este caso la ley viene a solucionar un cuestión que había generado opiniones encontradas en el régimen jurídico anteriormente vigente, toda vez que se discutía si el asentimiento conyugal era exigible a la hora de realizar actos de disposición sobre acciones nominativas no endosables. Cabe advertir que no se requerirá asentimiento cuando se trata de acciones correspondientes a una sociedad autorizada para la oferta pública, lo que se complementa con lo dispuesto en el artículo 1824 del CCyC⁹.

c) *las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior*: este inciso se aplica a todos los tipos societarios,

⁸ MEDINA Graciela, ob. Cit. P. 181.

⁹ARTICULO 1824.- Incumplimiento del asentimiento conyugal. El incumplimiento del requisito previsto en el artículo 470, inciso b) en los títulos nominativos no endosables o no cartulares, no es oponible a terceros portadores de buena fe. Al efecto previsto por este artículo, se considera de buena fe al adquirente de un título valor incorporado al régimen de oferta pública.

incluyéndose en consecuencia las sociedades no constituidas regularmente legisladas en la Sección IV Capítulo I de la Ley 19550 y la sociedad de un solo socio. Aquí también podemos incluir los actos de transformación y fusión de esta clase de sociedades.

d) *los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios*: esta disposición tiene directa relación con la transferencia de fondo de comercio regulada en la ley 11.867, de manera tal que, si se trata de un bien ganancial, no podrá otorgarse válidamente la transferencia sin el asentimiento del cónyuge del disponente. Cabe destacar que este inciso incluye también el caso de enajenación y gravamen del establecimiento agropecuario, lo que no está comprendido en la citada ley 11.867.

BOLETO DE COMPRAVENTA

Durante la vigencia del CC no existía acuerdo, ni en la doctrina¹⁰ ni en la jurisprudencia¹¹, acerca de la exigibilidad del asentimiento conyugal.

No obstante la terminología empleada en este artículo bajo análisis no consideramos al boleto de compraventa como una mera promesa de contrato en los términos del artículo 995 del CCyC, sino un verdadero contrato de compraventa perfeccionado, del que nace definitivamente la obligación de transmitir el dominio, siendo la escritura pública un elemento integrante de la faz ejecutiva de las obligaciones emergentes de aquel. Ese parece ser el criterio del legislador teniendo en cuenta la ubicación metodológica de las normas destinadas a abordar la cuestión de la oponibilidad del boleto de compraventa de inmueble (arts. 1170 y 1171- - Sección 8° del Capítulo 1 del Libro IV referente al contrato de compraventa) y los términos empleados en estas normas (“derechos del comprador”; “adquisición”; “concurso o quiebra del vendedor”; etc.). Conf. CHURRIARIN Mariano Lino y MOIA Ángel Luis en “Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación” KIPER Director. DAGUERRE

¹⁰“Es controvertido si el acto de enajenación por boleto de venta, requiere el asentimiento del cónyuge. Para quien sostiene que la firma del boleto no es un acto de disposición, sino un negocio de obligación, el asentimiento no es de rigor (ZANNONI, FASS-BOSSERT, GUAGLIONE, GATTARI, PELOSI). Para quienes es un acto de disposición sí se requiere, y más cuando se entrega la posesión del bien (MENDEZ COSTA, FLEITAS ORTIZ DE ROZAS-ROVEDA, GUASTAVINO, BELLUSCIO, BORDA, CIFUENTES).” Código Civil Comentado y Anotado. Santos CIFUENTES Director – Fernando Alfredo SAGARNA Coordinador. 3° Edición Actualizada y Ampliada. Editorial: La Ley. Año: 2011. Tomo III p. 223. Las mismas divergencias se han dado respecto de la cesión de derechos y acciones emergentes de boletos de compraventa.

¹¹A título ilustrativo podemos citar la siguiente jurisprudencia: se ha considerado necesario el asentimiento del cónyuge en los siguientes casos: CNCiv., Sala C, 01/08/1973, ED 47-694; CNCiv., Sala B, 14/12/1971, ED, 42-609. En el otro extremo, se ha entendido innecesario el asentimiento conyugal, a saber: CNCAIV., Sala F, 24/02/1972, ED, 42-608; CNCiv., Sala F, 26/05/1998, LL, 1999-B-161.

Coordinador. Editorial: Rubinzal Culzoni. Año 2015. 1° Edición. Tomo II Pág. 142 y ss. caso de que el consorte propietario celebrara boleto de compraventa con relación a un bien ganancial. El CCyC se ha encargado de dejar aclarado que el asentimiento conyugal no solo debe ser otorgado con relación al acto de enajenación o gravamen definitivo, sino también en las promesas de los actos de referencia. En consecuencia, será necesario que el cónyuge no titular preste su conformidad en oportunidad de firmarse boletos de compraventa que tengan por objeto bienes registrables.¹²

No parece tan clara la solución cuando se trata de ceder los derechos emergentes del boleto de compraventa inmobiliaria. En este sentido, cuando el inmueble objeto del boleto constituye la vivienda familiar del cedente, resultaría exigible el asentimiento conyugal por la aplicación directa del artículo 456 que - como se analizará oportunamente - es más abarcativo en cuantos a los actos alcanzados por este recaudo al utilizar la genérica fórmula “disponer de los derechos sobre la vivienda”.

Distinto es el caso en el que el inmueble objeto del boleto de compraventa que se pretende transferir no fuera la vivienda familiar del cedente, pues allí no resulta aplicable la disposición del artículo 456 - con su amplio ámbito de alcance - sino que la cuestión debe resolverse a la luz del artículo 470.

En este sentido, la última norma citada exige el asentimiento para “enajenar” “bienes registrables”, lo que nos permite hacer las siguientes consideraciones. En primer lugar, claramente la cesión constituye un acto de enajenación pues se le transmiten al cesionario los derechos y obligaciones emergentes del boleto,

¹²MALICKI Anahí, (Comentario) en Código Civil y Comercial de la Nación. Dir: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord: Mariano Esper. Editorial La Ley 2014.

sacando del patrimonio del cedente la posición contractual adquirida en virtud del mismo.

Ahora bien, esa cesión no tendrá por objeto inmediato bienes registrables, pues los derechos subjetivos patrimoniales emergentes del contrato cedido, son estrictamente de carácter personal – no real – por lo que, en principio, no tienen publicidad registral.

No obstante ello, a la luz de una interpretación teleológica de la norma, parece claro que el objetivo de ésta es acordarle al cónyuge no titular un poder de contralor sobre los actos de enajenación y gravamen que tuvieren por objeto los bienes de mayor relevancia patrimonial y, en este orden de ideas, consideramos conveniente tener presente que, si bien el objeto inmediato de la cesión serán derechos personales no registrables, no cabe duda que el objeto del contrato de compraventa consiste en una obligación de transferir el dominio de un bien inmueble (bien registrable)¹³ – aunque lógicamente se debe cumplir a tal fin con el otorgamiento de la escritura pública pertinente (art. 1017 inciso a)) – lo que lleva a considerar pertinente la exigencia del asentimiento conyugal para los actos de cesión de los boletos de compraventa inmobiliaria por tener estos la virtualidad jurídica de sustraer del patrimonio del cedente todo derecho sobre el inmueble, lo que no puede resultar indiferente al cónyuge de aquel, pues claramente configura un acto de gran trascendencia económica que no podría ser otorgado sin atender al interés legítimo del cónyuge del titular de la relación contractual, ya que,

¹³MALICKI Anahí, (Comentario) en Código Civil y Comercial de la Nación. Dir: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord: Mariano Esper. Editorial La Ley 2014.

de lo contrario, se abriría la puerta a la negociación inconsulta de bienes.

Conviene tener en cuenta al respecto: “Hay que admitir, no obstante, que es posible diferenciar en el contenido (del contrato) un objeto inmediato y un objeto mediato... El primero es el contenido concreto e integral, las prestaciones que se intercambian, con todas las circunstancias que las rodean, porque las partes no solo quieren la obligación, sino todas las circunstancias especiales que pactaron para el cumplimiento de las mismas. Por otro lado, está el *objeto mediato*, que son las cosas o los hechos que constituyen el objeto de las prestaciones que, a su vez, son objeto de las obligaciones que nacen del contrato”. BUERES Alberto J. y MAYO Jorge A. en “Derecho Civil – Contratos” LAFAILLE Héctor. 2º Edición Actualizada y Ampliada. Editorial: La Ley – Ediar. Año: 2009. Tomo I. N° 171/172 bis. Pág. 314. 12

Inmuebles gananciales mediante la simple maniobra de no otorgar la respectiva escritura traslativa de dominio a favor del comprador.

Remisión

Por último, respecto de los efectos de la falta de asentimiento el propio artículo 470 remite a lo dispuesto en los artículos 456 a 459, razón por la cual se tratará a continuación.

b) ASENTIMIENTO CONYUGAL DEL ARTICULO 456 CCYC

Hasta aquí hemos analizado el asentimiento conyugal exigido para enajenar o gravar los bienes gananciales comprendidos en el artículo 470, de manera que solo rige en aquellos casos en los que los cónyuges no han optado por el régimen de separación de bienes y, en consecuencia, quedaron sometidos al régimen de comunidad.

Ahora nos proponemos abocarnos al estudio del asentimiento conyugal exigido por el artículo 456, que no tiene como objetivo la protección de los derechos gananciales del cónyuge no titular sometido al régimen de comunidad, sino la protección de la vivienda familiar, con independencia del régimen patrimonial matrimonial al cual se encuentran sometido los cónyuges y sin atender al carácter propio o ganancial que pudiere revestir el bien.

RÉGIMEN PRIMARIO Y FUNDAMENTO DE LA NORMA

Es por ello que este artículo se ubica dentro Sección 3° Capítulo 2, Título II del Libro Segundo, correspondiente a las disposiciones comunes a todos los regímenes. Esta sección,

compuesta de nueve artículos imperativos, configura lo que se denomina “régimen primario”, “estatuto patrimonial de base” o “estatuto fundamental”, el que consiste en un sistema jurídico, basado en normas inderogables por convención de los cónyuges, tendientes a armonizar la autonomía personal del individuo con los principios de solidaridad y cooperación que informan la relaciones familiares, procurando así garantizar la igualdad entre los cónyuges y la consecución del bien común familiar¹⁴.

Dentro de este régimen primario se ubica el artículo 456 que, en su primer párrafo, prevé una herramienta legal para la protección de la vivienda y sus muebles indispensables.

Esta protección encuentra fundamento constitucional, no solo por lo dispuesto en el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna Nacional, sino también por lo establecido en numerosas convenciones internacionales que, con jerarquía constitucional, integran nuestro derecho interno.

Mas allá de las directrices de origen constitucional, la protección de la vivienda familiar es indispensable para garantizar el resguardo del grupo familiar y los derechos humanos de sus integrantes, toda vez que “la vivienda familiar tiene para el individuo un gran valor no solo en el aspecto patrimonial sino también en el ámbito extrapatrimonial, en cuanto le da amparo a

¹⁴Este sistema primario diseñado refleja la intrínseca interacción que existe entre la autonomía personal y solidaridad familiar, de modo que el ejercicio de la autodeterminación y el respeto por el proyecto de vida autorreferencial no pueden avasallar las exigencias de cooperación dentro de la esfera familiar. KEMELMAJER de CARLUCCI Aída, HERRERA Marisa, LLOVERAS Nora, Ob. Cit. p 603.

su integridad física, garantiza la efectividad de los derechos de la personalidad y es el centro de la esfera de su intimidad.”¹⁵

El citado artículo, literalmente reza:

ARTÍCULO 456.- Actos que requieren asentimiento. Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

*La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.*¹⁶

ACTOS JURÍDICOS ALCANZADOS

El primer párrafo del artículo transcrito viene a prestar protección a la vivienda familiar independientemente del carácter de bien propio o ganancial que revista el inmueble o los muebles indispensables.

En este sentido se asemeja a la *ratio iuris* del artículo 1277 CC, segundo párrafo, que exigía el asentimiento conyugal para

¹⁵KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída en “Protección jurídica de la vivienda familiar”. Editorial: Hammurabi. Año: 1995, p. 29

¹⁶No abordaremos el análisis del segundo párrafo del artículo, pues excedería el objeto del presente trabajo.

disponer de un bien propio de alguno de los cónyuges, siempre que allí estuviere radicado “el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces”. De todos modos, es dable destacar que la norma positiva actualmente vigente no requiere, para tornar exigible el asentimiento, que haya hijos, pues existe familia merecedora de protección desde el momento en que se contrae matrimonio.¹⁷

Adviértase además que la aplicación de este artículo se basa en una cuestión estrictamente fáctica, es decir, se torna operativo por el solo hecho de estar el inmueble destinado a vivienda familiar, no siendo necesario que el mismo se encuentre afectado formalmente a vivienda en los términos del artículo 244 y ss. CCyC.

En consecuencia, la norma positiva se muestra más generosa, en cuanto a su extensión, que el régimen del CC.¹⁸

Del mismo modo, reafirmando el mayor alcance de la normativa vigente, el artículo de referencia requiere el asentimiento para “disponer de los derechos”, fórmula que pone claramente de manifiesto que ahora han quedado alcanzados, dentro del requisito del asentimiento conyugal, supuestos que anteriormente no lo estaban, debiéndose incluir en el alcance de la norma todo acto jurídico que tuviese como consecuencia impedir total o parcialmente, en forma permanente o transitoria,

¹⁷ Adviértase que la protección de la vivienda familiar también se extiende al caso de uniones convivenciales inscriptas, conforme artículo 522 CCyC.

¹⁸La mayor diferencia de la norma con su antecesora es que basta que sea vivienda familiar, sin otro requisito, y se deroga el requisito de existir hijos menores o incapaces. LAMBER Néstor D. en Código Civil. Comentado, Anotado y Concordado. Coordinador: Eduardo Gabriel CLUSELLAS. Editorial: Astrea-Fen. Año 2015. Tomo II p.412.

el efectivo uso de la vivienda familiar o sus muebles indispensables.

En el mismo orden de ideas quedan englobados los actos jurídicos que tuvieren por objeto la constitución, transferencia, modificación o extinción tanto de derechos reales como personales.

Del mismo modo, correlativamente a lo antes dicho, el artículo 456 no atiende al título jurídico en virtud del cual se está habitando la vivienda familiar, en consecuencia, el asentimiento se torna exigible sea el disponente propietario del inmueble, usufructuario, usuario, locatario o comodatario. De ahí, por ejemplo, sería necesario el asentimiento del cónyuge del locatario si este pretendiera celebrar convenio de desahucio, o rescisión o cesión del contrato de locación sobre el inmueble que sirve de vivienda familiar o si, inversamente, el cónyuge propietario decidiera ceder en locación el inmueble en que esta radicada su vivienda familiar.

Cuestión de vital importancia resulta establecer qué debe entenderse por vivienda familiar, a la luz de los principios que informan el nuevo régimen.

En este sentido, no solo debemos considerar incluidos los bienes inmuebles por su naturaleza, sino también aquellas cosas muebles (*trailers*, casas rodantes, embarcaciones, etc.) que estén destinadas a vivienda familiar, es decir, lo determinante será que esa cosa, mueble o inmueble, sea el espacio físico en el que la familia ha emplazado su vivienda.¹⁹

¹⁹V. MEDINA Graciela, op. Cit. P. 121

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA OMISIÓN DEL ASENTIMIENTO

El artículo 456 - aplicable en este aspecto también a los casos sometidos al asentimiento conyugal del 470 - dispone que en caso de que no se haya prestado el asentimiento conyugal, el cónyuge que debió asentir y no lo hizo puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial del acto,²⁰ por lo tanto, en caso de prosperar la acción de nulidad, las cosas han de retornar al estado anterior al otorgamiento del acto invalidado, razón por la cual el derecho transmitido vuelve a integrar el patrimonio del disponente, el gravamen queda sin efecto alguno, o bien los muebles indispensables de la vivienda familiar deben ser restituidos²¹.

²⁰POR MAYORÍA, LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ESTABLECEN QUE, LA FALTA DE ASENTIMIENTO EN LOS CASOS EN QUE ES EXIGIDA, IMPORTA UN VICIO DEL CONSENTIMIENTO QUE DA MOTIVO A UNA NULIDAD RELATIVA DEL ACTO O NEGOCIO REALIZADO, CONFIRMABLE POR EL CÓNYUGE INTERESADO (ARTS. 1058 A 1060) (BORDA, BELLUSCIO, FLEITAS ORTIZ DE ROZAS-ROVEDA, DASSI-BOSSERT, GUASTAVINO, MOISSET DE ESPANES, MENDEZ COSTAS, MOSSET ITURRASPE, CIFUENTES). MINORITARIAMENTE, SE ESTIMA QUE SE TRATA DE UN CASO DE INOPONIBILIDAD FRENTE AL CÓNYUGE QUE DEBE ASENTIR, SIENDO VÁLIDO EL ACTO ENTRE LAS PARTES (CICHERO, VENINI, VIDAL TAQUINI, CAFFERATA, ALTERINI J.H.). EN JURISPRUDENCIA TAMPOCO HAY UNIFORMIDAD DE CRITERIO, HABIÉNDOSE DICTADO FALLOS UN UNO Y OTRO SENTIDO." CÓDIGO CIVIL COMENTADO Y ANOTADO. SANTOS CIFUENTES DIRECTOR - FERNANDO ALFREDO SAGARNA COORDINADOR. 3° EDICIÓN ACTUALIZADA Y AMPLIADA. EDITORIAL: LA LEY. AÑO: 2011. TOMO III P. 224.

²¹ PARECE CRITICABLE LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 456 AL EMPLEAR UNA CONJUNCIÓN DISYUNTIVA Y ESTABLECER QUE EL CÓNYUGE PRETERIDO "PUEDE DEMANDAR LA NULIDAD DEL ACTO O LA RESTITUCIÓN DE LOS MUEBLES..." YA QUE LA RESTITUCIÓN SERÍA UNA CONSECUENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO, NO RESULTANDO LÓGICO SUPONER LA POSIBILIDAD DE

Corresponde destacar que si bien el artículo 456 se ubica dentro de la sección correspondiente al régimen primario, constituido por normas inderogables, eso no debe llevarnos a encuadrar este supuesto de nulidad dentro de las absolutas, por el contrario, estamos frente a un caso de nulidad relativa, conforme al criterio de distinción de las nulidades establecido en el artículo 386, pues la nulidad consagrada en el artículo 456 esta impuesta solo en protección del interés de personas determinadas.

Al tratarse de nulidad relativa, esta solo podrá ser declarada a solicitud del cónyuge que no prestó al asentimiento o sus herederos y el acto es susceptible de confirmación posterior. Otra consecuencia del carácter relativo de la nulidad es que se ha consagrado un plazo de caducidad de seis meses para intentar judicialmente la pretensión nulificante, contado el mismo desde que el cónyuge preterido tomo conocimiento del acto susceptible de impugnación o desde la extinción del régimen matrimonial, lo que ocurra primero.

Siguiendo a Lamber debe tenerse presente que “en cuanto a la disposición de derechos reales sobre el inmueble sede de la vivienda familiar que requiere inscripción en el Registro de la Propiedad, son oponibles a terceros desde su toma de razón en él (art. 1983), y si se le suma la publicidad posesoria por haberse hecho a su favor tradición sin oposición alguna, no puede omitirse alegremente la buena fe registral, y debería ser el actor (cónyuge) quien deba probar la falta de efectivo conocimiento o la justa

QUE SE EXIJA RESTITUCIÓN DE LOS MUEBLES SIN DEMANDAR LA NULIDAD DEL ACTO QUE SIRVIÓ DE CAUSA JURÍDICA AL TRASLADO DE LOS MISMOS. AL RESPECTO CABE DESTACAR QUE LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DEL AÑO 1993 Y 1998, EN SUS ARTÍCULOS 506 Y 448 RESPECTIVAMENTE, QUE SON LA FUENTE INMEDIATA DEL ACTUAL 456, NO TENÍAN EN SU REDACCIÓN LA OPCIÓN DISYUNTIVA ANTES MENCIONADA..

causa que le impidió tomar conocimiento, invirtiendo la carga de la prueba”²².

c) ASENTIMIENTO CONYUGAL ANTICIPADO Y PODER PARA ASENTIR

Normalmente el cónyuge no titular otorga su asentimiento concomitantemente con el acto jurídico principal, actuando conjuntamente ambos cónyuges. No obstante ello, puede ocurrir que el cónyuge asintiente no pueda o no quiera estar presente al momento de otorgarse el negocio jurídico, pudiendo brindar su conformidad con anterioridad o posterioridad, supuesto este último en el cual se configuraría una confirmación convalidando el acto viciado.

Si el cónyuge no titular no pudiere o quisiera estar presente al momento de perfeccionarse el negocio jurídico y las partes del mismo no están dispuestas a quedar sometidas a la necesidad de un acto jurídico confirmatorio posterior, existen dos opciones posibles: a) otorgar el asentimiento conyugal de manera anticipada o; b) conferir poder para que otra persona, en nombre y representación del cónyuge no titular, preste la conformidad exigida por ley, configurándose evidentemente dos actos jurídicos distintos, es decir, haciendo un juego de palabras, debe distinguirse, por un lado, el acto jurídico de asentir y, por otro lado, el acto jurídico de apoderamiento destinado a que un representante otorgue el acto de asentimiento.²³

²² LAMBER NÉSTOR D., OB. CIT. P 416

²³ V. PELOSI, CARLOS A. “ARTÍCULO 1277 DEL CÓDIGO CIVIL - CUESTIONES RELATIVAS AL CONSENTIMIENTO” EN DERECHO NOTARIAL REGISTRAL E INMOBILIARIO. DIRECTOS JORGE HORACIO ALTERINI - COORDINADOR: IGNACIO EZEQUIEL ALTERINI. EDITORIAL LA LEY. AÑO 2012. TOMO II P. 51 Y SS.

Adviértase que todo lo que aquí se trate respecto de los requisitos del asentimiento, poder para asentir y mandato entre cónyuges se aplica tanto a los casos alcanzados por el artículo 456 como por el 470, salvo las disquisiciones que se harán respecto del mandato entre cónyuges.

DOCTRINA DURANTE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL

Conocida es la gran controversia originada durante la vigencia del CC acerca de la posibilidad de otorgar asentimiento conyugal genérico de manera anticipada, ya sea a través de la figura del asentimiento conyugal anticipado propiamente dicho, o bien a través del mandato general.

Al respecto, un posición doctrinaria minoritaria, consideraba que era viable la figura del asentimiento general anticipado esgrimiendo que si es posible que un esposo puede otorgar al otro un poder de carácter general para disponer de los bienes de su titularidad, sería incoherente impedirle que preste anticipadamente el asentimiento conyugal con relación a los actos dispositivos que tuvieren por objeto todos los bienes gananciales pertenecientes al otro cónyuge.

En el mismo orden de ideas, Néstor Cichero sostenía: “Sería llevar muy lejos la protección que el artículo 1277 dispensa a estas personas capaces, impedirles realizar actos que la ley no prohíbe, cuando no ofrecen indicios de ser el resultado de una voluntad viciada. Tanto más, cuanto que ese precepto prevé situaciones de excepción e importa una limitación al principio general del artículo

1276, de modo que su interpretación debe hacerse con criterio restrictivo, evitando generalizaciones que pueden ser perturbadoras de la armonía familiar”.²⁴

Por último, quienes se enrolaban en esta tesis, agregaban que aquellos que negaban la validez del asentimiento general anticipado, partían de una débil valoración de la autonomía de la voluntad de la mujer casada, a quien aun veían, en la faz de los negocios, carente de la libertad decisoria, por las posibilidad de verse influenciada o manipulada por su marido, circunstancia que no podía admitirse ante los nuevos paradigmas sociales y matrimoniales regidos modernamente por el principio de igualdad jurídica.

Entre los doctrinarios del notariado que defendieron la posibilidad del asentimiento general anticipado se destacan dos figuras colosales como la de Calos A. Pelosi y Carlos N. Gattar²⁵.

En el otro extremo, encontramos a la corriente doctrinaria mayoritaria, que negaba validez al asentimiento general anticipado²⁶, alegando principalmente que un acto de esta

²⁴CICHERO, Néstor. “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, cit., ED, 63-475 y ss.

²⁵PELOSI Carlos A., defendió su postura a favor del asentimiento general anticipado en el trabajo citado en la nota 23, publicado originariamente en Revista del Notariado N° 700, 1968, p. 738. Por su parte Carlos N. GATARRI hizo lo propio en su Práctica Notarial N° 15, Ver GATTARI, Carlo N. “Práctica Notarial Consolidada”. Editorial Abeledo Perrot. Año 2013. Tomo IV (Volúmenes 15 a 19) p. 3932 y ss.

²⁶Ver al respecto recopilación de argumentos en este sentido realizado por SAMBRIZI, Eduardo A., ob. Cit. Tomo III p.146 y ss. con citas de BELLUSCIO, Augusto C., BORDA, Guillermo A., VIDAL TAQUINI, Carlos H., AZPIRI, Jorge, entre otros.

naturaleza implicaría modificación de las normas de orden público que regulan el régimen de comunidad de bienes del matrimonio - siendo aplicable lo dicho durante la vigencia del CC al régimen consagrado por el actual artículo 469 y ss. -Además, se frustraría el propósito tuitivo de la ley, facilitando el despojo del cónyuge no titular o la concreción de decisiones contrarias al interés familiar, toda vez que de hecho quedaba anulada la facultad de contralor que, a tal fin, se acordaba al consorte asintiente.

En ese mismo orden de ideas se sostuvo que la admisibilidad de un poder general de administración y disposición, otorgado a favor del cónyuge, para que disponga de todos los bienes, propios o gananciales, del otro (cónyuge poderdante), no puede conllevar a la aceptación del poder general otorgado para prestar asentimiento a los actos de disposición de los bienes gananciales del consorte (apoderado), ya que, mientras en el primer caso existe la obligación de rendir cuentas entregando al mandante lo producido, en el segundo caso, siendo el cónyuge disponente (y apoderado) el titular de los bienes objeto del negocio jurídico, lo percibido le pertenece y podría sustraerlo con toda facilidad del patrimonio común, no existiendo acción apta para ejercer control alguno.

Por último, merece destacarse lo resuelto en las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Rosario el año 1971, donde la postura aprobada por mayoría consideró: “que no es válido el asentimiento general y anticipado dado por uno de los cónyuges para los actos del otro, comprendidos en el artículo 1277 del Código Civil y, por tanto, tampoco lo es ningún otro acto que bajo cualquier forma, incluido la del mandato a favor del otro cónyuge o de un tercero, equivalga a dicho asentimiento general anticipado”.

REQUISITOS DEL ASENTIMIENTO CONYUGAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Siguiendo la posición mayoritaria, el artículo 457, que reproduce íntegramente al artículo 449 del proyecto de reforma de 1998, constituye la partida de defunción del asentimiento general anticipado, como se verá a continuación.

El citado artículo, literalmente dispone:

ARTICULO 457.- Requisitos del asentimiento. En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos.

En consecuencia, siempre que se otorgue el asentimiento conyugal deberá especificarse: a) el acto en sí y; b) los elementos constitutivos del mismo.

Cuando el asentimiento es concomitante al acto o posterior al mismo, el presente artículo no genera hesitación alguna, pues en ambos casos, el cónyuge no titular puede tomar acabado conocimiento del acto jurídico con todos sus detalles, de modo que las controversias se suscitarán en caso de que se pretenda prestar el asentimiento conyugal de manera anticipada.

ASENTIMIENTO CONYUGAL ANTICIPADO

Con relación al primer requisito, la norma no acarrea mayores inconvenientes interpretativos, toda vez que se refiere a

la necesidad de indicar la naturaleza jurídica del acto respecto del cual existe conformidad de parte del cónyuge no titular (ej: compraventa, permuta, dación en pago, donación, constitución de derecho real de hipoteca, etc.).

Ahora bien, el segundo requisito a determinar, consistente en los “elementos constitutivos” del acto, puede generar algunas dudas, dada la amplitud de la formula, cabiendo preguntarse si es preciso que se especifiquen todos los elementos del acto jurídico en cuestión o solo aquellos de mayor relevancia.

Al respecto, entendemos que una interpretación teleológica de la norma lleva a considerar que los elementos constitutivos que deberán estar presentes al momento de asentir son aquellos que el cónyuge no titular debe conocer a los fines de hacer una valoración adecuada del acto atendiendo al interés familiar (en el caso asentimiento exigido por el artículo 456) o sus intereses patrimoniales fundados en la ganancialidad (en el caso del asentimiento exigido por el artículo 470).

En definitiva, los elementos constitutivos sobre los cuales ha de versar el asentimiento conyugal son aquellos que le permitan al cónyuge no titular tomar conciencia del acto jurídico principal y sus consecuencias, para así poder ejercer el contralor que la ley le acuerda, atendiendo a los distintos intereses por ella protegidos.

Desde esta perspectiva, evidentemente al cónyuge no titular no le interesa saber quién es el comprador del inmueble en el que está radicada la vivienda familiar pero sí el precio y la forma de pago.

En este orden de ideas resultan sumamente ilustrativas las reflexiones vertidas por Néstor D. Lamber al comentar el artículo 457: *“Compartimos que debe establecer (sic) en el acto de asentimiento el acto para el que se confiere – p.ej., compraventa,*

donación, etc.-, pero deja a lugar a una interpretación abierta la frase “elementos constitutivos”... No todos los elementos constitutivos son relevantes para decidir el asentimiento conyugal.” Finalmente, el citado autor concluye: “Por ello bastarán solo esos elementos básicos que permitan apreciar la lesión o no al interés familiar, no siendo exigible todos los elementos del acto jurídico, y en caso de duda se deberá estar siempre al elemento más favorable al que prestó asentimiento. Por ejemplo, si no se dice que puede ser de ejecución diferida o a plazo, debe entenderse de cumplimiento inmediato y completo, es decir, pago del precio de contado”²⁷.

Ahora bien, las tratativas previas encaminadas a la concreción de alguno de los actos jurídicos que requieren asentimiento, suelen ser dinámicas y en ocasiones se dilatan por mucho tiempo e incluso pueden fracasar total o parcialmente, de manera tal que las expectativas de realizar determinado negocio bajo ciertas pautas pueden extinguirse definitivamente o luego ser reflatadas o modificadas y terminar concretándose un acto jurídico diverso al originariamente planeado.

Previendo esto es que puede parecer adecuado fijar parámetros mínimos, que constituyan una directriz que le marque al cónyuge disponente ciertos límites dentro de los cuales el consorte no titular está conforme con el otorgamiento del acto, de esta forma podría armonizarse el derecho de contralor que compete al cónyuge asintiente con la libertad que necesariamente debe tener el cónyuge titular a la hora de tratar las condiciones del negocio.²⁸

²⁷LAMBER Néstor D., ob. cit. p 420.

²⁸En esa tesitura se ha afirmado: “Las enunciaciones deben demostrar los parámetros mínimos tenidos en cuenta por el cónyuge que presta su asentimiento,

Sin embargo, el derecho no puede ser analizado prescindiendo de la realidad que pretende regular, lo que nos lleva a manifestar nuestros reparos en cuanto a considerar cumplimentadas las exigencias del artículo 457 indicando solo parámetros mínimos, pues las condiciones económicas argentinas suelen ser cambiantes, caracterizadas desde hace ya varios años por una marcada inflación y depreciación monetaria, razón por la cual lo que hoy parece ser un precio razonable para la venta de un bien inmueble, pasado unos años será poco menos que irrisorio.

Si la prohibición del asentimiento general anticipado fue propugnada por la doctrina y jurisprudencia, y finalmente consagrada en el derecho positivo a través del artículo 457, para evitar la desprotección de los intereses del cónyuge no titular y/o los del grupo familiar, parece adecuado cerrar la puerta a indeterminaciones que pudieran poner en situación de indefensión a las personas que se pretende resguardar.

Ante estas dudas, e incluso frente a situaciones en las que el cónyuge no titular se ve en la obligación de ausentarse por un tiempo más o menos prolongado, cabe preguntarse cómo hacer para que el cónyuge propietario de la vivienda familiar o del bien ganancial, que tiene pensado negociarlo en el corto plazo, pueda eventualmente entrar en tratativas y realizar alguno de los actos jurídicos alcanzados por el artículo 456 o 470. Ejemplo: ambos cónyuges están de acuerdo en mudarse de casa, pero no saben aún si les convendrá vender la vivienda familiar y con el producido comprar otro inmueble o realizar una permuta con otra casa.

lo cual también queda suficientemente acreditado, por ejemplo con la mención de vender en un precio no menor a determinada suma de dineros, o si no se abonase de contado". LAMBER Néstor D., ob. cit. p 421

En hipótesis como la planteada, entendemos que podrá acudirse a otorgar un mandato con representación, a través de la figura del poder, para que el propio cónyuge disponente (salvo lo dispuesto en el artículo 459) o un tercero, preste el asentimiento conyugal en nombre y representación del cónyuge no titular²⁹.

PODER PARA DAR ASENTIMIENTO CONYUGAL Y MANDATO ENTRE CÓNYUGES

Caben hacer dos observaciones preliminares: por un lado nada impide que el asentimiento conyugal sea prestado a través de un representante, de hecho tiene tratamiento legislativo específico, en consecuencia el acto de apoderamiento con tal fin es perfectamente válido (artículo 358, 375 inciso b) y 459) y, por otro lado, y tal como lo adelantáramos al comienzo del presente, no es lo mismo otorgar asentimiento conyugal anticipado que apoderar a una persona para que, en nombre y representación del cónyuge no titular, preste asentimiento en los casos que la ley lo requiera³⁰.

Partiendo de la base de la distinción entre ambos actos jurídicos, entendemos que las reglas aplicables al poder para asentir no son las mismas que las que rigen respecto del asentimiento propiamente dicho.

²⁹Sobre la diferencia y relación entre manato y poder véase: “Mandato, apoderamiento y poder de representación” ZINNY, Mario A. Revista del Notaria N° 903 – Año 2011, p. 15 y ss.

³⁰En este sentido se ha dicho: “El consentimiento o asentimiento *a priori* no debe ser confundido con el poder y, por lo tanto, deberá tener una redacción acorde con su objeto y finalidad” PELOSI, Carlos A. ob. cit. p. 52.

En tal sentido, adviértase que en el artículo 375 inc. b) se regula específicamente el poder para prestar asentimiento conyugal, estableciendo que entre los actos respecto de los cuales son necesarias facultades expresas de representación se encuentra el “*otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere*”.

De la norma transcrita surge que el único requisito que debe llenar el poder para prestar asentimiento es la identificación de los bienes sobre los cuales ha de versar.

No parece apropiado extender los recaudos del artículo 457 al acto de apoderamiento en cuestión, pues el mencionado artículo regula los requisitos que debe reunir el acto de asentimiento considerado en sí mismo, que en la hipótesis que estamos planteando será otorgado precisamente por el apoderado.

Es decir, los recaudos del 457 deberán ser observados recién en el momento en el que el apoderado, en ejercicio de las facultades de representación, concurra a prestar el asentimiento que se le ha encomendado³¹, será el apoderado el que según las circunstancias negociales concretas otorgue el asentimiento respecto del acto jurídico principal, siempre que el mismo convenga a los intereses de su mandante o de su grupo familiar³².

³¹Este es el criterio seguido por la escribana Susana V. SIERZ en su obra “Nuevo Código Civil unificado. Instrumentos Públicos y Privados”. Editorial: Di Lalla. Año: 2015. Pág. 221.

³²En idéntico sentido se ha sostenido: “Será válido el poder otorgado para dar el asentimiento con relación a determinados bienes, facultando al representante a decidir sobre la oportunidad en la que se brinde este asentimiento con relación al negocio jurídico especialmente determinado en cuanto a sus elementos, en cumplimiento del artículo 457 del Código Civil y Comercial.” DALLAGLIO, Juan Carlos en “Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación” KIPER Director. DAGUERRE Coordinador. Editorial: Rubinzal Culzoni. Año 2015. Tomo II Pág. 91

A ello cabe agregar que si el poder para asentir debiera llenar los mismos requisitos exigidos para prestar el asentimiento, no habría en definitiva diferencia entre ambas figuras, pues el acto de apoderamiento configuraría en realidad el asentimiento conyugal anticipado³³ además de enfrentar al interesado a una serie de variantes que resultan imposibles de prever, tal como dijéramos más arriba³⁴.

De hecho, es de advertir que el apoderado estará en mejores condiciones para defender los intereses del cónyuge no titular, pues recién otorgará el asentimiento una vez impuesto de los detalles del negocio jurídico, contando con información más completa con la que posiblemente cuente el cónyuge que decide prestar un asentimiento anticipadamente.

En el mismo orden de ideas, no debe perderse de vista que el mandatario debe actuar siempre procurando satisfacer los intereses de su mandante, de manera que la confianza es la base del contrato de mandato, circunstancia que justifica la admisión de actuar a través de un representante, aun en materia sensibles como la que estamos analizando.³⁵

³³Sería como exigir que en un poder otorgado para afectar un inmueble al régimen de propiedad horizontal se dejaran ya cumplimentadas las exigencias del artículo 2056.

³⁴En igual sentido se ha dicho: “Compartimos la opinión de quienes sostienen que el apoderamiento para prestar el asentimiento es válido con la sola mención del bien. Nótese que el inciso b) del artículo 375 es el único supuesto en el que el CCCN solicita el llamado poder específico o especialísimo, requisito que no ha sido mantenido ni siquiera en materia de donación inmobiliaria. Imponerle al apoderamiento los requisitos del asentimiento es un sinsentido, pues no sería necesario otorgar el poder de contarse con todos los requisitos para otorgar el asentimiento anticipado”. CERNIELLO, Romina I. y GOICOECHEA Néstor D. en “Aproximación al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Revista del Notariado N° 922. Octubre-Diciembre de 2015. Pág. 25.

³⁵Recuérdese que entre las obligaciones legalmente impuestas al representante están la de fidelidad y lealtad (art. 372 inc. a)).

Completando la regulación del otorgamiento de asentimiento a través de representantes voluntarios. el artículo 459 se encarga de regir específicamente el mandato entre cónyuges.

El mentado artículo establece:

ARTÍCULO 459.- Mandato entre cónyuges. Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones.

Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos.

El artículo transcrito consagra una regla que, desde el punto de vista de los cónyuges sujetos al régimen de comunidad, resulta permisiva, autorizando el mandato entre ello, configurando esto una excepción a la inhabilidad consagrada en el artículo 1002 inc. d), pero, respecto de los cónyuges que han optado por el régimen de separación de bienes, constituye una limitación a su total libertad de contratación recíproca.

Se prevé expresamente la posibilidad de que una persona otorgue poder a su cónyuge para que este, en su nombre y representación, otorgue todos los actos patrimoniales de su competencia, eximiendo al apoderado de rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos, salvo pacto expreso en contrario.

Si bien en ello es claro el artículo, lo referente a la posibilidad de que el apoderado se preste así mismo el asentimiento, ha sido unos de los temas que más controversia ha generado.

En efecto, algunos intérpretes han entendido que la prohibición contenida en el artículo bajo análisis se extiende a todos los casos en que es necesario el asentimiento conyugal y no solo cuando se trata de disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, argumentando que, como el artículo 470, última parte, remite a las disposiciones de los artículos 456 a 459, por una especie de doble remisión, la prohibición se torna operativa en todos los supuestos, es decir, como el artículo 470 (referente al asentimiento que gira en la órbita del régimen de comunidad), hace remisión al artículo 456 (atinente a la vivienda familiar y aplicable tanto al régimen de separación de bienes como al de comunidad) se concluye que la prohibición contenida en el artículo 459, al aplicarse a los casos alcanzados por el artículo 456, se aplica también al asentimiento regulado en el artículo 470³⁶.

³⁶Se ha afirmado: “La discusión en torno a este tema deriva de la remisión que el artículo 470 (asentimiento de los bienes gananciales) hace a las disposiciones de régimen general en materia de regímenes patrimoniales, que se refieren al asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda. Como vimos, el artículo 459 prohíbe dar mandato al cónyuge para asentir “en los casos en que se aplica el artículo 456”, es decir, para la disposición de la vivienda. Asimismo, el último párrafo del artículo 470 dispone que “al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los artículos 456 a 459”. Contrapuestas las dos normas, lo que hay que interpretar es si la prohibición alcanza los supuestos en que se dispone de bienes gananciales que no sean el inmueble que constituye la vivienda familiar. Quienes opinan que en este caso no es aplicable la prohibición fundan su opinión en la letra del propio artículo 459, que dice que se aplica a los casos del 456, y expresan que la remisión solo tiene por fin ratificar la regla general que les permite a los cónyuges celebrar el contrato de mandato. Respecto de este argumento, la remisión expresa del artículo 470 al 459 no puede tener como objetivo la repetición de una regla general que de todas formas se aplicaría, justamente por encontrarse entre las normas aplicables a todos los regímenes. La remisión al artículo 459 se torna trascendente si se entiende que se refiere a la prohibición de que el mandato verse sobre el asentimiento conyugal. Esta interpretación es la que, lamentablemente, más se adapta a la idea global adoptada por el legislador. Por otro lado, también le es aplicable el argumento vertido con respecto al artículo 459 de que se estaría delegando el control en el sujeto que debe controlarse, que parece ser lo que el legislador buscó evitar.” CERNIELLO, Romina I. y GOICOECHEA Néstor D. *Óp. Cit.* Pág. 26.

No concordamos que este modo de interpretar la norma, pues entendemos que el artículo 459 ha buscado limitar la prohibición a los supuestos en los que el asentimiento conyugal es exigido para resguardar los derechos sobre la vivienda familiar o sus muebles indispensables, no así en los casos en que el asentimiento conyugal se torna exigible por imperio del artículo 470. Tomando las consideraciones hechas por los autores que se enrolan en la corriente contraria, que basan su posición en la remisión hecha por el artículo 470 in fine, entendemos que precisamente por esa remisión es que el legislador, sabiendo que iba a operar tal envío, es que se encargó de aclarar, en el artículo 459, que la prohibición se limita a los supuestos del asentimiento conyugal exigible en atención la protección de la vivienda familiar y sus muebles indispensables. En igual sentido se ha afirmado, con relación al artículo 459 aquí analizado: “Expresamente prohíbe la facultad de darse a sí mismo el asentimiento en los casos del art. 456, es decir para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, de los muebles indispensables de ésta o transportarlos fuera de ella.”³⁷

De haberse querido hacer extensiva la restricción a todos los casos en que se exige el asentimiento del cónyuge no titular hubiese alcanzado la primera parte de la oración: “pero no para darse a sí mismo el asentimiento”, pues precisamente por la

³⁷“Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético”. ALTERINI, Jorge H. Director General. ALTERINI, Ignacio E. Coordinador. Editorial La Ley. Año: 2015. Tomo III. Pág: 215. En igual sentido DALLAGLIO, Juan Carlos. Op. Cit. Pág. 95: “Pero el mismo artículo prohíbe que este apoderamiento a favor del otro cónyuge tenga por objeto dar el asentimiento conyugal en los casos de disposición de la vivienda familiar y de los muebles que la componen”. Este es el criterio consagrado también en el Digesto de Normas Técnico-Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor en el Capítulo VIII, Sección 2 artículo 1 inciso c).

remisión ya destacada, hubiera alcanzado tanto a los supuestos del artículo 456 como a los del artículo 470. Pero al incluir la aclaración “en los casos en que se aplica el artículo 456” parece lógico interpretar que se ha buscado establecer una valla a la prohibición, limitándola únicamente a los casos del asentimiento previsto para protección de la vivienda familiar y sus muebles indispensables.

En lo referente a este mandato entre cónyuges, la norma además se encarga aclarar que no es posible pactar la irrevocabilidad en este tipo de poder, para evitar dejar al cónyuge no titular en una situación de desprotección. Al respecto, cabe distinguir este pacto de irrevocabilidad prohibido en el mandato entre cónyuges del caso de configurarse el supuesto fáctico previsto en el artículo 380 inciso c)³⁸, de manera tal que cumplidos los requisitos para otorgar un poder irrevocable es perfectamente válido el poder que en tal carácter otorgue el cónyuge no titular para asentir, siempre que el apoderado no sea su propio consorte.

Cabe destacar que en el proyecto de 1998, el artículo 451 regulaba el mandato entre cónyuges, admitiendo en los mismos términos que el actual 459 la posibilidad de que un cónyuge le otorgue al otro poder para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero para poder darse asimismo el asentimiento debía aplicarse el artículo 449 que

³⁸ ARTÍCULO 380.- Extinción. El poder se extingue:... c) por la revocación efectuada por el representado; sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, o de un tercero, o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse si media justa causa.

regulaba los requisitos del asentimiento en iguales términos literales que el actual artículo 457.

Evolución histórica a la luz de los proyectos legislativos

Sobre el poder para asentir y mandato entre cónyuges, parece oportuno hacer un breve análisis de la evolución histórica experimentada en los últimos proyectos de reformas al Código Civil, pues consideramos que podemos extraer pautas útiles de interpretación para las normas actualmente vigentes.

El proyecto de reforma del año 1987, en su artículo 1886, al mencionar los actos para los cuales se eran necesarios facultades expresas de representación, incluía, en su inciso 5°, el prestar asentimiento conyugal, supuesto en el cual se exigía identificar precisamente al acto y el bien a que se refiere.

En el mismo sentido, el proyecto de 1993, también exigía facultades expresas para prestar el asentimiento conyugal, pero solo requería la identificación del bien (art. 679 inc. 6). Por su parte, el artículo 507 era textualmente idéntico al actual 457 (el asentimiento debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos) y, con relación al mandato entre cónyuges, el artículo 509 autorizaba a que se confiriese entre ellos para el ejercicio de los actos que el régimen matrimonial atribuía, pero no para darse a sí mismo el asentimiento del mandante en los casos en que la ley lo requería, es decir, se establecía una prohibición absoluta.

Por su lado, el proyecto de 1998, regulaba el tema que aquí nos ocupa, básicamente, en los artículos 366, 449 y 451³⁹.

De la conjunción de estos tres artículos puede deducirse que – tal como se dijera más arriba - el asentimiento debía versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos, en tanto que en el poder para asentir, en principio, solo debían identificarse los bienes a que se refiere, pero cuando el poder se fuera otorgado a favor del cónyuge para prestarse a sí mismo el asentimiento, se debían llenar los recaudos del 449.

Del análisis de los proyectos puede advertirse la siguiente evolución: en un primer momento (P. 1987), se exigió la identificación, no solo de los bienes sino también del acto, al momento de otorgarse el acto de apoderamiento.

Posteriormente (P. 1993), se eliminó la exigencia de identificar el acto al momento de apoderar, limitándose únicamente a exigir la identificación de los bienes sobre los cuales habría de versar el asentimiento. Agregándose sí, al momento de asentir, la necesidad de especificar el acto y los elementos constitutivos (art. 507), prohibiéndose, en todos los casos en que

³⁹ARTÍCULO 366.- *Facultades expresas. Son necesarias facultades expresas para:...*
i) *Otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, debiendo identificarse los bienes a que se refiere.*

ARTÍCULO 449.- *Requisitos del asentimiento. En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos.*

ARTÍCULO 451.- *Mandato entre cónyuges. Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero para darse a sí mismo el asentimiento del poderdante en los casos en que se requiere se aplica el artículo 449. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones.*

Salvo convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos.

se exigía asentimiento, la posibilidad de otorgar poder al cónyuge para que este se lo prestara a él mismo. Es decir, se podía apoderar a un tercero pero no al cónyuge del poderdante a los fines de prestar el asentimiento conyugal.

Por último (P. 1998), repitió el criterio de 1993 en el sentido de conformarse con la individualización de los bienes al momento de apoderar y de exigir la individualización del acto y sus elementos constitutivos al momento de asentir. No obstante esa coincidencia de criterio con el citado anteproyecto, se apartó de la prohibición absoluta en materia de mandato entre cónyuges, admitiendo la posibilidad de otorgarse poder para que el apoderado se prestara asentimiento así mismo (art. 451), exigiéndose en ese caso - y solo en tal caso - que se cubrieran los recaudos del 449, es decir, especificar el acto en sí y sus elementos constitutivos.

En consecuencia, el proyecto de 1998 discriminaba, en cuanto a poder para asentir se refiere, dos casos: 1) cuando el apoderado era un tercero, es decir, no era el cónyuge del poderdante, alcanzaba con la especificación de los bienes sobre los que debía versar el asentimiento y; 2) cuando el apoderado era el propio cónyuge del poderdante, se requería, además, se identificara el acto en sí y sus elementos constitutivos.

El actual código civil y comercial, tomando esos antecedentes y caracterizado por un mayor respeto a la autonomía de la voluntad de los individuos, en nuestra opinión adopta – comparativamente – el sistema más flexible o permisivo.

Efectivamente, al igual que los P. 1993 y 1998, al momento de otorgar el acto de apoderamiento para asentir, solo exige la determinación de los bienes (art. 375 inc. b)) y, del mismo modo,

recién al momento de asentir requiere la individualización del acto y sus elementos constitutivos (art. 457).

En materia de mandato entre cónyuges, se acepta ampliamente tal contrato, incluso el destinado a permitir que el apoderado se preste a sí mismo el asentimiento conyugal (sin requerir el cumplimiento de los recaudos del 457, a diferencia del P. 1998), prohibiendo exclusivamente ese mandato cuando se trata de asentir respecto de los actos de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar o los muebles indispensables de esta.

III) A MANERA DE SÍNTESIS:

En el CCyC el asentimiento conyugal constituye una herramienta de control, atribuida al cónyuge no titular, tendiente a resguardar dos bienes jurídicos distintos, aunque muchas ocasiones interrelacionados, a saber: por un lado, los eventuales derechos gananciales del consorte no titular (artículo 470) y, por otro lado, la vivienda familiar (artículo 456).

Como consecuencia de ello, el artículo 470 solo resulta aplicable a los cónyuges sometidos al régimen de comunidad y solo respecto de los actos jurídicos que tuvieren por objeto alguno de los bienes gananciales enumerados en la norma. El artículo 456, en cambio, se inserta dentro de un régimen primario, inderogable, aplicable con independencia del régimen patrimonial matrimonial y sin distinguir entre bienes propios y gananciales.

La consecuencia jurídica establecida en caso de omisión del asentimiento conyugal es la nulidad relativa del acto, fijándose un

plazo de caducidad de seis meses para intentar judicialmente la pretensión nulificante, contado el mismo desde que el cónyuge preterido tomo conocimiento del acto susceptible de impugnación o desde la extinción del régimen matrimonial, lo que ocurra primero.

EL artículo 457 exige que el asentimiento conyugal verse sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos, impidiendo de esta manera el otorgamiento de asentimientos conyugales generales.

Con relación al acto jurídico principal, el asentimiento conyugal puede otorgarse concomitantemente, o bien con anterioridad o posterioridad al mismo.

Si se otorga con posterioridad se configura un acto confirmatorio que convalida el acto viciado de nulidad relativa.

Si el cónyuge decidiera otorgar el asentimiento conyugal de manera anticipada deberá dar cumplimiento a los requisitos del artículo 457. Al respecto cabe destacar, por un lado, que no es necesario que se especifiquen absolutamente todos los elementos del acto, sino aquellos indispensables para la adecuada valoración del impacto que el negocio pueda tener en los intereses patrimoniales del cónyuge asintiente y/o el interés familiar y; por otro lado que no resulta suficiente consignar parámetros mínimos o de referencia.

El asentimiento conyugal puede ser otorgado a través de un representante convencional, supuesto en el cual alcanza con que el poder indique los bienes sobre los cuales ha de versar.

En caso de que el poder haya sido otorgado a favor del cónyuge del poderdante, este puede prestarse a sí mismo el asentimiento, salvo que se tratara de actos de disposición de derechos sobre la vivienda familiar o sus muebles indispensables,

supuesto en el cual el apoderado necesariamente deberá ser un tercero.

CONCLUSIONES

1. No debe confundirse el asentimiento conyugal anticipado con el poder especial para dar el asentimiento, pues constituyen dos actos jurídicos diferentes, sujetos consecuentemente a distintas reglas.

2. El asentimiento conyugal anticipado debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 457, pues configura precisamente “asentimiento”. En cambio, al otorgarse un poder para asentir, el cónyuge no titular esta facultando a otra persona para que oportunamente, en su nombre y representación, otorgue el acto de asentimiento.

3. Ese poder para dar asentimiento debe cumplir con lo exigido por el artículo 375 inc. b), por lo tanto es suficiente con que se especifiquen los bienes sobre los cuales ha de versar el mismo, no siendo necesario que se consigne ni el acto en sí ni sus elementos constitutivos.

4. Sugerimos que, en caso de que las tratativas precontractuales no estén aun cerradas y, en consecuencia, no se conozcan todavía con precisión los elementos constitutivos del acto, se acuda a la figura del poder especial para asentir y evitar así que el asentimiento conyugal anticipado pueda ser objeto de alguna observación frente a la modificación de alguna variable negocial.

5. Es válido el poder dado al cónyuge para que este se preste así mismo el asentimiento, salvo cuando se tratara de disponer de

los derechos sobre la vivienda familiar y sus muebles indispensables.

IV) BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

1. “Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación”. KIPER Director. DAGUERRE Coordinador. Editorial: Rubinzal Culzoni. Año 2015.

2. AZPIRI Jorge O. en “Régimen de bienes en el matrimonio”. 3° Edición actualizada y ampliada. Editorial Hammurabi. Año 2012.

3. CERNIELLO, Romina I. y GOICOECHEA Néstor D. “Aproximación al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Revista del Notariado N° 922. Octubre-Diciembre de 2015.

4. CICHERO, Néstor. “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, cit., ED, 63-475.

5. “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”. Julio Cesar RIVERA y Graciela MEDINA Directores – Mariano ESPER Coordinado. 1° Edición. Editorial La Ley. Año: 2014.

6. Código Civil Comentado y Anotado. Santos CIFUENTES Director – Fernando Alfredo SAGARNA Coordinador. 3° Edición Actualizada y Ampliada. Editorial: La Ley. Año: 2011.

7. Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético”. ALTERINI, Jorge H. Director General. ALTERINI, Ignacio E. Coordinador. Editorial La Ley. Año: 2015.

8. Código Civil. Comentado, Anotado y Concordado. Coordinador: Eduardo Gabriel CLUSELLAS. 1° Edición. Editorial: Astrea-Fen. Año 2015.

9. FERNANDEZ DE LEON, Gonzalo. “Diccionario Jurídico”. Editorial ABECE S.R.L. 2° Edición. Buenos Aires. Año 1961

10. GATARRI, Carlos N. “Práctica Notarial Consolidada”. 1° Edición. Editorial Abeledo Perrot. Año 2013. Tomo IV (Volúmenes 15 a 19).

11. KEMELMAJER de CARLUCCI Aída, HERRERA Marisa, LLOVERAS Nora. “Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014”. 1° Edición. Rubinzal – Culzoni Editores. Año 2014.

12. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Protección jurídica de la vivienda familiar”. 1° Edición. Editorial: Hammurabi. Año: 1995.

13. LAFAILLE Héctor. “Derecho Civil – Contratos”. 2° Edición Actualizada y Ampliada. Editorial: La Ley – Ediar. Año: 2009

14. MENDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO Daniel Hugo. “Derecho de Familia” Tomo II. Editorial: Rubinzal Culzoni. Año: 2001.

15. PELOSI, Carlos A. “Artículo 1277 del Código Civil – Cuestiones Relativas al Consentimiento” en Derecho Notarial Registral e Inmobiliario. Directos Jorge Horacio Alterini – Coordinador: Ignacio Ezequiel Alterini. Editorial La Ley. Año 2012.

16. SAMBRIZZI, Eduardo A. “Tratado de Derecho de Familia”. 1° Edición. Editorial La Ley. Año 2010. Tomo III.

17. SIERZ, Susana V. “Nuevo Código Civil unificado. Instrumentos Públicos y Privados”. Editorial: Di Lalla. Año 2015.

18. ZINNY, Mario A. “Mandato, apoderamiento y poder de representación”. Revista del Notaria N° 903. Año 2011.

LA EXPEDICIÓN DE TESTIMONIOS Y COPIAS DE ESCRITURAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Por Gabriel B. VENTURA 1*

SUMARIO: Introducción – I. Expedición de copias o testimonios. II- La llamada “copia simple”. III- El primero, segundo o ulterior testimonio. IV- Supuestos de expedición de más de un testimonio. V- Existencia de varias partes interesadas. VI- Extravío o destrucción del primer testimonio. VII- La existencia de obligaciones pendientes. VIII- Testimonio mal expedido.

INTRODUCCIÓN

Una de las características del notariado tipo latino radica en la particularidad de no ser el original del instrumento el que conservan las partes; tampoco será éste el que tendrá el valor ejecutivo para probar los derechos y generar, en consecuencia, las acciones que se deban ejercer para obligar a cumplir compulsivamente las prerrogativas que haya generado. Ese original quedará por siempre conservado en el protocolo del

* Profesor Titular de Derechos Reales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Nacional de Córdoba; de la Universidad Católica de Córdoba. Académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

notario, propiedad del Estado, y que luego de un cierto lapso pasará al archivo de protocolos notariales. Es uno de los principios del notariado latino, enunciado como principio de protocolo o de registro.

Justamente la expresión “protocolo” proviene del latín, “proto” y “collum”, palabras que traducidas en conjunto, como giro idiomático, significan “primer ejemplar encolado”. Algunos autores, entre otros, González y Sierz², traducen estos vocablos como “primera hoja encolada”, pero en nuestra opinión no es lo correcto. Bien se sabe que la suma de significados extraídos de la literalidad de las palabras, cuando integran un giro idiomático, no siempre se corresponden con el verdadero sentido de la expresión. Pues bien, eso es lo que ocurre con la literal traducción de estas palabras. Por ello de nuestra parte hemos determinado que el giro, integrado primariamente por los vocablos latinos “proto” y “collum”, apunta a expresar que el primer ejemplar del documento, aquél que ostenta las firmas originales de las partes, junto a las agregaciones (habilitaciones y legitimaciones), es lo que queda guardado celosamente por el notario, hasta que sea remitido a los archivos que, a esos efectos, tenga previsto el Estado. Lo que sale a la vida jurídica, para ser ejecutado, para probar los derechos y eventualmente exigir el cumplimiento compulsivo de su contenido, es una copia literalmente extraída de su original. De esta manera, el sistema notarial procura mantener lo más alejado posible el primer ejemplar de los riesgos propios de

²GONZÁLEZ, Carlos E. su “Derecho notarial”, Ed. La Ley, Bs. As. pág. 481;
SIERZ, Susana V. “Derecho Notarial – Concordado”, 2da. Ed. Di Lalla, Bs.As.
2007, pág. 378.

la exposición a la vida jurídica cotidiana: alteraciones, destrucciones y pérdidas³.

Este principio de protocolo, como es fácil imaginar, repercute en las formalidades que deben guardarse en el momento de la expedición de una copia de la escritura matriz. Sobre el punto, amén de los dispositivos del Código Civil y Comercial, están también las disposiciones de las leyes orgánicas de cada provincia, las que, algunas más otras menos, se pronuncian sobre el texto a consignar en cada una de las copias, las características de las hojas en las que se transcriben, etc.⁴. Pero lo único verdaderamente importante del tema, es que mediante el cumplimiento de las formalidades establecidas por las leyes, tanto nacionales como provinciales, se procura acatar la normativa del art. 289 del CCCN cuando expresa que también son instrumentos públicos las “copias o testimonios”.

I- EXPEDICIÓN DE COPIAS O TESTIMONIOS

Tanto en el viejo código (art. 1006) como en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 308, se exige al notario la

³ A este respecto, dice ABELLA, Adriana en su “Derecho Notarial”, Ed. Zavalía, Bs.As. 2010, pág. 392, “El protocolo, ya sea durante el período en que está bajo la custodia del escribano, ya de los archivos, no puede ser trasladado ni confiado a terceros, ofreciendo el máximo de seguridades y facilitando la expedición de copias”. Pero no acordamos con esta autora en el hecho de no atribuir igual seguridad a los expedientes judiciales y administrativos. La comparación resulta un tanto arbitraria; no debe partir de los expedientes, sino de los protocolos judiciales y administrativos, los que brindan, a no dudarlo, idéntica seguridad a los notariales. Así, los protocolos de sentencias y autos, o los protocolos de las resoluciones administrativas de cualquier índole, con el mismo criterio apuntado en el texto, aparecen resguardados de su destrucción o alteración por particulares.

⁴ VENTURA, Gabriel B.; “Algunos problemas vinculados a los testimonios y copias de escrituras”, en Revista Notarial, Córdoba, N° 73, 1997, pág. 57 y ss.

expedición de testimonios y copias; pero desde el punto de vista de la técnica documental⁵ no están especificados, en ninguna de las dos normas, los términos que deben emplearse para todos los supuestos que pueden darse.

Es así como en cada jurisdicción, cada Colegio Notarial, y a veces cada notario, tiene su forma particular de expresar las distintas posibilidades que se pueden plantear.

Dice el Art. 308 del CCCN que *“El escribano debe dar copia o testimonio de la escritura a las partes. Ese instrumento puede ser obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble, conforme a las reglamentaciones locales. Si alguna de las partes solicita nueva copia, el escribano debe entregarla, excepto que la escritura contenga la constancia de alguna obligación pendiente de dar o de hacer, a cargo de otra de las partes. En este caso, se debe requerir la acreditación en instrumento público de la extinción de la obligación, la conformidad del acreedor o la autorización judicial, que debe tramitar con citación de las partes del acto jurídico”*.

La norma transcripta expresa que el notario debe dar a las partes, copia o testimonio de la escritura. Pero es menester remarcar que no toda copia que se expida a las partes será el testimonio al que la norma pretende aludir. También existe la llamada copia simple, cuya diferencia sustancial con el testimonio, es justamente que no es instrumento público⁶.

⁵Hemos dado en llamar “técnica notarial de acción” a aquella disciplina que estudia el proceder del notario en su ejercicio profesional fedatario, mientras que reservamos la expresión “técnica notarial documental” para referirnos al contenido y redacción del instrumento notarial y a todo lo relacionado con lo que se denomina grafía del documento: el papel, el color de la tinta, la fotocopia, etc.

⁶GONZÁLEZ, Carlos E. “Teoría General del Instrumento Público”, Ediar, Bs.As. 1953, pág. 418.

II- LA LLAMADA “COPIA SIMPLE”

La llamada en la jerga notarial “copia simple”, solo alude a una copia sin valor de primer testimonio y por ende sin valor de instrumento público. Es decir que respecto de ese documento no regirá el principio de autenticidad. En lo gráfico se diferencia del primer testimonio porque carece de las formalidades exigidas para éste. Puede ser copia mecanografiada en máquina de escribir o computadora, copia al carbónico, fotocopia o cualquier otro sistema de reproducción; pero no cumple con las condiciones exigidas para ser el instrumento público del que nos habla el art. 289 CCCN, y para las que las leyes orgánicas respectivas exigen ciertos recaudos formales. No basta pues con que el notario las suscriba.

En definitiva, aunque estuviere certificada, la copia simple no genera acción, porque no prueba sobre el contenido del acto, sino solo sobre la existencia del instrumento copiado⁷. Por ello la copia simple no genera marginales y puede darse en el número que se quiera a cualquiera de las partes, o por requerimiento judicial, cuidándose solo el secreto profesional y la privacidad del protocolo, aspectos exigidos en las leyes orgánicas, y previsto como delito en el art. 153 del Código Penal. En conclusión, la diferencia esencial entre la copia simple y el primer o ulterior testimonio es que la copia simple no es instrumento público⁸.

⁷PELOSI, Carlos; “El Documento Notarial”, Ed. Astrea, Bs.As. 1980, pág. 284, dice que “...solo acreditarán la existencia, clase y contenido del documento al cual se refieren, sin que ello implique subrogarlo en su eficacia y efectos”.

⁸SPOTA, Alberto G.; “Tratado de Derecho Civil”, Parte General, Ed. Depalma, Bs.As. 1953, Tomo I, Vol 9, pág. 317, 318. NERI, Argentino I.; “Tratado Teórico y

En nuestras clases solemos ejemplificar para aclarar la diferencia entre una copia simple de la que tiene el valor ejecutivo, con una entrada de cine. Veremos con claridad que solo la original dará derecho a su tenedor a ingresar a la sala; si alguien concurrese con una copia certificada, el encargado de verificar el derecho de ingreso le prohibirá el acceso. La copia certificada solo probará que hay una entrada con las características expresadas en el documento, pero éste no atribuye el derecho mismo a la localidad.

Igualmente corresponde aclarar que, amén de no tener fuerza ejecutiva, la copia simple no es instrumento público, sino solo el texto de la certificación.

Es importante destacar que, a pesar de la contundencia de nuestras expresiones en los párrafos precedentes, hay sin embargo numerosa jurisprudencia que sostiene la validez de las copias simples como títulos ejecutivos. En algunas oportunidades se ha resuelto la posibilidad de accionar hasta con una fotocopia del primer testimonio⁹. Ello sobre todo se ha dado respecto de las ejecuciones hipotecarias.

Puesto que van en contra de las leyes y doctrina, los citados fallos deben ser examinados a la luz de las actuaciones concretas y no deben dar pié para sentar doctrina contraria respecto a lo que hemos desarrollado.

Práctico de Derecho Notarial” Vol 2, Ed. Depalma, Bs.As. 1969, pág. 119; dice: “Son copias sin fuerza jurídica y por consiguiente no constituyen instrumento público aunque hayan sido autorizadas, val decir, firmadas por el escribano que intervino en la otorgación del acto”. GONZÁLEZ, Carlos E.; “Derecho Notarial”, Ed. La Ley, Bs.As. 1971, pág. 487, sostiene que las copias simples “...firmadas o no por el escribano ..., sirven como constancia del otorgamiento, pero sin garantía por la transcripción”.

⁹Ver la numerosa jurisprudencia interpretada en el hermoso trabajo de Elena HIGHTON; “Juicio Hipotecario”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 1993, pág. 103.

III- EL PRIMERO, SEGUNDO O ULTERIOR TESTIMONIO

El primero, segundo o ulterior testimonio es aquel que cumple con los requisitos legales y que tiene valor de instrumento público (art. 289, inc. a, del CCCN), por lo que también se le confiere el valor ejecutivo. Debemos tener en cuenta que aun siendo instrumento público, su jerarquía probatoria está muy por debajo del instrumento matriz, ya que frente a cualquier variación entre la matriz y los testimonios se estará al contenido de la primera (art. 299 “in fine”, CCCN).

Desde el punto de vista de la técnica documental, las leyes exigen palabras, más o menos sacramentales, que aludan al carácter de testimonio con fuerza ejecutiva. Generalmente la expresión “concuera fielmente con la escritura matriz...” y la alusión directa para referirse a la copia como “primer testimonio” suelen ser la forma de manifestarse.

Por otra parte, en la práctica, el notario ha hecho uso de diversas técnicas para dejar aclarado el valor de la copia expedida. Si es una copia simple suele cuidarse de aclararlo expresamente al comienzo o al final de la transcripción.

IV- SUPUESTOS DE EXPEDICIÓN DE MÁS DE UN TESTIMONIO

En los casos de expedición de un solo testimonio el tema no plantea cuestión alguna. Pero hay supuestos en los que, sea por haber varias partes interesadas en el acto, o sea por extravío o destrucción del primer testimonio, se hace necesaria la

expedición de más de un testimonio, y ello en algunos casos puede generar situaciones conflictivas.

Básicamente los supuestos son dos: a) Existencia de varias partes interesadas; y b) Extravío o destrucción del primer testimonio. Lamentablemente este último caso no se encuentra tipificado en la nueva norma del art. 308 del CCCN, como sí lo estaba en el viejo art. 1007 del Código derogado (*“Siempre que se pidiesen otras copias por haberse perdido la primera...”*). Creemos que para solicitar otro testimonio la parte deberá justificar que se le ha extraviado o destruido, al menos mediante una exposición policial, de lo contrario aparece como arbitraria y antojadiza su pretensión de tener otro testimonio. En este punto, sin dudas, era más completo el art. 1007 de Vélez.

V- EXISTENCIA DE VARIAS PARTES INTERESADAS

Este es un supuesto normal en que se hace menester la expedición de más de un testimonio. En los supuestos de escrituras con varias partes, es obvio que el notario deberá expedir una copia o testimonio por cada parte. Varios condóminos adquieren; hay un adquirente y un acreedor hipotecario sobre el mismo inmueble; hay varios acreedores en una hipoteca, varios socios o varios cesionarios, etc.

Corresponde aclarar que el viejo artículo 1006 del Código derogado, facultaba al escribano a no expedir copia a quien no lo solicitase, según surgía de su interpretación *a contrario sensu*. En efecto la norma citada expresaba que *“El escribano debe dar a las partes que lo pidiesen, copia autorizada de la escritura que hubiera*

otorgado". Estas expresiones generaron la costumbre de no dársele al vendedor del inmueble, por ejemplo, ni al cedente del derecho, etc. Hoy esta actitud no tiene respaldo legal, por haberse omitido de la nueva norma, esa sabia expresión contenida en el viejo dispositivo.

No obstante resulta bastante evidente que una copia con valor ejecutivo solo podría requerirla quien pudiese, de alguna manera, pretender algunas de las prerrogativas que el instrumento genere a su favor. Por ello no sería dable que el vendedor, a quien se le ha abonado ya el precio y que por ello a otorgado recibo y carta de pago, pretendiese una copia con valor ejecutivo; el ya no necesitará ejecutar el documento. La entrega de una copia simple para este sujeto negocial será más que suficiente a los fines de acreditar el desprendimiento de su dominio.

Doctrinariamente se ha discutido sobre cuál debe ser la modalidad de expedición cuando son varias las partes. En cuanto a las leyendas del "concuerta", también varían según criterios. En nuestra opinión lo correcto, en caso de ser varias las partes a las que se hace menester dar testimonios con valor ejecutivo, éstas deberán expedirse siempre con la leyenda de "Primer Testimonio" aunque fueran más de uno, aclarando por supuesto la parte o el nombre del interesado para quien se expide.

Algunos notarios, además de colocar "Primer Testimonio" le agregan las palabras "Primer Ejemplar", "Segundo Ejemplar", etc. puestas sucesivamente en cada testimonio expedido. Nos parece confusa esta técnica, pues la distinción entre testimonio y ejemplar no tiene respaldo legal alguno.

Creemos que lo verdaderamente trascendente para la seguridad del sistema es dejar aclarado siempre el número ordinal del testimonio en relación a los sujetos negociales para los que se

expiden; es decir que si imaginamos un condominio entre tres sujetos, el notario deberá consignar: “Primer testimonio para NN”; “Primer Testimonio para XX” y “Primer Testimonio para ZZ”. Ello para que aparezca también expresado con total evidencia cuándo se expide un segundo o ulterior testimonio para cada una de las partes involucradas. Debe entenderse la expresión “Primero” como el primero que recibe esa parte, ya que con independencia de su denominación lo importante es que es el primer ejemplar con valor ejecutivo que recibe ese compareciente.

VI- EXTRAVÍO O DESTRUCCIÓN DEL PRIMER TESTIMONIO

Este es un supuesto patológico, que aun sin estar contemplado en la norma, como sí lo estaba en el viejo art. 1007 del código derogado, sin dudas es el que motiva la “solicitud de nueva copia” a la que alude el artículo 308 del CCCN. Es importante destacar que para la expedición de un segundo testimonio en estos casos se hace menester acreditar el motivo de la solicitud, que, a pesar de lo lacónico de la norma, no puede ser antojadizo puesto que se trata de un instrumento ejecutivo que habilitará una acción.

Por ello habíamos expresado la necesidad de una exposición policial que de seriedad y compromiso a la solicitud. Solo frente a la pérdida o destrucción pues, medianamente acreditada, procederá la posibilidad de una nueva expedición. Reiteramos que, aunque no surja expresamente de la norma bajo estudio, podemos extraer esta necesidad de los usos y prácticas, generados

en la vieja norma (art. 1007 Código de Vélez) y de la remisión a ellos que hace el art. 1 del CCCN¹⁰.

No puede alguien a su antojo exigir cuantos testimonios quiera; solo frente al caso de la pérdida del primero (destrucción o extravío), deberá considerarse legitimada la parte para solicitar otro testimonio. Remarquemos que es costumbre por parte de los acreedores, aun los hipotecarios, retener los títulos dominiales de sus deudores para impedir que éstos puedan disponer de su bien al no ostentar la titularidad cartular correspondiente (art. 23 de la ley 17.801). En efecto suelen aparecer en los contratos hipotecarios ciertas cláusulas por las que el constituyente acepta que el título dominial del inmueble hipotecado quede en poder del acreedor¹¹. Si bien dudamos de la posibilidad y validez legal de ese tipo de convenios manifiestamente abusivos, tenemos la certeza en cambio de que el notario no puede ni debe acatarlos. El, como funcionario público, tiene el deber impuesto por ley (art. 308 CCCN) de entregar los testimonios a las partes. Será el propietario quien, luego de ostentarlo en su poder, lo entregará al acreedor en cumplimiento del convenio pactado. Tenemos asumido que cuando el legislador impone un deber funcional, por ese solo hecho ese mandato debe considerarse de orden público; y tal carácter hará aplicable la regla de Papiniano “*ius publicum privatorum pactis*

¹⁰En efecto, el art. 1 del CCCN determina que los usos, prácticas y costumbres son vinculantes en situaciones no regladas expresamente; y sin dudas los más de ciento cuarenta años de vigencia del Código de Vélez constituyen los usos y prácticas a las que apunta el nuevo dispositivo.

¹¹VENTURA, Gabriel B.; “Transferencia de Inmuebles Hipotecados”; JA, “Número Especial – Estudio de Derechos Reales” 2008-IV, pág. 56. Decimos ahí: “No estamos del todo convencidos de la posibilidad de pactar entre partes que el acreedor retendrá el título del adquirente cuando hay garantía hipotecaria de por medio. Creemos que la obligación de entregar a las partes que lo solicitaren el respectivo testimonio constituye una obligación funcional del notario, y como tal, imperaría a su respecto el orden público, por lo que estimamos que el notario, frente al pedido expreso del comprador, no podría negarle la copia con valor ejecutivo, aunque se hubiese pactado lo contrario con el acreedor”

non potest” (las normas de orden público no pueden ser modificadas por pactos particulares), según lo sentado en el art. 12 del CCCN. Por ello las partes no podrían “liberar” al escribano de tales deberes.

Volviendo a los segundos o ulteriores testimonios, cabe remarcar que todas las exigencias referidas a la posibilidad de solicitarlos, tienen en cuenta que mediante la expedición de un nuevo testimonio, se hacen desaparecer virtualmente todas las notas marginales de correlación o aclaratorias que hubieren sido insertadas en el primer testimonio. Este constituye, sin dudas, uno de los fundamentos de la necesidad de la exposición policial que referíamos en párrafos precedentes.

Aun sin contar con un dispositivo legal expreso, la citada exposición se agregará al protocolo junto al título matriz, en respaldo de la actitud notarial de expedición de nueva copia. Esta exposición, si bien no acredita indubitadamente el extravío, expone al interesado a la sanción que corresponda por su declaración falsa, y acredita cierta diligencia responsable en el notario que la expide.

Hay quienes exigen también un informe registral previo, para dejar acreditada la situación del inmueble en cuanto a gravámenes y estado dominial¹². Pero en rigor de verdad, solo será exigible por parte de los jueces, en el orden nacional, cuando sea necesaria la expedición con su intervención (art. 308 “in fine”, CCCN), según lo que surge del art. 778 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación. El Código Procesal

¹²GATTARI, Carlos N.; “Práctica Notarial”, Ed. Depalma, Bs. As. 1988, pág. 123.

Civil y Comercial de Córdoba, en su art. 873 que prevé el supuesto, no exige tal recaudo.

VII- LA EXISTENCIA DE OBLIGACIONES PENDIENTES

El principal problema aparece en la norma del art. 308 del CCCN, cuando se exige para la expedición de nuevo testimonio, que no haya en la escritura obligación pendiente de dar o de hacer a cargo de otra de las partes. Ya el supuesto existía en el viejo art. 1007 y 1008 del Código de Vélez.

En tales casos, la nueva norma, superando en practicidad al código derogado, exige la acreditación de la extinción de la obligación mediante instrumento público; conformidad del acreedor de la obligación aun no cumplida, o la autorización judicial de expedición. El viejo artículo 1007 del código derogado, en cambio, cuando había obligaciones pendientes solo indicaba que debía procederse por autorización judicial, y apuntaba que el trámite se debía realizar mediante la citación de los interesados, que asistían al acto de expedición en sede judicial para corroborar la exactitud del nuevo testimonio con el título matriz (art. 1008 del Código de Vélez).

En cuando a las obligaciones pendientes, adviértase que la norma es amplia y abarca “obligación de dar o hacer”. Así, por ejemplo, el precio no pagado en una compraventa (sea con garantía hipotecaria o sin ella) o la cosa no entregada, cumplen con el supuesto, ya que por definición la compraventa, según lo expresado en el art. 1123 del CCCN, genera las tales obligaciones, cuyo cumplimiento es conveniente dejar sentado en el título. Pero cuando expresamente se consigna que no se da satisfacción a esas

obligaciones, entramos en el supuesto de las obligaciones pendientes a las que alude la norma, y obligará al notario requerido a la expedición de nuevo testimonio, a exigir los recaudos previstos en el “in fine” del dispositivo.

Resta aclarar que el ulterior testimonio expedido por extravío o destrucción del primero, entra en la órbita de acción del art. 28 de la ley 17.801, y debe acceder al registro para que se tome razón de su expedición¹³. Dicha registración quitará valor ejecutivo al testimonio anterior, y a los fines del art. 23 de la citada ley, quien quiera transferir, hipotecar, etc. el inmueble, deberá presentarse el último testimonio expedido¹⁴. Todo notario o juez negará la acción de que se trate, frente a la legitimación para obrar intentada mediante la exhibición de un testimonio dado de baja por este procedimiento. Solo en acatamiento de estos principios pueden el Registro, el notariado y los jueces garantizar la seguridad jurídica prevista como uno de los fines de la llamada “publicidad material”.

Pero para que ese efecto realmente se produzca frente a terceros, deberá quedar asentado en el Registro que se trata de la expedición de un segundo testimonio. Por ello el mismo art. 28 de la ley registral nacional expresa en su parte final que “El Registro hará constar, en las inscripciones o anotaciones pertinentes, la existencia de los testimonios que le fueren presentados”.

Lógicamente también exigiremos que el testimonio haya sido expedido conforme a las reglas que hemos explicado; es decir que especifique para cuál de las partes ha sido librado; de lo

¹³VENTURA, Gabriel B.; “Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, pág. 400, 401.

¹⁴GARCÍA CONI, Raúl; “Registración Inmobiliaria Argentina”, Ed. Depalma, Bs.As. 1983, pág. 99.

contrario el registrador no sabrá cómo asentar la nota en el asiento respectivo. Todo ello a los fines de que tanto el futuro informante registral, como cualquier instrumentador puedan identificar claramente cuál de los primeros o ulteriores testimonios son los que han perdido valor ejecutivo ante la nueva expedición y asiento¹⁵.

A propósito de la garantía de seguridad prevista por este sistema de título con valor ejecutivo a la vista en el momento de ejecutar el acto, con más la expedición de un certificado registral previo, corresponde efectuar crítica a ciertos jueces que, al momento de ordenar la subasta de un inmueble del deudor no solicitan el testimonio con nota de inscripción en cumplimiento del art. 23 de la ley 17.801.

En el Código Procesal de la Nación el recaudo está exigido de manera bastante contundente en el art. 576, cuando expresa que el juez *“... intimará al deudor para que dentro de tercero día presente el título de propiedad del inmueble, bajo apercibimiento de obtener testimonio a su costa. No se realizará la subasta mientras no se haya agregado el título o, en su caso, el testimonio”*.

Esta determinación obliga al juez a ordenar la expedición de segundos testimonios conforme a las pautas que hemos esbozado. Ante la falta de presentación del título por parte del ejecutado en forma espontánea, debemos asimilar el supuesto al extravío del mismo previsto en el art. 308 “in fine”, dado que el juez de la subasta no puede requerírsele apelando a la fuerza física. Con ello, la seguridad de la pérdida de valor ejecutivo del

¹⁵VENTURA, Gabriel B.; “Algunos problemas vinculados a los testimonios y copias de escrituras”, en Revista Notarial, Córdoba, N° 73, 1997, pág. 57 y ss.

primer testimonio que se halla en poder del subastado, es suficiente para garantizar la seguridad que se procura.

Por ello estimamos que aun en las demarcaciones en las que no estuviese previsto en norma procesal expresa, como tan claramente surge del Código Procesal de la Nación, la exigencia igualmente impera, en atención al art. 23 de la ley 17.801 que contundentemente lo determina. En efecto, remarquemos que el art. 23 citado, no efectúa distinción respecto al funcionario autorizante del acto, y expresamente involucra a todos cuando dice: *“Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas”*.¹⁶

Sin embargo, en Córdoba, por ejemplo, en cuyo Código Procesal no aparece la necesidad de tener el título inscripto a la vista para los casos de subasta, lo que resulta reprochable y exigiría una reforma inmediata a los artículos que regulan las diligencias previas (art. 568 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba), los jueces no suelen exigir los testimonios inscriptos. Por ello a diario, en Córdoba, se formalizan subastas sobre bienes inmuebles, sin que el juez cumpla con el recaudo que la citada norma registral nacional exige de manera general para todos los documentos traslativos o modificatorios de derechos reales sobre inmuebles.

¹⁶ VENTURA, Gabriel B. “Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, pág. 378, 379.

VIII- TESTIMONIO MAL EXPEDIDO

Un caso que merece nuestra especial atención, respecto a la necesidad de expedir otros testimonios, es el referido al error o mala confección de los primeros. En estos casos no hay anomalía en los documentos matrices, sino solo en las copias de los documentos originales.

A pesar de su similitud creemos que hay una gran diferencia entre estos supuestos y los que hemos referido en los precedentes párrafos de pérdidas o extravíos, pues aquí se advierte claramente el error por el simple cotejo con su matriz, o la mala impresión de la copia; pero el testimonio está en su existencia física fácilmente corroborable. No se haría menester, en nuestra opinión, aun existiendo las obligaciones pendientes, ni la acreditación de su cancelación, ni la conformidad del acreedor, ni la actuación judicial a las que alude la última parte del art. 308 CCCN. Sabremos pues que el título no ha sido retenido por el acreedor y que no se intenta eludir una nota marginal, tal como habíamos advertido.

El trabajo con computadoras, es justamente lo que ha hecho más común cometer este tipo de patologías, a pesar de que podría suponerse lo contrario; pues presumiendo que no puede haber errores, no se hace a veces el necesario control ni relectura de las copias que suelen quedar mal armadas, con el inmueble equivocado o cambiadas las partes; o mal relacionadas las firmas al pie, en el cierre de la escritura.

Advertido el problema, corresponde al escribano solucionarlo. Así aparecen normas como la del art. 299 "in fine" del CCCN (que corresponde al viejo 1009 del Código derogado) que

determina que ante una variación entre la escritura matriz y su testimonio o copia, deberá estarse al contenido de la primera. Pero ante la claridad del precepto, nos queda sin embargo una duda; ¿el artículo se referirá sólo a una instancia judicial, donde se efectivizará el cotejo? O, podrá también la una autoridad administrativa, por ejemplo el Registro de Propiedades, dejar sentado el problema y por expediente administrativo, acreditado el verdadero contenido del instrumento, aceptar el nuevo documento en reemplazo del equivocado o mal expedido; obviamente nos referimos a los casos de actos traslativos o modificatorios de derechos sobre inmuebles.

De nuestra parte nos pronunciamos por esta segunda posibilidad; ya que estimamos que la Dirección del Registro de Propiedades, por ejemplo, tendría la atribución de evaluar el verdadero contenido documental, puesto que es ante él que el documento pretende ejecutarse. Así, mediante un brevísimo procedimiento administrativo, sin que en ello se hieran principios fundamentales, la autoridad registral, podrá analizar si existe la coincidencia a la que apunta la última parte del art. 299 del CCCN; asentará su pronunciamiento en una resolución especial, y el documento modificado solo en su testimonio, accederá al registro con el contenido adecuado a su matriz.

Por otra parte también, nos parece apropiado aplicar la solución del artículo 308 del CCCN, aun cuando el documento no se hubiere extraviado ni destruido; en primer lugar porque la norma, a diferencia del viejo art. 1007, no exige los motivos, y en segundo lugar porque aunque los exigiera, la verdadera “ratio” del dispositivo, no impediría aplicar idénticos principios también a los testimonios que han sido mal expedidos.

Obviamente, de más está decirlo, este procedimiento no significa dejar sin atender las prerrogativas de terceros que pudieran verse afectados por la publicidad registral errónea; pues el documento con su modificación aparecerá oponible con ese nuevo contenido, recién a partir de la fecha de su ingreso y con esa prioridad registral. Si existiese conflicto con terceros, el asunto debe quedar ya en manos de la justicia¹⁷.

También se han presentado casos de testimonios impresos con sistemas que no resultan persistentes ni indelebles¹⁸; y las copias comienzan a borrarse o deteriorarse con el tiempo dificultando su lectura cuando no haciéndola desaparecer directamente. El art. 308 del CCCN exige a ese respecto, que el medio de reproducción “*asegure su permanencia indeleble*” justamente para evitar esa patología.

Frente a esta anomalía estimamos que también puede aplicarse igual criterio y expedir otro testimonio, aun cuando existiesen obligaciones pendientes, puesto que, como se vio no se presentan en estos casos los riesgos que la ley tiende a impedir exigiendo la conformidad del acreedor, la acreditación de la cancelación o la autorización judicial.

¹⁷VENTURA, Gabriel B.; “Algunos problemas vinculados a los testimonios y copias de escrituras”, Revista Notarial, Córdoba, N73, 1997, pág. 57 y ss.

VENTURA, Gabriel B.; “Ley 17.801...” Ob. Cit. pág. 432, 433.

¹⁸ Es el caso de algunas impresoras “láser” cuya impresión resultaba fácilmente borradas con solo pasar la mano, o por la natural fricción entre sus páginas.

Esta Obra es la tercer edición de una Revista Especializada en los Estudios del Derecho Notarial y Registral. Desde hace tres años, contamos con la valiosa colaboración de notarios, funcionarios judiciales y docentes universitarios que han contribuido a enriquecer la misma.

Los artículos que la componen tratan sobre distintas cuestiones vinculadas al quehacer notario registral, sumado a las connotaciones que el Código Civil y Comercial de la Nación han provocado en las diferentes instituciones.

Con basamento en los principios del notariado latino, la función del notario debe adecuarse al conocimiento de la ley, interpretando la voluntad de las partes en pos de la seguridad jurídica, evitando litigios o conflictos que puedan resolverse por medio de la mediación jurídica del notario.

Para ello, la actualización permanente, el análisis y estudio de las distintas problemáticas jurídicas, con el objeto de asesorar intereses de terceros en forma equitativa, ética, adecuada a los cambios legislativos, nos aproximan a lo que el jurista y filósofo francés Louis Josserand predecía "...es preciso que el jurista no se aparte de la realidad para que la realidad no se aparte del jurista..."